ŞERİAT

TEORİ - UYGULAMA - DÖNÜŞÜM



WAEL B. HALLAQ

ÇEVİRİ: NECMETTİN KIZILKAYA

ekın

Yayın No: 200
Kitabın Adı: Şeriat
Teori, Uygulama, Dönüşüm
Kitabın Orijinal Adı: Shari'a
Theory, Practice, Transformations
Yazar: Prof. Wael B. Hallaq
Mütercim: Prof. Dr. Necmettin Kızılkaya
İç Tasarım: Mevlüt Sami Ertem
Kapak: Gökhan Ergöçün
ISBN: 978-625-8484-47-2
1. Baskı: Kasım 2024, İstanbul.
Baskı: PLT Kağıt Matbaa Ajans Hizmetleri
İstasyon Mah. 1440 Sok. No:11-C/68
Küçükçekmece / İstanbul
Tel.: 0552 339 51 34
Sertifika No: 73787
Yayınevi: Ekin Yayınları
Fevzipaşa Cad. Kınalızade Sok. 13/2
Fatih/İstanbul Tel: (212) 524 10 28
ekinyayinlari.com ekinkitab@gmail.com

ekin

Şeriat

Teori
Uygulama
Dönüşüm

Wael B. Hallaq

Tercüme
Necmettin Kızılkaya

ekin

Prof. Wael B. Hallaq

Wael B. Hallaq, 2009 yılından bu yana etik, hukuk ve entelektüel tarih dersleri verdiği Columbia Üniversitesi'nde Beşeri Bilimler alanında Avalon Vakfı Profesörü olarak görev yapmaktadır. Mantık, hukuk tarihi, modern devlet ve ahlak felsefesini modernite eleştirisiyle ilgili kapsayıcı bir proje kapsamında ele alan seksenin üzerinde akademik makale ve çok sayıda kitap yazmıştır. Bu eleştiri özellikle *İmkansız Devlet* (2013); *Şarkiyatçılığı Yeniden Düşünmek: Modern Bilginin Eleştirisi* (2018); ve *Modernitenin Reformu: Abdurrahman Taha'nın Felsefesinde Ahlak ve Yeni İnsan* (2019) başlığını taşıyan son üç kitapta kendini göstermektedir. Hallaq'ın çalışmaları birçok önemli ödül kazanmış ve eserlerinin incelenmesi ve analizine yönelik çok sayıda kitap, tez ve makale kaleme alınarak ortaya koyduğu fikirler dünya çapında geniş bir şekilde tartışılmıştır. Kitap ve makalelerinin birçoğu Fransızca, Almanca, İtalyanca, Japonca, Endonezyaca, Arapça, Türkçe, Farsça, Rusça ve Bengalce dahil olmak üzere birçok dile çevrilmiştir.

Prof. Dr. Necmettin Kızılkaya

Necmettin Kızılkaya, Marmara Üniversitesi İlahiyat Fakültesinden 2001'de mezun olduktan sonra aynı üniversitede İslam Hukuku Anabilim Dalında yüksek lisans derecesi aldı. Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsünde İslam hukuku alanında hazırladığı teziyle 2011'de doktorasını tamamladı. Kızılkaya'nın çalışmaları daha çok İslam hukuku ve ekonomisi alanlarında yoğunlaşmaktadır. İslam hukuk literatürü, modernleşme ve fıkıh, 19. Yüzyıl İslam dünyasında iktisadi ve hukuki dönüşümler ve günümüz fıkıh düşüncesinin problemleri ilgilendiği konular arasındadır. İslam hukuku ve ekonomisi alanında çeşitli dillerde yayımlanmış birçok kitap ve makale çalışması bulunan Kızılkaya, halen İstanbul Üniversitesi İlahiyat Fakültesinde İslam Hukuku Anabilim Dalında öğretim üyesi olarak çalışmaktadır.

İçindekiler

Takdim 9
Türkçe Çeviri için Önsöz 15
Giriş 31
1. Dil ve Modernite Zindanları 31
2. Bilinçli Olma Hakkında 36
3. Bu Kitabın Kapsamı ve Tertibi 44

MODERN ÖNCESİ DÖNEM

Teşekkül Dönemi 59
1. Yakın Doğu Arka Planı 59
2. Kur'ân'ın Hukukiliği 63
3. Fetihler ve Ortaya Yeni Çıkan Topluluklar 66
4. İlk Yargıçlar ve Peygamber Otoritesinin Gelişimi 69
5. Yargının Gelişimi 83
6. Ehl-i Re'yci-Ehl-i Hadîsçi Büyük Sentez 88
7. Fıkıh Mezheplerinin Oluşumu 93
Hukuk Teorisi: Epistemoloji, Dil ve Hukuki Akıl Yürütme 106
1. Hukuk Teorisinin İşlevi 106
2. Teolojik ve Epistemolojik Temeller 112
3. Hukuk Normları 118
4. Hukuk Dili 122
5. Metinlerin Aktarımı ve Neshi 128
6. İcma 134
7. Hukuki Akıl Yürütme 137
8. Müctehidler, Mukallitler ve Fetvâlar 147
9. İmâmiyye Şîası Fıkıh Usulü 150
Hukuk Eğitimi ve Hukuk Siyaseti 163
1. Giriş 163
2. Teşekkül Döneminde Hukuk ve Siyaset: Bir Denge 164
3. Halakadan Medreseye 174
4. Medrese ve Hukuk Mesleğinin Siyasi Olarak Kontrol Altına Alınması 185
5. Medrese ve Merkezileşme Politikaları 193

Hukuk ve Toplum 199
1. Giriş 199
2. Arabuluculuk ve Tahkim 200
3. Kâdı ve Mahkemesi 204
4. Hukukçu (Müftî) ve Müellif-Hukukçu (Musannif): Toplum ve Hukuki Değişim 218
5. Kadınlar, Toplum ve Hukuk Pratiği 225
Dâire-i Adalet ve Sonraki Hanedanlar 240
1. Adaletin Siyasi Arka Planı 240
2. Özyönetim, Hükümet ve Şeriat 243
3. Yürütme Yetkisinin Sınırları 252
4. Osmanlılarda Yargı İdaresi 260

HUKUK: ANA HATLARIYLA

Dinin Hukuki Temelleri 269
1. Giriş 269
2. Temizlik ve Namaz (Taharet, Salât) 272
3. Sadaka-Vergi (Zekât) 275
4. Oruç (Savm) 279
5. Hac 281
Sözleşmeler ve Diğer Yükümlülükler 284
1. Giriş 284
i. Kurucu özellikler 284
ii. Sözleşmelerin tipolojisi 290
iii. Şartlar, sonuçlar ve fesih 291
2. Satım Sözleşmesi (Buyû') 292
3. Selem ve İsticrâr Sözleşmeleri 296
4. İş Ortaklıkları (Şerikât) 297
5. Emek ve Mal Kiralama (İcâre) 302
6. Garantörlük ve Kefalet 304
7. Havâle 306
8. Temsil, Vekâlet 308
9. Emanet (Vedîa) 310
10. Ödünçler (Âriyet, Karz) 312
11. Rehin, Güvence 314
12. Hediye (Hibe) 315
13. Kabul, İtiraf (İkrar) 316
14. Dostane Çözüm (Sulh) 316
Aile Hukuku ve Miras 318
1. Evlilik 318
2. Talâk 327
3. Hul' 330

4. Îlâ ve Zıhâr 333
5. Çocukların Bakımı ve Aile Nafakası 334
6. Tereke, Vasiyetler ve Miras 337
Mal ve Mülkiyet 344
1. Giriş 344
2. Kavramlar ve Kategoriler 345
3. Hukuka Aykırı Sahiplenme (Gasp) 350
4. Önalım Hakkı (Şüf'a) 355
5. Kölelik (Rıkk) 355
Suçlar 357
1. Giriş 357
2. Hudûd 360
i. Zina 361
ii. İftira niteliğinde suçlama (kazf) 364
iii. İçki İçme 365
iv. Hırsızlık (serika) 365
v. Eşkıyalık 367
vi. İsyan (bağy) ve dinden dönme (ridde) 367
3. Cinayet ve Bedensel Zarar (Kısas) 369
4. Takdirî Ceza (Ta'zîr) 372
Cihad 374
1. Giriş 374
2. Klasik Teori 374
3. Yeniden Yorumlama ve Siyasi Kullanımlar 386
Mahkemeler, Davalar ve Deliller 393
1. Davalar 393
2. Şahitlik 399
3. Yeminler 403

MODERNİTENİN YAYILMASI

Kavramsal Çerçeve: Giriş 407
Hindistan ve Güneydoğu Asya'nın Hukuki Sömürgeleştirilmesi 421
1. İngiliz Hindistanı 421
2. İngiliz Malayası 435
3. Hollanda Doğu Hint Adaları 440
Hegemonik Modernite: On Dokuzuncu Yüzyılda ve
Yirminci Yüzyılın Başlarında Orta Doğu ve Kuzey Afrika 448
1. Arka plan 448
2. Osmanlı Hukuki Sisteminin Yeniden Yapılandırılması 453
3. Mısır Hukukunun Modernleştirilmesi 473
4. Tepkisizlik 479
5. Kaçarların Reform Girişimleri 483

6. Droit Musulman-Algérien 486
7. Fas: Bir Ulus-Devlet Kanununun Doğuşu 492
Ulus-devletler Çağında Hukukun Modernleştirilmesi 497
1. Giriş 497
2. Ahvâl-i Şahsiyye ve Yeni Ataerkillik 504
3. Aile Hukuku Mühendisliği 514
4. Devlet, Ulema ve İslamcılar 529
A. Tanımlar: devlet, ulema, sekülerler ve İslamcılar 529
B. Mısır 533
C. Pakistan 538
D. İran 543
E. Endonezya 550
F. Türkiye 555
Yeni bir Hukuk Metodolojisi Arayışı 557
1. Giriş 557
2. Muhammed Reşîd Rızâ: Doğal Hukuk Teorisine Doğru 561
3. Abdülvehhâb Hallâf: Arada Kalmışlık 566
4. Muhammed Saîd el-Bûtî: Maslahatın Sınırları 568
5. Hasbi ve Hazairin: Endonezya Fıkhı ve Hukukun Özü 572
6. Abdulkerim Suruş: Modernite İçinde Sıkışmışlık 578
7. Muhammed Said 'Aşınâvî: Bağlamsal Çıkarımlar 581
8. Fazlur Rahman: İlahi İradenin Önceliği 586
9. Muhammed Şahrûr: Teorik bir Paradigma Değişimi 589
10. Bûtî (yeniden) Merzûkî'ye Karşı: Krizin Kanıtlanabilirliği 594

Yankılar: Son Notlar 603
Ek A: Fürû' Fıkıh Eserlerinin İçeriği 611
Ek B: Kronoloji 616
Kaynakça 623
Dizin 661

Takdim

Bu kitap bizi anlatıyor; bizim tarihimizi, hukukumuzu, kültürümüzü, toplumumuzu, yaşam biçimimizi ve Avrupa modernitesiyle karşılaşmamız sonucunda nasıl dramatik bir dönüşüm yaşadığımızı anlatıyor. Tarih boyunca Müslümanların kurduğu müesseseler, ürettiği bilgi ve en önemlisi ortaya çıkardığı hukuk sistemi hakkında derinlikli analizler yapıyor. Müslüman dünyanın, muadilleriyle karşılaştırıldığında nasıl bir ilmi-entelektüel düzeye sahip olduğunu ince bir işçilikle ele alan bu çalışma, bunun adım adım nasıl yitirildiğini ve günümüze nasıl gelindiğini akıcı bir şekilde inceliyor. Başka bir ifadeyle, *Şeriat*, "neydik ne olduk"u İslam hukukunu merkeze alarak gözler önüne seriyor.

Weal B. Hallaq'ın yarım asrı bulan akademik serüveninin bir muhassılası olan bu başyapıt, büyük oranda klasik oryantalizmin çizmiş olduğu günümüz İslam hukuku söylemini tersine çevirmiştir. Bu söylem sadece Avrupa ve Amerika'da etkili olmamış dünyanın geri kalanında da hakim olmuştur. Zira Batı dışındaki toplumların kendi hukuklarını, kültürlerini, kurumlarını kısacası kendi tarihlerini nasıl görmeleri/okumaları gerektiğini bu söylem belirlemektedir. Bu söylem bir yandan Batılı sömürgecilerin Müslüman dünyaya yönelik politikalarını şekillendirirken diğer yandan günümüzde Müslüman dünyanın yönetim kademelerinin İslamın ilmi ve kültürel mirasına yaklaşımlarına yön vermektedir. İki yönlü bir etkiye sahip olan bu durum, bir yandan Batının "öteki"ne yönelik politikalarını, diğer yandan "öteki"nin kendi hukuku, kültürü, sanatı, edebiyatı kısacası geçmiş mirası ile alakasını belirlemektedir. Avrupamerkezci olan bu söylem bugünü şekillendirdiği gibi geçmiş algısını da büyük oranda belirlemektedir. Bunun en önemli sonucu, toplumların bugünü inşa ederken ellerindeki en ideal modelin Avrupa olduğuna mahkum olmalarıdır. İşte *Şeriat*, bu diskursu yıkmaya çalışmış ve kendi alanında büyük oranda başarılı olmuştur.

Modernitenin Müslüman dünyada hakim olmasıyla beraber terk edilmeye başlanan geçmiş mirasın ne olduğu, başka bir deyişle neyi kaybettiğimiz, üzerinde durulması gereken önemli bir husustur.

Bizim bugün kendimizle hesaplaşmamızı, iğneyi kendimize batırmamızı sağlayacak vasıtalar her geçen gün daha da önemli hale gelmektedir. Zira Batı dışındaki toplumların içinde bulunduğu siyasi, kültürel, iktisadi ve daha birçok alandaki sorunların üstesinden gelebilmenin yegane yolu bu toplumların her açıdan bağımsız olmalarını gerektirmektedir. Bu bağımsızlığın ilk adımı, kendi tarihlerine dönmek ve bunu Avrupa merkezci bakış açısının dayatmış olduğu okuma biçimlerinden kurtularak yeniden incelemektir. Bu yapılmadığı sürece, Batı medeniyetine olan bağımlılık devam eder. Başka bir ifadeyle, ilmi ve kültürel olarak bağımlı hale gelen zihinler bağımsızlığa kavuşmadıkça diğer alanlarda bağımsızlıktan söz etmek mümkün görünmemektedir. Ancak bunun yapılabilmesi, Avrupa merkezci okuma biçimlerinin yüzyıldan fazla bir süredir üzerini bilinçli bir şekilde örttüğü mirasın büyük bir öz güvenle ortaya çıkarılmasını gerektirir. İşte *Şeriat*, tam da bunu yapmaya çalışmaktadır.

Şeriat, ayrıca ilim ve düşünce çevrelerinin fikri bağımlılıktan kurtulmalarının bu konuda atılması gereken ilk adım olduğunu bize göstermektedir. Başka bir ifadeyle, akademisyen ve düşünce adamlarının sorumluluğunun, hamasi veya ideolojik olmaktan çok serin kanlı bir şekilde geçmiş miras ile irtibat kurarak oradaki tecrübenin bugüne taşınması olduğunu; bu yapılmadığı sürece başka şeyler söylemenin bizi bir yere götüremeyeceğini ifade etmektedir. Nitekim Türkiye'de yıllarca yanlış bir zeminde ve argümanlarla sürdürülen Şeriat tartışmalarından bunu anlamak mümkündür. Zira bazı çevreler, mahiyetine, tarihsel işlevine ve bugüne ne sunduğuna tamamen yabancı oldukları halde Şeriatı rejim için büyük bir tehlike olarak olarak görmüş ve ağza alınmasını dahi suç saymıştır. Halbuki başta yaşadığımız bu coğrafya olmak üzere yüzyıllar boyunca çok geniş bir alanda varlığını sürdüren toplumların hukuktan iktisada, siyasetten psikolojiye, eğitimden mimariye, edebiyattan sanata uzanan yaşam biçimlerine Şeriat yön vermişti. En azından bunun nasıl başarıldığını ve bu tecrübenin günümüze ne tür imkanlar sunduğunu anlamaya çalışmak fikir sahibi herkesin taşıması gereken bir sorumluluktur. Aksi takdirde bağımlılık her açıdan artarak devam edecek ve bu durum, kendi yaşadığımız toplum başta olmak üzere bir gelecek öngörüsünün ortaya konmasına engel olacaktır.

Geleceği inşa etmenin belki de ilk adımı güçlü bir geçmiştir. Geçmişin kültür, siyaset, hukuk, sanat, iktisat alanlarında bilgi üreten büyük isimlerinin omuzlarında yükselmek, onların ortaya koyduğu birikimi anlamak geleceğe umutla bakmanın ve onu büyük bir

özgüvenle inşa etmenin olmazsa olmazıdır. İşte elinizdeki bu kitap, Müslümanların özgüvene sahip olduğu dönemlerde ürettikleri bilginin kendilerini nasıl bir seviyeye çıkardığını, bunu terk etmekle nasıl irtifa kaybedip geri kaldıklarını ve yaşadıkları coğrafyanın nasıl bir sömürü alanı haline geldiğini göstermektedir. Bunu yaparken günümüzde hakim olan hegemonik bilgi anlayışının Müslümanları sürüklediği çıkmazlara işaret eden Hallaq, bir anlamda bugünü ve geleceği yeniden inşa etmenin ipuçlarını vermektedir.

Hallaq çok önemli bir iş başarmıştır: Schachtçı oryantalist söylemi yıkmıştır. Özellikle Schachtçı yaklaşım üzerine kurulu Kuzey Amerika ve Avrupa'daki İslam hukuku söylemiyle tek başına mücadele etmiş ve Schacht'ın teorilerini birer birer devirmiştir. İslam hukukunun kökeninden başlayıp tarihsel gelişimi ve işlevi ile ilgili Oryantalist söylemi, kaleme aldığı çalışmalarla teker teker deviren Hallaq'ın baş yapıtlarından biri olan elinizdeki eser İslam hukukunun ne olduğu konusunda derinlemesine bilgi sahibi olmak isteyenlerin başvuracağı bir çalışmadır. Hallaq bu çalışmasında İslam hukukunun tarihinden literatürüne, öne çıkan figürlerden kurumlarına, işlevinden bugüne nasıl gelindiğine uzanan geniş bir yelpazede birçok meseleyi derinlikli bir şekilde incelemiştir. Bilhassa İslam hukukunun tarihsel bir olgu olarak okutulduğu ve günümüzle ilişkilendirilmediği veya sathi bir şekilde değerlendirildiği akademik ve entelektüel çevrelere bu yaklaşımın yanlış olduğunu haykırmaktadır. Böylesine derinlikli bir hukuk sisteminin günümüz insanı için çok şey ifade ettiğini ortaya koymaktadır.

Peki bu kitap Türkiye'deki okuyucu kitlesi için ne ifade etmektedir? İslam hukukunu tarihi bir olgu olarak ele alan Oryantalist söylemin İslam hukukunun kökeni gibi konulardaki iddiaları her ne kadar Türkiye'de cılız bir karşılık bulsa da bugüne bir şey söyleyecek bir hukuk sistemi olmadığı açık veya kapalı, bilinçli veya bilinçsiz bir şekilde kabul edilmektedir. Başka bir değişle, Türkiye'deki akademik ve entelektüel çevreler İslam hukukunu büyük oranda geçmişte uygulanmış ve bugün için bir anlam ifade etmeyen bir sistem olarak görmekte, ele almakta ve okutmaktadır. İşte tam da bu noktada Hallaq'ın ortaya koyduğu resim önem arz etmektedir. Zira bu çalışmada Hallaq, İslam hukukunun derinlikli yaklaşımının, temel varsayımlarının, çok katmanlı söyleminin, geliştirdiği metodolojinin ve hepsinden önemlisi İslam metafiziği ile ilişkisinin bugün için çok önemli olduğunu, hatta sadece Müslümanlar için değil diğer insanlar için de anlam ifade ettiğini ortaya koymaktadır.

Hallaq'ın son zamanlarda çıkan Oryantalizm ve İmkansız Devlet gibi kitaplarının ana fikirleri bu çalışmada yer almaktadır. Bu kitapta ortaya konan fikirler hatta neredeyse her bölümü onun daha sonraki çalışmalarının nüvesini teşkil etmektedir. Bu nedenle Hallaq'ın *Şeriat*tan sonra çıkan kitaplarda ileri sürdüğü fikirleri doğru anlamak, ele aldığı meseleleri hangi bağlamda tartıştığını öğrenmek için bu kitap önemli bir hareket noktası teşkil etmektedir. Aksi takdirde diğer çalışmalarında tartıştığı birçok konu havada kalabilir veya onun düşünce dünyasının dışında olacak şekilde anlaşılabilir. Örneğin *Şeriat* kitabında İslam hukukunu merkeze alarak Avrupa sömürgeciliğine dair tarihsel anlatıyı görmeden Oryantalizm kitabındaki Avrupa merkezci bilgi anlayışı kritiğini anlamak zordur. Aynı şekilde *Şeriat* kitabındaki Avrupa devlet modeli/ulus devlet ile ilgili tahlilleri onun devlet ile ilgili yazdığı kitabın anlaşılması açısından elzemdir. Nitekim İran Devrimi sonrasında ortaya çıkan devlet tecrübesiyle ilgili yaklaşımları dikkatli bir şekilde incelenirse, ulus devletin temel varsayımları ve üzerine kurulu olduğu ilkeler ile İslam'ın ortaya koyduğu ilkeler arasında ontolojik bir farklılık olduğunu ve buna bağlı olarak Müslümanların modern ulus devleti belirli kılıflar altında İslamileştirme çabalarının nihai olarak ulus devletin farklı bir biçimini temsil ettiğini anlatmaya çalışmaktadır. Bu nedenle Hallaq'ın günümüzde siyaset, felsefe vb. alanlarda yazdıklarını doğru anlamak ve onların bağlamlarını kavrayabilmek için *Şeriat* kitabı hayati önem arz etmektedir.

Tercümeyle ilgili birkaç not

Tercümede Arapça kavramlar ile şahıs ve kitap isimleri, Türkçe transliterasyonda yaygın olan Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi yazım kuralları esas alınarak verildi. Buna karşılık Arapça bir eserin İngilizce tercümesinde kullanılan şahıs isimleri ve kitap başlıkları, tercümedekiyle aynı şekilde verildi. Yazar kimi dipnotlarda Arapça kaynakların İngilizce tercümelerini [] içerisinde vermiştir. Bu tür yerlerde transliterasyon açısından yazarın verdiği/İngilizce tercümede geçtiği şekliyle kaynaklar aktarılmıştır.

Yazarın bazı fıkhi kavramları İngilizce karşılıklarıyla verdiği yerlerde bu karşılıklar büyük oranda korundu. Örneğin legal theory ifadesini yazar aslında fıkıh usulü anlamında kullanmakta ancak bazı yerlerde legal theory bazı yerlerde ise *usûlü'l-fıkh* şeklinde yazmaktadır. Benzer bir şekilde mezhep kavramı için legal school ve *madhhab*

kavramlarının her ikisini de kullanmaktadır. Yine aynı şekilde *ictihad* için legal reasoning ve ijtihad kavramlarının her ikisini kullanmaktadır. Bu tür durumlarda her ne kadar İngilizce karşılıklarının Türkçeleştirilmesinde fıkıh usulü, mezhep ve ictihad gibi kavramlar kullanmak mümkün olsa da yazarın her iki kullanıma da yer vermesi sebebiyle anlam akışı bozulmuyorsa kendi tercih etmiş olduğu kullanım dikkate alınarak tercüme yapıldı.

Yazar fıkıh, hadis, kelam gibi disiplinlerde terimleşmiş bazı kavramları kimi zaman parantez içerisinde kimi zaman da (muhtemelen genel okuyucu için) doğrudan İngilizce karşılığını vererek aktarmıştır. Parantez içerisinde verilen yerler aynı şekilde korundu. Ancak genel okuyucu için doğrudan İngilizce karşılığını verdiği yerleri kimi zaman terim olarak kimi zaman da çok teknik olacağı ve genel okuyucunun anlama zorluğu ile karşılaşacağı düşüncesinden hareketle doğrudan Türkçe karşılığını vererek tercüme ettim. Dolayısıyla bazı teknik terimler (örneğin *sikâ râvî*, *muallel hadis*) kimi zaman parantez içerisinde aslı korunarak, kimi zaman da buna gerek kalmadan Türkçe karşılığı esas alınarak verildi.

Bazı kavramların tercümesinde zorluklar bulunmaktadır. Örneğin Hallaq birçok yerde professor kelimesini kullanmakta ve bununla daha çok ders veren ve eser telif eden fakihleri kastetmektedir. Ancak bazı yerlerde professor-jurist kalıbıyla kullanmaktadır. Ben burada bir tasarrufa giderek ders ile ilgili yerleri müderris, professor-jurist şeklindeki kullanımı da üstat, üstat fakih, üstat hukukçu şeklinde tercüme ettim. Zira profesör ifadesinin, ele alınan dönemlerde kullanılmadığını biliyoruz, dolayısıyla bağlama uygun bir kullanım vermek için bu tür bir tasarrufta bulunmak gerektiğinden bunu bağlama uygun gelecek bir karşılıkla aktardım.

Genelde İslami ilimler özelde fıkıh ilminde uzmanlaşanların aşina olduğu bazı kavramlar, kitabın daha genel okuyucu kitlesine hitap etmesi sebebiyle bazı yerlerde teknik anlamıyla değil, bugün anlaşılabilecek kavramlarla verildi. Bu durum tercüme açısından bir eleştiri konusu olabilir ancak kitabın hitap ettiği geniş kitle göz önünde bulundurulduğunda bunun makul olduğunu düşünüyorum. Özellikle fıkıh usulünün teknik bazı kavramları, alanın uzmanları dışında bilinemeyeceğinden bunları, anlamları değişmeyecek şekilde yalın bir halde vermeye çalıştım. Ancak bunu yaparken kavramların orijinal kullanımlarını, yazarın da yaptığı gibi, parantez içerisinde verdim.

Fıkhın ibadetler ve muamelat kısımlarını anlatırken bir mezhebi merkeze almamakla beraber temel kaynakları dikkate alındığında, yazarın daha çok Mâlikî eserlerden yararlandığı anlaşılmaktadır. Bu ise Türkiye gibi Hanefî ve Şâfiî mezheplerinin yoğunlukta olduğu bölgelerdeki genel kabullerden farklı yorumların/hükümlerin söz konusu edilmesi manasına gelmektedir. Dolayısıyla bazı konularda yazarın ifade ettiği hususların alışılmışın dışında olabileceği dikkate alınmalıdır. Yazarın bu bölümlerdeki ana hedefi, konu hakkında bilgi sahibi olmayan okuyucuya genel bilgi vermektir. Bu nedenle farklı mezheplerin konuyla ilgili görüşlerinden derlediği bilgilerle meseleleri tasvir etmiştir.

Eserin hiçbir yerinde mütercim notu düşmedim. Bu, her konuda yazarla aynı düşündüğüm anlamına gelmez. Ancak gerek akışı bozmamak gerekse mütercim olarak kitabın resmini çekmek gibi bir düşünceyle bu tür müdahalelerin gerekli olmadığını düşündüm. Nitekim kitapta karşılaştığım ve sehven yapılmış bazı hataları, bilgi eksiklikleri gibi hususları yazarın kendisine sorarak ve onun onayını alarak doğru haliyle Türkçe tercümeye yansıttım.

Her ne kadar benim için vakit alıcı ve bir o kadar yorucu olsa da bu eserin ülkemizdeki okuyucu kitlesiyle buluşmasından büyük bir memnuniyet duyduğumu belirtmek isterim. Böylesine uzun soluklu ve ağır bir yükün altına girmem, kitapta tartışılan meselelerin ufuk açıcı olduğuna olan inancımdan kaynaklanmaktadır. *Şeriat*'ın farklı okuyucu kitlelerini geçmiş İslam mirası hakkında yeniden düşünmeye sevk edeceğine ve bazı konuların daha düzeyli bir şekilde tartışılmasına vesile olacağına inanıyorum. Tercümede emeği geçen birkaç kişiyi anmadan geçemeyeceğim: Metnin tamamını okuyup tashih eden Neslihan Mervenur Vural'a, kaynakçanın hazırlanmasında yardımcı olan Memduh Erdoğan'a ve bazı bölümlerin dipnotlarında destek olan Songül Baylu'ya teşekkür ederim. Tercümeyi yaparken kıymetli vakitlerinden çaldığım aileme şükran borçluyum. Son olarak bu önemli eserin tercümesini yayınlama işini üstlenen Ekin Yayınlarına, özellikle de sürecinin başından beri büyük bir özveri ve sabırla konuyu takip edip, benim tüm gecikmelerimi müsamaha ile karşılayan Murat Ayar'a müteşekkirim.

Necmettin Kızılkaya
İstanbul
Eylül 2024

Türkçe Çeviri için Önsöz

Bismillahirrahmanirrahim!

Özellikle bu kitabın Türkçe olarak yayınlandığını görmek benim için büyük bir mutluluk kaynağıdır, çünkü bu kitap, yayınlanmasından önceki yirmi yıl boyunca bu konuda yaptığım çok sayıda ayrıntılı ve özel çalışmanın bir *özetidir*. Otuz ya da kırk sayfalık makaleler halinde yayınlananlar, bu kitapta bir ya da iki sayfada sadeleştirilmiş ve özetlenmiş olarak yer almaktadır, ancak içinde yeni pek çok şey bulunmaktadır. Buradaki amaç, on dört asır boyunca Şeriatın tarihini ve evrimini, modern öncesi dönemlerde sosyal, hukuki ve siyasi düzeylerde nasıl işlediğini ve on dokuzuncu yüzyıl ve sonrasında sömürgecilik ve emperyalizmin elinde nasıl temelden değiştiğini yakalayan tutarlı bir anlatı oluşturmaktı.

Kitabın yazılmasının üzerinden neredeyse on beş yıl geçtiği için, geriye dönüp bakmanın avantajıyla kitabı, konuya akademik ilgimi başlattığımdan beri, yani İslam tarihi ve bu tarihin hayatı ve toplumu düzenleyen *şer'î* yöntemlerine dair ciddi ve akademik araştırmalarıma başladığımdan beri üstlendiğim daha büyük projenin içine yerleştirmek mümkün. O halde bu giriş, bu kitabı, sadece kitabın fiilen yazıldığı birkaç yıl değil, yazılmasından önceki otuz yıl bağlamına yerleştirme çabasını yansıtmaktadır; çünkü bu son dönem *sonun başlangıcı*ndan başka bir şey değildi. Peki bu kitap nasıl ortaya çıktı? Kendi tarihselliği neydi?

Geçen yüzyılın yetmişli yıllarının sonlarında, kendimi yüksek öğrenimimde çıkmaza girdiğim bir girdabın içinde buldum. İşgalin iç dinamikleri, derin bir ayrımcılık ve baskının nüfuz ettiği işgalci üniversitelerde doktora çalışmalarıma devam etmemi imkansız hale getirdi. Bu noktada ailemden ve halkımdan ayrılarak Amerika Birleşik Devletleri'nde yeni bir hayata başlamaya karar verdim ve lisans yıllarımda zaten yoğunlaştığım iki konu olan siyaset bilimi ve uluslararası ilişkiler alanlarında doktora programına başladım. Amerika Birleşik Devletleri'ndeki eğitimimin ilk birkaç ayında, bu alanların

aradığım bilgiyi sunmadığını fark ettim. Bu alanlar, o zamanlar Batı akademisinde yerleşik hale gelmiş standart dogmaları tekrarlamaktaydılar. Sadece bu da değil, aynı zamanda bu alanları ve metodolojilerini derinlikten yoksun ve insan var oluşunun daha derin anlamını ortaya çıkaramayan disiplinler olarak görmeye başladım. Ayrıca kendi yolumu çizmek, iyi çalışılmamış şeyleri çalışmak ve bu sayede yeni bir anlatı inşa etmek istedim. Bu, çölde kaybolmuş birinin yönünü bulamaması gibi benim de ne yapacağımı bilemediğim zorlu bir dönemdi. İki hocamın Şeriat ve *fıkıh usulü*ne ilgi duyduğunu keşfettiğimde, çalışmalarımı bu alanlara yoğunlaştırmaya karar verdim, zira o zamana kadar yıllardır çalıştığım İslam tarihine olan merakım daha da artmıştı. Ancak, genellikle hukuk fakültelerinde öğretilen ve hukuk pratiğine yönelik bir konu olan hukuk çalışmalarına her zaman derin bir alaka duydum. Hukuk beni mesleki bir alan olarak değil, entelektüel bir disiplin, bir düşünce olarak ilgilendiriyordu, çünkü hiçbir zaman avukat olmayı istemedim.

Yüksek lisans eğitimimin ilk yıllarından hatırladığım en canlı anılarımdan biri, hukuk ve şeriatla ilgilenen bu profesörlerden biriyle yaptığım ilk görüşmeydi. Kendisine Şeriat konusunda bir temel oluşturmak için hangi kitapları okumam gerektiğini sordum. Cevabı son derece açık ve netti: Joseph Schacht. Bana Schacht'ın herhangi bir zamanda veya mekanda bu konuda yazan en önemli akademisyen olduğunu söyledi ve beni onun *Origins of Mohammedan Jurisprudence* ve *Introduction to Islamic Law* kitaplarına[1] yönlendirdi. Hocam bu iki kitapta uzmanlaşmanın benim için en temel vazife olacağını ve Schacht'ın çalışmalarını, araştırmalarıma temel almadan bu alanda kayda değer bir şey yapamayacağımı söyledi. Ayrıca böyle bir çalışma programı sayesinde Şeriatı "bilimsel" bir şekilde nasıl inceleyeceğimi öğreneceğimi iddia etti. Bu görüşmeden sonraki bir saat içinde kütüphaneden söz konusu kitapların kopyalarını ödünç almıştım bile. Onları üniversitenin yurdundaki küçük odama götürdüm ve okumaya başladım.

Günler ve haftalar geçti. Kitapları okudum ve tekrar tekrar üzerinden geçtim. Daha geniş çapta ve daha büyük bir iştahla okumaya başladım. Aylar içinde kendimi okumaya başlamadan önce olduğumdan daha da kafası karışmış halde buldum. Okudukça zihnime daha fazla karışıklık hakim oluyordu. Okudukça, "sorunlara" verilmiş gibi görünen yanıtların aslında çözümden çok soru

[1] Her ikisi de Oxford University Press tarafından 1950 ve 1964'te yayımlandı.

yaratan muammalar olduğunu gördüm. O zamanlar sadece yirmi üç yaşındaydım. Entelektüel olarak kafam iyice karışmıştı. İşgal altında baskıcı bir yaşam sürdüğüm için zorluklara alışkın olduğumu sanıyordum ama bu deneyim beni yanılttı. Bu, o zamana kadar karşılaştığım ilk *gerçek* entelektüel zorluktu. Önceki tüm zorluklarımın, Franz Fanon'un tasvir ettiği en acı verici anlamda bile, geçici, fiziksel ve psikolojik olduğunu öğrendim.

Fanon bana sömürgeleştirmenin psikolojisi hakkında bilgi verebilirdi ama entelektüel karmaşamda bana yardımcı olacak kimse, hiçbir rehber yoktu. Aynı yıl Edward Said, büyük tartışmalara yol açan Oryantalizm adlı kitabını yayınladı, ancak kitap Şeriat ve onunla ilgili konularda sessiz kalmıştı. İslam medeniyetinin büyük bir kısmını tanımlayan Şeriat bu kitapta hiç yer almıyordu. O dönemde Said'in meslektaşı olan, Said'in de çalıştığı Columbia Üniversitesi'nde ders veren ve ofisi Said'in ofisine otuz metreden daha az mesafede olan Schacht bile *Oryantalizm*'de bir kez bile yer almaz. Said'e göre Şeriat, ne *Oryantalizm* dünyasında ne de -görünüşe göre- İslam dünyasında mevcuttur. Aklımdaki büyük soru şu olmaya devam etti: Said'in sözünü ettiği bilgi formları içinde Şeriat nasıl anlamlandırılmalıdır?

Yeni başlayan bir öğrencinin kaldırabileceğinden daha ağır olan sorular içinden çıkılmazdı. Doktora programımın son ve en önemli aşaması olan tez yazımına hazırlanmak için okumaya ve makale yazmaya devam ettim. Belirli bir konuya odaklanmam gerektiğine karar verdim, spesifik ve ayrıntılı bir şekilde ele alabileceğim ve üstesinden gelebileceğim dar kapsamlı bir konu. Ancak doktora tez konum için yaptığım nihai seçim, uzun süre okuyup sindirdiğim kaynaklara yönelik genel eleştirimin bir göstergesi oldu. Çünkü Schacht'ınki de dahil olmak üzere konuyla ilgili Batılı eserlere nüfuz eden doktrinlerden biri, Şeriatın "*ictihad* kapısının kapanması" olarak tanımlanan bir olgu olan durgunluk ve donuklaşmadan etkilendiğiydi. Bu benim alana ilk gerçek girişimdi ve şu soruyu sordum: Eğer *ictihad* kapısı kapandıysa, kapandığı söylendikten sonra Müslümanlar nasıl oldu da yüzyıllar boyunca Şeriata göre yaşamayı başardılar? Ve eğer "kapı" kapatıldıysa, neden ve kim tarafından kapatıldı? Böyle bir "kapatma" Müslüman hukukçular (*el-fukahâ' ve'l-usûliyyûn*) tarafından nasıl gerekçelendirilmiştir? Sözde kapatma olgusunun tamamı benim için hiçbir anlam ifade etmiyordu. Bu nedenle yoğun ve kapsamlı bir araştırma ve okuma sürecine başladım; bu süreç sadece

Batılı eserlere dayanmıyordu, aynı zamanda hicri ikinci yüzyıldan yedinci ve sekizinci yüzyıla kadar geniş bir *şer'î* literatürü de içeriyordu. Sonuç, "İctihad Kapısı Kapandı mı?" başlıklı doktora tezim oldu. Benim bu soruya cevabım elbette "kapının" *hiçbir zaman* kapanmadığı, hem de çok ses getirecek şekilde ve önemli yapısal nedenlerle kapanmadığı yönündeydi. Benim vardığım sonuç, "kapının" sadece "açık" kalmadığı, aynı zamanda en dinamik yollarla açık olduğuydu. 1984 yılında tezin kısaltılmış bir halini aynı başlık altında uzun bir makale olarak yayınladım.[2] Makalenin Avrupa ve Amerika'daki birçok profesör tarafından hemen derslerde okutulmaya başlanmasından da anlaşılacağı üzere çalışmam, büyük bir başarı elde etti. Daha sonra Japonca, Endonezyaca, Türkçe, Farsça ve hatta İbranice de dahil olmak üzere birçok dile çevrildi.

1985'te veya ondan sonraki yılda, Şeriat hakkındaki Batılı tüm söylemin kusurlu, ciddi çelişkiler ve yanlışlarla dolu olduğunu ve bu nedenle tamamen değiştirilmesi gerektiğini düşünmeye başladım. O zamandan beri, Batı dünyasında üniversite düzeyindeki tüm öğretim materyallerinin değiştirilip ve yeniden düzenlenmesi gerektiği kanaatine vardım. Hocamın okuduğum literatürün "bilimsel" olduğu iddiası çökmeye başladı. Ancak benim sorunum, henüz birkaç yıl önce öğrendiğim İngilizceye hakim olmaktı. "İctihad Kapısı Kapandı mı?" çalışmasını yazdığım sırada Batı'da dört yıldan az bir süredir eğitim görüyordum ve giderek gelişse de dildeki akıcılığım hala sınırlıydı. Şeriat üzerine Oryantalist çalışmaların yerine yenilerini koymak büyük bir projeydi, zira yerine konulacak olan şey, on dokuzuncu yüzyılın altmışlı ve yetmişli yıllarında Şeriat üzerine çalışmaya başlayan düzinelerce Batılı akademisyenin bir asırlık yazılarına tekabül ediyordu. Tek bir akademisyen bu kapsamlı geleneğe, bütün bir akademik söylem alanına nasıl meydan okuyabilirdi? Zor olan buydu. Böylece detaylı çalışmamı sürdürmeye karar verdim ve *Fıkıh Usulü*, *Fıkıh*, *Şurût* eserleri, *Edebü'l-kâdî* eserleri, *Edebü'l-müftî ve'l-müstefti* risaleleri, *fetvâ* literatürü, Şeriatın teşekkül tarihi, orta dönemler, hatta mantık, *Kelam*, felsefe ve daha pek çok alanda belirli konuları inceleyen uzun bir dizi makale yazdım. Bir açıdan makale formatı bilinçli bir seçim değildi. Uzun yıllar boyunca kitap değil makale yazmaya devam ettim, çünkü İngilizce yazmak kolay değildi. İbn Teymiyye'nin Yunan mantığına reddiyesini İngilizceye çevirmenin yanı sıra (1993'te Oxford University Press tarafından yayınlandı),

[2] "Was the Gate of Ijtihad Closed?" *International Journal of Middle East Studies*, 16, 1 (1984), s. 3-41.

mezuniyetimden sonraki on buçuk yıl içinde yaklaşık elli önemli makale yazdım. O zamana kadar, İngilizceye olan hakimiyetimin, kitap niteliğinde daha büyük projeler düşünebilecek hale geldiğini hissettim ve bu projeler 1997-2009 yılları arasında düzenli bir şekilde arka arkaya yayınlandı. Cambridge University Press tarafından 2009 yılında yayınlanan *Şeriat*, 614 sayfadan oluşan, şimdiye kadar yazdığım en büyük kitaptı.

İster bir kitap ister bir makale olsun, üstlendiğim her projede sorgulamalarımın çemberi genişliyordu. Yaklaşık 2000 yılına gelindiğinde, ictihad kapısıyla uğraşırken ortaya çıkan temel sorular giderek karmaşıklaştı ve sadece *ictihad, fıkıh usulü* ve hatta genel olarak hukuk konularının ötesine geçti. Eğer *ictihad* kapısı hiçbir zaman kapanmadıysa ve Müslüman hukukçular bu kapıyı kapatmadıysa, o zaman kim kapattı? Belki de her şeyden önce kapanma anlatısı Müslümanlara ait bir söylem değildi. Belki de Oryantalist bir uydurmaydı. Ve böylece benim için önemli hale gelen soru şuydu: Şeriatın tarihi neden bu kadar uydurma olsun? Yani, bu tür uydurmaların işlevi neydi? İslam tarihine ilişkin tüm Oryantalist ve Batılı anlatı, sömürgecilik altındaki Müslüman kurumların ve konuların mühendisliğine ilişkin büyük projeleri kolaylaştırmak ya da meşrulaştırmak amacını taşıyan kolonyal söylemden başka ne olabilirdi ki?

Bu nedenle, *Şeriat* kitabının amacı, konuyla ilgili standart Oryantalist metinleri, özellikle de üniversite öğretiminde kullanılan metinleri, deyim yerindeyse bir çırpıda *yerinden etmekti*. Amacım, Avrupa-Amerikan sınıflarına, Oryantalizmin iddialarını çürüten ve genç öğrencilerin zihnini daha eleştirel bir şekilde şekillendirebilecek yeni bir bakış açısı sunmaktı. Dolayısıyla hedefim, zihinleri şekillenmiş ve Batı "bilimini" eleştiren herhangi bir anlatıyı kabul etmesi muhtemel olmayan yerleşik akademisyenler değil, genç nesildi.

Şeriat kitabı Avrupa-Amerika'daki sınıflarda yaygın olarak benimsenirken, çeşitli çevrelerin eleştirilerine de konu oldu. Şeriatın olumlu bir şekilde tasvir edilmesi pek çok akademisyeni rahatsız etti ve bunun birçok nedeni vardı. Bu beklenen ve kaçınılmaz bir durumdu. Daha sonra kaleme alacağım *The Impossible State*[3] adlı kitabımın da hazırlayıcısı olan bu kitap, modernist akademinin genel epistemolojik bakış açısını, yani geçmişi bugünün standartlarına göre değerlendiren anlayışı reddediyor. Birçok akademisyen bunu

[3] *The Impossible State: Islam, Politics, and Modernity's Moral Predicament* (New York: Columbia University Press, 2013).

kabul etmekte zorlandı, çünkü eski alışkanlıkları değiştirmek zordur. Ancak bunun nedenleri aynı zamanda çok daha karmaşıktı. Şeriatı olumlu bir şekilde sunmak ve onu etik bir sistem olarak tasvir etmek iki kesimden muhalefet gördü: Bunlardan ilki, Şeriat da dahil olmak üzere İslam kültürünün modern ve Batılı hukuk sistemlerinden bile daha olumlu bir imaja sahip olarak tasvir edildiği bir anlatıyı kabul edemeyen geleneksel Batılı akademisyenler, yani Oryantalistlerdi. Kitabımda Şeriat, tıpkı diğer toplumlarda olduğu gibi İslam toplumunda da meydana gelmesi kaçınılmaz olan genel ihlallere rağmen, toplumsal uyumun ve toplumsal varoluşun sürdürülmesine yönelik etik standartlarla işliyor olarak görünmektedir. Şeriat, modern devletin yaptığı gibi toplumsal düzeni yeniden yapılandırmak için değil, aksine onu iyi gelenek (*el-'urf ve'l-ma'rûf*) olarak adlandırılabilecek şeye göre düzenlemek için gelmiştir. Amaç, adaleti korumak ve sosyal yapıların düzgün işlemesine yardımcı olacak sosyal uyumu sağlamaktı. Bu tablo, İslam'ın Batı'da yaygın olarak "Doğu despotizmi" olarak bilinen şeye dayandığına dair Oryantalist inançla uyuşmuyordu. Oryantalistler için Şeriat ya etkisizdi (çünkü modern devletin sahip olduğu gibi bir zorlama sistemi geliştirmemişti) ya da baskıcıydı, çünkü ataerkil, demokratik olmayan ve en önemlisi dini olarak görülüyordu, bu da Şeriatın "fanatik" ve "irrasyonel" olduğu anlamına geliyordu. Yine de, tüm karşı çıkışlara ve kitapta anlatılanların "idealist" olduğu yönündeki suçlamalara rağmen (bu konuya birazdan değineceğim), kitap Batı akademisinin sınıflarında kendine bir yer edinmeyi başardı.

Kitaba düşmanca yaklaşan diğer grup ise "*Doğulular*" olarak adlandırabileceğimiz, Şeriatın yöntemlerini ve yönetim biçimlerini Batılı modern yöntemlerden farklı olarak tasvir ettiği için kitaba itiraz eden akademisyenlerden oluşuyordu. Onlara göre Şeriatı ahlaki, modern hukuku ise gayri ahlaki ya da gayri ahlaki temellere (H.L.A. Hart gibi güçlü pozitivistler arasında yerleşik bir hukuki-politik doktrin) dayalı olarak tasvir etmek "medeniyetler çatışması" fikrine katkıda bulunmaktır. Kitapla ilgili olarak ileri sürdükleri en ateşli iddia, Şeriatın, Batı ve modern hukuk gibi, "hukuk" (*kanun*) ve etik (*ahlak*) arasında bir ayrım, bir ayrıştırma geliştirmiş olduğudur; bu da Şeriat ve *fıkh*ının, etiğin müdahale etmediği katı hukuki yollarla hayatla ilgili meseleleri ele alabileceği anlamına gelmektedir. Bu, herkesin kabul ettiği gibi modern bir anlayış olsa da, bu eleştirmenler bunu Hicri birinci yüzyıldan bu yana Şeriat tarihine atfetmektedir, ancak şimdiye kadar hiç kimse bunu bilimsel/ilmi

bir şekilde kanıtlayamamıştır. Elbette, argümanları zorunlu olarak şunu gerektirmelidir: Şeriat "*hukuk*" (modern, Avrupalı anlamda) ve *ahlak* arasında bu *ayrımı* yapıyorsa ve Şeriat tartışmasız bir şekilde Kur'ân'a dayanıyorsa, o zaman Kur'ân da bu *ayrımı* benimser ki bu açıkça saçmadır.

Bu akademisyenlere göre, İslam ve Şeriatının modern hukuktan farklı olduğu gösterilmemelidir ve gösterilemez, aksi takdirde Şeriat modern olmayan, hatta "anti-modern" olarak "görülecektir." Batı akademisinde pek çok "*doğulu*" düşünceye hakim olan bu pozisyon, Muhammed Abduh ile başlayıp Muhammed Abid el-Cabiri ve özellikle Muhammed Arkoun gibi isimlerle sona eren modernistlerin özür dileyici tutumlarını sürdürmektedir, ancak bu isimlerin görüşleri daha karmaşık bir yapıya sahiptir. Onlara göre İslam'ı "doğru" bir şekilde incelemek, onu modern standartlara uygun olarak sunmaktır; aksi takdirde ilkel ya da "ortaçağ" olarak yaftalanma riskiyle karşı karşıya kalınabilir. Onların düşüncesinde Batı, her şeyin ölçüt alınması gereken standart olarak kalmaktadır. "İyi" bir İslam, modern bir İslam olmalıdır ve İslam'ın yüzyıllar boyunca geliştirdiği entelektüel katkılar üzerinden Batı modernitesine yönelik herhangi bir eleştiri, tehlikeli olmasa bile yersiz ve yanlış olarak görülecektir. Bu nedenle *Şeriat* kitabı bu tür standartlara boyun eğmeyi bilinçli olarak reddetmektedir; çünkü Şeriatın anlaşılabilirliğinin Batı modernitesinin adil, hakkaniyetli ve etik olarak adlandırdığı şeylere bağlı olmadığını savunmaktadır. Ancak ilerleyen sayfalarda bu konuda çok daha fazla şey söyleyeceğim.

Şeriat ve *Impossible State* kitaplarının her ikisinin de (kendilerinden önce yazdığım diğer kitaplar gibi) modernist akademinin genel epistemolojik bakış açısını reddettiğini söylemiştim; bu bakış açısı *geçmişi günümüzün standartlarına göre değerlendiren bir yaklaşımdır*, ancak günümüz ciddi krizlerden muzdariptir. Ne demek istediğimi açıklamak için, Batı hukuk biliminde Kur'ân çalışmalarını örnek olarak ele almak istiyorum. Geçtiğimiz yüzyıl boyunca bu alanın önde gelen akademisyenleri tarafından Kur'ân'ın, vahyin inişinden ancak üççeyrek asır sonra, yani Hicri 100 yılı civarında *şer'î* hükümlerin (*el-ahkâmü'ş-şer'iyye*) kaynağı haline geldiği ileri sürülmüştür. Başka bir deyişle Kur'ân, başta Roma, Bizans ve Yahudilik olmak üzere diğer medeniyetlerden ödünç alınan "hukuku" meşrulaştırmak için sonradan gelen bir metindir. Ancak o zaman ve ancak Hicret'in 100. yılından sonra Kur'ân, hukukun "İslami" olarak inşa edilmesinin *çok sonrasında* gerçekleşen bir meşrulaştırma "cilası" olmaya başlar.

Bunun nedeni, Kur'ân'ın Oryantalist akademide bir "hukuk kitabı" olarak görülmemesidir, çünkü bu akademiye göre Kur'ân öncelikle ibadetler ve itikat ile ilgilidir.[4] Kur'ân'ın hukuki değil ahlaki bir metin olduğu söylenmiştir. Bu, Şeriatın İslam'da ve İslam tarihinde nasıl ortaya çıktığına dair tüm anlatıyı etkileyen ve şekillendiren hukuki Oryantalizmin temel bir doktriniydi. Başka bir deyişle, onlara göre Kur'ân "hukuki" olarak kabul edilemez çünkü modern anlamda hukukun sahip olduğu yaptırım gücünden yoksundur. Zira modern hukuk, hukukun öznesi ve nesnesi olan bireyin etik yapısına asla dayanamaz. Bu Oryantalist doktrinin özünde, tıpkı ahlak ve bilimin, ahlak ve ekonominin farklı anlayış ve uygulama alanları olarak görülmesi gerektiği gibi, ahlak ve hukukun da birbirinden ayrı olduğuna dair temel inanç yatmaktadır. Dolayısıyla, Kur'ân'la ilgili görünüşte basit ama aldatıcı olan bu örneğin muazzam etkileri vardır, çünkü modernist tarihselliğinin altında yatan epistemoloji, tüm Oryantalist ve Batılı gerçeklik anlayışının temelinde yer almaktadır. Şeriatın tarihi, bütünüyle Oryantalizm tarafından aynı ağızla yazılmıştır, yani Kur'ân'ın Şeriat tarihindeki rolüne ilişkin bu yanlış anlama için geçerli olan şey neredeyse diğer her şey için de geçerlidir.

Bu kitap, özelde Şeriatın, genelde ise İslam'ın tarihinin yazımında ahlakın rolüne ilişkin önemli bir tashih çalışmasıdır. *Şer'î* özne olan fail ya da aktörün, modern hukukun öznesinden farklı bir özne olduğunda ısrar etmektedir; modern hukukun öznesi, modern devletin rejimi altında yurttaşlar oluşturan bir öznedir, ancak etik özne değildir (epistemolojik olarak ikisi arasındaki fark büyüktür). Bu aynı zamanda, elinizdeki kitabın devamı olarak görülmesi gereken *Impossible State* adlı kitabımda iletmeye çalıştığım ana mesajlardan biriydi.

Sorunu daha iyi açıklamak için, modern hukuk ile geleneksel İslam hukuk ilkeleri arasındaki ayrımı ortaya koyan ve böylece farkı netleştiren bir başka örnek üzerinde duracağım. Belki de bu farkı, insan ve doğal yaşam alanları üzerindeki yıkıcı etkilerinden bahsetmeksizin, dünya çapında servet dağılımındaki aşırı eşitsizlikten sorumlu bir kurum olan şirketin yükselişinden daha iyi gösteren bir durum yoktur. Çok uluslu şirketlerin yeni sömürgecilik ve

[4] *Şeriat*'ı yazdıktan sonra dikkatimi, bu Oryantalist yanlış anlamayı düzeltmeyi amaçlayan iki uzun makale yazdığım Kur'ân'a çevirdim. Bkz. Wael Hallaq, "Groundwork of the Moral Law: A New Look at the Qur'an and the Genesis of Shari'a," *Islamic Law and Society*, 16 (2009), 239-79 ve "Qur'anic Constitutionalism and Moral Governmentality: Further Notes on the Founding Principles of Islamic Society and Polity," *Comparative Islamic Studies*, 8, 1-2 (2012), 1-51.

emperyalizm biçimlerinden sorumlu olduklarını, milyonlarca insanın hayatını mahvettiklerini ve Asya, Afrika ve diğer yerlerdeki geniş toprak parçalarını zehirleyip harap ettiklerini burada ifade etmemize gerek yok.

Batı sömürgeciliğinden önceki yaklaşık on iki asırlık uzun döneminde Şeriat, belirli kavram ve kurumları özel hukuk kişisi kavramından daha soyut terimlerle ele almasını gerektiren çok sayıda zorlukla karşılaşmıştır. Belki de bir tür hukuki kişiliğin tanındığı en meşhur ve önemli bağlam, *vakıf*ların hukuki olarak detaylandırılmasında ortaya çıkmıştır. Hukuki bir kurum ve araç olarak *vakıf*, soyut bir hukuki kişilik kazanmış ve adli iddialar ve davalarda bu şekilde hareket etmiştir. Böylece bir *vakıf*, *vakıf* olarak, genellikle *vakf*ın işletilmesini ve bakımını sağlayan gelir olan kendi mülkünün tazminatı veya kirasının tahsili için dava açabilmektedir. Yani, Şeriat soyut bir hukuki kişilik fikrine sahipti, ancak bu kavram kenarda tutuldu ve kendisine sınırlı bir yetki verildi. Dolayısıyla, ekonomik gelişmeler hukuk sistemine birtakım yükümlülükler getirdiğinde, Şeriat, karmaşık ticaret, yatırım ve ticari ortaklık biçimleri geliştirmeyi başarmış olsa da (modern olan da dahil olmak üzere her standarda göre karmaşık), ticari ve finansal girişimlere aynı *tüzel kişilik* kavramlarını atfetmeyi -ilke olarak- reddetmiş, bireysel sorumluluk ve şahsi mesuliyet sınırlarında durmuştur. Başka bir deyişle, geliştirdiği hukuki araçların karmaşıklığına rağmen, Şeriat kendisini herhangi bir sınırlı sorumluluk kavramı geliştirmekten uzak tutmuştur.

Ve neden böyle yaptığını anlamak da kolaydır. Şeriatın temel ölçütlerinden biri, benliğin ahlaki ilişkilerinden oluşan, *mümin bireyin*, yani öznenin etik ve ahlaki sorumluluğunun en üst düzeyde olduğu ilişkiler olan *şer'î* özne kavramıydı. Bu ölçüt yalnızca *amelî* değil, aynı zamanda *inşaî*ydi; yani sadece suskun kalarak uygulanmıyor, aynı zamanda işleyiş sürecinde ahlaki özneler *üretiyordu*. Bu yapılandırmada üstün değer maddi kazanç değil, ahlaki sorumluluktu. Para ve servet (İslam'ın ve Şeriatının ticarete, kâra ve maddi zenginliğe verdiği büyük öneme rağmen) o kadar ikincil bir statüye sahipti ki, kurucu olmasa da temel bir kavram olan ahlaki görev, ahlaki sorumluluk ve birey, fert olan kişinin genel hesap verebilirliği ile rekabet edemezlerdi. Ne kadar cazip ve önemli olursa olsun, dünyada bireysel ve kişisel hesap verebilirlik, sorumluluk ve yükümlülük ölçütünü değiştirebilecek veya hafifletebilecek hiçbir mali veya maddi husus olamazdı. Bu tür bir hesap verebilirlik ve sorumluluk vazgeçilmezdi

ve tüm kültürün en inatçı özelliğini oluşturuyordu. Bu özelliğin tüm Şeriat sistemi üzerindeki etkileri paha biçilemezdi.

Bu tabloyu modernitedeki sınırlı sorumluluk kavramının ve uygulamasının başlangıcı ve yükselişiyle karşılaştırın. Bu sınırlı sorumluluk İngiltere'den başka hiçbir yerde ve onun ilk emperyalist ve sömürgeci girişimlerinden (Hindistan'ı sömürgeleştirmeye başladığı yaklaşık 1600 civarında) başka hiçbir zaman ya da bağlamda bulunmaz. İngiliz Parlamentosu'nun limited şirketi onaylamasından kısa bir süre sonra, erken modern İngiliz hükümeti, bu şirketin ahlaki açıdan sakıncalı olduğunu fark etti. Bu şirket, yatırımcıların şirketlerinin iflas etmesinden dolayı sorumluluktan kurtulmalarına izin vererek kişisel ahlaki sorumluluğu ortadan kaldırdığı gerekçesiyle yasaklamasına rağmen (tıpkı Şeriatın hiç tereddüt etmeden işlettiği mantık gibi), Parlamento birkaç yıl sonra önceki kararından geri dönmüş ve başlangıçta hükümetin ahlaki duyarlılığını rencide eden bu niteliği yeniden yasallaştırmıştır. Şaşırtıcı olan, bu yeniden yasalaştırmanın, sadece birkaç yıl önce ahlaki duyarlılıklara bu kadar iğrenç geldiği söylenen fikrin *güçlendirilmiş* bir hukuksal kişilikle gelmiş olmasıdır. Görünüşe göre, İngiliz hükümetinin etik ölçütü en hafif tabirle belirsizdi ve az önce Şeriatın kalıcı ahlaki ölçütü olarak adlandırdığım şeyden önemli ölçüde farklıydı. Şirket kavramının tarihinde de görüldüğü üzere iki sistem arasındaki fark, sadece hukuksal bir uygulamanın değil, tamamen farklı iki dünya görüşünün, iki farklı değer düzenine göre yaşayan iki sistemin farkını göstermektedir.

Bu nedenle Şeriat çalışmak sadece akademik bir ilgi ve merak konusu değildir. Sadece din ve dini yaşamla ilgili bir mesele de değildir. Aksine, insan gerçekliğini ve dünyada yaşayan birçok halk ve ulusun çeşitli ve farklı tarihlerini nasıl incelediğimizle de ilgilidir. Bu, tarihin verdiği ahlaki bir derstir. Diğer halkların ve diğer insanların geçmişte modernitenin modern insanlara dayattıklarından farklı kurallar ve ilkelerle nasıl yaşadıklarını görmektir. Şeriatı incelemek, bilgi sistemlerini ve sosyal mantığın değişik toplumlarda nasıl farklı işlediğini incelemektir. İnsanlığın refahına katkıda bulunmayan bilgi meşru bilgi değildir; çünkü eski çağ İslam ilkelerine göre *ilm*in amacı, öznenin kapsamlı ahlaki temeli olan *amel*e hizmet etmektir. Ve *amel*i teşvik etmek ve mükemmelleştirmek, *ilm*i teşvik etmek ve mükemmelleştirmektir. Ahlak, öznenin hayatını etkileyen bireysel eylemlerle ilgili olmayıp belirli bir yaşam biçimini sürdürmek için bütünsel bir inanç sistemidir. Bilginin meşru sayılabilmesi için iyinin

hizmetine sunulması, bir kozmoloji içinde ve kozmoloji olarak görülmesi gerekir. Ahlaki olmayan bilgi, en azından '*amel*'e götüren '*ilim*' anlamında bilgi değildir. Oryantalizm üzerine yakın tarihli bir kitabımda, Foucault'nun birkaç on yıl önce açıkladığı şekliyle iktidar ve bilgi temalarını ayrıntılı olarak ele aldım. Dolayısıyla Şeriat çalışmaları, Foucaultcu çalışmalar ve bu ikilik, bilgi ve iktidar analizleri ile doğrudan ilişkilidir. Şeriat ve onun uygulanmış tarihi sadece Foucault'nun teorilerinin kuramsal temellerini gözden geçirme yeteneğine sahip olmakla kalmaz, aynı zamanda bize yapısında etik olan bilginin asla siyasi iktidarın kullanacağı bir araç olamayacağını öğretir ve eğer Şeriat çalışmalarının herhangi bir meşruiyeti varsa, bu sadece İslam tarihinin önemli bir bileşeni olarak (kendi başına ve kendi iyiliği için çalışılması gereken) değil, aynı zamanda modernitede (ve sadece son üç yüz yılda) bilgi ve iktidar arasında kurulan ilişkiye ışık tutmak içindir. Şeriat çalışmaları, belirli bilgi sistemlerinin neden kendilerini iktidarın, özellikle de siyasi iktidarın etkisine ve manipülasyonuna bırakmadığını açıklayabilir. Bu noktada, *Impossible State*'in mevcut *Şeriat* kitabının bir tefsiri olduğu kadar, *Orientalism* (2018) kitabımın da *Impossible State* kadar *Şeriat*'ın bir devamı olduğunu söylemek yerinde olacaktır. Başka bir deyişle, *Orientalism*, mevcut kitabın, yani *Şeriat*'ın gerekli çıkarımlarından birini ifade etmeye ve genişletmeye çalışıyor.

Bu noktada, hem Batı'da hem de Doğu'da modern akademik bilginin, ayrıntılı olarak ele alınması için birçok kitap gerektiren çeşitli sorunlardan muzdarip olduğunu söylemek gerekir. Burada, bu önemli sorunlar listesinin başında yer aldığını söyleyebileceğim ve elinizdeki kitap olan *Şeriat*'ın yanlış anlaşılmasına neden olan bu sorunlardan birine kısaca işaret etmek istiyorum. Bu sorun, Oryantalizm kitabında "ilerleme teolojisi" olarak adlandırdığım sorundur. Nedir bu *teoloji*?

İlerleme, modern kültürümüzde sorgusuz sualsiz kabul gören bir düsturdur. Çocukların üzerinde ve içinde yetiştirildiği bir din gibidir. O kadar kanıksanmıştır ki, çok sayıda önde gelen akademisyen ve düşünür de dahil olmak üzere, insanların büyük çoğunluğu bunun hakkında ya da kendi düşünme biçimleri üzerindeki etkileri hakkında düşünmez bile. Bu ideolojik bir pozisyondur; söylem kurallarını bu pozisyon lehine önceden belirleyen ve sabitleyen, dolayısıyla rakip görüşleri *başlangıçtan* itibaren değerlendirme dışı bırakan bir pozisyondur. Geçmişin bugünden (ve gelecekten) daha iyi olduğunu düşünen herkes nostaljik, muhafazakar, ortaçağa ait,

bir tür anormal insan ve gerici olarak etiketlenir. İlerleme, tarihin kendisinin göz ardı edilmesinden ibaret değildir, çünkü tarih herkes tarafından her fırsatta dile getirilmektedir. Tarih yalnızca dilimizde değildir, aynı zamanda bu dili *oluşturur*. Ancak tarih ilerleme teolojisinin bir parçasıysa, bu tarihin her zaman geride kaldığını göstermek içindir. İdeolojik konum daha ziyade, stratejik ilerleme doktrininde söylemsel bir savunma silahı bulan bir bakış açısı olan ilerlemeci dünya görüşüne *aykırı* olan tarihteki herhangi bir iddianın *başlangıçta* engellenmesiyle *belirlenir*. Bu doktrinin tarih anlayışında bir çelişki vardır, çünkü kendisi de tarihsel bir *Weltanschauung*'dan doğar, tarihi kendini haklı çıkarmak için kullanır, ancak aynı zamanda tarihe kendi yorumuna aykırı bir yorum verildiğinde tarihi reddeder. Başka bir deyişle, modern tarih, ırkçı teoriler gibi, geçmişi hiyerarşik olarak sıralamak, bir geçmişi diğerinden üstün kılmak ve nihayetinde bugünü tüm geçmişlerden ve hatta bilinemez geleceği bugünden üstün kılmak için özel olarak tasarlanmıştır! Dolayısıyla bu doktrin, tarihe liberal olmayan bir deli gömleği giydirerek, şimdinin uygulamalarını meşrulaştırır ve rasyonalize eder; şimdiye, kendi parametrelerinin dışında kaldığı düşünülen her şey ve her şey hakkında söz söyleme üstünlüğü yetkisi verir. Bu nedenle, örneğin, modern projenin doğayı tahrip etmedeki düşkünlüğünün yeniden değerlendirilmesinde yol gösterebilecek tarihsel bir geleneğin etiğine başvurulması genellikle nostaljik olarak reddedilir, çünkü modernitenin teknik gelişmişliğinde cisimleşen ilerici araçlarının bu yıkıcı etkileri iyileştirme kapasitesine sahip olduğu söylenir.

Özüne kadar ilerici olan modernite, bu nedenle her zaman *kendi* başının çaresine bakar ve yol gösterecek yaşlı bir öğretmene ihtiyaç duymaz. Kendi başının çaresine bakabilir, fakat tüm etkileyici ve eşi benzeri görülmemiş bilgi birikimi ve teknik sofistikasyonuna rağmen, insanlar da dahil olmak üzere doğal düzenin tahribatı hız kesmeden ve kontrolünün ötesinde devam etmektedir. "Her zaman daha iyisini biliyoruz", hatta kısa bir süre önce bildiğimizden bile daha iyisini. İlerleme fikri ilahi hakikatlere değil, hakikatin nihai kaynağı kendisi olan teknik bilime dayanır. Her zaman daha iyisini biliyoruz çünkü bilim ve teknik hakikatin temellerini atmış ve kurallarını belirlemiştir. Zamanın herhangi bir noktasında onlar ne söylerse gerçek odur. Bir hastalığın bilimsel tedavisi, sağladığı varsayılan faydalar kadar zarar verdiği ortaya çıkana ve yine ilerlemenin bir sonucu olan bir başkası icat edilene kadar gerçek kabul edilir. İlerleme doktrini hiçbir zaman hastalığın neden var olduğunu sorgulamadığı

gibi, bu tür hastalıkları üreten sistem, onun yapıları ve işleyiş biçimleri hakkında derin varoluşsal ve *ahlaki* sorular da sormaz. Çünkü sistem bütünüyle sorgulandığında, tedavileri üreten bilimin kendisi de sorgulanacak ve nihayetinde baltalanacaktır. Bu nedenle ilerleme teolojisi anda yaşar, belirsiz bir anda ve hakikati bir sonraki hakikatin ortaya çıkışındaki sürat kadar geçici olan bir anda. Geçmişten rehberlik isteyemez çünkü geçmiş, "karşılaştırmalı basitliğine" rağmen, ona üstesinden gelemeyeceği daha büyük sorular sorma görevini yükler. Kendi hakikatini, her zaman nihai iptal gücüne sahip olan geleceğe karşı da garanti edemez.

Dolayısıyla ilerleme teolojisinin kendi içinde ve kendisi dışında ne bir temeli ne de referansı vardır. Kendisi bir otorite kaynağıdır ve bu şekilde bir tanrıdır (ve modernitenin tanrısı haline geldiği söylenebilir). Bu tanrı, hepimizin olması gerektiği gibi, rasyonel olarak özerk olduğundan, bilim ve akıl yoluyla, geçmişin büyük sorularına kulak verilemeyeceğini, çünkü bunların modasının geçtiğini ve modern uygarlığın, modern bilimin ve aklın ilerlemeleriyle ilgisiz olduğunu belirlemiştir; bu sonuncusu elbette evrenseldir. Ancak gerçek şu ki, geçmişin kaygılarına kulak verilmiyor çünkü ilerleme teolojisinde, modernitenin ana yapılarını rahatsız eden derin ahlaki soruları düşünmek için onu donatan hiçbir şey bulunmuyor. Bu yetersizlik sadece teolojiye özgü değildir; aynı zamanda teolojinin *kendisinin* de bu yapıların bocalayan durumunun bir sonucu olmasının neticesidir. Sorunlarına her zaman bu yapıların içinden çözümler getirilir, ancak bu çözümlerin hiçbir zaman etik olmadığı aşikardır. İşte tam da bu nedenle ilerleme teolojisi, ahlaki soruları nostalji, "ahlakın tiranlığını" geri getirme girişimleri olarak göstererek, kendi doktriner konumunun entelektüel olarak bundan aşağı kalmayan baskıcı ve zalim olduğu gerçeğini görmezden gelerek bunlarla ilgilenmeyi reddeder.

İlerleme teolojisi, modern tarih anlayışının fikir babası ve hizmetçisidir. Zamanın başlangıcından itibaren tüm insan deneyimini kapsayacak şekilde yapılan tarih, Avrupa Aydınlanması tarafından yeni bir yapıya kavuşturulmuştur. Pek çok kültürde tarih eskatolojik olarak yapılandırılmış ve öğretici olması amaçlanan ahlaki seçimlerin bir anlatısını sunarken, Aydınlanma dönemi tarihi, geçmişteki sayısız toplum ve kültürün deneyimlerinin belirli bir niyet (ya da Ruh) tarafından yönlendirilen ve belirli bir amaca, yani ilerici gelişmeye yönelik kolektif bir olguyu (aslında yekpare bir olguyu) temsil ettiği şeklindeki esasen liberal evrenselci varsayım tarafından

belirlenmiştir. Bu ilerleme, maddi ilerleme, bilimsel bilgi, teknik ve siyasi gelişme, maddi zenginleşme, entelektüel olgunluk (Kant tarafından ifade edilmiştir) ve hatta insanlığın sonsuz mükemmelliği gibi birbiriyle ilişkili ve bütünleşik terimlerle ifade edilmektedir. Ancak dikkatle bakıldığında, ilerleme teolojisi her zaman materyalisttir, maneviyattan ve etikten yoksundur. Tek etiği kamu yararıdır ki bu da her zaman daha fazla materyalizm, maddi konfor ve zenginlikle ilgilidir.

Doğası gereği dogmatik olan ilerleme teolojisi, zamanın homojen bir teleolojik yapıya sahip olduğu, bu yapının kaçınılmaz olduğu ve dolayısıyla tarihin ilk evrelerinin sonraki evreler için *hazırlık* niteliği taşıdığı, bunların da gerçek insani ilerlemenin amaçlanan zirvesi olan batı modernitesine ulaşmak için birer araç olduğu varsayımı üzerine kuruludur. Zamanın bu yapısı (Batı'da ama özellikle de Müslüman dünyasında ciddi biçimde yanlış anlaşılmıştır) ilerleme teolojisi için sadece mantıksal bir gereklilik değildi; aksine, şimdiki zamanın olaylarını ve gelişmelerini etkili bir şekilde haklı çıkarıyor ve onaylıyordu, çünkü bu olaylar önceden belirlenmiş ve dolayısıyla kaçınılmaz olarak görülüyordu. Yine de bu önceden belirlenmişlik kavramının bir başka önemli boyutu daha vardır: modernitenin şafağına "hazırlanmak" için tasarlanmış olan tüm tarihin yeterince gelişmemiş ve dolayısıyla henüz "olgunlaşmamış" olduğu. Bu düşünce tarzının mantıksal sonucu, modern Avrupa dışında ve öncesinde hiçbir kültürün ya da "medeniyetin" modern Avrupa ile aynı geçerliliğe, yetkinliğe, ahlaki ve entelektüel gelişime sahip olmadığıdır. Bu uygarlıkların sahip olduğu kültürel ya da başka türden değerli ne varsa, kendilerinin dışında ve ötesinde daha yüksek bir hedefe hazırlanma sürecinde *tüketilmiştir*. Tarihsel yürüyüşe yem olma kaderinden kurtulmalarının tek yolu "gerçek", "olgun" medeniyete katılmaktı ve öyle olmaya da devam etmektedir.

Bazı filozoflar tarafından batının tahakkümcü düşünce yapısı olarak adlandırılan şeye hakim olan ilerleme teolojisi, neredeyse tüm varyantlarında tarihi, Müslüman düşünürler de dahil olmak üzere Batılı olmayanların çoğu tarafından sonuçları kavranamayan, özellikle Avrupa-merkezci yollarla yapılandırmaya başladı. Örneğin Fransız filozof Condorcet, tarihteki gerilemeleri bile, deyim yerindeyse, tüm medeniyetlerin en üstünü olan Avrupa'nın kaçınmayı öğrenebileceği öğretici "hatalar" olarak görüyordu. Geçmişteki tüm toplumlar, coğrafya ya da zamandan bağımsız olarak, modern

Avrupa uğruna ve ona hazırlanmak için yaşamış ve ölmüş gibi görünmektedir. Aynı durum, tarih yazımının temel amacının tüm dünya tarihini Aydınlanmanın hizmetine sunmak olduğunu savunan Voltaire için de geçerlidir. Hegel bireysel özgürlüğü kendi Ruh (*Geist*) teorisine dayandırmıştır. Savaşlar, şiddet ve tarihin dehşeti aslında *Geist*'ın gelişmesine ve arınmasına yardımcı olur. Hegel'in teorisine göre, modernite döneminin ayırt edici ve üstün bir yanı vardır; bu dönem, daha önceki tüm tarihin bir şekilde hazırlayıcısı olduğu dönemdir. Bu anlayış, bu teoloji, yirmi birinci yüzyılda hala bizimle, hem de daha güçlü bir şekilde.

Aydınlanmanın ilerleme teorisi sadece tarihi değil, daha önce de belirttiğimiz gibi modern dilin *yapısını* da şekillendirir; bu dil sadece doğa ve insan üzerindeki tahakkümün *Weltanschauung*'unu yansıtmakla kalmaz, aynı zamanda tahakkümün kendisini de *oluşturur ve aktarır*. Belki de modern zihinde bu teori kadar güçlü bir fikir ya da doktrin yoktur. Bir tarihsel gelişim yasası, bir tarih felsefesi ve bunun sonucu olarak da bir siyaset felsefesi olarak ilan edilmiştir. Batı ve -şimdi- modern uygarlıkta hiçbir fikir bu kadar önemli olmamıştır; birçoklarının söylediği gibi, Müslümanlar olarak kendi tarihimiz de dahil olmak üzere, tarihi görme ve yazma biçimlerimize hakim olan en sağlam Batılı fikir veya değerlerden biridir. Bu, son iki yüz yıldır kamusal ve özel ilişkilerde hüküm süren bir fikirdir ve başka hiçbir düşünce bu teolojiden *daha fazla öneme veya* etkiye sahip olmamıştır. Son iki yüzyıl boyunca paradigmatik olarak yeni tanrıların dili olarak varlığını sürdürdü ve sürdürmeye devam ediyor. Kendi ilkeleri dışında hiçbir ilkeyi kabul etmemekte, yani kendisinin şekillendirmediği her türlü ahlaki ve etik standardı reddetmektedir. İdeoloji için bir kap olan ilerleme teolojisi, kendilerini kesinlikle haklı gören sadık takipçiler yaratırken, kendilerini her zaman kesinlikle haksız gördükleri başkalarıyla karşı karşıya bulurlar. Bunun mükemmel bir teoloji olduğunu, diğer "dini" teolojilerden daha zayıf bir teoloji olmadığını ne kadar vurgulasam azdır. Onu bu kadar sinsi yapan şey, diğer teolojilerden farklı olarak, kendisinin bir teoloji olduğunun farkında olmamasıdır ve daha da trajik olan şey, Müslüman entelektüellerin, bu benimseme fiilinin etkilerini ve sonuçlarını anlamaksızın benimsedikleri bir tarih anlayışında kök saldığını anlamamış olmalarıdır. İlerleme teolojisini benimsemekle sadece düşünce özgürlüklerini değil, aynı zamanda kendi tarihlerini ve kimliklerini de kaybetmişlerdir.

İlerleme teolojisi üzerinden Şeriatın doğru bir şekilde incelenmesi mümkün değildir. Geçmişin her yönden günümüzden daha aşağı olduğu konusunda ısrar etmeye devam edenler, bu teolojinin sadık tapıcılarıdır ve bu nedenle asla gerçek akademisyen ve düşünür olamazlar. Şeriat çalışmaları pek çok şeyle, ilkelerin ve etiğin değeriyle ilgilidir ve tarihin bize kendimiz hakkında nasıl bir şeyler öğretebileceğini ve nasıl ilerlememiz gerektiğini görmekle de ilgilidir. Öğretmen olmadan gerçek bilgi olmaz ve etik olarak inşa edilen tarih bu öğretmenlerin en önemlilerinden biridir. Geçmişin tüm bilge seslerinden daha iyi bildiğimizi düşünmek ve onlardan daha iyi olduğumuzu kabul etmek, aydınlanmamış olmaktır, yani Kant'a göre bile yeniden çocuk olduğumuzu, kendimize ait olmayan fikirlerin kölesi olduğumuzu söylemektir. Eğer ilerleme teolojisi Aydınlanma'nın bir sonucuysa -ki öyledir- o zaman bu Aydınlanma bizim çok kolay inandığımız bir yalandan başka bir şey değildir. Müslüman dünyasındaki bizlerin, ona doğru coşkuyla koşmadan önce anlamamız gereken bir yalandır. Yine de ondan kaçmak için onu anlamaktan kaçınmamalıyız.

Son olarak, böylesine devasa bir eseri sadece çevirmekle kalmayıp aynı zamanda çok iyi bir şekilde tercüme ederek olağanüstü bir iş çıkaran meslektaşım ve kadim dostum Prof. Dr. Necmettin Kızılkaya'ya tüm samimiyetimle teşekkür etmek istiyorum. Bu önemli ve değerli işi üstlenen Ekin Yayınlarına da aynı şekilde minnettarım.

Gerçek Şeriat çalışmaları daha yeni başlıyor.

Wael Hallaq
New York
Eylül 2024

Giriş

1. Dil ve Modernite Zindanları

Şeriatın tarihini yazmak, Ötekini[1] anlatmak anlamına gelir. Zira bu tür bir anlatı, bizim modern tasavvurlarımızdan ve modern dil "yasasından"[2] kaynaklanan çözümü mümkün olmayan bir problemi de beraberinde getirmektedir. Dilimiz (bu durumda tabi ki 21. yüzyıl İngilizcesi) sürekli değişen modern fikirler, modern kategoriler ve ağırlıklı olarak modern durum[3] nominal anlatısının ortak deposu olduğu için "İslam hukuku" ve tarihi olarak kabul ettiğimiz oldukça engin şeyin önünde neredeyse çaresiz kalır. Dilimiz, sadece farklı dilleri konuşmakla kalmayıp (ki bunların hiçbiri, İngiliz Hindistanı dahil İngilizce değildi) aynı zamanda moderniteyi ve onun Batılı dil geleneklerini üreten maddi ve manevi kültürlerden kavramsal, sosyal, kurumsal ve kültürel olarak çok farklı biçim ve şekillerde kendini ifade eden bu tarihin bir benzerini üretme çabamızda bizi başarısızlığa uğratıyor.

Örneğin bu çalışmanın temelini oluşturan en merkezi kavram olan "hukuk" terimini ele alalım. Muhtemelen bu terimle ilgili kültürel ve kavramsal belirsizlikler (bildiğim kadarıyla hukuki Oryantalizm tarafından sorunsallaştırılmak şöyle dursun, asla tanımlanmamıştır) İslam hukuku olarak ifade edilen şeyin en önemli özelliklerinin kapsamlı ve sistematik yanlış anlaşılmasından sorumludur. Bir yüzyılı aşkın bir süre Avrupa'da ciddi eleştirel araştırmalara konu

---

[1] Tabi bu, eğer tarihte Öteki olan Çifte-Öteki değilse. İslam ve Avrupa tarihlerinin her ikisinin de modern olanın Ötekisi olduğu ve İslam söz konusu olduğunda bu tarihin başka bir Ötekiden yani modern İslam'dan önce geldiği burada kabul edilmelidir. Böylece bunun Çifte-Öteki veya isterseniz Bir Kez Daha-Ötekileştirilmiş-Öteki diyelim, statüsü kazanacağı açıktır.

[2] F. Nietzsche bu "yasayı", "bir kelimenin bir kavrama dönüştüğü" ve "hiçbir zaman eşit olmayan... ve bu nedenle tamamen farklı olan az veya çok sayısız benzer vakaya uymak zorunda kaldığı" temel bir ikilemi teşkil eden durum olarak görmüştür ("On Truth and Lies," 81, 83). Bu yasa kendi doğrularını yaratarak, "sabit, kanonik ve bağlayıcı" bir şekilde yaygın kabul gören kavramlar oluşturur. Aslında bu tür durumlarda hakikatlerin kendileri "sabitlenmiş düzene göre yalan uydurma görevini" temsil eden "metaforlardır" (*a.g.e.*, 84). Böylece söz konusu ikilem "*Her kelime bir önyargıdır*" gerçeğinin özünde yerleşik bir şekilde bulunmaktadır. Nietzsche, *Human, All Too Human*, 323 (vurgu bana ait).

[3] Modern durum için bkz. Bauman, *Society under Siege*; Bauman, *Liquid Modernity*; Giddens, *Consequences of Modernity*; Toulmin, *Cosmopolis*.

edilen İslam hukuku ümitleri boşa çıkardı. Zira İslam hukuku Avrupa'daki hiçbir hukuk sistemiyle eşleşmedi. Hükümsüz, verimsiz hatta yetersiz olarak görüldü. Kendisini ilk olarak "devlet ve toplumdan" "boşadı ve" daha çok ahvâl-i şahsiyyenin "özel" alanına uygulandı.[4] Onun ceza hukuku bir parodiden biraz daha fazlası olarak görüldü; onun "hiçbir zaman pratik bir önemi yoktu" ve aslında oldukça "kusurluydu."[5] Tabi bunun kahir ekseriyeti, Şeriatı itibarsızlaştırıp yerine Batılı kanun ve kurumları yerleştirmek için kümülatif ama programlı bir şekilde tasarlanan sömürgeci söylem ve doktrindi (her ne kadar bunların hepsi için daha az etkili olmasa da). Fakat burada dilbilim de bir rol oynadı. Zira kavramlar dil tarafından tanımlanıyorsa, dil sadece kavramları sınırlandıran bir çerçeve olmayıp (yabana atılmayacak bir başarıdır) aynı zamanda onları kontrol eder. Bunun en önemli kanıtı, genellikle yeni başlayanlara İslam hukukunu anlatmak için kullanılan ve Şeriatın hukuk ile ahlakı birbirinden ayırmadığını ifade eden sıradan ve yaygın açıklamadır. Herhangi bir hukuktan bahsettiğimizde, paradigmatik ve normatif duruşumuz bu hukukun "bizim" en yüksek modelimiz olarak kabul ettiğimiz şeyle örtüşmesi gerektiğini beklemek olacağından, ayrımın olmaması açık ve şüphe götürmez bir yükümlülük haline gelir. Böylece İslam hukukunun dildeki ve kavramsal kökenindeki ahlaki boyut, hukukun yetersiz ve felce uğradığını gösteren sebeplerden biri olarak reddedildi. Onun içinde oldukça yerleşik olan ahlakilik, dağınık ve sistemsiz sosyal ve politik realitelerden onu uzaklaştıran ideal bir ilke ortaya koyar. Bu nedenle ahlak, sadece retorik olarak reddedilmeye mahkum edildi. Onun hukuktaki olumsuz etkileri genellikle analiz için değil ağıt yakmak için bir sebeptir, ancak çok yeni çalışmalarda denendiğinde,[6] analiz bazı aydınlatıcı sonuçlar vermiştir.

İslam hukukunun ahlak ve hukuk arasında ayırım yapmadaki varsayılan "başarısızlığı" onun yetkin, toplum merkezli, sosyal olarak bütünleşik ve aşağıdan yukarıya kontrol yöntemleriyle gönüllü itaati sağlamada gözle görülür bir şekilde etkili olmasına yol açtı. Bunun bir sonucu olarak, Roma İmparatorluğunun çöküşünden bu yana Avrupa'nın bildiği tüm imparatorluk hukuklarından daha az zorlayıcı bir hukuk oldu. Bu nedenle hukuk kelimesinin kullanımı *a priori* olarak sorunludur; bu kelimeyi kullanmak, ulus devlet hukukunun

[4] Bu basmakalıp örnekler yeni çalışmalarda dahi devam ettirilmektedir. Örnek olarak Collins'in tanımlarına bkz. "Islamization of Pakistani Law," 511-22.

[5] Bunlar, İslam ceza hukukunun önde gelen bir araştırmacısının ifadeleridir. Heyd, *Studies*, 1.

[6] Örnek olarak bkz. Peirce, *Morality Tales*; Würth, "Sana'a Court," 320-40.

kavramsal özgüllüğüne sinmiş terimleri İslam hukuk kültürüne dayatmak olmasa da yansıtmak anlamına gelmektedir. Bu ulus devlet hukuku, İslam'ın hukuki formları ile mukayese edildiğinde tayin edici ahlaki yükümlülüklerden *yoksun* (tersine dikkat edin)[7] cezalandırıcı bir hukuktur. (Bu çalışmada kullanılan "İslam hukuku" ifadesi bu kayıtlar ışığında anlaşılmalıdır.) Bu ifadenin, Şeriatın neyi temsil ettiğini ve ne anlama geldiğini yansıtması için kavramın kendisini tamamen değilse de büyük oranda işe yaramaz hale getiren birçok ekleme, çıkarma ve özellik üretmek zorundayız. (Yine de bu tür kavramsal değişiklikler, her teknik terim için sistematik bir şekilde uygulanırsa – ki ideal olarak yapılması gerekir- sonuç itibariyle ifadeyi ve yazmayı tamamıyla felce uğratır; böylece benim daha önce problemin çözümsüz olduğu yönündeki ısrarım anlaşılmış olur.)

"İslam hukukunun" sosyal, politik realitelere ve başka gerçekliklere uygulanabilme başarısızlığıyla nitelenmesi, devlet baskısı ve onun homojenleştirici etkileri meselesiyle yakından ilgilidir. Bu başarısızlık nitelemesi, hukukun düzen ve egemen iradesinde başarısızlık bulunduğunu ileri sürmek anlamına gelir. Ancak bu başarısızlık iddiası aslında tarihin, yani Şeriat tarafından bir yaşam tarzı ve doğal olarak benimsenen müdahaleci olmayan yaklaşımın bir başka modern yanlış okumasını temsil eder. *Fıkhın* veya hukuk doktrininin meşhur ve olağanüstü çeşitliliği bu yaklaşımın yeterli kanıtıdır. *Hukuki* çeşitlilik her ne kadar çoğulculuğun diğer birçok biçiminden yalnızca biri olsa da, bunların tümü, en aşırı hallerinde bile, *fıkıh* "hukuku" tarafından kabul edildi. Batının hukuk doktrini ile gerçek uygulama arasındaki ilişkiye dair yanlış değerlendirmesinin temelinde, bu kavramsal karışıklıklar yatmaktadır; bu sorun, günümüzde de alanın baş belası olmaya devam etmektedir.

Bu kavramsal ve dilsel çarpıtmanın suçlusu, aynı zamanda, örtük anlamlarla yüklü, fevkalade ideolojik görünen geniş bir kavramlar dizisidir. Örneğin, doğrudan ve dolaylı Avrupa egemenliği yoluyla Müslüman dünyasında etkin olan yasal dönüşümleri tanımlayan standart kavrama bakın. Tercih edilen kavram,[8] Şeriatın eksik ve

[7] Örneğin, "İslam hukukunun genel bir akit teorisi yoktur" veya "hukuk ve ahlak arasında ayrım yapmaz" ve dolayısıyla bütün yönleriyle bir yokluklar tarihinin temsilcisidir gibi yaygın olarak kullanılan eleştirel beyanların tersine çevrilmesidir.

[8] Dil zindanının sınırlayıcı etkilerinin güçlü bir kanıtı, tüm çabalarına rağmen, "reform" ile ilgili konuların ayrıntılı olarak tartışıldığı bu kitabın III. Kısmında bu terimi kullanmaktan kaçınamadığım gerçeğidir. Bu başarısızlık, tutarsızlıktan (en azından bilinçsiz olanı değil) ziyade, algılanan "tarihsel gerçekler" ile bunların dildeki kavramsallaştırılması arasındaki doğal sistemsel bağlantıyı gözler önüne serer.

düzeltmeye ve modernize edici revizyona ihtiyacı olduğunu doğal olarak varsayan çeşitli siyasi ve ideolojik durumları ifade eden "reform"dur.[9] Böylelikle "reform" bir açıdan modern-öncesinden moderne, diğer yandan barbarlıktan uygarlığa geçişi ima eder. Bu, Öteki'nin tarihinin, Avrupa (buna evrensel deyin) medeniyet yürüyüşünün ana ve belirleyici akımlarıyla birleştiği bir evrenselci tarihselcilik kavramıyla çerçevelenir. Bir zamanlar "ontolojik emperyalizm"[10] olarak adlandırılan şeyin kavramsal bir çevirisi olan evrenselcilik, her zaman Öteki'nin özünü değiştirmeyi amaçlayan bir dizi değişiklik yoluyla Öteki'ni Ben'e dahil etmenin bir aracını temsil eder.

Bu nedenle "reform" teriminin kendisi, epistemolojik olarak, yok olmaya hatta hem bellekten hem de maddi dünyadan silinmeye ihtiyaç duyan bütün bir tarih ve hukuk kültürü hakkında kesin bir hüküm anlamına gelir. Eğer "reform" hakkındaki araştırmalar bu ideolojik çağrışımlar tarafından yutulursa, o zaman bilimsel gidişat ve gündemin önceden belirlenmiş olduğu rahatlıkla söylenebilir. Yapılması gereken tek şey, Şeriat'a tabi olanları geçmişin hukuki (siyasi olmasa da) despotizminden kurtarmak ve onlara modernite ve demokrasi yolunda eşlik etmek için Batı'dan mülhem "reform"un nasıl paraşütle indirildiğini göstermektir. Bu projeyle iç içe geçen ve aynı ideolojik varsayımlar dizisinden kaynaklanan başka bir hedef daha var: "kahverengi kadınları kahverengi erkeklerden"[11] kurtarmak. Eğer "reform", Şeriat tarihindeki en son aşama olarak görülüyorsa, o zaman bu tarih organik ve yapısal olarak belirli bir sonu, deyim yerindeyse kendi tarihinin en başından itibaren kurgulanmış olarak görülen bir dramın belirli bir kapanışını üretmekten başka seçeneği olmayan bir anlatı içinde düzenlenmiştir. Bu ise ne gerçek bir soyağacına ne de zamansal-mekansal bir sürekliliğe sahip olmayan ölü bir geçmişin kalıntısı dışında, modern öncesi Şeriat hakkında tarafsız bir çalışma için çok fazladır. Tarihselliğin "reform" bakış açısından epistemik olarak düzenlenmesi, sömürgecilikle olan epistemik ve kültürel ilişkisini inkar etmeye devam eden ve dolayısıyla bütünleştirmeyi başaramayan daha geniş bir söylem alanının ayrılmaz (en önemlisi olmasa da) bir parçasını oluşturur.

Bir başka açıdan bakıldığında, "reform" ideolojisi, hem Batı hem de İslam akademisinde bilimsel söylemle de iç içe geçmiş ve bu

[9] Bu terimle ilgili daha fazla bilgi için aşağıdaki 16. Bölüm, 1. Kısıma bakın.

[10] Bu ifade Emmanuel Lévinas'a aittir. Bkz. Young, *White Mythologies*, 44-45.

[11] Teorik bir bağlam için bkz. Spivak, "Can the Subaltern Speak?" özellikle sayfa 91-104. Bu projenin olumsuz etkileri aşağıda 16. bölümde tartışılmaktadır.

söylemi esaslı bir şekilde etkilemiştir. Yolsuzluktan istismara varan sınırsız birçok sistemik illete uzanan "reform" meşrulaştırmaları, tarihsel öncüller ve gerçekler olarak gösterildi.[12] Reformların merkezileşme, bürokratikleşme ve homojenleşme (bunların hepsi de modern, kontrol eden bir devlet inşa etmek ve onu güçlendirmek amacıyla kullanılır) gibi siyasi gerekliliklerle doldurulan temel ideolojik kabulleri, paradigmatik bilimsel gerçekler haline gelir. Örneğin, modern devletin vergilendirme mantığı, devlet yönetmenin sorgulanamaz, hatta aksiyomatik bir gerçeği haline gelirken, ademi merkeziyetçi maaşlandırma –ki binlerce yıllık bir uygulamadır- şimdilerde "yolsuzluk", "istismar", "verimsizlik" ve "düzensizlik" anlamına gelmektedir. *Modern* bilim, kendi projesinin devlet ideolojisine suçlu bağımlılığının farkında olmadan bütün bu durumlarda olağanüstü bir masumiyetle ilerler.[13]

Sadece "İslam Hukuku" ifadesinden ayrılamaz görünen değil, aynı zamanda semantik olarak açık olan ve anlam bakımından mevcut bulunan yerleşik "dini" sıfatı dahi "dilin kanunu"nda daha az suçlanmıştır. "İslam hukuku" uzun bir süre bir coğrafyayı, yaşayan bir sosyolojiyi veya maddi bir kültürü değil; bir dini, dini kültürü, dini hukuku, dini medeniyeti veya bir irrasyonelliği ifade etti (dolayısıyla varsayılan, bu hukukun "irrasyonel doğası"dır).[14] Bu nedenle, dilin icaplarına göre "dinsel" olan, "rasyonalizm" ve daha net bir biçimde "sekülerizm" gibi kavramların aksine bir işleve sahiptir. Başka bir deyişle, "dinî" kelimesinin anlamı, sekülerin yokluğu ve rasyonelin zıttına işaret ediyordu. Bu özcü ancak dil odaklı "İslam hukuku" anlayışıyla, İslam hukuku disiplininin dini, irrasyonel ve laik olmayan "doğası" üzerine vurgu yapılmaya devam etti. Buna karşılık onun sosyal/ekonomik/politik alanlarda nasıl işlediği ve "dinî" oluşunun onun üretimi, uygulaması ve kabulü ile ilgili aktörler için pratikte ne anlama geldiği üzerinde daha az duruldu.

Ayrıca dine karşı duyulan nefret, özellikle onun hukukla iç içe olduğu görüldüğünde, ahlakın rolünün hukuksal bir biçim olarak makul bir şekilde kavranmasını engeller. Bu ise olumsuz etkilerden sadece biridir. Din ve onun ahlakı *karşısında* önceden belirlenmiş

---

[12] Bu söylemin temsilcisi, aşağıda 17: bölümde tartışılan bu tür kavramları dillendiren Tarık el-Bişrî'dir (*el-Vad' el-Kânûnî*, 6-7, 78-80).

[13] Bu masumiyetin bugüne kadar bilime bulaşmaya devam etmesi şaşırtıcı olmasa da hayal kırıklığı yaratıyor. Sayısız örnekten biri için bkz. J. Akiba'nın takdire şayan eseri, özellikle "From Kadı to Naib", 44-46 *ve muhtelif yerler*. Bu sorun hakkında daha fazla bilgi için bkz. Bourdieu, "Rethinking the State", 53 vd.

[14] Örnek olarak bkz. Schacht, *Introduction*, 202–04.

böyle bir duruş, aksi halde apaçık olan şeyi açıklanamaz hale getirir. Kapitalizmin kültürel mantığı, modern öncesi dünyada ahlakın merkezi rolünü kırma eğilimindedir. Bu nedenle tarihsel kanıtlar, "rasyonel olmayan" kapitalizm öncesi düşük seviyeli maddi kültür için anlamlı olanı değil, bizim için anlamlı olanı ölçmeye uygun olmalıdır. Zira dini olana -en azından bu durumda Müslüman toplumlardaki "İslami" olana- karşı duyulan köklü nefret, hukuksal olarak ahlaki gücün hukuk alanından düşürülmesi anlamına gelir. Teistik teleoloji, eskatoloji, toplumsal temelli ahlaki kazanç, statü ve benzer türden diğer pek çok şey değersizleştirilir. Bunlar tamamen bir kenara bırakılmasalar da tercih ettiğimiz, ancak belirgin biçimde karşı-ahlaki değerler sistemi olan modern olana "daha iyi uyan" diğer açıklamalar lehine önemsiz hale getirilirler. Tarih, teoride hiç kimse bizim (tarihyazımsal) terimler setimizin tarihsel yazının zorunluluklarına tabi olması gerektiğini inkar etmediğinde, bizim terimlerimize göre, bize geri getirilir.

2. Bilinçli Olma Hakkında

Foucault der ki "bilgi", düzensiz, bağlantısız, biçimsiz, güzellikten yoksun, bilgeliği olmayan, uyumsuz ve kanunsuz bir dünyaya karşı mücadele etmelidir. Bilginin uğraştığı dünya budur. Bilgide, her ne hakla olursa olsun, bu dünyayı bilmesini sağlayan hiçbir şey yoktur. Böylece içgüdüler ile bilgi arasında bir süreklilik değil, daha çok bir mücadele, tahakküm, esaret ve tasfiye ilişkisi bulunur. Aynı şekilde, bilgi ile bilginin bilmesi gereken şeyler arasında da doğal bir süreklilik ilişkisi olamaz. Yalnızca bir şiddet, tahakküm, güç ve kuvvet ilişkisi, bir ihlal ilişkisi olabilir. Bilgi ancak bilinmesi gereken şeylerin ihlali olabilir, onların algılanması, tanınması, tanımlanması veya bunlarla ilgili şeylerin değil.

Bu nedenledir ki Nietzsche'de hakikate ilişkin herhangi bir gerekçe olmaksızın bilginin ... basitleştirdiği, farklılıkları aştığı, şeyleri bir araya topladığı sürekli tekrarlanan bir fikir buluyoruz.[15]

Bu kitabın da içinde yer aldığı akademik alanla ilgili en merkezi ve belirleyici hakikat, günümüz akademisine hakim olan diğer birçok alan gibi, bu alanın on dokuzuncu yüzyıl Avrupa'sının şiddetli, ancak güçlü bir şekilde homojenleştirici girişimlerinden doğmuş olmasıdır. Bu alan, Friedrich Nietzsche ve Michel Foucault'nun

[15] Foucault, "Truth and Juridical Forms," 9, 14.

emsalsiz analitik öngörülerini üretecek ağ benzeri güç yapıları matrisi olan küresel bir tahakküm projesinin içinde ve dışında doğdu. Yukarıda alıntılanan pasaj, ne kadar bilgilendirici olsa da, "İslam hukuku"nun da içinde bir araştırma alanı olarak tasarlandığı, büyütüldüğü ve beslendiği siyasi, ekonomik ve kültürel gücün epistemik yapılardan bahsetmektedir. Kontrpuan olarak ifade etmek gerekirse, on dokuzuncu yüzyıl Avrupa'sının söylemsel parametrelerinin dışında ve haricinde "İslam hukuk tarihi" diye bir yapı olmazdı ve bunun bir sonucu olarak burada sunulan kitap gibi bir eser olmazdı. Avrupa, "düzensiz, bağlantısız" ve "biçimsiz bir dünyadan" İslam hukuku olan bilgiyi icat etti.

Bu icat edilmiş alanı şekillendiren hakim söylemler, kendilerini hiçbir zaman tekdüze bir yapı olarak sunmadılar, aksine oldukça çeşitli ve çoğu zaman içsel olarak birbirlerine muhaliftiler. Bu söylemler, belirli ve biricik sömürgeci çıkarları savundu ve aynı zamanda İslam kültürlerini ve toplumlarını çarpıcı biçimde farklı şekillerde kavramsallaştırdılar. Bilim ve coğrafya tarihleri yayınladılar ve İslam dünyasının incelenmesi için beşeri ve sosyal bilimlerin toplayabildiği kadar çok yaklaşım ürettiler. Ancak bu hakim söylemler, çeşitli yönelimlerine rağmen, ilk etapta fazlasıyla tek yönlüydüler ve karşılıklı olarak bütünleşmiş ve birbiriyle uyumlu bir takım hedeflerin hizmetinde aktif bir şekilde işleyen bir yörüngede başlatıldılar. Bu söylemlerin doğrusal yörüngelerini önceden belirleyen tam da bu hedeflerdi.

Ancak bu, ortak bir kaynaktan çıkıp tek bir teleolojiyi paylaşsalar bile bu hakim söylemlerin, doğaları gereği, özleri itibariyle ya da haddi zatında doğrusal oldukları anlamına gelmez. Çünkü onlar, *başka söylemlerin yanı sıra* iktidarın kendi özneleri tarafından üretilen bu söylemleri tutarlı olmasa da sıklıkla hesaba katar ve benimserler. Bunu yaparken, bu söylemlerin ortaya çıkan etkilerinin yanında zamansal ve zihni tezahürlerinin tam alanını dikkate alırlar. Bu noktada Foucault, "söylemin hem iktidarın bir aracı hem de bir etkisi olabileceği ama aynı zamanda bir engel, bir ayak bağı, bir direnç noktası ve karşıt bir strateji için bir başlangıç noktası olabileceği karmaşık ve istikrarsız süreci hesaba katmalıyız"[16] derken haklıydı. Bu tür hesaba katmalar ne göz ardı edilebilir ne de küçümsenebilir, çünkü failin iktidar iradesi – ister ilkel ister sistematik ve yapılandırılmış

[16] Foucault, *History of Sexuality*, 101. Direnişi kuramsallaştırmaya dair faydalı bir yaklaşım için bkz. Hirsch, "Khadi's Courts," 208–11.

şekillerde olsun – doğası gereği öznesinin bu gücün hem süreçlerini hem de etkilerini olumsuzlaması ile iç içedir. Özne, bu iktidara direnmek için yalnızca bu süreçleri ve mekanizmaları kullanmakla kalmaz, aynı zamanda - ve eşit olarak, zorunlu kılarak - bu süreçleri tersine çevirmeye zorlar. Bu nedenle, yalnızca kendi kendisiyle çelişmeyip, aynı zamanda bu özünde var olan çelişki nedeniyle, içsel olarak karşıt ve direnen unsurların üretken olması iktidarın doğasında vardır. İktidar, doğası gereği, düzenlerini hem açığa çıkaran hem de gizleyen söylemlerin yanı sıra kendi hırslarını inşa eden ve artıran - ve aynı zamanda baltalayan - söylemlerin de üreticisidir. İktidarın her şekilde ve sürekli olarak sınırsız üretim ve yozlaşma süreçlerine dahil olması tam da bu içsel çelişki yüzündendir.

Böylece Foucault, bu tema üzerine daha önceki yaklaşımını[17] gözden geçirmiş ve burada gördüğümüz gibi, iktidar söylemlerinin doğrusal olmadığını öne sürmüştü. Edward Said'in *Oryantalizm*'inde Foucault'nun düşüncesindeki bu doğrusal olmama durumunu dikkate almadığı ve dolayısıyla Doğu hakkındaki Batılı bilginin oluşumunda öznenin failliğini hesaba katmayı orantılı olarak ihmal ettiği ileri sürülmektedir.[18] Bu kesinlikle mümkündür. Ama aynı zamanda Said'in, sömürgeci iktidarın mekanizmalarını ve onun ülke içindeki ve sömürgelerdeki muhalif söylemlerini incelemekle değil, iktidarın *etkilerini* analiz etmekle ilgilenmemiş olması da aynı derecede mümkündür ve belki de daha muhtemeldir. Zira iktidarın etkilerini analiz etmek yalnızca belirli bir bilgi bütününden kaynaklandığı için değil, aynı zamanda onların öznelerini oluşturan belirli bir temsiller dizisini oluşturup besledikleri için onun ilgisini çekmiştir. Bu etkiler - özellikle sömürge bağlamında - Foucault'yu ilgilendirmiyor gibi görünüyor.[19]

Gerçi iktidarın program niteliğinde olan yöntemlerinden bahsederken, özellikle sömürge bağlamında uygulandığı haliyle en çok dikkate alınan şey neticelerdir, çünkü bunlar – *makabline şamil* olsa da – fail ve özne arasındaki etkileşimin sonuçlarını gösterirler. Bu sonuçlar, en nihayetinde, günün sonunda kimin kimi etkilediğine (ve kimin *iradesinin* bir başkasına hükmettiğine) karar verir. İktidar "bir güç ilişkileri alanı" olduğu ve doğası gereği bu alandaki karşıt söylemleri kapsadığına göre, tam da iktidar adına egemen bir söylem

[17] Young, "Foucault on Race and Colonialism," 57–58.
[18] A.g.e.. Ayrıca bkz. Slemon, "Scramble for Post-colonialism," 50–52.
[19] Foucault'nun "bir grubun diğeri üzerinde uyguladığı genel bir tahakküm sistemi" olarak iktidara ilgisizliği için bkz. *History of Sexuality*, 92, aynı zamanda 93–94, 97.

ya da söylemler dizisi olması gerekir. Bu söylemeler sadece rakip ve muhalif söylemleri geride bırakmakla kalmayıp, daha da önemlisi onlardan daha uzun yaşarlar; bu nedenle ayrı bir analitik birim olarak güç etkilerinin merkeziliği buradan kaynaklanır. Çünkü iktidar, belirli bir hegemonyayı -yani, belirli ilişkilerin hegemonyasını- üretmezse, ona artık iktidar denilemez; bu nedenle iktidar, hem süreç hem de sonuç olarak kendisine karşı işleyen yıkıcı muhalif söylemleri somutlaştırmaya devam etmek zorundadır. Yıkıcı söylemin sınırları egemen güç ilişkilerine kısıtlamalar getirebilirken, bu ilişkiler eninde sonunda üstün gelmek zorundadır. İktidarı iktidar olarak tanımlayabilmemiz için bu asimetrinin kaçınılmaz olarak elde edilmesi gerektiğini tekrar etmekte fayda vardır.

Bu asimetrinin teorik yapısı, Said'in *Oryantalizm*'inde zımnen varsayıldığından daha az göz ardı edilmiş gibi görünüyor. Öte yandan, Foucault'nun "ahlaksız bir şekilde Avrupa-merkezci"[20] olan çalışması iktidar ilişkilerinin etkisinden ziyade bunların sürecine yaptığı vurguyu açıklayabilir. Zira onun "söylemsel oluşumlar" ve saptırılmış "epistemler"[21] olarak adlandırdığı Avrupa karmaşıklığıyla olan doğal meşguliyeti, onun dikkatini sömürgeci projedeki güç ilişkilerinden oldukça farklı bir yöne çevirmiştir. Bu, tamamen Avrupa'nın kendi içinde var olan muhalefet ve direniş ilişkilerine girmeyi reddeden bir asimetri mantığıydı.

Sömürgecilik laboratuvarındaki bu tür ilişkilerin bir bütün halinde reddine girişmek istemiyorum, ancak bu laboratuvarın Foucault'nun teorik ve eleştirel aygıtına başarıyla konu edilemeyen farklı birtakım durumlar ortaya koyduğunu iddia ediyorum. Özellikle[22] Foucault'nun iktidar ilişkileri ve söylemleri alanı epistemolojiler, kültürler, kurumlar, psikolojiler ve teolojilerdeki ani ve büyük kırılmaları hesaba katmak zorunda değildi. Onun alanı gözetim, disiplin ve cezanın *sistemik* evrimine (ne kadar hızlı olursa olsun) tanık olan yaklaşık dört yüzyıllık bir süreye uygulanabilirdi, ancak bu yeni biçimlerin ortaya çıktığı sistemlerin çok hızlı çöküşüne daha az uygulanabildi. Başka bir ifadeyle, onun "episteme" olarak adlandırdığı sistemik yapılarda – *mukayese etmek gerekirse* - gerçekten yabancı veya

[20] Young, "Foucault on Race and Colonialism", 57 ve 61'de Foucault'nun "diğer toplumların kendileri için geliştirdikleri bilgi biçimlerini değil, toplumların nasıl işlediğine dair Batılı yapısal dilbilimden geliştirilen genel bir teorik modele nasıl uyduklarını analiz edecek bir etnolojinin görünürdeki onayının bugün şaşırtıcı bir şekilde etnosentrik göründüğünü" gözlemler.

[21] Foucault, *Les mots*, 14–15 vd.; Foucault, *Archaeology of Knowledge*, 34–78.

[22] Daha önce geçen dipnot 19'a bkz.

hunharca kaba dayatmalar yoktu ve niteliksel olarak farklı, kültürel ve sistematik olarak yabancı güç istemi bulunmuyordu.[23] Aslında ve yine karşılaştırmalı bir perspektifle ele almak gerekirse, bu yeni Avrupa biçimleri - özelde ulus-devletlerin ve genelde modernitenin yükselişiyle ayrılmaz ve bağlantılı bir şekilde – *tedricen ve içsel olarak* şimdiki hallerine tecessüm ettiler. Başka bir ifadeyle, Avrupa kendi içinden ortaya çıktı. Foucault'nun, bu iktidar söylemlerinin kendi muhalif yörüngelerinde birbirlerinden ayrılamaz olduklarını beyan etmesine izin veren hatta onu buna sevk eden tam da bu arka plandır, çünkü söylemler "bir güç ilişkileri alanında işleyen taktik unsurlar veya bloklardır; aynı strateji içinde farklı ve hatta çelişkili söylemler olabilir; tam tersine, bir stratejiden diğerine, stratejiye karşıt olarak biçimlerini değiştirmeden dolaşabilirler."[24] Hegemonik stratejiler sömürgeci ortamda kendi karşıtlarına dönüşemezler, eğer böyle bir dönüşüm olsaydı, fail ile mef'ulün tam bir mübadelesinden kaynaklanan bir çıkmazdan söz edilmese de absürt bir durum ortaya çıkacaktı.

Bu nedenle iktidarın sahip olduğu adı hak etmesi için, süreç ve stratejilerinin - kesişme ve karşıt durumlarda - belirli sonuçlar doğurması gerekmektedir. Bu sonuçlar da aynı süreç ve stratejilerden hem doğrudan hem de dolaylı olarak kaynaklanırlar. İktidarın ne tam kontrol sağlayabileceği ne de kendi etkilerini kesin olarak öngöremeyeceği, hem Foucault'nun Avrupa'sında hem de sömürge laboratuvarında açığa çıktı. Ancak bu, Foucault'nun yaptığı gibi, aynı stratejinin, doğurduğu etkinin aksine, kendisinin bir "karşı strateji"-ye dönüşebileceği anlamına gelmez. Çünkü bu konumu tartışmak, sadece iktidarın özünü bozmak anlamına gelmez; iktidarın gücü şöyle dursun onu *kendi* temsil yetkisinden tamamen mahrum bırakmak anlamına gelir.

İktidarın etki alanının öngörülebilirliği konusundaki sınırlılığa dair bu uyarılar akılda tutularak ve iktidar söylemlerinin doğrusal olmadığını usulünce kabul ederek, sömürgeci iktidarın stratejilerinden birinin oldukça doğrusal bir bilgi birikimi ortaya koymak olduğunu iddia etmek (bu kitapta olduğu gibi) mümkündür. Bu bilgi üretimi, inkar edilemez çeşitliliğin arasında birbiriyle ilişkili iki gerçeklik icat

[23] Epistemik ve diğer dönüşümler üzerindeki bu kolonyal "egemenlik" Massad'ın *Colonial Effects* eserinde güçlü bir şekilde belgelenmekte ve analiz edilmektedir. Ayrıca bkz. Chatterjee, *Nation and its Fragments*; Merry, "Legal Pluralism," 872-74.

[24] Foucault, *History of Sexuality*, 101–02.

etti: biri şimdiye kadar tahmin edilebilir etkilere sahipken, diğeri (o zamanlar da şimdiki gibi) herhangi bir tahmin edilebilirlikten uzaktı. Bunların ilki, İslami hukuk tarihinin bilimsel bir anlatısından oluşuyordu. Bu anlatı, şu anda "İslam hukuku" olarak adlandırdığımız oldukça yapılandırılmış yapıyı olmasa da "İslam hukuk çalışmaları" alanını ortaya çıkardı. Zira sömürgeci projenin yükselişinden önce, en azından Öteki'nin hukuku olarak İslam hukuku hakkında hiçbir bilgi sosyolojisinin olmadığı kolayca ileri sürülebilir. Bununla birlikte, anlatının, on sekizinci yüzyılın sonuna kadar iktidar söylemleri içindeki karşıt stratejiler arasında bocalayarak yavaş yavaş ortaya çıkan bir fenomen olduğu ve sömürgeci laboratuvarın gelişiminin zirvesi olan on dokuzuncu yüzyılın ikinci yarısına kadar daha doğrusal bir stratejiye dönüştürülemediği doğrudur. O zamana kadar, "İslam hukuk kültürü" üzerine iktidar söylemlerinin temelleri atıldı ve bu durum "İslam hukuk çalışmaları" adını verdiğimiz yeni geleneğin icadının habercisi oldu.

Hiç kuşkusuz bu gelenek kendi iyiliği için inşa edilmedi ya da Avrupa akademisindeki yalnızca entelektüel merakın bir uzantısı değildi; çünkü bugünlerde beşeri bilimler ve sosyal bilimlere giren alanların, kendisi daha büyük modernite projesine tabi olan sömürgeci projeden yalıtılmış bir şekilde ortaya çıktıklarını düşünmek saflık olur.[25] Böylece, -örneğin, psikanalize kıyasla oldukça açık olan- salt alaka nedeniyle, gelenek, sömürgeci projenin buyruklarına (her zaman sistematik olmasa da, en sistematik biçimde) hizmet etmeye başladı. "İslam hukuk çalışmaları"nın icat edilmiş anlatısı, sadece yerel hukuk kültürlerini dönüştüren sömürgeci politikaların biçimlendirilmesine değil, aynı zamanda imparatorluk kültürünün kendisinin şekillendirilmesine de yardımcı oldu.[26] Yine de bu kültür, her ne kadar bu öngörülemezliğin en önde gelen örneği olsa da, bu icat edilmiş gerçekliğin ne kadar öngörülemez olduğunun kanıtlandığı ya da iktidar süreçlerinin ve stratejilerinin kontrolünün ötesinde durduğu yer değildi. Buna karşılık bu gerçekliklerin ikincisi, iktidar süreçleri sömürgelerin yerel hukuk kültürlerinde ortaya çıkarken bu süreçlerin etkilerine dayanıyordu. İşte bu kitabın ilgisi, icat edilmiş bu iki gerçekliğin oluşumu ve ortaya çıkışına yönelmektedir.

---

[25] N. Dirks'in, Cohn'un *Colonialism and its Forms of Knowledge*'ına yazdığı girişe bkz. Sosyal bilimlerde üretilen bilginin yararlı bir eleştirisi için Wallerstein, *Uncertainties of Knowledge*'a bkz.

[26] Bu konu için bkz. Said, *Culture and Imperialism*; Cohn, *Colonialism and its Forms of Knowledge*; ve Dirks, *Scandal*.

Bu durumda eğer her söylem güç ilişkileri alanında yer almak zorundaysa (ki bu durum kanıksanmıştır), o zaman her söylem kaçınılmaz olarak iktidar süreçleriyle bir ilişkiye girer. Bu katılım için giriş bileti, iktidarın yapılarına ve süreçlerine karşı yıkıcı ve muhalif olsun ya da olmasın, her söyleme zaruri olarak eşit bir şekilde verilir. Bu kuşatıcılık, iktidarın temel bir özelliğidir, çünkü iktidar, yapısı gereği, kendisini korumak ve gerektiğinde yeni biçimlere dönüştürmek için her türlü muhalif söylemi özümsemelidir. Ancak bundan güç ilişkileri alanının, tüm söylemleri aynı düzeyde etkili veya eşit derecede meşru kabul ettiği sonucu çıkmaz. Bu alan içinde, egemen iktidar pratiklerini içeren ve bu pratikleri bir bilgi sistemi olarak geçerli kılan söylemler topyekûn meşrulaştırma ayrıcalığına sahiptir. Diğer taraftan, muhalif söylemler genellikle susturma yoluyla içe alınır. Bu süreç, bu söylemlerin güç ilişkileri alanına girmesine izin vererek, dışlanmalarından mütevellit müstakil bir güç ilişkileri alanına dönüşmelerine izin vermek yerine onları marjinalleştirmeyi garanti eder. Diğer bir ifadeyle, bu muhalif söylemler, başka paradigmatik söylemlerin yerini alacak kadar güçlü bir ivme kazanmadıkça, iktidar sistemleri düzeyinde işleyen Kuhncu bir devrimden daha azına tanık olmayacağız.[27]

Yukarıda anlatılanların çok açık bir sonucu, kendisini iktidar sistemlerinden tamamen izole etmiş, onların yapılarının ve çıkarlarının tamamen dışında konumlandıran hiçbir söylemin olmadığı iddiasıdır. Her söylemin anlamlı ve uygun olması için, kuvvet ilişkileri alanında, ontolojik ve epistemik olarak tasdik edicilikten karşıt ve geçersiz kılıcıya uzanan bir duruş sergilemesi gerekir. Bu kadarı kabul edilirse, güç ilişkileri alanına, kendilerine karşı çıkan söylemlerden ayrı olarak yalnızca sömürgeci ve Oryantalist söylemlerin girmesine izin verildiği iddia edilemez. Mamafih, "Şark" hakkındaki her söylemin söylemsel güç ilişkileri alanında kendisine bir yer bulduğu ve Euro-Amerikan Oryantalizminin bu alan üzerinde tekeli bulunmadığı önermesini kabul edersek, bu durumda iktidarın muhalif, hatta geçersiz kılan söylemlerle ilişkisinin anlamı ne olacaktır? Tersi ifade edildiğinde, Euro-Amerikan Oryantalizmi hegemonik güç ilişkilerine ve ret veya kabul, meşrulaştırma veya gayr-ı meşrulaştırma hakkını kendilerine saklayan *sistemik* jüriyi nasıl engelleyecektir?

Hem jüri hem de savunucular -yani, lehte bir hüküm için yarışan muhalif söylemler- zorunlu olarak içinde faaliyet gösterdikleri sistem tarafından sınırlandırılıyorlarsa, o zaman kendilerinin de iktidar

[27] Kuhn, *Structure of Scientific Revolutions*.

sisteminin nasıl işlediğini dikte eden kurallara tabi oldukları zorunlu bir şekilde ortaya çıkacaktır. Başka bir ifadeyle, yıkıcı ve "karşıt bir strateji" için "bir başlangıç noktası" sağlayanlar da dahil olmak üzere, güç ilişkileri alanındaki muhalif söylemler, tamamen güç sistemlerinin kanun ve kurallarına tabidirler. Kuhncu ve post-Kuhncu paradigma değişimine dair yorumlar, kısmen de olsa yıkıcı söylemlerin işleyişinin biraz anlaşılmasını açıklayabilir. Ancak kesin olarak ifade edilmesi gereken nokta şudur ki, muhalif söylemler iktidar alanlarını kontrol etme çabalarında hangi çelişkili ilişkileri geliştirirse geliştirsinler (iktidar onların varlıklarının tek alanıdır), ancak ayrıca mevcut olmayan bir gerçeğin sahibiymiş gibi davranabilirler.

O halde, iktidar kendi hakikat parametrelerini ortaya koyduğu için, hakikat ile iktidarın sistemik kuralları arasında zorunlu bir ilişki olmadığını söylemeye gerek yoktur. Bu kuralları, ikincisinin birincisine başvurduğu ve ona el koyduğu yıkıcı söylemlere maruz bırakmak, ilk direniş eylemini teşkil eder. Yıkıcı söylemler, sistemik kuralların tanımında yer alan yerleşik iktidar söylemlerinin çürüyen organlarından beslendiklerinde çok etkili olurlar. Post-modern post-kolonyal eleştiri, modernitenin kusurlarından, zayıflıklarından ve onun mutlakiyetçi iddialarının gerilemesinden doğan böyle bir yırtıcıdır. Bu eleştiri kendini sistemden veya onun kurallarından kurtarmayı başaramadı (ve olması da muhtemel değil),[28] ancak yıkıcı bir strateji olarak iktidarın hakikatinde bir başkalaşım meydana getirdi. *Dönüştürülmüş* bir gerçeğe, ancak yine de bir iktidar gerçeğine bir bakış sağladı ve daha doğrusu sağlama sürecindedir. Bir kimse yalnızca bu kısıtlayıcı ve kaçınılmaz parametreler içinde yazabilir ve herhangi bir söylem tam olarak bu parametreler içinde ortaya çıkabilir.

Ancak bu, ne kadar mütevazı olursa olsun, dönüşümün, bir gelişmeden daha az bir şey olduğu anlamına gelmez. Bu ise modernitenin ilerleme miti anlamına gelmeyip, böyle bir dönüşümün, her zamankinden biraz daha geniş bir şekilde yıkıcı stratejilerin eklemlenmesine kapı açması anlamında ahlakdışı bir gelişmedir. Bazıları buna yeni bir bilgi, son teknoloji, epistemik ve bilimsel ilerleme de diyebilir ve bunda haklı da olabilirler. Başkaları ise buna karmaşık güç oyunundaki bir piyondan öteye geçmeyen bir şey diyebilir ve onlar da bunda aynı derecede haklı olabilirler. Bu kitap, dikkatli ve bilinçli bir şekilde, bu iki tasavvur arasındaki diyalektik üzerine yazılmış uzun bir dipnottur.

[28] Spivak, "Can the Subaltern Speak?" 87 ve devamı.

3. Bu Kitabın Kapsamı ve Tertibi

Elinizdeki kitabın hem coğrafi hem de tarihsel olarak çok geniş bir alanı kuşattığı açıktır. Yedinci yüzyıl Arabistan'ından başlar ve -yalnızca tahmin edilen- başlangıçlarını eski Babil kadar erken bir çağda (ve hukuk kültüründe) bulan tüm arka planlarıyla yola çıkar. Çünkü İslam hukukunun Yakın Doğu'nun hukuk kültürünün, özellikle de güney ve kuzey Araplarının MS beşinci ve yedinci yüzyıllar arasında yaşadığı ve deneyimlediği biçimlerin bir ürünü olduğu bu kitabın temel varsayımlarından biridir. Kitap, anlatısını, geniş coğrafi kapsamıyla eşleşen, zamansal olarak geniş bir alan olan şimdiki zamanla sona erdiriyor. Sistematik, mekansal-zamansal bir açıklamaya ulaşmak imkansız olsa da, Arap Ortadoğu'suna ayrıcalıklı bir statü veren geleneksel kalıbı kırmak için bilinçli bir çaba gösterildi. Bu yaklaşım, diğer bölgelerin az veya çok temsil edilmesine izin verirken Orta Doğu'nun uygun bir şekilde kuşatılmasını gerektirse de burada, zaman ve mekanda tüm önemli İslam hukuk kültürlerinin açıklandığı yönünde bir iddiada bulunulamaz (Örneğin akla hemen Sahra Altı Afrika gelir). İslam hukukunun geçmişinin ve bugününün tartışılacağı böylesine kapsamlı bir proje, bu alanda henüz yeni başlamış olan onlarca yıllık araştırma ve bilimsel çalışmanın mevcudiyetini gerektirir.

Bununla birlikte, ayrıntılı olmayan ama yine de geniş bir mekansal-zamansal kapsamın, özellikle de sayfa ekonomisinin gerçekçi kısıtlamaları içinde denendiğinde, kendi epistemik ve metodolojik sorunları vardır (bilimsel yayın giderek katı kâr ve zarar kurallarına tabidir). Örneğin, dünyadaki tüm bireylerin benzersizliği üzerinde ısrar eden bir evrensellik teorisi[29] ortaya koyduğumuzda, İslam hukukunun herhangi bir özelliği hakkında genelleme yapmayı nasıl haklı çıkarabiliriz? Örneğin, hukuk eğitimi, diyelim ki Doğu Java ve Mısır arasında bu kadar farklılık gösterirken, hukuk fakültesinin, yani *medrese*nin işlerini belirli bir tarzda yürüttüğünü ifade eden herhangi bir önermeye nasıl güvenebiliriz? Veya aynı bölgedeki mahkeme tatbikatları ve hukuk uygulamaları farklılık gösterirken, İslam hukuku mahkemesinin işleyişine ilişkin herhangi bir tasvir nasıl güvenilir olabilir? Mekânsal-zamansal varyasyonları hesaba katmadan, mahkemeler, hukuk fakülteleri ve diğer tüm konular hakkında nasıl herhangi bir açıklama ortaya koyabiliriz?

[29] Bir referans çerçevesi için bkz. Aaron, *Theory of Universals*.

İslam hukuku veya herhangi bir konu hakkındaki bu mütemadi sorulara kesin, su götürmez çözümlerin veya cevapların iki yanıttan birini gerektirdiği bir kere ve kesin olarak belirtilmelidir: suskunluk (ki bu, *fiilen* akademik yazma eyleminin kendisiyle çelişir, kesinlikle bir seçenek değildir) ya da atomik gerçekliklerini güçlükle aşabilen katı mikro hesapların üretilmesi (çünkü genele aşkın olduklarını iddia etseler, ilk etapta onları mikro varoluşlarına zorlayan aynı epistemik açmaza düşerlerdi). Ayrıca mikrodan makroya geçiş, genellikle büyük anlatıların başına bela olan aynı epistemik ve tarihyazımsal ikilemlerle iç içe olan yaygın bir uygulama olmuştur. O halde, herhangi bir makro tarih, genellemeden kaynaklanan tuzaklardan kaçınacak şekilde nasıl yazılabilir? Zira bu olmadan, tartışmasız bir şekilde bilim hem atomize hem de parçalı kalacaktır.

Bağlamımızla ilgili muhtemel bir cevap, kesin konuşmak gerekirse, bu tür tuzakların kaçınılmaz olduğu ve bunların, bir önermenin tek bir atomik tikelden fazlasını tanımlama iddiasında bulunduğunda ortaya çıkan alanla birlikte geldikleridir. Bu nedenle, bu epistemik çıkmaz aynı zamanda mikro-tarihin de belirli bir düzeyde kaderidir. Çünkü burada dahi tarihçi, her zaman tamamı oldukça tekil olan, ancak bazıları tarihçinin bakışının merkezinde duranlarla ilişkili olarak mecburen söylemsel olarak marjinalleştirilecek olan çok sayıda tikel ile ilgilenir. Prensipte, bu veri yoksunluğu, makro tarihle ilişkilendirdiğimiz aynı açmazı yansıtır. Kolaylıkla kabul edilir ki mikro-tarihin "kabaca tasviri, en geniş kapsamlı sonuçlara ulaşmanın bir yolu olarak en küçük olayların mikroskobik analizini kullanmayı başarır."[30] Bu tarihin amacının daha büyük yapıların işleyişini ortaya çıkarmak olduğunu söylemek mümkündür. Yine de mikro tarihçinin konusu olan görece önemsiz ayrıntılardan genele doğru yapılan bu tür sıçramalar, epistemolojik terimlerle ifade etmek gerekirse, makro tarih açık ve kolay bir hedef olduğu için tarihyazımsal incelemeden uzaklaşmıştır. Ve bu epistemolojik önyargı, yaklaşımlarındaki bariz dış farklılıklara rağmen, nadiren iki tür tarih yazımının tarihyazımı pratiklerindeki niteliksel farklılıkların bir sonucudur. Makro tarihi eleştiriye maruz bırakan şey, makro tarihin içinde gizlenmemiş çoğulculuktur. Bir çırpıda Kahire, Şam, Şiraz ve Fas hakkında konuşmak, Kahire'nin, Şam'ın veya Kayseri'nin şaşırtıcı sayıda meslek, kurum, ağ, sınıf, uygulama ve çok çeşitli kültürel ve diğer özelliklerinden bahsetmekten çok daha sakıncalı görünüyor. Bu tür mikro

[30] Levi, "On Microhistory," 102.

hesapları daha kabul edilebilir kılan şey, özellikle daha ikna edici bir mantık veya epistemik, "bilimsel" bir gerekçeden ziyade tarihçinin başarılı veri yönetimine ilişkin algıdır. Bu algı (illüzyon değilse), incelenen konunun kurucu unsurlarının yönetilebilir olduğuna ve bu nedenle açıklanabileceğine, hesaplanabileceğine, kontrol edilebileceğine ve nihayetinde kontrol edilebileceğine dair bir algıdır. Bu kontrol, mikro tarihçinin, sonuçlarının doğrudan kullandığı ve delil getirdiği kanıtlardan kaynaklandığına dair güvencesidir. Peki sonuç itibariyle, bunu makro-tarihlerin yazılmasından bu kadar farklı kılan şey nedir?

Bu sorunun cevabı, bize bu kitabın kapsamının gerekçesini sunar. Bir sınıfı tanımlamayı amaçlayan bir genelleme, sınıf üyelerine ait olduğu varsayılan bir veya daha fazla örneğin bu genellemeyle uyuşmadığı veya onunla çeliştiği ortaya çıktığında açıkça yanlışlanabilir veya problemli kabul edilir. Bu nedenle doğru bir tarihsel anlatı, istisnaları açıklayabilen ve tüm önermelerinde, mevcut kanıtlardan türetilen bir dizi geçerli akıl yürütme çizgisine bağlı olduğunu gösterebilen anlatıdır. Foucault'nun "örnek olarak kanıt"ıyla[31] uğraşmadan, onun "episteme" kavramını ödünç almanın faydalı olacağını düşünüyorum. Zira episteme kavramı, kendilerini aynı türden diğer sistemlerden niteliksel olarak ayıran belirli bir kavram yapısını ortak olarak paylaşan bilgi ve uygulama sistemlerine atıfta bulunan bir kavramdır. Tabi ki Foucault'nun ilgisi, modern sistemler ile onların ilgili öncülleri (veya bunlara karşılık gelen öncülleri) arasındaki ayrımlara olduğu kadar, bu sistemlerde meydana gelen "epistemik kırılmalara" da yöneliktir.[32] Fakat episteme kavramı, İslam hukuku bilgi ve uygulama sisteminin haritasını çıkarmak için faydalı bir şekilde uygulanabilir. Bu uygulamanın yerel ve bölgesel farklılıkları, Fas'tan Endonezya Takımadalarına kadar çok sayıda kültürel, ekonomik, geleneksel, coğrafi, tarihi ve sayısız başka faktörden etkilenecek şekilde sonsuz çeşitliliktedir. Bu sonsuz çeşitlilik göz önüne alındığında, İslam hukukundan indirgemeci olmadan nasıl söz edilebilir?

Bu kitabın doğru bir şekilde anlaşılması için, Şeriat'ın episteme olarak adlandırılan sistemik bileşenleri ile bir yerden veya zamandan diğerine değişen şartlara bağlı özellikleri arasında ayrım yapmak çok önemlidir. Başka bir deyişle, modernitenin zuhuruna kadar, Şeriat

[31] Gutting, "Foucault and the History of Madness," 47–67.
[32] Foucault, *Archaeology of Knowledge*, 34–78; Flynn, "Foucault's Mapping," 31–33.

içinde zaman ve mekan içinde değişmeyen otorite yapıları, söylemsel ve kültürel uygulamalar her zaman var olmuştur ve bu durum, bunlar on dokuz ve yirminci yüzyılın başlarında yapısal ölümleriyle[33] karşılaşana kadar devam etmiştir. Örneğin, hukuk eğitiminin işlevi ve yöntemleri, zaman ve mekana göre değişen eğitim pratiklerindeki farklılıklara rağmen sabitti ve Şeriat eğitimi almış bir bilgin veya Şeriat eğitimi almış bir öğrenci olmanın ne anlama geldiğini bir dereceye kadar belirliyordu. Aynı durum, *fakîh* (*müftî*), hakim (*kâdî*), müellif-hukukçu (*musannif*), hukuk profesörü (*şeyh*), noter (*şurûtî*), mahkeme *kâtib*i ve *yapısal* performansları dikkate alındığında sabit olan diğer birçok "görevli" kişinin işlevleri için de geçerlidir.[34] Çünkü bu performanslar, yalnızca sistemi yönlendiren kuvvetler tarafından değil, bütünüyle ihtiyaçlar veya ileriye doğru hareket mantığı tarafından belirlendi. Aslında, gerçekleştirilmesi bu "işlevlerin" yerine getirilmesinin ayrılmaz bir parçasını teşkil eden ve Şeriat'ı uygulama, icra etme ve yaşamadaki en yüksek başarıyı oluşturan köklü bir ahlak tarafından da belirlendiler.

Bu, mahkeme uygulamalarının da, eğitim gibi, bir yerden veya zamandan diğerine farklılık göstermediği anlamına gelmez. Mahkemelerin faaliyet gösterdiği topluma ve hüküm süren yönetim biçimine bağlı olarak, mahkemeler de zaman zaman önemli ölçüde farklılık göstermiştir. Aslında aynı mahkemedeki *kadı*ların, hatta kâtibin değişmesi sebebiyle mahkeme uygulamalarının aynı şehir veya kasabada mahkemeden mahkemeye farklılık gösterdiği fazlasıyla tartışmaya açıktır. Birbirine komşu köyler kültürel teamüller açısından farklılaştıkça, onların adalet anlayışı ve yargıç, yargıç yardımcıları, şahit ve kâtiplerinin de bu anlayışı hayata geçirme biçimleri farklılaşıyordu. Ama yargının yapısal mekanizmaları, prosedürleri, füru' fıkhı, değerleri ve hüküm verme etiği, mahkeme kararının on birinci yüzyılda Fas'ta veya on beşinci yüzyılda Semerkant'ta verilmesine bakılmaksızın ortak bir adalet nosyonuna sahipti. Bu paradigmatik adalet nosyonu, unsurlarının kahir ekseriyeti Kuran'a dayanan dini ahlak temelli belirli bir yaklaşımdan, sosyal bütünlüğe ve toplumsal

[33] "Yapısal ölüm", ilk olarak Şeriat sistemini mümkün kılan ve ikinci olarak üretken yapan organik özelliklerin çöküşü anlamına gelir. Bugün Sünni Müslüman ülkelerin medeni kanunlarında ve "geleneksel hukuk"un siyasallaştırılmış eğitiminde varlığını sürdüren Şeriat cilası, Şeriat epistemesini incelememize ve ondan bahsetmemize izin veren yapısal ve sistemik özelliklerin tamamen yokluğu -ya da ölümü nedeniyle- kanuni, hukuki ve yasal yeniden üretilebilirliğinden kopmuştur.

[34] Bu durum önemli bir kurum olan *vakf*ı ve onun eğitsel ve hukuki işlevlerini de kapsar. "Kronolojik, coğrafi ve etnik sınırlar" boyunca faal olan bu kurum hakkında bkz. Deguilhem, "Government Centralization of Waqf", 223.

uyuma ciddi vurgu yapan bir toplumsal ahlaka uzanan bir sentez tarafından oluşturulmuş, şekillendirilmiş ve tanımlanmıştır. Bu sentez aynı şekilde oldukça konsolide bir usul hukukuna; tartışmasız ve tutarlı bir hukuk doktrinine; mahkeme ve yasal sürecin bir katılımcısı olan ahlaki toplum hakkındaki belirli birtakım varsayımlara; hukuk bilgisi ile siyasi güç arasındaki belirli bir ilişkiye vb. uzanmaktadır. Diğer faktörlerin yanı sıra geleneklerdeki ve sosyal kurallardaki farklılıklardan etkilenen büyük bir hukuksal çeşitlilik olduğu doğrudur, ancak bu çeşitlilik *yapısal ve sistemik bir birlik* içinde varlığını sürdürdü. Bu kitabın tasvir etmeye çalıştığı işte bu birliktir, ancak -tek bir cildin sınırlarının izin verdiği ölçüde - İslam topraklarında belirli yer ve zamanlarda var olan bir takım hukuki farklılıkları da açıklamaya çalışarak bunu yapacaktır.

Merkezi öneme sahip bir diğer nokta ise bu kitabın, oldukça farklı iki araştırma konusu olan İslam hukuku hakkında olup İslam'da hukuk hakkında olmamasıdır. İslam toplumları, modernitenin dayatmalarına tabi tutulmadan önceki hemen her toplum gibi, "hukuki" nizamda son derece çoğulcuydu ve çeşitli düzeylerde hukuki ve ahlaki yönetime, yasal mekanizmalara, arabuluculuk ve tahkime dayalı çözümlere müsaade ediyordu. Hukuk normları, başka dinamiklerin yanı sıra aile, klan, kabile, köy, mahalle, sosyo-dini topluluk ve hanedan tarafından oluşturulmuştu. Şeriatı incelemek, hiçbir zaman bu biçimlerin tamamının incelenmesi anlamına gelemez, çünkü Şeriat gibi, bunların her biri de kendi başlarına birer araştırma konusu olarak dururlar. Araştırmada onları Şeriata tabi kılmak, varlıklarını olmasa bile önemlerini inkar etmek anlamına gelir. Her ne kadar bu doğal normları keşfetmeye başlamak için acil bir ihtiyaç söz konusu olsa da bu kitabın böyle bir şey yapmaya niyeti yoktur. Ancak bunları keşfetmek yalnızca içsel nedenlerle değil – ki bu başlı başına fazlasıyla yeterli bir nedendir - aynı zamanda böyle bir keşif olmadan Şeriatı daha iyi ve daha eksiksiz anlayamayacağımız için gereklidir. Şeriatın kaçınılmaz olarak iç içe geçtiği, desteklediği, direndiği veya bastırdığı bu doğal sistem ve normları açıklamak için bu anlama girişimi hem pratikte hem de teoride gereklidir.

Bu kitabın konusu olarak Şeriat, onun senkronik ve diyakronik tarihinin toplamı olarak incelenmektedir. Başka bir deyişle, belirli bir zaman ve yerin Şeriatını anlamak, onun kümülatif geleneğiyle uzlaşmadan savunulamaz, çünkü Şeriatın kendi tarihi, varlığını sürdürdüğü her dönemde, yaşam deneyiminin ayrılmaz bir parçası olmaya

devam etti. Tarih sadece doğrusal bir ilerleme üzerinde tekrar eden bir süreklilik deneyimi sağlamakla kalmadı, aynı zamanda Şeriatın belirli bir yer ve zamanda tasdik edildiği her an onun bütünsel deneyimlerini artırdı. Şeriatın kaynakları, teorik ve hukuki ilkeleri ve metinsel anlatıları, her fırsatta kendi uygulamaları ve söylemleri için alt yapı ve konu sağlayarak sürekli bir şekilde yeniden üretildi ve canlandırıldı. Şeriatın, kendi öznelerinin tecrübelerinin belirli bir anında neyse o olduğunu, tarihinin onun zamansal-mekansal tezahürünü gizlediğini ve çarpıttığını iddia etmek, bir bireyin psikanalizinde geçmiş ve çocukluk deneyimlerine ilişkin düşünceleri bir kenara bırakmaya benzer. Zira Şeriattaki her aşama hem bilfiil hem de doktrinde, bir sonrakinin yaratılmasına, tanımlanmasına ve şekillendirilmesine katkıda bulunmuştur.

Buna göre, birinci bölümde, Şeriatın ortaya çıktığı dönemin, üzerinde geliştiği arka planın ve ilk yüzyıllardaki sosyo-hukuki oluşumların bir özetini sunarak başlıyorum. Güney ve Kuzey Arapları arasında var olan demografik, kültürel, dilsel ve ekonomik bağlar, erken dönem İslam hukuk kültürünün oluşumunda çok önemli bir unsuru teşkil etti. Bu bölümdeki ana argüman, Şeriatın oluşum kaynaklarının, modern hukuk sistemlerinin benimsediği veya diğer hegemonik sistemlerden benimsemeye zorlandığı gibi yabancı müdahaleler olmadığıdır. Bu yaygın hukuki aktarım şekli, modern bilim adamlarının, çoğu modern öncesi sistemlerin birbirleriyle etkileşime girdiği algılanamaz yollara ilişkin algısını bozuyor gibi görünüyor. Yedinci ve sekizinci yüzyıllarda, hukukun bütünü - en azından fürû' fıkıh doktrini olarak - ortaya çıktığında, hammaddeleri sağlayan kaynaklar Yakın Doğu uygulamalarına zaten nüfuz etmişti. Buna katkıda bulunan, belirli bir Yahudi veya Roma hukuk kitabı kaynağı değil, Irak, Suriye, Arap Yarımadası ve Kuzey Afrika varyasyonlarında bölgede halihazırda mevcut olan toplu ve sentetik uygulamalardı. Kısacası, Müslümanların karşılaştıkları ve hukuk kültürünün geniş coğrafyasına büyük oranda entegre edilebilecekleri materyalleri elde ettikleri münferit kaynaklar belirlemeye çalışmak boş bir çabadır. Ayrıca herhangi bir makul gerekçeyle, bir hukuk kavramının veya hukuk kurumunun kesin kökenleri belirlenemez. Zira böyle bir belirleme, keyfi tarih yazımı çalışmaları, milliyetçi anakronizm ve bu tür kavramların ve kurumların henüz sistemleşmemiş gelişimleri sırasındaki esnekliğini ve mutasyonlarını göz ardı eden olağanüstü ustalığın içine girecektir.

O halde birinci bölüm, Şeriatın Yakın Doğu'da binlerce yıldır hüküm süren sentetik bir hukuk geleneğinden nasıl ortaya çıktığını açıklıyor. Bu bölüm, birçok belirleyicisi olan ve en başta da yeni doğmaya başlayan Müslüman toplumda ve onun özel, oldukça bireysel hukukçularınca temsil edilen yeni bir sosyolojik oluşum olan bir evrimi sunuyor. Bu uzmanlar, hukukçular (*fukahâ'*), yeni ortaya çıkan *şer'î* sistemin ana hatlarını sadece hukuk ve hukuki kurumlarla değil, aynı zamanda oldukça özel, bağımsız ve sosyal ve ahlaki temelli doğasıyla tanımladılar. Siyasi olarak bağımsız, sosyal olarak sorumlu, birey olarak müstakil bir şahsiyet olan hukukçu, sonraki on iki yüzyılın hukuk tarihinin akışını belirleyen İslami bir icattı. Ancak bu tip bir hukukçu, yeni dinin ortaya çıkardığı yeni bir toplum kavramı tarafından belirlenip şekillendirildi.

Birinci bölümün geriye kalan kısmı, her ikisi de Şeriata son şeklini veren dört büyük gelişmeden ilk ikisini oluşturan hukuk okullarının (*mezhepler*; tekili *mezhep*) yanı sıra İslami yargının gelişimini izler. Bu gelişmelerin üçüncüsü, 2. kısmın konusu olan ve bütünüyle teşekkül eden bir hukuk teorisi ve yorum metodolojisinin (*fıkıh usûlü*) yükselişiydi. Dördüncü gelişme, yani fürû' fıkıh doktrini, ana hatlarıyla sunulsa bile daha kapsamlı bir ilgi gerektirdiğinden, Bölüm II'nin tamamında tartışmak üzere ertelenmiştir.

3. kısımda hukukçu sınıfın yeniden üretildiği vasıta olan hukuk eğitimine dönüyorum. Bu nedenle bu bölüm, çoğu zaman halkanın (*halaka*) faaliyetlerini de içine alan hukuk fakültesinin (*medrese*) olduğu kadar eğitim halkasının çalışmalarının kısa bir açıklamasını sunmaktadır. Önemli ama kesinlikle ayrıcalıklı bir eğitim forumu olmayan *medrese*, yalnızca hukuk ve siyaset arasında bir iletişim noktası olmakla kalmadı, aynı zamanda yönetici sınıfın siyasi ve dini meşruiyet yaratmaya ve artırmaya çalıştığı etkili bir koridor da oldu. Bu bölümde ele alınan konular hiç kuşkusuz özü itibariyle önemlidir, ancak bunlar aynı zamanda Şeriatın modern devlet tarafından benimsenmesinin geleneksel hukuk eğitiminin hanedan denetimi yoluyla mümkün kılındığı on dokuzuncu ve yirminci yüzyıl gelişmelerini anlamak için de esas teşkil eder.

3. kısım ile Bölüm II'de verilen doktriner arka plan ile hukukun temel ve yapısal özellikleri incelenecektir. 4. kısım, "Hukuk ve toplum", hukukun toplumla etkileşimini ve ahlaki dayanaklarını dikkate alarak bu incelemeye girişir. Hukuk doktrininin emirlerinde gizli bir diyalektik olan geleneksel arabuluculuk ve tahkim uygulamalarının

adli uygulamayla kesiştiği ve onu tamamladığı gösterilmiştir. Batı mahkemesinin muadili olan *kâdı* meclisi, toplumun, onur kavramlarının ve yönetici rejimin adaletten pay almak için rekabet ettiği ve stratejiler oluşturduğu bir toplumsal ve ahlaki çekişme platformu olarak tartışılmaktadır. Mahkemenin hayati öneme sahip *müftî*ye (hukuk danışmanına) bağımlılığı, bu *müftî*nin sistemin adli işleyişindeki merkeziliğini ve Şeriatın *fetva* yoluyla değişimi sağlamadaki yapısal kabiliyetini gösterir; ki bu değişiklik, müellif hukukçunun (*musannif*) da önemli ölçüde katkıda bulunduğu bir değişikliktir. Bu bölümde son olarak kadının hukuk sistemindeki yeri hakkında kısa bir tartışma sunulmaktadır.

Dördüncü bölümde mahkemenin işleyişine ilişkin verilerimizin önemli bir kısmının Osmanlı döneminden geldiğine dikkat çekilecektir. Osmanlıların uyguladığı sınırlı değişiklikler bir yana, mahkeme uygulamalarının on dokuzuncu yüzyılın başına kadar devam ettiği (büyük ölçüde on altıncı yüzyıl öncesi edebi kaynaklar temelinde) varsayılmaktadır.

Bölüm I'in son kısmı 5. Bölümdür. Bu bölüm, Şeriatı yalnızca meşruiyet kazanmak için değil, aynı zamanda idari yetenekleri maksimize etmek için de bir araç olarak kullanan, uzun süredir devam eden bir Yakın Doğu siyasi yönetim kültürü olan "Dâire-i Adalet" metaforik kullanımında özetlenen yönetimin rolünü tanıtır. Dâire-i Adalet aşağıdaki mantıksal sıralamada özetlenir: İyi bir yönetimin ulusal çıkar (*raison d'état*) elde etmesi için adalet olmalı ve adaletin gerçekleşmesi için de iyi bir yönetim olmalıdır. Dâire-i Adalet hem sivil nüfusun hadimleri olarak yönetici seçkinler hem de bu nüfusun temsilcileri ve savunucuları olarak hukukçular için iyi işledi. Hukukçular, adil yönetimi sürdürmeyi Yaratıcının kanununu gerçekleştirmenin yegane yolu olarak görüyordu. Yönetici seçkinler ise kanunu, bir amaca ulaşmanın yolu olarak görüyordu: yönetenin ve yönetimin refahı. Her ne olursa olsun hem Şeriatın hem de yönetici seçkinlerin karşılıklı fayda elde ettikleri bir ilişki içinde oldukları açıktı. Bu bölüm daha sonra İran'dan Kuzey Afrika'ya kadar Şeriat ile yürütme erki arasında yüzyıllar boyunca var olan simbiyotik ilişki yoluyla elde edilen yasal dengeyi ele almaya devam ediyor. Ancak burada açıklanan yasal denge aynı zamanda "Daire" ile bütünleştirilmesi gereken söylemsel uygulamaydı ve bu, zorunlu olarak, çoğulcu bir hukuk kültürünün çeşitli unsurlarının etkileşimini yansıtıyordu. Şeriatın sınırları dahilinde ve onunla sürekli etkileşim halinde olan

bu hukuk kültüründe örfi hukuk, mesleki düzenlemeler, mahalle iç tüzükleri, imparatorluk fermanları ve kanunnameleri vardı.

Kitap boyunca takip edilen aynı tasarruf ruhuyla, Bölüm II, hukuk doktrininin bazı önemli yönlerinin bir özetini sunar (bkz. Ek A). Bununla birlikte, bir iki hususu not etmek gerekir. Her şeyden önce, Bölüm II'deki sadeleştirilmiş sunuma dikkat edilmelidir. Pek çok hukuk doktrini eseri, teknik ifade verimliliğine ve ustalıklı anlatım tarzına rağmen, bazen iki veya üç düzineye ulaşan çok sayıda kalın cildi doldurdu.[35] Tam aksine Bölüm II, belirli konuların ana hatlarından fazlasını vermeme iddiasındadır. Bunların her biri, konunun doğasına bağlı olarak hukuki, antropolojik, ahlaki-felsefi, ekonomik veya başka bir yaklaşım için birkaç analitik ve tanımlayıcı cilde yetecek zengin malzeme içermektedir. Ayrıca, içerik dört Sünnî ve Oniki İmam Şia mezheplerini açıklamaya çalışsa da ele aldığım her hukuki meselede her mezhep için yeterli kapsamı sağlamada başarılı olduğumu iddia edemem. Bazı noktalarda mezhepler kapsam olarak eşit değildi ve bazı konularda bir veya ikisi görüş serdetmemiş olabilir. Çoğu zaman mezhebin sadece genel kabul gören doktrini esas alındı, ancak hiçbir mezhebin standart, üzerinde ittifak edilmiş bir hükümler bütünü bulunmadığı için mezhebin kabul gören doktrini ile çelişen ve burada ele alınmayan değerli görüşler olabilir. Bu nedenle burada yapmaya çalıştığım şey, hukuk doktrininin yapısını ve çerçevesini yansıtan bu görüşleri ve temel ilkeleri sunmaktır, çünkü tek bir hukuki meselenin bile tam kapsamlı bir analizi bile sayfalarca yazı gerektirecektir. Son olarak, *vakıf* hukukunun tüm önemli hükümlerine ilişkin bir açıklamanın bu bölümde bulunmadığı belirtilmelidir, ancak bunun kısa ve öz bir açıklaması 4. kısmın anlatısı için gerekli olduğundan bu bölümde bu konu incelenmektedir.

Bölüm III ile kitap, kronolojik bir zaman ölçüsü olmaktan çok hukukun episteme ve yapısındaki dramatik bir dönüşüm olan modern döneme geçmektedir. Dolayısıyla bu tür dönüşümler nerede ve ne zaman gerçekleşirse "modern" de orada ortaya çıkar. Örneğin Hindistan'da, Osmanlı İmparatorluğu ve Kuzey Afrika'dakinden en az yarım yüzyıl önce bu durum gerçekleşti. Buradaki ana konulardan biri, belki de -kapitalizmle birlikte- modernitenin en güçlü kurumu ve özelliği olan modern devlet projesinin Müslüman hukuk alanına girişinin getirdiği etkilerin bir araya getirilmesidir.[36] Bürokratik,

[35] Örnek olarak Kaynakça'da bulunan Serahsî, Mâverdî, İbn Mâze, 'Aynî ve Meclisî'nin eserlerine bkz.

[36] Hodgson, *Rethinking World History*, 44–71.

kurumsal ve teknolojik devletin modernitenin ana aktörü olarak tanımlanması, onun Şeriat, şer'î kurumlar, şer'î epistemolojiler ve paradigmatik, söylemsel uygulamaları üzerinde dallanıp budaklanan etkilerinin kısa da olsa analitik bir incelemesini gerektirir. Doğası gereği kavramsal olan bu inceleme, 13. Bölümün alanıdır. Sonraki bölüm, doğrudan askeri işgale maruz kalmış üç bölge olan Hindistan, Endonezya ve Malaylardaki hukuki sömürgeciliğin tarihsel bir anlatısına başlar. 15. Bölüm, bu tür bir işgalin olmamasının hukuki dönüşümlerin veya Şeriatın tasfiyesinin kapsamını önemli ölçüde değiştirmediği Osmanlı İmparatorluğu'na dikkatini veriyor. Mısır, Cezayir, Fas ve İran için de benzer bir durum söz konusudur. Açık olmak gerekirse incelenen ülkelerin listesi çok ayrıntılı değildir; yine tek bir ülkenin bile tam bir incelemesi ve analizinin müstakil bir cildi, hatta daha fazlasını gerektireceği bir gerçektir. Ancak yukarıda bahsedilen "episteme"ye olan yaklaşımımıza uygun olarak, asıl amaç, Hodgson'ın yerinde bir şekilde "Büyük Batılı Dönüşüm"[37] dediği modern dönüşümün merkezi olarak kabul edilen sistemik ve yapısal değişiklikleri çeşitli örnekler aracılığıyla ortaya çıkarmaktır. Bu analizde Endonezya, Hindistan (ve 16. bölümde Pakistan), İran, Osmanlı İmparatorluğu, Mısır ve Cezayir, epistemenin dönüşümündeki (ya da ona müdahaledeki) örnekleri gösteren merkezi vaka incelemeleri olarak kabul edilmişlerdir.

16. kısım, I. Dünya Savaşı'ndan sonraki dönüşümü tartışıyor ve ilk olarak hukuki değişikliklerin gerçekleştirildiği yöntemlere odaklanıyor. İkincisi, Şeriat, aile hukuku alanında değiştirilmiş hükümlerden biraz daha fazlasına indirgendiği için, tamamen devletin güç istemi tarafından belirlenen bir alan olan aile hukukunun konuları ana ilgi odağı haline geldi. Aile hukuku, Şeriatın fürû' fıkhının suretini koruduğu için, devlet tarafından tasarlanan yeni bir ataerkilliğin selefinin yerini nasıl aldığını incelemek özellikle ilgi çekicidir. *Hukuki epistemed*eki bu temel değişiklik, modernitenin aile hayatı ve evlilik ilişkileri, hukuk kurumları ve geniş manada topluma dayattığı son derece farklı koşulların sadece bir kaydıdır. Baskıcı modern devletlerin ortaya çıkışı ve derin bir ahlaki kayıp olgusu ile birleşen bu değişiklikler, başka birçok şeyle de birleşerek, ağırlıklı olarak politik ama aynı zamanda hukuki ve kültürel yönelimli kitlesel bir hareket ortaya çıkardı. Bu, bugün Müslüman dünyada olup bitenlerin çoğunu etkileyen İslamcı harekettir. Bu nedenle 16. Bölümün geri kalan

[37] A.g.e..

kısımları, bazı kilit ülkelerdeki devlet, İslamcılar ve ulema arasındaki karmaşık ilişkiyi ele alıyor. Bu ülkelerin kilit olması, bu ülkelerdeki gelişmelerin Müslüman dünyadaki diğer bölgeleri derinden etkilemiş olmasından kaynaklanmaktadır.

Şeriatın modern dünyadaki yeri, günümüz Müslüman dünyasında hukuk teorisi, Şeriat tarihinde ise *usûl-i fıkıh* olarak adlandırılan disiplin üzerine yapılan tartışmalardan daha iyi bir şekilde örneklendirilemezdi. Bu tartışmalar, hem hukuki bir gelenek hem de kültürel – hatta siyasi – kimliğin bir işareti olarak Şeriatı kuşatan krizleri göstermektedir. 17. Bölümde önde gelen birkaç düşünürün söylemleri tartışılmaktadır. Bu söylemleri, modern dünya, bu dünyanın karmaşık sekülerlik biçimleri, karşı-ahlakı ve kararlı materyalist eğilimi karşısında Müslümanların nerede durduklarına dair kendi algılarını nasıl ifade ettiklerini göstermek amacıyla inceledim.

Bu kitabı yazarken, en az iki bilim insanı ve düşünür grubuna derin bir entelektüel borç yüklendim. "İslam hukuku"nun akademik bir şekilde çalışılması, günümüzde sahip olduğu şaşırtıcı önemi ile orantılı olarak henüz genişlememiş olsa da, özellikle milenyumun başlangıcından bu yana yapılan son araştırmalar, bu kitap için çok fazla bilimsel değer ve malzeme üretti. Bu listede en önde gelenler, bir yanda çalışmaları İslam hukuk araştırmalarının yeniden keşfedilmesine yardımcı olan hukuk antropologları, diğer yanda Müslüman dünyanın tarih araştırmalarının en iyi kapsama alanı olan Osmanlı döneminin sosyal ve sosyo-hukuk tarihçileridir. Modern Avrupa'nın oluşumuna ilişkin, tarihçilerin yanı sıra post-kolonyal yazarların çalışmaları da bu kitabın teorik temelleri için oldukça önemlidir. Kaynakça, yalnızca kullandığım eserlerin değil, aynı zamanda bu borcun da bir kaydını yansıtmaktadır.

Bu çalışmanın geniş kapsamının, benim daha önce üzerinde çalıştığım ve yazdığım meseleler ve temalarla ilgilenmemi zorunlu kıldığını söylemeye gerek yok. Bu yüzden kitabın bazı bölümlerinin daha önceki çalışmalarımdan yararlanması kaçınılmaz oldu. Bu nedenle, 1. kısım ile 3. kısmın 2. bağlığının çoğu benim *Origins and Evolution of Islamic Law* kitabımın özetidir. Aynı şekilde, her ne kadar önemli kısaltmalar, revizyonlar ve her konuda analitik yorumlara yer verilse de 2. kısmın birinci, ikinci ve son başlıkları ile 17. kısmın 1, 4, 5, 6 ve 10. başlıkları dışındaki bölümlerde yer alan malzeme, genel olarak benim *History of Islamic Legal Theories* kitabımdan alınmıştır.

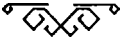
Bölüm II'deki bazı dipnot alıntılarının köşeli parantez içinde verildiğine dikkat edilmelidir. *Fıkıh* eserlerinin[38] üç yeni İngilizce tercümesine atıfta bulunan bu alıntılar, orijinal Arapça metinleri okuyamayan ve hukuk doktrinini daha fazla araştırmak isteyenlerin faydalanması için verilmiştir. Bu referansların çoğu Bölüm II'nin tamamlanmasından sonra eklenmiş olsa da, orijinal metinlere dayanan birkaçı zaten bu Bölüm yazılırken kullanılmıştı. Bu nedenle, bu eserlere köşeli parantezler dışında yapılacak herhangi bir atıf, tercümesine değil de orijinal Arapça kaynağa atıftır.

Son olarak, takvimler hakkında birkaç şey söylemem gerekiyor. Bu kitap Bölüm I ve II'de ikili bir tarihlendirme sistemi kullanır (örneğin, 505/1111). İlk tarih Hicri, diğeri Miladi takvime atıfta bulunur. Bölüm III'te, çoğu Avrupalı veya Avrupalılaştırılmış kaynaklarda genellikle Miladi tarihler kullanıldığı için Hicri tarihlendirme verilmemiştir.

[38] Bunlar şu eserlerdir: Misrî, *The Reliance of the Traveller*; Marghînânî, *Al-Hidâya*, I (II. Cilt henüz basılmadı); Ibn Rushd, *The Distinguished Jurist's Primer*.



Modern Öncesi Dönem



Teşekkül Dönemi

1. Yakın Doğu Arka Planı

İslam'ın kurucusu 11/632'de vefat ettiği zaman, geriye Medine'de (eski adıyla Yesrib) ideolojik dayanakları daha geniş bir kabile adaleti bağlamına uyan son derece tavizsiz ahlaki ilkeleri olan küçük bir devlet bırakmıştı. Yeni din, Batı Çin ile İber Yarımadası arasında uzanan toprakların hızlı fethiyle, başlangıcından sonraki üç buçuk yüzyıl gibi kısa bir süre içinde tam teşekküllü, sofistike bir hukuk ve hukuk sistemi oluşturdu. Bu bölüm ve kısmen bundan sonraki bölümdeki odağımız, bu biçimlendirici gelişmenin ana hatlarını çizmek olacaktır.

İslam daha sahneye çıkmadan çok önce, Mekke ve Medine uzun bir yerleşim geçmişine sahipti ve Yakın Doğu'ya binlerce yıldır egemen olan kültürel sürekliliğin bir parçasını teşkil ediyordu. İki kasaba da imparatorluk kültürünün merkezinde değildi ama ona birçok açıdan bağlıydılar. Arapların İslam adına yayılmasından önce, bölgedeki Arap toplumu, güney ve kuzeydeki topraklarda uzun süredir yerleşik olan aynı tür kurum ve kültür biçimlerini geliştirmişti. Bu durum, Arapların daha sonra iki büyük İmparatorluğu da dahil olmak üzere o bölgenin tamamını fethetmesini kolaylaştıracak bir gelişmeydi.[1]

İslam'ın yükselişinden yaklaşık bir asır önce, üç merkezi imparatorluk vardı: Bizans (Doğu Akdeniz kıyısı çevresinde), Sasani (bugünkü doğu Irak ve İran) ve Yemen (Arap Yarımadası'nın güneydoğusunda). Yemen, farklı zamanlarda ya Doğu Roma İmparatorluğu'nun sürekli bir müttefiki olan Etiyopya Krallığına bağlı bir devlet olması ya da Sasanilerin doğrudan işgali altında bulunması nedeniyle Bizans ve Sasanilere bağlıydı. Ancak Yemen ilk zamanlarda hem maddi hem de kültürel olarak yüksek bir uygarlık düzeyine ulaşan uzun bir bağımsız krallık dönemi yaşamıştı. Endonezya

[1] Lapidus, "Arab Conquests," 50.

Takımadaları ve Hindistan'dan Suriye'ye uzanan antik ticaret yolu üzerinde bulunan stratejik bir ticari konuma sahipti. Baharatlar, tütsü, deri, ipek, fildişi, altın, gümüş, tutkal ve değerli taşlar, Yemen'den Firavun Mısır'ına ve daha sonra Yunan, Roma ve Bizans İmparatorluklarına giden birçok eşya arasındaydı. Orada gelişen Main, Sebe ve Himyeri krallıkları, yerleşik bir yaşam ve yönetim tarzı, karmaşık din biçimleri ve sofistike tarımsal ve ticari ağlarla beslenen pazarlar, saraylar ve heybetli evlerle tekamüle ermiş teferruatlı bir kentsel varoluş geliştirdiler. Altıncı yüzyılın son on yılında, Sasaniler Yemen'i ele geçirdiler ve çok daha önce, Fırat'ın batısındaki büyük bir şehir olan Hîre'yi yönetmek için Lahmî krallarının öncülüğünde özerk bir devlet kurdular. Bereketli Hilal'in diğer tarafında Sasaniler'in karşısında, bölgedeki çıkarlarını Sasaniler'e karşı korumak için Gassaniler'e bel bağlayan Roma ve daha sonra Bizans İmparatorlukları bulunuyordu.

Gassaniler ve Lahmîler, kendi emperyal derebeylerinin amaçlarına iyi hizmet ettiler. Aslında güneyli kabile konfederasyonları, şehir hayatı, yüksek medeniyet ve bu tür kültürlere özgü yönetim biçimleri konusunda uzun bir deneyime sahipti. Gassaniler ve Lahmîler'in her ikisinin de kökleri, daha önce değilse bile, MÖ ikinci veya üçüncü yüzyıldan itibaren yüksek düzeyde manevi ve dini kültüre, karmaşık siyasi yaşam biçimlerine ve tarım, zanaat ve ticaret bilgisine sahip olan Yemen'in doğu kesimlerine dayanıyordu. Lahmîler'in başkenti Hîre, güzel sanatların, bilimlerin (özellikle tıp), mimari ve edebiyatın merkeziydi. Sadece Lahmî kabile konfederasyonu tarafından kontrol edilen zengin bir tarım ve ticaret ekonomisine sahipti. Deri ve çelik zırh imal eder, her türlü pamuklu, yünlü ve keten kumaşlar üretirdi. Burası, Tanûh konfederasyonunun kurucu bir grubu olan Yezd'in çevresine yerleştiği MS birinci yüzyıldan itibaren kitlesel Arap göçü almaktaydı. Öte yandan Suriye'deki Gassaniler ise sofistike bir tarım ekonomisi ve aktif bir ticaret ağı geliştirmiş ve çeşitli ürünlerin imalatıyla uğraşmışlardır. Dini inançları ve mitolojileri, Mezopotamya maneviyatından büyük ölçüde etkilenen ve Suriye'nin bir eyaleti olduğu Roma İmparatorluğu'nu maddi yönden olduğu kadar manevi açıdan da etkileyen antik bir kökene sahipti.[2]

Lahmî ve Gassanilere bağlı krallıkların güneyinde, Bedevi kabilelerin yaşadığı ve tarımla iştigal edenlerin yerleşik yaşamlarını sürdürmeye ve oradan geçen kervanlara yetecek buğday, üzüm, hurma ve diğer gıda maddelerini üretebildikleri vahalarla dolu geniş

[2] Ball, *Rome in the East*.

bir alan bulunuyordu. Bedevi kabileleri, normal faaliyetlerinin bir parçası olarak, geniş bir zanaat ve ticaret sistemiyle iştigal ediyordu. Bu sistem, aşağı doğu Akdeniz ile Umman Denizi arasındaki topraklarda ve bu Umman Denizi ile kuzeydoğu Arabistan arasındaki topraklarda yaygındı. Ayrıca oradan geçen kervanlara develer ile koruyucu refakatçiler sağladılar ve kendileri de oldukça önemli ölçüde ticaretle uğraştılar. Tarımla uğraşanlar da deve göçebeliğinin sağladığı kaynaklara ve deve endüstrisine dayalı ticari faaliyetlere bir dereceye kadar bağımlıydı.[3] Böylece Bedeviler, kendilerini çevreleyen üç devletin yaşamında önemli bir rol oynadı. Güneyde, büyük Beni Kinde kabilesi, Yemen'den Hadramut ve limanları üzerinden ticaret yollarının yanı sıra Yemen ve Hadramut'u Necid'e bağlayan birçok yolu kontrol etti.[4] İslam sahneye çıktığında, bu bölgelerde ağırlıklı olarak Arapça konuşulmaktaydı; kuzeydoğuda ise Arap göçleri MS birinci yüzyılda Aramice konuşan nüfusu yerinden etmeye başlamıştı. Mamafih aynı zamanda, Palmira da dahil olmak üzere, kuzey Arabistan ile Urfa arasında kalan bölgenin tamamında Arapça konuşuluyordu. Arapçanın yayılması ve Aramicenin yerinden edilmesi büyük oranda Bedevi Arapların tüccar, kervancı ve asker olarak aktif çabalarından kaynaklanmaktaydı.[5]

Bedeviler, ticaret ve göçler yoluyla, Suriye'den Necid'e ve Irak'tan Yemen'e kadar Yakın Doğu'da birbirleriyle yakın temas halindeydiler. Büyük pazarlar ve uluslararası panayırlar kabilelere vergi toplama imkanı sağladı ve Yarımada'nın doğu kesimlerini Hindistan ve Çin'den gelen tüccarlarla temasa açtı.[6] Pazarlar, anlaşıldığı kadarıyla putların sergilenmeleri ve dini bayramlara ve ibadetlere ev sahipliği yapmaları bakımından dini bir işleve de sahipti. Bu ticaret ve ibadet ağı içinde batı ve orta Arabistan'ın en önemli ticaret merkezi Mekke idi. Stratejik olarak kesişen iki ticaret yolunun kavşağında yer alan Mekke, Suriye ve Irak'ın kuzeyi, Yemen'in güneyi, orta ve doğu Necid ve Kızıldeniz kıyı bölgesi vasıtasıyla Habeşistan ve doğu Afrika ile temas halindeydi. Mekke'nin ticarete katılımı, tam manasıyla MS birinci yüzyıldan önce, Nebati Araplarının kültürel bir uydusu haline gelmesiyle başlamıştır. Bölge halkının Nebati Arapçasını yazı için benimsemesi ve Hubel, Menat ve Lat gibi Mekke ve Yesrib'in dini yaşamında önemli bir rol oynayan büyük Nebat tanrılarına

[3] Donner, "Role of Nomads," 73–88.
[4] Piotrovsky, "Late Ancient and Early Medieval Yemen," 213–20, özellikle 217.
[5] Potts, *Arabian Gulf*, I, 227; Dussaud, *Pénétration*.
[6] Potts, *Arabian Gulf*, II, 251, 332, 339–40; During Caspers, "Further Evidence," 33–53; Levenson, *European Expansion*, 11.

tapmaları bu gerçeği kanıtlamaktaydı. Hicaz da Nebatilerin ticari bir uydusu ve ticaretlerinin merkeziydi; aslında kullandıkları çeşitli nakdi ve ticari sözleşmeler Şeriatın bir parçası olarak devam edecekti.[7] Mekke, birçok yönden yalnızca Yarımada'daki her büyük kabile ve bölgeyle değil, aynı zamanda genel olarak Yakın Doğu ile de bağlantı halindeydi.

Böylece, Yarımada toplumu, uluslararası ticari mallar ile kültürel ve kurumsal ürünler pazarına doğrudan ve dolaylı bağlarla güçlü bir şekilde öncülük etti. Her ne kadar bu bölgenin coğrafi ve maddi koşulları güney ve kuzey imparatorluk kurumlarının tam olarak özümsenmesine izin vermese de bölge, Arap sosyal, ekonomik ve hukuki hayatında rol oynayan bir kültür düzeyi ve her türlü maddi ürün geliştirdi.[8] Ayrıca Arap toplumu hukuki açıdan, biri yerleşik, tarıma dayalı ve ticari ihtiyaçlara hizmet eden, diğeri ise göçebe kabile koşullarını destekleyen ve büyük ölçüde geleneksel kurallara bağlı olan iki yasa grubuna sahipti. Açıkçası bu ikilik sosyal yapıdan ziyade daha çok belirli grupların giriştiği faaliyet türüyle paraleldi. Örneğin ceza hukukuna dair meselelerde hem Bedevi göçebeleri hem de yerleşik halk, aşağı yukarı aynı Bedevi kanunları izledi. Bedevi olsun ya da olmasın bir adamın öldürülmesi ya aynı seviyede bir intikam ya da kan parası ödenmesini gerektiriyordu. Bu, Kur'ân'da işaret edildiği üzere İslam öncesi Yarımada'da, kadim Mezopotamya'da olduğu kadar mevcut olan eski bir Yakın Doğu kanunuydu.[9] Buna mukabil, ticari ilişkilerde, göçebeler bile Yakın Doğu'da yüzyıllardır, muhtemelen Babil ve Asur dönemlerinden daha eski zamanlarda yaygın olarak uygulanan parasal ve ticari işlemlere ve sözleşmelere giriştiler. Kuzeybatı Arabistan'da İslam'dan birkaç yüzyıl önceye ait eski Semûd ve Lihyân kitabelerinde bulunan birçok metin hem taşınır hem de kuyular ve arazi gibi taşınmaz mülkiyet hakları ile ceza davaları ve parasal işlemlerle ilgilidir.[10] Yemen zaten MÖ birinci yüzyılda sofistike bir hukuk sistemi geliştirmişti. Kataban Krallığı, diğer birçok şeyin yanında, şehir kapılarının dışındaki yerleşim yerlerinde yabancı tüccarlara uygulanan ticari bir "kanun"a da sahipti ve bu kanunda bir Ticaret Hukuku da vardı.[11]

---

[7] Örnek olarak bkz., İbn Kudâme, *Muğni*, IV, 312. Ayrıca daha genel olarak bkz., Edens ve Bawden, "History of Taymâ'," 48–97.

[8] İslam öncesi Arabistan'ındaki ekonomik ve maddi yaşam hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. 'Ali, *Mufassal*, VII.

[9] VerSteeg, *Early Mesopotamian Law*, 107 vd..

[10] 'Ali, *Mufassal*, V, 475.

[11] Piotrovsky, "Late Ancient and Early Medieval Yemen," 214. Ayrıca bkz. Ali, *Mufassal*, V, 476.

Sonuç olarak Yarımada Arapları etnik, dilsel ve kültürel temelleri paylaştıkları güney ve kuzeydeki komşularıyla geniş çaplı ilişkiler sürdürdüler. Mekkeli tacirlerin yanı sıra Peygamber ve ashabı, Bereketli Hilal ve Yemen kültürlerine oldukça aşinaydılar ve hukuk uygulamaları konusunda sofistike bir bilgi geliştirdiler. Bu bilgi, çeşitli kanallardan, zamanla gelişecek olan hukuku Şeriat haline getirdi.

2. Kur'ân'ın Hukukiliği

Hz. Muhammed'in Mekke'deki görevi dini ve ahlakiydi; alçakgönüllülük, cömertlik ve ne babası ne de oğlu olan bir Tanrı'ya inanmak, Arap kabilelerinin tapındığı putlardan kategorik olarak farklıydı. Onun daveti büyük ölçüde inanç, ahlak ve dünyevi varoluşun saflığı ile ilgiliydi. Bu erken aşamada, İslam'a davet monoteizm ile süreklilik açısından ifade edilmekle beraber Hıristiyanlık ve Yahudiliğin bozulmuş versiyonlarının daha saf bir biçimini temsil ediyordu. Hz. Muhammed'in kendisi, Hz. İbrahim figürü ve onun inşa ettiği Kabe'de ibadet etrafında şekillenen bir Mekke dini olan tek tanrılı Hanifliğin bir üyesiydi.[12] İnançları ve uygulamaları hakkında sahip olduğumuz bilgi kadarıyla Haniflik, Yahudilik soyundan gelen ve yeni din için manevi bir arka plan ve örnek sağlayan bir görünüm sergiliyordu.

Hz. Muhammed Medine'ye göç ettikten sonra, artık kendini kabul ettirmek için savaşmak yerine lider rolünde olduğu için yeni gerçeklerle yüzleşmeye başladı. Aynı zamanda Mekkeli kabileler gibi kendisine karşı çıkan ve yeni mesajına şüpheyle yaklaşan Medineli Yahudilerle de uğraşmak zorunda kaldı. Onların durumlarından derin bir hayal kırıklığına uğrayarak, yeni dinin şimdiye kadar Yahudilikle ortak olduğu bazı uygulamalardan uzaklaşmaya başladı. Kudüs'ün yerini, doğmakta olan İslam'ın kutsal mabedi olan Kabe aldı. Kur'ân vahyi kısa süre içerisinde diğer tek tanrılı hukuklara paralel, ancak onlardan farklı bir şekilde kendi Hukukunu oluşturan yeni İslam topluluğu olan Ümmet'in kimliğinde daha fazla bağımsızlığı yansıtmaya başladı. Domuz yemekten hırsızlığa uzanan çok çeşitli konularda emirler, öğütler ve açık kurallar içeren yeni ayetler nazil oldu. Bu ayetlerde Yahudilere ve Hıristiyanlara ve onların kutsal kitaplarına referanslar buluyoruz. Ancak mesaj her zamankinden daha açık hale geliyor; Yahudiler ve Hıristiyanlar hukuken bağlayıcı vahiylerle lütuf görmüşlerse bu durum Müslümanlar için de öyle.[13]

[12] Rubin, "Hanîfiyya and Ka'ba."
[13] Goitein, "Birth-Hour of Muslim Law," 24–25.

Dolayısıyla inanan her topluluğunun kendi hukuku olmalıdır. Kur'ân, müminlerin kendilerine vahyedilene göre hüküm vermeleri gerektiğini tekrar tekrar vurgular, çünkü "hüküm konusunda kim Allah'tan daha iyidir."[14]

Yeni bir kimliğin oluşumu, ibadet konularını aşarak artan maddi hükümlerin oranına da yansıdı. Şarap içmek, kumar oynamak ve başka bazı şeyler sınırlamalara veya doğrudan yasaklamaya tabi tutuldu. İslam'ın ortaya çıkmasından iki yüzyıl önce Güney Arabistan'da bilinen eski *zekât* vergisi,[15] zayıf ve fakirlerin geçimini sağlamak ve yeni dinin ortak davasına yardımcı olmak için ıslah edildi. Aynı şekilde kan davası yasaklandı ve yaralamayla orantılı olarak cezai yaptırımlar uygulandı. Cezaların belirlenmesi ve merkezi olarak dağıtılan bir zekât vergisinin teşekkülü, üyelerinin kendilerini kabile bağlarından bağımsız bireyler olarak görmeye başladığı birleşik bir topluluğun, bir Ümmetin yaratılmasına imkan sağladı.[16]

Kabile dayanışmasına getirilen sınırlamalar Kur'ân'daki miras hükümlerinde de tavzih edilmektedir. Buna göre, ölenin erkek akrabaları da dahil olmak üzere aile, mutlak mirasçı olarak ilan edilmiştir. Erkek, İslam öncesi Arabistan'ında sahip olduğu güçlü statünün önemli bir kısmını elinde tutarken, İslam, kadınların tam tüzel kişiliklerinin kabulü dahil olmak üzere, eşlere ve kızlara önemli haklar verdi. Asur döneminden beri geçerli olan Mezopotamya kanunlarıyla neredeyse aynı olan Mekke uygulaması,[17] gelinin ailesinin (normalde babası) kocasının onlara ödediği mehri geline vermesini icap ettiriyordu. Kadınların mali güvenliğini artırmaya yönelik bu uygulama Kur'ân tarafından onaylandı ve kıza, erkek kardeşinin payının yarısı kadar bir miras payı verilmesiyle daha da artırıldı.[18] Öyle görünüyor ki, bu tahsis Arabistan'da eşi görülmemiş bir şeydi. Mehir ve miras hakları, daha sonraki İslam hukukunda merkezi hale gelecek olan başka bir ilkeyle, yani kadınların mali bağımsızlığıyla bağlantılıydı: kadının evlilik sırasında edindiği tüm mülkler veya evlilik için getirdiği mallar (mehri ve çeyizi dahil)[19] tamamen ona aitti ve kocanın bunun herhangi bir parçası üzerinde hiçbir hakkı yoktu.[20]

---

[14] Mâide: 49–50. Ayrıca bkz. Bakara: 213; Âl-i İmrân: 23; Nisâ: 58, 105; Mâide: 44–45, 47; A'râf: 87; Yûnus: 109; Nûr: 48.

[15] Beeston, "Religions," 259–69, özellikle 264.

[16] Hodgson, *Venture*, I, 181.

[17] Bkz. Stol, "Women," 126; VerSteeg, *Early Mesopotamian Law*, birçok yerde.

[18] Bkz. bölüm 8, kısım 6.

[19] Çeyiz ile ilgili olarak bkz. bölüm 4, kısım 5.

[20] Nisâ: 19 ve devamı.

Bir başka yeni kural, boşanmış kadınların bekleme süresi olan *iddet* ilkesinin getirilmesiydi. İslam'dan önce boşanma kocanın beyanı üzerine tamamlanmış ve kesin iken, Kur'ân evliliğin kesin bir şekilde sona ermesinin üç adet döngüsü tamamlanıncaya veya kadın hamileyse çocuğun doğumuna kadar ertelenmesini buyurmuştur. Eşler arasında uzlaşmaya imkan sağlayan bu dönemde koca, karısına hem mesken hem de maddi destek sağlamakla yükümlüydü. Ayrıca çocuklu boşanmış bir kadın, onu iki yıl emzirmek zorundaydı ve bu süre zarfında babanın anne ve çocuğuna bakması zorunluydu. Eğer kadın bu şekilde boşanmayı seçerse, ancak başka biriyle evlendikten (ve boşandıktan) sonra eski kocasıyla yeniden evlenebilirdi.[21] Şimdi olduğu gibi, o zamanlar da amaç, erkekleri eşlerini boşamadan önce iyice düşünmeye zorlamaktı.

Kur'ân, aile hukukunun diğer alanlarının yanı sıra ibadet, ticari ve mali hükümlerin az çok geniş bir çerçevesini sunmuştur. Her ne kadar bu hükümler tam bir sistem oluşturmasalar da oldukça geniş kapsamları ve ortaya çıkış hızları, yeni bir hukuk sistemi inşa etme yönündeki bilinçli bir çabayı göstermektedir. Bu yeni anlayış, Arabistan'ın hukuk gelenekleri ile örf ve adetlerinden kesin bir kopuş olduğu manasına gelmez. Hz. Muhammed, içinde bulunduğu sosyal ve ahlaki çevreye yönelik eleştirel tutumuna rağmen, Arabistan'ın ve Yakın Doğu'nun diğer bölgelerinin geleneklerine derinden kök salmış bu çevrenin önemli bir parçasıydı. Ayrıca önemli bir *hakem* olarak, bu prestijli (günümüzde yasaklanmış) vazifeyi yerine getirirken kullandığı hukuki ilke ve kuralları tamamen veya hatta büyük ölçüde terk edemezdi. Gerçi yeni din, bir yandan geçmiş gelenekler ve hukuklarla sürekliliği korurken, bir yandan da Ümmet için ayrı bir hukuk ortaya koyma eğilimi gösterdi. Bu, yeni doğmakta olan Müslüman topluluğun karşılaştığı her olayın, temsilcisi Peygamber'den başkası olmayan Allah'ın kanunlarına göre hüküm verileceği yeni bir sürecin başlangıcına işaret eden bir eğilimdi. Bu, hem Kur'ân'da hem de Medine Anayasası'nda açıkça ifade edilmiş ve yüzyıllar boyunca hukukçuların temel prensibi haline gelmiştir.[22]

Birçok yeni kural ve ilke getirilmesine rağmen, eski kurumlar ve gelenekler büyük oranda sorgulanmadan devam ettirildi. Daha sonra göreceğimiz üzere, aslında Arap hukukunun çoğu bazı değişikliklerle Şeriatta varlığını sürdürmeye etmeye devam etti. Başka birçok

[21] Bakara: 237; Talâk: 1–6; Bakara: 233, 230.

[22] Serjeant, "Constitution," 3. Daha sonraki hukukçular için Şâfiî'nin *Risâle*'sine bkz..

örneğin arasında, namaz (*salât*), oruç, zekât vergisi,[23] ticari işlemler, sözleşmeler,[24] satım tipleri, takas, kısas ve *kasâme* yer almaktadır.[25] Hukukçular, bu eski kanunların kemale ermiş Şeriat tarafından kabul edilmesini, Peygamber'in onları yürürlükten kaldırmadığı ve açıkça olmasa bile, kendi uygulama ve muamelelerinde benimseyerek onları zımnen onayladığı gerekçesiyle meşrulaştırdılar.[26]

3. Fetihler ve Ortaya Yeni Çıkan Topluluklar

Peygamber'in 11/631'deki vefatından sonraki yaklaşık on yıl içinde, etkin yönetimin yürüttüğü kapsamlı askeri seferler yapılıyordu. Sistematik olmasa da seferler büyük merkezlere düzenleniyordu. Müslüman ordusu ağırlıklı olarak kabile göçebeleri ve yarı göçebelerden oluşuyordu. Bunlar, Bereketli Hilal, Mısır ve İran'ın yeni fethedilen şehirlerinde ikamet etmek yerine, çoğunlukla garnizon kasabalarında ayrı bir fatihler sınıfı olarak ikamet etmekteydiler. Bu garnizonlar, genellikle bir cami ve onu çevreleyen çarşılar ile askeri kamplardan oluşuyordu. Aşiret savaşçılarına, açık alanlarda yaşamaya alışmış eşleri, çocukları ve köleleri eşlik ediyordu. Karargahlar genellikle her kabileyi veya boyu birbirinden ayrı tutacak ve aralarında boşluklar olacak şekilde bölünmekteydi. Ancak, karargahlar yavaş yavaş kalıcı yerleşim yerlerine dönüşüp fatihlerin nüfusu arttıkça, bu boş alanlar doldurulduve boyların birbirine karışması kaçınılmaz hale geldi. Bunun neticesi, İslam hukukunun ve onun hukuk camiasının içinde gelişeceği bağlam olan kalıcı bir yerleşik topluma sahip birleşik bir kasaba oldu.[27]

Eski Kahire'ye (Fustat) ilave olarak, Irak'ın güneyindeki Kufe ve Basra, fethin ilk dönemlerinde başlıca yerleşim yerleriydi. Suriye'deki Şam, yeni gelenlerin zaten kurulu olan bir şehirde yaşamayı seçmesi bakımından istisna teşkil ediyordu. Bu şehirde hali hazırda Araplar yaşıyordu ve bu nedenle yeni dinin doğuşundan önce onlara yakından aşinaydı.

---

[23] Bkz. Goitein, *Studies*, 73–89, 92–94.

[24] VerSteeg, *Early Mesopotamian Law*, 178; Schacht, "From Babylonian to Islamic Law"; Schacht, *Introduction*, 218.

[25] Maktulün cesedi, bir kabilenin yaşadığı topraklarda veya bir şehir, kasaba veya köydeki bir yerleşim bölgesinde bulunduğunda, ora sakinlerinin ellisinin her birinin, o kişinin ölümüne neden olmadıklarına ve kimin yaptığına dair bir bilgileri de bulunmadığına dair yemin etmeleri gerekiyordu. Eğer elliden az kişi varsa, orada bulunanlar elli yemin tamamlana kadar birden fazla yemin etmek zorundaydılar. Bunu yaparak kendilerini cezai sorumluluktan kurtarırlardı, ancak yine de maktulün akrabalarına kan parası ödemek ile yükümlüydüler. Nevevî, *Ravda*, VII, 235 ve devamı; Maqdisî, *'Udde*, 529–31.

[26] Örnek olarak bkz., İbn Hazm, *Mu'cem*, II, 838–39.

[27] Fustat'taki yerleşim için bkz. Abu-Lughod, *Cairo*, 13

Kabile ve diğer farklılıklarına rağmen, yeni Müslüman liderlik, kendisini temel taşı ve esası Allah'ın emri olan bir dinin yayıcısı olarak gördü. Bu emir, Kur'an'ın içine yerleştirilmiş ve Kur'an'ın ifade ettiği bir emirdi. Savaşçılarının yeni düzenin ilkelerini, onun yeni ahlakını ve dünya görüşünü öğrenmeleri gerektiği, başkent Medine'deki liderler veya garnizon şehirlerindeki askeri temsilcilerinin aklındaydı. Askerler ile kabile Bedevilerinin tamamı İslam'ın yeni fikirlerini, işleyişini ve genel olarak aşiret dışı anlayışını garipsemiş olmalılar. İslam'ın yapılanmasına yabancılıklarından bahsetmeye gerek yok bile. Ömer ve çoğu aynı zamanda Peygamberin ashabı olan danışmanları, ganimet tahsisleri yoluyla Bedevi birliklerini uzun süre tatmin edemeyeceklerini ve -kabilevi karakterlerini dönüştürmek için- bu adamları ve çocuklarını yeni dinin fikirlerine ikna etmeleri gerektiğini hemen anladılar. Bu, her garnizon kasabasında ve Müslüman nüfusun bulunduğu her yerde neden bir cami inşa edildiğini bize açıklamaktadır.[28] Bu ibadethane, ortaya çıkan Müslüman toplum için çeşitli işlevlere hizmet edecekti, ancak bu işlev başlangıçta esas itibariyle garnizon kasabasında ikamet eden Müslümanları Cuma namazı ve Cuma hutbesi için bir araya getirmekle sınırlıydı. Cuma namazı ve hutbesinin her ikisi de başka şeylerin yanı sıra, dinleyicilere dini değerleri aşılamayı hedefliyordu.

Hz. Peygamber'in siyasetine uygun bir şekilde toplumsal yaşamın temeli olarak Kur'ânî değerleri teşvik etmek, Halife Ömer'in amacıydı. Zira bu değerler sadece yeni girişimin ayırt edici özellikleri olmayıp aynı zamanda devam eden başarısı için de gerekliydi. Bu amaçla komutan ve yardımcıları tarafından garnizon kasabalarına yayılan dini değerleri geliştiren Kur'ân öğretmenleri yerleştirdi.[29] Kur'ân, fatihlerin kimliğini şekillendiren, böylece onları çevrelerindeki topluluklardan farklılaştıran ve ayıran birleştirici doktrin olma rolüne sahipti.

Bu yeni dine dayalı ahlakın yayılmasına, başka herhangi bir yerde olduğu kadar Arabistan'da da ihtiyaç bulunmaktaydı. Çöl göçebeleri bir yana bırakılırsa Mekke, Medine, Taif ve çeşitli tarım vahalarında yaşayan kabilelerin büyük çoğunluğu, yeni siyasi düzene ve hatta onun doğaüstü ve benzersiz tek tanrılı fikir ve ilkelerine hala tam alışamamışlardı. Ömer, Kur'ân'ın ruhuna uygun olarak ve kendisinin de önemli ölçüde katkıda bulunduğu Hz. Peygamber'in gönderiliş

[28] Hoyland, *Seeing Islam*, 561 ve devamı, 567–73, 639.
[29] Şirâzî, *Tabakât*, 44, 51; İbn Hibbân, *Sikât*, 149, 157.

amacı olarak kabul ettiği şeye uygun bir şekilde devlet yönetimi, aile, ceza ve ibadet ile ilgili bir dizi tüzük ve nizamname yayınlamıştır. Önde gelen bir Sahabi, Halife ve karizmatik lider olarak, diğer şeylerin yanı sıra, zina ve hırsızlık cezasını düzenledi, geçici evliliği (*mut'a*) yasadışı ilan etti ve efendilerinden çocuk doğuran cariyelere haklar verdi. Aynı şekilde Ebû Bekir'in içki yasağının tatbiki ve içilmesine ceza verilmesi gibi uygulamalarını da onayladı.[30] Ayrıca yeni Müslüman kimliğini şekillendirmede etkili olan ve daha sonra hukukun ayrılmaz bir parçası haline gelen bir dizi amel ve düşünceyle doruğa çıkan bir siyaset olan ibadet ve taat meselelerinde Kuran'a bağlılık konusunda güçlü bir şekilde ısrar ettiği bildirilmektedir.

Ebû Bekir ve Ömer'in Kur'ân hükümlerini uygulaması, ortaya çıkan devlet ve toplumda Kur'ân'ın merkeziliğine işaret etmekle beraber yeni düzenin, Kur'ân'ın pek değinmediği durumlarda yeni bir yolda ilerlemek zorunda olduğu da açıktır. İslam öncesi Arap kanunlarının ve geleneklerinin büyük bir kısmı geçerliliğini devam ettirdi ve daha önce gördüğümüz gibi, inşa edilmekte olan hukuk kültüründe bir şekilde değiştirilmiş bir biçimde varlığını sürdürdü. Ancak yeni Kur'ân hükümleri, eski örfi kanunların birçoğunu geçersiz kılan kendi hukuki meselelerini yarattı. Örneğin, Kur'ân alkol kullanımını yasaklamış, ancak bir ceza ön görmemiştir. Keyfi olarak belirlendiği düşünülen bu ceza, anlaşılan sarhoşluğun bir kişiyi yanlışlıkla zina yapmakla suçlamakla (*kazf*) aynı olduğu gerekçesiyle Ömer tarafından seksen kırbaç olarak değiştirilmiştir, ki bu suç için Kur'an seksen kırbaç cezasını vermiştir. Takdiri olarak belirlendiği düşünülen bu ceza, öyle görünüyor ki sarhoşluğun bir kişiyi haksız yere zina yapmakla suçlamaya (*kazf*) benzetilmesi sebebiyle Ömer tarafından kısa bir süre sonra seksen kırbaçla değiştirildi. Nitekim Kur'ân *kazf* suçu için cezayı seksen kırbaç olarak belirlemiştir. Zina ve sarhoşluk arasındaki bağlantı en iyi ihtimalle zayıftır, ancak bu kıyas bize, daha başlangıçtan itibaren Kur'ân'ın hukuki düşünce için nasıl bir çerçeve sunduğunu ve zahiren de olsa birçok durumun meşruiyetine zemin sağlayacak konular sağladığını gösterir. Genel konuşacak olursak, geniş kapsamlı akıl yürütme yoluyla bile, Kur'ân'ın hukuki alanına girdiği düşünülebilecek herhangi bir konu, ya Kur'ân terimleriyle veya onun bir uzantısı olarak ele alındı. Kuran'ın bu nüfuz edici etkisinin geniş çerçevesi içinde, İslam öncesi örf ve adet kanunları tadil edildi ve değişti.

[30] Cemmâ'îli, *'Umde*, 463.

4. İlk Yargıçlar ve Peygamber Otoritesinin Gelişimi

Hicretin ilk on yılında atanan *kâdı*lar, yetkin kabile arabulucuları (hakemler) olan ve tecrübe, bilgelik ve karizma sahibi olan erkeklerdi. Hükümleri modern hukuk anlamında bağlayıcı olmasa da taraflar normalde onların kararlarına uyuyorlardı. Her ne kadar *kâdı* olarak atanan diğer kişiler böyle bir deneyimden yoksun olsalar da ilk *kâdı*ların çoğu, bu İslam öncesi hakemler arasından seçildi.

İlk yargıçlar, fatihlerden oluşan Arap ordularının aileleri ve kabilelerinin diğer üyeleriyle birlikte ikamet ettikleri garnizon kasabalarıyla sınırlı bir alanda olduklarından, herhangi bir genel yargı yetkisine sahip değillerdi.[31] Medine'deki merkezi gücün bu konudaki politikası başından beri açıktı: Fethedilen yerlerdeki toplumlar, İslam'ın gelişinden önce yaptıkları gibi, kendi işlerini kendileri düzenleyeceklerdi. Ebû Bekir'in komutanlarına yazdığı mektup özgündür ve tüm fetihler döneminde benimsenen standart Müslüman politikasını temsil eder. Yeni Arap amirler, "her şehir ve onları karşılayan halkla bir antlaşma yapacak", bu insanlara "güvenceler verecek ve kendi kanunlarına göre yaşamalarına izin vereceklerdi."[32] Bu tutum, İslam tarihinin geri kalan kısmında standart bir politika ve kanun haline gelecekti.

İlk dönem *kâdı*sı, kendisini atayan, denetleyen ve görevden alan garnizon kasabasının komutanı olan şefe karşı doğrudan sorumluydu. Komutan bir sefer için şehirden ayrıldığında, komutanın yardımcısı ve vekili kabul edilen *kâdı* onun yerine hareket ediyordu. Bu nedenle birçok eski yargıca zabıta vazifesi verilirken, diğerleri finans ve idare ile görevlendirildi.[33] Genel hatlarıyla belirlenen hukuk meselelerinde, yargıçların yargı yetkisi yalnızca yeni kurulan Müslüman topluluklarla değil, aynı zamanda asıl meslekleri askerlik olan aşiret grupları arasında ortaya çıkan ihtilafları ve çatışmaları yargılamakla da sınırlıydı. Askeri faaliyetlerin zirvede olduğu ilk on yıllarda, Arap kabileleri, fethedilen toplum arasında henüz kendi karmaşık sosyal ve ekonomik yaşam biçimleriyle var olan türden topluluklar haline gelemediler. Ancak zaman geçip sonunda buraları ele geçiren bu toplum bu kasabalara kalıcı olarak yerleştiğinde, onların da yaşamları aynı karmaşıklığı kazandı. Böylece günlük, olağan meseleleri

[31] Dımaşkî, *Târîh*, I, 202.
[32] Brock, "Syriac Views," 204–05.
[33] Vekî', *Ahbâr*, III, 223.

bütün hukuk alanını kapsayan tam teşekküllü bir toplum haline geldi. Bu, Hz. Peygamber'in vefatından yaklaşık bir asır sonra işlerin geldiği durumu ve *kâdı*lık makamının değişen yapısını yansıtmaktaydı.

İlk *kâdı*ların birçoğu kültürel havadisi anlatma işiyle de meşgul olduklarından çifte vazifeyle görevlendirilmişlerdi. Bu ilave vazife, çoğunlukla geçmiş milletlerle ilgili Kur'ân'da geçen rivayetler ve onların akıbetleri, İncil'deki karakterler ve daha da önemlisi Peygamber'in örnek hayatına dair genellikle eğitici niteliğe sahip kıssaları anlatmayı gerektiriyordu. İlk resmi adli atama, insanlara sabah namazından sonra "İslam düşmanlarını telin etmek" ve Cuma namazından sonra ibadet edenlere Kur'ân'ı açıklamak gibi özel bir görev veren Halife Muaviye tarafından 41/661 civarında[34] yapılmış gibi görünüyor. Bu son uygulama, popüler bir merasimden Peygamber'in biyografisi ve Kur'ân'ın yorumlanması gibi daha ciddi müzakerelere uzanan bir çeşitliliğe sahip olabiliyordu. Bu faaliyetler, (a) yeni Müslümanlar arasında Kur'ân ve Peygamber'den yapılan rivayetlerin işlenmesini destekledi ve bu rivayetleri, yeni oluşan toplumun kültürel, ideolojik ve manevi temeli haline getirdi; (b) *kâdı*nın hukuki faaliyet alanını dini terimlerle yeniden tanımladı; ve (c) iki yüzyıl sonra İslam hukuk eğitimi ve hukuk pratiğinin merkezi olarak ortaya çıkacak olan bir eğitim ve entelektüel kurum olan ilmi muhitin oluşmasına önayak oldu.

Hicri birinci yüzyılın son çeyreğine gelindiğinde, yeni bir nesil neredeyse tamamen yeni dinin kültürel etkileri altında yaşamış, Kur'ân öğretilerinin ve çeşitli dini söylem ve eğitim türlerinin etkisi altında büyümüştü. Hayatlarının daha sonraki bir döneminde, bazen de (irtidad savaşları nedeniyle) baskı altında Müslüman olmuş olan ebeveynlerinin aksine, bu yeni nesil, Arap olmayan mühtedilerin çocuklarıyla birlikte, erken yaşlardan itibaren yeni inancın henüz yeni gelişen dini ahlakını ve değerlerini özümsemişlerdi. Sayıları belirli bir çoğunluğa ulaştığında, sık sık camiye giderlerdi (yani dini vaaz ve kültürün düzenli takipçileriydi) ve dini bir imparatorluğun genişlemesi ve inşasıyla ilgili çeşitli faaliyetlerde yer alıyorlardı. Bu nedenle Müslüman yaşamın ve toplumun büyük bir kısmına nüfuz eden, hatta onları oluşturan dini ahlakı yaymaya çalışanlar, kabaca 60/680 ile 90/708 arasında gelişen bu kuşağın bilgili seçkinleriydi. Birçok *kâdı*, Peygamber hakkında kıssalar ve biyografik anekdotlar

[34] Dımaşki, *Târîh*, I, 200.

da dahil olmak üzere dini rivayetlere ciddi ilgi göstermeye başladı. Kıssa anlatıcıları, paradigmatik hale gelecek olan bu rivayetleri teşvik edenler arasındaydı. Daha 60/680'lerde bazı *kâdı*lar, mahiyetini tam olarak bilmediğimiz Nebevî *hadîs*leri aktarmaya başlamışlardı.[35]

İlk kaynaklar, İslam'ın ilk yüzyılının büyük bir bölümünde hukuki otoritenin hiçbir şekilde sadece Nebevî olmadığı görüşünü destekler görünmektedir. Hz. Muhammed vefat ettiğinde, onun bir Peygamber olarak otoritesinin Kur'ân olgusuna ve bunun gerçekleştiği kişi olarak Yaratıcının sözcüsü olduğu gerçeğine bağlı olduğu unutulmamalıdır. Takipçileri için o, her türlü ilahi nitelikten (Hz. İsa'nın Hristiyanlar için ifade ettiği anlamın aksine) yoksun bir insandan başka bir şey değildi ve öyle kaldı. Ama vefat ettiğinde, tebliği zaten büyük bir başarıya ulaşmış ve Arapların tanıdığı yaşayan en önemli kişi haline gelmişti. Bununla birlikte, bu Araplar Ömer, Ebû Bekir ve diğer bazı kişilerin Peygamber'e yardım ederek yeni dinin başarısına katkıda bulunmada oynadıkları merkezi rolü de biliyorlardı. Hz. Peygamber gibi, onlar da müminlerin saygısını kazanan karizmatik kişilerdi. Hz. Muhammed'in otoritesi, Kur'ân Hakikatini desteklemesinden ve ondan asla sapmamasından kaynaklandığı gibi, bazıları daha sonra halife olan bu kişiler de ayrıcalıklı Sahabiler ve halifeler olarak kendi otoritelerini aynı gerçekten, yani Kur'ân Hakikatini desteklemekten aldılar. Dolayısıyla halifelik otoritesi, Peygamber'in otoritesinin bir türevi olmaktan ziyade ona paralel olarak görülecekti. Hz. Muhammed, kendisi vasıtasıyla Kur'ân Hakikatinin vahyedildiği elçiydi; halifeler ise bu Hakikatin savunucuları ve onun hükümlerini uygulamakla görevlendirilmiş kişilerdi. Böylece ilk halifeler (hatta ikinci/sekizinci yüzyılın ortalarına kadar) kendilerini Allah'ın kanunlarını, emirlerini ve hükümlerini uygulama hususunda doğrudan temsilcileri olarak görme eğilimindeydiler ve öyle görülüyorlardı. Taşıdıkları unvanlar kendilerini anlatıyor: "Allah'ın Yeryüzündeki Vekili" ve "Müminlerin Emiri". Bu halifeler kendi mahkemelerini kurdular ve bizzat *kâdı*lık yaptılar.[36] Ayrıca birinci yüzyıl boyunca Peygamber otoritesine başvurmadan, otorite-beyanı çözümleri gerektiren meseleleri karara bağladılar.

Bununla birlikte halifelik mevzuatı, bazı akademisyenlerin iddia ettiği gibi, yetkisini her zaman makamın kendisinden almamıştır.[37] Halifenin hukuki otoritesinin büyük bir kısmı, genel kabul görmüş

[35] İbn Hibbân, *Meşâhîr*, 122; Vekî', *Ahbâr*, I, 120, 125, 130.
[36] Crone and Hinds, *God's Caliph*, 43.
[37] *A.g.e.*.

örf ve adetlere, önceki halifelerin, Peygamber'in yakın sahabilerinin ve doğal olarak Peygamber'in kendisinin uygulamalarına dayanıyordu. Aslında her iyi model taklit edilmeliydi. Ömer'in kâdı Şurayh'a, verdiği kararların Kur'ân hükümlerine, Allah'ın Elçisi'nin (*kazâ*) ve "adil liderlerin" kararlarına uygun olmasını sağlamasını tavsiye ettiği bildirilmektedir.[38] Halifelerin kendilerinin de hukuki rehberlik için aynı kaynaklara bağlı kalmadıklarına inanmak için hiçbir neden yoktur. 98/716 yılında Mısır *kâdısı* olan İyaz el-Ezdî, parmağıyla bir kıza tacizde bulunan bir erkek çocuğun cezai sorumluluğuyla ilgili olduğu anlaşılan bir davayı Ömer b. Abdülaziz'e sorduğunda, halife şu cevabı vermiştir: "Bu konuda bana geçmiş otoritelerden her hangi bir şey gelmedi." Daha sonra *kâdı*ya, "kendi takdirine uygun olarak (*re'y*)" davaya bakması için tam yetki verdi.[39] Eğer halifeler kendi başlarına kanun koyucu olsalardı, kendi hukuk kurallarını uygularlardı ve Ömer b. Abdülaziz bu konuda hüküm vermekte tereddüt etmezdi. Başka bir ifadeyle, halifeler ve hilafet makamı yasamanın bağımsız mümessilleri olmayıp önceki örnek vakalara ve emsallere tamamıyla bağlıydılar; onların tek kaynağı, kendileri de aynı dini otorite kaynaklarına dayanarak hareket eden önceki halifelerin kararlarıydı.

Bu nedenle, birinci yüzyılın büyük bir bölümünde ana kaynakların şeması şu şekildeydi: Kur'ân, *sünen* (buna bir miktar halife uygulamaları katmanı da dahildir) ve muteber görüş (*re'y*).[40] Sünnet (çoğ. *sünen*) eski bir Arap kavramı olup örnek davranış biçimi anlamına gelir ve kökü olan *senne* fiili "başkalarının izleyeceği bir davranış biçimini örnek olarak belirlemek veya biçimlendirmek" anlamına gelmektedir. İslam öncesi Arabistan'da, kabile yapısına sahip birçok toplumda olduğu gibi, dürüstlüğü, karizması ve seçkin kişiliğiyle tanınan herhangi bir kişinin, ailesi ve kabilesi içinde, taklit edilmesi gereken normatif bir uygulama olan bir *sünnet* ortaya koyduğu kabul edilirdi.[41] Bazı halife uygulamaları, takdire şayan görüldükleri için *sünen* teşkil eder hale geldiler.[42] Dolayısıyla *sünnet* kavramı İslam'dan önce de vardı ve Kur'ân'da bolca belirtildiği üzere sadece milletlerin kolektif davranışlarıyla değil, bireylerin davranışlarıyla da açıkça ilişkiliydi.

---

[38] Vekî', *Ahbâr*, II, 189.

[39] Kindî, *Ahbâr*, 334. Yargıç, kızın lehine karar vererek elli *dinar* tazminat ödenmesine hükmetti.

[40] Vekî', *Ahbâr*, I,77,113, 135 vd., 139, 325-26, 312-74.

[41] Bravmann, *Spiritual Background*,139 vd.. Ayrıca bkz. Ansari,"Islamic Juristic Terminology," 259 vd..

[42] İbn A'sem, *Fütûh*, I, 252.

Halifeler ve ilk dönem *kâdı*lar *sünene* atıfta bulunduklarında, ahlaki olarak bağlayıcı kabul edilen çeşitli davranış türlerine referansta bulunmuş olabilecek eylem ve normlardan bahsediyorlardı. Bu tür *sünnetler* bir davayı ele almanın belirli bir yoluna işaret etmiş olabilir, ama aynı zamanda "falanca adaletle hükmetti ve iyi bir *sünneti* takip etti" ifadesinde olduğu gibi, toplu olarak genel bir iyi davranış biçimi de oluşturmuş olabilirlerdi. Hz. Muhammed'in yanı sıra önceki Peygamberler de *sünnetler*in başlıca kaynaklarını temsil etmişlerdir. Bu nedenle en genel anlamıyla *sünnetler*, yasal olarak bağlayıcı rivayetlerden ziyade çeşitli kullanımlara ve söylemsel stratejilere sahip öznel adalet kavramlarıydı.

Hz. Peygamber'in vefatından sonraki otuz ya da kırk yıl içinde, onun biyografisine ve dahil olduğu olaylara *siyer* olarak atıfta bulunmak adet haline geldi. Bu terim, belirli bir meseleye ilişkin bir hareket tarzını veya bir eylem biçimini ifade ederken, *sünnet*, yerleşik ve dolayısıyla taklit edilmeye değer bir şey olarak hareket tarzını ve eylem biçimini ifade eder.[43] Bununla birlikte, Peygamber'in *siyer*i, ilk dönemden itibaren, Sünnet kavramlarıyla örtüşen normatif, örnek bir model oluşturmuştur.[44] Örneğin Osman halife seçilirken "Hz. Peygamber'in *sünnet*ini" takip edeceğine söz vermişti. Osman'ın yeminindeki bu ifade, örnek teşkil eden ve bu nedenle takip edilmeye değer bir uygulama olan Hz. Peygamber'in kişisel ve özel pratiğine atıfta bulunmaktadır. Osman'ın öldürülmesine yol açtığı iddia edilen şey, onun bu uygulamayı ihlal etmesiydi. Erken tarihli bir şiir onu, yerleşik *sünnet*ten (*sünnetü men medâ*), özellikle de Peygamber'in koruyacağına söz verdiği *siyer*inden sapmakla suçlar.[45]

Osman'ın halifeliği döneminde (23/644-35/656), Hz. Peygamber'in *siyer*i ve Sünneti hiç şüphesiz örnek davranış olarak önemli bir ağırlık taşıyordu. Aslında kanıtlar, Peygamber'in Sünnetinin onun ölümünden hemen sonra ortaya çıktığını göstermektedir ki, Araplar tarafından çok daha az önemli birçok şahsiyetin *sünnetler* ortaya koyduğu düşünüldüğünde bu beklenen bir durumdu. Yeni oluşan Müslüman toplumda en etkili kişi olan Hz. Muhammed'in normatif uygulamaların kaynağı olarak görülmediğini iddia etmek zor olacaktır. Aslında Kur'ân'ın kendisi açıkça ve tekrar tekrar inananlara Peygamber'e itaat etmelerini ve onun eylemlerini taklit etmelerini

[43] Bravmann, *Spiritual Background*, 138–39, 169.
[44] *A.g.e.*, 167; ayrıca bkz. 130, 154-55.
[45] *A.g.e.*, 126-29, 160.

emretmektedir. "Resule itaat eden Allah'a itaat etmiş olur" şeklindeki Nisâ Sûresi 80. ayetin ne anlama geldiğini açıklamaya gerek yoktur. Aynı şekilde Haşr Sûresi 7. ayet de böyledir: "Peygamber neyi emrederse onu kabul edin, neyi yasaklarsa ondan da kaçının." Buna benzer birçok ayet, Müslümanlara Peygamber'e itaat etmelerini ve onun saflarından ayrılmamalarını emreder.[46] Dahası, Ahzâb Sûresi 21'de açıkça "Allah'ın Elçisi'nde sizin [yani inananlar] için güzel bir örnek vardır" denmektedir. Bütün bunlar, Peygamber'e itaat etmenin, doğal olarak Allah'a itaat etmek olduğunu göstermektedir. Peygamber, kendi hareket tarzını örnek teşkil edecek şekilde kurarken, içinde yaşadığı toplum ve hizmet etmek üzere gönderildiği İlah tarafından kendisine verilenden daha iyi bir destek alamazdı.

Peygamber'in Sünnetinin otorite ifade eden bir amel kaynağı olduğundan şüphe edilemez, ancak *sünnet*e dayalı münhasır bir otorite olarak statüsü çok daha sonra ortaya çıkacaktı. Nitekim Nebevî Sünnetin Kur'ân'dan sonra hukukun ikinci temel kaynağı olarak *sünen*in yerini almasına yol açan süreç, en son noktaya ulaşmadan önce bir dizi aşamadan geçmiştir. İlk aşamada, giderek daha önemli hale gelmekle birlikte onun Sünneti birçok sünnetten biriydi. Örneğin Müslüman tarihçiler tarafından ilk *kâdı*lar hakkında yazılan yüzlerce biyografik çalışmada, Nebevî Sünnet'in nispeten seyrek olarak geçmesi dikkat çekicidir; öyle ki Ebû Bekir ve Ömer'inkilerden daha sık değildir. Gelişimin ikinci aşaması 60/680'lerde, daha sonraki kaynaklarda teknik ifadesiyle *hadîs* olarak adlandırılan Nebevî materyalin başka birçok kişi gibi bazı *kâdı*lar tarafından nakletmesiyle başlamış gibi görünmektedir. Bu nakletme faaliyeti, Peygamber'in Sünnetine özel önem verilen bir eğilimin başlangıcına işaret ettiği için önemlidir. Diğer *sünnetler*den ayıklanmış ve giderek bağımsız bir statüye kavuşturulmuş tek *sünnet* olması bakımından da önemlidir. Hiçbir âlim veya *kâdı*nın, örneğin Ebû Bekir'in veya daha mütemayiz olan Ömer'in sünnetini münhasıran incelemiş, toplamış veya rivayet etmiş olduğundan bahsedilmez. Peygamber'in Sünnetinin bağımsız ve özel bir statü kazanması, Peygamber modelinin sadece manevi değil aynı zamanda hukuki otoriteyi de temsil eden bir model olarak yükselişinin göstergesidir.

Sünen ve daha üst derecede olan Kur'ân-ı Kerim'den oluşan bu bilgi dağarcığının yanı sıra, *kâdı*lar ve halifeler, İslam'ın ilk yüzyılının

[46] Örnek olarak bkz. Âl-i İmrân: 32, 132; Nisâ: 59 (iki defa), 64, 69, 80; Mâide: 92; Nûr: 54, 56; Ahzâb: 21; Haşr: 7.

tamamı ve sonraki yüzyılın bir kısmı boyunca hukuki muhakemenin ve dolayısıyla yargı kararlarının ana kaynağı olan muteber görüşlere de büyük ölçüde dayanmışlardır. Ancak muteber görüş her zaman kişisel, bireysel muhakeme ile sınırlı değildi. Bir hâkimin 65/684 civarında Şüreyh'e, elin beş parmağından herhangi birinin kaybına neden olmanın cezai tazminatının ne olduğunu ve özellikle de bunların eşit değerde olup olmadığını sorduğu bildirilmektedir. Şüreyh şöyle cevap verdi: "*Re'y* ehlinden hiçbirinden, parmaklardan herhangi birinin diğerinden daha üstün olduğunu duymadım."[47] Burada "*re'y* ehli", hükmüne ve hikmetine güvenilen ve daha da önemlisi örnek alınması gereken kişilerdir. Şüreyh'in kullanımında *re'y* ya da muteber görüş, *sünnet* kavramına çok yaklaşır ki bu durumda *re'y* aslında ondan ayrılamaz. Muteber görüş, özellikle bir gruptan ya da kolektif bir kabile mutabakatından kaynaklandığında, icma kavramıyla da ilişkilendirilmiştir. Bir grubun ortak görüşü (*ictema'a ra'yuhum 'alâ*...) sadece amel için değil, aynı zamanda *sünnet*in oluşturulması için de yetkin bir temel sağlamıştır. Dolayısıyla yeni bir *sünnet*, bir halife tarafından (genellikle nüfuzlu) bir grup insanın oybirliğiyle aldığı bir karar temelinde uygulamaya konabilirdi. Diğer icma biçimleri, aslen bir kabilenin ve daha sonra bir garnizon kasabasının veya bir şehrin ortak, oybirliğine dayalı uygulamasını yansıtabilir.

Dikkate alınması gereken bir icma varsa, o da hem yerleşik merkezlerde hem de garnizon kasabaları olarak başlamış olan şehirlerde yaşayan ilim adamlarının fikir birliğiydi. 80/700-120/740 yılları arasında yaşamış olan bu şahıslar, hukuk eğitimiyle ilgilenme nedenleri büyük ölçüde dindarlık olan özel kişilerdi. Bunların bir kısmının yargıç olarak görev yaptığı doğru olsa da, hukuk alanındaki çalışmaları bu makamla ya da bu makamdan elde edilen fayda veya himayeyle ilişkili değildi. Aksine, onlar özellikle derin bir dini bağlılık tarafından bu alanda çalışmaya yönlendirildiler ve bu, başka birçok şeyin yanı sıra, zamanla sosyal gerçekliğin tüm yönleriyle ilgili bir hukukun ifade edilmesi anlamına geliyordu. (Dindar insanlar olmaları onları idealist yapmıyordu, çünkü onların *sünnetleri*, muteber görüşleri ve Kur'ân tefsirleri sadece pratiğe dayalı değil, aynı zamanda bu ürünleri ortaya çıkaran toplumun hizmetine sunulan büyük ölçüde olgusal faydalardı).

Dini rivayetlerin yoğun bir kişisel çalışmaya tabi tutulması büyük ölçüde özel bir çabaydı, ancak genellikle camilerde düzenlenen özel

[47] Vekî', *Ahbâr*, I, 299.

eğitim halkalarındaki (*halaka*) ilmi faaliyetle örtüşüyor ve karşılıklı olarak birbirlerini tamamlıyorlardı. Bazı çevreler sadece Kur'ân tefsiriyle ilgilenirken, diğerleri Nebevi rivayet (daha sonra Nebevi Sünnet olarak ortaya çıkacak) ile meşgul oluyordu. Bununla birlikte, İslam topraklarındaki en seçkin hukuk uzmanlarının önderlik ettiği ve cazip hale getirdiği bazı halkalar sadece hukuki niteliğe sahipti. Hukuk halkaları âlimlerinin, o zamanlar *fıkıh* veya *ilim* olarak adlandırılan hukukta üstün oldukları kabul edilirdi. Bu alimlerden bazıları Kur'ân hukuku, özellikle de miras alanında özel bir uzmanlığa sahipken, diğerleri ibadetler hukuku veya *sünnetler* konusunda üstün yetkinlikleriyle biliniyordu.

Söz konusu dönemde, seçkin hukuk uzmanları faaliyetlerini yeni imparatorluğun başlıca merkezleri olan Medine, Mekke, Kûfe, Basra, Şam, Fustat, Yemen ve az da olsa Horasan'da yürütmüşlerdir. Hicaz ve Irak bu faaliyetlerde aslan payını almış ve tüm hukuk çalışmalarının yüzde 70'ine yakınını teşkil etmiştir.[48] Dolayısıyla erken dönem hukuk çalışmaları, Araplaşmış taraftarlarıyla birlikte Arapların nüfusun önemli bir bölümünü oluşturduğu yerlerde yürütülmüştür.[49]

Hukuk uzmanlarının faaliyetleri, İslam hukukunun temel bir ilkesi haline gelecek olan şeyi, yani *epistemik* bir nitelik olarak hukuki bilginin kanun yapımında nihai hakem olacağı ilkesini başlattı. Dindarlık Kur'ân'a ve seleflerin *sünnetleri*nin güzel örnekliğine uygun davranmayı emrettiği için dindarlığın kendisini bu bilginin ayrılmaz bir parçası haline getirdiler. Hukuki bilgiyle uğraşmayı ve bunu aktarmayı kendilerine vazife edinenler hem özel bir sosyal statü hem de ayrıcalıklı bir epistemik otorite elde ettiler. Başka bir ifadeyle, daha fazla bilgi birikimine sahip olan bu kişiler, daha az bilgili olanlara göre daha etkili hale gelmiş ve bu süreçte -bilgilerinin erdemi sayesinde- hukukçular olarak ayrıcalıklı bir otorite kazanmışlardır. Ekonomik statüleri veya etnik kökenleri ne olursa olsun, hukuk alimleri, bilgileri ve şahsi halleri sayesinde seçkin liderler, doğru ve dürüst adamlar olarak ortaya çıktılar. Bu epistemik ve ahlaki otorite, İslam hukukunun belirleyici bir özelliği haline gelmiştir.

Hukuk uzmanlarının ortaya çıkışı, Müslümanların dini tartışmalara, rivayette bulunmaya ve halkalarda eğitim vermeye başlamasıyla ortaya çıkan bir gelişmedir. 60/680'li yıllarda başlayan ve uzun süre devam eden bir başka eş zamanlı gelişme de Nebevi otoritenin diğer

[48] Hallaq, *Origins*, 65.
[49] Bununla ilgili geniş bilgi için bkz. Motzki, "Role of Non-Arab Converts," 293–317.

rivayetlerden ve örnek uygulamalardan bağımsız bir hukuki kaynak olarak ortaya çıkmasıydı. Nebevi model, *otorite açısından* diğer *sünenler*le olduğu kadar *re'y* ile de rekabet etmiş ve yarışmış olabilir, ancak *sünen* ve *re'y* daha çok Nebevi rivayetin içeriğinin kendisinden türetildiği konuyu teşkil ediyordu. Nebevi *hadîs* bu kaynaklar için mantıklı bir ikameydi, çünkü Sahabenin Peygamber hakkındaki yakın bilgisi sayesinde *hadîs*, Müslümanlar için öncekinin doğrudan bir uzantısını temsil ediyordu.

İkinci/sekizinci yüzyılın başında Nebevi otoritedeki belirgin artış, Hz. Muhammed'in Peygamberlik sonrası *sünnetler*ini de yansıtmayı kapsıyordu. Fethedilen topraklardaki çeşitli kasaba ve şehirlerde ortaya çıkan ve büyük ölçüde Sahabe modeline dayanan hukuk uygulamaları ve öğretileri, Peygamber Sünnetinde temsili bir ses bulmaya başladı. Sahabe modelinin Peygamber'e dayandırılması, uzun ve karmaşık bir *hadîs* rivayeti oluşturma süreciyle gerçekleştirildi. Bu rivayetin bir kısmı Sahabenin Peygamber'in söylediklerini veya yaptıklarını hatırlamasından oluşurken diğer kısmı da rivayet zincirinin aslında daha önce bir Sahabiyle sona erdiği halde Peygamber'e kadar uzatılmasını içeriyordu. Kabul edilmiş, süregelen hukuki uygulamalar ile çok az ilgisi olan uydurmalar da dahil olmak üzere büyük miktarlarda *hadîs* uydurulması, sadece Arap, halife ve Sahabe *sünnetler*i ile değil, aynı zamanda hukuki uygulamanın temeli haline gelen Peygamber'in *sünneti* ile de yarışmaya başladı.

Yakın zamana kadar Batılı akademisyenler, bu türün yükselişinin, İslam hukukunun seküler başlangıçlardan ya da Emevilerin "idari" ve "popüler" uygulamaları olarak adlandırılan şeylerden doğduğu anlamına geldiği görüşünü benimsemişlerdi.[50] Başka bir ifadeyle, hukuk ancak seküler hukuk doktrini ile Nebevi Sünnet'in ifadesi olan *hadîs* arasında bir bağ kurulmasıyla İslamileştirilebilirdi. Bu görüş, ancak Nebevi *hadîs*ten önce ortaya çıkan *sünen*in yeni Müslümanlar tarafından doğası gereği dini nitelikte tasavvur edilmediği, ne kadar ilkel olursa olsun İslami olarak tanımlanabilecek herhangi bir dini unsurdan kopuk olduğu varsayılırsa kabul edilebilir. Ancak bu yanlış bir varsayımdır, zira *sünen*in en önemli unsurları olan Peygamberin *siyer*i ve Sünneti gerçekten de dinîdir ve dahası, ilk Müslümanların İslam'ın kendileri için ne anlama geldiğine dair yorumlarından esinlenmiştir. Ayrıca bunlar, Sahabenin ve ilk halifelerin *sünen*lerini de içeriyorlardı ve *kendi başlarına* İslam'ın dini deneyiminin

[50] Schacht, *Origins*, 190–213; Schacht, *Introduction*, 23–27.

temsilleri olarak görülmelidirler. Bu *sünen*lerin Nebevi otoriteye dayandırıldığı ve onun altında yer aldığı sürecin kendisi bile bunların İslami içeriğinin ne kadar önemli olduğunu göstermektedir.

Nebevi *sünnet* ve *siyer* en başından beri mevcut olsa da *hadîs*lerin çoğunun otantik olmadığı, ilk Müslümanların bildiği bu Peygamberlik tarihine yapılan eklemeleri ve önemli ilaveleri temsil ettiği inkar edilemez. Her biri kendi rivayet zincirleriyle donatılmış çok sayıda *hadîs*, Müslüman topraklarda dolaşıma sokuldu, ancak bunlar genellikle bazı bölgelerdeki Müslüman toplulukların hafızaları ve uygulamalarıyla çelişiyordu. Bu durum hiçbir yerde Hicaz'da, özellikle de hukukçuların Peygamber'in sünnetinin bir parçası olarak orada ortaya koydukları amellere dair hatıralarının hâlâ canlı bir şekilde devam ettiğine inandıkları Medine'de olduğundan daha açık değildi. Bu alimler için Nebevi Sünnet ile kendi uygulamaları özdeşti ve birine yapılan atıf neredeyse her zaman diğerine yapılan atıf anlamına geliyordu, ancak çoğu zaman Nebevi örnek açıkça zikredilmek yerine ima ediliyor ve hatta sorgulanmadan kabul ediliyordu.

İkinci/sekizinci yüzyıl boyunca *hadîs* rivayetlerinin hızla çoğalmasıyla birlikte, *hadîs* ve Nebevi Sünnet arasındaki önemli farklılıklar -özellikle Peygamber'in memleketinde yaşayanlar için- kendini göstermeye başladı. Hicazlılar için bu *hadîs*lerin, kendi toplumlarının fiili uygulamalarıyla korunan "gerçek" ve "otantik" Sünnet olarak gördükleri şeyle çok az ilgisi vardı. Bu durumda Medineli alimler için Peygamber'in gerçek Sünneti, kendi kendini onaylamaktan başka hiçbir özelliği olmayan edebi bir anlatı tarafından değil, kendi uygulamaları tarafından tasdik edilmiştir. Medinelilerin süregelen uygulamaları, alimlerin kümülatif ve ortak görüşlerine yansıdığı şekliyle, Peygamber'in Sünnetinin içeriğinin belirlenmesinde son söz sahibi olmuştur. *Hadîs*lerin edebi rivayeti ancak bu yerel kullanım tarafından desteklendiği ölçüde geçerlilik kazanmıştır.[51] Medineli alimlerin yaklaşımı, *kendi* uygulamalarının Peygamber'in yaşadıkları, söyledikleri ve yaptığı şeylerin mantıksal ve tarihsel (ve dolayısıyla meşru) devamını temsil ettiği yönündeydi. Ve yeni dolaşıma giren *hadîs*lerin bu uygulamayı doğruladıklarında en iyi ihtimalle ihtiyaç fazlası, en kötü ihtimalle de kendi hukuk deneyimleriyle sürekli olarak belgelenen Nebevi geçmişle uyuşmadıklarında yanlış oldukları kanaatindeydiler.

[51] Mâlik, *Muvatta'*, 664, 665, 690, 698, vd..

Iraklıların Nebevi Sünnet kavramı da her zaman Peygamber'den gelen *hadîs*ler şeklinde ifade edilmemiştir. Onların *sünneti*, uygulamanın hukuki gerçekliğinde saklıydı ve Medine'ninki gibi her zaman Nebevi olarak tanımlanmasına ihtiyaç duyulmuyordu. Bu *sünnet*in neredeyse her zaman Peygamberlik geçmişinden kaynaklandığı anlaşılmıştır, ancak bu geçmişin kapsamı çoğu zaman Peygamber'in kendisini aşarak bazı Sahabilerin tecrübelerini de içerecek şekilde genişlemiştir. Başka bir deyişle Iraklılar, birçoğu güney Irak'taki garnizon kasabalarına ve başka yerlere yerleşmek üzere Hicaz'ı terk etmiş olan Sahabilere başvurarak kendilerini, kendi pratikleri ya da "yaşayan gelenekleri" aracılığıyla Nebevi geçmişle bağlantılı görüyorlardı.

Nebevi Sünnet olarak hukuki uygulamanın bu resmi, en azından ikinci yüzyılın sonuna (MS 815 civarı) kadar olan gelişmeleri temsil etmektedir. Her ne kadar Peygamber çoğu zaman eski Arap *sünnet*lerini onaylamakla yetinmemiş olsa da, Suriye'den Irak'a ve Hicaz'a kadar her bölge, ister sahabe ister Peygamber olsun, atalarının *sünnetler*i olarak kabul edilen şeylere dayanarak kendi hukuki uygulamalarını oluşturdu. Peygamber tarafından benimsenen İslam öncesi *sünnetler*, Peygamber sonrası nesiller tarafından onaylanan *sünnetler* gibi, Nebevi otorite alanı içinde yer aldı. Peygamber, zamanla bu otoritenin tek ekseni olarak ortaya çıkacaktı.

Özel bir Nebevi otoritenin yükselişiyle ilişkili temel olgu, burada *sünnet* pratiği olarak adlandırdığımız amele dayalı *sünnetler*le rekabet etmeye başlayan formel *hadîs*lerin çoğalmasıydı. Dolayısıyla rekabet, resmi ve neredeyse evrensel bir Nebevi model anlayışı ile Nebevi Sünnetin doğası hakkında kendi görüşleri olan yerel uygulamalar arasındaydı. Asıl meşguliyetleri Nebevi rivayetlerin toplanması ve çoğaltılması olan gezici bir hadîsçiler sınıfının ortaya çıkmasıyla birlikte, *hadîs*lerin formel, yazıyla aktarımı hızlı bir şekilde *sünnet* uygulamasına üstünlük sağlamıştır. Hadîsçiler hukukçu ya da yargıç olmak zorunda değillerdi ve motivasyonları, hukuk pratiğinin talepleri ve gerçeklerinden ziyade dini bir ahlaktan kaynaklanıyordu. Bununla birlikte, günün sonunda onların *hadîs* projesi galip geldi ve hadîsçi yorumun iddia ettiğinin aksine Peygamberle çok kuvvetli bir kişisel bağa sahip olmayan bir Sünnet olan Nebevi Sünnetin yerel anlayışlarını geride bıraktı. Birçok yerel hukukçunun kendi *sünnet* uygulamalarının aleyhine olacak şekilde hadîsçi projeye katılmış olmaları, yeni ortaya çıkan *hadîs*in gücünün açık bir kanıtıdır.

İkinci/sekizinci yüzyılın sonuna gelindiğinde hadîsçi hareketin *sünnet* uygulaması karşısında önemli bir zafer elde edebilecek bir konumda olduğu açık hale gelmişti ki bu zafer yaklaşık yarım yüzyıl -ya da daha fazla- sonra tamamlanacaktı. Döneminin en güçlü *hadîs* savunucularından biri olan Şâfiî'ye (ö. 204/820) göre Nebevi Sünnet sadece formel *hadîs* yoluyla tespit edilebilir. *Sünnet* uygulamasına, Peygamber'in sahih *hadîs*lerinden kesinlikle daha aşağı olan bir tutarsızlıklar yığını olarak saldırmıştır. Onun teorisinin en belirgin özelliği, Irak, Medine ve Suriye *sünnet* uygulamalarının otoritesini geçersiz kılmak için esas aldığı *hadîs*in büyük önemiydi. Bununla birlikte, bazı modern akademisyenlerin iddia ettiklerinin aksine, onun Nebevi *hadîs*lerin (ve Kur'ân'ın) hukukun en önemli kaynakları olarak üstünlüğü konusundaki ısrarı hemen kabul görmemiştir.[52] *Hadîs*in (tabi ki Kur'ân ile birlikte) hukukun yegane maddi kaynağı haline gelmesi ve böylece *sünnet* uygulamasını kesin olarak gölgede bırakması, onun vefatından yarım yüzyıldan fazla bir süre sonra gerçekleşmiştir.[53]

İslam'ın ilk iki asrı boyunca, *sünnet* uygulaması kavramı icmadan pek ayırt edilememiştir, çünkü *sünnet* uygulamasının yaptırım yetkisi, bu uygulamayı toplu olarak savunan hukuk uzmanlarının müşterek mutabakatında yatmaktadır. *Sünnet* uygulamasının bir ifadesi olarak icma, sadece bağlayıcı değil aynı zamanda *hadîs*in belirleyicisi olarak görülmüştür. İcma, daha sonra fıkıh usûlünde standart hale gelen bir tanım olan "belirli bir çağdaki muteber hukukçuların ittifakı" olarak anlaşılmamıştır. Aksine, bu erken dönemdeki icma, alimlerin sürekli uygulamaya dayalı mutabakatını güçlü bir şekilde ima ediyordu ve bu da sahabenin icmasına dayanıyordu. Burada vurgulanması gereken husus, Sahabe icmasının, Nebevi uygulama ve niyetin bir tasdiki olması hasebiyle, sonraki doktrinin Nebevi otoriteye dayandırılması sürecinde esas olarak görüldüğüdür. Sonuçta Ashab, Peygamber'in reddettiği veya yasakladığı bir şeyi ittifakla kabul edemezlerdi. İlk dönem hukukçulara göre, Peygamber'in helal kabul ettiği bir şeyi haram kabul etmeleri de mümkün değildir.

İkinci/sekizinci yüzyıl boyunca (ve daha sonraki on yıllar boyunca), hukuki düşünceye sahip olanlar, akıl yürütmelerinde *re'y*i kullandılar. *Sünnet* uygulamasına dair bilgiye dayansın ya da

[52] Spectorsky, "*Sunnah*," 51–74.

[53] Ancak Medine'nin sünnete dayalı amelinin gözden geçirilmiş bir şeklini savunmaya devam eden Mâlikîler arasında böyle bir durum söz konusu değildi; Bâcî, *İhkâm*, 480-85.

dayanmasın, *re'y*, gevşek akıl yürütmeden analoji ya da evleviyet (*argumentum a fortiori*) gibi katı mantıksal türden argümanlara kadar uzanan çeşitli istidlal yöntemlerini kapsıyordu. Medineliler, Iraklılar ve Suriyeliler ikinci/sekizinci yüzyıl boyunca bu kavramı geniş ölçüde kullanmış ve neredeyse tüm tartışma biçimlerini bu kavram altında toplamışlardır. İkinci/sekizinci yüzyılın başlarında, eski ve biraz da arkaik hukuk formülasyonlarının çoğu tamamen ortadan kaldırılmamış olsa da, daha sofistike akıl yürütme teknikleri ortaya çıkmaya başladı. Bu nedenle *re'y*, çok çeşitli hukuki argümanlar için bir şemsiye kavram haline geldi ve bundan sonra yaklaşık bir yüzyıl boyunca hukuki çıkarımları tayin eden standart terim olarak kaldı.

İkinci/sekizinci yüzyılın ikinci yarısında, Peygamber'in kişisel otoritesini daha önce hiç olmadığı kadar öne çıkaran Nebevi *hadîs*lerin nüfuz ettiği bir ortamda yeni bir alim nesli yetişmiştir. Bu otorite ne kadar belirgin hale gelirse, hukukçuların takdire dayalı görüşlerini açıklama özgürlüğü de o kadar azalıyordu. Sonuçta, Nebevi otoritenin varlık nedeni, davranışların Nebevi modele uygunluğunu teşvik etme kudretiydi. Takdir yetkisini ve kişisel görüşü içerdiği ölçüde *re'y*, her zaman olmasa da sıklıkla bu otorite kavramına zıt düşüyordu.

Daha sonra serbest akıl yürütme yöntemleri olarak kabul edilen şeyleri içerdiğinden, *re'y* kaçınılmaz olarak olumsuz çağrışımlar kazanmış ve sonuç olarak ikinci/sekizinci yüzyılın sonlarına doğru önemli bir itibar kaybı yaşamıştır. Bu itibar kaybının, Nebevi Sünnetin tartışılmaz bir ifadesi olarak *hadîs*in yükselişiyle aynı zamana denk gelmesi tesadüfi değildi. Başka bir ifadeyle, *hadîs*, beşeri ve Nebevi/İlahi otorite arasında bir seçim yapılmasını talep ederek metinsel kanıtlara dayanmayan akıl yürütmelere yer bırakmıyordu. Metne dayanmayan *re'y*in Sünnete denk olmadığı açıktır.

İkinci yüzyılın ortalarında (MS 770 civarı) ve *hadîs* kendisini rakipsiz bir unsur olarak ortaya koymadan çok önce *re'y*, Sünnet desteğinden mahrum olan birinci dereceden sistematik ve mantıksal argümanları çoktan bünyesine katmıştı. Bu tür argümanlar bir kenara atılamayacak kadar değerliydi ve bu nedenle geçerli akıl yürütme biçimleri olarak korunmaları gerekiyordu. İkinci/sekizinci yüzyılın ortalarından hemen sonra başlayan ve bir sonraki yüzyılın ortalarından önce zirveye ulaşan kademeli bir kavramsal değişim sürecinde, *re'y*, başlangıçta hepsi de temel kavramın yan dalları olan üç argüman kategorisine ayrılmış gibi görünmektedir.

Bu kategorilerin en geneli, birinci/yedinci yüzyıl boyunca ve ikinci/sekizinci yüzyılın büyük bir kısmında sık sık *re'y* ile birlikte kullanılan, yani *ictihâdü'r-re'y* şeklinde ortaya çıkan *ictihad*dı. Burada *ictihâdü'r-re'y*, akıl yürütme yoluyla makbul bir görüşe varmak için zihinsel çabanın harcanması anlamına gelmekteydi. Daha sonra, *re'y* kavramı bu terkipten çıkarıldığında, *ictihad* aynı anlama gelmek üzere tek başına kullanılmaya başlandı, ancak bu terminolojik dönüşüm kısa ömürlü oldu.

*Re'y*den ortaya çıkan ikinci argüman kategorisi, vahyedilmiş metinler olan Kur'ân ve *hadîs*ler temelinde disiplinli ve sistematik akıl yürütme anlamına gelen *kıyas*tır. Kıyas, prototipik formu olan analojiye ek olarak, evleviyet (*a fortiori*) argümanını her iki formunda da – genelden özele/bütünden parçaya (*a maiore ad minus*) ve özelden genele/parçadan bütüne (*a minore ad maius*) - kapsıyordu. Örneğin, kişinin anne babasına kaba bir söz söylemesi Kur'ân tarafından yasaklanmışsa, o zaman onlara vurmak da aynı şekilde yasaklanmış olacaktır. Aynı şey şarap satışı için de söz konusudur: eğer içilmesi haramsa, satılması da, daha az kötü olsa da, aynı şekilde yasaktır.[54]

Re'y başlığı altında yer alan bir diğer argüman, genellikle "hukukî tercih" olarak tercüme edilen *istihsân*dır. Bu akıl yürütme yönteminin Şâfiî öncesi döneme ait tatmin edici bir tanımına sahip değiliz; bu yöntem hakkındaki bilgilerimizin çoğu ya Şâfiî'nin ona karşı pek güvenilir olmayan polemiklerinden ya da hukuk tarihinin kuramsal olarak yeniden haritalandırılmasını içeren geç dönem Hanefî teorik yeniden inşalarından elde edilmiştir. Bununla birlikte, *istihsân*ın ikinci/sekizinci yüzyıldaki anlamını, aşırı zorluklara yol açabilecek *kıyas* gibi katı mantıksal istidlal yöntemlerinin aksine, makul sonuçlar veren bir akıl yürütme biçimi olarak nitelendirmek güvenli görünmektedir. Ancak aynı zamanda, mantık, adalet ve/veya sağduyudan hareketle hakkaniyete ulaşmanın bir yöntemi olarak da kullanılmıştır. Örneğin katı akıl yürütmeye göre, suç ortağı olup olmadığına bakılmaksızın, çalınan malları "muhafaza edildiği yerden" (*hırz*) nakleden kişiye hırsızlık cezası (el kesme) verilmelidir.[55] *İstihsân*a göre, birkaç kişi hırsızlık yapmışsa, sadece bir kişi çalınan nesneyi muhafaza edildiği yerden çıkarmış olsa bile, hepsinin aynı cezaya çarptırılması gerekir.[56] İslam hukukunda cezanın mantığı caydırıcılık olduğu için, bu ikinci akıl yürütme tarzı tercih edilmiş

[54] Mâlik, *Muvatta'*, 737-39.
[55] Daha sonraki yaklaşımlar için bkz. 10. bölüm, 2. kısım.
[56] Ansari, "Islamic Juristic Terminology," 294'te aktarılmıştır.

ve hırsızlığa karışan herkes sorumlu tutulmuştur. Ancak, vahyedilmiş metinlerde şekli bir dayanağı olmayan kişisel görüşleri içerdiği için kötü bir nam kazanan *re'y* gibi *istihsân* da reddedilmiştir. Ancak *istihsân*, *re'y*den farklı olarak, sonraki Hanefî ve Hanbelî ekollerinde ikincil bir akıl yürütme yöntemi olarak varlığını sürdürmüştür, fakat bunu teorik ıslahın ustaca yollarıyla devam ettirmiştir.[57]

Yazıları *hadîs* öncesi dönemden *hadîs* dönemine geçişi temsil eden bir hukukçu, *sünnet* uygulamasının biricik temsilcisi olarak Nebevi rivayetin savunucusu olan Şâfiî'dir. Onun yazıları, *re'y*in ilk büyük saldırıyla karşılaştığı ve nihayetinde İslam hukukundan (terminolojik ve bir dereceye kadar esasen) çıkarılmasına yol açan bir gelişim aşamasını ortaya koymaktadır. *Re'y*i kategorik bir şekilde keyfî olarak nitelendirerek, onu *istihsân* ile birlikte akıl yürütme alanından tamamen çıkarmıştır. Öte yandan *hadîs* onun için ilahi otoriteyi yansıtmakta ve birbirinin yerine geçecek şekilde *kıyas*/*ictihad* olarak adlandırdığı bir istidlal yöntemi dışında insanın şahsi görüşüne yer bırakmamaktadır.

Şâfiî, İslam vahyinin insan eylemlerinin tam ve kapsamlı bir değerlendirmesini sunduğu fikrini bilinçli bir şekilde dile getiren ilk hukukçu gibi görünmektedir. Onun *kıyas* (*ictihad*) kavramını kendi hukukuna dahil etmesi, vahyedilen metinlerin her olaya *doğrudan* bir cevap vermemesi sebebiyle ilahi maksadın bu metinlerin kendileri tarafından tam olarak yerine getirilmediği gerçeğini kabul etmesinden kaynaklanıyordu. Ancak Şâfiî'ye göre *kıyas*ın caiz olduğunu kabul etmek ona vahiyden bağımsız bir statü kazandırmaz. Vahyin bu yöntemin kullanılmasına yönelik onayı olamasaydı bu yöntem kullanılamazdı ve bu yöntemin kullanılmasına izin verilmesinin nedeni *kıyas*ın belirli bir olaya ilişkin vahyin anlamını ve maksadını ortaya çıkarabilecek tek yöntem olmasıdır. *Kıyas* kendi başına kurallar veya hukuki normlar üretmez; sadece bunları vahyedilmiş metinlerin dilinden keşfeder veya çıkarır. Bu teori, *fıkıh usûlü* başlığı altında detaylandırılan daha sonraki tüm hukuk teorilerinin temelini oluşturacaktı.

5. Yargının Gelişimi

Hicri ikinci yüzyılın sonlarına doğru *kâdı* mahkemesi son şeklini almıştı. Bu noktada tüm gerekli personel ve lojistik özellikler devreye sokulmuştu, böylece her bir mahkemenin büyüklüğü mahkemeye gelen işlerin bir fonksiyonu haline gelmişti. Bir *kâdı*, mahkemesinin

[57] Hallaq, *History*, 107–13. Ayrıca bkz. Makdisi, "Ibn Taymîya's Autograph," 446–79.

büyüklüğüne ve kendisine gelen taleplere bağlı olarak bir, iki veya daha fazla kâtibe sahip olabilirdi, ancak o zamana kadar kâtibin işlevi, boyutları ne olursa olsun, yargılama süreçlerinin ayrılmaz bir parçasıydı. Aynı durum diğer tüm mahkeme görevlileri ve işlevleri için de geçerliydi.

130/750'liler gibi erken bir tarihte, müzekkîlik tamamen yerleşik bir kurum haline geldi.[58] Müzekkîliğin başlangıcı, ilk *kâdı*ların ya davacıların iddialarına tanıklık eden ya da yasal kayıtlar, sözleşmeler ve mahkemeden geçen neredeyse tüm işlemler ile ilgili beyanda bulunan şahitlerin doğruluğunu araştırmaya ihtiyaç duydukları birkaç on yıl öncesine dayanır. Müzekkîler mutmain olduktan sonra, hakim bu şahitleri mahkemeye atardı.[59] Böylece, bu zamana kadar tanıklar sadece mahkemenin müdavimleri değil, aynı zamanda mahkemenin bütçesini her zaman kontrol eden *kâdı*ların ücretli çalışanları haline geldiler.

Mahkemenin prestiji ve otoritesi, hukuk uzmanı kişilerin mahkemede bulunmasıyla artmıştır. Daha önce de gördüğümüz üzere bunlar, çoğunlukla dindarlıklarından dolayı dini hukuku incelemeyi ve anlamayı (lafzen *fıkıh*) başlıca özel gayeleri haline getiren hukuk uzmanlarıydı (*fukahâ'*, *müftî*ler) ve onlara otorite kazandıran da bu bilgileriydi.[60] Kaynaklar, bu uzmanların mahkemede her zaman fiziksel olarak bulunup bulunmadıkları konusunda genellikle net değildir, ancak ikinci yüzyılın başından (MS 720 civarı) itibaren hakimlerin bu bilgili adamların danışmanlığına başvurmaya teşvik edildiğini ve 120/740'lı yıllara gelindiğinde bunu sıklıkla yaptıklarını biliyoruz.[61] Mahkemede fiziksel olarak *sürekli* bulunduklarına dair kanıtlar yetersiz olsa da, hukuk uzmanlarına zor davalar ve hukuk meseleleri hakkında düzenli olarak danışıldığı oldukça kesindir. Dolayısıyla, herhangi bir resmi siyasi otorite tarafından zorunlu tutulmasa da, eğitimli hukukçulara danışma uygulaması normatifti. Endülüs'te ise hukuk uzmanlarının görüşlerinin alınması hem hukuk mesleği hem de siyasi hükümdar tarafından ısrarla talep edilen bir zorunluluktu. Orada, bir hakimin kararı, alim hukukçuların önceden onayı alınmadığından geçersiz sayılmıştır.

Mahkeme personeli ayrıca çeşitli görevleri yerine getiren bir dizi yardımcıdan (*a'vân*) oluşuyordu. Bunlardan biri, davacıların sırasını

[58] Veki', *Ahbâr*, III, 106, 138.
[59] *A.g.e.*, III, 422, 494.
[60] Hallaq, *Authority*, ix, 166–235.
[61] Veki', *Ahbâr*, II, 423; III, 86. Ayrıca bkz. 4. Bölüm, 3. Kısım.

denetlemek ve çeşitli kişileri hakim huzuruna çıkmaya çağırmak da dahil olmak üzere mahkemedeki düzeni sağlamakla görevli mahkeme mabeyincisi olan *cilvâzdı*. Yetki alanı çeşitli etnik ve dilsel grupların yaşadığı bölgeleri kapsayan bazı mahkemelerde tercüman ya da dragman da bulunurdu.

Mahkemeler, tanıklara, mabeyincilere ve genellikle hukuk uzmanlarına ilaveten, daha çok *kâdı* yardımcıları olarak bilinen diğer görevlilerin hizmetlerinden de yararlanırdı. Bunlar arasında, ağır bir suçla itham edilen kişileri arayıp yakalamak ya da bir davacının mahkemeye bir iddiayla talepte bulunduğu davalıları getirmekle görevli olan kişiler de vardı. Bunlar ayrıca, örneğin yasadışı bir fiilin işlendiğini görmüş olabilecek tanıkları aramak üzere hakim tarafından gönderildiler. Zaman zaman bu işlerin kısmen mahkeme müzekkîsi tarafından yerine getirilmiş olması mümkündür, ancak önemli miktarda davayla ilgilenen daha büyük mahkemelerde bu tür görevleri yerine getirmek maksadıyla özel olarak görevlendirilmiş başka memurlar olacağına inanmak için nedenlerimiz vardır. Bu yardımcılardan bazıları "kamusal duyuru" konusunda uzmanlaşmış ve böylece teknik bir unvan olan *münâdî* ismini almışlardır. Bu *münâdî*ler genellikle pazarlara ve kamusal alanlara gelir ve *kâdı*ların mahkemeyle ilgili konulardaki mesajlarını halka iletirlerdi. Ayrıca tanık ya da sanık olarak aranan belirli kişileri de mahkemeye çağırırlardı.

Hakimin yardımcıları arasında, görevleri gizli bilgilerin, mülklerin ve hatta nakit paranın korunmasını içeren birkaç *ümenâ'ü'l-hükm* (lafzen mahkeme emanetçileri) de vardı. Bu görevlilerden biri mahkemenin *tâbûtu'l-kudât* (hakimin güvenlik sandığı) olarak bilinen hazinesinden sorumluydu. Bu sandığın yeri devlet hazinesindeydi ancak anahtarı *kâdı*da ve/veya onun kayyımında bulunuyordu. İçinde her türlü para, özellikle de mirasçısı olmayan vefat etmiş kişilere, yetimlere ve gaiplere ait olanlar burada tutulurdu.[62]

Başka bir görevli olan *kassâm*, nakit ve mülkleri mirasçılar arasında ya da ihtilaflı nesneleri davacılar arasında bölüştürmekten sorumluydu. Bu memur genellikle teknik becerileri ve aritmetik bilgisi sebebiyle işe alınırdı. Son olarak, mahkemenin en önemli görevlilerinden biri de, genellikle hakimin hemen sağında ya da solunda oturan, davacıların beyanlarını, karşı delillerini ve ifadelerini kaydeden ve ayrıca, hakimin çeşitli konularda tasdikine ihtiyaç duyanlar için mahkeme kayıtlarına dayanarak yasal belgeler hazırlayan hakim

[62] Kindî, *Ahbâr*, 405.

*kâtib*iydi. *Kâtib*in mahkemeye atanması, yeni bir hakim göreve başladığında yapılan ilk atama gibi görünüyor ve adil bir karaktere sahip olması, hukuku bilmesi ve yazma sanatında yetenekli olması gerekiyordu.[63]

*Kâtib*lik vazifesi, *kâtib* tarafından yazılan, *kâdı* tarafından tutulan ve normalde bir kitaplıkta dosyalanan kayıtların bütününü temsil eden *divan* kurumunun yükselişiyle yakından ilişkiliydi.[64] *Divan*larda genellikle iki tarafın *kâdı* huzurunda açtıkları dava ve iddialar ile genellikle şahitler huzurunda imzaladıkları kayıtları bulunurdu. *Divan* ayrıca şunları da içeriyordu: (a) satış veya rehin gibi belirli bir işlemin gerçekleştiğine dair şahitler tarafından verilen ifade kayıtları; (b) adil oldukları teyit edilen mahkeme şahitlerinin listeleri; (c) *vakıf* mülkleri, yetim işleri ve boşanmış kadınların nafakaları üzerindeki kayyım kayıtları; (d) vasiyet kayıtları;[65] (e) sözleşmelerin, rehinlerin, senetlerin, hediyelerin, bağışların ve yazılı yükümlülüklerin yanı sıra diğer yazılı belgelerin kopyaları;[66] (f) başka hakimlere gönderilen ve onlardan alınan mektupların kopyaları ve bu mektuplara eklenen ilgili hukuki belgeler;[67] ve (g) mahkumların isimlerinin ve hapis sürelerinin kayıtları, kefillerin ve vekalet belgesine sahip olanların listeleri gibi diğer bazı kayıt türleri.[68]

Divan, hukuki işlemlerin belkemiği ve hakimin kararlarının yanı sıra mahkemesinden geçen tüm dava ve işlemleri gözden geçirebileceği bir araç olarak kabul edilmiştir. Bu nedenle, hakimin mahkemedeki çalışmalarının tam kaydını ihtiva ediyor ve yargı pratiğinin sürekliliğini korumasının başlıca vasatını temsil ediyordu. İkinci/sekizinci yüzyılın ortalarına gelindiğinde, görevden ayrılan kadıların *divan*larını kendilerinden sonra yeni atanan kadılara teslim etmeleri yerleşik bir uygulama haline gelmişti; bu uygulama, ikinci yüzyılın son on yılından (MS 805-815) itibaren ya da o tarihlerde, yeni *kâdı*nın görevine, selefinin divanını kâtibine istinsah ettirerek başlamasıyla kademeli olarak değişecekti. Bu aktarma veya kopyalama normalde hakimin göreve başladıktan sonra attığı ikinci adımdı, ilki ise bir kâtip atamasıydı.

---

[63] Hallaq, "*Qâdî's Dîwân*," 423.

[64] Vekî', *Ahbâr*, II, 159; İbn Neccâr, *Müntehâ*, II, 582.

[65] Kindî, *Ahbâr*, 379; Kalkaşendî, *Subh*, X, 284.

[66] Vekî', *Ahbâr*, II, 136; Kindî, *Ahbâr*, 319, 379; el-Hüsâm eş-Şehîd, *Şerh*, 57-62; yazılı yükümlülükler ile ilgili bkz. Thung, "Written Obligations," 1-12.

[67] Kindî, *Ahbâr*, 410; Semerkandî, *Rüsûm*, 46.

[68] Hallaq, "*Qâdî's Dîwân*," 421, 428-29; Kalkaşendî, *Subh*, X, 274, 291-92; Semerkandî, *Rüsûm*, 34, 39 vd..

*Divan*ı aktarma yöntemi ne olursa olsun, seleflerin kayıtlarına erişim sadece uzun süren davalarda yeni hakimin çalışmalarını sürdürmesi için değil, aynı zamanda daha önceki hakimlerin, özellikle de bir öncekinin çalışmalarını incelemesi için gerekliydi. Bu tür bir inceleme genellikle ya görevi sona eren hakim hakkındaki şikayetler ya da yeni yargıcın selefiyle bağlantısı olduğunu düşündüğü suistimal, yolsuzluk veya adaletin bir şekilde yanlış tecelli ettiğine dair inandırıcı şüpheleri nedeniyle başlatılırdı. İslam'da yargı denetiminin anlamlı bir rol üstlenmesini sağlayan şey *divan*lara erişimdi; bu rol, sınırlı bir ölçüde, Batı yargı sistemlerindeki temyiz uygulamasına eşdeğerdi.[69]

Anlaşmazlıklarda hakemlik yapmanın ve davaları karara bağlamanın yanı sıra *kâdı*,[70] tüm yardımcılarının ve vekillerinin performansını denetler ve aşağıdaki yargı dışı faaliyetlerde bulunurdu: (a) hayır vakıflarının (*evkâf*) gözetimi, maddi durumlarının, bakımlarının ve bunları yönetenlerin performanslarının denetlenmesi; (b) yetimlerin vasisi olarak hareket etmek, onların mali işlerini idare etmek ve genel refahlarıyla ilgilenmek; (c) gaiplerin ve miras bırakmadan ölenlerin mallarıyla ilgilenmek; (d) diğer dinlerden İslam'a geçiş dilekçelerini kabul etmek ve yeni Müslümanların yararına bu yönde şahitlik belgeleri imzalamak; (e) bayındırlık işlerine katılmak; ve (f) Cuma namazlarını ve cenaze namazlarını kıldırmak ve Ramazan orucunun sona erdiğini gösteren ayın doğuşunu ilan etmek.[71]

İkinci/sekizinci yüzyılın ortalarından bir süre sonra, Şeriat mahkemelerinin sınırlarında duran yeni bir mahkeme grubu ortaya çıktı. Bunlar genellikle valiler ve vezirler tarafından teorik olarak halife adına ve muhtemelen devlet görevlileri tarafından işlenen hataları düzeltmek amacıyla kurulan *mezâlim* (lafzen "şikayet mahkemeleri") mahkemeleriydi. Bunlar teorik olarak da, dini hukuka (*siyâset-i şer'iyye*) göre adalet ve hakkaniyeti tesis etmek için bir hükümdara verilen yetkiler tarafından onaylanmışlardır.[72] Her ne kadar zaman zaman mutlakiyetçi yönetimi ve Şeriata müdahaleyi temsil etseler de, bu mahkemelerin yargı yetkisinin hem sınırlı hem de seyrek olduğu düşünüldüğünde bu durum etkisiz olabilir.

Mezâlim mahkemeleri, her halükarda Şeriat mahkemesi hakimleri tarafından kabul edilenlerden daha geniş bir yelpazede yer alan çok

[69] Şeriat içerisinde resmi olmayan temyiz mercileri hakkında bkz. Gradeva, "On Judicial Hierarchy."

[70] Vekî', *Ahbâr*, II, 415; III, 89, 135.

[71] Vekî', *Ahbâr*, II, 58, 65; Kindî, *Ahbâr*, 383, 424, 444, 450.

[72] *Siyâset-i şer'iyye* ile ilgili detaylı bilgi için bkz. 5. Bölüm, 3. Kısım.

çeşitli usul kanunları uygulama eğilimindeydiler.[73] Ayrıca tanıklığa dayanan kanıtlar konusunda çok daha az katı oldukları, örneğin zorlama altında alınmış ifadeleri kabul ettikleri ve özet kararlar verdikleri görülmektedir. Ayrıca verdikleri cezalar, Şeriatın öngördüğü cezaları aşıyordu. Böylece hukuk davalarında cezai yaptırımlar uyguladılar ya da hukuk ve kriminal cezaları tek ve aynı davada birleştirdiler. Yine de *mezâlim* mahkemeleri Şeriat mahkemelerinin yetki alanına tecavüzden ziyade onların yargı yetkisine ilave bir işlev görmüştür. Hükümdarın adaleti yerine getirdiğini gösterdiği hakkaniyet mahkemeleri olarak nitelendirilen *mezâlim* mahkemeleri dört ana alanda faaliyet gösteriyordu: (a) görev sınırlarını aşan ve özel mülkiyete kanunsuz el koyma gibi kamuya karşı suç işleyen devlet memurlarına karşı açılan davalara bakıyorlardı; (b) haksız veya baskıyla vergi toplama veya devlet kurumları tarafından maaşların ödenmemesi gibi kamu hizmetlerinin ifası sırasında işlenen adaletsizlikleri kovuşturuyorlardı; (c) Şeriat hakimlerinin görevi kötüye kullanma ve yolsuzluk dahil olmak üzere, esas olarak davranış sorunlarıyla ilgili açılan davalara baktılar; ve (d) *kâdı*ların yerine getiremediği Şeriat mahkemesi kararlarını uyguluyorlardı. *Mezâlim* mahkemelerinin, gördüğümüz gibi, tüm niyet ve amaçları itibariyle nihai olan Şeriat mahkemesi kararlarına karşı temyiz başvurularını dinleme yetkisini kendilerine vermemiş olmaları dikkat çekicidir.[74]

6. Ehl-i Re'yci-Ehl-i Hadîsçi Büyük Sentez

Buraya kadar, üçüncü/dokuzuncu yüzyılın başlarında yargının tüm temel özelliklerinin nihai şeklini alarak olgun bir gelişim aşamasına ulaştığını gördük. Bu zamana kadar, fürû' fıkıh da daha kapsamlı ve oldukça ayrıntılı hale geldi.[75] Ancak, üçüncü/dokuzuncu yüzyılın şafağı, neredeyse birincisi kadar uzun süren ikinci bir gelişim aşamasının başlangıcına işaret ediyordu. Başka bir deyişle, İslam'ın ilk iki yüzyılındaki hukuki gelişmeler büyük bir başarı olsa da, daha sonra inşa edilecek olanın sadece temelini oluşturuyordu. Zira hukukun henüz ortaya çıkmamış ya da en azından olgun bir biçimde ortaya çıkmamış olan iki temel ve esaslı özelliği kalmıştı. Ve bu iki özelliğin nihai olarak yerleşip şekillenmesi çok sonraları

[73] Mâverdî, *Ahkâm*, 74-75.

[74] Benzer bir görüş ile ilgili tartışma için bkz. Powers, "Judicial Review," 315-41; ve kısaca, 12. Bölüm, 1. Kısımda. *Mezâlim* mahkemeleri hakkında daha fazla bilgi için bkz. 5. Bölüm, 2. Kısım.

[75] Aşağıda Bölüm II'ye bkz..

gerçekleşecekti. Bu özellikler, ilk olarak -Büyük Sentezden- bütüncül bir hukuk teorisinin ortaya çıkması ve ikinci olarak da doktriner ekollerin oluşmasıdır (bir sonraki bölümde tartışılacaktır). İlk olarak kendisi olmadan hiçbir hukuk teorisinin (aslında Sünniliğin) ortaya çıkamayacağı Büyük Sentezin ortaya çıkışına bakalım.

Hadîsçi hareketin (*ehl-i hadîs*) ikinci/sekizinci yüzyılın sonlarına doğru ivme kazandığını ve böylece kısa bir süre önce hukukun ifade edilmesinde güçlü bir konuma sahip olan *re'y* ekolünü daha da kenara ittiğini hatırlayabiliriz. Üçüncü/dokuzuncu yüzyılın ortalarına gelindiğinde *hadîs*, *re'y* karşısında yeni zaferler elde ederek onu geride bırakmıştır. Bu yüzyıl sona ermeden çok önce, içerikleri ve düzenleniş biçimleriyle hukuka hizmet etmek üzere tasarlanmış altı "kanonik" *hadîs* külliyatı ortaya çıkmıştır. Ayrıca bu iki akımla açık bir ilmi ilişki içinde olan bir yapı kendini göstermeye başladı. İkinci/sekizinci yüzyılın az sayıda hukukçusu *ehl-i hadîs*çi olarak görülürken (ve bunların çoğu öldükten sonra, bu yüzyıl sona erdikten onlarca yıl sonra bu tanımlamaları kazanırken), üçüncü/dokuzuncu yüzyıl, *re'y*cilerden daha fazla *ehl-i hadîs*çi ve muhaddis üretti ve bunlar açıkça bu şekilde tanımlandı. Bu yüzyıl boyunca *ehl-i re'y* kampından *ehl-i hadîs* kampına göçün (ya da dönüşümün) sık olmasına karşın ters yöndeki hareketin nadir olması ya da hiç olmaması da önemlidir. Bu yüzyıldan *ehl-i re'y* kampına geçiş örneklerini ortaya çıkaramasak da, kaynaklar önceki yüzyıl için böyle bir hareketten söz etmektedir.[76]

İkinci/sekizinci yüzyıl bittikten sonra, iki yaklaşım arasındaki uçurumu açıkça gösteren bir ya da diğer kampa özel bağlılık genel kural haline geldi. Öte yandan, üçüncü/dokuzuncu yüzyılın sonuna gelindiğinde, çoğu fakîhin bu ikisini bir şekilde birleştirdiği kaydedilir ve Müslüman tarihçiler ve biyografi yazarları, o dönemde yıldızı parlayan fakîhlerin biyografilerinde bu Sentezden bahsetmeye özen gösterirler. Bir asır sonra, yalnızca birkaçı sadece bir kampa ya da diğerine ait olarak tanımlanmaktadır. Gerçekten de, bu dönemden önce ve sonra yaşamış az sayıda hukukçu iki kampın yöntemlerini "birleştirmiş" olarak tanımlanmaktadır. Başka bir deyişle, bu tanımlama en çok söz konusu dönemde geçerliydi ve bunun iyi bir nedeni vardı.

İslam'ın H. 150-350 (M. 770-960) yılları arasındaki entelektüel ve hukuk tarihi, *ehl-i hadîs* ve *ehl-i re'y*in karşıt hareketlerinde kristalize olan ve Büyük Sentezin ortaya çıktığı çeşitli güçler arasındaki dinamik bir rekabeti temsil etmektedir. Üçüncü/dokuzuncu yüzyılın

[76] İbn Hallikân, *Vefeyât*, I, 342.

büyük bölümünde *ehl-i hadîs* hareketi, *kıyas* yöntemi de dahil olmak üzere *re'y*e karşı çıkmıştır. 218/833 ile 234/848 yılları arasında halifeler ve akılcı alimler tarafından yürütülen Engizisyon (Mihne), Kur'ân'ın yaratılmış olup olmadığıyla, ama belki de daha çok insan aklının ilahi metinleri yorumlamadaki rolüyle ilgiliydi. Akılcıların nihai yenilgisi (ve aslında tamamı da bundan ibaretti), insan aklının az bir ayrıcalığa sahip olduğunun ve tek başına merkezi bir yorumlama yöntemi olarak ayakta duramayacağının, bunun yerine son tahlilde yalnızca vahyin hizmetinde çalışması gerektiğinin kabul edilmesi anlamına geliyordu. Dolayısıyla yenilgi göreceydi ve Mihne, iki karşıt hareket, yani İbn Hanbel'in müdafaasını yaptığı *ehl-i hadîs* ile halifeler ve Mutezile'nin başını çektiği ve aralarında çok sayıda Hanefî'nin de bulunduğu akılcılar arasındaki mücadelenin zirvesine işaret ediyordu. Mihne'nin sonunda bu iki hareketin aldığı biçimler dini/hermenötik spektrumdaki en uç pozisyonları temsil ediyordu ve aralarındaki çatışma temel bir şey hakkındaysa, bu da sonuç itibariyle yorumla ilgiliydi.

Çoğu fakîh, Mihne'nin sonunda ya da daha sonra ortaya çıktıkları için bu iki görüşten hiçbirini benimsememiştir. İbn Hanbel'in *ehl-i hadîs*çiliği fazla sade ve katı, Mutezile'nin ve onların *ehl-i re'y* arasındaki destekçilerinin akılcılığı ise fazla özgürlükçü olarak görülmüştür. Ayrıca İbn Hanbel ve *ehl-i hadîs*çiler Mihne'den zaferle çıktıklarında, her ne kadar inatçı dindarlıkları şüphesiz onlara popüler bir hayranlık kazandırmış olsa da, ne yorumsal duruşları ne de doktriner ve entelektüel güçleri sayesinde galip geldiler. Aksine, zaferleri kısmen katı akılcılığın zayıflamasından, kısmen de popüler olmayan bir duruştan siyasi desteğin çekilmesinden kaynaklanıyordu. Dolayısıyla *ehl-i hadîs*in sınırlı başarısı büyük ölçüde akılcıların zayıflığının bir sonucuydu. Gerçekten de Mihne'nin temsil ettiği çatışma, *ehl-i hadîs*in ve akılcılığın aşırı biçimlerinin Müslümanların çoğunluğuna hitap etmediği anlamına geliyordu. İki hareket arasındaki orta nokta çoğunluğun normatif konumunu oluşturuyordu; ve Müslümanların çoğunluğunun dini ve hukuki mefkûresi olan Sünnilik bu merkezci konumdan ortaya çıkacaktı. Akılcılık ve *ehl-i hadîs* arasındaki orta nokta, bu şekilde ortaya çıkan ve sonraki yüzyıllar boyunca normatif Sünni pozisyonu temsil etmeye devam eden makul sentezdi. Mihne'nin sonu bu Sentezin çıkış noktası olmuştur. Dördüncü/onuncu yüzyılın ortalarına gelindiğinde Sentez tam olarak yerine oturmuştu. Dolayısıyla, *fıkıh usulü*nün ortaya çıkışının temelinde akılcılığın yenilgisi ya da gelenekçiliğin mutlak zaferi değil, ilkinin yeniden

tanımlanması ve metodik olarak disipline edilmesi ve ikincisinin yükselişi ve belirgin artışı yatmaktadır.

Sentezin, Nebevi *hadîs*in *re'y* ve hatta bölgesel hukuk uygulamalarına rakip olarak kendini ortaya koyduğu ikinci/sekizinci yüzyılın onlarına ve bir sonraki yüzyılın başlarına doğru başlayan bir süreç olduğunu daha önce söylemiştik. Hukuk ilminin uluslararasılaşması -yani batıda Endülüs'ten doğuda Maveraünnehir'e kadar uzanan geniş Müslüman topraklarında fıkıh alimlerinin yoğun coğrafi hareketliliği- erken bir dönemde başlamış, ancak ikinci/sekizinci yüzyılın sonunda gerçek anlamda normatif bir uygulama haline gelmiştir. Bu önemli olguyla birlikte *sünnet*e dayalı amele bağlılık azaldı. Çok uzaklara seyahat eden bir alim, *sünnet*e dayalı bölgesel amellerdeki farklılıkları aktarmanın imkansız olmasa da zor olduğunu gördü. Horasan veya Maveraünnehir gibi bölgelerin İslamileştirilmesi Kufelilerin, Basralıların veya Medinelilerin *sünnet* uygulamalarına bağlı olamazdı. Peygamber'den tevâtüren nakledilen bir *hadîs*, hukukun maddi ve metinsel kaynağı olarak belirli bir şehir veya hukuki topluluk tarafından tanımlanan yaşayan *sünnet* uygulamasından daha fazla başvuru kaynağı olduğunu kanıtladı, çünkü bu sonuncular kendi özel çevrelerine uygun olarak kendi adli ve hukuksal özelliklerini geliştirmişlerdi. Nebevi *hadîs*ler böyle değillerdi ve *metinsel bir varlık* olarak yeni ortamlarda kullanılmaya daha elverişliydiler. Medine, Mekke, Kufe, Basra ve Şam, Müslüman imparatorluğunun tek büyük merkezleri olmaktan çıktı ve İslam'ın ilk yüzyılı sona erdikten sonra Horasan, Maveraünnehir, Mısır ve Kuzey Afrika gibi yeni büyük merkezler bunlarla rekabet eder hale geldi. Garnizon şehirleri bile, doktrinlerinin *hadîs*in artan baskısına dayanmaya devam edemeyeceğini kabul ederek sonunda *hadîs*e boyun eğdiler. Onların hukuk doktrinleri *hadîs*in tesiri sebebiyle önemli bir değişikliğe uğramamış olabilir, ancak bu etkileyici malzemenin kayasına yeniden sabitlenmesi gerekiyordu. Hanefiler en geç üçüncü/dokuzuncu yüzyılda bu yeni duruma uyum sağlamak zorunda kalırken radikal *ehl-i hadîs*çiler de düşünce tarzlarını yumuşatmak zorunda kaldılar. Yok olmaları pahasına hareketler, *hadîs*leri ve ortaya çıkan Sentezi görmezden geldiler. Akılcılık da yarı yolda bırakılmak zorunda kalmıştır. İbn Hanbel'in akıl yürütme yöntemlerinde kısıtlayıcı olan fıkhı, kısa süre sonra birinci ve sonraki takipçileri tarafından terk edildi. Daha sonraki Hanbelî mezhebi sadece İbn Hanbel'in son derece karşı olduğu *kıyas* değil, aynı zamanda uzun vadede, Şâfiî'nin "beşeri yasama" anlamına geldiği için şiddetle eleştirdiği ve esasında Hanefî bir ilke olan *istihsân*ı

da benimsemiştir.[77] Başka bir deyişle, Hanbelî ekolünün hayatta kalabilmesi için muhafazakar *ehl-i hadîs*çilikten, *ehl-i hadîs* ve *ehl-i re'y* arasında bir sentezi kabul eden ana akım bir konuma geçmesi gerekiyordu. Buna karşın Zahiri ekol, büyük ölçüde literalist/*hadîs*çi yaklaşımdaki tavizsiz ısrarı nedeniyle yavaş yavaş sahneden kayboldu.

Dördüncü/onuncu yüzyılın başlarında çoğunluk *re'y* ve *hadîs* arasındaki Sentezi benimsemeye başlamıştı. Bu gelişmeyle birlikte *fıkıh usûlü* (hukuk teorisi) nihayet tanımlanmış oldu. Farklı bir şekilde ifade edilecek olursa, biraz totolojik olsa da, *fıkıh usûlü* bu Sentezin bir sonucu olarak ortaya çıkmıştır ve kendisi de bu teoriyi somutlaştırmış ve bu teori tarafından yansıtılmıştır. Hukuk teorisini organik ve kapsamlı bir biçimde ortaya koymaya başlayan ilk gruplardan biri, seçkin hukukçu İbn Süreyc'in (ö. 306/918) başını çektiği Bağdatlı Şâfiîlerden oluşan bir çevredir. O ve öğrencileri *hadîs*çi, fıkıhçı ve spekülatif kelamcıydılar ki bu, önceki dönemde nadir görülen, ancak onun zamanında büyük ölçüde normatif hale gelen bir kombinasyondu. Bu grup, *fıkıh usûlü*nü akılcılık ile metinsel gelenek arasında, yani akıl ile vahiy arasında bir sentez olarak kavramsallaştıracaktı. Dolayısıyla İbn Süreyc, bu Sentez üzerine söylem geliştirecek ve onu daha ayrıntılı bir şekilde ele alacak olan öğrencilerinin yolunu açmasıyla tanınmalıdır. Bu durum, *fıkıh usûlü* üzerine (tam teşekküllü bir metodoloji olarak) eser yazan ilk ve en önde gelen Şâfiî müelliflerin neden Ebû Bekir el-Fârisî (v. 350/960), İbnü'l-Kâss (ö. 335/946), Ebû Bekir es-Sayrafi (ö. 330/942) ve el-Kaffâl eş-Şâşî (ö. 336/947) gibi onun öğrencileri olduğunu açıklamaktadır. Bununla birlikte, bu alimler topluluğu tarafından üretilen *fıkıh usûlü*nün, daha sonra ortaya çıkan teoride olduğu gibi, yerleşik bir geleneğe dayalı olarak devam eden bir detaylandırma sürecinin ürünü olmadığı vurgulanmalıdır. Bunun yerine, büyük ölçüde bir yüzyıl kadar önce başlayan ve üçüncü/dokuzuncu yüzyılın sonları ile dördüncü/onuncu yüzyılın ilk yarısında oluşan Sentezin etkisi altında zirveye ulaşan belirli bir tarihsel sürecin ürünüydü. Dolayısıyla onların teorisi, çevresinin çocuğu olarak nitelendirilebilir ve Şâfiî'ye kısmi ve itibari bir bağlılıktan daha fazlasını borçlu değildir. Örneğin Hanefîler kendi hukuk teorilerini geliştirmekte çok da geri kalmamışlardır.

Yeri geldiğinde, Şâfiî mezhebinin kurucusu olarak Şâfiî'nin otoritesinin hem inşa edildiği hem de güçlendirildiği süreci ele alacağım. Ancak şimdilik İbn Süreyc'in, onun kuşağının ve onu takip eden

[77] *İstihsân* ile ilgili olarak bir sonraki bölüm 7. kısma bkz..

neslin başarılarının geriye dönük bir şekilde ilk sentezci, yani hayati önemi haiz *fıkıh usûlü*nün mimarı olarak Şâfiî'ye yansıtıldığını iddia etmek yeterlidir. Aslında Şâfiî, Sentezi ilkel ve eksik bir biçimde savunduğu için onun *fıkıh usûlü*nün detaylandırılmasıyla çok az ilgisi vardı.[78] Şâfiî'nin ölümünden sonraki on yıllar boyunca, hukuk metodolojisi ve muhakemesinin belirli yönleri üzerine tartışan, genellikle belirli bir görüşü savunan ya da reddeden başkaları da olmuştur. Böylece Şâfiî'nin teorisi üçüncü/dokuzuncu yüzyıl hukuk çevreleri tarafından bir standart olarak kabul görmezken[79] onun takipçileri, İbn Süreyc'in zamanına kadar az sayıda kaldı. Bununla birlikte, her ne kadar yalın olsa da Şâfiî'nin bu konudaki tezi, İbn Süreyc ve öğrencilerinin *fıkıh usûlü*nün başarısını Şâfiî'ye atfetmelerini mümkün kılan şey olması muhtemeldir.[80] Dolayısıyla dördüncü/onuncu yüzyılın ortalarına gelindiğinde ayrıntılı ve kapsamlı bir *usûl* teorisi ortaya çıkmıştı. Sonraki bir buçuk yüzyıl, bu teorinin tarihinde, daha sonraki yorumların büyük ölçüde dayandığı standart eserleri üreten bir aşamaya tanıklık etti, ancak temel gelişmeler 350/960 veya yakın tarihlerde zaten meydana gelmişti.

7. Fıkıh Mezheplerinin Oluşumu

Büyük Sentezin ortaya çıkmasıyla eşzamanlı ve ondan tamamen ayrı olmayan dördüncü ve son bir gelişme gerçekleşmiştir: İslam hukukunu tam olgunluğa ya da başka bir deyişle oluşum döneminin sonuna getiren ilerleme. Bu gelişme, doktriner hukuk ekollerinin, yani *mezhep*lerin tam anlamıyla ortaya çıkmasıyla temsil edilmiş, bu da çeşitli sistemik, hukuksal, eğitimsel ve yargısal unsurların yükselişini gerektiren temel bir gelişme olmuştur.[81]

Doktriner okulların yükselişinden önce iki gelişim aşaması yaşanmış ve bu okulların önünü açmıştır: Birincisi ilmi çevreler aşaması, ikincisi ise kişisel okullar aşamasıdır. Bu gelişim sürecini anlamak için, İngilizceye "okul" olarak çevrilen Arapça *mezhep* kavramıyla ilişkili anlamların incelenmesiyle başlamak, belki de en iyisi olacaktır.

---

[78] Şâfiî'de hukuk kaynaklarının (*usûl*) sıralaması için Lowry'nin şu önemli çalışmasına bkz., "Does Shâfiî Have a Theory of Four Sources of Law?"; Lowry, "Legal-Theoretical Content of the *Risâla*."

[79] Hangi *fıkıh usûlü* eserleri dördüncü/onuncu yüzyıldan sonra ortaya çıkmıştır. Bu iddianın önemini anlamak için, daha sonraki hukuk yazım türleri tutarlı bir şekilde *mezhep*lere göre tanımlanırken, *fıkıh usûlü*nün *mezhebe* bağlı olmayan tek önemli söylem olduğunu anlamak önemlidir. Bkz: Hallaq, "*Usûl al-Fiqh*: Beyond Tradition," 191-97.

[80] Bu konuların ayrıntılı bir tartışması için bkz. Hallaq, "Was al-Shâfi'i the Master Architect?"

[81] İslam hukuk tarihinde *mezheb*in birçok yönü hakkındaki çeşitli değerli katkılar ile ilgili yakın tarihte kaleme alınmış bir çalışma için bkz. Bearman vd., *Islamic School of Law*.

Genel olarak *mezhep* kavramı, takip edilen şey ve daha özel olarak, bir kişinin benimsemeyi seçtiği görüş veya fikir; dolayısıyla bir hukukçunun takip edilen belirli bir görüşü anlamına gelir. Tarihsel olarak, muhtemelen birinci/yedinci yüzyılın sonuna, ancak kesinlikle ikinci/sekizinci yüzyılın ortalarına uzanan erken bir geçmişe sahiptir. Üçüncü/dokuzuncu yüzyılın başlarına gelindiğinde, bu terimin kullanımı sıklaşmıştı, ancak daha sonra bu terimin kendileri için kullanılacağı doktrinel ekoller henüz ortaya çıkmamıştı.

Mezhep kavramı, bu temel kullanımdan ve sonrasında ortaya çıkan ve ekollerin oluşumuna katkıda bulunan veya bunu yansıtan dört anlamla ilişkilendirilir. Bunlardan ilki, terimin bir ilke olarak teknik anlamı ve bu ilke altında toplanan bir dizi olayın temelini oluşturmasıdır. Örneğin Hanefîlerin varsayımlarından biri şöyledir: zimmete geçirmenin (*gasp*) gerçekleşmesi için malın, sahibinin zilyetliğinde bulunduğu asıl yerinden hukuka aykırı bir şekilde çıkarılması gerekir.[82] Hanbelîler ise *gasbı*, malın asıl mülkiyet yerinden çıkarılıp çıkarılmadığına bakılmaksızın sadece ona el koymak olarak tanımlarlar. Dolayısıyla, yerinden kaldırmadan bir halının üzerine oturarak mülkiyetine sahip olmak Hanbelîler tarafından *gasp* olarak kabul edilirken Hanefîler tarafından kabul edilmez. Tanımdaki bu temel ayırım, zararların tazmini açısından iki *mezhep* arasında önemli farklılıklar oluşmasına yol açmıştır. Hanbelîler fâili (*gâsıp*), zimmetine geçirdiği malın büyümesi ve tüm gelirlerinden asıl sahibine karşı sorumlu tutarken, Hanefîler mal sahibinin tahakkuk eden haklarını geri alma imkanına ciddi kısıtlamalar getirmektedir. Zimmete geçirilen malın büyümesi veya gelirlerinin, mal hak sahibinin elinden "alındığında" henüz mevcut olmadığı ve bunlar mevcut olmadıkları için, *gâsıb*ın sorumluluğunun doğmadığı gerekçesine dayandırılmaktadır. Zararların tazmini ile ilgili meselelere dair olan bu örnek, daha geniş bir ilke altında toplanan bir grup meseleye ilişkin hukuki bir doktrin olarak *mezhep* teriminin temel anlamını göstermektedir. Tam da bu anlamda, bir ekolün *mezheb*inin diğerinden bazen önemli ölçüde farklı olduğu söylenebilir.

*Mezheb*in ikinci anlamı, yukarıda özetlenen temel anlam ile ilk teknik anlamın bir kombinasyonunu, yani tazminat davasında örneklendiği gibi bir grup ikincil meselenin altında yatan bir ilkeyi temsil eder. Hukukçular bu tür ilkeleri bilinçli bir şekilde geliştirdikten sonra, bir ekolün veya bir *müctehid*in kolektif doktrinine atıfta

[82] Zimmete geçirme (*gasp*) konusunun ele alınışı için bkz. 9. Bölüm, 3. Kısım.

bulunmak için *mezhep* terimini kullanmak mümkün olmuştur; bu terim ilk olarak hukukun bir bölümünü (örneğin *gasp* ahkamını), ikinci olarak da zımnen bir ekolün veya bir *müctehid*in fürû' fıkhının tamamını ifade eder. Tarihsel olarak, bir *müctehid*in kolektif doktrinine yapılan atfın, bir ekole yapılan atıftan önce geldiğini vurgulamak gerekir, çünkü ekoller bu *müctehid*lerin doktrinlerinden çıkmışlardır.

*Mezheb*in üçüncü anlamı, bir *müctehid*in belirli bir ekolün kurucusu olup olmadığına bakılmaksızın, o ekolün kolektif doktrinel külliyatında en yüksek otoriteye sahip olduğu durumlarda onun bireysel görüşü anlamına gelir. Burada "*mezhep*-görüş" olarak adlandıracağımız şeyin en temel özelliği, mahkemelerde ve *fetva*larda görüldüğü üzere uygulamada genel ve yaygın kabul görmesiydi. Dolayısıyla bir görüş, başına Arapçadaki belirlilik takısı olan *elif lam* eklenerek "*el-mezhep*" olarak nitelendirildiğinde, bu görüşün okulun standart, normatif doktrini olduğu ve uygulamanın buna göre kararlaştırıldığı olgusunu göstermektedir. Bu terimin ortaya çıkışı ve kullanımı, doktrin ve uygulama birliğini gerektirmiş, bu da tabii olarak ortak bir doktrinel zemini paylaşan bir okulun varlığını zorunlu kılmıştır.

Son olarak *mezhep* terimi, ekolün belirli, ayırt edici özellikler kazandığı bilinen, tabiri caizse bir üstat-hukukçuya atfedilen farklı, bütüncül ve en önemlisi *kolektif* bir hukuk doktrinine sadık olan bir grup hukukçuyu ifade eder. Böylece, ekollerin oluşumundan sonra hukukçular, şu veya bu ekole olan *doktrinel* (kişisel değil) bağlılıklarına göre Hanefî, Mâlikî, Şâfiî veya Hanbelî olarak nitelendirilmeye başlanmıştır. Bu doktrinel bağlılığın, önde gelen hukukçuların nesiller boyunca inşa ettiği kümülatif ve büyüyerek gelişen bir öğreti bütününe olduğu, yani tek bir hukukçu-*müctehid*in bireysel doktrinine sadakat gösterilmediği vurgulanmalıdır. Dolayısıyla *mezheb*in bu dördüncü anlamı, iptidai öncülünden, yani tek bir önde gelen hukukçuyu takip eden (ancak göreceğimiz üzere, onun doktrinine sadık olmaları gerekmeyen) bir grup hukukçudan ayırt edilmelidir. Ayrıca tek bir hukukçunun doktrini, ferdi bir emeğin ürünü olması bakımından birikimsel ve kolektif olmayıp, aynı zamanda sadece o hukukçunun sahip olduğu bireysel görüşlerin bir toplamını temsil etmekteydi. Dördüncü/onuncu yüzyılın ortalarında ya da kısa bir süre sonra, bu anlamların hepsi mevcuttu ve farklı bağlamlarda değişken bir şekilde kullanılıyordu.

Mezhep kavramı, temel anlamından oldukça gelişmiş bir doktrinel ekol anlamına nasıl ve ne zaman evrilmiştir? Daha önce de gördüğümüz üzere,[83] hukuka ve hukuk çalışmalarına yönelik ilk ilgi, Kur'ân ve İslam'ın genel ilkeleri konusunda bilgili kişilerin, diğer şeylerin yanı sıra, çeşitli yarı-hukuki ve çoğu zaman tamamen hukuki meseleleri tartışmaya başladıkları ders halkaları içinde gelişmiştir. İkinci yüzyılın başlarına gelindiğinde (MS 720-40), bu tür bilgili kişiler, çevrelerinde özellikle hukuk disiplini olan *fıkıh*la ilgilenen çok sayıda öğrenci bulunan hocalar rolünü üstlenmişlerdi. Bununla birlikte, o zamana kadar hukuk ve hukuki muhakemenin belirgin bir metodolojisi henüz gelişmemişti, dolayısıyla bir hocanın dersi metodolojik olarak ve ilkeler bütünü olarak bir diğerinden tamamen ayırt edilemeyebilirdi. Her hocanın özel ilgi alanlarından da anlaşılacağı üzere, öğrettikleri hukuk doktrini bile henüz tamamlanmamıştı. Bazıları miras kurallarını öğretirken, diğerleri ibadet hukuku üzerinde duruyordu. Daha da önemlisi, daha sonra ele alınacak hukuki konuların hepsinin bu erken dönemde mevcut olduğunu kabul etmemiz için çok az nedenimiz vardır.

İkinci/sekizinci yüzyılın ortalarında, fürû' fıkhın daha sistematik hale gelmesiyle birlikte, hukukçular kendi hukuki kabullerini ve metodolojilerini geliştirmeye başlamışlardır. Öğretim ve ders halkalarındaki yoğun akademik tartışmalar metodolojik farkındalığı keskinleştirmiş olmalı ki bu da hukukçuların kendi bireysel hukuk anlayışlarını savunmalarına yol açtı. Her fakîh, belirli bir yöntemi benimseyerek, kendi fıkıhlarını ve yöntemlerini ondan öğrenen belirli bir takipçi kitlesini etrafında topladı.

Yine de bir öğrencinin ya da genç bir hukukçunun kendisini tek bir ders halkası ya da tek bir hoca ile sınırlandırması nadir görülen bir durumdu; gerçekten de hukukçu adaylarının aynı şehirde birden fazla ders halkasına katılması alışılmadık bir durum değildi. Yüzyılın ikinci yarısında, hukukçu adayları kendilerini tek bir şehirdeki ders halkalarıyla sınırlamamış, saygın hocalar bulmak için uzak yakın demeden seyahat etmişlerdir. Her önde gelen hoca, kendisinden "*fıkıh* alan" öğrencileri kendine çekmiştir. Bir hocanın yanında hukuk eğitimi almış olan bir hâkimin mahkemesinde hocasının doktrinini uygulaması muhtemeldi, ancak yine de sadakat tek bir doktrine münhasır değildi. Yeterince gelecek vaat eden ve nitelikli bir hukukçu olduğunu kanıtladığında, kendi sırası gelince bir profesör olarak

[83] Yukarıdaki 4. kısma ve aşağıdaki 3. Bölüme bkz.

"oturabilir" (*celese*), hocalarından edindiği hukuk bilgisini nadiren kendisi yeniden yapılandırmadan öğrencilerine aktarabilirdi. Diğer hukukçular gibi, Ebû Hanîfe, Mâlik ve Şâfiî'nin öğrencilerine öğrettikleri hukuk doktrinleri büyük ölçüde kendi hocalarından aktarılmıştır. Ancak bunların hiçbiri, *mezhep* kurucuları olarak kabul edilmelerine rağmen, daha sonraki İslami teorik söylemin bizi inandırmak istediği gibi, kendi doktrinlerini bütünüyle inşa etmemiştir. Aksine, aslında hepsi hocalarına, bu hocaların kendilerine borçlu olduğu kadar borçluydu.

Dolayısıyla ikinci/sekizinci yüzyılda *mezhep* kavramı, Ebû Hanîfe veya Sevrî (ö. 161/777) gibi belli başlı önde gelen bir fakîhin doktrinini benimsemiş bir grup öğrenci, hukukçu, hâkim ve fakîh anlamına geliyordu - ki ben bu olguyu burada "ferdi ekol" olarak adlandıracağım. Bir hukukçunun doktrinini benimseyen ya da takip edenler, o hukukçuyla birlikte çalışan ya da onun ilmi yoldaşları olan kişiler manasında *ashâb* ya da şakirtler olarak bilinirdi. Önde gelen hukukçuların çoğunun, genellikle "takipçiler" anlamına da gelen bir terim olan *ashâb*ı vardı. Böylece sadece birkaç isim vermek gerekirse, Ebû Hanîfe, Evzâî, Ebû Yusuf ve Sevrî'nin her birisinin *ashâb*ı vardı ve her biri bir *mezhep*le, yani hem çevresi (ders *halkası*) hem de ferdi doktrini (*fıkıh*) etrafında oluşan kişisel bir okula sahip olmakla ilişkilendirildi. Bu durum, her biri başlangıçta bağımsız takipçilere, hatta ferdi *mezhep*lere sahip olan Ebû Hanîfe ve öğrencisi Ebû Yusuf için bile geçerliydi, ancak bu kişisel *mezhep*ler daha sonra tek bir doktrinel (ferdi değil) *mezhep* - Hanefî *mezhebi* - altında bir araya getirildi.[84] (Bu arada Ebû Hanîfe ve Ebû Yusuf'un bu durumu, kişisel ekollerden doktrinel ekollere olan gelişimi göstermekte ve kanıtlamaktadır).

Bununla birlikte, doktrinel bağlılık henüz tam oturmamıştı. Bir hukukçunun bir doktrinden diğerine geçmesi ya da aynı anda iki veya daha fazla önde gelen hukukçuya ait doktrinin bir kombinasyonunu benimsemesi alışılmadık bir durum değildi.[85] Örneğin 185/801 yılı civarında Mısırlı *kâdı* İshak b. el-Furât'ın, aralarında öğrencisi olduğu Medineli hukukçu Mâlik ve Kûfeli Ebû Yusuf'un da bulunduğu birçok hukukçunun doktrinlerini birleştirdiği söylenir.[86] Üçüncü/dokuzuncu yüzyılın ortalarından sonra bile bazı fakîhler

[84] Hanefî ekolünün yayılması hakkında bkz. Tsafrir, *History of an Islamic School*.

[85] Bkz. Kindî, *Ahbâr*, 383; Schacht, *Origins*, 7.

[86] Bkz. Kindî, *Ahbâr*, 393 ve başka bir örnek için 477; ayrıca bkz. Sübkî, *Tabakât*, II, 213-14.

mensubiyetlerinden henüz emin değillerdi ki bu durum doktrinel ekoller ortaya çıktıktan sonra hayal edilemez bir durumdu. Muhammed b. Nasr el-Mervezî'nin (ö. 294/906) uzun süre hangi doktrini takip etmesi gerektiğine karar veremediği söylenir: Şâfiî'ninkini mi, Ebû Hanîfe'ninkini mi yoksa Mâlik'inkini mi takip edecekti.[87] Sonunda Şâfiî'nin doktrinini diğerleriyle birleştirmeden benimsemiş olması önemlidir, çünkü onun zamanında tek bir doktrini benimsemek normatif bir uygulama haline gelmişti ve çeşitli doktrinlerin parçalarının birleştirilmesi kabul edilebilir bir davranış olmaktan çıkmıştı.

Doğrusu ferdi ekoller ne normatif ne de münhasıran baskındı. Ancak önde gelen bir hukukçu, hukuk mahkemelerinde veya ders halkalarında kendi doktrininden başka bir şey uygulamayan veya buna uygun *fetvâ*lar veren müntesip bir hukukçu kitlesini kendine çektiğinde, onun ferdi bir ekolünün varlığından söz edebiliriz. Ebû Hanîfe, İbn Ebî Leyla, Ebû Yusuf, Şeybânî, Mâlik, Evzâî, Sevrî ve Şâfiî gibi önde gelen fakîhler için durum gerçekten de böyleydi. Tüm bunların sadık müntesipleri vardı, ancak aynı zamanda sadece kendi doktrinlerine bağlı olmayan çok daha fazla öğrencileri vardı.

Gerçekten de teknik bir terim olan *mezhep*, diğer muadilinde bulunmayan birkaç özelliğe sahip olan doktrinel ekol anlamına gelmekteydi. İlk olarak ferdi ekol, tam bir intisap söz konusu olduğunda, önde gelen tek bir hukukçunun temel hukuk doktrinini ve bazen de öğrencilerinden biri tarafından aktarılan doktrinini içeriyordu. Doktrinel ekol ise, artık ekolün "kurucusu" olduğu varsayılan önde gelen hukukçunun hukuki görüşlerinin en iyi ihtimalle muadilleri arasında birinci (*primi inter pares*) olduğu ve en azından yine ekol *içinde* lider olarak kabul edilen birçok hukukçunun görüş ve doktrinlerine eşit olduğu kümülatif bir füru' fıkıh doktrinine sahipti. Başka bir ifadeyle, doktrinel ekol kolektif, yetkili ve otoriter bir yapı iken, ferdi ekol tek bir hukukçunun bireysel doktrini ile sınırlı kalmıştır. Örneğin, Hanefî doktrin ekolünde üç doktrin kategorisi tanınmıştır. Bunlardan ilki olan *zâhirü'r-rivâye*, Ebû Hanîfe ve iki öğrencisi Ebû Yusuf ve Şeybânî'ye atfedilmiştir. Teorik olarak, bu doktrin en yüksek otoriteye sahipti, çünkü ekoldeki en nitelikli kişiler arasında sayılan fakîhler tarafından aktarılmış ve kesin bir şekilde oluşturulmuştu. *En-nevâdir* olarak bilinen ikinci kategori de bu üç üstada ait doktrinden oluşmaktaydı, ancak daha sonraki seçkin hukukçular

[87] Sübkî, *Tabakât*, II, 23.

bunu tasdik etmek zorunda değildi. Son olarak, *en-nevâzil* olarak adlandırılan üçüncü kategori, daha sonraki seçkin hukukçuların doktrinel yapılarını temsil ediyordu.[88] Ebû Hanîfe'nin kendine ait öğretisini takip edenler için temel oluşturan ferdi ekolünün aksine, Hanefîlerin daha sonraki doktrinel ekolü, Ebû Hanîfe'nin ferdi kuramının birçok doktrinden biri olduğu bileşik bir ekoldü.

İkinci özellik ise doktrinel ekolün somut, doktrinel olduğu kadar metodolojik bir yapıya sahip olmasıydı. Başka bir deyişle, belirli bir doktrinel ekolü diğerinden ayıran şey büyük ölçüde onun hukuk metodolojisi ve - mürekkep bir ekol olarak – hukuki konuları ele alırken benimsediği somut ilkelerdi. Bu düzeyde metodolojik farkındalık, ikinci/sekizinci yüzyılın ortalarından itibaren artmaya başlamış olsa da ferdi ekollerde henüz mevcut değildi.

Üçüncü özellik, doktrinel bir ekol somut sınırlarıyla, yani kolektif bir yapı olarak ekolün dış sınırlarını açıkça belirleyen belirli bir hukuki bütünlük ve metodolojik ilkelerle tanımlanırdı. Buna karşılık, ferdi ekollerin böyle iyi tanımlanmış sınırları yoktu ve diğer hukuki doktrinler ve ilkeler lehine bu sınırlardan ayrılmak yaygın bir uygulamaydı.

Üçüncüsünden kaynaklanan dördüncü özellik ise bağlılıktı; çünkü hukuk doktrininden ve metodolojik ilkelerden ayrılmak, okulu terk etmek anlamına geliyordu ki bu da bir hukukçunun hayatında (ve biyografisinde) önemli bir olaydı. Başka bir deyişle, doktrinel sadakat ferdi ekollerde neredeyse hiç mevcut değilken, daha sonraki doktrinel okullarda hem okulun kendisinin hem de üyelerinin kariyerlerinin belirleyici bir özelliği haline geldi.

O halde doktrinel okullar nasıl ortaya çıkmıştır? Doktrinel ekolün merkezi bir özelliği - ancak onu ferdi ekolden ayıran beşinci bir özellik - etrafında bütün bir hukuk metodolojisinin inşa edildiği bir otorite ekseninin yaratılmasıydı. Bu eksen, kurucu olarak anılmaya başlayan, ekolün kümülatif, kolektif ilkelerinin adına ileri sürüldüğü önde gelen hukukçu figürüydü. Kişisel ekollerin tüm liderleri arasında -ki sayıları çoktu- sadece dört tanesi doktrinel bir ekolün "kurucusu" seviyesine yükselmiştir: Kronolojik sıraya göre listelemek gerekirse, Ebû Hanîfe, Mâlik, Şâfiî ve İbn Hanbel. Diğer ekoller, belki de Zâhirî ekolü hariç, bu aşamaya geçememiş, bunun sonucunda da ferdi ekoller olarak nispeten kısa bir süre devam etmişlerdir.

[88] Bu doktrinler ile ilgili detaylı bir tartışma için bkz. Hallaq, *Authority*, 47-48, 181 vd..

Kurucu olarak adlandırılan ve ekole ismini veren kişi, böylece otorite inşasının ekseni haline geldi.[89] Bu otoritenin taşıyıcısı olarak imam sıfatını aldı ve muhtemelen okulun temel hukuk ilkelerinin ve hukuk doktrininin inşa edildiği metodolojisini oluşturması sebebiyle mutlak *müctehid* olarak nitelendirildi. Mutlak *müctehid*in hukuk bilgisinin her şeyi kapsadığı ve dolayısıyla tamamen yaratıcı olduğu varsayıldı. Okul onun adıyla anıldı ve bu okulun fikir babası olduğu iddia edildi. Onun bilgisi, hukuk teorisi (*fıkıh usûlü*) ile ilgili tüm disiplinlerdeki ustalığı kapsıyordu: Kur'ân tefsiri, *hadîs* ve tenkidi, hukuk dili, nesih teorisi, *fıkıh*, aritmetik ve çok önemli olan hukuki ihtilaf ilmi (*ihtilâf*).

Tüm bu disiplinler imam için gerekliydi çünkü ekolde, vahyedilmiş metinlerle doğrudan ilişki kurabilen tek kişi oydu ve muhtemelen okulun hukuk doktrininin temel yapısını buradan elde ediyordu. Dolayısıyla imamın doktrini, vahyedilmiş dilin hukuki potansiyelinin tamamen hukuksal tek tezahürünü oluşturuyordu. Başka bir deyişle, bu olmadan vahiy sadece vahiy olarak kalırdı ve hukuk olarak ifade edilemezdi. Ayrıca, onun doktrini yalnızca doğrudan vahyedilmiş metinlerden istidlal edildiği için değil, aynı zamanda ve eşit derecede önemli olarak, açıkça belirlenebilir hermenötik ve somut hukuk ilkeleri aracılığıyla metinlerden sistematik olarak derlendiği için özgünlük iddiasında bulunmuştur. Bu doktrinin sistematik karakteri, yalnızca kurucu imamın oluşturabileceği birleşik ve tutarlı bir metodolojinin ürünü olarak görülüyordu; ancak bu metodolojinin kendisi vahiyden ilham alıyor ve dikte ediliyordu. Tüm bu epistemik yetkinliği açıklamak için, imamın istisnai bir kişisel karakter ve erdeme sahip olduğu düşünülüyordu. Saf erdemin, dindarlığın, alçakgönüllülüğün, ılımlı zühdün ve en iyi etik değerlerin vücut bulmuş hali olan imam, epistemik ve ahlaki otoritenin nihai kaynaklarını temsil ediyordu.

Kurucu imamlar hakkındaki bu anlayış, en azından tarihsel olarak tamamen doğru kabul edilemez, çünkü son derece bilgili fakîhler olmalarına rağmen, kesinlikle Müslüman geleneğinde gösterildikleri kadar bireysel bir başarıya sahip değillerdi. Yine de onları mutlak *müctehid*ler olarak gören bu anlayış, önemli bir işleve hizmet eden otorite inşası süreci olarak adlandırabileceğimiz durumdan başka bir şey değildi ve tarihin yanlış aktarımı ya da tarihsel mit olarak görülüp reddedilemez. Her biri bir ekolün inşasından sorumlu kılınabilecek

[89] Geniş bir analiz için bkz. *a.g.e.*, 24-56.

kurucu imamları bu üstün mutlak *müçtehit* mertebesine yükseltmek için bir dizi şeyin gerçekleşmesi gerekiyordu. Bunlardan ikisi özel bir ilgiyi hak etmektedir. Birincisi, daha önce gördüğümüz üzere, etrafında ferdi bir ekolün geliştiği önde gelen hiçbir hukukçu kendi doktrinini bütünüyle inşa etmemiştir. Aslında, her doktrinin önemli bir kısmı hocalardan ve diğer üstatlardan aktarılmıştır. Bununla birlikte, doktrinel okulun kurucusu - her okulun söyleminde - kendi doktrinini doğrudan vahyedilmiş metinlerden ve ayrıca kendi metodolojisi ve ilkeleri vasıtasıyla oluşturmaktan tek başına sorumlu kılınmıştır. Bu süreç, imamların doktrinlerini, aslında çok şey borçlu oldukları seleflerinin doktrinlerinden ayırarak başarıldı.[90] İlk ve sonraki takipçileri, imamın kendi hocalarından benimsediği hukuki öğretinin büyük bir kısmının imamın kendisinden kaynaklandığını iddia etmiş, böylece selefleriyle olan bağını koparark onlara olan borcunu ortadan kaldırmışlardır.[91]

İkincisi, imamların haleflerinin fikhî başarılarını kendilerine mal ettikleri tamamlayıcı bir otorite inşası sürecidir. Ahmed İbn Hanbel bu tür bir otorite inşasının açık bir örneğini sunar. Ebû Hanîfe, Mâlik ve Şâfiî farklı derecelerde yüksek kalibreli fakîhler iken, kendi takipçilerinin çoğunun da kabul ettiği gibi İbn Hanbel'in onların derecesine ulaştığı söylenemez. Örneğin, ünlü Hanbelî hukukçu Tûfî (ö. 716/1316), İbn Hanbel'in "hukuk doktrini aktarmadığını, zira onun tüm kaygısının *hadîs* ve *hadîs*lerin toplanması olduğunu" açıkça kabul etmiştir.[92] Yine de, vefatından sonra bir yüzyıldan kısa bir süre içinde, İbn Hanbel ünlü bir hukuk okulunun kurucu imamı olarak ortaya çıktı. Tûfî'nin bu ifadesine rağmen, İbn Hanbel'in *hadîs*le meşguliyetinin bir parçası olarak bazı hukuki sorunları ele aldığını varsayabiliriz. Bu muhtemelen takipçilerinin üzerinde çalıştığı ve daha sonra genişletip detaylandırdıkları özdür.[93] Bu nedenle kendini zaten bir kelam ekolü olarak kabul ettirmiş olan fikhî Hanbelîliğin yalın başlangıcının, İbn Hanbel'in vefatından bir veya iki nesil sonrasına ait fakîhlerin faaliyetlerinde bulunacağını varsaymak mantıklıdır. Fıkhî Hanbelîliğin inşasında özel bir öneme sahip olan Ebû Bekir el-Hallâl (ö. 311/923) ve Ömer b. Hüseyin el-Hırakî (ö. 334/945), kapsamlı hukukî çabalarıyla İbn Hanbel'i metodolojik açıdan tutarlı bir hukuk doktrininin yaratıcısı haline getirmiş ve

[90] Bu sürecin daha detaylı bir incelemesi için bkz. *a.g.e.*.
[91] Mâlik, *Muvattâ'*, 748; krş. Sahnûn, *Müdevvene*, I, 563.
[92] Tûfî, *Şerh*, III, 626-27.
[93] Hurvitz, "*Mukhtasar* of al-Khiraqî", 4-16.

sonraki tüm doktrinel gelişmeleri desteklemişlerdir. Hanbelî mezhebinin gerçek kurucularının Hallâl, Hırakî ve onların takipçileri (*ashâb*) olduğunu söylemek, apaçık bir gerçeği ifade etmektir.[94]

Yine de Hallâl ve Hırakî, kendileri için ne anlama gelirse gelsin, hukuku Hanbelî bir tarzda geliştirmiş olmaktan öte bir şey iddia etmediler ve İbn Hanbel'e yaraşır bir şekilde bahşedilen ve onun adına bir okul inşa etmek için verimli bir şekilde kullandıkları prestije sahip olmadılar. Hallâl ve Hırakî'nin doktriner bir Hanbelî ekolünün gerçek kurucuları olarak uzun süre dikkatlerden kaçmış olmaları, daha önce değindiğimiz ikinci otorite inşası sürecini, yani tanınmış kurucuların doktrinlerinin sadece seleflerininkinden ayrıştırılmakla kalmayıp *aynı zamanda takipçilerinin fıkhî başarılarını da içerecek şekilde genişletildiğini* göstermektedir.

Hallâl'ın kuşağı ve onu takip eden iki nesil, daha sonraki standartlara göre *muharricûn* (tekili *muharric*) olarak bilinen, hukuksal yetkinlikleri birinci sınıf olan ancak yine de tanınmış bir kurucunun adı altında bir doktrinel okulun inşasına katkıda bulunan hukukçular yetiştirdi. *Muharric*in meşgul olduğu faaliyet *tahrîc* (lafzen; çözüm bulma) olarak bilinirdi ve bu faaliyetin ya kurucu imam tarafından ortaya konmuş belirli bir görüş esas alınarak ya da böyle bir görüşün yokluğunda vahyedilmiş metinler temelinde yapıldığı kabul edilirdi; bu durumda *muharric*, imamının ilke ve metodolojisine göre bir hukuk normu istidlal ederdi. O halde hem doğrudan hem de dolaylı *tahrîc*de, imamın inşa ettiği hukuk teorisine ve onun hukuka ilişkin genel ve özel ilkelerine uygunluk, teorik olarak temel bir özellik kabul edilmiştir.

Bununla birlikte, doktrinel ekollerin oluşumu sırasındaki bu hukuksal faaliyet yakından incelendiğinde, imamın hukuk doktrini ve metodolojisinin kesinlikle tek akıl yürütme kaynağı olmadığı ortaya çıkmaktadır. Örneğin erken dönem Şâfiî hukukçu İbnü'l-Kâss, *tahrîc*in hem imamın hukuki ilkelerinin ve külliyatının sınırları içinde hem de dışında uygulandığı onlarca, belki de yüzlerce mesele aktarır. Aslında kendisi açıkça Şâfiî olmasına rağmen, eserinin hem Şâfiî hem de Ebû Hanîfe'nin doktrinlerine dayandığını belirtir.[95] Örneğin Şâfiî ve Ebû Hanîfe, konuşma yetisini kaybetmiş bir kişinin işaret dilini bilmesi halinde şahitliğinin kabul edilip edilmeyeceği konusunda açık bir şekilde ihtilaf etmişlerdir. Hanbelî Hallâl'ın Şâfiî

[94] Hallaq, *Authority*, 40-43, 49; Hurvitz, "*Mukhtasar* of al-Khiraqi", 4-16.
[95] İbnü'l-Kâss, *Edeb*, I, 68.

muadili ve İbnü'l-Kâss'ın hocası olan İbn Süreyc bu iki doktrini esas alarak *tahrîc* yapmış ve sonuçta bu mesele ile ilgili iki çelişkili görüş kabul edilmiştir: Biri böyle bir şahitliğin geçerli olduğu, diğeri ise geçersiz olduğu yönündedir. İbnü'l-Kâss'ın rivayetinde önemli olan nokta, İbn Süreyc'in bu iki çözümü elde ederken yaptığı *tahrîc* faaliyetinin Şâfiî ekolünün hermenötik sınırları içerisinde değerlendirilmesidir. İbnü'l-Kâss, bu iki görüşe "Şâfiî'nin yoluna göre" ulaşıldığını söyler.[96] Ancak bazen İbn Süreyc'in *tahrîc*i Şâfiî'nin kendi görüşü haline gelmiştir. Hâkimin mahkeme salonunda davacı ve davalıya nasıl davranması gerektiğine ilişkin olarak İbnü'l-Kâss, "*Şâfiî'nin görüşü*, hâkimin iki taraftan birinin, diğeri hazır bulunmadan mahkeme önünde iddialarını dile getirmesine izin vermemesi gerektiği yönündedir. *İbn Süreyc bu görüşü tahrîc yoluyla elde etmiştir.*"[97]

Dolayısıyla *mezhep* sadece tanınmış kurucu imam olarak bilinen kişinin doktrini değil, aynı zamanda halefleri tarafından ortaya konan ve kimi zaman bu halefler tarafından iddia edilen, kimi zaman da onlar tarafından bizzat imama atfedilen kümülatif sağlam doktrin anlamına geliyordu. Bilgisinin her şeyi kapsadığı ve bu bilgiyi doğrudan vahiyle uğraşmak için kullandığı kabul edilen isim, böylece mutlak ve bağımsız *müctehid* haline gelir ve sonraki tüm *müctehid*ler ve fakîhler, katkıları ne kadar büyük olursa olsun, kurucu figürüyle sembolize edilen *mezhep* geleneğine sadakatle bağlı kalırlar. Dolayısıyla bir *mezhebi* doktrinel bir ekol olarak *mezhep* yapan şey, esas kaynağının mutlak *müctehid*-kurucu olduğu varsayılan güvenilir doktrinin bu özelliğidir; yoksa unvan sahibi bir kimsenin adı altında bir araya gelen fakîhler topluluğu değildir. Bir kurucu adına inşa edilmiş güvenilir, somut ve metodolojik bir doktrinin merkezi etkisi olmasaydı bu topluluk anlamsız olurdu.

Peki doktrinel okullar ilk etapta neden ortaya çıktı? Tamamen İslam topraklarına özgü olan *mezhep*lerin doğuşu tam anlamıyla iç ihtiyaçlardan kaynaklanmıştır. Okulların embriyonik oluşumu, Hicret'ten sonraki sekizinci on yılda (MS 690 civarı), dindar âlimlerin dini konuları tartıştığı ve ilgilenen öğrencilere ders verdiği ders halkaları şeklinde başlamıştır. Hukuk doktrininin bilgisi ve üretimi başka hiçbir yerde değil, bu çevrelerde başlamıştır. Dolayısıyla hukuki otorite, siyasi, sosyal ve hatta dini olmaktan ziyade epistemik hale gelmiştir. Dindarlık, ahlakilik ve takva destekleyici roller oynasalar

[96] *A.g.e.*, I, 306.
[97] *A.g.e.*, I, 214 (vurgu eklenmiştir).

da epistemik otoritenin İslam hukukunun belirleyici özelliği olduğundan şüphe edilmemelidir.[98] Hukukun ustaca bilinmesi, hukuki otoritenin nerede olduğuna karar vermede tek ölçüttü ve bu otorite siyasi yöneticilerde ya da başka bir kaynakta değil, alimlerdeydi. Bu durum, birinci/yedinci yüzyılın son üçte biri için olduğu kadar ikinci/sekizinci yüzyıl ve sonrası için de geçerliydi. Eğer bir halife hukuki hayata aktif olarak katılmışsa -Ömer b. Abdülaziz'in yaptığı gibi- bu, siyasi makamından ziyade hukuk konusundaki tanınmış kişisel bilgisi sayesinde olmuştur. Bu nedenle, İslam'da hukuki otorite kişisel ve özeldi; otorite ferdi hukukçuların (meslekten olmayanlar ya da bazen halifeler) şahsında bulunuyordu ve daha sonra *ictihad* olarak bilinecek olan bu epistemik yetkinlik İslam hukukunun temel taşı haline geldi.

Hukuki otorite ders halkalarında aktif olan ferdi hukukçularda bulunduğu için, devlette veya yöneticide bulunmuyordu ve bu durum *mezheb*in yükselişinde önemli bir faktördü. Diğer emperyal ve karmaşık medeniyetlerde hukuk -yasama sistemi olarak- genellikle "devlet" temelli iken, İslam'da yönetici güçlerin modernitenin zuhuruna kadar hukuki bilginin üretimi ve yayılmasıyla neredeyse hiçbir ilgisi yoktu. Bu nedenle İslam'da, ileride göreceğimiz üzere, özellikle egemen siyasi kurumlar son derece şüpheli kabul edildiğinden hukuku siyasi olmayan bir otorite sistemine bağlama ihtiyacı ortaya çıkmıştır. Hukuk bilginleri ve ilgili öğrencilerden oluşan gruplardan oluşan ders halkaları, hukuki otorite ekseni sağlayacak birleşik bir hukuk doktrini üretme yeteneğinden yoksundu. Kufe'den Medine'ye, Fustat'tan Horasan'a kadar her bölge kendine özgü, uygulamaya dayalı bir hukuk sistemine sahip olduğu halde, yine de her birinde çok sayıda ders halkası vardı ve her halka içindeki alimler çok çeşitli konular üzerinde ihtilafa düştüler.

Ferdi ekoller, hukuki otorite ekseni sağlamaya yönelik ilk adımı oluşturmuştur, zira tek ve birleşik bir doktrinin (yani etrafında ferdi bir ekolün oluştuğu önde gelen bir hukukçunun doktrininin) mahkemelerde ve *fetvâ*larda uygulanması ve öğretilmesi, bir ölçüde doktrinel birliğe imkan sağlamıştır.[99] Yine de, çok sayıda ferdi okul, ders halkalarının çokluğundan sadece biraz daha etkiliydi, bu nedenle hala bir otorite eksenine ihtiyaç vardı. Tüm büyük alimlerin

[98] İslam hukukunun tanımlayıcı özelliği olarak epistemik otorite hakkında bkz. Hallaq, *Authority*.

[99] Hukuk okullarının oluşumunda öğretimin ve öğrencilerin önemi hakkında bkz. Melchert, *Formation of the Sunni Schools of Law*.

etrafında oluşan ferdi ekoller doktrinel olarak farklıydı ve sayıları belki de iki düzineyi bulacak kadar çoktu. Ayrıca liderin doktrini (ki bu bir hukuki görüşler bütününden biraz daha fazlasıydı) her zaman bütüncül bir şekilde uygulanmıyordu; onu uygulayan hakim ya da hukukçunun takdirine ve hatta yeniden formüle etmesine tabi oluyordu. Doktrinel ve hukuksal bağlılık da hala gerekliydi.

İkinci/sekizinci yüzyıl hukukçular topluluğu sadece hukuku formüle etmekle kalmamış, aynı zamanda onu yönetici hanedan adına da uygulamıştır. Başka bir deyişle, bu topluluk hukuki açıdan büyük ölçüde bağımsızdı ve misyonunu uygun gördüğü şekilde yerine getirecek bir rotayı yönlendirme yetkisine sahipti. Yine de hukuksal (ve büyük ölçüde yargısal) bağımsızlığını korurken, bu topluluk hükümdarın kitlelerle bağlantı kurmasına hizmet etmiş ve meşruiyet arayışında ona yardımcı olmuştur. Hükümdar bu meşrulaştırıcı kurumdan yararlandığı sürece, hukuk camiası da mali destekten ve kolayca elde edilen bağımsızlıktan faydalanmıştır.[100] Tek bir hukuk doktrini etrafında toplanmak, muhtemelen ferdi bir ekolün sadık takipçiler kazanmasının ve böylece siyasi/finansal destek almasının tek yoluydu. Bu destek, yönetici seçkinler tarafından bahşedilen doğrudan mali lütuflarla sınırlı kalmamış, sadece yüksek maaş değil aynı zamanda siyasi ve sosyal nüfuz da sağlayan prestijli yargı atamalarına kadar uzanmıştır. Sadece bu hususlar bile - diğerlerinden bahsetmeye gerek yok - seçkin şahsiyetlerin etrafında bu şekilde toplanmanın önemini açıklayabilir. Bu şahsiyetlerin mutlak *müctehid*-imamlar olarak hukuki otoriteleri, ferdi ekollerini doktriner varlıklara yükseltmek için inşa edilmek zorundaydı. Diğer şeylerin yanı sıra, doktrinlerin geriye ve ileriye doğru imama atfedilmesini de içeren bu yapı, hukuku siyasi bünyenin otoritesine alternatif teşkil eden bir otorite kaynağına bağlamanın bir yoluydu; ya da daha doğru bir ifadeyle, Müslüman yöneticilerin dokunmadığı bir boşluğu doldurmaktaydı. Dolayısıyla, diğer kültürlerde yönetici hanedan kanunu ilan eder, uygular ve yasal otoritenin (ya da yasal gücün) odağını oluşturur; buna karşılık İslam'da hukuku üreten ve otorite eksenini sağlayan doktrinel *mezhep* olmuştur. Başka bir ifadeyle, hukuki otorite, yöneticide ya da tek bir hukukçunun doktrininde değil, ekolün kolektif, hukuksal doktrinel girişiminde bulunuyordu.

[100] Aşağıda 3. ve 5. Bölümlerde ayrıntılı olarak ele alınacağı üzere.

Hukuk Teorisi: Epistemoloji, Dil ve Hukuki Akıl Yürütme

Bir önceki bölümde, Şeriatın oluşumuna katkıda bulunan dört gelişmeden ikisini, yani yargı ve hukuk okullarını ele aldım. Bu kitabın II. bölümü, üçüncü gelişme olan *fıkh*a genel bir bakış sunacaktır. Şimdiki bölümde ise asıl amaç, Şeriatın dördüncü ve son bileşeni olan ve *fıkıh usûlü* olarak bilinen hukuk teorisinin taslağını çıkarmaktır.

Bir önceki bölümde, Sünni İslam'da akıl ve vahyin iç içe geçmiş rollerinin temel bir tanımını ortaya çıkaran Büyük Sentez'i de tartışmıştım. Hukuk teorisi, son aşamalarında dördüncü/onuncu yüzyılın ortalarında ortaya çıkan bu Sentez'in belki de en belirleyici tezahürüydü. Söylemeye gerek yok ki, bu tam da ilk *eksiksiz* hukuk teorisi sisteminin olgunlaşmasına tanıklık eden dönemdir. Ancak o dönemden günümüze ulaşan bölük pörçük kaynaklardan bu sistemi yeniden inşa etmek kolay değildir. Bu nedenle, bu teorinin bilgilendirici ve -daha sonraki dönem için- temsil edici bir açıklamasını sunmak için, esas olarak beşinci/on birinci yüzyıla ait üretken ve muhteşem bir şekilde detaylandırılmış kaynakları kullanıyorum, ancak ara sıra daha önceki ve sonraki çalışmalara atıfta bulunuyorum. Bu yüzyılın seçimi, teorisyenlerin gelecek yüzyıllardaki teorik gelişmelerin seyri açısından en etkili tezlerden bazılarını ürettikleri gerçeğini de teslim etmektedir. İmâmiyye Şiî fıkhı söz konusu olduğunda, dokuzuncu/on beşinci yüzyıldan sonra ortaya çıkan önemli teorik tartışmaların ana hatlarını sunacağım, çünkü bu tartışmalar sadece bu fıkhın karakterini tanımlamakla kalmamış, aynı zamanda İran'da ve dolayısıyla Müslüman dünyanın geri kalanında önemli hukuki ve siyasi değişikliklere neden olmuştur.

1. Hukuk Teorisinin İşlevi

Hukuk teorisinin konusuna ilişkin değerlendirmemize geçmeden önce, bu teorinin kullanımı ve işlevi üzerinde durmak yerinde olacaktır. 1960'lara kadar, kısmen bu alanın fevkalade zorluğu

nedeniyle *fıkıh usulü* üzerine çok az çalışma yapılmıştır. Buna karşın, 1970'lerden itibaren bu alana birçok önemli katkı sağlandı, ancak bu özel alanda çalışan akademisyenlerin sayısı ne yazık ki çok azaldı ve mevcut tüm göstergeler bu sayının giderek düştüğünü göstermektedir. Bu alanın 1980'ler ve 1990'lar boyunca genişlemesi, daha fazla büyümeye ya da daha istikrarlı bir süreklilik sağlamaya çok az şey katmıştır.

Her ne olursa olsun ve birçok mükemmel katkıya rağmen, - belki de gereksiz yere - büyük tartışmalara konu olmaya devam eden ciddi bir sorun var. Pek çok akademisyen hukuk teorisini tamamen teolojik bir söylem olarak görmüş ve onu bu türün bir uzantısıymış gibi incelemiştir. Bunu yaparken, aslında onu *fıkıh*la çok az, yargı pratiğinin gerçekleriyle çok daha az ilgisi olan bir söyleme indirgemişlerdir. (Buna rağmen bu yanlış değerlendirmenin tersinin olumlu bir sonuç olduğu, yani *fıkıh usulü*nün kendi içinde önemli olan entelektüel karmaşıklığına ve hassas kuramsallaştırmasına dikkatimizi çektiği hemen söylenmelidir).

Hukuk teorisinin soyut doğasının bu yaklaşımı beslemeye elverişli olduğuna şüphe yoktur ki kendisini sık sık içinde bulduğu teolojik ve dilbilimsel sorulardan bahsetmiyorum bile. Ancak bunlar tek başına bu durumdan sorumlu tutulamaz. Zira bu üst düzey entelektüel meşguliyetlere rağmen, modern akademisyenlerin yaklaşımının başka türlü olabileceği kolaylıkla tasavvur edilebilir. Bunun en büyük sorumlusu, İslam hukukunun, uygulamaya yönelik hukukunda (*fıkıh*) bile, sosyal ve siyasi gerçeklikten kopuk olduğu yönündeki yaygın ancak hatalı algıdır. Bu algı sömürgecilik sonrası geliştirilen eski bir akademik doktrindir.[1] *Fıkh*ın uygulamaya yönelik doktrini bu şekilde görülüyorsa, soyut hukuk teorisinin, hukuksal çıktıların onu üreten toplumdan yalıtılmış olarak kaldığı teorik bir varlığa indirgenmesine şaşmamak gerekir.

Sonraki birkaç bölüm bu algının tamamen hatalı olduğunu gösterecektir. Şimdilik ve ortaya koyacağımız argümanların yönlendirmesi göz önüne alındığında, şunu sormamız iyi olacaktır: Hukuk teorisi İslam hukuk sisteminde hangi şekillerde işlev görmüştür? Rolü deskriptif miydi yoksa kural koyucu muydu? Ve eğer bunlarda biri ise, hangi amaçlar içindi?

[1] Bu tür kavramların ortaya çıkmasına neden olan arka plan hakkında bkz. aşağıdaki 14. ve 15. kısımlar. Ayrıca bakınız Motzki, *Origins*, 295.

Öncelikle ilgili tarihsel veriler açıktır ve hiçbir anlaşmazlığa yol açacak şekilde değildir. Bu bağlamda en önemlisi, *fıkh*ın temsil ettiği hukuk doktrininin tarihsel olarak *fıkıh usulü* teorisinin kasıtlı, incelikli ve söylemsel olarak detaylandırılmasından önce gelmiş olmasıdır. Dolayısıyla bu teorinin çok daha sonra ortaya çıkması, ikinci/sekizinci yüzyılın sonu gibi erken bir tarihte tam teşekküllü bir form kazanan temel hukukun kural koyucu olmasını engellemektedir. Hukuk doktrini, çeşitli hukuki yaklaşımlardan doğmuş ve daha sonraki teori tarafından reddedilen akıl yürütme yöntemlerini içermiştir. Bununla birlikte, *fıkıh usulü* teorisinin ısrarla üzerinde durduğu sistematik ve katı metodoloji ışığında *fıkıh*ın çok az bir kısmı değiştirilmiş veya revize edilmiştir. Örneğin ikinci/sekizinci yüzyıl Hanefîlerinin fıkhi görüşleri, Şâfiî ve benzerleri tarafından doğası gereği keyfi olduğu söylenen *re'y*in akıl yürütme biçimlerine hukuk teorisinin getirdiği değişikliklere rağmen, yüzyıllar boyunca büyük ölçüde değişmeden kalmıştır. Bu değişikliklerin asıl etkileri, görüşlerin (veya sonuçların) kendilerinin değil, daha ziyade bu görüşleri destekleyen akıl yürütme çizgilerinin metinsel bir ortama yerleştirilmesiyle sınırlı kalmıştır. Ebû Şücâ es-Selcî'nin hukuki çabaları buna bir örnek teşkil etmektedir.[2] Gelenekçi hukuki yaklaşımla yapılan bu uzlaşma ne kadar önemli olursa olsun, ikinci/sekizinci yüzyılın *fıkhi* sonuçlarının devam ettiği ve böylece daha sonra ortaya çıkacak olan hukuk teorisinin bu hukuk üzerindeki etkilerini sınırladığı doğrudur. Bu nedenle, *fıkıh usulü*nün deskriptif bir teori olarak nitelendirilmesi kolay değildir.

Eğer hukuk teorisi ikinci/sekizinci yüzyılın temel hukukunu öngörmediyse ve (herhangi bir tarihyazımsal anlamda) betimlemediyse o zaman işlevi neydi? Bu ise daha büyük ölçekte, neden ilk etapta ortaya çıktı sorusunu gündeme getirir. Buna cevap vermeden önce, ilk soruda ima edilen önermeyi düzeltmek gerekir. Hukuk teorisinin en az ilgilendiği konunun hukuksal gerçekliğin tarihi olarak "nesnel" bir betimlemesini ifade etmek olduğu doğru olsa da, idealist bir tarih okuması, söylemsel pratiğin tarihsel gerçeklerini değil, hükümleri ifade etmeye çalışan bir okuma sunma kaygısından yoksun değildi. Yine de bu okuma, her ne kadar örnek alınmaya çalışılsa da, temelde bu söylemsel pratikle bağlantılıdır. Başka bir deyişle, bu durum hukukçuların entelektüel hayal gücünün bir ürünü değil, hukuku "yapmanın" en iyi yolunu somut kavramlarla ifade etme çabasının bir sonucuydu. Ve bu yol, teorisyenler bu gerçekliği benimserken ne kadar

[2] Hallaq, *Origins*, 126-27.

eklektik olurlarsa olsunlar, gerçekliğin sunabileceğinin en iyisiydi. Özetle ve hukuk doktrininin ilk iki yüzyılı söz konusu olduğunda, hukuk teorisi kural koyucu değil, *normatif* ve dolayısıyla *eklektik olarak* deskriptiftir.

*Fıkh*ın kendisi, kendi dünyalarını -ve yaşayan örfi pratikleri- çeşitli şekillerde ifade eden toplumlar için hukukun normatif inşasını temsil ediyordu. Aynı şekilde *fıkıh usulü* de *fıkıh* dünyasında ve onun sosyal ve hukuki dünya ile etkileşiminde kullanılan tercih edilebilir normatif yorum ve akıl yürütme yöntemlerini yakalamaya çalışmıştır. Dolayısıyla hukuk teorisi, ortaya çıkışıyla birlikte, hukukçuların hukuku belirli bir şekilde "yapma" niyetini ilan ediyordu ve bu niyetin ayrıntıları da teoriyi oluşturan unsurların toplamıydı. Bu nedenle hukuk teorisi, dördüncü/onuncu yüzyılın ortalarından itibaren normatif ve deskriptif işlevini sürdürürken aynı zamanda kural koyucu bir sistem rolünü de üstlenmiştir.

Bu dönemden itibaren, deskriptif işlev, hukuk pratiği, hukuk doktrini ve nihayetinde hukuk teorisinin kendisindeki gelişmeleri hem yansıtan hem de ifade eden teorik çalışmaların peş peşe üretilmesiyle yerine getirilmiştir. Başka bir deyişle, hukuk teorisyenleri, kendi gelenekleriyle sürekli ve yoğun yorumsal bir ilişki içinde olmaları sayesinde, kendi alanlarındaki birikim ve gelişmelerin envanterini çıkarmayı başarmışlardır. Ancak bu envanter, sadece envanter tutmak için değil, teorinin kendi iç diyalojik ihtiyaçlarının bir parçasıydı. Bu iç diyaloglarda sürekliliği sağlamak için eşzamanlı gelişmeler argümanın bir parçası olarak kaydedilmekteydi. Eğer geçmişin senkronik (süregelen diyelim) uygulaması X ise, o zaman X sadece meşru olmakla kalmayıp aynı zamanda gelecekteki amel için de bir model olarak kabul edilmelidir. Bu tipik argümantatif duruş, hukuk teorisinin betimleyici tarzlarından kural koyucu tarzlarına geçişi temsil eder. Başka bir deyişle, betimleyici olan, kural koyucu olanla bütünleşir ve sonunda kural koyucu olur. Bu betimleyici/kural koyucu rolün bir örneği, *müftî*nin değişen nitelikleri üzerine gelişen söylemdir; ilk teoriler *müftî*yi üstat-hukukçu (*müctehid*) ile ilişkilendirirken, daha sonraki formülasyonlar *müftî*nin ehliyetini *taklit* (yani *ictihad* yapma ehliyetine sahip olmayan hukukçu) seviyesine indirgemiştir. Tabi ki *müftî*nin niteliklerindeki bu düşüş tasviriydi, ancak *müftî*nin *müctehid*ler safından ayrılmasını normatif olarak kabul edilebilir hale getirmede rasyonelleştirici bir rol oynadı.[3]

[3] Bkz. Hallaq, "*Ifta'* and *Ijtihad* in Sunni Legal Theory," 33–43.

Bununla birlikte, kural koyucu işlev genellikle şimdiye kadar düşündüğümüzden çok daha karmaşıktı ve hukuksal açıdan geniş kapsamlı sonuçları vardı. Hukuk teorisinin şeklen beyan edilen amacı, ilk ikisi maddi kaynaklar olan Kur'ân ve Sünnet olmak üzere "dört kaynak" (*usûl*) temelinde kuralların formüle edilmesinde kullanılabilecek bir hukuk metodolojisi ve bir hermenötik sağlamaktır. Diğer ikisi ise hukuki görüş birliği (*icma*) ve *kıyas* olarak adlandırılan bir dizi istidlal aracıdır. Belirtilen bu amaç, sanki bu maddi kaynaklarla ilk kez karşılaşılıyormuş gibi yeni yorumsal kavramları gündeme getirmiştir. Hukukçu-*müctehid*in belirli bir meseleye ilişkin hükmü ilk defa ya da en azından *kendisi* açısından ilk kez bulmaya çalıştığı varsayılır. Hukuk teorisi anlatımında, fakîh müctehidi, önceden var olan heybetli bir fıkıh birikimini (he ne kadar bu hukukun bilinmesi bir gereklilik olarak görülse de) hermenötik açıdan dikkate alması gerektiği konusunda uyaracak çok az şey vardır.[4] Bu nedenle, ilk izlenime göre hukuk teorisi, bilgisinin her şeyi kapsadığı varsayılan ve hukuki ve yorumsal yetenekleri kendisine mevcut ham metinlerden bir hukuk doktrini sistemi inşa etmesine izin veren mutlak *müctehid* tarafından kullanılan veya kullanılması gereken bir metodoloji öngörüyor gibi görünmektedir. Ancak hukuk teorisi bu söylemi formüle etmeyi başardığında, "büyük *müctehid*ler" döneminin tamamen sona erdiğine dair kimsenin aklında bir şüphe yoktu. Bu dönemden sonra da yeni bir *fıkıh* sisteminin inşa edilmesine ihtiyaç duyulmamıştır. Yine de hukuki-yorumsal beklentilerin yüksek standardı, hukukun ve onun bilinen hukuk teorisinin büyük ölçüde yok edildiği on dokuzuncu yüzyılın başlarına kadar korunmuştur.

Hukuk teorisi, *fıkh*ın baştan sona nasıl inşa edilebileceğini göstermek amacıyla tasarlandığı için bu standardın tutarlı bir şekilde sürdürülmesi şaşılacak bir şey değildir. Başka bir ifadeyle, hukukçular, teorinin kendilerine, yeni ve benzeri görülmemiş konulardan, sosyal bir bağlama yerleştirmek için küçük veya çok küçük olmayan bir hermenötik değişiklik gerektiren önceden mevcut olan konulara varan her türlü olasılığı ele almak için gereken tüm yorumlayıcı araçları sağlamayı amaçladığını söyleyebilirdi. Ancak asıl tarihsel gerçeklikte, yeni tip meseleler oldukça nadirdi ve teorinin ana itici gücü aslında önceden var olan tipe hizmet etmeye yönelikti.

Dördüncü/onuncu yüzyıldan sonra, hukuk doktrini mükemmel bir tafsilata ve ileri seviyeye ulaşmıştı ve tamamen emsalsiz bir

[4] *A.g.e.*, 35; Şevkânî, *İrşâd*, 252.

mesele bulmak oldukça zordu. Yine de hukukçular bu dönemden sonra hukuk teorisine daha önce olduğundan daha az ihtiyaç duymadılar. Nasıl ki erken dönem hukukunu inşa etmek için onun pek çok unsurundan yararlanıldıysa, daha sonraki dönemlerde de zaman içinde kendi ürettiği pek çok hukuki görüş arasında hüküm vermek için kendisine müracaat edilmiştir. İslam hukukunun oldukça bireysel olduğu ve "hukukçular hukuku"nun ileri bir versiyonun ortaya çıkmasına yol açtığı iyi bilinmektedir. Her mesele, her biri farklı bir hukukçu tarafından savunulan ve her biri, aralarında birkaç derece bulunan cevaz hükmünden yasağa kadar uzanan bir yelpazede yer alan iki, üç hatta bir düzine görüşe yol açabilir. Bu şaşırtıcı çoğulluk İslam hukuk doktrininin temel bir özelliği olsa da *usûl* sistemi, bu çoklukla etkili bir şekilde başa çıkabilecek hukuksal mekanizmalar ve stratejiler geliştirmeyi başarmıştır. Tek bir konu hakkındaki farklı görüşler, hangisinin epistemolojik açıdan en sağlam ya da en ağır bastığını belirlemek amacıyla karşı karşıya getirilecekti. Bu da epistemolojinin kendisi için işlemediği, ancak olağan ve diğer olası durumları rasyonelleştirmenin hem mekanizması hem de ölçütü olarak işlev gördüğü anlayışıyla yapılacaktı. Sistematik karşılaştırma yoluyla görüşleri birbiriyle karşı karşıya getirmek, *tercih* olarak bilinen ve çelişkili veya tutarsız kanıtları tartmak anlamına gelen bir süreçti.[5] Dolayısıyla söz konusu olan, belirli bir meseleye ilişkin bir görüşü destekleyen ve gerekçelendiren metinsel hammaddelerden ve hukuki akıl yürütme hatlarından oluşan deliller bütünüdür. Bu delillerin kapsamı, Kur'ân, Sünnet ve icmaya dayanan materyalden çeşitli dilsel çıkarımlara ve hukuki akıl yürütme yöntemlerine uzanan geniş bir yelpazeye sahipti. Hukuk teorisi, bu faaliyetlerin tümünü hesaba katmış, hangi tür kanıtların üstün, hangilerinin daha düşük olduğuna ilişkin ilke ve esasları ortaya koymuştur. Örneğin hukuk teorisi, tek anlamlı lafzın ne manaya geldiğini tanımlar ve bu metin kategorisinin, yine tanımladığı diğer metinsel kaynaklardan daha üstün olduğunu ilan eder. Aynı şekilde teori, hukuki akıl yürütmenin nasıl yapılacağını ve hukukçunun ne tür metinsel delillere dayanarak tartışması gerektiğini veya tartışabileceğini detaylandırır.[6]

Şimdi, bir görüşü diğerine üstün kılma işlemi, *tashîh*[7] olarak ifade edilen hukuksal faaliyetle özdeşleşmiştir. *Tashîh* kelime anlamı olarak "bir şeyi doğru kılmak" manasına gelir, ancak teknik olarak

[5] Weiss, *Search*, 729–38; Hallaq, *Authority*, 126–32.

[6] Râzî, *Mahsûl*, II, 434–88.

[7] *Tashîh* ve *tercîh* arasındaki ilişki hakkında bkz. Hallaq, *Authority*, 133–35.

bir görüşün tüm rakip görüşler arasında mezhepteki en yetkili görüş olarak belirlendiği hermenötik bir sürece atıfta bulunmak için kullanılır. "Yetkilendirilen" meselenin niteliğine bağlı olarak, *tashîh* faaliyeti hukuk teorisinin herhangi bir yönüne dayanabilir.[8] Burada belirtilmesi gereken şey, bu faaliyetin Şeriat tarihi açısından hukuk ekollerinin gelişimi kadar önemli olduğudur. Zira bu ekollerin (mezheplerin) hükümdarın yasama işlevlerini (ve dolayısıyla hukuki gücünü) devralmada oynadıkları rolü takdir ediyorsak, o zaman görüşlerin çokluğunu, herhangi bir hukuk meselesinde bir ekolün tek yaklaşımını temsil eden tek bir hukuksal sese indirgemenin önemini de takdir etmeliyiz. Mezhepler görüş farklılığıyla (*ihtilâf*) başa çıkmak için bu "stratejiyi" geliştirememiş olsalardı, etkinlikleri tamamen olmasa da büyük ölçüde azalırdı. Bu mezheplerin ve *tashîh* stratejisinin başarısı da büyük ölçüde hukuk teorisinin araçlarına bağlıydı. *Tashîh* stratejisinin kural koyucu işlevleri, gerekli hermenötik, hukuksal ve hatta siyasi değerlerdi. Hukuk teorisinin hermenötik ve hukuksal işlevlere sahip olduğu artık yeni bir görüş değildir,[9] ancak *fıkh*ın pratik hükümleriyle olan yakın bağlantılarının daha fazla takdir edilmesi için çok fazla alan bulunmaktadır.[10] Siyasi işlevlere dahil olduğu da açıktır, ancak bu dolaylı ama gerçek katılım, konuyla ilgili mevcut akademik düşüncenin çok uzağında kalmaktadır. Yukarıdaki analizimizin ortaya koyduğu üzere, hukuk teorisinin, mezheplerin egemenin mevcut olmayan yasal gücünün yerine geçmesini sağlayan araçları sağladığına dair hiçbir şüphe kalmamalıdır.

2. Teolojik ve Epistemolojik Temeller

Herhangi bir hukuki söylem ile bu söylemin tasarlandığı ve işlev görmesinin amaçlandığı alan arasında diyalektik bir ilişki olduğu bu kitabın temel önermelerinden biridir. Diyalektiğin kendisi hem kaynaktan hem de alandan farklı, ayrı bir söylem türü olarak görülmelidir. Aynı zamanda, bu karışımın etkisini ya da ikisinin bir araya gelmesinin veya karşı karşıya gelmesinin sonucunu oluşturması bakımından da farklıdır. Bu soyut ve teorik ilkelerin, İslam hukuk kültürüne baştan sona uygulanacağını göreceğiz; bu, zorunlu olarak artzamanlı değil, daha ziyade ve her şeyden önce kavramsal

[8] Çok farklı örnekler için bkz. *a.g.e.*, 139-46.

[9] Hallaq, *History*, birçok yerde; Hallaq, *Authority*, birçok yerde.

[10] Örneğin bkz. Weiss'in *Search* eseri ile ilgili yazdığım değerlendirme ve Weiss, *Studies* içindeki "Alta Discussion" 399 ve devamı. Ahmad, *Structural Interrelations of Theory and Practice* eseri son dönem çalışmalarında belirgin bir ilerleme kaydetmiştir.

ve gerçek olan sınırları çizilmiş bir alandır. Başka bir deyişle hem yapısal hem de kavramsal olarak, İslam hukuk kültürü bir söylem katmanından diğerine, araya kendisini enjekte eden bir diyalektik aracılığıyla geçmiştir; bu diyalektik, kendisi bulunmadığı zaman ikinci katmana geçişi engelleyen bir diyalektiktir. İlerleyen sayfalarda hukuk doktrinini, uygulamasını ve yazılı hukuk dünyası ile sosyal hayat arasındaki karşılaşmanın bir sonucu olarak ortaya çıkan hukuk söylemini tartışırken bu ilkelerin işlediğini göreceğiz. Bunlar, kavramsal olarak hukukun sosyo-politik alemde kendine açabileceği en geniş alanı sağlayan hukuk teorisi tartışmamızın olduğu kısımda da belirgin hale gelecektir. Netice, etkileşimin her aşamasında diyalektik bir tesir yaratarak, diğer kümelerle etkileşime girebilen ve onlar üzerinde hareket edebilen "bütünlüklü" bir söylemler kümesini oluşturan ve sağlayan çok katmanlı bir teoridir. Bunun İslam hukuk kültürünün diğer yönlerinde de geçerli olduğunu göreceğiz, ancak bir noktayı açıklığa kavuşturmak için hukuk teorisinin, ekollerin genellikle hükümdarların oynadığı yasal/yasama rolünü üstlenmesini sağlamadaki hukuksal-yorumsal rolüne işaret etmeliyiz. İlk olarak hukuk teorisinin yorumlayıcı kuralları ile hukuk doktrininin rekabet halindeki görüşleri arasındaki, ikinci olarak da bu ikisi ile toplumsal gerçekliğin yargıya yönelik talepleri arasındaki etkileşim noktaları, diyalektik bir ilişki üreten (ileride göreceğimiz gibi, oldukça özelleşmiş ve yerelleşmiş olan) bir birleşme noktasını temsil etmektedirler. Başka bir ifadeyle, hukuk teorisi, hukuk doktrini ve sosyal alanın (sonuncusu toplumdaki ekonomik ve diğer alanları içerecek şekilde tanımlanmıştır) her biri kendi başına işleyen, ancak birbirlerini neredeyse sonsuz sayıda etkileyen üç uygulama alanıydı.

İslam hukukunda ilk söylem katmanı olarak kabul edilebilecek olan şey, hukuku ilahi yaratılış ağına bağlayan söylemdir ve bu, hiç şüphesiz İslam hukukuyla ilgili en önemli anlatıdır. Nihayetinde hukuk,[11] kelimenin tam anlamıyla her şeyin sahibi olan - sonuçta her şey O'nun tarafından yaratılmıştır - Alemin Efendisi, *Rabbü'l Alemin*'e teslimiyetin sistemik bir işaretiydi.[12] Dolayısıyla teknik olarak hukuk, yalnızca Allah'ın varlığını, birliğini ve sıfatlarını değil, aynı zamanda peygamberliğin, vahyin ve dinin tüm temellerinin "ispatını" da ortaya koyan ana kelam bilimine tabi ve bağımlı hale gelir. Kelam biliminin alanına giren bu teolojik sonuçları kabul

[11] Bu bağlamda, Şeriat'a atıfta bulunduğum diğer tüm bağlamlarda olduğu gibi, "hukuk" kavramını kullanmam, yukarıda Giriş, Bölüm 1'de yaptığım nitelendirmelere dayanmaktadır.

[12] Bu ve ilgili teolojik temaların geniş bir tartışması için bkz. Weiss, *Spirit*, 24-37.

eden hukuk, hükümleri bunların üzerine inşa etmeye devam eder. Kur'ân'ın Allah'ın Sözü olduğu kelam tarafından kabul edilirken, Hz. Muhammed'in Peygamberliğinin açık delilleri sayesinde Nebevi Sünnet dini bir esas olarak inşa edilmiştir. Bu nedenle bu iki kaynağın teolojik ve dolayısıyla kesinlikle rasyonel argümanlar yoluyla kanıtlanabilir şekilde doğru olduğu gösterilmiştir ki bu süreç hukuk teorisinin doğrudan ilgilenmediği bir şeydir. Bu şekilde inşa edilen bu iki temel kaynak, prensipte tüm hukuki konularda nihai otoriteyi teşkil ediyordu.

Öte yandan, icma tamamen hukuksal bir araçtı ve hukuki bir kaynak olarak, hukukun içinden, kesin bir cevaz gerektiriyordu. Kur'ân ve Sünnet mantıksal olarak tek kanıtlayıcı, kesin kaynaklar olduğundan, icmanın otoritesi ile ilgili argümanlar bu iki damardan çıkarılmıştır. Görünen o ki, icmayı Kur'ân hükümleriyle desteklemeye yönelik birkaç ilk girişimden sonra, hukukçular Kur'ân'ın bu işi yerine getirmek için gerekli argümanlara sahip olmadığını fark ettiler. İslam toplumunun bir bütün olarak asla hata yapamayacağı önermesini desteklemek için Nebevi *hadîs*lere başvurulması, muhtemelen üçüncü/dokuzuncu yüzyılın sonlarından önce olmamıştır. Ancak o zaman *icma*, onu kesin bir hukuk kaynağı olarak nitelendirecek metinsel desteği buldu,[13] fakat bu kesinlik delilini talep eden epistemolojik teorinin kendisinin de çok geçmeden bir olgunluk derecesine ulaştığını eklemek gerekir.

Buna benzer bir durum, hukukun dördüncü formel kaynağı olan *kıyas* için de geçerliydi. Kur'ân'da buna dair biraz daha tatmin edici deliller bulunsa da, fakîhlerin bu kaynak için yetkin ve kanıtlayıcı bir temel oluşturmasına imkan sağlayan yine Sünnet ve Nebevi otoritenin bir uzantısı olan sahabe uygulamaları olmuştur.

Eğer insan Allah'ın yarattıklarının en üstünü ise, o zaman entelektüel kabiliyeti de en yüksek derecede gelişmişlikle tefrik edilir. Allah'ın ebedi ve tarif edilemez bilgisinin aksine, insan bilgisi hem tanımlanabilir hem de ölçülebilirdir, başka bir deyişle sınıflandırılabilir, bölünebilir ve değerlendirilebilir. İnsan bilgisi, hukukun tüm teorik ve *fıkhî* söyleminin üzerine asıldığı iki epistemolojik askı olan zorunlu ve müktesep bilgi olarak sınıflandırılabilir. Bu, fakîhlerin ve Müslüman toplumun ister kaliteli fıkıh kitaplarında ister mahkemelerde ister ailede veya pazarda olsun, günlük olarak karşılaşılan

[13] Bu konudaki hukuki gelişmelerin ayrıntılı bir tartışması için bkz. Hallaq, "On the Authoritativeness of Sunni Consensus," 427-54.

hukuki meseleleri anlamlandırmalarını sağlayan başlıca entelektüel araçtı.

Zorunlu bilgi, zihne vaz edilen ve hiçbir şekilde reddedilemeyen veya şüpheye konu olmayan bilgidir. Ya *a priori* olduğundan ya da duyular yoluyla oluştuğundan, doğası gereği çıkarım yoluyla elde edilemez. Birinin var olduğu bilgisi ve belirli bir şeyin aynı anda iki farklı yerde bulunamayacağı ilkesi, düşünmeye veya çıkarıma ihtiyaç duymayan zorunlu idrak biçimleridir. Bazı hukukçular bu bilgiyi doğuştan gelen bir bilgi olarak nitelendirirken, diğerleri bu bilginin başlangıçta (*ab initio*) zihinde var olduğunu varsayarak akli bilgi olarak adlandırmıştır. Sıcak çay içerken dilimi yakmam örneğinde olduğu gibi duyusal bilgi de aynı şekilde zorunlu bilgiyi doğurur. Tat alma tomurcuklarımı haşladığımı bilmek için, bu bilgiyi zihnimden ayırabildiğimden daha fazla çıkarımda bulunmaya ihtiyacım yok. Yanma hissi zihnimde hakimken bile bunu hemen hissederim. Buna karşılık, müktesep bilgi doğası gereği çıkarım ve akıl yürütme yoluyla elde edilir ve bu nedenle yanlışlanabilir. Dolayısıyla müktesep bilgi olasılıktan öte bir şey ifade etmezken zorunlu bilgi kesinlikten başka bir sonuç doğurmaz.

Olasılığın/kesinliğin epistemik dikotomisi İslami teorik söylemin kalbini işgal etmiş ve bin yılı aşkın bir süre boyunca hem Sünni hem de Şiî fakîhlerin entelektüel dünyasını şekillendirmiştir. Kesinliğin altında yer alan ve güçlü olasılıktan zayıf olasılığa kadar değişen çeşitli bilgi dereceleri birbirinden ayırt edilmiştir. Olasılığın altında ise şüphe (*şek*) ve cehalet (*cehl*) dereceleri bulunmaktadır ve cehalet çok fazla olduğunda, *cehl-i mürekkeb* olarak tanımlanır.

Sağlam bilginin elde edilebilmesi için kavramların birbirlerine dayandırılması ve bunların da, totolojik olarak konuşmak gerekirse, kavramların anlamını ve bilinebilir şeylerin gerçekliğini belirlemek için sınırlandırılması elzem olan bir tanıma dayandırılması gerekir. Dolayısıyla "tanım", bir kavrama ait olan nitelikleri içeren ve aynı zamanda bu kavrama ait olmayanları dışarıda bırakan bir ifade olarak tanımlanır (*haddü'l-hadd*). Tanım, tanımlanan (*definiendum*) ile tard (*coextensive*) ve aks (*coexclusive*) ilişkisi içinde olmalıdır; yani, tanımlanan (*definiendum*) ne zaman ve nerede varsa tanım da orada olmalıdır; benzer şekilde, tanımlayıcı ne zaman ve nerede yoksa tanım da orada olmamalıdır. Başka bir deyişle, tanımlanan şeye ait olan niteliklerin o şeyde mevcut olması, buna karşılık o şeyin zorunlu parçaları olmayanların ise dışarıda bırakılması her durumda doğru olmalıdır.

Beşinci/onbirinci yüzyıl boyunca, Yunan mantığının unsurları tanım teorisine dahil edilerek, tümeller teorisi, Porphyrios'un beş tümeli, kıyas ve bir dizi başka konuya bağlanmıştır. Bu teoriye göre tanım, Gazâlî'nin kabul ettiği ancak İbn Teymiyye'nin keyfi ve sübjektif olduğu gerekçesiyle reddettiği cins ve fasıl yoluyla elde edilebilir.[14] Hukuk teorisindeki Yunan mantık unsurlarına ilişkin bu ayırım, modernitenin şafağına kadar İslam hukuk geleneğini karakterize edecekti. Ancak, Yunan mantık kategorilerini tanım ve diğer bazı konulardaki söylemlerine dahil edenler söz konusu olduğunda dahi, geliştirdikleri hukuk teorilerinin büyük ölçüde epistemik kesinlik ve olasılık dikotomisiyle meşgul olmaya devam ettiğini vurgulamak gerekir. Bu ikilik ve Aristotelesçi olmayan geleneksel tanım, hükümlerin *fıkh*i inşası üzerinde etkili olmuştur.

Her ne olursa olsun, kesinlik, en azından hukuk kaynakları (bireysel *fıkh*i görüşlerden ziyade) söz konusu olduğunda, hukuksal bir gereklilikti. Bu konuda hem Sünni hem de Şiî fakîhler hemfikirdir. Örneğin, bir kişinin gerçek bir Müslüman olabilmesi için Allah'a dair bilgisinin kesin olması gerekir; başka bir deyişle, Allah'ın var olup olmadığından veya dünyayı yaratıp yaratmadığından ya da Hz. Muhammed'i Peygamber olarak gönderip göndermediğinden emin olmayan bir kimse inananlar topluluğuna üye olduğunu iddia edemez. Kur'ân'ın Allah Kelamı ya da Hz. Muhammed'in sünnetinin bir peygamberin sünneti olduğu konusunda şüpheleri olan biri de böyle bir üyelik iddiasında bulunamaz. Aynı şekilde, genel kesinliği herhangi bir şart olmaksızın kabul edilmesi gereken icma veya *kıyas* konusunda da şüpheye yer yoktur (İmâmiyye Şiî bakış açısı için aşağıya bakınız). Bu kaynaklardan herhangi biri hakkında ortaya atılan şüpheler, ümmetin temeli olan hukukun tüm yapısının belirsiz olduğu anlamına gelecektir; bu nedenle böyle bir şüphe, Allah ile yarattıkları arasında bir kopukluk olduğu ve yarattıklarının onun yerine talip olan bir topluluk oluşturduğu olasılığını doğuracaktır.

Bununla birlikte, kaynakların kendileri kaynak olarak kesin bir şekilde bilinmek zorunda olsalar da, bunlardan çıkarılan belirli hukuki sonuçların veya görüşlerin ihtimalden daha fazla, yani doğru olmama ihtimalinden daha fazla olması gerekmiyordu. Dolayısıyla dört kaynağın dışında olasılık hakimdir. Topluma uygulanan bir kurallar bütünü olarak *fıkıh* çoğunlukla bir olasılık talimiydi, çünkü bir fakîh herhangi bir özel durumda hukukun ne olabileceğini sadece

[14] Bkz. Hallaq, *Ibn Taymiyya*, 4-6n.

tahmin edebilirdi. Çünkü Allah bir hukuk vahyetmemiştir, sadece hukukçuların işaretler (ya da göstergeler: *deliller*) olarak nitelendirdiği şeyleri içeren metinler vahyetmiştir. Bu göstergeler hukukçuya yol gösterir ve eldeki belirli bir mesele için belirli bir kural olduğunu düşündüğü şeyi çıkarmasına izin verir. Ve her nitelikli hukukçu (*müctehid*) Allah'ın kanununu araştırırken kendi yorum araçlarını kullandığından, vardığı sonuçlar bir başkasınınkinden farklı olabilir. Bu nedenle bir hukukçunun istidlali bir başkasınınki kadar makbuldür, dolayısıyla temel kâide: "Tüm nitelikli hukukçular (*müctehid*ler) musibdir." Bütün hukukçuların bir kurala ya da görüşe ulaşmak için hukuki çabalarını (*ictihad*) sarf ederken "doğru olanı yaptıkları" varsayılır. Bu bireysel *ictihad* - yani bir *müctehid*in *ictihad*ı - İslam hukukunda *hilâf* veya *ihtilâf* olarak bilinen görüş çoğulculuğunu ifade eder. Her bir davada iki, üç, bazen sekiz veya daha fazla görüş (*akvâl*) ortaya çıkabilir ve bunların hepsi eşit derecede geçerli "görüşler" olarak kalır. Ancak bunlardan biri - uygulama ve pratik açısından - zayıf veya daha az sağlam kabul edilen diğerlerinden daha üstün görülmeli ve bu nedenle bir hukukçu veya ekolü tarafından mahkemelerde uygulanacak ve *fetvâ*larda verilecek yetkili görüş olarak seçilmelidir. Öte yandan, "zayıf" olarak adlandırılan görüşler, başka hukukçular veya ekoller için en yüksek otoriteye sahip oldukları kabul edilse de doğrulanmaya veya revizyona tabidir. Dolayısıyla zayıflık veya sağlamlık göreceli bir konudur; daha az sağlam olan görüş, "daha güçlü" olan başka bir görüşe nispetle öyle kabul edilir. Ancak teoride ve mantıkta, hukukçular topluluğunun hangisinin doğru olduğunu bilip bilmediğine bakılmaksızın, belirli bir sorunun yalnızca tek bir doğru çözümü olabilir. Açıktır ki, *icma*nın kapsamı dışında kalan tüm durumlarda, mesele doğası gereği öznel olduğu için hukukçular doğru çözümün hangisi olduğuna karar veremezler. Dolayısıyla diğer temel kâide şudur: "*Müctehid* isabet ederse iki ecir alır [hem çabası hem de doğruyu bulduğu için], *müctehid* hata ederse sadece bir ecir alır [çabası sebebiyle]."

Özetlemek gerekirse, hukuk teorisinin teolojik-epistemolojik öncülleri, doğası gereği tamamen dini olan bir hukuk projesine zemin hazırlar: bu tümüyle, insanoğlu ile Rabbi arasında sürekli bir bağın zımnen var oldu anlamına gelen ve Kur'ân'ın ve Peygamberliğin (Hz. Muhammed ile sona eren) yol gösterici ruhu tarafından sürdürülen ve beslenen bir bağdır. Bu, Tanrı'nın insanı yarattığı ve ona her şeyi bilen kesin bir rasyonalite ile yaşamasına izin veren bir eğilim bahşettiği Hobbsçu bir anlayış değildir. Tanrıların dünyayı entelektüel bir plana göre yarattığı ve onu sonsuza dek işleyen düzenleyici kurallarla

yönetmeye bıraktığı bir Yunan anlayışı da değildir. Aksine, Allah her zaman hazır ve nazırdır ve insan yaşamının ayrıntılarının son derece bilincindedir.[15] Helenleşmiş filozofların "Tanrı'nın tikelleri bilmediği" şeklindeki iddiası, Müslüman hukukçular ve düşünürler için sadece imkansız değil, aynı zamanda mürekkeb bir cehalet biçimiydi, çünkü böyle bir senaryo insanı, ahlaki ya da başka türlü hiçbir hukukun ya da caydırıcılığın olmadığı bir şekilde kendi haline bırakır. Bu Yunan formülü, bilge filozof-kralın şu anda hüküm sürdüğü yaygın kabulüne rağmen, bu dünyada anarşi ve ahirette ebedi ceza için başarılı bir reçete olarak görülüyordu. Öte yandan, Hobbsçu formül Müslüman hukuk düşüncesinde daha da kötü olurdu, çünkü bu senaryo insanın rasyonel yetisi dışında herhangi bir epistemik otorite kaynağından yoksundur. Buradaki temel nokta, ne kadar bilge, rasyonel ya da "felsefi yeteneğe sahip" olursa olsun, hiç kimsenin hemcinslerinin yaşamlarına hükmedemeyeceği ya da onlara iyi bir yaşamın şartlarını dikte edemeyeceğidir. Bu hükmetme yetkisi sadece ve sadece Allah'a aittir. Önemli olan tek kural O'nunkidir, insanlarınki değil.

Yine de bunların hiçbiri, insanın Allah'ın yarattıklarının en yücesi olduğu ve bu nedenle diğer yaratılmış varlıklarla kıyaslanamayacak kadar muhteşem bir akılla donatıldığı şeklindeki temel inançla çelişmez. Zira Müslüman düşüncenin insan aklının üstün olduğunu usulen kabul etmesi yalnızca göreceli bir niteliktir. İnsan bilendir ama açıkçası her şeyi bilen değildir, başarma yeteneğine sahiptir ama her şeye gücü yetmez. Nispeten, insanın bilgisi ve rasyonelliği yetersizdir ve evrenin sırlarını çözemez. Dolayısıyla, eğer Varoluşun Büyük Planı bir gizem ise, o zaman yaşam biçimlerimizi iyi ya da kötü, sağlam ya da çürük, yıkıcı ya da sağlıklı kılan nedir? Tüm bunları bilmek daha yüksek bir sesi dinlemektir, ancak dinlemek ve anlamak yorumlamaktır ve yorumlamak da Allah ve onun Kelamı ile yakın ilişki kurmaktır. İslam'da hukuk bilgisi, insan aklı ile ilahi kelam arasında mutlu bir sentez olarak görülen şeydir.

3. Hukuk Normları

Eğer ilahi rehberliğe ihtiyaç duyuluyorsa, bu insan hayatını iyi bir düzene sokmak içindir. Amaç, modern hukukun ve onu emreden modern devletin en belirgin iki vazifesi olan kontrol etmek veya

[15] Kur'ân bu yönde iddialarla doludur. Diğerlerinin yanı sıra bkz. Tevbe: 15, Hûd: 5, Ankebût: 62, Fâtır: 38 ve Hadîd: 3.

disipline etmek değildir. Tam aksine, Müslüman düşüncesinde asıl maksat barış içinde yaşamaktır: Önce kendisiyle; ikincisi, toplumla ve toplum içinde; üçüncüsü ise dünyayla ve dünya içinde. Kim ya da nerede olursa olsun doğru olanı yapmaktır esas olan. Devlet izin verir ve yasaklar; yasakladığı şeyin ihlalini de ağır bir şekilde cezalandırır. Bireylerin kendi etki ve ilgi alanları dışında ne yaptıklarıyla zerre kadar ilgilenmez. Buna karşılık İslam hukuku, insan fiillerine yönelik her şeyi kapsayan bir ilgiye sahiptir. Bunları ahlaki olandan hukuki olana kadar çeşitli kategorilerde, ancak bu tür ayrımlar yapmadan düzenler. Aslında hukukun ana dili olan Arapçada ahlaki/hukuki kavram karşıtlığını karşılayan hiçbir kelime yoktur. Böylece, beş hüküm altında toplanan fiiller *şer'î* olarak kabul edilir (yani, Şeriatın düzenlemesine tabidir *ve bu nedenle hukuk olarak ifade edilir*). Buna göre, insanın her fiili bu hükümlerden birinin altına girmelidir. Yasak (*haram*) kategorisi, yasak olarak kabul edilen bir fiilin işlenmesi halinde cezayı gerektirirken, farz (*vacip*) kategorisi, yerine getirilmesi hukuki olarak gerekli olan bir fiilin ihmal edilmesi halinde cezayı gerektirir. Sözleşmeyi ihlal etmek ya da *zina* yapmak,[16] Mekke'de ağaç kesmek veya avlanmak *haram* kategorisine giren suçlardan sadece bazılarıyken, namaz kılmak ve para borçlarını ödemek *vacip* kategorisine giren örneklerdir. Her iki kategori de kendisine uyulmaması halinde cezalandırılmayı gerektirirken, cezalandırılabilir/cezalandırılamaz karşıtlığı bireyi herhangi bir eylem veya seçim özgürlüğünden mahrum bırakmaktadır. Bu iki kategoride yer alan bariz cezalandırıcı bakış açısı, neredeyse bir asırdır birçok akademisyeni, Şeriatın yalnızca bu iki kategoriye ait kurallar söz konusu olduğunda "hukuk" olarak nitelendirildiği ve hareket ettiği fikrine sevk etmiştir (tabi burada "hukuk" esasen *pozitif* bir kurallar sistemi olarak hüküm süren şey olarak varsayılmaktadır). Bu akademisyenlere göre, geriye kalan üç kategori - tavsiye edilen (*mendup*), nötr (*mubah*) ve onaylanmayan (*mekrûh*) – gerçek manada zorlayıcı veya cezalandırıcı bir içeriğe sahip olmadıkları için asıl hukuku oluşturmazlar. Başka bir deyişle, *mekrûh*un işlenmesi ve *mendup*un işlenmemesi cezayı gerektirmediği için bunların hukuken uygulanamayacağı söylenmektedir. Bunun yerine, bunların işlenip işlenmemeleri, ahirette bireyi beklediği varsayılan bir mükafatı gerektirir. Benzer şekilde, *mubah* kategorisi ne yapma ne de yasaklama öngörür, bunları bireyin tercihlerine bırakır. *Mubah*ın, Şeriatın insan fiillerini düzenlemede başarısız olduğu ya da ilgilenmediği bir alandan ziyade, salt hukuki bir

[16] *Zina* ile ilgili olarak 10. bölüm, 2. Kısmın (i) başlığına bakınız.

kategori olduğu vurgulanmalıdır. Başka bir deyişle, bir fiili *mubah* olarak kategorize etmek hem bilinçli bir seçim hem de belirli eylemlere belirli değerler atfetmemek için bilinçli bir taahhüttür.

Ne Müslüman hukukçular ne de genel olarak Müslüman düşünürler - yirminci yüzyıla kadar - İslam hukukunun hukuki ve ahlaki unsurları arasında herhangi bir ayrım yapmadılar. Farz ve haramın cezalandırıcı karakteri ve bu özelliğin diğer üç kategoride bulunmaması, ahlaki olan ile salt hukuki olan arasında bir ayrım yapılmasını sağlayamamıştır; bu da bizi Müslüman hukukçuların bu gerçeğin sembolik önemini neden anlayamadıklarını (eğer gerçekten böyleyse) merak etmeye sevk etmelidir. Bu soruyu cevaplamak için öncelikle hem bir dünya görüşü hem de entelektüel bir sistem olarak İslam'ın, doğası gereği ahlak ve etiği her zaman hukukun ayrılmaz bir parçası olarak algıladığı için hukuki ve ahlaki olan arasında gerçek bir ayrım yapmadığını anlamamız gerekir.[17] (Aslında, açıklanmaya muhtaç olan şey, ikisi arasındaki modern ayrımdır; bu ayrım, uzun insanlık tarihi boyunca normatif veya doğal olarak tanımlanamaz).[18] *Mendup* ve *mekrûh* kategorileri cezai sonuçlar doğurur, ancak bunlar dünyevi sonuçlar değildir. Bu cezaların belirgin bir şekilde teolojik ve uhrevi olması, onları hukukun altında ve dolayısıyla dışında bir kategoriye *indirgemez*. Aslında, İslam düşünce sisteminde, ilahi cezanın gücü dünyevi cezalardan çok daha ağırdır, çünkü dünyevi ceza daha hafif fiziksel acı verir ve kesinlikle daha kısa sürelidir. Cehennem ya da onun herhangi bir bölümü, dünyevi cezaların tam tersine, hukuku, özellikle de onun daha önemli emirlerini ihlal edenlerin ebedi ikametgâhıdır. Karmaşık ve uzun bir kültürel etkileşim ve sosyalleşme süreciyle bireye aşılanan bu uhrevi gerçekliğe olan samimi inanç, zina yapan kişinin evli olması halinde ölüm cezasını gerektiren bu suçu (diğer suçların yanı sıra) işlediğini itiraf etmek için Müslüman mahkemesine gönüllü olarak başvuran insanlar ile ilgili görünüşte inanılmaz ama gerçek olan tarihi rivayetleri açıklamaktadır.[19] Bu ceza ne kadar sert ve şiddetli olursa olsun, ebediyen Cehenneme gönderilmekten daha hafif sayılıyordu. Dolayısıyla yaklaşmakta olan cehennem azabı gerçeği, bir hakimin ya da devletin verebileceği herhangi bir ceza kadar ve hatta ondan daha ağırdı.

---

[17] Hallaq, "Fashioning the Moral Subject."

[18] Örneğin, Max Weber'in Batı'da "rasyonel" kuralların evrimi üzerine yaptığı tartışma için bkz. Lassman, "Rule of Man," 83-98.

[19] El-Nahal, *Judicial Administration*, 28. *Kâdı* huzurunda suçu itiraf etme ahlakı, Maiz *hadîs*i olarak bilinen Nebevi bir rivayette yer almıştır. Bu ve benzeri *hadîs*ler için bkz. İbn Ebi Şeybe, *Musannef*, V, 540-41.

Esas itibariyle psikolojik olan bu olgu, aynı zamanda yeminin usul hukuku açısından asli bir unsur olarak etkisini de açıklamaktadır. Davacı ikna edici kanıtlar sunamadığı takdirde davalı davacının iddiasının asılsız olduğuna dair yemin etmelidir, bu yemin onu sorumluluktan kurtarır. Böyle bir yemini reddetmek aslında suçun kabulü anlamına gelir ve zayıf kanıtlara sahip olmasına rağmen davacının lehine karar verilmesiyle sonuçlanır. Böyle bir sistemin - şüphesiz yüzyıllar boyunca olduğu gibi - işleyebilmesi için ahlaki kaygıların insan davranışının oluşumunda tartışmasız bir rol oynadığı kabul edilmelidir. Buna göre, Müslüman hukukçuların *mendup* ve *mekrûh* kategorilerini hukuk alanının dışında tutmak veya bunları münhasır bir ahlak alanına tahsis etmek için herhangi bir nedenleri yoktu. Dolayısıyla hukuk ahlak ayrımı, hem Batı ve Orta Avrupa'da transandantalizmin ölümünden hem de bunun bir soncu olarak ortaya çıkan hukuk ile din arasındaki ayrımdan ya da daha spesifik olarak ulus-devletin hukuku ("Sezar'ın") ile kilisenin hukuku ("Tanrı'nın") arasındaki ayrımdan kaynaklanan, tamamen Batılı bir ayrımdır. Bu nedenle, İslam hukukuna hukuk ve ahlak arasındaki bu ayrımı dayatmak yanlıştır, çünkü bu ayrım yersiz varsayımlara yol açabilir (nitekim açtı da) ve böylece İslam hukukunun ve tarihinin birçok özelliğini çarpıtabilir.

Ahlaki olanla hukuki olanı iç içe geçiren bu normlar, çok sayıda ifadelendirme ve tartışmaya konu olmuştur. Epistemolojik ayrımların etkisi başka yerlerde olduğu gibi burada da hissedilmektedir. Örneğin Hanefî ekolü, zorunlu olanı *vacip* ve *farz* olmak üzere iki kategoriye ayırmıştır. Muhtemel kanıtlara dayanan *vacib*in kendisi kaçınılmaz olarak olasıdır, oysa *farz* kesindir, çünkü *farz* açık ve otantik metinsel kanıtlara dayanmaktadır, yani yalnızca tek bir yoruma izin vermekle kalmayıp aynı zamanda kaynağından şüphe duyulamayacak kadar güvenilir araçlarla aktarılan bir dile dayanır.

Zorunluluk aynı zamanda kesin ifa zamanına ilişkin soruları da beraberinde getirmiştir. Bu ise, böyle bir fiilin derhal mi gerçekleştirilmesi gerektiği yoksa önceden belirlenmiş bir zaman aralığında gecikmeye müsamaha gösterilip gösterilemeyeceğiydi. Uşağıma gömleğimi "bugün" ütülemesini emredersem, bu işi hemen yerine getirme yükümlülüğü altında mıdır yoksa bugün daha sonra da yerine getirebilir mi? Bazı hukukçular, rasyonel olarak, uşağın gömleği günün herhangi bir saatinde ütülemesi halinde yükümlülüğünü yerine getirmiş olacağını ileri sürmüşlerdir. Ancak az önce gördüğümüz gibi, hukuki tartışmalarda rasyonellik tek başına yeterli değildir. Bu

sorunun cevabı, bir kölenin azat edilmesini, altmış fakirin doyurulmasını ya da bir fakirin altmış gün boyunca doyurulmasını gerektiren bazı kuralların ihlali halinde ödenmesi gereken kefârete ilişkin fıkhi görüş birliğine dayandırılmıştır. Kefâret ödemek zorunlu olsa da, ihlali gerçekleştiren kişi bu kefâret biçimlerinden birini ya da diğerini seçmekte tamamen özgürdür. Dolayısıyla, *farz/vacip* kategorisi, öngörülen süre içerisinde yerine getirildiği sürece, neticede fiilin ne zaman yapılması gerektiğine ilişkin bir seçim içerir.

Mendup kategorisinin, yapılması halinde mükafat gerektirdiğini ancak yapılmadığında ceza gerektirmediğini belirtmiştik. Buradaki amaç dindarlığı teşvik etmek olduğundan, bunun ihmali hukukun ihlali anlamına gelmez, çünkü kanun koyucuya itaat her halükarda yerine getirilmiş olur. Benzer şekilde itaat, yapılması ya da ihmal edilmesi eşit derecede meşru olan mubah, ya da orta da denilebilir, kategorisinde de elde edilir. Ne mükafat ne de cezanın öngörülmemiş olması, bazı Mutezili kelamcıların düşündüğü gibi, hukukun bu eylem kategorisine ilişkin bir pozisyon almadığı anlamına gelmemelidir. Aslında daha önce de belirttiğimiz üzere, hukukun Müslüman bireye bu ikisi arasında özgür bir seçim yapma imkanı sunması, sabit bir hukuk ilkesidir.

Son olarak, hukuk teorisi, fiillerin kendileriyle değil ama ifa edilme durumlarıyla ilgili başka bir sınıflandırma ortaya koymuştur. Örneğin, önceden belirlenmiş olan *vacip* bir fiilin yerine getirilmesi gerekir; ancak bunun yapılması başka, doğru bir şekilde yapılması başka bir şeydir. Dolayısıyla, bir sözleşme ya da satış işlemi gibi bir eylem de geçerli ya da geçersiz olabilir. Bir sözleşme geçerli olduğunda, bağlayıcıdır ve tüm hukuki sonuçları doğurur; geçersiz olduğunda ise bağlayıcılığını yitirir. Ancak geçersiz olması, hükümsüz olduğu, yani hiçbir hukuki sonuç doğurmadığı anlamına gelmez. Örneğin, geçersiz bir evlilik sözleşmesi söz konusu olduğunda, kanun bu birliktelikten doğan çocukları, *diğerlerinin yanı sıra*, miras haklarına sahip olarak meşru kabul etmeye devam eder.

4. Hukuk Dili

Peki, hukukçu bir hukuk normuna ya da belirli bir fiile ilişkin bir hükme nasıl ulaşır? Başka bir deyişle, bir hükmü ya da görüşü elde ederken diğerini çıkarmamaya imkan sağlayan elindeki materyaller ve yorumlama araçları nelerdir? Bu soruları cevaplamak için, hukuk

dili ve onun kullanımına hükmeden hermenötik ilkeler hakkında kısa bir açıklama ile başlıyoruz.[20]

Hukukçu, şimdiye kadar çözülmemiş bir hukuki soruna çözüm bulmaya çalışırken (veya önceden var olan bir hukuki görüşü yeni bir *ictihad* çabasıyla değerlendirirken), kendi referans çerçevesini oluşturan metinlerle, sezgisel olarak ortaya çıkan olayla ilgili olduğunu düşündüğü metinlerle işe başlar. Bu metinlerin analizi, ilk olarak, eldeki meseleye uygulanabilir kesin pasaj(lar)ın tanımlanmasını ve ikinci olarak, bu metinsel malzemenin söz konusu meseleyle ilgili anlamsal gücünün ve imasının belirlenmesini içerir. Bu ikinci faaliyet, daha sonra ele alacağımız *kıyas*ın bir bölümünü oluşturmaktadır. Bununla birlikte, birincisi, ilgili metindeki kelimelerin tek anlamlı mı, kapalı mı, genel mi, özel mi yoksa mecaz mı olduğunu belirlemek amacıyla *kıyas*a hazırlık olarak dilbilimsel bir yorumlamayı içerir. Başka bir ifadeyle, herhangi bir istidlalde bulunulmadan önce, metnin yorumlanması ve hukuki muhakemenin temeli olarak uygun ve ilgili olduğunun anlaşılması gerekir.

Hukuk dili teorisi, lafızları ya açık ya da kapalı olarak kabul eder. Hiçbir şekilde açıklığa kavuşturulamayan kapalı lafızlar işlevsiz kalır ve dolayısıyla hukuk normları açısından verimsizdir. Öte yandan, kapalılığı giderilebilen (yani açık hale getirilebilen) kapalı dil ve özünde açık olan dil, hukuki inşa ameliyesi için uygundur. Yine de, sorunlu doğasına rağmen, dil genellikle zihinde kesinlik uyandıran tek anlamlı, açık ifadeler içerir. Örneğin, "dört" kelimesini duyduğumuzda, bunun beş, üç veya yedi olmadığını en ufak bir şüphe duymadan anlarız. "Dört"ün anlamını kavramak için herhangi bir yorumlama ilkesine ya da başka bir açıklayıcı dile başvurmamız gerekmez. Bu dil apaçıktır ve dolayısıyla zorunlu bilgi kategorisine aittir (yukarıda 2. bölümde tartışıldı). Yarattığı açıklık ve kesinlik, onu *nass* olarak ifade eden metinsel bir kategori olan en açıklayıcı hale getirir.

Ancak çoğu ifade, öyle görünseler bile bu kadar açık değildir. Bu lafız türlerinden biri de mecazdır. Hukukçuların geneli, kelimelerin aslında gerçek bir anlam için türetildiğini varsayar; örneğin, "aslan" büyük kedi türlerinin bir üyesini ifade eder. Bir kelime, asıl konulduğu anlamda olmayan bir şeye genişletilerek uygulandığında mecazi manada kullanılır; bu nedenle, "aslan" ifadesi Arap dilinde cesur bir

[20] Dilbilimsel yorumlama (*kelâm, alfâz*) teorisinin muhtasar açıklaması için bkz. Şîrâzî, *Luma'*, 6-35; Hillî, *Me'âricu'l-Usûl*, 51-121.

adam için kullanılabilir. Dilin bu şekilde kullanımının hukuki örnekleri arasında "bugün" ya da "yarın" gibi sözcükler yer alır; bunlar bir görevi belirli bir zamanda yerine getirme sözü verirken mecazi anlamda kullanılabilir. Gerçek kullanımlarında, "bugün" veya "yarın" ifadeleri gece geç saatleri de içerebilir, ancak normalde - örneğin ticari işlemlerde - gündüz saatleri anlamına gelirler. Burada hukukçunun önündeki zorluk, hukuk dilindeki belirli bir kelimenin mecazi anlamda mı yoksa gerçek anlamında mı kullanıldığını belirlemektir.[21]

Böyle bir belirleme için birincil öneme sahip olan, gerçek veya mecazi terimin kullanımıyla ilişkili bağlamsal göstergelerdir (*karineler*; tekili *karine*).[22] Arapça'da "Paris'ten Montreal'e uçarken bir aslanla karşılaştım" demek, uçuşum sırasında cesur olduğunu düşündüğüm bir insanla tanıştığımı açıkça belirtmek için yeterli bağlamsal göstergeler sağlamaktadır. Benzer şekilde, uzun boylu bir adamdan "palmiye ağacı" olarak bahsettiğimde, yalnızca bu bitkiyi onun adının ya da imlem olarak kişisinin yerine koymuş olurum. Ancak karmaşık durumlarda, bir kullanımın gerçek mi yoksa mecazi mi olduğunu belirlemek için sağduyudan daha fazlası gerekir. Bu tür terimler, eş kapsamlılık yöntemiyle, yani gerçek kullanımın Palmiye ailesindeki tüm ağaçlar için geçerli olup olmayacağı, ancak dünyadaki tüm uzun şeyler için geçerli olup olmayacağı ile test edilebilir. Bu durumda, istisna olan uzun adamlar mecazidir. Dahası, kelimenin tüm sıradan kullanımları karşılaması gerekir. Dolayısıyla, uzun adamın kollarından dallar olarak bahsetmeye devam edersek (bir ağaç için sıradan ama bir insan için olmayan), çok ileri gitmiş oluruz ve bu fazlalık, "palmiye ağacı"nın mecazi kullanım olduğunun kanıtı olur.

Mecazi ya da başka türlü, kelimeler açık ya da kapalı olabilir. Kapalı olduklarında, bu tür kelimelerin ima ettikleri çeşitli nitelikler veya farklı türler içermesi sebebiyle farklı yorumlara yol açabilirler. Bu tür bir belirsizlik, birden fazla nesneyi ima eden eşsesli isimlerde bulunur; örneğin "İngilizcedeki spring" kelimesi yılın mevsimi, bir artezyen kuyusu veya bir tel bobini anlamına gelebilir. Buna rağmen bir kelime eşsesli olmadığı halde yine de kapalılığını koruyabilir. Örneğin Kur'ân İsrâ: 33'te şöyle emredilir: "Bir kimse haksız yere öldürülürse, biz onun velisine yetki verdik." Buradaki "yetki" terimi oldukça kapalıdır, çünkü şunları içerebilir: (1) affetme yetkisi; (2)

[21] Şâşî, *Usûl*, 42-50.

[22] Karineler için bkz. Hallaq, "Notes on the Term *Qarîna*."

kısas hakkı; veya (3) maddi tazminat talep etme hakkı. Eğer kapalılık başka bir metinden yardım alınarak çözülebiliyorsa, o zaman kapalılık şu ya da bu anlam lehine çözülmüş olur. Aksi takdirde kural, Kur'ân İsrâ: 33'te olduğu gibi, zorunlu olarak tüm olası anlamları kapsamaktır. Burada, daha fazla açıklama bulunmaması sebebiyle cinayet durumunda mirasçılara "yetki" teriminin tüm kapsamı verilmekte ve onlara üç "haktan" hangisini kullanacaklarını seçme özgürlüğü tanınmaktadır.

Umum lafızlar, çoğul isimlerde ve birden fazla cinsi içeren genel ifadelerde olduğu gibi, iki veya daha fazla bireye atıfta bulunabilmeleri açısından sorunludur. Bu tür bir ifadeyle karşılaşıldığında, hukukçu tahsîs, yani genel ifadeyle hangi cinsin veya türlerin kastedildiğini belirleme göreviyle karşı karşıya kalır. Tahsîsin klasik bir örneği Kur'ân Mâide: 3'te yer almaktadır: "[Yiyecek olarak] leş size haram kılındı." Bu ifade, ölü balıkların tüketilmesine izin veren Nebevi bir *hadîs*le tahsîs edilmiştir. Bu örnekte de görüldüğü üzere, Kur'ân'ın bir *hadîs* tarafından tahsîs edilebileceği açıktır; aynı şekilde bir *hadîs* de epistemolojik olarak daha güvenli bir hukuk kaynağı olan Kur'ân tarafından tahsîs edilebilir.

Tahsîs, genel ve dolayısıyla kapalı bir ifadeye eklenen veya bu ifadeye getirilen bir şart aracılığıyla gerçekleştirilebilir. Kur'ân Âl-i İmrân: 97'de şöyle der: "Gitmeye gücü yetenin Kabe'yi ziyaret etmesi, Allah'ın insanlar üzerinde bir hakkıdır." Bu ifade, hacca gitme yükümlülüğünün, bunu yerine getirme imkanı bulunmayanlar için kaldırıldığını açıkça ortaya koymaktadır. Tahsîs, umum ifadelerin nitelendirilmesi yoluyla da gerçekleştirilebilir. Bu, mutlak ifadenin takyidi olarak bilinir. Örneğin, bir adam hanımıyla evlilik ilişkisini sürdürmeyeceğine dair yemin eder (*zıhâr* olarak bilinen bir beyan) ancak daha sonra bu sözünden dönerse, Kur'ân'da bunun için öngörülen ceza veya kefâret (Mücâdele: 3) "bir köle azat etmek"tir. Ancak Kur'ân (Nisâ: 92), kasıtsız adam öldürmenin cezası olarak "mümin bir köleyi azat etmeyi" şart koşar. Özel bir ifadeye sahip olan ikinci ayet, Kur'ân Mücâdele: 3'teki "köle" anlamını takyit etmek ve daha da belirlemek için alınmıştır. Anlamdaki bu takyit, insani bir aktarımı, yani hukukçuların Allah'ın iradesine dair en iyi tahminleri olduğunu kabul ettikleri, ancak vahyedilmiş metinlerin zorunlu *dilsel* diktelerinden uzak bir çıkarımı ifade eder.

Bir yükümlülükler sistemi olarak hukuk, büyük oranda emir ve yasaklayıcı buyruklar olarak bilinen "Yap" veya "Yapma" türündeki

kural koyucu metinsel ifadelere dayanır.[23] Bu tür ifadeler yorum ile ilgili sorunlardan uzak değildir ve bu kategorinin bir teorisini inşa etmek için çok fazla mürekkep tüketilmiştir. Emir kipinin tanımının kendisi dahi geniş bir ihtilafa açıktı. Bazı teorisyenler bunu, bir kişiden belirli bir eylemi gerçekleştirmesini talep eden bir ifade olarak görmüştür. Diğerleri ise emir kipi olarak nitelendirilebilmesi için talep edenin emredilen kişi üzerindeki üstünlük unsurunun mevcut olması gerektiğinde ısrar etmiştir. Kişinin kendisine eşit birine emir verebileceği itirazına karşı, böyle bir emrin, emir kipinde olsa da sadece mecazi bir kullanım olduğunu ve gerçek anlamda bir emir olarak ele alınmaması gerektiğini savunmuşlardır.

Emir kipinin doğru bir şekilde yorumlanması için dilin hukuki sonuçlarının belirlenmesi gerekir. Birisi bir başkasına "şunu yap" diye emrettiğinde, bu emir sadece *vacip* normun hukuki değeri içinde mi kabul edilmelidir, yoksa *mendup* ve/veya *mubah* normun hukuki değerine de girebilir mi? Hukuk teorisyenlerinin çoğunluğu, şartlı veya bağlamsal delillerle (*karine*) aksi gösterilmedikçe, emirlerin kural olarak yükümlülük doğurduğu varsayımını kabul etmişlerdir. Kur'ân Bakara: 43'te "Namazı dosdoğru kılın" derken, açıkça *farz* olarak yorumlanan bir dil kullanılmaktadır. Ancak aynı kaynak, kölelerin azat edilmesi konusunda "Eğer onlarda bir hayır görürseniz, onlarla [azat etme sözleşmesi] yazın" dediğinde, bu ifade *mendup* olarak algılanmıştır.[24] Ayrıca, Kâbe'nin mukaddes bölgesi dışında avlanmaya izin verilmesine ilişkin emir kipi (Kur'ân Mâide: 2), *mubah* bir eylem olarak anlaşılmış ve hükme bağlanmıştır.

Bütüncül bir dilsel form gibi görünen bu farklı yorumları anlamlandırmak için, bazı hukukçular emir kipinin eşsesli olduğunu ve eşit derecede *vacip*, *mendup* ve *mubah* ifade ettiğini savunmuştur. Diğerleri ise emir kipinin her zaman *vücûb* sonucunu doğurduğu, doğurmadığı durumlarda ise bağlamsal bir kanıt olması gerektiği, dolayısıyla *mendup* ya da *mubah* olarak yorumlanmasının mümkün, hatta gerekli olduğu görüşünü benimseyerek farklı bir yaklaşım benimsemektedir. Aksi takdirde, kendi başına duran bir emir kipi, zorunlu olarak yükümlülük getirmelidir.

---

[23] Emir için bkz. Gazâlî, *Mustasfâ*, I, 411-35; Şîrâzî, *Şerhu'l-Luma'*, I, 199-219. Aynı zamanda bkz. Wakin, "Interpretation of the Divine Command," 33–52.

[24] Tarihsel kanıtlar, uygulamada eski kölelerin sıklıkla yanlarında noter tasdikli ve mahkeme tarafından şahitlik edilmiş bir azatlık belgesi taşıdıklarını gösteriyor. Bkz. Peirce, *Morality Tales*, 283.

Bu çeşitli, ancak birbirinden ayrışan yorumlar, soruna tatmin edici ve tutarlı bir çözüm sunmuş gibi görünmemektedir, çünkü hiçbiri tek başına emir kipinin oluşturduğu kullanım yelpazesini açıklayamamaktadır. Kanaatime göre Gazâlî, meseleyi başarılı bir şekilde çözen kapsamlı bir teori geliştiren ilk kişilerden biri gibi görünüyor. O, emir kipi de dahil olmak üzere dilsel formların anlamlarının, dilin yaygın kullanımı (*tevâtür*)[25] vasıtasıyla bilinen örf tarafından tesis edilmiş olanın ışığında anlaşılması gerektiğine işaret etmiştir. Tahrif edilmesi mümkün olmayan bu yaygın kullanım sayesinde, bir kelimenin anlamına ilişkin kabulün ne olduğunu geçmiş otoritelerden öğreniriz veya Kanun Koyucunun bu kabul ile belirlenen anlamı tasdik ettiğini ve teyit ettiğini biliriz. Bildirilen bu tür kullanımlar aynı zamanda bize bu kelimelerin nasıl anlaşılması gerektiği konusunda toplumda bir fikir birliği olduğunu ya da bir fikir birliği olmadığında, ilimleri, doğrulukları ve dürüstlükleri dilde bir hata yapıldığında sessiz kalmalarını engelleyecek otoriteler tarafından nasıl anlaşıldıklarını da gösterir. Bu kanallardan biri ya da birkaçı aracılığıyla kelimeler - dilsel bir uzlaşı olarak - anlamlarını kazanırlar.[26]

Emir kipi gibi yasaklayıcı kipler de üstten alta doğru verilen emirler olarak görülür. Emir kipi bir eylemin gerçekleştirilmesini gerektirirken, yasak kipi onun terk edilmesini gerektirir. Ancak derhal yerine getirilmesini gerektirmeyen emir kiplerinin aksine, yasaklar fiilin derhal ve sürekli olarak terk edilmesini gerektirir, çünkü derhal yerine getirmekten kaçınmamanın kendisi bir ifa eylemi anlamına gelir ve bu da zorunlu olarak bir ihlale yol açar.[27]

Bazı usulcüler yasakları iki tür eylemden herhangi birini yapmama emri olarak görmüştür: hissî ve şer'î. Birincisine örnek olarak "Şarap içmeyin"; ikincisine "Bir altını iki altına satmayın" (çünkü bu yasaklanmış tefecilik, *ribâ*dır) verilebilir. Hissî fiiller doğaları gereği kötü oldukları için yasaklanırken, *şer'î* fiiller kendileri dışında bir nedenden ötürü yasaklanmıştır. Şarap içmek veya zina etmek doğaları gereği kötü eylemlerdir, ancak altın satmak öyle değildir, çünkü yalnızca belirli bir şekilde işlem yapıldığında gayrı meşru sonuçlara yol açtığından yasaklanmıştır.[28]

Haram olan bir fiilin zıddı *vacip* midir? Fıkıhçılar, yasaklanan fiilin birden fazla zıddı yoksa o zaman bu zıt fiili gerçekleştirmenin

[25] Tanımı için aşağıya bkz.
[26] Bkz. Weiss, "Language and Tradition," 92 vd..
[27] Râzî, *Mahsûl*, I, 338.
[28] Hallaq, *History*, 57-58.

vacip olacağını savunmuşlardır. Yasaklanan fiilin birden fazla zıddı varsa, bu zıtlardan herhangi birinin ifası, yasaklanan fiilin terki anlamına gelir ve bu da fiilin yerine getirilmesini *vacip* kılar. Muhtemelen, namaz kılmak, oruç tutmak, çalışmak gibi övgüye değer şeyler yapmak, yasaklanan zina fiilinin karşıtıdır.

Bu karşıtlık, hukuk teorisinde anlam ve ima arasındaki farka ilişkin merkezi bir tartışmayı gündeme getirmiştir. Anlam, metinlerin diline içkindir. "Otur" emir kipi ile normalde birinin oturması için verilen bir buyruğu anlarız. Buna karşılık ima, doğrudan dilin semantik gücünden değil, ondan neyin çıkarılabileceğinden anlaşılır. "Otur" denildiğinde oturmayı gerektiren *anlam*ın yanında, bir de *ima* vardır: "ayağa kalkma". Bu tartışma emir ve nehiy formlarıyla alakalıdır, ancak *kıyas* kategorisi altında yer alan iki akıl yürütme biçimiyle de aynı derecede ilgilidir. Bu nedenle, *kıyası* ele alırken bu tartışmaya tekrar döneceğiz.

5. Metinlerin Aktarımı ve Neshi

Fıkıhçının hukuki ifadeleri yorumlaması, bu ifadelerin belirli bir güvenilirlik derecesiyle aktarıldığı bilgisi olmaksızın anlamsız olacaktır. Şüpheli ya da kusurlu bir râvi zinciri ya da güvenilmez olduğu bilinen râviler aracılığıyla aktarılan bir metnin, dili açık ve net olsa dahi, hiçbir hukuki etkiye sahip olmadığı kabul edilir. Dolayısıyla, tüm metinler hukuki akıl yürütmenin hammaddesi olarak kullanılmadan önce hem dilbilimsel analiz hem de rivayet testinden geçmelidir.

Yorum/rivayet ikiliğine ilişkin genel ilke, hukuki akıl yürütmenin muhtemel sonuçlarının ya bir terimin anlamındaki ya da o terimi kapsayan metnin aktarımındaki kesinlik eksikliğinin bir sonucu olduğudur. Dolayısıyla, belirli bir lafız örneği mana bakımından tek anlamlı (*nass*) olabilir, ancak yalnızca olası bir aktarım zinciri yoluyla bildirilebilir ve bu da genel hukuki sonuçlarını aynı şekilde yalnızca muhtemel hale getirir. Tek anlamlı lafız, zayıf ve hatta son derece şüpheli râviler tarafından da aktarılabilir ve bu da onu hukuki inşada işe yaramaz bir duruma getirir. Öte yandan, aktarımda kesinlik kazanılabilir ancak dilsel netlik eksikliği sebebiyle bu kesinlik kaybedilebilir. Örneğin, pek çok kanaldan nakledilen bir metin, bu epistemik avantaja rağmen, lafzı tek anlamlı değilse, olasılıktan fazlasını üretmeyecektir.

Bir nesilden diğerine aktarımında Müslüman toplumun tümü yer aldığından, Kur'ân'ın tamamı rivayet açısından kesin kabul edilir.

Buradaki temel argüman icma teorisinden kaynaklanmaktadır; yani tüm Müslüman toplumun Kur'ân'ı tahrif etme ya da değiştirme konusunda iş birliği yapması düşünülemez. Dolayısıyla, bir metnin şüpheye yer bırakmayacak şekilde güvenilir kabul edilebilmesi (yani kesinliğe sahip olabilmesi) için, *tevâtür* olarak bilinen çoklu rivayet ya da tekerrür şartını karşılaması gerekir. Çoklu rivayet yoluyla kesinliğin elde edilebilmesi için üç koşulun yerine getirilmesi gerekir: birincisi, metin bir kuşaktan diğerine, herhangi bir hata veya sahtecilikte işbirliği olasılığını ortadan kaldıracak kadar çok sayıda rivayet kanalıyla aktarılmalıdır; ikincisi, birinci kuşak râviler Peygamber'in ne söylediği, yaptığı veya yapmadığı konusunda duyusal algıya sahip olmalıdır; ve üçüncüsü, birinci kuşaktan başlayarak metnin son râvisine kadar rivayetin her aşamasında ilk iki şartın sağlanması gerekir.[29]

Çoklu, tekrarlayan rivayet, zihne empoze edilen ve hiçbir akıl yürütme ya da düşünme gerektirmeyen dolaysız, çıkarımsız bilgi olarak tanımladığımız zorunlu bilgiyi doğurur. Tekrarlayan rivayeti duyan zihnin, rivayetin içeriğini *a priori*, doğru ve gerçek kabul etmekten başka seçeneği yoktur. Ancak bu rivayet zihne kendiliğinden yerleşir. Rivayeti ilk kez duymak kuşkusuz olasılık yaratacaktır, ancak farklı kaynaklardan sayısız kez duymak, sonunda kişiyi içeriğin gerçek olarak kabul edildiği bir noktaya götürecektir. İşiten kişi böyle bir bilgiye nasıl ve ne zaman ulaştığını bilemez. Örneğin Mekke'yi hiç ziyaret etmemiş olanlar, Mekke'nin varlığını kesin olarak bilirler ve bu, hac sırasında orayı görenlerin bitmek bilmeyen "rivayetleri" sayesinde gerçekleşir. Ancak hiç kimse Mekke hakkındaki bu kesinliğe hangi rivayetle ulaştığını veya bilginin hangi noktada olasılık alanından kesinlik alanına yükseldiğini tam olarak tespit edemez. Usulcüler, olasılıktan kesinliğe bu entelektüel geçişi tespit etmenin, gecenin bitip gündüzün başladığı anı tam olarak belirlemek kadar zor olduğunu ileri sürmüşlerdir. Ve bu geçiş noktası kişiden kişiye değişebilir, bu da *tevâtür*ü büyük ölçüde subjektif bir kategori haline getirir. Duyulan rivayet kanallarının sayısı ancak gerekli bilgi elde edildiğinde belirlenebilir, tersi mümkün değildir.[30]

Gerçek râvi sayısı iki, üç veya daha fazla olmasına rağmen *tevâtür*den daha az râviyle nakledilen herhangi bir metin *âhâd* (kelimenin tam anlamıyla: tekil) olarak adlandırılır. Usulcülerin çoğunluğu bu kategoriyi olasılıkla sonuçlanan bir kategori olarak gördü, ancak

[29] İbn Berhân, *Vusûl*, II, 141-50; Şirâzî, *Şerhu'l-Luma'*, I, 572 vd.; Hallaq, "Inductive Corroboration," 9–19; Weiss, "Knowledge of the Past," 81–105.

[30] Gazâlî, *Menhûl*, 245 vd.; Şirâzî, *Şerhu'l-Luma'*, II, 578.

azınlıkta kalan bir grup bazı *âhâd* haberlerin elde edilen türün kesinliğine yol açabileceği durumları ayırt etmiştir.[31]

Birkaç rivayet dışında, *hadîs*ler genellikle *âhâd* kabul edilir ve Kur'ân metninin aksine *tevâtür* derecesine sahip değildir.[32] Birinci bölümde gördüğümüz üzere, *sahîh hadîs*lerden daha fazla *mevzu* ve dolayısıyla zayıf *hadîs*ler vardı. Ancak bu *sahîh* olanlar bile her zaman kesinlik ifade etmiyordu, çünkü çoğu *âhâd* türdendi ve bu nedenle sadece muhtemel bilgi veriyordu. Bütün bunlar İslam hukuku hakkında bir şeye işaret ediyorsa, o da pratik bir alan olarak *fıkh*ın (çoğunlukla *hadîs*ten türetilmiştir) kesinliğe sahip olması gerekmediği konusundaki ısrarıdır. Kesinlik, yalnızca konu dört kaynağın kaynak *olarak* epistemik statüsü veya Allah'ın kendisi gibi daha yüksek bir inanç meselesi olduğunda gerekli olan bir kategoridir.

Bununla birlikte, pratik uygulamaya uygun olması için, muhtemel bir rivayetin başından sonuna kadar güvenilir ve sağlam karakterleriyle bilinen râvilere sahip olması ve her birinin bir sonraki halkayla şahsen tanışmış olması gerekir, böylece aktarımın gerçekleştiğine inanılabilir. Üçüncü/dokuzuncu yüzyıl boyunca ve muhtemelen dördüncü/onuncu yüzyılda fakîhler, *munkatı' hadîs*lerin yine de *sahîh* olduğunu, "*munkatı'*" ifadesinin zincirdeki bir veya daha fazla râvinin bilinmediği anlamına geldiğini savunmuşlardır. Ancak bu, kesintiden sonra rivayetin devam ettiği râvinin sadece *sahîh hadîs*leri nakletmekle meşhur olduğu varsayımına dayanıyordu. Bu varsayım başka bir varsayıma, yani böyle bir kişinin *hadîs*in *sahîh* olmadığını veya uydurma olduğunu bilseydi onu nakletmeyeceği varsayımına dayanmaktadır. Ancak daha sonraki fakîhler, bu tür *hadîs*leri *sahîh* olmayan veya kusurlu olarak sınıflandırarak reddetmiş görünmektedir.

Dolayısıyla, *hadîs*lerin sıhhatinde her bir râvinin güvenilirliğinin önemli bir rol oynadığı açıktır. En çok değer verilen ve aslında olmazsa olmaz ve belirleyici kabul edilen sıfat, adil (*adl*) olma, yani ahlaki ve dini açıdan doğru olma sıfatıydı. Adil bir karaktere sahip olmak aynı zamanda kişiyi yalan söylemekten alıkoyan doğru sözlü (*sâdık*) olmak anlamına da geliyordu. Bu gereklilik, rivayet edilen metnin lafzıyla açıkça oynanmasını ya da uydurma malzemeyle doldurulmasını engellemeyi amaçlıyordu. Bu aynı zamanda, râvinin bir nakil zinciri uydurarak ya da *hadîs*i bir otoriteden duyduğunu iddia ederek kaynakları konusunda yalan söyleyemeyeceği anlamına geliyordu.

[31] Hallaq, *History*, 62–63.
[32] Bkz. Hallaq, "Authenticity," 75–90.

Ayrıca, rivayet ettiği malzemeyi tam olarak bilmesi gerekirdi, böylece onu kesin bir şekilde aktarabilirdi. Son olarak, şüpheli veya "mezhepçi" dini hareketlere mensup olmamalıydı, çünkü böyle bir durumda, ait olduğu hareket adına sapkın materyaller uydurma ihtimali olacaktı. Bu son şart, râvinin başka herhangi bir topluluğu dışarıda bırakacak şekilde Sünniliğe sadık olması gerektiğini açıkça ortaya koymaktadır.[33]

*Hadîs*leri rivayet edenler aynı zamanda bunları kelimesi kelimesine nakletme kabiliyetlerine göre de değerlendirilmiştir, zira manen rivayet belirli bir *hadîs*in lafzını ve dolayısıyla asıl maksadını değiştirme riski taşıyordu. Ayrıca, *hadîs*in tamamının nakledilmesi tercih edilirdi, ancak tematik olarak diğerleriyle bağlantılı olmayan bir kısmın nakledilmesi de kabul edilebilirdi.

Beşinci/on yedinci yüzyılın başlarında Sünni hukuk teorisi, *âhâd* ve *mütevâtir* türler arasında bir geçiş teşkil eden bir *hadîs* kategorisini kabul etmeye başlamıştır. *Mütevâtir* rivayet, naklinin ne kadar yaygın olduğuna bakılmaksızın aynı lafızlara sahip olan rivayettir. Bu, tekrar eden bir şekilde tüm kanallarda kelimesi kelimesine rivayet edilen bir metindir. Ancak fakîhler, bazı *hadîs*lerin aynı anlam veya temayı (*mana*) yansıtmasına rağmen, aynı lafızlara sahip olmadığını keşfettiler. Bunların hepsi birlikte ele alındığında, o kadar sık nakledilirler ki, aslında *mütevâtir*le eşdeğerdirler. Anlam bakımından *mütevâtir* olmalarına rağmen aynı lafızlara sahip olmadıkları için *manevi tevâtür* olarak ifade edildiler. Bu konudaki en meşhur örnek, Müslüman topluluğun bir hata üzerinde asla ittifak etmeyeceğini ifade eden ve bu süreçte *icma* için referans teşkil eden bir düzine kadar *hadîs*tir.[34]

Bazı *hadîs*ler *âhâd* olarak nakledildikten sonra Peygamber'den üç ya da dört nesil sonra yaygın hale gelmiştir. Yaygın (*meşhûr*) olarak bilinen bu rivayetlerin, kesin bilgi ile kesbi bilgiyi birleştiren epistemik bir derecede yer aldığı, yani bu bilginin ne kesin ne de zorunlu olduğu kabul edilmiştir. İslam'ın sonraki asırlarında rivayetlerin çokluğu nedeniyle bu tür haberlerin ortaya çıkardığı bilgi kesindir, ancak rivayetlerinin ilk aşamalarında doğruluklarını teyit etmek için bazı mülahaza ve analizlere ihtiyaç duyulduğundan *mütevâtir* türden değildir.

Belirli bir meseleye çözüm bulmaya çalışan hukukçu, o konuyla ilgili birden fazla *hadîs*le karşılaşabilir. Ortaya çıkan sorun, bu

[33] İmâmiyye Şiası hakkında aşağıda 9. kısma bkz.

[34] *İcma*nın Şeriatın bir kaynağı haline gelmesi hakkında bkz. Hallaq, "On the Authoritativeness of Sunni Consensus."

*hadîs*lerin birbiriyle çelişkili veya tutarsız olmasıdır. Eğer *fakîh* bunları uzlaştıramazsa, bir *hadîs*i diğerine üstün kılmak için birincisinin ikincisinden daha üstün ya da eksik niteliklere sahip olduğunu ortaya koymaya çalışmalıdır. Üstünlük kriteri, söz konusu *hadîs*in konusuna olduğu kadar rivayet şekline de bağlıdır. Örneğin, olgun ve hafızası kuvvetli kişiler tarafından nakledilen bir *hadîs*, kuvvetli hafızaları veya rivayetlerindeki isabet ile tanınmayan genç râviler tarafından nakledilen bir *hadîs*ten daha üstündür. Benzer şekilde, ilk râvisi Peygamber'e yakın olan ve onu yakından tanıyan bir *hadîs*, ilk râvisi Peygamber'le yakın ilişkisi olmayan râvinin aktardığı bir *hadîs*ten daha üstün kabul edilir. Konusu da bir *hadîs*in gücünü veya zayıflığını karşılaştırmada belirleyici rol oynar. Örneğin, Kur'ân'dan tematik destek bulan bir *hadîs*, böyle bir destek bulamayan bir diğerine göre daha üstün kabul edilir. Ancak üstünlüğün imkansız olduğu ortaya çıktığında, hukukçu, *hadîs*lerden birinin diğerini yürürlükten kaldırdığı ve böylece etkilerini ortadan kaldırdığı *nesih* yöntemine başvurur.

Peki ya hukukçu, incelediği konuyla ilgili olan ancak yine de kendisine tutarsız veya çelişkili görünen Kur'ân ayetleriyle karşılaşırsa? Burada *nesih*, çelişkili metinlerle başa çıkmanın güvenilir yöntemlerinden biri olarak oybirliğiyle kabul edilmiştir. İslam'ın bir bütün olarak önceki dinleri meşruiyetlerini inkar etmeksizin yürürlükten kaldırması gibi, vahyedilmiş İslami metinlerin kendi aralarında *nesih* de, yürürlükten kaldırılan metinlerin ilahi kitap olarak statüsünü düşürmeksizin kabul edilmiş ve fiilen uygulanmıştır. Bu yöntem Kur'ân Bakara: 106'da özellikle onaylanmıştır: "Biz bir âyetin hükmünü *nesh*eder veya onu unuttursak, mutlaka daha iyisini veya benzerini getiririz." Yine de *nesih* teorisi, metinlerin kendilerinin gerçekten yürürlükten kaldırıldığını ima etmez - yalnızca bu metinlerde yer alan hukuki hükümlerin *nesih* olduğunu ifade eder. Çünkü Allah'ın çelişkili ve hatta birbiriyle çatışan ifadeler vahyettiğini kabul etmek, beyanlardan birinin yanlış olduğu ve dolayısıyla Allah'ın gerçek olmayan bir şey indirdiği anlamına gelir.

Bir metnin zaman bakımından kendisinden önce vahyedilmiş olan mütenakız başka bir metni yürürlükten kaldırması *nesh*in temel ilkesidir. Ancak *nesih*, özellikle metnin kendisinin, başka bir metnin yerine geçmesinde olduğu gibi daha açık bir nedenden de kaynaklanabilir. Hz. Peygamber'in şu sözü buna bir örnektir "Size leş derisini kullanmanıza daha önce izin vermiştim, ancak bu yazıyı [mektubu] aldıktan sonra ondan hiçbir şekilde faydalanamazsınız." Başka bir faktör de ümmetin alimleri tarafından temsil edilen ümmetin *icma*sıdır. Bir

hüküm diğerine tercih edilerek benimsenirse, ümmet bir yanlış üzerinde *icma* edemeyeceği için terkedilen hüküm *nesh*edilmiş sayılır. Ancak teşekkül sonrası dönemde, bazı hukukçular bu ilkeye itiraz etme eğiliminde olmuş ve *nass*tan dayanağı olmayan bir *icma*nın *nesh*etme gücüne sahip olmadığını savunmuşlardır. Onlara göre *icma*, vahyedilmiş metinlere dayanmalıdır ve eğer bu metinler *nesh*e dair hiçbir delil içermiyorsa, o zaman *icma* meseleyi karara bağlayamaz. Başka bir ifadeyle *icma*, metinlerin delillerinin ötesine geçemez, zira bir hükmün diğerini *nesh*edip edemeyeceğini yalnızca *nass*lar belirler. Üzerinde *icma* gerçekleşmiş bir hüküm, çatışan başka bir hükmü *nesh*ediyorsa, o zaman *nesh*in *icma*dan değil, *nass*larda var olan delile dayanması gerektiği varsayılır.

*Nass*ların epistemolojik gücü de *nesh* konusunda merkezi bir rol oynar. Zannî veya muhtemel kabul edilen bir metin, kesinlik niteliğine sahip başka bir metni *nesh*edemez. Öte yandan, eşit epistemolojik değere sahip olduğu düşünülen *nass*lar birbirini *nesh*edebilir. Bu ilke, ayetlerin *nesh*edilmesinden ve yerlerine benzerlerinin veya "daha iyilerinin" getirilmesinden bahseden Kur'an Bakara:106'dan elde edilmiştir. Dolayısıyla, *mütevâtir hadîs*ler gibi Kur'ân ayetleri de birbirlerini yürürlükten kaldırabilir. Aynı durum *âhâd hadîs*ler için de geçerlidir. Ayrıca, aynı ilkeye göre, Kur'ân ve *mütevâtir hadîs*ler *âhâd hadîs*leri *nesh*edebilir, ancak bunun tersi geçerli değildir.

Kur'ân'ın *hadîs*leri *nesh*edebileceği, onun seçkin dini ve epistemolojik konumu göz önüne alındığında açıktır. Ve az önce özetlenen epistemolojik ilkeler temelinde, *âhâd hadîs*lerin neden Kur'ân ayetlerini *nesh*edemeyeceği (azınlık bir hukukçu grubu bu tür bir *nesh*i kabul etse de) gayet açıktır. Ancak tartışmalı olan husus, *mütevâtir hadîs*lerin Kur'ân ayetlerini *nesh*edip edemeyeceğiydi. *Hadîs*lerin bu yetkisini reddedenler, iddialarını Kur'ân Bakara: 106'ya dayandırarak, hiçbir *hadîs*in Kur'ân'a eşit bir statü kazanamayacağını ileri sürmüşlerdir. Muhalifleri ise argümanlarını epistemolojik terimlerle ifade ederek hem *mütevâtir hadîs*lerin hem de Kur'ân ayetlerinin *mütevâtir* statüsüne sahip olduğunu ve bu mertebe kesinlik kazandırdığı için her ikisinin de eşit statüde olduğunu ve dolayısıyla birbirlerini yürürlükten kaldırabileceklerini savunmuşlardır. (Bununla birlikte, uygulamada hem *âhâd* hem de *mütevâtir hadîs*lerin Kur'ân ayetlerini *nesh*ettiği birkaç mesele olduğu söylenmelidir).[35]

[35] *Mütevâtir* ve *âhâd hadîs*ler ile ilgili detaylı bilgi için bkz. Weiss, "Knowledge of the Past," 81–105; Hallaq, "Inductive Corroboration," 3–31.

6. İcma

Hukukun üçüncü kaynağı olan *icma*, sadece *fıkhî* hükümlerin (görüşlerin) yanılmazlığını değil, aynı zamanda hukukun tüm yapısını da garanti altına almıştır. Sünniliğin kendisini "Müslüman Öteki" karşısında tanımlaması, hukukun tüm yapısını garanti altına alan *icma* sayesindedir. Sünniliğin tanımı gereği ait olduğu topluluk, *es-sünne ve'l-cema'a*, yani (1) Peygamberin Sünnetini tamamen güvenilir bir kaynak olarak kabul edenler (bunu da On İki İmam-Şîa'sında olduğu gibi İmamın belirleyici otoritesine gerek olmaksızın yaparlar);[36] ve (2) onları: (a) iyi tanımlanmış bir dizi ilkeyi paylaşan üniter bir grup; ve (b) bu ilkeler tarafından tanımlanan ve belirlenen siyasi ve genellikle dini bir uygulamaya veya bir dizi uygulamaya istekli özneler haline getiren *icma* kurumunu savunanlardır. *İcma*nın bu makro işlevlerinin mücerret olarak varsayılmış olması ve hiçbir zaman hukukçu-usulcülerin analitik kategorilerine tabi tutulmamış olması dikkate değerdir.

Kapsamlı bir şekilde açıklanan şey, belirli bir çağda veya nesilde yaşayan müctehidleri tarafından temsil edilen ümmetin mutabakatı olarak tanımlanan mikro bir araç olarak *icma*dır. Bu mutabakat, kapsamına giren hükümlere veya görüşlere kesin, kat'î bir bilgi olma özelliği sağlar. Ancak bu neredeyse evrensel olan *icma* anlayışına, dördüncü/onuncu yüzyılın sonuna doğru hatta daha sonra ulaşılacaktı.

Daha önce ikinci/sekizinci yüzyılın sonlarına doğru uygulamaya dayalı sünnetin alimlerin yerel *icma*sı ile iç içe geçtiğini görmüştük.[37] Bu *icma* da çoğunlukla, Sahabenin davranış ve tutumlarından ittifakla hukuk uygulamasının çıktığı ve düzenli bir şekilde devam ettiği fikrine dayanıyordu. Bu tür bir *icma*nın izleri, teorize edilmemiş ikinci/sekizinci yüzyıl pratiği ile teşekkül sonrası dönemin tamamen olgunlaşmış ve gelişmiş usul teorisi arasında bir orta noktayı temsil eden dördüncü/onuncu yüzyılın başlarındaki hukuk teorisinde bulunabilir. Daha sonraki teori, fikir birliğine nasıl ya da kim tarafından varıldığına bakmaksızın, *icma* deliline kesinlik yetkisi vermiştir.

Daha sonraki Mâlikî fıkıh usulü, mezhebin Medine'deki tarihini teorik rasyonalizasyonunun bir parçası olarak entegre etmeye devam etmiştir. Bu teori, Mâlik'in memleketi olan Medine'deki âlimlerin

[36] Aşağıdaki 9. başlığa bkz..
[37] Yukarıdaki 1. Bölüm 4. Kısma bkz..

*İcma*nın bağlayıcı bir otorite teşkil ettiği konusunda ısrarcı olmuş ve bu ısrar, İslam dünyasındaki herhangi bir bölgenin bağımsız ve geçerli bir şekilde *icma* edip edemeyeceği tartışmasına yol açmıştır. Mâlikîlere karşı diğer mezheplerin usulcüleri Kur'ân'ın ve özellikle de Sünnet'in tüm ümmetin yanılmazlığını tasdik ettiğini ve bu metinlerde ümmetin herhangi bir kesiminin tek başına yanılmaz olabileceğini gösteren hiçbir delil olmadığını savunmuştur. Dahası, belirli bir coğrafi bölgenin *icma*sının tanınmasının bir paradoksa yol açacağını, zira örneğin Medine *icma*sına katılan bir müctehidin görüşünün Medine'de geçerli olacağını ancak şehirden ayrıldıktan sonra böyle olmayacağını savunmuşlardır. Bu hukukçular, Mâlikîlerin iddialarının bir başka sakıncalı sonuca, yani belirli bir coğrafi bölgenin, *icma*nın mihenk taşı olan ictihadın semerelerine geçerlilik ve otorite kazandırmak için doğal bir kapasiteye sahip olduğu sonucuna yol açtığını ileri sürmüşlerdir. Bu tür bölgesel bir *icma* iddiası sadece aklen anlamsız olmakla kalmayıp, aynı zamanda vahyedilmiş metinlerle de gerekçelendirilemez: ya *icma* tüm ümmetin (belirli bir nesilde yaşayan tüm müctehidler tarafından temsil edildiği şekliyle) *icma*sıdır ya da *icma* değildir.[38]

Dolayısıyla *icma*nın evrensel geçerliliği, akıl veya coğrafi ayrıcalık ya da vahiyden başka bir şeyle gerekçelendirilmemelidir. *Kıyâs* gibi *icma* da bir hukuk kaynağıdır, ancak yine de türev bir kaynaktır. Kur'ân ve Sünnet vahyedilmiştir, ancak *icma* öyle değildir; bu nedenle *icma*nın gerekçelendirilmesi bu iki kaynaktaki mevcut *delil*ler ile yapılmalıdır.

Bütün bir ümmetin bir hata üzerinde anlaşamayacağı argümanı tamamen rasyonel gerekçelerle desteklenemezdi çünkü hem Hristiyan hem de Yahudi ümmetlerinin birçok yanlış üzerinde ittifak ettiği biliniyordu. Bu nedenle *icma*nın delil oluşuna dair kanıt ya Kur'ân'da ya da Sünnet'te aranmalıydı. Ancak usulcülerin *icma* için Kur'ânî bir temel oluşturma yönündeki ilk girişimleri başarısızlıkla sonuçlandı, zira Kur'ân (Nisâ: 115 ayeti bile)[39] doğrudan *icma*nın kaynak olduğuna ilişkin bir delil sunmuyordu. Bu konuda neredeyse hiçbir şey içermeyen *mütevâtir* Nebevi *hadîs*ler de daha az hayal kırıklığı yaratmadı. Mevcut olan tek şey, ümmetin bir bütün olarak bir hata

[38] Bu teorik tartışma için bkz. Hallaq, *History*, 80.

[39] "Yolun doğrusu kendine apaçık belli olduktan sonra Rasûlullah'a karşı çıkan ve müminlerin yolundan başkasını izleyen kimseyi ... cehenneme atarız. Orası varılacak ne kötü bir yerdir."

üzerinde anlaşmasının imkansızlığından bahseden *âhâd hadîs*lerdi. "Ümmetim asla bir yanlış üzerinde ittifak etmez" ve "Kim ümmetinden az da olsa ayrılırsa İslam'ı terk etmiş sayılır" ifadeleri, bu *âhâd* rivayetlerin aktardığı manaları oldukça iyi temsil etmektedir. Bu rivayetlerin bir düzine ya da daha fazlası *icma*nın delil oluşu meselesiyle alakalı olsa da epistemolojik bir soruna yol açmaktadırlar. *Âhâd hadîs*ler zannîdir ve bu nedenle hiçbir şeyi kesin olarak kanıtlayamazlar. *İcma*, hukukun dört kaynağından biridir ve bu nedenle dayanağının kesin delillerden başka bir şey olmadığı gösterilmelidir.

Bu ikilemi çözmek için fakîhler manen tekrar eden (*manevî tevâtür*) rivayetlere başvurmuşlardır. *Âhâd* olmalarına rağmen bu rivayetler yalnızca sayıca çok olmakla kalmaz, aynı zamanda ifadelerindeki farklılığa rağmen ortak bir manaya, yani ilahi lütuf sayesinde ümmetin bir bütün olarak hataya karşı korunduğu temasına sahiptir. Ana temalarıyla birleşen çok sayıda rivayet, bu *hadîs*leri *manevî* ortak anlam türüne dönüştürür ve böylece yanılmaz nitelikte kesin bilgi verir.

Bir hukuk kaynağı olarak kesin bir şekilde tesis edilen *icma*, zannî olan metinsel delillere dayandırılabilecek herhangi bir hükmü epistemik olarak kat'ileştirir. Bu doktrinin gerekçelendirilmesinde ileri sürülen mantık şudur: zannî deliller üzerinde *icma* olması halinde, ümmet zaten hata yapamayacağı için deliller de hataya konu olamaz. Dolayısıyla, *kıyâs*ın altında yer alan ve hepsi de zannî kabul edilen istidlal yöntemlerine dayalı olarak *icma*ya varılabilir: bunların sonuçlarını kesin kılan şey *icma*dır. Bu doktrinin savunucuları, yani cumhur, zannî gibi görünen bir delil üzerinde *icma*ya varılması halinde, *icma*nın mümkün olmasının bu delilin kesin olduğuna inanmayı gerekli kıldığı görüşünü savunmuştur.

Metinsel delilin mahiyeti ne olursa olsun, *icma*nın nasıl gerçekleştiğinin tespiti sorusu ortada durmaktadır. Bu konuda çok fazla teorik tartışma yapıldı, ancak pratikte belirli bir meselede *icma*nın varlığına dair bilgi, geçmişe bakılarak ve müctehidlerin bu meselenin hükmünde ittifak ettiği gözlemlenerek belirlendi. Ve bu tür meseleler nispeten azdı.[40]

[40] İbn Hazm (ö. 456/1063) *icma*ya konu olan fıkhi meseleleri *Merâtibu'l-İcmâ'* adlı küçük bir eserde toplamıştır. Ancak İbn Teymiyye (ö. 728/1327) İbn Hazm'ı, *icma*nın tanımını aşırı bir şekilde genişletmekle suçlamıştır. İbn Teymiyye, *Nakdu Merâtibu'l-İcmâ*"da hiçbir hukuki ihtilafa konu olmadığını düşündüğü fıkhi meseleleri yeniden özetlemiştir. Modern bir baskıda *Nakd*, iki düzineden daha az sayfadan oluşmaktadır.

7. Hukuki Akıl Yürütme

Çıkarımsal akıl yürütmeye başlamadan önce, hukukçu kullandığı metnin anlamını ve uygunluğunu tespit etmeli ve *nesh*edilmediği sürece geçerliliğini belirlemelidir. Akıl yürütmesinin onu kendi mezhebinde ya da daha geniş hukukçular topluluğu arasında yerleşik mutabakattan farklı ya da ona aykırı sonuçlara götürmemesini sağlamak için *icma*ya konu olan meseleler hakkında bilgi sahibi olması gerekirdi. Bu gerekliliğin önemi, *icma*nın kendisine konu olan meselelere kesinlik kazandırarak onları Kur'ân'daki kat'î ifadeler ve *mütevâtir hadîs*ler seviyesine yükseltmesinden kaynaklanmaktadır; dolayısıyla, bu tür karara bağlanmış konuları yeni çözümlere tekrardan açmak, Kur'ân'daki kat'î ayetler ve *mütevâtir hadîs*ler de dahil olmak üzere kesinliği sorgulamak anlamına gelecektir. Ancak, daha önce de belirttiğim gibi, *icma*nın kesinliğine tabi olduğu tespit edilen konular, *hilaf* veya hukuki ihtilafa konu olanlara kıyasla sayısal olarak oldukça azdır.[41] Bununla birlikte, çıkarımsal akıl yürütmenin yalnızca iki durumda, yani söz konusu meselenin *icma*ya tabi olmadığı (*hilaf* türü içinde kaldığı) veya tamamen yeni olduğu durumlarda meşru olduğu hususu geçerliliğini korumaktadır.

Fıkıh usulcüleri, bazıları genel bir terim olan *kıyâs* altında toplanan, diğerleri ise *istıslâh*, *istihsân* ve *istidlâl* gibi başlıklar altında ele alınan çeşitli hukuki akıl yürütme türlerini kabul etmişlerdir. *İcma*dan sonra hukukun dördüncü kaynağı olarak kabul edilen *kıyâs* ile başlıyoruz.

Kıyâs. Bu kategorinin "hukuk kaynağı" olarak nitelendirilmesi, bir hukukçunun kendisinden istidlalde bulunacağı *maddi* bir kaynak olduğu anlamına gelmemelidir. Bunun yerine, yalnızca fakîhin hukuki normlara *kendisiyle* ulaştığı bir dizi yöntem sağladığı ölçüde bir kaynaktır. Bu yöntemlerin en yaygın ve önde geleni analojidir. Tüm hukuki argümanların prototipi olarak *kıyâs*ın dört unsurdan oluşmaktadır: (1) hukuki bir çözüm gerektiren yeni mesele; (2) vahyedilmiş metinlerde geçen veya *icma* ile onaylanan asıl mesele; (3) *ratio legis* veya hem yeni hem de asıl meselede bulunan ortak illet; ve (4) asıl meselede bulunan ve iki konu arasındaki benzerlik nedeniyle yeni meseleye aktarılması gereken hukuki hüküm. Hukuki analojinin arketipik örneği şarap konusudur. Bir hukukçu, hurma şarabının hükmüne karar vermesini gerektiren bir meseleyle

[41] Bir önceki dipnota bkz.

karşı karşıya kalırsa, vahyedilmiş metinlere bakar ve üzüm şarabının Kur'ân tarafından açıkça yasaklandığını görür. Ortak payda, *ratio legis*, bu durumda her iki içecekte de bulunan sarhoş edicilik özelliğidir. Hukukçu, üzüm şarabı gibi hurma şarabının da sarhoş edici niteliği sebebiyle yasaklandığı sonucuna varır.

*Kıyâs*ın dört unsurundan *ratio legis* (*illet*) hem tartışmalara hem de kapsamlı analizlere konu olmuştur, zira iki şey arasındaki benzerlik iddiası istidlalin temel taşı ve belirleyicisidir. Bu nedenle pek çok tartışma *illet*in belirlenmesine hasredilmiştir, zira metinlerde açıkça ifade edildiği görülse de daha çok ima edilmiş ya da işaret edilmiştir. Bu yüzden sıklıkla, *illet*i metinlerden çıkarım yoluyla elde etme ihtiyacı hasıl olmuştur. Örneğin, Hz. Peygamber'e olgun hurmaların olgunlaşmamış hurmalarla mübadele edilmesinin hükmü sorulduğunda şöyle demiştir "Olgunlaşmamış hurmalar kuruduktan sonra ağırlıklarını kaybederler mi?" Kendisine olumlu cevap verildiğinde, böyle bir takasın haram olduğunu söylediği bildirilmektedir. Bu *hadîs*teki *illet*, yasağın kuru hurmanın ağırlığını kaybetmesine dayandırıldığı kolayca anlaşıldığı için açık kabul edilmiştir; dolayısıyla, aynı nesnenin eşit olmayan miktarlarını veya ağırlıklarını içeren bir alışveriş, İslam hukukunda açıkça yasaklanmış olan faiz olacaktır. Öte yandan, bu *illet* yalnızca ima edilmiş de olabilir. Bir *hadîs*te Hz. Peygamber şöyle demiştir: "Çorak bir araziyi ekip biçen kişi, onun mülkiyetini elde eder." Benzer şekilde, Kur'ân Mâide: 6'da şöyle buyurulur: "Eğer namaz kılacaksanız, öyleyse abdest almanız gerekir." Bu örneklerde *illet*, bu dilin semantik yapısında, "Eğer... o zaman..." gibi şart cümlelerine indirgenebilir olarak önerilmektedir. Ardından gelen "öyleyse..." ifadesi, tıpkı çorak bir toprağın mülkiyetinin onu işlemekle elde edilmesi gibi, abdest almanın *illet*inin namaz olduğunu gösterir. Burada namazın abdesti gerektirdiğini, ancak abdestin her zaman sadece namazdan kaynaklanmadığını anlamak önemlidir. Çünkü kişi namaz kılmadan da abdest alabilir ama bunun tersi mümkün değildir. Aynı şey çorak arazi mülkiyeti için de geçerlidir. Bir kişi çorak bir araziye onu ekip biçmeden de sahip olabilir, ancak önemli olan onu işlemesi ve daha sonra ona hak kazanmasıdır.

*İllet*ler bir meseleler sınıfına veya bir cinsin altında yer alan münferit bir vakaya uygulanabilir. Örneğin, cinayet suçunda, hem kasıt hem de dini eşitlik unsurları (yani, katil ve maktulün her ikisinin de Müslüman veya her ikisinin de Hıristiyan olması) mevcut olduğunda idam cezası uygulanır. Ancak idam cezasının yalnızca cinayetin söz konusu olduğu durumlarda uygulanabileceği düşünülmemelidir.

Örneğin, *irtidâd* ve evli bir kişi tarafından işlenen *zina* suçları da bu cezayı gerektirir.

İllet birden fazla nitelikten de oluşabilir ve bunların hepsinin kendilerinden normatif bir kuralın doğmasına "neden olduğu" düşünülmelidir. Örneğin, hırsızlık cezasının *illet*i beş özelliği kapsar: (1) bir şeyin gizlice alınması; (2) çalınan nesnenin asgari bir değere sahip olması (normalde 10 *dirhem* veya eşdeğeri olarak belirlenir); (3) nesnenin hiçbir şekilde hırsızın malı olmaması; (4) muhafaza edildiği yerden çıkarılması (*hirz*); ve (5) hırsızın tam hukuki ehliyete sahip olması.[42] Bir eylemin el kesme cezasını gerektiren hırsızlık (*sarika*) olarak nitelendirilebilmesi için bu özelliklerin hepsinin bulunması gerekir. Her bir özellik gereklidir; ancak hiçbiri tek başına *illet*i sağlamak için yeterli değildir.

Bu durumda, hükmün arkasındaki mantık anlaşılabilir: belirli bir nesneyi belirli koşullar altında çalmak *sarika* olarak nitelendirilir; bunun için de bir ceza ve caydırıcı olarak el kesme cezası öngörülmüştür. Aynı şekilde, şarabın sarhoş edici özelliği onu haram kılar çünkü sarhoşluk aklı etkisiz hale getirir ve başka şeylerin yanı sıra dini vazifelerin yerine getirilmesini engeller. Bu örnekte yasağın gerekçesini anlıyoruz. Bununla birlikte, bazı özellikler nedeni açıklamaz. Örneğin, yenilebilir olma vasfının neden faiz yasağı için *illet* olması gerektiğini bilmiyoruz; tek bildiğimiz şey, yenilebilirlik özelliğine sahip hiçbir nesnenin faiz içeren bir işlemin konusu olamayacağıdır.

*İllet*i oluşturan nitelikler bir kez belirlendikten sonra, asıl meselede hükmü doğuran niteliklerin tamamı olarak kabul edilmelidir. Ancak yine de, açıkça şart koşulan bir *illet* ile istinbat edilen *illet* arasında bir ayrım vardır. Açıkça belirtilen *illet*in örneği, yukarıda zikredilen olgunlaşmamış hurmaların takasıyla ilgili *hadîs*te bulunabilir. *Bu hadîs*te nedenselliğin dili açık kabul edilir: olgunlaşmamış hurmaların olgunlaştıkça ağırlıklarını kaybetmeleri sebebiyle yasak getirilmiştir, bu da olgun hurmaların faizle takas edilmesini engelleyen bir durumdur.[43]

Bununla birlikte, *illet*, hükümle nedensel olarak daha az açık bir şekilde bağlantılı olabilir. Fakîhler, Kur'ân İsrâ: 23'teki "Onlara [anne babaya] 'öf' bile deme, onları azarlama, onlara güzel söz söyle"

[42] Hırsızlık (*sarika*) ile ilgili detaylı bilgi için bkz. Bölüm 10, kısım 2 (iv).

[43] Basrî, *Mu'temed*, II, 775-77; Cüveynî, *Burhân*, II, 774 vd.; Şirâzî, *Şerhu'l-Luma'*, II, 844-45.

ayetinden, kişinin anne babasına "öf" demesinin, bu ifadenin içerdiği saygı eksikliği sebebiyle yasak olduğunu anlamışlardır. Eğer "öf" demek yasaklanmışsa, o zaman kişinin anne babasına vurması *evleviyetle* yasaklanmış demektir. Vurma yasağı dolaylı olarak "öf" deme yasağından doğmaktadır ve metinlerde açıkça belirtilmemiştir. Bazen, olayların sırası da *illet*in anlaşılmasına yardımcı olabilir, çünkü sıra nedensel olarak yorumlanır. Örneğin Hz. Peygamber, bir adamın Ramazan ayında oruçlu olduğu saatlerde karısıyla cinsel ilişkiye girdiğini duyunca bir köle azat etmesini veciz bir şekilde emretmiştir. Hz. Peygamber, ihlal ile emir arasındaki bağlantıyı net bir şekilde ortaya koymasa da, olayların sıralaması onları neden-sonuç ilişkisi içinde bağlantılı hale getirir. Hz. Peygamber, özel emrine zemin hazırlayan belirli bir olay meydana gelmeden bu şekilde davranmazdı.

İllet, icma ile de bilinebilir. Örneğin, babanın reşit olmayan çocuklarının mallarını yönetme ve kontrol etme konusunda serbest olduğu fakîhlerin genel ittifakıdır. Burada, küçüklük bu sınırsız davranış biçimi için bir *illet*tir ve mülkiyet yeni durumdur. Dolayısıyla bu *illet*, bir babanın çocukları üzerindeki sınırsız fiziksel kontrolü gibi bir başka yeni duruma aktarılabilir.

*İllet*in keşfedilmesi ve değerlendirilmesi için önemli bir yöntem de uygunluktur (*münâsebe*). Kur'ân şarap tüketimini yasaklar çünkü şarap sarhoş edicilik özelliğine sahiptir ve sarhoş olan kişinin dini görevlerini ihmal etmesine yol açar. Fıkıh usulcüleri, Kur'ân yasağın nedenini belirtmemiş olsaydı dahi, yine de bu yasağın sarhoşluğun zararlı sonuçları nedeniyle konulduğu sonucuna varacağımızı ileri sürmüşlerdir. Bu, *münâsebe* temelinde akıl yürütmedir, çünkü biz, vahiyden bağımsız olarak ve akıl yetimiz aracılığıyla, sarhoşluğun zararlı etkilerini ve dolayısıyla bazı yasak türlerinin arkasındaki mantığı kavrayabiliyoruz.

Yukarıdaki 2. kısımda yaptığımız açıklamaların ışığında, *münâsebe* yöntemi içinde ve dışında rasyonelliğin sınırları olduğunu söyleyebiliriz. Hukuk her zaman (yalnızca) rasyonel yollarla analiz edilip kavranamayacağı için, akıl ve onun neticeleri her zaman hukuki öncüller ve onların sonuçlarıyla uyum içinde olmayabilir. Bu nedenle, *münâsebe* bazen hukuka uygun (*mülâim*), bazen de ilgisiz (*garîb*) olabilir. Hiçbir *illet*, uygun olmadan *münâsib* kabul edilemez; uygun olmayan herhangi bir *illet* de kendiliğinden (*ipso facto*) gayrı *münâsib* hale gelir ve bu da onu daha fazla hukuki değerlendirmeye alınmaktan alıkoyar. Reşit olan boşanmış kadınlar söz konusu

olduğunda, bu boşanmış kadınların sahip olduğu hayat tecrübesi sayesinde erkek velayetinden feragat edilir. Dolayısıyla, bu tür boşanmış kadınlar bir velinin onayına ihtiyaç duymadan yeniden evlenebilirler. Mantıksal olarak, bu akıl yürütme reşit olmayan boşanmış kadınlar için de geçerlidir, ancak rasyonel olarak bu uygun değildir çünkü hukukun reşit olmayanların refahını ve menfaatlerini korumadaki amaçlarına aykırıdır.

*Münâsebe*nin amacı, hukukun temel ilkeleri aracılığıyla tanımlanan kamu yararına (*maslahat*) hizmet eden "uygun" rasyonel akıl yürütme yollarını sunmaktır. Başka bir deyişle, hukuku *münâsebe* ışığında yorumlamak, *illet* evvelemirde metinsel olmadığı için vahyedilmiş metinlerden bağımsız olarak gerçekleştirilir.[44] Bilakis *münâsebe*, rasyoneldir ve zararlı olanı yasakladığı, dünya ve ahiret için iyi olanı teşvik ettiği bilinen hukukun ruhuna uymaya çalışır. Zararın sistematik olarak hariç tutulması ve faydanın dahil edilmesi hukukun gayeleridir (*maksud*) ve rasyonel uygunluk argümanının bu gayelere uyması gerekir. Canın, dinin, özel mülkiyetin, aklın ve neslin korunması bu amaçların en belirgin olanlarıdır. Bunlar vazgeçilmez gereklilikler (*zaruriyyât*) olarak bilinir, çünkü bunlar olmadan hiçbir toplum veya hukuk sistemi anlamlı bir şekilde var olamaz. Bir de ihtiyaçlar (*haciyyât*) başlığı altında yer alan diğer destekleyici gayeler vardır. Bunlar vazgeçilmez gereklilikler olarak görülmese de düzenli bir toplumu sürdürmek ve *zaruriyyât*ın başarılı bir şekilde uygulanmasına zemin hazırlamak için *gerekli*dirler. Reşit olmayan bir kadının evlendirilmesi için bir veli tayin edilmesinin gerekliliği *haciyyât*a örnek verilebilir. Burada ne can ne de çocuk tehdit altındadır, sadece reşit olmayanların menfaatlerinin korunması söz konusudur ki bu da toplumun düzenli ve adil işleyişini sağlamak için *gerekli* olan bir korumadır.

"Hukukun gayeleri" içinde yer alan üçüncü ve son kategori, *zaruriyyât* ve *haciyyât* gayeleriyle doğrudan bağlantılı olmayan konularla ilgili hukuki unsurları içeren ve "iyileştirmeler" (*tahsiniyyât*) olarak adlandırılan kategoridir. Kölelerin bir mahkemede şahitlik yapmasının yasaklanması, doğrudan *zaruriyyât* ve *haciyyât*a hizmet etmez, ancak şahitliğin dayandığı yüksek sosyal statü standartlarını korumayı amaçladığı için hukukun genel gayelerine hizmet eder. Kölelerin düşük sosyal statülerinin, onların bağımsız şahitlik yapmalarını engelleyeceği kabul edilmiştir. Dolayısıyla *münâsebe* rasyonel

[44] *Maslahat* ile ilgili geniş bilgi için bkz. Kamali, *Principles*, 338-56.

bir yöntem olsa da, bunun ne ölçüde ve hangi koşullar altında kabul edilip edilmeyeceğini belirleyen bir ruh olan kanunun ruhuna uygun olmalıdır. Bu ruh, uygun olan ve olmayan *münâsebe* arasında ayrım yapar, çünkü uygun olan sadece bu ruhla değil, nihayetinde kanunun lafzıyla da uyumludur.

Analojik kıyastaki *illet* bir kez belirlendikten ve asıl mesele ile yeni mesele arasındaki *uygun* ve *eksiksiz* ortak faktör olduğu teyit edildikten sonra, hukuki hükmün önceki meseleden sonraki meseleye aktarımı konusunda geriye çok az şey kalmış olur. Ancak analoji, *kıyâs*ın kapsamına giren tek istidlal yöntemi değildir. Bir başka önemli akıl yürütme de *kıyâs*ın evleviyet (*a fortiori*) türüdür. Hukukçular, Kur'ân Mâide: 3'te yer alan "Leş, kan ve domuz eti size haram kılındı" ayetindeki domuz eti ifadesini yaban domuzu da dahil olmak üzere her türlü domuz etini kapsayacak şekilde anlamışlardır. Halbuki burada asıl işaret edilen evcil domuzlardı. Teknik olarak evleviyet *kıyâsı*, *kıyâs*ın en ikna edici biçimleri olduğu düşünülen özelden genele (*a minore ad maius*) ve genelden özele (*a maiore ad minus*) akıl yürütme olmak üzere iki türden oluşur. Birinci türün bir örneği Kur'ân Zilzâl: 7-8'de bulunabilir: "Kim zerre miktarınca bir iyilik yapmışsa onu görecek, kim de zerre miktarınca bir kötülük yapmışsa onu görecektir." Bu ayetten, zerre miktarından daha fazla iyilik yapmanın ödülünün ve zerre miktarından daha fazla kötülük yapmanın cezasının, sadece bir zerre ağırlığı için vaat edilenden daha büyük olduğu anlaşılmıştır. İkinci tür olan genelden özele akıl yürütmenin örneği, Kur'ân'ın Müslümanlara karşı savaşan gayrimüslimleri öldürme iznine dayanan hükümlerde görülebilir. Bu izinden, savaşan kâfirin mallarına el konulması gibi öldürme dışındaki fiillerin de meşru olduğu anlaşılmıştır.

Bazı hukukçular *evleviyet*in (*a fortiori*) ilk etapta istidlale dayalı bir argüman olmadığını, zira "yaban domuzunun eti haramdır" gibi bir önermenin hiçbir çıkarıma ihtiyaç duymadığını, çünkü Kur'ân'ın dilinin kendi anlamının zorunlu bilgisini doğurduğunu ve hiçbir istidlal süreci gerektirmediğini savunmuştur. Dolayısıyla buradaki ayırım, bilgi edinmenin çıkarımsal ve dilsel araçları arasındadır. Belirli bir meselenin hükmünü koymak için açıkça vahyedilen ifadeleri içeren daha yüksek bir dilsel kategorinin aksine, bu *a fortiori* önermeler kategorisi, açıkça belirtilmemiş ancak bu önermelerin dilinden sarahaten anlaşılan konularda hüküm koymayı amaçlamaktadır. Bu kategorideki hukuki meselelere metinlerde *işaret edilir* ancak bunlar spesifik olarak ifade edilmezler. Yine de buradaki delalet o kadar

güçlüdür ki, dilde içkin olan *illet*, zihne empoze edilmese de herhangi bir istidlalde bulunmaksızın akıl tarafından kavranır. Bununla birlikte, *evleviyet*in güçlü delalet-dilsel gücünü kabul etmekle birlikte, usulcülerin çoğunluğu onu genel *kıyâs* kategorisi altına almakta ısrar etmiştir.

Üçüncü bir argüman türü de *abese irca*dır (*reductio ad absurdum*); bu, belirli bir kuralın zıddının, iki durumun *illet*inin çelişkili olduğu gerekçesiyle başka bir duruma uygulandığı bir akıl yürütme şeklidir. Bu argümanın temel taşı, bir kuralın zıddının yanlışlığını veya geçersizliğini göstererek belirlenmesidir. Başka bir deyişle, bir kuralın diğerine taban tabana zıt olduğu, geçersiz veya yersiz olduğu kanıtlanırsa, ikincisi tek sağlam veya geçerli kural olarak ortaya çıkar. Bir *illet*in var olmamasının, aksi takdirde bu *illet*ten doğması gereken kuralın yokluğuna yol açtığı varsayımından hareket eden argüman da aynı türdendir. Örneğin, hukuka aykırı bir şekilde gasp edilen bir hayvan söz konusu olduğunda, Hanefîlere göre *gâsıp*, hayvanın yavrusuna ilişkin zararlardan sorumlu değildir çünkü yavru, annesinden farklı olarak gasp edilmemiştir.[45]

Yukarıdaki izah, *kıyâs*ı mantıksal yapı perspektifinden ortaya koymaktadır ki bu yaklaşım, bu kategoriyi analiz etmenin önemli olsa da sadece bir yoludur. Bu tür bir analizin önemi, modern araştırmaların dikkatlerini *kıyâs*a çevirmeye başlamalarından itibaren, onu sistematik olarak analojik biçimine indirgemeyi başarmış olmaları ve böylece diğer bileşenlerini ihmal etmeleri gerçeğinde yatmaktadır. Bu yanılgının direnci, 1980'lerde bu yanılgıya ilişkin düzeltmeler yapılmış olmasına rağmen azalmayan etkisinden anlaşılmaktadır.[46]

Durum öyle dahi olsa ve mantıksal yapısının analizine ek olarak, *kıyâs*, ilgili *illet* türüne ve bu türün epistemik gücüne göre de sınıflandırılabilir. Bu açıdan bakıldığında, *kıyâs* iki ana istidlal türüne ayrılır: illet *kıyâs*ı ve delalet *kıyâs*ı. İllet *kıyâs*ı türünde, *illet* ve arkasındaki gerekçe kolayca belirlenebilirken, delalet *kıyâs*ında gerekçe yalnızca çıkarım yoluyla elde edilir veya hiç bilinmez. Şarap sarhoş edici niteliği sebebiyle yasaklanmıştır ve yasağın ardındaki gerekçe sarhoşluğun dini görevlerin yerine getirilmesinde dikkatsizlik ve ihmal de dahil olmak üzere çirkin davranışlara yol açmasıdır. Burada gerekçe bilinmektedir. Ancak delalet çıkarımlarında gerekçe yalnızca varsayım yoluyla bilinir; örneğin faizin yasaklanmasının

[45] 9. Bölüm 3. Kısma bkz.

[46] Hallaq, "Non-Analogical Arguments in Sunni Juridical Qiyâs."

ardındaki *illet*in yenilebilirlik (Şâfiîlere göre) veya ağırlığının ölçülebilirliği (Hanefîlere göre) olduğunu varsaymak gibi. Ancak hiçbir vahyedilmiş metin birinin ya da diğerinin (veya her ikisinin) yasağın arkasındaki gerekçeyi oluşturduğunu açıkça belirtmez. Bununla birlikte, iki tür *kıyâs* arasındaki fark genellikle öze değil şekle ilişkindir. Allah "Namaz kıl, çünkü güneş battı" da diyebilirdi, "Güneş battığında namaz kıl" da diyebilirdi. İlk emir illete dayalı bir istidlale yol açarken, ikincisi yalnızca delalete dayalı bir istidlale izin verir. Namaz ve gün batımı arasındaki ilişki her halükarda muallel değil, daha çok bir eşzamanlılık meselesidir.

İstihsân. Birinci bölümde, ikinci/sekizinci yüzyıl Irak merkezli fıkhî akıl yürütmenin her zaman doğrudan vahyedilmiş metinlere dayanmadığını gördük; bu durum Şâfiî'nin "beşeri şeriat koymak" olarak adlandırdığı şeye karşı sert bir eleştiri başlatmasına neden oldu. Başlangıçta *re'y* başlığı altında toplanan bu akıl yürütmenin önemli bir kısmı *istihsân* olarak bilinir hale gelmiştir. Hanefî ekolünün gelenekselleşmesiyle birlikte ki bu sürecin başlangıcı Muhammed b. Şücâ es-Selcî'nin katkılarıyla ilişkilendirilebilir, üçüncü/dokuzuncu yüzyıldan sonra Hanefî usulcüler kendilerini artık keyfi akıl yürütmeyle eşanlamlı olan *re'y* ile ilişkilendiren her türlü itibardan uzaklaştırmaya çalıştılar. Hukuki akıl yürütmenin tartışmasız paradigması olarak gelişen normatif uygulamayı takip ederek, hiçbir *istihsân* argümanının vahiy metinleri dışında herhangi bir temele dayanamayacağı konusunda ısrar ettiler. Aslında, ictihadlarında keyfi akıl yürütmenin var olduğunu hiçbir zaman kabul etmediler. Ancak *istihsân*da yapılan teknik değişiklikler, onu başta muhafazakar Hanbelîler olmak üzere diğer ekoller için de kabul edilebilir hale getirdi.

Fıkhı usûlünde *istihsân*, bazı durumlarda *kıyâs*ın standart formuna "tercih edilen" başka bir şeklinden biraz daha fazlasıydı. Basitçe ifade etmek gerekirse *istihsân*, muhtemelen vahyedilmiş bir metinden yola çıkan ancak *kıyâs* yoluyla ulaşılandan farklı bir sonuca götüren akıl yürütmedir. Örneğin bir kimse Ramazan ayında oruç tutması gerekirken ne yaptığını unutur ve yemek yerse, bilerek veya bilmeyerek vücuduna yiyecek girdiği için *kıyâs*a göre orucu bozulur. Ancak bu durumda *kıyâs*, yeme eylemi bir hata sonucu gerçekleşmişse orucun geçerli olduğunu bildiren bir Nebevî *hadîs* sebebiyle terk edilmiştir. Buradaki *kıyâs*ın dayandığı gerekçe, genellikle istisnaya izin verilmeyen geniş bir hukuk alanına giren bir akıl yürütmedir. Ramazan orucu herhangi bir günde bozulursa, *kıyâs*a göre bunun kaza edilmesi gerekir. Ancak *istihsân*ın bir metne dayanmasına

rağmen, bu metnin seçimi, hukukta bir istisna yaratma amacını ifade etmektedir. Eğer hata orucu bozmuyorsa, o zaman bunun için kefâret veya kaza gerekmez.

İstihsân istisnalarının hepsi olmasa da bazıları *nass*larla gerekçelendirilmiştir. Aslında birçoğu ya *icmâ*ya ya da zaruret ilkesine dayanıyordu ki bu sonuncusu Şâfiî'nin sert bir reaksiyon göstermesine neden oldu. Örneğin, malların mübadelesini içeren herhangi bir sözleşmenin geçerli olması için hemen ödeme yapılması gerekir. Ancak bazı kira sözleşmeleri bu şartı yerine getirmez ki burada *kıyâs*a başvurulduğunda bu akitler geçersiz olur. Asırlar boyunca insanların ortak uygulaması, bu sözleşme biçimlerini günlük yaşamlarında kabul etmek olmuştur ve bu, *icmâ*ya eşdeğer olarak görülmektedir. Kesinliği sağlayan bir delil olarak *icmâ*, vahyedilmiş metinler ile eşdeğer hale gelir ve böylece burada yer alan akıl yürütmeye Kur'ân veya *hadîs*in sağlayacağı gücün aynısını verir.

Aynı şekilde, zaruret çoğu zaman *kıyâs* ile ulaşılan sonuçların *istihsân* ile ulaşılanlar lehine terk edilmesini gerektirir. *Kıyâs*a göre necis su ile yıkanmak namazı bozarken *istihsân*a göre bozulmaz. Burada yeni ve temiz su elde etmek her zaman kolay olmadığı için *kıyâs* sıkıntıya yol açacaktır. Zaruretin katı akıl yürütmeden ayrılmayı meşrulaştıran bir ilke olarak kabul edilmesi hem Kur'ân'dan hem de Sünnet'ten elde edilmiştir ve bu ilkenin bu iki kaynak tarafından onaylandığı görülmektedir. Zira hükümlerde zaruret kabul edilmediğinde zorluktan başka bir şeye yol açmaz. Böylece zaruret bağlamında *istihsân*, vahyedilmiş nasslar tarafından meşrulaştırılmış ve metne dayalı delillerin akli ayrımını yansıtmıştır.[47]

Bu ayrım nihayetinde iki *illet* arasındaki bir ayrımdır; biri asıl mesele ile yeni vaka arasında bir müştereklik kurarken, diğeri - ilk *illet* tarafından oluşturulan kuralı dikkate almakla birlikte - daha uygun ve ilgili bir metne dayanarak bu kurala bir istisna oluşturur. Bu uygunluk, "tercih edilen *kıyâs*"[48] olarak adlandırılan ve gerçek kıyastan ayırt edilmesi gereken bir kategoriye yol açar. Yırtıcı kuşlar ile yırtıcı hayvanlar arasındaki analoji buna bir örnektir. Birincisinin etinin insanlar tarafından tüketilmesi yasaklanmıştır çünkü ikincisi vahyedilmiş metinler tarafından dinen necis ve bu nedenle de haram kabul edilmiştir. Buradaki *illet*, her iki tür hayvanın etinin de necis olmasıdır. Sonuç olarak yırtıcı kuşların artığı yiyecekler de tıpkı

[47] Makdisi, "Legal Logic," 85.
[48] Serahsî, *Usûl*, II, 204.

yırtıcı hayvanların artığı leşler gibi necis kabul edilerek tüketilmeleri yasaklanır. Ancak yırtıcı kuşların bıraktığı yiyecekler insanlar için *istihsân*en helaldir. Çünkü yırtıcı hayvanlar yemek yerken salya salgılarlar ve salyaları yiyeceklerine temas ederek onu insanlar için necis hale getirir. Buna karşılık kuşlar beslenirken salya salgılamazlar, çünkü kemikten yapılmış olan gagaları yiyecek toplarken kuru kalır. Burada, kemiklerin dinen temiz olduğunu, ölü hayvanların kemiklerinin kullanılmasına izin veren vahyedilmiş metinlerden biliyoruz. Ancak tüm bu metinsel destek ve hukuki akıl yürütme, yırtıcı kuşların dokunduğu yiyeceklere bir istisna yaratma ihtiyacının zaruret ilkesine dayandığı temel gerçeğini örtbas etmemelidir. Bu tür kuşların dokunduğu tüm yiyecekler fıkhi açıdan yenmez hale gelirse, toplum ciddi zorluklarla karşı karşıya kalır, bu da hukukun temel ruhuna ve amaçlarına aykırıdır.[49]

Maslahat. İkinci/sekizinci yüzyılın Iraklı Hanefîleri gibi Medineliler de, baş hukukçuları Mâlik b. Enes dâhil olmak üzere, doğrudan vahyedilmiş metinlere dayanmıyor gibi görünen akıl yürütmelere başvurmuşlardır. Bu usul, kabaca "kamu yararı" şeklinde tercüme edilen *ıstıslâh*/*maslahat* olarak bilinir hale geldi. Daha sonraki Mâlikî fıkıh usûlü yine de Medineli seleflerinin metinsel destek olmadan akıl yürüttüklerini reddetmiştir. Bu şekilde kamu yararı temelinde ilerlemenin, günün sonunda ya evrensel bir hukuk ilkesine ya da belirli, vahyedilmiş bir metne dayanması gerektiğini savundular.

*Kıyâs*ta *illet*in uygunluğunun (*münâsebe*) belirlenmesinde kamu yararının oynadığı önemli role daha önce işaret etmiştik. *İllet* ve *münâsebe* arasındaki bu ilişki nedeniyle *maslahat kıyâs*ın bir uzantısı olarak kabul edilir. Bu nedenle, çoğu fıkıh usûlcüsü ona müstakil bir bölüm veya fasıl ayırmaz, onu *münâsebe* kategorisi altında ele alır. Bu durum, *kıyâs*ın, fıkıh usûlü öğrencileri tarafından yeterince takdir edilmeyen bir olgu olan, kuralların lafzi olmayan çıkarımlarına yaptığı yoğun vurguyu doğrulamaktadır.

Böylece, kapsamlı bir *fıkıh* çalışmasına dayanarak, hukukçular Şeriatın altında yatan beş evrensel ilke olduğunun farkına vardılar: canın, aklın, dinin, özel mülkiyetin ve neslin korunması. Buradaki akıl yürütme, hukukun açıkça insan hayatının bu beş alanını korumak ve desteklemek için var olduğu ve bu hukuktaki hiçbir şeyin bu ilkelere veya uzaktan da olsa bunların sonuçlarından herhangi birine aykırı olamayacağıydı. Bir konudaki kamu yararı özelliğinin beş

[49] *İllet*in *istihsân*da kullanımı ile ilgili geniş bir tartışması için bkz. Hallaq, *History*, 110-11.

evrensel ilke ile kuşkuya yer bırakmayacak şekilde bağlantılı olduğu gösterilebilirse, akıl yürütme *ıstıslâh*a göre yapılmalıdır. Evrensellik şartı aynı zamanda Müslüman toplumun genelinin çıkarlarına hizmet edilmesini sağlamayı amaçlamaktadır.[50]

8. Müctehidler, Mukallitler ve Fetvâlar

Şeriatın tüm yapısının merkezinde, insanın entelektüel yetisinin Allah'ın iradesi ile insan gerçekliği arasında aracı olduğu fikri yer alır. *İçtihat* olarak adlandırılan bu yeti, her şeyden önce bireysel ve hukukidir. Daha önce karşılaşılmamış bir durumun ortaya çıkması üzerine, bir görüş olarak ortaya konulan bir çözüm sunması için *ictihad*a başvurulur. İslam hukukunun en belirgin unsurlarından ve mümeyyiz özelliklerinden biri olan *ictihad*, sadece bir görüştür. Hukuki gerçeklik üzerinde tekel iddiasında bulunmadığı gibi, herhangi bir yaptırım gücü de tesis etmez. İşte tam da bu noktada Şeriatın "hukuku", yani *ictihadî* görüş, modern devletin hukukundan temelden ayrılır. İslam hukuku, en azından bu açıdan bakıldığında, modern anlamda bir hukuk değildir.[51]

Şimdi, bu yetiye sahip olan hukukçu *müctehid*tir. *Müctehid*, her halükarda Allah tarafından bir konu için amaçlanan bir çözüme ulaşmak maksadıyla akli melekelerini sonuna kadar kullanan kişidir. Peki bir hukukçunun *müctehid* olarak nitelendirilebilmesi için taşıması gereken şartlar nelerdir? Başka bir deyişle, bir hukukçunun *ictihad* yapabilmesi için hangi hukuki niteliklere sahip olması gerekir? Öncelikle belirtmek gerekir ki, fıkıh usûlü hem soruyu hem de nitelikler meselesinin cevabını vermiş olsa da hukukçuların bu gereklilikleri karşılayıp karşılamadıklarının test edildiği resmi bir prosedür yoktu. *İctihad* yapmak, geçerli yerel veya bölgesel normlar tarafından düzenlenen bir hukuk pratiği meselesi olarak kalmıştır. Başka bir deyişle, *ictihad* yapma yeterliliğine sahip olduğunu iddia eden bir hukukçu, ilim camiası tarafından zımni bir şekilde onaylanmış kişidir.

Bu durum göz önünde bulundurularak, bir hukukçunun yerine getirmesi beklenen ilk koşul, hukuki konulara değinen 500 kadar Kur'ân ayeti hakkında uzmanlık bilgisine sahip olmasıdır. İkinci olarak, tüm hukuki *hadîs*leri bilmeli, güvenilir ve sahih *hadîs*leri böyle

[50] Gazâlî, *Mustasfâ*, I, 284-315.

[51] Birçok modern hukuk sisteminin (ABD'ninki de dahil olmak üzere) özel hukuki görüşlere dayandığı – ki bunlar daha sonra yargı pratiğinin ayrılmaz bir parçası haline gelir - doğru olsa da, modern hukuk doktrini böyle bir görüşler bütününden elde edilmez. Şeriatta görüş/*ictihad* hukuk doktrininin yegane temelidir.

olmayanlardan ayırabilmek için *hadîs* tenkidinde yetkinlik kazanmalıdır. Ancak sahih kabul edilen *hadîs*leri zaten kaydetmiş olan muteber eserlere de güvenebilir. Üçüncüsü, mecazi kullanımlar, *'âmm* ve *hass* lafızlar, eş anlamlı ve tek anlamlı lafızlar gibi kompleks durumları anlayabilmek için Arapçayı bilmelidir. Dördüncü olarak, *nesh* teorisi ve *nesh*edilen ayetler hakkında kapsamlı bir bilgiye sahip olmalıdır. Beşinci olarak, hukuki akıl yürütme sanatında, *kıyas*ın nasıl yapıldığı ve *illet*lendirme ilkeleri (yani *illet*in tespiti ve hukuki çıkarımlarda kullanılması) konusunda derinlemesine bir eğitim almış olmalıdır. Altıncı olarak, *icma* ile kabul edilmiş tüm konuları bilmelidir, zira bu meselelerden herhangi birini yeniden ele almasına ve yeni bir hukuki akıl yürütmeye tabi tutmasına izin verilmez. Bununla birlikte, tavsiye edilmesine rağmen bütün *fıkhî* hükümleri bilmesi gerekmez - özellikle de ihtilafa konu olan meseleleri. Her ne kadar adalet vasfının yokluğu görüşlerinin meşruiyetini etkilese de adil bir kişiliğe sahip olması da gerekmez, hakimler ve avam bunları görmezden gelme hakkına sahiptir.

Bir hukukçu *müctehid* mertebesine ulaştığında, artık başkalarının *ictihad*ını takip edemez ve kendi hukuki muhakemesini ve akıl yürütmesini kullanmalıdır. Bu gereklilik, ilke olarak tüm *müctehid*lerin hukuki muhakemelerinde doğru olduğu ve kendi görüşünün de diğerlerininki kadar geçerli olduğu varsayımına dayanmaktadır. *İçtihat*ların eşitliği ilkesinden neşet eden bir başka kural da, bir *müctehid*in kendisinden daha az bilgili bir başkasının görüşüne asla uymaması gerektiğidir.

Müctehid olmayan herkes doğal olarak *mukallit*tir, yani *taklit* eden kişidir. *Mukallit, müctehid*i takip eden ve kendi başına *ictihad* yapamayan bir hukukçudur. Fıkıh usulü terminolojisinde *mukallit*ler aynı zamanda avam olan kimselerdir. Onları fakîh-*mukallit*lerle aynı kefeye koyan şey, vahyedilmiş metinlere dayanarak bağımsız bir şekilde akıl yürütememeleridir. Avamın hukuka erişimi ancak *müctehid*in görüşüne başvurmakla mümkündür; bu görüş ise onlara fakîh-*mukallit* tarafından aktarılır ve ona uymaktan başka seçenekleri yoktur.

Fıkıh usulü alimleri, avamdan olanların tek referans olarak bir *müctehid*i takip etmeleri gerektiği konusunda hemfikirdir. Avamdan olan kişi, görüşüne başvurduğu hukukçuların güvenilirliklerini ve itibarlarını araştırmakla yükümlüdür. Genellikle "etrafa sorarak" yürütülen bu araştırma, örneğin mahkeme tanıklarının güvenirliğinin tespiti durumunda olduğu gibi, tanıkların ifadesine başvurmak anlamına gelir.

Teorik hukuk anlatısında *müctehid*, genellikle uzmanlık isteyen konularda hukuki görüşler (*fetvâ*lar) veren *müftî* veya hukukçu ile eş tutulmaktadır. *Müctehid*in sahip olması gereken ilmi niteliklere *müftî*nin de sahip olması gerekir, ancak tek bir farkla: *müftî* dindar ve adil bir karaktere sahip olmalı, dini ve hukuku ciddiye almalıdır. Tüm bu şartlara sahip olan bir kişi, kendisinden talep eden herkese hukuki görüş bildirme yükümlülüğü altına girer. Hatta hukuk bilimi uzmanı olarak, ilgilenen herkese hukuk öğretmekle yükümlüdür, bu da *fetvâ* vermek kadar değerli kabul edilir.

Fıkıh usulünün dikkat çekici bir özelliği, anlatısının neredeyse tüm hukuk kategorilerini temsil etmesi ve böylece bu kategorilerin farklı ve düzenli bir şekilde sıralanmış tasniflerini ortaya koymasıdır. Dolayısıyla, yorumlayıcı hukuki faaliyet (*te'vîl*) veya yaratıcı hukuki muhakeme (*ictihad*) yalnızca *müctehid*e ait görülürken, hiçbir şekilde *mukallid*e ait görülmez; sonuç olarak, *mukallit* kendi başına bir hukukçu - yani avam değil - olsa dahi, bir *müctehid*in *mukallit* veya bir *mukallid*in de *müctehid* olması mümkün değildir. Ancak fıkhın olağan gerçekliğinde, usul ve füru'un işlevleri anlaşılır bir şekilde birbirinden ayrıştığından, bu tür net tasnifler geçerli değildi. Fıkıh usulü, işlevini etkin bir şekilde yerine getirebilmek için kategorize etmek ve sınıflandırmak zorundaydı. *Müctehid* kategorisi *mukallit* kategorisiyle karıştırılamazdı. Tür olarak, bu ikisinin her biri kendi başına durmalıydı. Ancak gerçekte, hukuk kültürü ve hukuki faaliyet bu şekilde siyah-beyaz kategorilere ayrılacak olsaydı ciddi zorluklar ortaya çıkardı. Dolayısıyla, füru' fıkıh tipolojisinde *müctehid*, *mukallit* ve *mukallit* de *müctehid* olabilirdi.

Yorumlayıcı hukuk pratiğinin spektrumunu açıklamak için fakîhler, tüm hukukçular topluluğunun hermenötik meşguliyet seviyelerine göre sınıflara ayrıldığı hukuki bir tasnif geliştirdiler. Böylece bu sınıflandırmaların çoğunda üstat hukukçular ilk sırada yer alırken, ikinci sırada üstat hukukçuların metodolojik üstünlüğüne dair kendi *bağımsız* kanaatlerinin bir sonucu olarak onların metodolojilerine bağlı kalan büyük hukukçular yer alıyordu. Eğer mezheplerin kurucuları olan usta hukukçular kronolojik olarak kendilerinden önce gelmemiş olsaydı, bu iki sınıf tek ve aynı kategori olacaktı. Sayıları üç ila beş arasında değişen ve çeşitli şekillerde tanımlanan diğer kategoriler, hukukçuları, üstat hukukçuların hukuk metodolojileri temelinde *ictihad* edebilenlerden yalnızca kendi mezheplerindeki *müctehid*lerin doktrinlerini uygulayabilenlere kadar değişen farklı *ictihad* kabiliyetlerine göre sınıflandırmıştır.

Bu sınıflandırmaların analitik değeri fevkalade ve geniş kapsamlıdır,[52] ancak buradaki amaçlarımız doğrultusunda bunları yalnızca tek bir hukukçunun faaliyet yelpazesini göstermeye hizmet edecek şekilde okuyabiliriz. Bir hukukçu ne kadar başarılı olursa, dahil olabileceği faaliyetlerin sayısı da o kadar artar. Söylemeye gerek yok ki, fakîhler bir otorite sistemi içinde faaliyet göstermişlerdir; bu da *taklid*in, ilgilenmek zorunda oldukları meselelerin büyük çoğunluğunu teşkil ettiği anlamına geliyordu. Ancak yüksek kalibreli hukukçular, daha uzmanlaşmış ve sofistike bir yetkinlik gerektiren daha az yaygın ve "zor" konularla uğraşmışlardır. Bu tür fakîhler çeşitli düzeylerde faaliyet gösterdiler, ancak tarihsel olarak benzersiz bir fenomen haline gelen ilk iki sınıfı, yani kurucu üstatları ve onların "bağımsız" takipçilerini hariç tuttular. Daha sonraki fakîhlerin *taklid*i, tabiri caizse, en iyi türdendi, çünkü üstatların görüşlerinin dikkatli bir akıl yürütme ve yorumlama yoluyla yeniden üretilmesini içeren bir *taklit*ti ve zaman zaman üstatların ürettiklerinden niteliksel olarak daha üstündü. Dolayısıyla bu *taklit*, otoritenin entelektüel olarak bağımsız bir şekilde onaylanmasıdır ve hiçbir şekilde üstatların hukuki doktrinlerine "körü körüne" bağlılığı gerektirmez. Bu, *fıkh*i sonuçların olduğu gibi kabul edilmesiyle hiçbir ilgisi olmayan, metodolojik türden bir *taklit*tir. Ancak hakimler ve hukukçular tarafından günlük olarak ele alınan davaların büyük çoğunluğu, hukuk doktrininin uygulanması gibi daha basit *taklit* biçimlerini içeriyordu; bu, genellikle Batılı bir hakimin kendi mahkemesinde kanunu uygulamasına benziyordu.[53] Dolayısıyla, tüm bu *taklit* biçimleri, mezhebe bağlılık ve sadakat konusunda bir iddia anlamına geldiği için olumlu bir imaja sahipti. Zira hiçbir mezhep, bu doktrinel sadakat olmaksızın var olamaz ve varlığını sürdüremezdi. Batı hukuk sistemlerinde yaygın olarak "hukuk muhafazakârdır" ifadesiyle özetlenen bu sadakat, karmaşık toplumlardaki tüm hukuk sistemlerinin temel taşıdır.

9. İmâmiyye Şîası Fıkıh Usulü

Sünni hukuk teorisi tam, ancak hiçbir şekilde nihai olmayan şekline dördüncü/onuncu yüzyılın ikinci yarısında kavuştuğu için, İmâmiyye hukuk teorisinin bu zamandan önce tam ve yapılandırılmış bir forma dönüşmesini beklemek mantıksız olacaktır. Aslında, İmâmiyye Şiî fıkıh usulünün kapsamlı, ayrıntılı ve son derece soyut bir formülasyonu çok daha sonraları ortaya çıkacaktı. Ancak beşinci/on

[52] Bkz. Hallaq, *Authority*, 1-23.

[53] Konu, 4. bölümdeki (aşağıda) tartışmamıza, yani *kâdı*ların yerel Müslüman toplumların sosyal, ahlaki ve diğer yönlerini benzersiz ele alış biçimlerine ilişkindir.

birinci yüzyılın ortalarında birkaç eser, konunun temel ama eksiksiz bir açıklamasını geliştirmişti. Şiîlerin Sünni yönetici elitler tarafından zulme uğraması, Şiîlikte hukukun uzun süre tamamlanmamış bir proje olduğu anlamına geliyordu; özellikle de önemli kurumsal yapıların yokluğu ve fakîh sınıfı ve entelektüelleri için kamusal mali ve diğer destek biçimlerinin genel eksikliği buna yol açmaktaydı. Bu yoksunluk, dördüncü/onuncu yüzyılın ortalarında İran ve Irak'ta hüküm sürmeye başlayan ve resmi mezhep olarak İmâmiyye Şiîliği destekleyen bir hanedan olan Büveyhilere kadar sürdü (ancak her iki bölgedeki nüfusun yasal yönetimi tamamen olmasa da büyük ölçüde Sünni olmaya devam etti). Büveyhi desteği kısmen de olsa İsnâaşeri bir hukukçu ve entelektüel sınıfın gelişmesini açıklayabilir, ancak Kuzey Afrika ve Mısır'daki İsmailî Fatımilerle birlikte genel olarak Şiîliğe muazzam bir destek verdiği kesindir.

Erken dönem Şiî eserleri, Sünni hukuk teorisinin hesaba katılması gereken teorik, metodolojik ve hermenötik bir güç olarak her daim var olan bilincini sergilemekle birlikte, daha çok bu yazarlar tarafından ayrı bir hermenötik ve söylemsel kimlik olarak inşa edilen şeyden uzak ve ayrı tutulmalıdır. Şeyh et-Tâife et-Tûsî (ö. 460/1067), öncü sayılabilecek eserinin ilk sayfasında, bilinçli bir girişimle yalnızca İmâmiyye-Şiî hukuk metodolojisini ayrı bir yere koymayı değil, aynı zamanda hatırı sayılır entelektüel ağırlığa sahip bir karşı söylem başlatmayı da güzel bir şekilde örneklendirir. Tûsî şöyle der:

> Bu kitabı, düşünce tarzımızın (*mezhep*) gereklerine ve ilkelerimizin (*usul*) emirlerine uygun olarak yazıyorum. Çünkü bu konuda yazanların her biri kendi *mezheb*inin hükümlerini takip ederdi. Şeyhimiz Ebû Abdullah'ın *fıkıh usulü* üzerine yazdığı kısa eserinden başka hiçbir meslektaşımız (*ashâb*) bu konuda bir kitap yazmamıştır; bu eser ise düzeltilmesi gereken düzensizlikler ve geliştirilmesi gereken (zayıf) açıklamalar içermektedir. Büyük Üstadımız el-Murtaza ... bu konuda [bir kimsenin argümanlarına ve açıklamalarına] atıfta bulunabileceği veya destek olarak kullanabileceği hiçbir şey yazmamıştır.[54]

İmâmiyye Şiî fıkıh usulü ve füru' fıkhı, Sünni muadilinden bazı temel noktalarda ve tabii ki sayısız ayrıntıda farklılık göstermiştir. Pek çok modern akademisyene göre küçük gibi görünen bu farklılıklar bile, uzantıları ve sonuçları tam olarak düşünüldüğünde gerçekten küçük değildir. Bazı belirleyici konularda farklılıklar ve etkileri

[54] Tûsî, *'Uddetu'l-Usûl*, 2. Ayrıca bkz. Abisaab, "Ulama of the Jabal 'Amil," 115.

oldukça büyüktür. Şiî fıkhı, tıpkı bir kıyasta olduğu gibi birkaç ana öncüle dayanmaktadır ve bunlardan üçü bizi burada doğrudan ilgilendirmektedir. Bunlardan ilki, insani ve ilahi nitelikler arasında niteliksel bir farklılığın olduğu temel varsayımıyla başlayan İmametin ilahi olarak atanmasıyla ilgilidir. İnsan aklı sonuç itibariyle kusurludur: Allah'ın ise mükemmeldir. O her şeyi bilir; biz bilemeyiz. O'nun aklında ne olduğunu bilmiyoruz ve bu nedenle O'nun Yasası hakkında eksik bilgiye sahibiz. Elbette tüm bunlar, insanlara emredilen ibadet ve itaat yükümlülüklerinin (*teklif*) Allah'ın Kendisi açısından başka bir yükümlülük yarattığını, yani bu yükümlülükleri insan zihnine bildirmesini varsaymaktadır, aksi takdirde *teklif* olmazdı. Allah, kendi İradesini ve Yasasını somutlaştıran *ayet*lerini tebliğ etmek için üstün niteliklere sahip bazı kişileri seçmiş ve onları Peygamberler ve İmamlar yapmıştır. İmam, ilk Sünni halifelerin Sünniler tarafından tasarlandığı gibi ne ikinci sınıf bir Peygamber ne de bir vekildir. O, Peygamberin yerini tutan ve Peygamberin yokluğunda onun görev ve işlevlerini üstlenen kişidir (*kâim makâm*).[55]

İkinci öncül İmam'ı günahsız, yanılmaz ve mükemmel bir varlık olarak kabul eder. İmam olarak seçilmiş olması sebebiyle, kendi çağında yaşayan diğer insanlardan daha üstün (*el-efdal*) niteliklere sahiptir. Eğer dini metinlerdeki kurallar olmasaydı, İmam, Hz. Muhammed'in kendisinden daha az bir peygamber olmazdı. Allâme Şeyh el-Müfid, "İmamlarımıza peygamberlik isminin verilmesini yasaklayan şey akıl değil, ilahi kurallardır" demiştir.[56] Dolayısıyla, On İki Şiî İmam, Hz. Muhammed'e tabi değil, onun dengidir. Hatta o yanılabilir bir insanken, onlar hatadan muaf kabul edilirler. Öte yandan, Peygamber vahyin bir vasıtasıyken, İmamların hiçbiri bu görev için seçilmemiştir. Ancak bilgileri yanılmaz olduğundan, ilahi Yasayı takipçilerine aktarma yetenekleri kat'i bir statüye sahiptir. (Daha sonraki bir bölümde modern İran'daki hukuki-siyasi gelişmelere döndüğümüzde İmamların bu ilahi yetkisi akılda tutulmalıdır, zira İmamı yüceltme, fakîh-üstat Merce-i Taklid'in İmam'ın yokluğunda onun yerini alabileceği ve onu tam olarak temsil edebileceği iddiasına ters düşüyor gibi görünmektedir. Aslında İmamlar yetkilerini kimseye devretmemiş ve kendi adlarına siyasi yönetim kurulmasını sahtekarlık olarak nitelendirerek kınamışlardır).[57]

[55] Eliash, "Ithnâ 'Asharî-Shî'î Juristic Theory," 22–23.

[56] Bkz. *A.g.e.*, 24.

[57] Bkz. Halm, *Shi'a Islam*, 88, ve Eliash'ın konuyla ilgili iddiaları, "Ithnâ 'Asharî-Shî'î Juristic Theory," 24.

Üçüncü öncül ise tarihsel olaylardan oluşturulmuştur. On ikinci İmam 260/874 yılı civarında ortadan kayboldu ve o zamandan beri uğradığı zulüm sebebiyle saklandığı (*gaybet*) varsayılmaktadır. Ancak saklanırken, hukuk bilgisini en iyi, yanılmaz ve en mükemmel haliyle taşımaya devam etmektedir. Birçok açıdan o aslında ulvi bir statüye bürünmüştür, zira -bazı İmâmiyye hukukçularına göre- İmam'a başvurmadan Allah'ın muradına erişmek mümkün değildir. Aslında İmam, Usulî okulun bazı hukukçuları hariç, İmâmiyye Şiîliği için hukukun delil niteliğindeki kaynağını değilse bile, odağını temsil etmektedir. Ahir zamanda İmam yeniden ortaya çıkacak ve adil yasasını tüm gücüyle uygulayacaktır, ancak o zamana kadar İmamların yerine getirdiği bazı işlevlerden bir şekilde vazgeçilmesi gerekmektedir. Daha önce de belirttiğimiz gibi, siyasi yönetimin devredilmesi yirminci yüzyıla kadar söz konusu değildi, ancak diğer yerel toplumsal işlevler, zaruret sebebiyle ve zaman geçtikçe baş hukukçular, *fakîh*ler tarafından üstlenildi. Sünnilikte olduğu gibi, toplumun işlerinin yürütülmesi, kaynakları Kur'ân ve Peygamber'in anlatısı olan Sünnet bilgisine dayanan hukuk bilgisini gerektiriyordu. Ancak İmam da aynı derecede önemlidir, dolayısıyla onun Sünneti de buna dahil edilmelidir. Şiîler, İslam tarihinin en erken dönemlerinden beri Sünnilerin hegemonik gücünün devasa bir yalandan başka bir şey olmayan, öncelikle siyasi ama aynı zamanda teolojik, hukuki ve başka türlü bir bilgi sistemi yarattığını savunmuşlardır. Buna göre, hiçbir Sünni *hadîs*e güvenilemez. Tek güvenilir *hadîs*, İmamlar ve Sahabeleri tarafından rivayet edilen *hadîs*lerdir ve bu *hadîs*ler Sünni İslam'da daha önce derlenmiş olan Altı Hadîs Kitabı'na çok benzeyen Dört Kitap'ta (*el-Kütüb'l-Erba'a*) kaydedilmiştir. Bu dört kitap şunlardır: Küleynî'nin (ö. 328/939), İmamların *hadîs*lerinin tamamını olmasa da çoğunluğunu içerdiği söylenen hacimli *Kâfî*'si; İbn Bâbeveyh el-Kummî'nin (ö. 381/991), *Men lâ Yahduruhu'l-Fakîh*'i; ve bu dört eserden ikisi olan *el-İstibsâr* ve *Tehzîbül-Ahkâm*'ı kaleme alan Şeyh Tûsî'nin (ö. 460/1067, daha sonra Şeyhü't-Tâ'ife olarak bilinir) eseridir.[58]

Üçüncü/dokuzuncu yüzyılda, Sünni çevrelerde insan aklının toplumun entelektüel ve pratik işlerini belirlemedeki rolü üzerine şiddetli tartışmalar patlak verdi. Genel kural olarak, akıl insan unsuruna ne kadar geçerli bir şekilde atfedilirse, insanlara kendi işlerini belirleme yetkisi de o kadar fazla verilmiş ve buna bağlı olarak ilahi

[58] Bu dört kitap için aşağıda yer alan Kaynakça'ya bkz.

iradenin bu tür işlerin idaresi üzerindeki yetkisi o kadar azaltılmış olur. Bu yoğun entelektüel tartışmanın çözümü bir asır sonra, akıl ve vahiy arasındaki yetkiyi az çok eşit parçalara bölen bir sentez şeklinde geldi. *Kıyas*, vahyin ağırlığına karşı bir denge oluşturacaktı ve icmanın kendisi de bu akli-metinsel dengenin tam da bir tezahürüydü.

İmâmiyye Şiîliği içinde neredeyse mezhepsel bir boyut kazanan benzer bir fikir ayrılığı da Ahbarîler ve Uslulîler arasında patlak vermiştir. İki tarafın iddialarındaki entelektüel unsurlar beşinci/on birinci yüzyıl gibi erken bir dönemde yazılmış eserlerde bulunabilir; bu ise iki tarafın oluşumunun kökenleri hakkında Şiîlerin kendileri arasında olduğu kadar modern Batılı akademisyenler arasında da bir anlaşmazlık noktası oluşturmuştur.[59] Ancak tohumları - ve dolayısıyla fakîhler arasındaki potansiyel farklılıklar - çok erken yüzyıllardan itibaren atılmış olsa da, açıkça karşıt iki pozisyonun doruk noktasına ulaşması ve nihai olarak ifade edilmesinin ancak onuncu/on altıncı yüzyılın sonunda gündeme geldiğini söylemek makul görünmektedir. Çatışmanın, Muhammed Emin el-Astarâbâdî'nin (ö. 1036/1626) *ictihad*ı ve *akl*ı hukukî otoritenin temeli olarak kullanmayı eleştiren yazısıyla başladığı söylenir.[60]

Genel olarak, Uslulî kamp Farsça ve Arapça konuşan hukukçular arasında çoğunluk desteğini kazanarak üstünlük sağladı; Arapça konuşanlar çoğunlukla günümüzde Güney Lübnan, Irak ve Bahreyn olarak adlandırılan bölgelerden geliyordu. Ahbarîlerin kalesi çoğu zaman İran'ın dışındaydı[61] ve bu bir tesadüf değildi. Onuncu/on altıncı yüzyılın başlarında, kısa süre önce yükselişe geçen Safevilerin yöneticileri, İran'daki yönetimlerini meşrulaştırmak için, bu bölgelerde yüzyıllardır hüküm süren Hanefî geleneklerin yerine, kendilerine İmâmiyye Şiîliğine dayalı bir hanedan yönetimi (ve Osmanlı karşıtı bir kimlik) inşa etmeye çalıştılar. Bunu başarmak için, tüm modern öncesi hanedanlar gibi, halkı temsil eden ulemanın, yani *molla*ların işbirliğine ihtiyaç duydular. İran'da Şiî ulemanın azlığı, onları biraz önce bahsedilen Arapça konuşulan bölgelerden en seçkin kelamcı-hukukçulardan bazılarını ithal etmeye zorladı.[62] Başka alimlerin yanısıra el-Kerakî, seküler bir liderin, bir *sultan*ın, İmam'ın fani dünyadaki görevlerini yerine getirirken onu temsil edebileceğini

[59] Gleave, *Akhbârî Shi'î Usûl al-Fiqh*, 26; Modarressi, "Rationalism and Traditionalism," 154 vd.
[60] *Fevâid* isimli eseri 90 vd.; Gleave, *Inevitable Doubt*, 6 vd. Farklı bir yaklaşım için bkz. Newman, "Nature of the Akhbârî/Usûlî Dispute," dipnot 2, 250-61.
[61] Modarressi, "Rationalism and Traditionalism," 156-157.
[62] Bu "dönüşüm" için bkz. Abisaab, *Converting Persia*.

savunarak bu meşrulaştırma sürecine önemli bir katkıda bulundu. İlk adım olarak, insan aklına hukukun belirlenmesine katılma yetkisi verilmeden, İmam'ı temsil eden ve İmam tarafından temsil edilen bir insan unsuru mümkün olamazdı. Teorik, entelektüel ve dolayısıyla dinî-kültürel temeller atıldıktan sonra Safeviler sadece İmam adına konuştuklarını iddia etmekle kalmadılar, aynı zamanda Ali ailesinden geldikleri için kendilerini İmam'ın soyundan gelen temsilcileri olarak ilan ettiler.

Bu Ahbarî-Uslulî ihtilafın ana unsurlarını ortaya koymak için, kısmen Semâhicî'nin (ö. 1135/1723) *Münyetü'l-Mumârisîn* adlı eserinde derlediği listeden (onun düzenlemesini takip etmek zorunda kalmadan) yararlanacağım.[63] Semâhicî ictihadı önemli ölçüde ilk anlaşmazlık noktası olarak kaydeder ve bu eksensel farklılığın merkeziliğinin bir göstergesi olarak Uslulî kampa *Müctehid*ler (Arapça çoğ.: *Müctehidûn*) adını verir, ki Uslulî adlandırmasını kullanmaz. Uslulîler/Müctehidler için İmam'ın yokluğunda *ictihad*[64] vazgeçilmez bir fıkhi yöntem olarak kabul edilirken, Ahbarîler herkesin kabul ettiği gibi zannî bilgiden öteye gitmediği gerekçesiyle *ictihad*ı tamamen reddederler.[65] *İçtihad*ın yasaklanması aynı zamanda bir *müctehid*in *ictihad*ında isabet ederse Ahirette iki kez, hata ederse bir kez ödüllendirileceği (çünkü *ictihad* teriminin tam anlamı olan azami çabayı sarf etmiştir) yönündeki Uslulî ve Sünni inancın da reddedilmesi anlamına gelir. Ahbarîler her iki durumda da kişinin sadece *ictihad* etmekle günah işlediğine inanırlar. Eğer bir İmam'ın *hadîs*ine dayanmaz (ki *ictihad* tam olarak budur) ve *ictihad*ında isabet ederse, o zaman aslında gerçeği uydurduğu için ve eğer hata yapmışsa, "Allah adına yalan söylediği" için de cezalandırılmalıdır.[66] Ahbarîler, *ahbâr*ı (yanılmaz İmamların rivayetleri yoluyla aktarılan Nebevi Sünnet) bilginin yegane kaynağı olarak görürler, zira bu rivayetler, doğaları gereği kesinlik ifade eder.

Uslulîlerin/Müctehidlerin bu yaklaşımı hiçbir şekilde Şiî düşüncesine yeni girmiş bir şey olarak görülemez, zira etkili Allâme el-Hillî (ö. 726/1325) zaten Sünni muadiline benzeyen bir *ictihad* teorisini benimsemiş ve *fıkh*i hükümlerin çoğunun zannî olduğunu,

[63] İlgili Arapça metin Newman tarafından "Nature of the Akhbârî/Usûlî Dispute," c. 1, 24-38'de tahkik edilmiş ve İngilizceye çevrilmiştir. Bundan böyle, Semâhicî'ye yapılan tüm atıflar Newman'ın Arapça baskısına dayanmaktadır.

[64] Bu, Semâhicî'nin listesinin 6. maddesidir, 26.

[65] Calder, "Doubt and Prerogative," 59.

[66] Ödüller konusu Semâhicî'nin 18. maddesidir, 29-30.

kesinliğin yalnızca hukukun kaynaklarına atfedildiğini savunmuştur.[67] Hukukî *ihtilâf* böylece Sünni hukukçular tarafından kabul edildiği gibi Uslulîler/Müctehidler tarafından da kabul edilmiştir. Ancak Ahbarîler *fıkhi ihtilâfı* reddederler; onlar için hakikat yalnızca İmamların yanılmaz rivayetlerinde mündemiçtir.[68] Bununla birlikte, Uslulîlerin/Müctehidlerin *ictihadı* kabul etmeleri, otomatik olarak *kıyâs*ın da paketin bir parçası olduğu anlamına gelmez. Aslında, her ne kadar yorum faaliyetinde kaçınılmaz olsa ve farklı bir kisve altında yer alsa da, neredeyse her İsnâaşeri *usul* eserinde tartışıldıktan sonra büyük ölçüde reddedilmiştir.[69] *Kıyâs* ifadesinden ısrarla kaçınılması, belki de İmamların onu kınamasından kaynaklanıyordu. Bu geleneğin Sünni karşılığı İbn İdrîs eş-Şâfiî'nin *istihsân*a yönelik sert saldırısında da vardır; bu yöntem daha sonra Şâfiîler tarafından özünde kullanılmaya başlanmış, ancak Hanefîlerin terminolojik tanımlamalarından ne pahasına olursa olsun kaçınmışlardır.[70]

İkinci olarak, Uslulîler/Müctehidler hukukun dört kaynağını benimserler: Kur'ân, İmamlar tarafından derlendiği şekliyle Peygamberin Sünneti, fakîhlerin *icma*sı ve akli delalet (*delîlü'l-'akl*). Ahbarîlerin çoğu sadece ilk ikisini kabul etmekte, hatta bazıları Kur'ân'ı bile reddetmektedir.[71] Peki bu iki taraf bu kaynak tanımlamalarıyla ne kastetmektedir? Uslulîler/Müctehidler, insan aklına önemli bir rol atfederek, Kur'ân'ın manalarının yorum konusunda ustalaşmış ve hermenötik araçları sağlam analizlere izin veren bir fakîh için anlaşılabilir olduğunu savunurlar. Öte yandan Ahbarîler insan aklına şüpheyle yaklaşır ve bu nedenle en yetenekli fakîhlerin bile sahip olduğundan daha yüksek yorumlama yetkinliği biçimlerine başvururlar. Onlara göre Kur'ân'ın anlamını sadece İmam'ın yorumu ve açıklayıcı tefsiri ortaya çıkarabilir ve bu tefsir İmam'ın rivayetinde, Dört Kitap'ta toplanan *ahbâr*da bolca bulunur. Bu nedenle Ahbarîler arasında bir grup hukukçu Kur'ân'ı Sünnet'e tabi kılar ve Sünnet'i hukukun tek kaynağı olarak görür.

İsnâaşeri Şiî fakîhler genellikle *icma* ve *icma*nın geçerliliğinin kapsamı konusunda görüş ayrılığına düşmüş, bazıları *icma*nın kat'î bilgi doğurduğunu, diğerleri ise sadece zannî olduğunu düşünmüştür.[72]

---

[67] Halm, *Shi'a Islam*, 100–02; Gleave, *Inevitable Doubt*, 4–5.

[68] Bu, Semâhicî'nin listesinin 23. maddesidir, 31.

[69] Biraz aşağıya ve Modarressi, "Rationalism and Traditionalism," 148 bkz.

[70] Tûsî, *'Uddetü'l-Usûl*, II, 82-89. Burada yine de *kıyâs*ı ve mahiyetini tartışmış ve 89 vd. yerlerde bunun sakıncalı olduğunu beyan etmiştir. Ayrıca bkz. Gleave, *Inevitable Doubt*, 103; Calder, "Doubt and Prerogative," 59-60.

[71] Astarâbâdî, *Fevâid*, 14-18.

[72] Eş-Şehîd es-Sânî, *Me'âlim*, 199. Ayrıca bkz. Cole, *Sacred Space*, 66 vd.

İcma, Uslulîler/Müctehidler tarafından, İmam'ın görüşünü içerdiği sürece geçerli bir hukuk kaynağı olarak kabul edilir, çünkü onun katiliğini sağlayan şey, fakîhlerin kolektif ağırlığı değil, İmam'ın bu katılımdır. Eş-Şehîd es-Sânî (ö. 966/1558) "Akli ve vahyi delillerimiz" der,

hukuki yükümlülüğün (*teklîf*) hiçbir zaman Şeriatı koruyacak ve görüşü referans çerçevesi olması gereken bir İmam'dan yoksun kalmayacağını göstermektedir. Eğer [İmâmiyye Şiî] Topluluğu herhangi bir görüş üzerinde icma ederse, İmam'ın görüşü kaçınılmaz olarak buna dahil olacaktır, çünkü İmam bu topluluğun Efendisidir ve bu nedenle masumdur. Ancak o zaman bu icma güvenilir bir görüş (hüccet) teşkil eder. Bizim doktrinimizde icmanın otoritesi, o güvenilir görüşü, Masum'un görüşünü ortaya çıkarma kabiliyetinde yatar. Muhakkik [el-Hillî] tam da bu kavrama atıfta bulunmuş ve şöyle demiştir "icma, kendi başına bir otorite değil, İmam'ın görüşünü ortaya çıkarandır (kâşif 'an kavli'l-İmâm)."[73]

Ancak Bihbahânî, ilk dönem Mâlikîlerin Medine *icmas*ını temellendirmek için ileri sürdüklerine benzer başka bir argüman ileri sürer.[74] İmam'ın Ashabından oluşan ilk topluluk, Masum İmam'ın yaşam tarzını biliyor ve onun rehberliğinde yaşıyordu ve bu tarz bir nesilden diğerine kesin olarak aktarıldı. Dolayısıyla fakîhlerin *icma*ına konu olan herhangi bir görüş, İmam'ın Ashabının uygulamasına dair bu bilgiye dayandırılmalıdır ki bu bilgi de her türlü şüphe ve zannîlikten uzaktır.[75]

Açık bir Mutezile etkisi olan hukukun dördüncü kaynağı *delîlü'l-'akl*, iyiyi kötüden ve zararı faydadan ayırmak için insan aklına başvurur. *Akl*ın doğası gereği sahih ve İlahi Kelam ile uyumlu olduğunu kabul eden İsnâaşeri Şiîler, Sünni kelamda da iyi bilinen, sahih rasyonel değerlemede vahye aykırı olabilecek hiçbir şey olmadığı yönündeki ilkeyi benimser. Bu ilke, "*kullu mâ hakeme bihi al-'aklu hakeme bihi'ş-Şer*'" (ve Sünnilikte "*'ademu ta'ârudi'l-'akli ve'n-nakl*") şeklinde ifade edilmiştir.[76] Dolayısıyla akıl, vahye dayalı delaletelerin ve hukuki normların çıkarılabileceği rasyonel ilkeler temelinde çalışma yeteneğine sahiptir. Mutezili olsun ya da olmasın, *delîlü'l-'akl*,

[73] Eş-Şehîd es-Sânî, *Me'âlim*, 199-200; Tûsî, *'Uddetü'l-Usûl*, II, 75-76.

[74] Medine *icmas*ı ile ilgili olarak 6. bölüme bkz. Ayrıca bkz. Hallaq, *Origins*, 110-12.

[75] Gleave, *Inevitable Doubt*, 79-80.

[76] Modarressi, "Rationalism and Traditionalism," 142; ayrıca başka kaynakların yanısıra bkz. İbn Teymiyye'nin *Der'u Te'ârudi'l-'Akl ve'n-Nakl*.

modernitenin şafağına kadar, vahyin deontolojisine dayanmayan hiçbir hukuki formülasyona asla yol açmamıştır.[77]

Rasyonel ilkelerin en temel olanları Üçüncü Halin İmkansızlığı ve Çelişmezlik İlkesidir, ancak daha spesifik olarak, İmâmiyye Şiî fıkhı, hukuki meselelerle doğrudan ilgisi olan üç rasyonel ilkeyi kabul eder: (a) Orijinal Durum Varsayımı (*berâet-i asliyye*), (b) Etkilenmemiş Süreklilik Varsayımı (*istishâbü'l-hâl*) ve (c) rasyonel dilbilim olarak adlandırabileceğimiz şey.

Berâet-i asliyye, bir fiilin akıl ya da vahiy tarafından hukuk normlarından herhangi birine ait olduğuna karar verilmemişse, o fiilin meşru olması gerektiğini; zira kınanan ya da zararlı bir şey olsaydı şu ya da bu şekilde yasaklanmış veya kısıtlanmış olmasını gerektirir. Başka bir deyişle, ilahi hukukun *işleyiş tarzı*, tıpkı akıl yürütme süreçlerinin kendisi gibi, sadece ilahi hukuki hikmeti değil, aynı zamanda rasyonel düzenin kendisini de açıklayan ve rasyonelleştiren bir meta akla tabidir.

İkinci ilke de benzer bir varsayımla işler: bir fiile hukuki bir değer (norm) atfedildiğinde, değerin gerekçesini oluşturan ilgili koşullarda herhangi bir değişiklik gözlemlemediğimiz sürece bu normu korumaya devam ederiz.[78] Örneğin, su bulamayan bir kişi toprakla abdest alabilir. Varsayalım ki mümin namazının ortasında suyun mevcut olduğunu ya da bulunduğunu farketti, o zaman *istishâbü'l-hâl* uyarınca kişi namaza devam etmelidir, çünkü toprakla abdest almanın geçerli bir namaz kılmanın ön koşulunu yerine getirdiği *a priori* olarak -aynı zamanda hukuksal bir kural olarak- kabul edilmiştir.[79]

Son olarak, üçüncü ilke, kişinin dildeki anlamları ve delaletlerini çıkarım yapmadan, yani *kıyâs*a başvurmadan rasyonel yollarla anlayabileceğini savunur. Daha önce de geçen Kur'ân ayetinde (İsrâ: 23), açıkça belirtilmemesine rağmen, ebeveynlere vurmanın ayetin ifadesinde yer aldığını aklen ve *a priori* olarak biliyoruz. Birçok Sünni hukukçu aynı görüşü benimserken, diğerleri bu tür bir anlamın çıkarımsal olduğunu ve zorunlu olarak bir öncülden diğerine geçişi (*ta'diye*) içerdiğini iddia etmişlerdir. İsnâaşeri Şiîlerin itiraz ettiği şey tam da bu geçişti - ki bu geçiş, şart koşulmamış, çıkarımsal bir

[77] Bu konuyla ile ilgili ilginç bir tartışma için bkz. Dahlén, *Islamic Law, Epistemology and Modernity*, 82 vd.

[78] *İstishâb*'ın detaylı fıkhi analizi için bkz. Ayatullah Khomeini (Khumayni), *İstishâb*, ancak giriş düzeyinde bir bilgi için bkz. s. 1-16.

[79] Eş-Şehîd es-Sânî, *Me'âlim*, 262-63; Tûsî, *'Uddetü'l-Usûl*, 124 vd. Ayrıca bkz. Gleave, *Inevitable Doubt*, 87-88.

illetin tanımlanmasını ve "ortaya çıkarılmasını" gerektiriyordu. Ve bu nedensellik biçimi *kıyâs* olarak tanımlandığı için, bir "delil" olarak reddedilmiştir. Aksi takdirde, üçüncü akli ilke *a priori* (ve dolayısıyla müsellem) bir delil olup çıkarımsal bir delil olmadığından, İsnâaşeri Şiîler *el-illetü'l-mansûsa*ya (metinsel olarak şart koşulmuş) dayalı *kıyâsı* kabul edilebilir bulacaklardı.[80] (Bu varsayımlardan hem birincisinin hem de ikincisinin Sünni fıkhında tamamen kabul edildiğini de belirtmek gerekir).

Üçüncü anlaşmazlık noktası -birinci maddede de ima edildiği üzere- Uslulîler/Müctehidler *fıkhi* hükümlerde olasılığı (*zann*) kabul ederken, Ahbarîler masum İmam'dan geldiği için metinlerin kesinliği (*'ilm, kat'*) konusunda ısrar etmişlerdir.

Dördüncüsü, Uslulîler/Müctehidler, kökenlerini muhtemelen Allâme el-Hillî ve hocası İbn Tâvûs'un (ö. 664/1266) yazılarında bulan dörtlü bir *hadîs* tasnifi benimserler:[81] (1) Hz. Peygamber'e ya da bir İmama kadar uzanan kesintisiz bir nakil zincirine sahip sağlam bir rivayet (*sahîh*); (2) aynı otoritelere kadar uzanan ancak sağlam bir nakil zincirine (*isnâd*) sahip olmayan makbul bir rivayet (*hasen*); (3) ravilerden birinin ya da daha fazlasının İsnâaşeri Şiî olmadığı ancak yine de güvenilir ravi kabul edildiği tam bir zincirle nakledilen gelişmiş bir rivayet (*müvessak*); ve (4) kusurlu (*zayıf*) ve dolayısıyla kullanılamaz bir rivayet. Semâhicî, iki yaklaşım arasındaki dördüncü görüş farklılığının büyük ölçüde önemsiz olduğunu, zira Ahbarîlerin *hadîs* tasnifindeki ikinci ve üçüncü türlerin geçerliliğini, bunları uygulama için sağlam temeller olarak gördükleri takdirde (*in câze el-'amelü bihi*) kabul ettiklerini belirtmektedir.

Beşinci olarak, insan aklının rolüne yönelik yaklaşımlarının bir sonucu olarak, Ahbarîler, toplumun tamamının Masum İmam'ı *taklit* etmesi gerektiği ve bu bağlamda bir *müctehid*e ihtiyaç duyulmayacağı görüşünü benimserler. Uslulîler/Müctehidler, bu açıdan Sünni muadillerine çok benzer bir şekilde, toplumu *müctehid*ler ve avam olarak ikiye ayırır ve avamı tamamen *mukallit* kategorisine sokarlar.

Altıncı olarak, Uslulîler/Müctehidler *iftâ, kâdılık* ve piyasa denetimi (*el-umûru'l- hisbiyye*) işlerinden sadece *müctehid*in sorumlu olmasını uygun görürler. Müctehidi kabul etmeyen Ahbarîler, bu görevleri Ali soyundan rivayet edilen *ahbâr*da ve bunların aktarım

[80] Eş-Şehîd es-Sânî, *Me'âlim*, 261-62; Hallaq, "Non-Analogical Arguments in Sunni Juridical Qiyâs," 289 vd., 300 vd.

[81] Gleave, *Inevitable Doubt*, 39; Semâhicî, 25.

yöntemlerinde uzman olan *râvî*ye verirler. Çünkü bu *ahbâr*, Ahbarî teoriye göre, gerekli tüm hükümleri ve hukuki normları (yanılmaz güvenceleriyle birlikte) içerir ve taahhüt eder, bu da spekülatif *ictihadı fiilen* son derece gereksiz kılar. Bununla bağlantılı başka bir fark da şudur: Ahbarîler, avamın (*'âmmî*), bir *hadîs*in İmam'ın otoritesiyle güvenceye alınarak nakledilen sahih bir *hadîs* olduğuna kanaat getirmesi halinde bu *hadîs*e dayanarak amel etmesine izin verirler. Öte yandan Uslulîler/Müctehidler, bir *müctehid*i *taklît* etmeyi mutlak bir gereklilik olarak görerek avama böyle bir ayrıcalık tanımazlar.[82]

Yedinci olarak, hem *mutlak* hem de kısmi (*mütecezzi*) *müctehid*leri tanıyan Uslulîlerin/Müctehidlerin aksine, Ahbarîler mutlak bir *müctehid*in var olabileceğini veya var olduğunu reddederler. Mümkün olan tek *ictihad* türü, kısmi *ictihad*tır ve kısmi *müctehid* de hukuki akıl yürütme yoluyla değil, metin nakli yoluyla bazı *fıkh*i hükümlerde (*ahkâm*) yetkin olan kişidir. Mesele şu ki, İmam'ın kendisi dışında hiç kimse, buna Sünniliğin bazı mezhep imamları da dahil olmak üzere, hukukun tüm teferruatını bilemez. Semâhicî, Mâlik b. Enes'in spekülasyona girmekten çekindiği için sık sık fetva vermekten kaçındığını ileri sürer.

Yukarıdaki fıkhi ihtilaftan kaynaklanan bir başka farklılık daha vardır: Uslulîler/Müctehidler İmam'ın bir meselede sükût ettiği durumlarda bile hüküm istinbat etmekte isteksiz davranmazken, Ahbarîler böyle bir sükût durumunda hüküm istinbat etmekten kaçınmanın gerekli olduğu görüşündedirler.[83]

Sekizinci olarak, Uslulîler/Müctehidler bir fakîhin *müftî* ve *hadîs* uzmanı mertebesine ulaşabilmesi için altı ilimde uzmanlaşması gerektiği görüşünü benimserler: (1) skolastik teoloji (*kelâm*) ve dinin temellerini inceleyen ilim (*usûlü'd-dîn*);[84] (2) sarf; (3) nahiv; (4) edebiyat; (5) mantık; ve (6) fıkıh usulü (hukukun dört kaynağı olan Kur'ân, Sünnet, *icma* ve akli delaleti içerir). Bazı Uslulîlerin/Müctehidlerin (Semâhicî'nin saymadığı) on beş kadar ilimde uzmanlık gerektiğini şart koştukları bildirilmektedir. Bunun tam tersine,

[82] Bu altıncı fark, Semâhicî'nin listesinin 8 ve 12. maddelerini birleştirmektedir, 26, 28.

[83] Bu yedinci fark, Semâhicî'nin listesinin 9 ve 7. maddelerini birleştirmektedir, 26, 29.

[84] Newman "*el-kelâm ve'l-usûl*"ü "teoloji, fıkıh usulü" olarak yanlış tercüme etmiştir (s. 42) zira Samâhicî ilimleri altı olarak saymakta ve *usûl*ü en sonda zikretmekte, bunları özellikle "dört kaynak" olarak nitelemekte ve isimleriyle anmaktadır. Dolayısıyla, "*usûl*"e yapılan ilk atıf başka bir *usûle*, yani Hanbeliler tarafından savunulan türden "spekülatif olmayan", skolastik olmayan teolojiye yapılmış olmalıdır. İki farklı teolojik söylem olarak *kelâm* ve *usûlü'd-dîn* arasındaki ayrım hakkında bkz. İbn Kudâme; *Tahrîmü'n-Nazar*, xiv xviii; Arapça metin, 7 vd; tercüme, 5 vd.

Ahbarîler mütevazı bir şekilde Arap edebiyatı, nahiv ve sarftan daha fazlasına hakim olmayı şart koşmazlar ve hatta bazıları bu şartı bu üçlünün ilkiyle sınırlandırırlar.[85]

Dokuzuncusu, Uslulîler/Müctehidler hangi *hadîs*in diğerine üstün olduğunu belirlemek için rasyonel ve spekülatif akıl yürütmeye başvururken, Ahbarîler üstünlük işlemini metinleri birbirine mukayese ederek metinsel deliller yoluyla yürütürler. Uslulîler/Müctehidler gayrı *sarîh hadîs*lere başvururken, Ahbarîler kendilerini yalnızca açık (*sarîh*) türden *hadîs*lerle ve kesin (*muhkem*) kategorideki Kur'ân ayetleriyle sınırlarlar. Uslulîler/Müctehidler, herhangi bir vahyedilmiş metin kullanılmışsa tavsiye edilen (*müstehap*) ve kınanan (*mekrûh*) hukuki hükümlerin temeli olarak zayıf *hadîs*lere başvururken, Ahbarîler beş hüküm kategorisi için de aynı metin standardını kullanırlar. Ayrıca Uslulîler/Müctehidler, Kur'ân'ın *müteşâbih* konularını, bu konular *hadîs* tarafından desteklenmese veya onaylanmasa bile, hukuki akıl yürütmelerinin temeli olarak kabul ederler; bunun nedeni, Kur'ân'ın naklinin kesinliğinin belirsizlik ve şüpheye karşı en azından bir güvence oluşturmasıdır. Buna karşın *hadîs*ler, rivayetleri zannî ve anlamları genel olarak tamamen *sarîh* olmadığından böyle bir güvenceden yoksundurlar. Öte yandan Ahbarîler, Kur'ân'ın konularını ancak İmamların tefsirleri, açıklamaları ve yorumları tarafından onaylandığı ölçüde kabul ederler, çünkü Kur'ân, yanılmaz bilgiye gerçekten sahip olmayan müfessirlerin ve yorumcuların heveslerine tabi olamaz.[86]

Onuncusu, Uslulîler/Müctehidler, hukuki delaletlerin çıkarıldığı Sünni hukuk ilkelerinin (*kavâ'idü eddileti'l-fıkh*) benimsenmesini geçerli görürken, *ictihad*ı tamamen reddeden Ahbarîler, hele Sünni kökenliyseler, bu tür ilkelerin kullanılmasına izin vermezler.

Sonuncusu ama bir o kadar önemlisi, Uslulîler/Müctehidler her ne kadar *müctehid*in yanılabilir olduğunu kabul etseler de (İmamın yanılabilir olduğunu kabul etmezler), avamın her ikisine de aynı ölçüde itaat etmesini zorunlu görürler. Fakîh sadece *müftî* ya da *kâdı* gibi en yüksek hukuki otorite olmakla kalmamalı, aynı zamanda Cuma namazını kıldırmalı (avamın katılımı zorunludur) ve zekâtı toplama yetkisine sahip olmalıdır. Avamın ve aslında kitlelerin Müctehid-*fakîh*lere tam sadakatini teyit etmek için Uslulîler, bu

[85] Bu yedinci fark, Semâhicî'nin listesinin 10 ve 28. maddelerini birleştirmektedir, 27, 33.

[86] Bu dokuzuncu fark, Semâhicî'nin listesinin 11, 13, 14 ve 16. maddelerini birleştirmektedir. Beş hüküm kategorisi için yukarıdaki 3. Bölüme bkz.

Müctehid-*fakîh*lerin geleneksel olarak siyasi hükümdarın işlevi olan *had*leri ("ceza hukuku") uygulaması gerektiğinde ısrar etmişlerdir.[87] Daha önce de gördüğümüz gibi, Ahbarîler bunun aksine sadece İmam'a biat etmeyi kabul eder[88] ve bu yetkiyi diğer fakîhlere teşmil etmeyi reddederler. Müctehid-*fakîh*in yetkisi, ister hâkim, ister *müftî*, ister profesör ya da müellif-hukukçu olsun, bir *fakîh* sıfatıyla faaliyet göstermesi nedeniyle sorgulanmaz; daha ziyade yetki devri ilkesi ya da Ahbarî yaklaşıma göre İmam'dan başka kimseye ait olamayacak bir şeyin temellükü söz konusu olduğunda sorgulanır.[89] (Bu Uslulî yaklaşımın, 1979 Devrimi'nden sonra *velâyet-i fakîh* doktrininin ve dolayısıyla Humeyni'nin yönetim biçiminin ortaya çıkmasını sağlayacak zemini oluşturduğunu belirtmek gerekir).

On sekizinci yüzyılın sonunda ve Muhammed Bâkır el-Bihbehânî'nin (ö. 1205/1791) eliyle, Ahbarî ekol tüm zeminini kaybetti ve sahneden tamamen çekilerek hukuk ve ictihad alanında üstünlüğü Uslulîlere bıraktı. Uslulî ekol, iki yüzyıl sonra siyaset ve yönetim alanlarına da hakim olacaktı.[90]

[87] Calder, "Legitimacy and Accommodation," 96.
[88] Semâhicî'nin listesinin 30. maddesi, 34.
[89] Litvak, *Shi'i Scholars*, 14; Gleave, *Inevitable Doubt*,7.
[90] Bu gelişme ile ilgili olarak bkz. Bölüm 16, 4. (D) kısım.

Hukuk Eğitimi ve Hukuk Siyaseti

1. Giriş

Siyaset ve siyasi meşruiyet konuları üzerinde durmadan İslam tarihi boyunca hukuk eğitiminden bahsetmek mümkün değildir; dolayısıyla bu bölümde her iki alan bir araya getirilmiştir. Yine de ilk iki ya da üç yüzyıl boyunca eğitim büyük ölçüde ve bilinçli bir şekilde siyasetten ayrılmış, yöneticilerin pek başarılı olamadan etkilemeye çalıştıkları özel ilimlerle sınırlı kalmıştır. Bu bölümün hikayesi, hukuk biliminin son derece bağımsız bir girişimden, hükümdara ve onun yönetimine belirgin bir şekilde hizmet etmeye başlayan bağımlı bir sisteme dönüşümünün öyküsüdür. Bununla birlikte, bu hikayenin önemli bir yönü de vurgulanmadan geçilmemelidir: bu sonradan meydana gelen bağımlılığa rağmen, hukukun içeriği ve uygulaması herhangi bir siyasi uzlaşma karşısında taviz vermemiştir. Aslında, İslam'ın başlangıcından on dokuzuncu yüzyılın ortalarına kadar halkı yönetirken sürekli olarak Şeriat'ın ve onun temsilcilerinin hukuki isteklerine boyun eğmek zorunda kalan hükümdardı. Hukuk, ahlaki bir güç olarak ve bir devletin zorlayıcı araçları olmaksızın bin yıldan fazla bir süre boyunca üstünlüğünü korumuştur.

İslam'da hukuk eğitiminin tarihini belirlerken, on dokuzuncu yüzyılın başlarına kadar hukuk biliminin temel birimi olan ders halkası (*halaka*; başka bir varyantı: *halka*) ile başlamak gerekir. Ancak *halaka*, önemli bir eğitim kurumu olarak uzun süre el değmeden kalmamıştır. Dördüncü/onuncu yüzyılın sonlarında *medrese* ortaya çıkmış, kendisini *halaka*nın üzerine yerleştirme yönünde güçlü bir eğilim göstermiş ve uzun vadede bazı özelliklerini değiştirmiştir. *Halaka*, *medrese*den önemli bir açıdan farklıydı: büyük ölçüde bir müderris ve öğrencilerinin özgürce bir araya geldiği, çoğunlukla siyasi müdahalenin olmadığı ve öğrencilerin hocalarına ödeyebilecekleri küçük ücretler ya da hocaların siyasi elit üyelerinden ara sıra ve *geçici* olarak aldıkları hediyelerin ötesinde mali kaygılarla sınırlandırılmamış bir ilim meclisiydi. Buna karşılık *medrese*, eğitim amaçlı olduğu kadar mali ve siyasi bir olguydu ve hukuk eğitimini yöneticilerin

giderek artan sistematik denetimine tabi tutuyordu. Vakıf hukuku aracılığıyla bir hayır kurumu olarak kurulmuş, bu sayede bir cami hukuk eğitimine tahsis edilmiş, müderris ve öğrencilere, diğer şeylerin yanı sıra burs, yemek, kütüphane ve barınma imkanı sağlanmıştır. Sıradan erkek ve kadınlar bu türden pek çok *medrese* kurmuş olsa da, bunlar genellikle yerel mahallin ötesinde hiçbir etkisi olmayan sınırlı eğitim projeleri olarak kalmıştır. Hukuk ve siyaset arasındaki karmaşık ilişkiye yol açan şey, en büyük, en varlıklı ve en prestijli *medrese*leri kuranların hükümdarlar ve onların yakın çevresi (vezirler, komutanlar, anneler, eşler, erkek ve kız kardeşler) olmasıydı.[1] Başka bir deyişle, hukuk eğitimi ve *halaka*, siyasi kontrolün kuşatıcı etkilerinden kaçamadı. Bu nedenle modern öncesi Müslüman eğitim sisteminin gelişimine dair bir açıklama sadece kendisi açısından değil, daha sonra göreceğimiz gibi, modern dönemde İslam hukukunun başına gelen temel ve dramatik değişiklikleri açıklamak için de önemlidir.

Hukuk eğitiminin tarihsel ana hatlarını örmek için bir dizi unsurun bir araya getirilmesi gerekmektedir. İlk olarak, birinci bölümde anlatılan gelişmeler doğrultusunda, hukukçular ile halifelik arasındaki erken dönem ilişkinin dinamiklerinin izini sürmeliyiz, çünkü siyasi elitin hukukçulara, *kâdı*lara ve onların hukukuna olan ilgisinin tohumları bu dinamiklerde yatmaktadır. İkinci olarak, *halaka* bünyesindeki hukuk eğitiminin kısa bir açıklamasını yapmalıyız, çünkü on dokuzuncu yüzyıla kadar İslam'da bilgi aktarımının en kalıcı mekanizması olarak kalan bu hukuk bilimi forumuydu. Üçüncü olarak, *medrese*nin yükselişini ve onun kuruluşu için hayati önem taşıyan *vakıf* hukukundan ayrı düşünülemeyecek bir araştırma alanı olan *medrese*nin himayesini anlatacağız. Son olarak, orta ve modern öncesi çağlarda hukuk mesleği ile yönetici elit arasında kurulan diyalektik ilişkiye geri döneceğiz.

2. Teşekkül Döneminde Hukuk ve Siyaset: Bir Denge

İslam'ın ilk yüzyılının büyük bölümünde, hukukun başlıca temsilcileri, aslında yalnızca devlet memuru ve idareciler değil, aynı zamanda -yargılama konusundaki deneyimlerine ve örfi hukuk bilgilerine rağmen- daha sonra geçerli olacak türden resmi bir hukuk eğitimi almamış sıradan kişiler olan ilk *kâdı*lardı. Birinci bölümde gördüğümüz gibi, *kâdı* olarak atanmaları çoğu zaman taşra kâtipliği

[1] Fas'taki kraliyet vakıfları hakkında faydalı bir bilgi için bkz. Shatzmiller, *Berbers*, 87-113.

ve kıssa anlatıcılığı gibi başka görevlerle birlikte yürütülüyordu. Bu sıfatlarıyla, vali yardımcısı olarak görev yapıyorlardı ancak -nadiren de olsa- vali ve *kâdı* olarak da atanıyorlardı. Müstakil hukuk uzmanları sınıfının neredeyse olmadığı bu dönemde, bu ilk *kâdı*lar genel hatlarıyla hukuk mesleği olarak adlandırılabilecek şeyin önemli bir kısmını ifa ediyor ve bu nedenle yönetici sınıfın ayrılmaz bir parçasını teşkil ediyorlardı. Dolayısıyla bu aşamada, her iki işlev de aynı ellerde toplandığından, yönetim ve hukuk arasında kayda değer bir ayrım yapılamaz.

İlk *kâdı*lık makamının hükümet idaresinden resmi olarak ayrılamaz olmasına rağmen, bu erken dönemde yönetim hangi hukukun uygulanacağını belirlemeye neredeyse hiç müdahale etmemiştir. Halifelik hiçbir şekilde ayrı ya da kapsamlı bir hukuk kaynağı değildi. Halifelerden hukuku düzenleyen hiçbir ferman gelmediği bilinmektedir; anayasalar ve herhangi bir türde hukuk kodu da yoktu. Henüz hukuk uzmanları sınıfı ortaya çıkmamışken bile, ne halifeler ne de vezirleri ya da eyalet valileri büyük ölçüde örfi olan hukuk alanını kontrol etmek ya da kendine mal etmek için herhangi bir çaba sarf etmemişlerdir. Halifenin hukuki rolü, gerektiğinde ya da özel ihtiyaçlar ortaya çıktığında devreye giren, *seyrek* kanuni müdahaleden ibaretti. Ancak bu müdahalenin, ilk *kâdı*lar tarafından ortaya konan kural ve hükümlerle uyumlu olduğu anlaşılmalıdır, çünkü halifeler aynı kaynaklardan yararlanmışlardır. Dolayısıyla halifenin yasama işlevi asgari düzeydeydi ve *sünneti* temsil etme rolünün oldukça gerisinde kalıyordu. Bu temsil rolünde bazı halifeler -ama hepsi değil- ilk ve sonraki *kâdı*lar tarafından takip edilecek iyi bir örnek olarak görülüyordu, ancak bunun nedeni saltanat fermanları ya da müdahaleci politikalar değildi. Bir halifenin *sünneti*ne ara sıra başvurmak, hatta onu uygulamak tamamen özel bir tutumdu, bir *kâdı* ya da alimin özgür seçimiydi. Öte yandan, bir yargıca belirli bir hükmü vermesini emreden hilafet buyrukları, nadir görülen ve üstelik geçici bir durumdu. Bu tür emirler dini hukuka aykırı "laik" ya da "kraliyet" hukukunu değil, aynı otorite kaynaklarının farklı bir yorumunu temsil ediyordu. Bu gibi durumlarda, halifeler ya kendileri fakîh-*kâdı* olarak hukuku yorumluyor ya da kendileriyle birlikte divanda bulunan hukuk uzmanı veya *kâdı*ların tavsiyelerine göre hareket ediyorlardı. Dolayısıyla, ilk-*kâdı* esas olarak, büyük ölçüde anlaşmazlıkların nasıl çözülmesi gerektiğine dair normatif anlayışına göre hareket eden, toplumsal örf, Kur'ânî değerler ve daha öncekilerin yolları (*sünen-i mâdiye*) tarafından yönlendirilen bir devlet idarecisiydi.

Öte yandan ilk halifeler kendilerini bu *sünnet*lerin ve o zamanki hakim dini değerlerin gücüne eşit derecede bağlı görüyorlardı. Doğru, onlar Allah'ın ve Peygamber'in yeryüzündeki vekilleriydiler, ancak farklı ve büyük ölçüde bağlayıcı bir sosyal ve hukuki (her zaman siyasi olmasa da) dokunun karşılıklı mutabakata dayalı çerçevesi içinde hareket etmeleri gerçeğiyle diğer dünya liderlerinden farklılaşıyorlardı. Kendilerinden önceki Arap kabile liderleri ve hatta Hz. Muhammed'in kendisi gibi, kendilerini sadece toplumlarının değil, aynı zamanda ve öncelikle, nesiller boyunca kendilerine aktarılan ve isteseler bile kendilerini ayıramayacakları sosyal ve siyasi geleneklerin bir parçası olarak görüyorlardı. Dolayısıyla ilk *kâdı*ların nisbi yargı bağımsızlığı, toplumsal, örfi ve gelişen dini değerlerin herkese hükmetmesi, ancak bunların halife tarafından *kâdı*lardan daha fazla bilinmemesi ya da halifeye daha fazla yük olmaması gerçeğinden kaynaklanıyordu. *Kâdı*lar nasıl zor davalarla ilgili olarak halifelere soru sormuşsa halifelerin de *kâdı*lara soru sorduğu doğruydu. Hukuk bilgisinin -ya da hukuki otoritenin- erken dönemde iki yönlü bir yol olduğu çok açıktır; İslam halifesi hukukun tek kaynağı olmaktan çok uzaktı, hatta farklı bir kaynak bile değildi. Aksine, onun hukuki rolü asgari düzeyde ve kısmi olup, çoğunlukla Müslümanların *sünen* olarak adlandırdıkları (ancak daha sonra yalnızca Peygamber'e ait olacak olan Sünnet değil) örnek teşkil eden emsaller bütününe seçici bir şekilde dahil edilmiştir.

80/700'lerden sonra özel bir hukuk uzmanları sınıfının ortaya çıkışı, İslam tarihinde yeni bir aşamaya işaret ediyordu; bu aşama, Müslüman toplumlarda yeni bir dini motivasyonun yayılması ve buna eşlik eden, genel olarak ulemanın, özel olarak da hukukçuların (*fukahâ*) ve daha sonraki mutasavvıfların alamet-i farikası haline gelen zühde dayalı bir dindarlıkla karakterize ediliyordu.[2] Bu dindarlığın Müslüman kültüründeki önemi, gerek bu erken dönemde gerekse takip eden yüzyıllarda ne kadar vurgulansa azdır. Aksine, artan gücü daha sonraki gelişmelere önemli ölçüde katkıda bulunacaktı. Yine de bu erken dönemde bile zühde dayalı dindarlık, riyazetten, bazı istisnalar dışında orta ve sonraki Emevi halifelerinin kısmen ilişkilendirildiği nefse düşkün yaşam tarzlarından nefret etmeye varan pek çok biçim almıştır. Bu dindarlık her şeyden önce İslam'ın Şîarı olan adalet ve Allah katında eşitlik çağrısında bulunuyordu.

Birinci yüzyılın sonu ve ikinci yüzyılın başında, yönetici elit ile yeni ortaya çıkmakta olan dini-hukuki sınıf arasında bir ayrışmanın

[2] Bu önemli konuyla ilgili olarak bkz. Hurvitz, "Biographies and Mild Asceticism."

varlığı belirgin hale gelmişti. Bu ayrışma, eşzamanlı iki gelişmeyle kendini gösterecekti; bunlardan ilki, dindarlığın yönlendirdiği ideal insan davranışında giderek daha fazla ısrar eden hukuk uzmanları arasında yeni bir dini ahlakın yayılmasıydı. Aslında bu ahlakı hukukçuların sosyal kategorisinden ayırmak neredeyse imkansızdır, çünkü daha önce de söylediğimiz gibi hukukçuların yapısı tamamen bu dindarlık ahlakı, ılımlı züht ve hukuk ve din bilgisi tarafından tanımlanmıştır. İkinci ayrışma, ilk halifelerin bildiği ve buna göre davrandıkları eşitlikçi kabile liderliği biçimlerinden ayrılmaya başlayan yönetici elitin artan gücü ve kurumsallaşmasıydı. Örneğin Halife I. Ömer, kendi sosyal sınıfından birçok Arap'ın hoşlandığı bir yaşam sürerken ve onlardan biri olarak müminlerle kaynaşırken, Emevi halifeleri saraylarda yaşadı, cebri güç kullandı ve yönettikleri insanlardan yavaş yavaş ama giderek artan bir şekilde uzaklaştı. Bu uçurum Müslüman nüfusun artmasıyla daha da büyüdü. Böylece, hükümdar daha önceki küçük topluluklara kolayca erişebilirken, daha sonraki topluluklar hükümdarın yerel düzeyde kişisel ittifaklar ve bağlar kurmasını engelleyecek kadar büyüktü.

Ahlaki ve idealist değerlerle yoğrulmuş, kıssa anlatıcılarının ve hadisçilerin dini anlatılarının çoğalmasından ilham alan ve zenginleşen dini motivasyon, dindarların dini dürtülerinin yüksek erdemliliğine karşı, hükümeti ve siyasi gücü ahlaksızlıkla ve yolsuzlukla eş tutmaya başladı. Bu tutum birinci yüzyılın sonlarına doğru (MS 700-715 civarı) ortaya çıkmış ve *kâdı*lık makamına yapılan atamalardan bahseden çok sayıda anlatıya ve biyografik ayrıntıya yansımıştır. Bu dönemden itibaren ve sonraki yaklaşık bin yıl boyunca, adli atamanın bu göreve atananlar için bir sıkıntı, hatta bir felaket olduğu teması biyografik anlatının geleneksel bir konusu ve yinelenen bir detayı haline gelmiştir. Hukukçuların atanma haberini aldıklarında -bazen aile üyeleriyle birlikte- ağladıkları; bazılarının saklandıkları ya da görevi kabul etmektense kırbaçlanmayı veya işkence görmeyi tercih ettikleri bildirilmektedir.[3]

Siyasi iktidara ve onunla ilişkili olanlara duyulan şüphe o kadar yaygındı ki, hadisçiler - ve muhtemelen aralarındaki kıssa anlatıcıları - hem *kâdı*ları hem de yöneticileri kınayan bir dizi Nebevi *hadîs* bulmayı başardılar ve her iki sınıfı da bilgili, dindar hukukçularla taban tabana zıt ahlaki ve uhrevi bir konuma yerleştirdiler. Bir *hadîs*e göre,

[3] Zehebî, *Siyer*, IV, 534; Vekî', *Ahbâr*, I, 26; III, 25, 37, 130, 143, 146, 147, 153, 177, 184 ve başka birçok yerde; İbn Sa'd, *Tabakât*, VII, 183; İbn Hallikân, *Vefayât*, II, 18; III, 201, 202; Zaman, *Religion*, 78 vd.

Kıyamet Günü'nde *kâdı*lar sultanlarla birlikte cehennem ateşine atılacak, dindar fakîhler ise cennette peygamberlerle beraber olacaktır.[4] Yine de siyasi olanla ilişkiye duyulan bu derin şüphe, hukukçuların *kâdı*lığı ağırlıklı olarak reddettikleri ya da arzu etmedikleri anlamına gelmiyordu. Aslında, genel olarak atamaları kabul etmişlerdir ve hatta birçok genç hukukçu bunu kariyerlerinin zirve noktası olarak görmüş olmalıdır. Aynı zamanda yönetici elit de hukukçulardan vazgeçemezdi, çünkü epistemik olarak temellendirildiği ölçüde hukuki otoritenin siyasi otoriteden büyük ölçüde ayrı olduğu açık hale gelmişti. Din ve tanımı gereği hukuk bilgisi artık spesifik olarak hukukçunun, mütehassıs alimin alanı haline gelmişti. Hukukçuların sadakatlerinin devlete değil, hukuka ve hukukun gerekliliklerine olduğu ve bunun da yönetici sınıfın görüşleriyle sık sık çeliştiği yönündeki derin kaygılarına rağmen, yönetici elitin İmparatorluğun hukuki ihtiyaçlarını karşılamak için hukukçulara ihtiyaç duyması esasen tam da bu epistemik nitelik sebebiyleydi. Ancak her iki tarafın da diğerine ihtiyacı olduğu gerçeği ortadaydı ve bu nedenle her ikisi de işbirliği yapmayı öğrendi ve işbirliği yaptılar da.

Birçok hukukçuya, *kâdı*lık görevine atandıklarında yüksek maaşlar ödeniyordu, ama aynı zamanda özel alimler olarak cömert bağışlar da alıyorlardı. İkinci/sekizinci yüzyıl boyunca, adli atamalar için ödenen ücretler istikrarlı bir şekilde artmış ve dönemin sonunda büyük şehir *kâdı*lıklarını oldukça cazip hale getiren gelir seviyelerine ulaşmıştır.[5] Ancak *kâdı*lar devlet yardımlarından yararlanma konusunda yalnız değillerdi. Önde gelen mütehassıs alimler de devletin mali yardımlarına daha az bağımlı değillerdi[6] ve aşağıda göreceğimiz üzere bunun iyi bir nedeni vardı.

Öte yandan yöneticiler, hukuk mesleği çevrelerinde buldukları meşrulaştırmaya şiddetle ihtiyaç duyuyorlardı. Hukukçular, aralarından çıktıkları ve temsil ettikleri kitlelere ulaşmak için etkili bir araç olarak hizmet etti. Bölümün ilerleyen kısımlarında daha ayrıntılı olarak göreceğimiz üzere, modern öncesi İslami siyasal yapının (Avrupa ve Uzak Doğu'da olduğu gibi) belirgin özelliklerinden biri, yönettiği sivil halkların altyapıları üzerinde kontrol sahibi olmamasıydı. Hukukçular ve *kâdı*lar, kendileri de halk kitlelerinin mahsulü

[4] Şeyh en-Nizâm, *el-Fetâvâ el-Hindiyye*, III, 310; İbn Hallikân, *Vefayât*, II, 18. Yargıda görev almayı fiilen reddedenler hakkında bkz. Kozlowski, "Imperial Authority," 356 ve orada atıfta bulunulan kaynaklar.

[5] Vekî', *Ahbâr*, III, 233, 235, 242; Kindî, *Ahbâr*, 421, 435.

[6] İbn Hallikân, *Vefayât*, III, 315.

olmalarına rağmen, mesleklerinin doğası gereği kendilerini yönetim işlerinin günlük işleyişinin içinde bulan sivil liderler olarak ortaya çıktılar. *Kâdı*ların sadece mahkeme yargıçları değil, aynı zamanda dezavantajlıların koruyucu ve kollayıcıları, vakıfların denetçileri, vergi tahsildarları, bayındırlık işlerinin ustabaşıları ve sosyal ve ailevi anlaşmazlıkların gayri resmi arabulucuları olduklarını gördük.[7] Hem mahkemede hem de mahkeme dışında anlaşmazlıkları çözdüler ve kendilerini halk ile yöneticiler arasında aracı olarak kabul ettirdiler. Mahkeme salonu dışında bile, hukukçular ve *kâdı*lar sıradan insanlara karşı sorumluluk hissettiler ve çoğu zaman resmi bir dilekçe olmadan kendi başlarına harekete geçtiler.[8] Kendi sosyal çevrelerinin bir ürünü olarak hukukçuların kaderi ve dünya görüşü, toplumlarının ahlakı ve çıkarlarıyla ayrılmaz bir şekilde iç içe geçmişti.

Bu nedenle genel olarak alimler ve özel olarak da hukukçular, halk tabakasına mensup olanların istek ve arzularını ifade etmek için sık sık çağrılırlardı. Onlar sadece iktidarın üst kademelerinde halk adına aracılık yapmakla kalmıyor, aynı zamanda kitleler için dindarlık, doğruluk ve iyi eğitim idealini de temsil ediyorlardı. Dinin Muhafızları, dini hukuk uzmanları ve erdemli Müslüman yaşam tarzının örnekleri olarak meslekleri, onları yalnızca kitlelerin gerçek temsilcileri değil, aynı zamanda bir Nebevi *hadîs*in de doğruladığı gibi, "Peygamberin gerçek varisleri" haline getirmiştir.[9] Onlar meşruiyetin, dini ve ahlaki otoritenin mahalliydiler. Dindar ve bilgili bir kimse, dindarlığı ve bilgeliği sayesinde büyük hayranlık uyandırabilirken, bir halife bunu ancak zorlama tehdidiyle yapabilirdi. Ebû Bekir, Ömer ve Ömer b. Abdülaziz gibi daha önceki halifelerin usullerine aşina olan daha sonraki Emevi ve ilk Abbasi halifeleri, kaba gücün, elde etmeye çalıştıkları meşruiyeti sağlayamayacağını fark ettiler. Meşruiyet, dinin, ilmin, zühdün, ahlaki dürüstlüğün, kısacası Peygamber ve örnek selef hakkında derin bilgiye sahip olan ve hayatlarını bu örneklere göre şekillendiren insanların *şahsında* yatıyordu. Dolayısıyla halifeler, dindar alimlerin mali kaynaklara ihtiyaç duydukları kadar, kendilerinin de alimlerin işbirliğine ihtiyaç duyduklarını, çünkü alimlerin yöneticinin tek siyasi meşruiyet kaynağı olduğunu *başlangıçtan itibaren* anladılar.

Kitleler arasında artan İslamlaşma ve hukuk bilginlerinin sahip olduğu meşruiyet, halifelere, otoritesi insanın yorum yapma

[7] Ayrıca bkz. 4. Bölüm 2 ve 3. kısımlar.
[8] *A.g.e.*, III, 203-04; Kindi, *Ahbâr*, 440.
[9] İbn 'Abdilberr, *Câmi'*, I, 34.

yeteneğine bağlı olan bir dini hukuku onaylamaktan başka seçenek bırakmadı. Bu ilimde uzmanlaşmış olanlar fakîhlerdi ve ister halife ister eyalet valisi olsun, yöneticilerin mutlak yetkilerine kısıtlamalar getirenler de onlar ve onların epistemolojik ve hukuksal alanlarıydı. İranlı kâtip İbnü'l-Mukaffa' (ö. 139/756 civarında) Abbasi halifesine, halifenin mahkemeleri bağlayacak kanunlar çıkararak en yüksek hukuki otorite olmasını önerdiğinde, önerisi tamamen göz ardı edildi.[10] Zira önerisi, eski İran yönetim biçimlerine uygun olarak hukuki otoritenin halife tarafından ele geçirilebileceğini ima etse de, bundan hiçbir şey çıkmaması, hukukçuların hukuk üzerindeki kontrolünün daha önce olduğu gibi dokunulmaz olduğunun güçlü bir göstergesidir. Hukuk uzmanları ve 130/750'li yıllarda ortaya çıkan popüler dini hareket, herhangi bir siyasi gücün onları ortadan kaldıramayacağı ve hatta değiştiremeyeceği kadar kök salmıştı. Aslında dini otorite ile siyasi iktidar arasındaki uçurumu açan tam da bu hareket ve onun temsilcileriydi.

Daha sonra halifelere tavsiye niteliğinde yazılan mektuplar ve risaleler, fakîhler tarafından temsil edilen dini hukukun üstünlüğünü ve fakîhlerin sosyal ve yorumsal otoritelerini teyit eder. Artık hiç kimse yasal gücün halifeye tahsis edilmesini öneremezdi. 'Anbarî'nin (ö. 168/785) Halife Mehdi'ye yazdığı mektupta ve Ebû Yusuf'un (182/798) Harun er-Reşid'e yazdığı risalede, halifenin dini hukuka ve Sünnet'e tabi olması kaçınılmaz bir sonuçtur.[11] Halife ve emrindeki tüm siyasi hiyerarşi, herkes gibi Allah'ın kanunlarına tabiydi. Bu konuda hiçbir istisna yapılamazdı. Halifenin kendisinin ve onunla birlikte halifeliğin *varlık nedeni* dini kanunları yapmak değil, onları uygulamaktı.

Yine de 'Anbarî ve Ebû Yusuf, kendilerini ya da mesleklerini halifelerin düşmanı olarak görmüyorlardı. Onların yazıları, fakîhlerin hükümdarlarla işbirliği yapmaya istekli olduklarını açıkça ortaya koymaktadır; her iki yazar da mali açıdan halifelere bağımlıydı, ancak her ikisi de tamamen dini hukuk ve ahlak tarafından belirlenen bir geçmişten geliyordu. Bu işbirliği, hükümdarların da çok uzun olmayan bir zaman önce hukukçular arasında sayıldığının anlaşılmasıyla birleştiğinde, 'Anbarî ve Ebû Yusuf'un halifeleri hukukçuların ve *kâdı*ların emsalleri olarak görme kararlarını haklı çıkardı. Yazılarında halifeleri zor davalarla karşılaştıklarında *kâdı*larına rehberlik

[10] Bu önerinin iyi bir analizi Zaman, *Religion*, 82-85'te bulunabilir. Ayrıca bkz. Goitein, "Turning Point," 120-35.

[11] Zaman, *Religion*, 85-100.

etmeye çağırmaları, sadece hukuk alimlerinin halifelere dini liderler olarak biçmek istedikleri rolün değil, aynı zamanda halifelerin kendilerini Allah'ın yüce kanununu koruyan meşru yöneticiler olarak gösterme ihtiyacının da bir ölçüsüdür. O halde halifenin hukuk alanında, ister kendi atadığı *kâdı*lar isterse mütehassıs hukuk bilginleri olsun, hukukçulardan daha üstün bir otoriteyle hareket etmediği ya da kendini onlardan üstün görmediği açıktır. Eğer halife zaman zaman hukuki sorunların çözümüne müdahil olmuşsa, bunu hukukçularla eşit düzeyde yapmış, onların *kâdı* ve hukukçu rollerinden üstün biri olarak yapmamıştır. Onun katılımı, hukukçuların mesleki ve yoruma dayalı faaliyetlerinin ayrılmaz bir parçasıydı ve onların tamamlayıcısı olmaktan başka bir şey değildi. Sonuç, halifelerin hukukçularla rekabet ettiği bir dini otorite mücadelesi değildi, çünkü halifeler hukukçulara kendi yetkinlik alanlarında meydan okumadılar. Aksine, halifenin hukuka katılımı, fakîhlerin ve (taklit edilmesi gereken bir model olarak ortaya koydukları) ilk halifelerin sahip olduğu hukuksal yetkinliğin gösterilmesi yoluyla siyasi meşruiyet kazanma çabasını temsil ediyordu.

Halifeler, uzmanlık alanı haline gelen hukuk bilgisinden giderek uzaklaştıkça, zor hukuki meseleleri ele alırken kendilerine yardımcı olacak yetkin hukukçularla çevrelenmeleri beklenirdi. Meşruiyetlerine yardımcı olan bu duruma uygulamada da gerekli ölçüde riayet ettiler. Dolayısıyla, ilk halifeler kendi hukuk bilgileri sayesinde meşruiyet elde edebilirken, daha sonra halifelik makamını rutin olarak hükümdar ve maiyetiyle bir araya gelen (*celese fî suhbeti'l-'ulemâ'*) ve gerçekte halifelerin (ve daha sonra tüm sultanların ve emirlerin) şiddetle ihtiyaç duyduğu meşruiyeti oluşturan hukukçularla desteklemek zorunlu hale geldi. Bu hükümdar-hukuk meclislerinde sadece din, hukuk ve edebiyat meseleleri tartışılmıyor, aynı zamanda üstat-hukukçular arasında ilmi *münâzara*lar da yapılıyordu.[12] İkinci, üçüncü ve dördüncü yüzyılların neredeyse her halifesinin *fukahâ*yla dost olduğu bilinmektedir ve daha sonraki emirler ve sultanlar da aynı şeyi yapmıştır.[13]

Hukukçuların elde ettiği ayrıcalıklar ve iltimaslar onlara sadece sultanın sarayına ve siyasi elit çevrelere kolay erişim sağlamakla

[12] Daha sonra kendi başına müstakil bir alan haline gelerek çok sayıda yazı ve teori üretilmiştir. Bkz. genel olarak Hallaq, "Tenth-Eleventh Century Treatise," ve Miller'in tezi, "Islamic Disputation Theory."

[13] Vekî', *Ahbâr*, III, 158, 174, 247, 265 ve başka birçok yerde; İbn Hallikân, *Vefayât*, II, 321, 322, III, 204, 206, 247, 258, 389; Kindî, *Ahbâr*, 388.

kalmadı,[14] aynı zamanda onları hukuki meseleleri ve belki de diğer devlet meselelerini etkileyen hükümet politikasında oldukça etkili hale getirdi. İkinci/sekizinci yüzyılın ortalarından itibaren, neredeyse tüm önemli adli atamalar sultanın sarayındaki *Kâdılkudât*ın ya da halife tarafından toplanan hukukçular meclisinin ya da her ikisinin tavsiyesi üzerine yapılıyordu. Eyalet valisi nitelikli bir *kâdı* bulmak istediğinde hukukçuların tavsiyesine başvururdu.[15] Bazı hukukçular, İslam tarihi boyunca hem hukuki hem de siyasi konularda ölçülemeyecek kadar etkili olmuşlardır.[16]

Halifenin, fakîhleri ve onların saraydaki meclislerini himaye etmesi meşruiyet kazanma yollarından biriydi. Bir diğeri de halifenin Mekke'ye yapılan hac yolculuğuna katılmasıydı ki bu yolculuk neredeyse her zaman seçkin hukuk bilginleri eşliğinde yapılıyordu. Ve önde gelen bir hukukçu öldüğünde, cenaze namazı bizzat halife tarafından kıldırılırdı (tıpkı bir halife öldüğünde bu namazı seçkin hukukçuların kıldırması gibi). Üstelik halifeler, bazı erken dönem halifelerinin tanındığı alimlik imajını sürdürme çabasıyla dini eğitime ilgi göstermeye devam ettiler. Böylece hukuki meselelerle uğraştılar ve saray meclislerinde alıntılandığında genellikle meşrulaştırma aracı olarak etkili olan *hadîs*leri okuyup ezberlediler.[17]

Ancak tüm bunlar siyasi iktidar, seküler güç ve dini hukuk arasında her zaman sürtüşme noktaları olduğu gerçeğini gizleyemez. Bu ikisi arasındaki ilişki sürekli tartışılmış ve yönetici elitin hukuka değil hukukun temsilcileri tarafından uygulanmasına karşı tek tük meydan okumalarından hiçbir zaman yoksun kalmamıştır.[18] Bu tür meydan okumalar çoğunlukla taşra ve çevre mahkemelerinde gerçekleşmiş gibi görünse de, bizzat halifelerin de nadir durumlarda yargıya ve yargı sürecine müdahale ettikleri görülmektedir.[19] Ancak bu anekdotlar halifelerin hukuku suistimal ettiğini gösterse de, bunlar yine de kaynaklarda görülen, halifelerin yargıya müdahalede sınırlarını aşma konusundaki isteksizliklerine dair genel bir örüntünün istisnalarıdır. Nitekim Halife Ebû Cafer el-Mansûr (hükümdarlığı 136-58/754-75) Basra kadısı Sevvâr'a bir davayla ilgili mektup

[14] Bir önceki dipnotta geçen kaynaklara ilave olarak bkz. Bağdâdî, *Târîh*, IX, 66.
[15] Kindî, *Ahbâr*, 393.
[16] Bunun bir örneği Yahyâ b. Eksem b. Seyfî'dir (ö. 242/856). Bkz. İbn Hallikân, *Vefayât*, III, 277 vd.
[17] Bağdâdî, *Târîh*, IX, 33, 35-36; Zaman, *Religion*, 120-27.
[18] Bu tür meydan okuma örnekleri için bkz. Kindî, *Ahbâr*, 328, 356, 367; Vekî', *Ahbâr*, III, 232.
[19] Kindî, *Ahbâr*, 410-11; Vekî', *Ahbâr*, III, 271-72.

yazdığında, Sevvâr halifenin ayrıntılarını bilmediğimiz talebini hukuken yersiz bularak reddetmiştir. Bu karardan rahatsız olan Mansur tehditlere başvurdu, ancak bunları hiçbir zaman uygulamadı, çünkü bir danışmanının veya sırdaşının ona şöyle dediği rivayet edilir: "Ey Müminlerin Emiri, Sevvar'ın adaleti sonuçta senin adaletinin bir uzantısıdır."[20] Daha sonra göreceğimiz üzere, ahlaki zorunluluk hilafet yönetim etiğinin ayrılmaz bir parçasıydı, çünkü üstün güç ahlaki açıdan sınırsız hoşgörüyü gerektiriyordu.

Halifelik makamının şer'î hukuka göre en yüksek adalet standartlarını koruduğunun düşünüldüğü inkar edilemezdi ve halifelerin kendileri de böyle bir sorumluluk hissediyor, genellikle bu beklentilere uygun hareket ediyorlardı.[21] Hukukun bizzat kendisi otoriteye sahip olduğu için, halife ve makamı sadece ilahi hukukun başka bir alanı olarak değil, aynı zamanda onun garantörü ve uygulayıcısı olarak görülüyordu. Kural olarak halifeler ve taşra temsilcileri mahkeme kararlarını onaylar ve normalde yargı sürecine müdahale etmezlerdi. Dini hukukun emirlerine itaat etmekle temsil edilen siyasi meşruiyetlerini korumaktan başka bir sebep olmasa da, genellikle hukuka uyuyorlardı. Başka bir deyişle, onların itaati, dini hukuku toplumdaki en üstün düzenleyici güç olarak kabul etmelerinden ve dini hukuk mesleğine hiçbir şekilde rakip olmadıkları inancından kaynaklanıyordu. Halife ve valilere karşı dava açan kişiler lehine karar veren *kâdı*ların örnekleri literatürde net bir şekilde ispatlanmıştır; halife ve valiler davaların büyük çoğunluğunda bu tür kararları kabul etmiş ve boyun eğmişlerdir.[22] İlgili literatür, ülkedeki en yüksek siyasi ve askeri makamların bile, amaçlarına salt zorlama yoluyla kolayca ulaşabilecekleri durumlarda dahi hukuka başvurmayı ve onun (bazen uzun) prosedürlerine boyun eğmeyi gerekli bulduklarını göstermektedir.

Emevilerin ilk dönemlerinden Osmanlıların son dönemlerine kadar İslami siyasi kültür, benzersiz olmasa da özel bir yönetim modeli sergilemiştir. Kural olarak, hükümdarlar ve yardımcıları, taraf olmadıkları anlaşmazlık ve çatışmalarda hakemlik yaparken dikkate değer bir adalet ve hakkaniyetle hareket etmişlerdir. Ara sıra yaptıkları ihlaller genellikle kendi çıkarlarının söz konusu olduğu davalarla ilişkili ve bunlarla sınırlı kalmıştır. Bu hiçbir şekilde, bu tür çıkarların

[20] Vekî', *Ahbâr*, II, 60.
[21] *A.g.e.*, II, 59.
[22] Örnek olarak bkz. İbn Hallikân, *Vefayât*, III, 392; İbn 'Abd Rabbih, *el-'İkdü'l-ferîd*, I, 38–48; 'Askalânî, *Raf'u'l-isr*, 508.

olduğu her durumda tecavüzün meydana geldiği anlamına gelmese de, yöneticilerin yargı sürecinde çıkarları söz konusu olduğunda, toplam kazançlarını ve kayıplarını tartmak zorunda olduklarını göstermektedir. Zorlama yoluyla amaçlarına ulaşmış olmaları, meşruiyetlerinin testten geçemediği anlamına gelirdi. Öte yandan, zaman zaman hukuka tamamen uymak, maddi kazanç arayışlarının ya da iktidar isteklerinin boşa çıkması anlamına geliyordu. Bu denklemi dikkatli bir şekilde kurmaya ve dengelemeye çalışmışlar, kimi zaman başarılı olmuşlar, kimi zaman da olamamışlardır. İslam tarihinin kuruluşundan sonraki yüzyıllar, yöneticilerin genellikle dini hukuka uyma lehine bir denklemi sürdürmeyi tercih ettiklerini göstermektedir; zira uyum, yönetici elitin halkın sempatisini ya da en azından zımni onayını kazanmasının bir yoluydu.

Ancak hukuka uyum nispeten pasif bir eylemdi ve çok arzu edilen siyasi meşruiyet hedefini desteklemek ve artırmak için tek başına yetersizdi. Şaşırtıcı bir şekilde, hukuk eğitimi alanının verimli bir zemin olduğu kanıtlandı ve yönetici hanedanların yalnızca meşruiyet kazanmalarına değil, aynı zamanda on dokuzuncu yüzyıl boyunca hukuk sisteminde köklü ve kalıcı değişiklikler yapmalarına da olanak sağladı. O halde şimdi hukuk eğitimine dönüyoruz.

3. Halakadan Medreseye

Erken dönemde hukukçulara sunulan gayri resmi mali himaye, zamanla sistematik hale getirilecek ve kurumsallaştırılacaktı. Öyle oldu ki hukuk okulu (*medrese*), hukukçuların yönetici elitler tarafından sistemin bir parçası haline getirildiği başlıca araç haline geldi. *Medrese*nin birdenbire sahneye çıkması ve hızla yayılması, İslam'ın hukuk ve eğitim tarihini bu kurumun varlığı olmaksızın hayal etmeyi imkansız kılmaktadır. Aynı şekilde modern dönemde İslam hukukunun çöküşünü de bu eğitim kurumunu hesaba katmadan anlamlandırmak mümkün değildir. Ancak bir hukuk ve eğitim kurumu olarak *medrese*, ortaya çıkışından önce var olan pedagojik geleneğe köklü bir şekilde bağlı olarak faaliyet göstermeye devam etmiştir. Bu gelenek, aynı anda hem pedagojik, hem hukuki hem de sosyolojik bir olgu olan *halaka*da temsil ediliyordu. *Halaka* aslında hukuk eğitimini yürüten motordu; gerçekten de *halaka*nın varlığı olmasaydı *medrese* yaşayamazdı.

Aşiret veya kabile üyeleri için normatif toplanma biçimi olarak işlev gören *halaka*nın kökeni kabile olmalıdır. Bu nedenle, Yarımada

Arapları tarafından Irak, Suriye ve Mısır'ın garnizon şehirlerine getirilmiş ve buralarda meclisler şefin çadırından merkezi camiye taşınmış olabilir. Tıpkı kabile meselelerinin bu *halaka* meclislerinde tartışma konusu olması gibi, garnizon şehirlerinde de tartışma ve münâzaraların odağı artık dini toplulukların meseleleriydi. İslam'da hukuk konusunda ortaya çıkan ilk tartışmalar tam da bu *halaka*larda meydana geldi. Kendilerini hukuk alanında alim olarak öne çıkaran kişiler, ana tema olarak doğru örnek davranışı (yine: *sünnet*) temsil eden *sünen*, *siyer* ve çeşitli hikayelerle (*kısas*) ilgili konularda kendilerini dinleyen kitleleri cezbetmişlerdir. Birinci yüzyılın sonundaki hukuk uzmanları bu *çevrel*erden (lafzen: *halaka*) çıkmıştır (bkz. Bölüm 1); ve bu çevreler İslami pedagojinin başlıca forumları olarak hizmet vermeye devam ettiler. İkinci/sekizinci yüzyılın başlarından itibaren bu çevre doğuda İran ve Maveraünnehir'e, batıda ise Kuzey Afrika ve Endülüs'e yayılmaya başladı. Daha sonra Mogadişu'dan Açe'ye kadar İslam'ı kabul eden tüm bölge ve şehirlere yayılacaktı.

Dikkat çekici bir ortam olan *halaka*, hafif açık bir daire olarak başlamıştır.[23] Çevresinin derin ucunda ve girişini oluşturan açıklığa bakan tarafta kabile reisi ve daha sonra hukuk uzmanı ya da hukuk profesörü otururdu (*celese*). İnsanların katılmasına izin vermek için giriş noktası zaman zaman boş bırakılırdı. Genellikle öğrenciler profesörden ne kadar uzakta otururlarsa, o kadar az gelişmiş sayılırlardı. Daire birden fazla sıradan oluştuğunda, yeni başlayanlar arka sıralarda otururdu. Hızlı ilerleme kaydeden bir öğrenci profesöre daha yakın bir konuma getirilirdi. Zaman zaman ihmalkar öğrencilerin arka sıralara kaydırıldığı (ya da arkaya geçme inisiyatifini kendilerinin aldığı) olurdu.[24]

Tıpkı kabile selefinde olduğu gibi, pedagojik *halaka* da belirli bir hiyerarşiye sahipti; profesörün yanında, kendileri de kısa süre sonra öğretmen ya da bir tür hukuk uzmanı olacak kıdemli öğrencileri bulunuyordu. Bu kişiler bazen hukuk alanında uzmanlık kazanmak için *halaka*ya katılan başka alanlardaki başarılı alimlerdi. Bu ileri düzey öğrenciler aynı zamanda öğretim asistanları (*mu'îd*ler; lafzen tekrarlayıcılar) olarak da görev yapıyorlardı. Kısacası, erken dönem *halaka*, en yüksek noktasında profesörle başlayan ve dairenin her iki tarafında ondan uzaklaşarak daha az bilgili öğrencilere doğru ilerleyen kademeli bir hiyerarşiyi yansıtıyordu. Bu döngüsel hiyerarşinin

[23] Pedersen, *Arabic Book*, 26.
[24] Ephrat, *Learned Society*, 77.

en dikkat çekici özelliği, hoca ve öğrenciler arasındaki mükemmel süreklilikti. Başka bir deyişle, öğretmen ve öğrenci arasında pedagojik bir kopuş yoktu, aksine kademeli, geçişli bir süreklilik vardı. Hoca epistemolojik zirve, ileri düzey öğrenciler onun altı ve daha az bilgili öğrenciler de ileri düzey öğrencilerin astlarıydı. Sırası geldiğinde, *halaka*nın fiziksel yapısında daha sonra meydana gelen -küçük de olsa- değişikliklerin hem hukuk eğitiminde hem de aslında bir bütün olarak hukuk mesleğinde nasıl temel değişiklikleri yansıttığını göreceğiz.

Yaklaşık sekizinci/on dördüncü yüzyıla kadar *halaka*, hoca ve öğrenciler, özellikle de ileri seviyedekiler arasında samimi bir ilişki sergiliyordu. Hoca, modern üniversite profesörleri gibi sadece teknik bir bilimin öğretmeni değildi. O bir eğitimci, bir yoldaş, bir destekçi ve ahlaki bir akıl hocasıydı. *Adalet* kavramına dayalı derin bir ahlak duygusu aşılamak, herhangi bir temel konu kadar müfredatın bir parçasıydı (tabi bizim anladığımız anlamda bir müfredat varsa). Bir sonraki bölümde göreceğimiz gibi, hukukun uygulanması, hukukun etkinliğinin bağlı olduğu ve kendisinden ayrılamayacağı bir sosyal ahlak sistemini varsayıyordu. Hoca, başka konuların yanı sıra, öğrenciye bu ahlaki sistemin unsurlarını öğretirdi. Hoca-öğrenci ilişkisi genellikle baba-oğul ilişkisine benziyordu ve pek çok öğrenci hocalarının evlerinde ikamet etmek ve orada yemek yemekle kalmaz, aynı zamanda kızlarıyla da evlenirdi. İşte tam da bu evlilik kurumu, bir şehir ya da bölgedeki ulemanın kendi arasında ve onlarla uzak yerlerdeki ulema arasında yakın bağlar kurulmasını sağlamıştır. Sumatra, Cava ve Madura'daki *pesantren*ler aracılığıyla ve bunlarla Hicaz'ın (coğrafi olarak uzak) ilmi toplulukları arasında gelişen ağlar dikkate değer bir örnektir.[25]

Hoca ve öğrenci arasındaki yakın ilişki, İslam'da merkezi bir pedagojik ve sosyal kurum olan *suhbe* (arkadaşlık)[26] kavramında örneklendirilmiştir. Genellikle uzun yıllar boyunca geliştirilen *suhbe*, öğrenci ile hoca ya da herhangi iki veya daha fazla alim arasındaki yakın kişisel ve entelektüel arkadaşlık anlamına geliyordu. Bunu elde etmek için çalışmayı ve "birlikte oturmayı" içeren uzun süreli bir birliktelik olan *mülâzemet* gerekiyordu. Peygamber ile ona arkadaşlık eden ve destek olan birçok kişi (topluca *Sahabe*; Arkadaşlar olarak bilinir) arasındaki *suhbe*yi model alan daha sonraki *suhbe*, rütbeleri

[25] Örnek olarak bkz. van Bruinessen, "Tarekat and Tarekat Teachers," 91–118.
[26] Chamberlain, *Knowledge and Social Practice*, 120–22.

aşan, ömür boyu süren entelektüel bir dostluk anlamına geliyordu. *Suhbe*, bir hoca ile bir öğrenci arasında olabileceği gibi, kendi uzmanlık alanları açısından birbirlerinden bir şeyler öğrenebilen eşit derecedeki iki alim arasında da kurulabilirdi.[27] Dolayısıyla, bir *hadîs* veya tefsir *halaka*sında ders veren bir hoca, pekala bir hukuk *halaka*sında öğrenci olabilir ve bunun tersi de geçerlidir.

İslami eğitimin her alanında olduğu gibi *halaka* da son derece gayri resmi bir kurumdu. Katılmak için hocanın sözlü iznini alma ihtiyacının ötesinde idari bir kabul süreci yoktu. *Halaka*nın büyüklüğü ya da kimlerin katılabileceği konusunda da herhangi bir kısıtlama yoktu. Kaynaklarımızda sosyal veya ekonomik arka planın ya da etnik kökenin *halaka*lara kabulde bir rolü olduğunu gösteren herhangi bir kanıt bulunmamaktadır. Aslında *halaka*, geçici öğrencilerin yanı sıra yoldan geçenler için bile açık bir forumdu. Hukuk *halaka*larının çoğu küçüktü, yirmi ya da otuz öğrenciyi geçmezdi, ancak seçkin hukukçular ve profesörler tarafından yönetilenlerin olağanüstü derecede geniş katılımlı olduğu ve zaman zaman üç veya dört yüz öğrenciyi çektiği söylenirdi.[28] *Hadîs halaka*ları genellikle çok daha geniş kitleleri çekmekteydi, ancak bu alan hukuk gibi "lisansüstü" ya da ileri bir disiplin olarak görülmezdi.

Bir *halaka* ile diğeri arasında "müfredat" bakımından herhangi bir birlik yoktu. Her müderris kendi seçtiği risaleleri öğretmekte özgürdü; bu özgürlük daha sonra dört mezhebin zaman içinde ürettiği salahiyetli metinlerin ortaya çıkmasıyla biraz kısıtlandı. Uzunluğu ne olursa olsun her türden risale öğretilebilmesine rağmen, *muhtasar*lar genellikle beşinci/onbirinci yüzyıldan sonra yaygınlaşmaya başlayınca tercih edilmeye başlandı. Bu *muhtasar*ların bazıları özellikle hocalar tarafından öğretim amacıyla hazırlanmış olup, amaçları fıkıh doktrinini hukuk ilkelerine başvurarak ve bu ilkeleri destekleyen "vakalara" atıfta bulunarak özetlemekti. Müderris, *muhtasar*ların veciz ifadelerini, bu kısaltmaların dayandığı geniş derlemelere ve *fetvâ* mecmualarına başvurarak açıklardı. Öğrenciler *muhtasar*ları ezberlemek zorundaydılar, ancak bunu sadece *muhtasar*ın kendisi için değil, kapsamlı ve geniş eserlerde yer alan hukukun bir taslağı olarak ezberlemek zorundaydılar. Hocanın *halaka*daki vazifesi, *muhtasar*ı anlaşılır ve kavranabilir kılmaktı. Müderris *halaka*dan ayrıldıktan sonra günün dersinin tekrarı ve daha fazla açıklaması *mu'îd*

[27] Genel olarak bkz. Berkey, *Transmission of Knowledge*, 34–37; Jacques, *Authority, Conflict and Transmission*, 120–39.

[28] Örnek olarak bkz. İbn Hallikân, *Vefayât*, II, 81.

tarafından yapılırdı. *Mu'îd* aynı zamanda öğrencilerin öğrendiklerini ezberden okumalarını da dinlerdi, görevi bir sonraki *halaka* yapılmadan önce dersin anlaşılmasını sağlamaktı.

Öğretim bariz bir şekilde sözlü olarak yapılıyordu. Öğrenci eseri kendi başına sessizce okumaz, herkesin duyması için eseri okuyan hocayı dinlerdi. Bu okumaya, öğretmenin gerçek katkısı olan yorumlar eşlik ederdi. Öğrenme aynı zamanda öğrencinin girişimiyle de gerçekleşirdi: öğrenci, zor noktalarda kendisine sorular soran müderrisin önünde eseri yüksek sesle okurdu. İki öğretim süreci zaman zaman birleştirilirdi. Bir müderris öğrencilerine kendi yazdığı bir metni öğretebilir, öğrenciler de anlatılanları yazarak kitabın bir kopyasını çıkarırdı. Kopyalanan metnin müderrise geri okunması, eserin her ayrıntısının hocanın taleplerine uygun olmasını sağlayan bir belgelendirme süreci oluşturuyordu. Bu süreç, yayın faaliyetinin (yani, bir yazarın eserinin kopyalarını kamunun erişimine açmak) ayrılmaz bir parçasını oluştururken, genellikle ileri hukuk eğitiminin de önemli bir bileşeniydi. Bu eğitimin son aşaması, öğrencinin hukukun özel bir alanındaki ustalığını gösteren bir tez veya "şerh" olan *ta'lîka*nın yazılmasıydı. En abidevi *ta'lîka*lardan biri, Ebû Hâmid el-Gazzâlî'nin önde gelen hukukçu ve kelamcı İmâmü'l-Haremeyn el-Cüveynî'nin gözetiminde yazdığı bir *fıkıh usulü* risalesi olan *Menhûl*'dur.

*Halaka*daki eğitim süreci, diploma anlamına gelen bir ruhsat olan *icazet*le sonuçlanırdı. Kelimenin tam anlamıyla "izin" anlamına gelen *icazet*, bir öğrencinin belirli bir metni öğrendiğine ve dolayısıyla aktarabileceğine dair öğretmenin verdiği sertifikayı temsil ediyordu. Dolayısıyla, hukuk eğitimi büyük ölçüde okuma, yazma ve ezberleme yoluyla metinlerin aktarılmasıyla ilgiliydi, ancak aktarımın özünde okulun (mezhebin) hukuki otoritesini sürdürmek gibi temel bir görev vardı. Böyle bir *icazet*, öğrencinin sadece kitabı nakletme kabiliyetini gösterebileceği gibi, kitabı öğrencilere öğretme yeterliliğini de teyit edebilirdi. Özellikle tamamladıkları *mezhep* kitaplarında birkaç *icazet* almış olan ileri düzey öğrencilere, alınabilecek en ileri *icazet*lerden üçü olan ders verme (*tedrîs*), *fetvâ* verme veya ilmi tartışma yapma (*münâzara*) *icazet*leri verilirdi.

Bununla birlikte, *halaka* aynı zamanda *fetvâ*ların verildiği ve ulema arasında hukuki tartışmaların yapıldığı bir yerdi. Çoğu zaman bir hoca ders vermek için bir *halaka*ya sahip olurdu, ardından *fetvâ* vermek ya da ihtilafları karara bağlamak üzere *kâdı*lık "yapmak" için

başka bir *halaka* bunu takip ederdi. Dolayısıyla bir fakîhin *halaka*sı onun hukuki yetkinliklerini yansıtırdı, zira tüm bu rolleri yerine getirdiğinde deyim yerindeyse birçok şapka taktığı söylenebilirdi. Başarılı hukukçular dört rolü birleştirerek mesleklerinde en yüksek rütbelere ulaşabilirlerdi: ders verme, *fetvâ* verme, hukuki eserler yazma (*tasnîf*) ve *kâdı*lık yapma.[29] Ders *halaka*sındaki öğrenciler, hocalarının *kâdı* olarak başkanlık edeceği bir sonraki *halaka*ya katılabilirlerdi. Bazen dinleyiciler arasında gözlemci olarak otururlar, bazen de kâtiplik ya da mahkeme prosedürünü kanıtlayan şahitler (*şuhûd*) olarak görev yaparlardı. Aynı öğrenciler, *fetvâ* vermek için düzenlenen bir sonraki *halaka*da da hazır bulunabilirlerdi ve onların bu katılımı, *müftî*-hocalarından *iftâ* sanatında tecrübe kazanmanın bir yoluydu. Bu öğrenciler sayesinde önde gelen fakîhlerin çok sayıda faydalı *fetvâ* koleksiyonuna sahibiz, çünkü bu koleksiyonları üstatları adına kaydeden ve "yayınlayan" onlardı.[30] Dolayısıyla *halaka*nın gayri resmiliği, çıraklığın çeşitli hukuki alt alanlara entegrasyonuna da izin verdi, çünkü çıraklık herhangi bir zanaat veya meslekte beceri kazanmanın standart yöntemiydi.

Bu nedenle *halaka*, İslam'da hukuk eğitiminin yerleşik forumuydu ve yeri genellikle mescit veya ulu camiydi, ancak evler daha az sıklıkla böyle bir faaliyete ev sahipliği yapıyordu. Her büyük cami, bazıları hukuk çalışmalarına ve tartışmalarına, diğerleri ise gramer, edebiyat, Kur'ân tefsiri, *hadîs*, mantık, tıp, matematik, astronomi ve diğer konulara hasredilmiş çok sayıda *halaka*ya ev sahipliği yapıyordu. Örneğin Fustat'taki Amr Camii 700/1300 yıllarında kırk *halaka*ya ev sahipliği yapıyordu.[31] Bir müderris, genellikle farklı *halaka*larda bir, iki veya daha fazla ders verebiliyordu. Bazı müderrislerin birden fazla camide *halaka* düzenlediği bilinmekle birlikte, öğrettikleri spesifik konu ne olursa olsun tek bir *halaka* oturumuyla sınırlıydı. Dolayısıyla, özel bir bilgi alanında eğitim vermek ya da *fetvâ* vermek veya hukuk doktrinini tartışmak gibi belirli bir faaliyeti içermek *halaka*nın doğasında vardı.[32]

Bu nedenle yüzyıllar boyunca, hoca ve öğrenciler arasındaki pedagojik, sosyal ve ahlaki ilişkiler bütünü olarak *halaka*, Müslüman eğitimini belirlemiştir. *Medrese*nin ortaya çıkışına rağmen, on dokuzuncu yüzyıla kadar bilgi vermenin ve almanın tek İslami biçimiydi

[29] Bu rollerin detaylı bir incelemesi Hallaq, *Authority*, 167–74'te bulunabilir.
[30] Hallaq, "From Fatwâs to Furû'," 43.
[31] Berkey, *Transmission of Knowledge*, 86; Makdisi, *Rise*, 20.
[32] Makdisi, *Rise*, 12-16.

ve öyle de kaldı. Şunu vurgulamak gerekir ki, *medrese* yeni bir eğitim biçimi oluşturmadı, aksine *halaka*ya pedagojik faaliyetin vakıfların himayesi altında yürütülmesine izin veren harici bir yasal çerçeve kazandırdı. Başka bir deyişle *medrese*, ne *halaka*nın müfredatını ne de bilgi aktarma yöntemlerini etkilemiştir. Müfredatı belirleyen *medrese* değil müderristi ve *icazet* verme konusunda yegane yetkiye sahip olmaya devam eden de yine oydu. Modern öncesi *medrese*ler, hiçbir hukuki kişiliğe sahip olmayan "kurumlar" olarak, tek bir *icazet* bile vermemiştir.

Medresenin kuruluş safhasındaki aşamaları, ikinci/sekizinci yüzyılın sonlarına doğru, orada hukuk eğitimi veren müderrisler de dahil olmak üzere bazı camilerin personeline imkanlar ve maaşlar verilmeye başlandığında gelişmiş gibi görünmektedir. Müderrislerin maaş almaya başlaması, öğrencilerin eskiden ödedikleri "harçtan" muaf tutuldukları anlamına geliyordu. Kısa süre sonra bazı camiler, geçici öğrenciler ve hatta müderrisler için yurtlar içerecek şekilde genişletildi. Nihayetinde maaşlar, okul harçları, barınma ve yemek *vakıf*lar tarafından ödenmeye başlandı. Bu gelişimin son aşaması olan *medrese*, hoca ve öğrencilerin diğer tüm ihtiyaçlarını karşılamaya başladı ve bu, *halaka*ların toplanması için vakfedilmiş, tam donanımlı bir bina, personel ve öğrenciler için yatakhaneler, yiyecek, kütüphane, kağıt, mürekkep ve daha pek çok olanağı içeriyordu.[33]

Bu gelişmenin ilk aşamaları, camilerin vakfedilmesinin yanı sıra, fıkıh *halaka*larına ev sahipliği yapan özel evlerin geçici alimler ve öğrenciler için pansiyonlara dönüştürüldüğü Horasan'da gerçekleşmiş gibi görünmektedir.[34] Bu tür *vakıf*lar tesis etme fikri Samaniler döneminde (395/1005'te sona erer) Horasan'dan İslam'ın doğu bölgelerine, Gazneliler döneminde güneye ve daha sonra Selçuklular döneminde batıya doğru yayılmıştır. Beşinci/on birinci yüzyılın ikinci yarısında Selçuklu veziri Nizâmülmülk (455-85/1063-92) tarafından Bağdat'ta on bir görkemli *medrese*nin kurulması, aslında *medrese*yi İslam tarihinin merkezine taşıyan en önemli olaydır.

Altıncı/on ikinci yüzyılın sonuna gelindiğinde Bağdat'ın, sadece doğu yakasında otuzdan fazla, batı yakasında ise en az birkaç *medrese* bulunduğunu iddia etmek mümkündür.[35] Mısır'ın ilk *medrese*si 491/1097 gibi erken bir tarihte Fustat'ta kurulmuş olabilir, ancak

[33] *A.g.e.*, 31, 32.
[34] Lapidus, *History*, 165.
[35] Ephrat, *Learned Society*, 30.

Bağdat Nizâmiyelerine benzer ölçekte *medrese* kuran ilk kişi Selahaddin (hükümdarlığı 564-89/1169-93) gibi görünmektedir. Memlükler yedinci/on üçüncü yüzyılın ortalarında iktidara geldiklerinde Kahire'de otuz iki *medrese* vardı ve İskenderiye'de birkaç *medrese* daha olduğunu söylemek mümkündür.[36] Bir rivayete göre, Kahire dokuzuncu/on beşinci yüzyılın başlarında *medrese*lerini yetmiş üçe çıkaracaktı.[37] Sekizinci/on dördüncü yüzyılın sonunda Osmanlı Edirne'sinde on üç, Bursa'da ise yirmi beş *medrese* vakfı vardı. Onuncu/on altıncı yüzyılın sonunda Edirne *medrese* sayısını otuz bire, Bursa otuz altıya, İstanbul ise 142'ye çıkarmıştır. 1869'a gelindiğinde, İstanbul'daki faal *medrese*ler en düşük tahminle 166'ya ulaşmış ve en az 5.370 öğrenciye sahip olmuştur.[38] Toplamda, Osmanlı Balkanları'ndaki *medrese*lerin sayısı yüzlerle ifade ediliyordu ve on ikinci/on sekizinci yüzyıla gelindiğinde, Buhara şehri 110'dan fazla *medrese*ye sahipken,[39] Safevi İsfahan'ında kırk sekiz *medrese* olduğu bildirilmiştir.[40] Kısacası, sekizinci/on dördüncü yüzyılın ortalarında *medrese*, Somaliland'daki Kilve'den Maveraünnehir Buhara'sına ve Malezya Yarımadası'ndaki Malakka'ya kadar Müslüman dünyasının her köşesine ulaşmıştı. Üç asır sonra *medrese*lerin sayısı binlerle ifade ediliyordu.

*Medrese*lerin bu şaşırtıcı çoğalmasının önemine daha sonra değinilecektir. Ancak bu artışın anlamını ve sonuçlarını, özellikle de modern reformlar ışığında, tam olarak anlayabilmek için *medrese*nin doğası ve yapısı üzerinde biraz daha durmak yerinde olacaktır. Pedagojik olarak *medrese*nin en temel unsuru, *medrese*den önce gelen ve tüm İslam eğitim tarihi boyunca onunla birlikte ve onun içinde var olan *halaka*sıydı. *Medrese* fiziki olarak kimi zaman cami olan bir yapıdan, kimi zaman da camiye ek olarak inşa edilen özel bir yapıdan oluşuyordu. Aslında bir konak olan *han* da *medrese*den ayrı olarak caminin yakınına inşa edilmiş, ancak zaman zaman *medrese* olan ek binanın bir parçasını oluşturmuştur. Yine de, *halaka* ve binalar ve hatta bunları sürdürmek için gereken zenginlik, bir *medrese*yi "yükseltmek" için tek başına yeterli değildi. Zira tüm girişimin temelinde, İslam'ın kültürel ve maddi medeniyetinin belirleyici bir yönü olan *vakıf* hukuku ve uygulaması vardı.

---

[36] Berkey, *Transmission of Knowledge*, 8–9.

[37] *A.g.e.*, 45.

[38] Zilfi'nin *Politics of Piety* adlı kitabına göre, on birinci/on yedinci yüzyılda İstanbul'da 120-200 medrese vardı ve bu sayı bir sonraki yüzyılda hızlı bir şekilde artacaktı. Zilfi'nin tahminlerine göre, on dokuzuncu yüzyıl İstanbul'unda yaklaşık 300 medrese bulunuyordu.

[39] Lapidus, *History*, 428.

[40] Chardin, *Voyages*, 82; Cole, *Sacred Space*, 59.

Bu nedenle *vakıf* hukuku, insani, fiziksel ve parasal unsurları birbirine bağlayabilen bir tutkal gibiydi. Esasen, *vakıf* tamamen dini ve hayri bir kavramdı ve maddi bir kurum olarak birinci dereceden bir hayırseverlik eylemi anlamına geliyordu. Kişi malını "Allah rızası için" adıyordu; bu, muhtaçlara yardım ve destek sunmak anlamına gelen hayırsever bir davranıştı. Eğitimin, özellikle de dini hukuk eğitiminin desteklenmesi, dinin kendisinin desteklenmesinin en iyi şeklini temsil ediyordu. *Vakıf*lar camiler, Sufi *hankah*ları, hastaneler, çeşmeler, aşevleri, yolcu hanları ve başta köprüler olmak üzere çeşitli bayındırlık işlerinin inşasına önemli katkılar sağlamış olsa da, hayri *vakıf*ların önemli bir kısmı *medrese*lere yönlendirilmiştir. Bu tür hayri girişimler için öngörülen bütçenin önemli bir kısmı *vakıf* mülklerinin bakımına, günlük işletme giderlerine ve yenilenmesine ayrılmıştır. Tipik bir *vakıf*, bir cami ve kirası caminin faaliyet ve bakımına destek olan kiralık mülklerden (örneğin dükkanlar) oluşuyordu.

Kurucu (*vâkıf*), mülkünü *vakıf* olarak temlik ettiğinde, bu işlem hukuken geri alınamaz kabul edilir ve mülkiyet hakkının *vâkıf*ın elinden tamamen Allah'ın eline geçmesini gerektirir. Sonuçta amaç "Allah rızası için" iyilik yapmaktı. Mülk bir kez devredildikten sonra alınamaz, satılamaz, miras bırakılamaz, hediye edilemez, ipotek edilemez veya başka bir şekilde devredilemezdi. Bunun tek istisnası mülkün kullanım amacına hizmet etmeyecek hale gelmesiydi. Ancak o zaman aynı amaca hizmet edecek, genellikle eşdeğer başka bir mülk (*istibdâl*) satın almak için satılmasına izin verilirdi.[41] Mülk genellikle gayrimenkuldü, ancak kitaplar gibi bazı taşınırlar da zaman zaman *vakıf*ların konusu olmuştur. Aslında, kural olarak, kütüphaneler vakfedilen *medrese*lerin önemli bir parçasını teşkil ediyordu. Taşınmazlık bir hukuk meselesi olmaktan çok bir uygulama meselesiydi ve uygulamanın zaman zaman hukukla karıştırılması, Müslümanların gayrimenkul mal tercihi hakkında çok şey söylemektedir. Hukuki olarak mülkün, "faydası uzun süreli olan bir şey"[42] olması bakımından bozulabilir olmaması gerekirdi; bu kategori altında tarım aletleri ve pişirme kapları gibi eşyalar yer alırdı.

Fıkıh, kişinin kendi mülkü üzerinde neredeyse sınırsız haklara sahip olduğunu varsaydığından, *vakıf* kurucusuna *vakıf* kurma konusunda geniş özgürlükler tanımıştır. *Vakıf*ların varsayılan amacı hayırseverlik ve dindarlık olduğundan, kurucu, hayırlı bir amel gerçekleştirmeyi amaçladığı sürece, *vakf*ın faaliyet şartlarını belirleme

[41] Hanna, "Administration of Courts," 52.
[42] Nevevî, *Ravda*, IV, 380.

konusunda sınırsız haklara sahipti. *Vakıf* mülkünü yönetmek için *mütevelli*ler atamış, lehtarları belirlemiş ve her bir lehtar için *vakıf*tan faydalanma *oranı*nı tespit etmiştir. Kendisini veya ailesinden birini *vakfın mütevelli*si olarak atayabilir ve kendisinin ve/veya soyundan gelen bir veya daha fazla kişinin değişen koşullar karşısında *vakıf* senedinin (*vakfiye*) şartlarını değiştirebileceğini şart koşabilirdi. Ancak, *vakıf* senedi tasdik edilip şahitlik yapıldıktan sonra (genellikle bir hakim huzurunda), kurucu artık senet şartlarında esaslı bir değişiklik yapamazdı. Örneğin, ilk *vakıf* senedine kendisinin veya soyundan gelen birinin gelecekte *vakf*ın şartlarını değiştirme hakkına sahip olduğuna dair bir hüküm eklememişse, o zaman hem kendisi hem de *vakıf*, kesin olarak öngörülen şartlara tabiydi. Ancak bu kesinlik, *vakf*ın devam eden işleyişine ve yardımına engel olamazdı. Dolayısıyla, kurucunun *vakıf* için uygun bir yönetim oluşturmaması, örneğin bir *mütevelli* tayin etmemesi veya *mütevelli*ye maaş ödememesi halinde *vakıf* senedi geçerliliğini korurdu, ancak hakimin bir *mütevelli* tayin etme ve uygun bir ücret ödemek için müdahale etme yetkisi vardı. Teoride ve pratikte hakim, *vakf*ın yönetimini denetleme ve gözetleme konusunda nihai yetkiye sahipti ve *vakıf* senedinin kapsamına girmeyen bir durum ortaya çıktığında veya müdahalesinin gerekli olduğunu düşündüğünde müdahale ederdi.[43]

Burada incelediğimiz konunun merkezinde yer alan doktrin, *vakf*ın kurucusunun kendisini ve/veya kendisinin ölümü halinde soyundan gelen birini *vakf*ın mütevellisi olarak atama yetkisini saklı tutma konusundaki sınırsız hakkıdır.[44] Bu doktrinin merkeziliği, *mütevelli*nin vakfın idaresinde neredeyse sınırsız yetkilere sahip olduğu ilkesiyle birleştirildiğinde daha da belirgin hale gelmektedir. Kurucu, *vakıf* senedinde *mütevelli* heyetini değiştirme hakkını ya da yetkisini şart koşmadıkça, *mütevelli* (*mütevelli* olmadığı durumlarda kurucunun kendisi tarafından bile) görevden alınamazdı. Zamanı geldiğinde, bu yetkilerin, *vakıf*lar aracılığıyla en etkili *medrese*leri kuran yönetici elitler tarafından hukuk mesleğinin ele geçirilmesindeki etkisini gözlemleyeceğiz.

Kurucu, *vakıf* memurlarını görevden alma hakkını kendisinde saklı tutsa bile, bir *mütevelli* sebepsiz yere görevden alınamazdı.

[43] Makdisi, *Rise*, 36.

[44] Dört mezhep arasında Mâlikî ekolü, bir kurucunun kendisini *mütevelli* olarak atamasına izin vermeme konusunda tekti. George Makdisi, *Rise*, 37-38, bu yasağın Bağdat'taki ekolün gerilemesine yol açtığını ve ekol mensuplarını, ekolün hakimiyet kurduğu Kuzey Afrika'da *medrese vakfı* oluşturmaktan caydırdığını ileri sürmüştür.

Teoride ve pratikte, görevden alınma için en yaygın geçerli neden zimmete para geçirme olup, bu durum genellikle vakfiyeyle tahsis edilen maaş miktarının ötesinde *vakıf*tan kâr elde etmeyi içeriyordu.[45] *Vakf*ın idari omurgası olan *mütevelli*nin (her *vakf*ın vazgeçilmezi) adil bir karaktere ve kusursuz bir dürüstlüğe sahip olması gerekiyordu. Bu en önemli hukuki gereklilikti. Herhangi bir nedenle bu niteliğin kaybolması veya bir dereceye kadar azalması durumunda, *mütevelli* görevden alınabilir veya adil karakterli başka bir kişiyle ortak *mütevelli* olarak görevlendirilirdi.[46] Her durumda hakim, *vakf*ın mali ve idari işleyişini istediği zaman denetleme yetkisine sahipti.

Mütevelli tasarruf hakkına, yani *vakf*ı belirlenen görev, sorumluluk ve yetkilerini yerine getirebilecek şekilde yönetme hakkına sahipti. Bu sorumlulukların yerine getirilmesinde kendisine destek olacak yardımcılar veya vekiller (genellikle *nâzır*lar veya *müşrif*ler olarak bilinir) atayabilirdi; bu sorumlulukların en önemlileri şunlardı: *vakıf* mülklerinin bakımı; görevleri arasında temizlik ve onarım da bulunan personelin atanması ve görevden alınması; mülklerin kiralanması ve lehtarların yararına ve maaşların ödenmesi için kira toplanması; destekleyici gelir elde etmek için arazinin ekilmesi ve ürünlerinin satılması; anlaşmazlıkların çözülmesi ve herhangi bir davada *vakf*ın çıkarlarının temsil edilmesi. Cami *vakıf*larında mütevellilik görevi genellikle imamlık göreviyle birleştirilir ve bu sıfatla *mütevelli*ye halka namaz kıldırma görevi de verilirdi.

*Vakıf*ların hayırseverlik amaçları göz önünde bulundurulduğunda, mütevellinin en önemli sorumluluğu, senedin şartlarına uygun olarak hak sahiplerine tahsis edilecek gelirin teminini sağlamaktı. Bu şartlar, tahsisin ücret, hediye veya sadaka şeklinde ödenmesini öngörebilirdi ve bunların her birinin farklı hukuki sonuçları vardı. Peşin olarak toplu ödeme yapılan bir çalışanın görev süresinden önce ayrılması halinde, gelirinin hediye veya sadaka olarak kabul edilmesi durumunda, kalan sürenin eşit olarak dağıtılan farkını iade etmesi gerekmeyecektir. Ancak gelirin maaş olarak kabul edilmesi halinde geri ödeme yapmak zorunda kalacaktır.[47]

*Vakf*ın hayırseverlik doğası, zenginlerin hayır amaçlı *vakıf*lardan yararlanamamasını gerektiriyordu ve bu, fakîhlerin çoğunluğunun

[45] *Mütevelli*ler de *vakıf* mülklerini kötü yönettikleri ya da bakımını ihmal ettikleri gerekçesiyle görevden alınmıştır. Bkz. El-Nahal, *Judicial Administration*, 55.

[46] Makdisi, *Rise*, 44–45, 54.

[47] *A.g.e.*, 58.

görüşüydü. Ancak daha sonra gelen Şâfiîlerden azınlık bir grup, varlıklı kişilerin yararına *vakıf*lar kurulmasını onaylamaya başladı;[48] bu, mahadaki uygulamayı yansıttığı anlaşılan bir doktrin değişikliğiydi.

Allah'a yaklaşmak (*kurbet*), *vakıf* kurucularının çoğunun olmasa da kahir ekseriyetinin başlıca motivasyonuydu.[49] Ortalama bir dindar Müslüman çoğunlukla daha küçük, yerel ve daha az önemli *vakıf*lar kurmuştur. Öte yandan, diğer şeylerin yanı sıra *medrese*leri ve Sufi *zaviye*lerini destekleyen büyük *vakıf*ların kurucularının zengin ve güçlü kişiler, özellikle de yönetici elitler ve onların maiyetleri olması neredeyse evrensel bir modeldi. Onların *vakıf*ları sadece diğer tüm *vakıf*ları değil, Müslüman şehirlerindeki büyük binaları bile gölgede bırakıyordu. Memlük Sultanı Hasan'ın sekizinci/on dördüncü yüzyılın sonunda Kahire'de inşa ettirdiği *medrese* buna bir örnektir. Devasa boyutlara sahip olan bu *medrese*, her biri mezheplerden birini temsil eden dört müderrisin *halaka*larına ev sahipliği yapan dört büyük salonla çevrili geniş bir iç avluya sahipti. Bu salonlar arasında yer alan çok katlı yapılar diğer *medrese*leri destekliyor, her *medrese* öğrencilerine ayrı konaklama ve bir cami imkanı sunuyordu. Vakfın öğrenci nüfusu 500'ü aşıyordu ve bunların 100'ü dışında tamamı hukuk eğitimi alıyordu. Hukuk alanında uzmanlaşmayanlar ise diğer derslerin yanı sıra Kur'ân tefsiri, *hadîs*, dil, mantık, matematik ve tıp eğitimi alıyorlardı. Kolejin çeşitli camilerinde birkaç imam namaz kıldırıyor ve yüzden fazla Kur'ân okuyucusu kesintisiz Kur'ân tilavetini sürdürüyordu. İnşaat masrafları gibi tüm bina ve personel giderleri, vakfedilen gelirlerle karşılanıyordu. Tipik olarak tüm büyük *medrese*ler, ilkokullar ve kurucu ve ailesi için bir mezar odası gibi diğer özelliklerin yanı sıra bu tür tesisleri de içeriyordu.[50]

4. Medrese ve Hukuk Mesleğinin Siyasi Olarak Kontrol Altına Alınması

İster *medrese* olsun ister başka bir şey olsun, en heybetli ve prestijli *vakıf*ları kuranların güçlü yönetici elitler olduğu açıktır. Bu elitler tarafından kurulan *vakıf medrese*lerin sayısının, Müslüman (ve gayrimüslim) tüccarlar ve daha az varlıklı kişiler tarafından kurulan sayısız küçük *vakıf*tan çok daha az olduğu da doğrudur.[51] Bununla

[48] Nevevî, *Ravda*, IV, 385.

[49] Ahlaki öznenin biçimlendirilmesi bağlamında *kurbet* ve hayırseverlik hakkında bkz. Hallaq, "Fashioning the Moral Subject."

[50] Berkey, *Transmission of Knowledge*, 47, 67–69. Ayrıca bkz. Leiser, "Notes on the Madrasa," 22.

[51] Çizakça, *History*, 15.

birlikte, bu yüksek ve hayranlık uyandıran heybetli binalar, daha mütevazı *vakıf*lardan daha uzun ömürlü olmuş ve daha da önemlisi, hükümdarın cömertliğini ve siyasi gücünü yansıtmıştır. Bu yansıtma, hükümdarların neredeyse evrensel bir özelliğidir ve bu nedenle, bu *vakıf*ları kurmaya başladıklarında sultanların, emirlerin ve onlara bağlı siyasi kişilerin aklında kısmen bu düşünce olmalıdır. ("Neredeyse evrensel" çünkü Hindistan'daki Timurlular döneminde unvan ve maaş bağışları, kurumsal *vakıf*lara tercih ediliyordu).[52] Yine de bu düşünce, onların görünüşte hayırlı amellerinin ardındaki temel saik değildi. Akıllarındaki en önemli şey, yönetimlerini kitlelere karşı temsil edebilecek ve kitleleri kendi yönetimleri önünde temsil edebilecek bir grup ya da yapı bulmaya duydukları hayati (hatta çaresiz) ihtiyaçtı. Eğer bu denklemin ikinci kısmı önemliyse, bunun nedeni denklemin birinci kısmının gereklerine hizmet etmesiydi; bu da günün sonunda kaygılı bir meşruiyet arayışından biraz daha fazlasına tekabül ediyordu.

Burada kaçınılmaz olarak ortaya çıkan soru şudur: Bu arayış neden? Bunun cevabı kısmen modern öncesi yönetimin evrensel doğasında, kısmen de Müslüman bağlamının -örneğin Çin ve Avrupa'nınkinden farklı olarak- kendine özgü şartlarında yatmaktadır. (Modern öncesi hükümet ya da yönetimi ifade etmek için "devlet" terimini kullanmaktan özellikle kaçındım, zira devletin modern bir olgu olduğu ve on dokuzuncu yüzyılın sonuna kadar yalnızca Avrupa'nın ürünü olduğu açıktır).[53]

Modern öncesi hükümetlerin neredeyse evrensel bir özelliği, güçlerini sınırlı bir doğrudan etki alanına sahip küçük yönetici elitler aracılığıyla kullanmalarıydı. Yönettikleri toplumlara nüfuz edemedikleri gibi, kendilerine tabi halkların iç işlerini de düzenleyemiyorlardı. Yönetimleri genellikle askeri ve siyasi güç üzerindeki tekelleriyle ilgiliydi ve yasamaya müdahaleleri, siyasi rekabeti bastırmak ve yıkıcı suç fiillerini önlemek şeklinde düzen kurma ihtiyacının ötesine geçmiyordu. Bu alanlar, savaş başlatmak ve vergi toplamakla birlikte, yöneticilerin ve hükümetlerin başlıca faaliyetlerini

[52] Kozlowski, "Imperial Authority," 355-63. Uygulamadaki bu farklılığın başlıca nedeni, bir yandan Safeviler ve Osmanlıların şehirleri gibi büyük "kentsel" merkezlerin yokluğu, diğer yandan da dini sınıfların ve Sufi tarikatların küçük, taşra köylerine yayılması gibi görünmektedir (*a.g.e.*, 361-62).

[53] Devletin gelişimi hakkında bkz. van Creveld, *Rise and Decline*; Corrigan ve Sayer, *Great Arch.* Modern devletin şekillenmesinde ya da şekillenememesinde sömürge devletin rolüne ilişkin söylemin eleştirisi için bkz. Chatterjee, *Nation and its Fragments*, 14-34. Ayrıca bkz. 13. bölüm.

oluşturuyordu. Bir hükümdar, kendi kontrolünü tesis ederken (ki bu, modern devletin gayri şahsi ve kurumsal doğasına kıyasla neredeyse her zaman kişiseldi) tehlikeli bir ikilemle karşı karşıya kalıyordu: eğer hakimiyetini yakın bölgesinin ötesine genişletmek istiyorsa, ordusunu ve komutanlarının sayısını artırmaktan başka seçeneği yoktu; ve bu memurlar idareciliği aldıktan sonra neredeyse değişmez bir şekilde bağımsız veya yarı özerk hale gelerek hükümdarı eyalet gelirlerinden mahrum bırakıyorlardı. Öte yandan, memurlarının sayısını azaltmak isterse, asker ve personel yetersizliği nedeniyle ademi merkeziyetçilik riskiyle karşı karşıya kalırdı ve bu da onu zayıflığa ya da gelirlerinin azalmasına maruz bırakırdı.[54]

Daha da önemlisi yöneticiler, yönettikleri toplumlara nüfuz etmekte başarısız oldular çünkü bu toplumları oluşturan en küçük birimleri yönetmek için gerekli mekanizmalardan yoksunlardı. Bu, modern öncesi devletin, tüm modern siyasi rejimlerin temel taşı olan belirli iktidar ilişkilerini (Foucault'nun yerinde bir tanımlamayla biyopolitika olarak nitelendirdiği ilişkiler)[55] kurmak için gerekli araçları sağlayan bürokratik örgütlenmeden yoksun olduğunu söylemenin başka bir yoludur. Kişisel olmayan bürokrasi, bir toplumda sağlam bir şekilde kök saldıktan sonra kişisel yönetimin yerini alma eğilimine girer. Bu nedenle, bürokratik yönetimin aksine, modern öncesi yönetim biçimleri soyut, kişisel olmayan düzenlemelere itaatten ziyade kişisel sadakate dayanırdı.[56]

Bu tür modern öncesi yönetim biçimlerinde müdahaleci bürokrasilerin bulunmaması, hükümdarın, yönettiği toplumların yüzeyinde gezindiği anlamına geliyordu. En alt toplumsal tabakalara ulaşmak için hiyerarşik olarak konuşlandırılabilecek bir kadrosu olsa bile, ona olan sadakat merkezden uzaklaştıkça giderek azalıyordu. Başka bir deyişle, modern bürokrasi yönetiminin (milliyetçilik ve gözetim de dahil olmak üzere tüm yan unsurlarıyla birlikte) yokluğunda, modern öncesi memur kendisini iktidar merkezinden ne kadar uzakta bulursa, hükümdara olan sadakati o kadar azalır ve buna karşılık, içinden çıktığı sosyal gruba olan sadakati de o kadar artardı. Dolayısıyla, hükümdar bu toplumlara ne nüfuz edebiliyor, ne onları kontrol edebiliyor ne de entegre edebiliyordu. O sadece, bir tarihçinin yerinde bir ifadeyle "kendi kendine yardım" grupları

[54] Crone, *Pre-Industrial Societies*, 42–44, 56.
[55] Foucault, *Ethics, Subjectivity and Truth*, 72–79.
[56] Lassman, "Rule of Man," 94.

olarak adlandırdığı,[57] dilsel ve dinsel topluluklar, loncalar, klanlar, köy meclisleri, şehir konseyleri ve iç sadakat bağları aşılamaz olan ve günlük yaşamlarına hükümdarın toplayabildiği idari mekanizmalar tarafından neredeyse hiç dokunulmayan okur-yazar elitlerden oluşan bir piramidin tepesinde oturuyordu.

Özellikle İslami bağlamda, siyasi gücün kullanımında yönetici elit ile halk arasındaki uçurumu daha da derinleştiren en az üç özellik vardı. Birincisi, İslam dünyasının yöneticileri ve hanedanları, en azından Maveraünnehir ve Hindistan'dan Mısır'a kadar (ama belli bir ölçüde Güneydoğu Asya'da da), yönettikleri toprakların yerlisi değillerdi. Genel olarak, onlar ve orduları yönettikleri halkların ne kültürlerini paylaşıyor ne de dillerini konuşuyorlardı. Muhtemelen bu bile tek başına zorlu bir engeldi. İkinci olarak, Memlüklere kadar İslam hanedanları, (Avrupa'da başarıldığı gibi) bir "bürokratik yönetim" yaratmak ya da kendilerini bu halklarla belirli bir güç ilişkisine bağlayan kurumsallaşmış mekanizmalar inşa etmek anlamında,[58] tebaa arasında gerçek kökler oluşturacak kadar uzun ömürlü olmadılar. Siyasi sadakatin değişken doğası nedeniyle, bu tür mekanizmalar yaratmayı amaçlamış olabilecek hiçbir politika bir hükümdarın ölümünden sonra da devam edemezdi, çünkü sadakat "kurumsal" yönetişimde yer alan bir politikaya değil, kişiye yönelikti.[59] Üçüncü olarak, Yakın Doğu'nun kadim yöneticilik geleneklerine rağmen, Müslüman hükümdarlar hiçbir zaman Avrupa'da veya Song Çin'inde geliştirilenler gibi güçlü ve müdahaleci bürokrasilere hükmedememiştir.[60] Yarı-Avrupalı bir imparatorluk olan Osmanlılar hariç, Müslüman yönetici elitler, Avrupa'nın daha sonra sivrilerek ürettiği denetim-bürokratik mekanizmalarını geliştirmeye ihtiyaç duymadılar.

Dolayısıyla, üçüncü/dokuzuncu yüzyıldan sonra Müslüman topraklarını yöneten kumandanlar kendi bölgelerini doğrudan yönetememiş, yukarıda bahsedilen "kendi kendine yardım" gruplarının temsilcileri olarak görev yapan hukukçulara sürekli başvurmak zorunda kalmışlardır. Bölüm 1'de gördüğümüz gibi, bu başvuru Abbasi halifeliğinin de karakteristik özelliğiydi, ancak Abbasi halifeliği bu kumandanlardan önemli bir açıdan farklıydı: Peygamber'in kabilesinden gelen Abbasi hanedanı İslam adına konuşma ve hareket etme

[57] Crone, *Pre-Industrial Societies*, 45, 56.

[58] Örnek olarak bkz. Corrigan and Sayer, *Great Arch*, 15 vd.

[59] Şirket, modern devletin en temel bileşenlerinden biridir. Aydınlatıcı bir giriş tartışması için bkz. van Creveld, *Rise and Decline*, 1.

[60] Chamberlain, *Knowledge and Social Practice*, 17.

konusunda siyasi-dini otoriteye sahipti, oysa daha sonraki yabancı yöneticiler böyle bir otoriteye sahip değildi. Abbasilerin otoritesi elbette yönetimlerini şeriata tabi kılarak elde edilen tamamlayıcı bir meşruiyet sıfatı gerektiriyordu ve bunu başarıyla elde ettiler.[61] Öte yandan, kumandanlar çoğunlukla yabancıydı ve bu onları halktan uzaklaştırmaya yetmiyormuş gibi, meşruiyetin yanı sıra otoriteye de ihtiyaç duyuyorlardı. Dolayısıyla lokal, yerli desteğe şiddetle ihtiyaçları vardı. Bu desteği sağlayan hukuk mesleğiydi, ancak kolaylıkla ve tereddütsüz bir şekilde değil, zira bu mesleği başarılı bir şekilde tayin etmek için öncelikle bu yöneticiler tarafından önemli bir yatırım yapılması gerekiyordu.

Daha büyük bir otoriteye sahip olmalarının güçlü bir nedeni de, Abbasilerin yönettikleri nispeten küçük toplulukların kültürel, sosyal ve eğitim pratiklerinin arasına girmeye ihtiyaç duymamalarıydı, çünkü bu topluluklarla olan etnik bağları sayesinde siyasi meşruiyeti geliştirecek kültürel iletişim araçlarına sahiptiler. Ancak sonraki etkili yöneticiler bunu yapmadı. Şiî Büveyhiler ve Fatımilerin kendileriyle Sünni kitleler arasında yarattıkları uçurum, mevcut toplumsal kurumlara ciddi bir nüfuza izin vermedi. Her şeyden önce Sünni dini elitler ile hukuk bilginlerini önemli ölçüde destekleyemezlerdi, çünkü bu kendi güçlerini tüketmek anlamına gelirdi. Sonuç olarak bu seçkinler toplumun içine itildi ve böylece yönetici çevrelerle bağları büyük ölçüde koptu.[62]

İran'ı ve Ortadoğu'yu kasıp kavuran ilk büyük hanedan savaş komutanları, Büveyhileri yenen ama hem dini otoriteden hem de siyasi meşruiyetten yoksun olan adanmış Sünni Selçuklulardı. Otorite ve meşruiyet sorununu çözmeye yönelik olarak Selçuklular, on dokuzuncu yüzyıla kadar taklit edilecek ve güçlendirilecek bir yönetim modelini harekete geçirdiler. İlk deneyimleri Horasan eyaletinde oldu ve burada - sadrazamları Amîdülmülk el-Kündürî tarafından başlatılan başarısız bir politikanın ardından-[63] yatay sponsorluk olarak adlandırabileceğimiz bir politikaya yöneldiler. Kündürî'nin dikey sponsorluk politikası, bir tarafın davasını diğerine karşı, bu durumda Hanefîleri Eş'arî-Şâfiîlere karşı benimsemek ve böylece ikinci grubun Nişabur kentindeki siyasi gücünü yok etmekti. Onun politikaları, Selçukluları büyük endişeye sevk edecek kadar iç

[61] Bu başarı ile ilgili ilginç bir yorum Mottahedeh, *Loyalty*, 180'de bulunabilir.

[62] *A.g.e.*, 184.

[63] El-Kündürî'nin Hanefileri desteklemesi ve Eş'arî-Şâfiîlere düşmanlığı konusunda bkz. İbn Hallikân, *Vefayât*, III, 71-73; Makdisi, "Ash'arî and the Ash'arites," 47.

huzursuzluğa yol açtı. Kündürî'nin halefi Nizâmülmülk bu politikayı tersine çevirdi ve çeşitli grupları eşit bir şekilde desteklemeye çalıştı. Bu noktadan sonra *medrese* sistemi büyük ölçekte gelişmeye başladı, çünkü eğitim kurumlarının kurulması, hanedana kendisini halk arasında meşru bir hükümet olarak tanıtmak için uzun zamandır arzuladığı alanı sağladı; ve bu amaca ulaşma imkanı sunan da *medrese*lere personel sağlayan etkili hukuk mesleğiydi.

Ahlaki otoritelerini ve sosyal konumlarını dini hukuktan alan fakîhler, yabancı hükümdar ile yerli tebaayı birbirlerine karşı temsil edebilen tek sivil elitti. Ancak bu elitin dini hukukla olan profesyonel ilişkisi her ne kadar önemli olsa da, bu profesyonel ilişkiden daha fazla rolleri vardı. Beşinci/on birinci yüzyılda, hukukçuların sosyal geçmişleri hala oldukça çeşitliydi ve toplumun tüm kesimlerini temsil ediyorlardı. En alt tabakadaki esnaf ve çiftçilerden olduğu kadar, varlıklı tüccar ailelerinden ve siyasi olarak etkili idari sınıftan da geliyorlardı.[64] Kendi toplumlarına derinlemesine yerleşik ama aynı zamanda yönetici sınıflara görece yakın sosyo-ekonomik bağlantıları, böylece hükümet ile tebaa arasındaki ilişkiye aracılık etmede çeşitli işlevleri yerine getirmelerini sağladı.

Nizâmülmülk bu bağlantılardan yararlanarak, önce Horasan vilayetinde, daha sonra batıya doğru Bağdat'ta bir dizi *medrese* kurmaya ve vakfetmeye başladı ve bahsettiğimiz gibi burada on bir büyük kurum inşa edildi. Bu *medrese*ler Nişabur, Bağdat ve diğer yerlerdeki önemli fakîhlerin bağlılığını kazanmak için etkili bir şekilde kullanıldı. Muhtemelen *vakıf* hukukunun inceliklerini siyasi kazançlar için bu kadar ustaca kullanan ilk kişi olan Nizâmülmülk, tanınmış hukukçuları ve müderrisleri yüksek maaşlarla atama görevini bizzat üstlendi. Atama ve görevden alma konusunda özel yetkilere sahipti, zira bu sayede *kişisel* ayrıcalıklar sağlamak ve böylece hukuk mesleğinin sadakatini kazanmak için elindeki kozu garantilemiş oluyordu. Siyasi sadakat kurumsal olmadığından, Nizâmülmülk'ün kişisel ilişkisi zaruriydi. Daha sonra gelen Osmanlıların kısmi istisnası dışında, bu kişisel ilişki değişmez bir kuraldı. *Medrese*leri kuran, onlara kendi isimlerini veren, nasıl yönetildikleri ve kimlerin eğitim verdiği ile kişisel olarak ilgilenen sultan, emir, vezir ya da (genellikle) yönetici elitin nüfuzlu kadın üyeleriydi. Yüzyıllar boyunca Müslüman dünyanın siyasi sahnesine damgasını vuran yabancı hükümdarlar ve askeri

[64] Cohen, "Economic Background"; Ephrat, *Learned Societies*, 126. Ephrat, incelediği Bağdat alimlerinin neredeyse yarısının tüccar bir geçmişten geldiğini ileri sürmektedir (96).

komutanlar, kendilerini bu şekilde sosyal ağların içine sokabiliyor ve böylece siyasi stratejilerini yönettikleri nüfusa göre ayarlayabiliyorlardı.

Beşinci/on birinci yüzyılın ortalarında zengin vakıflara sahip *medrese*lerin ortaya çıkması, hukuk elitinin ekonomik ve mesleki yapısında önemli bir faktör olduğunu kanıtlamıştır. Bu yüzyıl sona ererken, bu elitlerin önemli bir bölümü devletten maaş alıyordu. Bağdat'ta, şehirdeki en büyük iki ekol olan Hanefî ve Şâfiîlerin neredeyse üçte biri ya müderris ya da *kâdı*ydı ve mali açıdan Selçuklu yönetimine bağımlıydı.[65] Resmi yargı sınıfı siyasetle ilişkilendirilmişti ve gördüğümüz gibi ahlaki ve etik açıdan, sivil olan hukukçu, müderris ve *müftî* sınıflarından farklıydı. Müderrislerin *medrese* sistemine dahil edilmesiyle birlikte, siyasi alan hukuk alanına daha da nüfuz ederek, müderrislik mesleğinin elit kesimini bile önemli ölçüde ikincil konuma itti ve hukukçuların "ahlaki topluluğunun" giderek azalmasına katkıda bulundu. En iyi müderrislerden bazıları artık *kâdı*ların yanındaydı. Birçok fakîhin, tıpkı başkalarının *kâdı*lığı reddetmesi gibi, öğretim görevlerini kabul etmemesinin sebebi buydu. *Kâdı*ların maaşlarını ödeyen para, yüksek *medrese*leri inşa eden ve en başarılı üstat-fakîhleri işe alan para ile aynı kasadan geliyordu. Ancak bu kasanın şüpheli yollarla doldurulduğu düşünüldüğü için genellikle şaibeli olduğu kabul ediliyordu. O halde, *kâdı*lığı reddeden onurlu hukukçular gibi, aynı şeyi yapan müderrislerin de övgüyle karşılanmasına şaşmamak gerekir.

Yine de, hukukçu elitler eninde sonunda ahlaki uzlaşmaya boyun eğdiler ve bu giderek arttı. On yedinci yüzyıla gelindiğinde, hukukçuların çoğu yönetimin emrindeydi[66] ve direnen müderrisler ve müellif-fakîhler, daha az bağımsız olan meslektaşlarının iktidara olan mali ve maddi bağımlılığının yarattığı azalan bir "ahlaki topluluk" içinde faaliyet göstermek zorundaydı. *Kâdı*lara -ya da birçoğuna- ebedi lanet vaat edilmişti, çünkü Nebevi *hadîs*lerin her duruma uyabilecek kadar akışkan olduğu bir dönemde kuralları çiğneyecek kadar şanssızdılar. *Medrese* müderrisleri ise bu evrensel kınamadan ancak cennet ve cehennem söyleminin kaynağı olan mesleğin neredeyse tamamı devlet hizmetine girdiği için kurtulabilmiştir; her halükarda ahlaki uzlaşmaları Nebevi *hadîs*lerin ya da diğer paradigmatik söylemlerin gazabından kaçacak kadar geç olmuştur.

[65] Ephrat, *Learned Societies*, 138.
[66] Zilfi, *Politics of Piety*, 28.

Böylece devlet *medrese*si, hukuk bilginleri topluluğunu cezbetti, çünkü onlara genellikle yüksek maaşlarla geniş bir kariyer seçeneği yelpazesi sunuyordu. Selçuklu deneyimi aslında olağanüstü bir başarı elde etti ve tüm Müslüman dünyada taklit edildi. *Medrese*, Bağdat'ta ortaya çıkışından sonra bir asırdan kısa bir süre içinde Suriye'ye girmiş ve burada Nureddin Zengi (549/1154-570/1174) tarafından Şam'daki iktidarına yarayacak bir biçimde etkin bir şekilde kullanılmıştır.[67] Bu noktadan sonra *medrese*ler hızla çoğaldı ve bu şehirdeki hukuk kültürüne giderek daha fazla hakim oldu. Bir ya da iki yüzyıl önce Bağdat'ta olduğu gibi, Şam medreseleri de İslam dünyasının her köşesinden başarılı hukukçuları ve üstat fakîhleri, şehirdeki ve şehir dışındaki ilmin uluslararasılaşmasına katkıda bulunan alimleri cezbetmiştir. Eyyubiler, Fatımileri bastırarak ve hukuk okulları kurarak çok ihtiyaç duyulan Sünni bilgiyi yeniden canlandırmak suretiyle *medrese*leri Mısır'a doğru genişletmeyi sürdürdüler. Memlükler, seleflerinin çabalarını geliştirip en büyük *medrese*lerden bazılarını kurarak ve nüfus üzerindeki kontrollerini o zamana kadar herhangi bir hanedanın yaptığından daha derin ve daha kalıcı bir etkiyle sağlamlaştırarak devam ettiler.

Medrese Horasan'dan Hindistan'a intikal etti ve kısa sürede Şeriat uzmanlarını devlet hizmetine almanın bir aracı haline geldi. Delhi Sultanlığı döneminde (603/1206 933/1526), hukukçular hükümete Bağdat, Şam ve Kahire'deki batılı meslektaşlarından daha az borçlu değillerdi. Babür Sultanı Ekber döneminde (964/1556-1014/1605), çağdaşları olan Osmanlılar, Safeviler, Şeybaniler Hanlığı ve Mangıtlar döneminde olduğu gibi, hukuk mesleğinin yönetimin saflarına kazandırılması neredeyse tamamlanmıştı. (Bildiğim kadarıyla bu genellemenin tek istisnası, hukukçuların ve din alimlerinin yönetici hanedandan bağımsız kaldığı ve yerel köy toplulukları düzeyinde faaliyet gösterdiği Doğu Orta Java'daki Mataram Krallığı'ydı).

Bununla birlikte, genel olarak idareciler ile hukuk adamları arasında bir denge vardı: Yönetici elit, alimlerin işbirliğini ve kendi meşruiyetlerine desteklerini kazanırken, alimler maaş, koruma ve hukuku uygun gördükleri şekilde uygulama hakkına sahipti. *Kâdı*lık makamı giderek karmaşıklaşan ve birbirine bağımlı hale gelen bir ilişkinin prototipiydi ve öyle olmaya devam etti: Yönetim *kâdı*yı atıyor, görevden alıyor ve maaşını ödüyordu, ancak *kâdı*, *fıkh*ı Şeriat

[67] Eyyubiler ve Memlükler döneminde bu şehri analiz eden mükemmel bir çalışma için bakınız Chamberlain, *Knowledge and Social Practice*, 69-90 vd..

ve müellif-hukukçular ile *müftî*lerin belirlediği şekilde uyguluyordu. Yöneticiler ve hukukçular arasındaki bu ilişkide değişmeyen bir şey varsa o da *fıkıh*tan ve *fıkh*ın halka uygulanmasından taviz verilmemesiydi.

5. Medrese ve Merkezileşme Politikaları

*Medrese*lerin, hukukçular için çok sayıda kariyer fırsatı yarattığını söylemiştik. Mütevazı ekonomik ve sosyal geçmişe sahip girişimci öğrenciler, vakfedilen ve finansal destek sağlanan okullarda eğitimlerini sürdürmek için elverişli fırsatlar buldular ve bu da mesleki ve sosyal hareketliliğin kapısını açtı.[68] İleri düzeydeki bir öğrenci kısa süre içinde hocasının *mu'îd*i oluyor, ardından belki de mahkeme kâtibi ya da bilirkişi olarak çalışmaya başlıyordu. Bu adımların hemen ardından, adayın yeterince kapsamlı ehliyeti ve bazen de bağlantılara sahip olması halinde baş *kâdı*lıkla sonuçlanabilecek bir yargıçlığa atanması gelebilirdi. Yine de böyle bir kariyer yolu, öğrencinin, genellikle hayatının ilerleyen dönemlerinde kendisini meslekteki en yüksek iki rütbeye, yani *müftî*lik ve müellif-fakîhliğe götürecek olan hukuk biliminin daha karmaşık ve sofistike alanlarına eşzamanlı olarak katılmasını zorunlu olarak engellemiyordu. Her iki uzmanlık alanı da hukuk mesleğinin en prestijli alanları olmakla birlikte, ekonomik ya da maddi ayrıcalıkları garanti etmiyordu. Beşinci/on birinci yüzyıla gelindiğinde, yalnızca *kâdı* ve ona bağlı olan kâtip ve bilirkişilerin rutin gelirleri vardı. *Medrese*de okumak ve ders vermek de bu rutinleşmenin bir parçası olacaktı.

Yine de *medrese*nin hukuk eğitimi üzerinde tekeli yoktu ve *kâdı* olarak görev yapan pek çok fakîh, eğitimini *medrese*de almamıştı. Ayrıca *medrese* mezunlarının küçük bir azınlığı, daha çok idari kâtip veya vezir olarak devlet hizmetine girmiştir;[69] bu da bizi *medrese*nin devlet idarecileri ve bürokrat yetiştirmek için bir araç olarak tasarlanmadığı veya böyle algılanmadığı, aksine siyasi meşruiyet oluşturmak ve artırmak için kurulduğu sonucuna götürmektedir.[70] *Medrese*nin bürokrat yetiştirme işlevi, ileride göreceğimiz gibi, ancak sonraki yüzyıllarda ortaya çıkacaktır.

---

[68] Leiser, "Notes on the Madrasa," 22–23.

[69] Ephrat, *Learned Society*, 117–18.

[70] Krş. Nizâmülmülk'ün *medrese*leri kurma nedenlerinden birinin bir yönetici ve bürokrat sınıfı yetiştirmek olduğunu savunan Tibawi, "Origin". Richard Bulliet haklı olarak bu düşüncenin Nizâmülmülk'ün aklından geçmiş olmasının muhtemel olmadığını gözlemlemektedir. Bkz. "Shaikh al-Islam," 65.

*Medrese*nin beşinci/on birinci yüzyıldan sonra yaygınlaşması başka bir gelir kapısı yarattı. Artık sadece öğrenciler ücretsiz ve mali desteğe dayalı eğitimden faydalanmakla kalmıyor, aynı zamanda fakîhler de müderris olarak ücretli iş bulabiliyordu. Ne kadar çok *medrese* kurulduysa, o kadar çok öğretmenlik olanağı ortaya çıktı ve dolayısıyla bunlardan yararlanan hukukçuların sayısı da o kadar arttı. Bu sayının artması aynı zamanda hukukçular arasındaki rekabetin de hızlı bir şekilde artması anlamına geliyordu. Bu rekabet özellikle sultanlar ve sadrazamlar tarafından kurulan büyük *medrese*lerin olduğu yerlerde yoğunlaştı, çünkü buralarda verilen müderris maaşları genellikle diğer yerlerden daha yüksekti.

Kâtiplik ve bilirkişilik görevlerinin yanı sıra *kâdı*lık ve müderrislikten elde edilen gelir, bir hukukçu sınıfının hukuk hizmetini tam zamanlı ve ömür boyu sürecek bir kariyer haline getirmesine olanak sağlamıştır. Beşinci/onbirinci yüzyılın ortalarına gelindiğinde, birçok hukukçu tüccar sınıfından gelirken, çoğunluğu ekonomik olarak mütevazı olan diğer çeşitli sosyal çevrelerden gelmiş gibi görünmektedir. Birçoğu hukukla, hukukun öğrenimi ve uygulamasıyla yalnızca yarı zamanlı olarak ilgileniyordu, çünkü geçimlerini sağlamak için hukuk kariyerlerini kitap müstensihliği, tabakçılık, piyasa denetimi ve giderek artan bir şekilde yöneticilik gibi diğer zanaat veya becerilerle birleştirmek zorundaydılar. Bu durum bir süre daha devam etti. Ancak bir hukukçu tüm gelirini *kâdı*lıktan ya da *medrese* hocalığından elde ettikten sonra, ister müderris, ister marangoz, ister kapıcı ya da kuyumcu olsun, herkesin yaptığını yapmaya, yani mesleğini erkek çocuklarına devretmeye çalışırdı. Bu bağlamda, mesleklerin de zenginlik kadar kalıtsal bir durum olması dikkat çekicidir.

Böylece, altıncı/on ikinci yüzyılın ortalarına gelindiğinde, daha önce *kâdı*lıklarda olduğu gibi, belirli öğretim pozisyonlarının aile içinde tutulması ibtidai bir model olarak ortaya çıkmaya başlamıştır. İlk yüzyıllarda bilgi arayışı genel olarak kendi iyiliği için ya da daha doğru bir ifadeyle epistemik ve sosyal prestij amacıyla yapılırken (ve şüphesiz dindarlık duygusuyla desteklenirken), artık bilgi rekabet üstünlüğü uğruna edinilmeye başlanmıştı ve bu da kısmen sosyal prestij kazanmaya yol açıyordu. Yani hukuk mesleğinin giderek profesyonelleşmesi, onu - daha önce görülmemiş bir şekilde - siyasi, ekonomik ve sosyal sermaye elde etme alanı haline getirdi. Dahası, bilginin kendisi (bir gelir kaynağı olarak) metalaştığında, standartları ihtiyaç duyuldukça manipüle edildi. Ve ne kadar çok pozisyon açılırsa, tüm meslek de o kadar metalaşmış görünüyordu.

İslam dünyasının her köşesinde *medrese*nin yükselişine ve yayılmasına nedensel olarak bu "ailevi profesyonelleşme" süreci eşlik etti.

Yedinci/on üçüncü ve on birinci/on yedinci yüzyıllar arasında bu profesyonelleşme süreci istikrarlı bir şekilde büyüdü, ancak hukukçu aileler hukuk mesleğinin sosyal arka planı üzerinde tam bir tekel elde edemedi. Tersine, bu aileler hukuk mesleğindeki sayılarını artırabilirken,[71] tüccar ve diğer ailelerin bu mesleğe erişimi giderek azalsa da devam etti. Hukukçu ailelerin meslek üzerindeki tam tekeli, Osmanlı İmparatorluğu'nda tüccar kökenli tek bir hukukçunun bile yüksek makamlara gelmediği on ikinci/on sekizinci yüzyılın başlarını beklemek zorunda kalmıştır.[72] Tüm belirtilere göre, Safevi ve Babür imparatorluklarının sonraki dönemlerinde hukuk mesleğindeki bu gelişme genel olarak aynı modeli izlemiş gibi görünmektedir, ancak bu tür olgularla ilgili ayrıntılı bir çalışma henüz yapılmamıştır.

Fakîhlerin hukuk mesleği ve özellikle de mühim devlet makamları üzerindeki aile merkezli tekeli, Osmanlıların daha on altıncı yüzyılda izlemeye başladığı planlı ve sistematik merkezileşme politikasının bir sonucuydu. Nizâmülmülk, Selçuklu İmparatorluğu'nun her yerinde iki ya da üç düzine medrese kurarken, Osmanlılar fethettikleri her şehir ve kasabada bir *medrese* inşa ettiler ve fethedilen nüfus ne kadar büyükse, *medrese* de o kadar büyük oluyordu. Ancak en büyük ve en prestijli okullar, birbiri ardına gelen sultanların - ve diğer nüfuzlu erkek ve kadınların - servetlerinin çoğunu bu devasa *vakıf*lara akıttığı İstanbul'a ayrılmıştı. Daha da önemlisi, İstanbul içindeki ve dışındaki taşra ve daha küçük *medrese*ler öğrenci eğitmeye ve her türden hukukçu ve alim yetiştirmeye devam ederken, İmparatorluğu yöneten hukuk adamlarının sürekli olarak İstanbul saltanat *medrese*lerinden mezun olmalarıdır. Başka bir deyişle, devlet hizmetine giriş, giderek daha fazla hukukçu ailenin çocuklarının istihdam edildiği bu imparatorluk *medrese*lerinde gerekli eğitim sürecinin tamamlanmasına bağlıydı. Saltanat *medrese*leri dışında kalan daha küçük taşra *medrese*leri öğrenci yetiştirmeye devam etti, ancak mezunları hiçbir zaman toplumu ve bazı açılardan yönetimi düzenleyen profesyonel hiyerarşinin bir parçası olmadı.

[71] Mandaville, "Muslim Judiciary," 20.

[72] Zilfi, *Politics of Piety*, 45, 55. Bu gelişme daha önce, Memlüklerin son birkaç on yılında başlamıştır. Bkz. Mandaville, "Muslim Judiciary," 20, haklı olarak "bu dönemde Şam'da yerel bir yargı aristokrasisinin var olduğuna dair bazı gerekçeler" olduğunu gözlemler. Aynı dönemde Kahire'nin de aynı modeli geliştirmiş olacağına dair çok az şüphe vardır.

Medrese üzerindeki kontrol, hukukçuların resmi bir hiyerarşi içinde düzene sokulduğu merkezileştirme planının ayrılmaz bir parçasıydı. Bu Osmanlı politikası muhtemelen dokuzuncu/on beşinci yüzyılın ikinci yarısında başlamıştır, ancak sadece bir sonraki yüzyılın ortalarından itibaren belgelenebilmektedir. II. Mehmet döneminde, bu padişahın ulu camisinin bir parçası olarak sekiz medrese kurulmuş ve mezunlarına İmparatorluktaki en yüksek makamlar garanti edilmiştir. Daha sonra II. Bayezid (886–918/1481–1512) ve I. Süleyman (927–74/1520–66) dönemlerinde, önceki sultanlar tarafından inşa edilen tüm *medrese*lerin prestijini aşan yeni *medrese* sistemleri kurulmuştur. Daha sonra II. Selim ve III. Murat, diğer sultanların yanı sıra, önceki saltanat *medrese*lerinin üstünlüğüne meydan okuyacak okullar vakfettiler. Yine de bu *medrese*ler, vezirlerin ve hanedan mensuplarının başkentte kurdukları diğer *medrese*lerden oldukça üstündü. Ve kendi içlerinde bile, sultan *medrese*leri genellikle yaşlarına göre farklılaşmıştı; daha yeni olanlar resmi hukuk hiyerarşisinin yeniden üretilmesinde diğerlerinden daha fazla rol oynamıştır.

Saltanatın kontrolündeki *medrese*lerdeki hiyerarşi, mezunların yerine getireceği görevlerden elde edilen gelire göre düzenlenmiştir. Böylece, bir medrese 300 kuruş maaş alan görevliler yetiştirirken, daha prestijli bir başka medrese 500 kuruş maaş alan *kâdı*lar ya da müderrisler yetiştiriyordu. İmparatorluktaki en yüksek hukuki mevkiler genellikle bu *medrese* mezunları arasından dolduruluyordu.

Onuncu/on altıncı yüzyıldan itibaren *medrese* ve öğrenci sayısındaki artışla birlikte, daha önce ortalama dört yıl olan eğitim süresi beş yıla çıkarılmıştır.[73] Öğrenciler genellikle Perşembe ve Cuma günleri tatil olmak üzere haftada beş gün, günde birkaç saat derslere katılıyordu. İmparatorluğun kontrolündeki *medrese*lerin her biri farklı bir eğitim seviyesinde uzmanlaşmıştı; en yüksek seviye hukukun çeşitli alanlarına, özellikle de *fıkıh* ve *fıkıh usulü*ne yoğunlaşan seviyeydi. Alt seviyelerde, diğer şeylerin yanı sıra Arapça sarf, nahiv, geometri ve astronomi öğretiliyordu. Orta seviyeler ise *edeb*-edebiyat, belagat, mantık ve diğer "rasyonel" ilimlerde uzmanlaşmıştı. Öğrenciler artık hukuk eğitiminin profesyonelleşmesini ve hukuk mesleği içinde resmi bir hiyerarşinin gelişmesini yansıtan bir değişiklik olarak, müderrisin karşısında açık bir yarım daire şeklinde oturuyordu. Bundan böyle müderris, eğitim seviyeleri bakımından genellikle daha tekdüze olan öğrencilerinden daha uzaktı. *Halaka*daki ileri

[73] Makdisi, *Rise*, 96.

düzey öğrenciler ve araştırmacıların müderris ile fiziksel yakınlığını gerektiren *sohbet* kavramı burada neredeyse hiç yoktu, bu da müderris ile öğrenci arasındaki epistemik kopukluğu daha da artırıyordu.

Durum öyle olsa da, öğrenci böyle bir *medrese*den mezun olduktan sonra *mülâzım*, yani memur adayı olurdu. Eski *halaka* sisteminde olduğu gibi, *mülâzım*ın kariyeri öncelikle müderrisin tasdikine bağlıydı, çünkü *medrese*nin kendisi, daha sonraki Osmanlılar döneminde dahi, hiçbir zaman tüzel kişiliğe sahip bir varlık olarak hareket etmemiş ve bu nedenle diploma verememiştir. *İcazet*le birlikte *mülâzım*, bir makam sahibine bağımlı hale gelirdi; bu makam sahibi kendi hocası ya da başka bir görevli olabilirdi. Bu *mülâzemet* bağlarının nasıl kurulduğu tam olarak açık değildir, ancak aile bağlantılarının bir rolü olduğu anlaşılmaktadır. Her halükarda, bir makam sahibiyle kurulan bu ilişki *mülâzım*ı, *başka görevlerin yanı sıra*, devlet yargı bürokrasisinde atanmaya uygun hale getiriyordu. Onuncu/on altıncı yüzyılın ortalarında, *mülâzım*ların isimlerini bu kategoriye giriş sırasına göre kaydetmek için resmi bir sicil tutulmaya başlandı. Makam sahiplerinin her yedi yılda bir *mülâzım* atama hakkı vardı ve uygun *mülâzım*, bir makam boşalana kadar sırasını beklerdi.[74] Bir adayın mezun olduğu *medrese* ne kadar prestijliyse, atandığı makam da o kadar yüksek rütbeli olurdu. Böylece, dokuzuncu/on beşinci yüzyılın sonlarından itibaren ve İslam tarihinde ilk kez, öğrencinin rütbesini ve mesleki yeteneklerini müderris değil *medrese* belirlemeye başladı.

Hukuk eğitiminin idarenin siyasi ve bürokratik yapısına dahil edilmesi, hiçbir yerde Osmanlıların genel yönetim politikalarının bir parçası olarak inşa ettikleri hukuk hiyerarşisinde olduğu kadar belirgin değildi. Bu hiyerarşiyle ilgili ilginç noktalardan biri, dokuzuncu/on beşinci yüzyılın sonlarından itibaren, epistemik ve hukuki kapasitesi *iftâ* kurumu içinde kesin bir şekilde tanımlanmış olan Şeyhülislâm'ın İmparatorluktaki en yüksek dini figür haline gelmesi, taşra *kâdı*larının atanması ve görevden alınmasından tek başına sorumlu olması ve uzun bir süre boyunca *fiilen* sultanları tahttan indirme gücüne sahip olmasıdır.[75] On birinci/on yedinci yüzyıla kadar, ömür boyu atanma hakkına sahipti ve sultanın kendisi tarafından bile görevden alınamıyordu. Zaman zaman taşra Şeriat mahkemelerinde davacıların temyiz başvurusu üzerine anlaşmazlıkları karara bağladı, ancak daha çok *kâdı*lara genellikle onlar için belirlediği dini hukuka uymalarını emretti.

[74] Repp, *Mufti of Istanbul*, 51–55.
[75] Gerber, *State, Society*, 80.

Osmanlı Şeyhülislâmlığının işlevi, kendisi de bir *kâdı* olan *Kâdılkudât*ın taşra *kâdı*larını atayan ve görevden alan ve temyiz davalarına bakmakla görevli olduğu İslam'ın daha önceki yargı tarihiyle tamamen aynı değildi. Osmanlı hukuk tarihinin ilk evreleriyle de aynı değildi, zira İmparatorluktaki en yüksek iki yargı makamı, sırasıyla İmparatorluğun Avrupa ve Asya yargı bölgelerini kontrol eden iki Kazaskerdi. Geçmiş deneyimlerden bu sapmanın izahı, Maveraünnehir'deki Selçuklu döneminde belirsiz başlangıçları olan ve nihayetinde Osmanlılarla doruğa ulaşan, özellikle yönetici elitin hukuk eğitimi üzerindeki kontrolünü artırmak için oluşturulan bir politika ile yakından bağlantılı görünmektedir. Osmanlı İmparatorluğu'nun öncüsü olan Anadolu Selçuklu Devleti'nin (hükümdarlığı 470-707/1077-1307) ilk dönemlerinden itibaren, her şehirde hukuk eğitimiyle ilgilenen ilmiye sınıfının başına bir Şeyhülislâm atanmıştır. Müderrisler ve *medrese*ler onun gözetimi altındaydı.[76] O bir *müftî*ydi ama bu alanda ne tekeli ne de üstünlüğü vardı, çünkü gerçek yetkileri *medrese*lerin ve müderrislerin amiri olarak görev yapmasında yatıyordu. Şehirdeki tek Şeyhülislâm olsa da, birkaç *müftî* ve hukuk bilgininden sadece biri olabilirdi. Böylece, İstanbul'u merkezileştirici ve merkezileşmiş bir başkent haline getirme çabasındaki Osmanlılar, saltanat *medrese*leri tekeli yaratma konusunda yaptıklarını Şeyhülislâm için de yaptılar: İstanbul Şeyhülislâmı'nı vilayetlerden doğrudan sorumlu en üst yönetici haline getirdiler. Merkezileşme politikasındaki bu adım, sadece saltanat *medrese*lerinin kurulmasına yol açan adım kadar belirleyici olmakla kalmadı, aynı zamanda aslında hukuk mesleğini siyasi alana mal etme ve İmparatorluğun idaresinde kullanma yönündeki genel politikanın ayrılmaz bir parçası haline geldi. Ve Osmanlılar tam olarak bunu başardılar. Ancak bunu yaparken, meşruiyet sorununu da kesin olarak çözmüş oldular. İleride göreceğimiz üzere, Osmanlılar on dokuzuncu yüzyılda kazanımlarını katlayacaktı, zira hukuk mesleğinin hükümet hiyerarşisine dahil edilmesi, onun başını kesmelerine izin verdi ve kestiler de.[77]

[76] Bulliet, "Shaikh al-Islam," 55, 61.
[77] 15. bölüm, 1-2. kısımlara bkz.

Hukuk ve Toplum

1. Giriş

Mısır'dan Batı İran'a kadar Müslüman dünyanın ağırlıklı olarak ve yüzyıllar boyunca yabancı hanedanlar tarafından yönetilmiş olması, bir yandan yöneticiler ile hukukçular arasındaki karmaşık ilişkiyi,[1] diğer yandan da hukukçuların hukukunun toplumsal bağlamda yorumlanma ve uygulanma biçimlerini doğrudan etkileyen bir olgudur. Yöneten ve yönetilenler arasındaki siyasi, askeri, kültürel ve dilsel ayrılıklardan kaynaklanan can alıcı olmasa da önemli bir özellik, sosyal ve ekonomik özerkliğin ve yerel özyönetimin eski biçimlerinin korunması ve hatta geliştirilmesiydi. Bu ayrışma, modern öncesi yönetim biçimlerinin baskın karakteristiğini, yani halk ile yönetici rejim arasındaki hatırı sayılır derecedeki ayrılığı daha da güçlendirmiştir. İktidardaki rejim, toplumun kendisini örgütlediği sosyal grupların doğrudan kontrolüne izin verecek gerekli gözetim mekanizmalarından tek kelimeyle yoksundu. Sanayi toplumlarında anlaşmazlıkların büyük çoğunluğu devlet mahkemeleri veya devlet hukuku tarafından düzenlenen tahkim yoluyla çözülürken, tipik olarak sanayi öncesi toplumlar ve özellikle de İslam toplumları devlet müdahalesine çok az maruz kalmıştır. Biraz daha farklı bir şekilde ifade etmek gerekirse, modern öncesi İslam toplumlarında anlaşmazlıklar asgari düzeyde yasal idareyle çözülmüş, belirleyici faktörler gayri resmi arabuluculuk/tahkim[2] ve aynı şekilde gayri resmi hukuk mahkemeleri olmuştur. Dahası, arabuluculuk ve hukukun uyuşmazlıkların çözümüne dahil olduğu her yerde, sanayi öncesi dönemde İslam örneğinde olduğu gibi, ahlak ve sosyal etiğin iç içe geçen tutarlı bir model olduğu görünmektedir. Buna karşılık, Batılı

[1] Bu konunun önemli yönleri yukarıda 3. bölümde ele alınmıştır.

[2] Modern hukukta arabuluculuk ve tahkim arasında açık bir fark olmasına rağmen, modern öncesi kabile hukuku ve geleneğinde bu ikisinin sınırları zaman zaman örtüşmüş, arabulucuya tahkim yetkisi (zorunlu ve teleolojik olarak arabuluculuk sürecinin ayrılmaz bir parçası) ve daha da önemlisi hakeme arabuluculuk yetkisi verilmiştir. Bu uygulama Orta Doğu'daki birçok kabile ve kırsal bölgede halen varlığını sürdürmektedir; örneğin Yukarı Celile ve Batı Şeria'daki Araplar arasındaki *sulh* uygulamalarında olduğu gibi.

ve giderek Batılı olmayan modern ulus-devletlerin hukuk kültüründe olduğu gibi, bunların olmadığı yerlerde ahlak ve sosyal etik yabancı kalır. Ahlak, özellikle de dine dayalı olanı, böylece daha etkili ve yaygın bir özyönetim mekanizması sağlamış ve modern siyasal yapının simgesi olan zorlayıcı ve disiplinci devlet kurumlarının belirgin varlığını gerektirmemiştir.

2. Arabuluculuk ve Tahkim

Birçok hukuk antropoloğunun ileri sürdüğü gibi "hukuk sistemi"nden bahsederken,[3] uyuşmazlık çözümünün tek aracı olarak mahkeme üzerinde durmak ne yeterli ne de doğru olacaktır. Herhangi bir sistemde, hem mahkeme dışında hem de davanın mahkeme önüne getirilmesinden önce yaşananlar, hukuk sisteminin işleyişi açısından herhangi bir mahkeme süreci kadar önemli olan uyuşmazlık çözümü aşamalarıdır. Bu durum özellikle geleneksel İslam toplumları gibi birbirine sıkı sıkıya bağlı sosyal yapılarda geçerlidir; burada gruplar çatışmaları daha geniş bir kamusal foruma, özellikle de mahkemeye taşınmadan önce yönetme eğilimindedir. Hukuk sisteminin ilk işleyişi, Malezya'dan Fas'a kadar uzanan bu grupların içinde başlamış[4] ve Müslüman mahkemesi uyuşmazlık çözümü görevini bu grupların sürekli katılımı sayesinde yerine getirebilmiştir. Zira göreceğimiz üzere, özellikle Müslüman mahkemesinin, bir anlaşmazlığın ortaya çıktığı toplumsal alanın ahlaki hassasiyetlerini ve toplumsal karmaşıklıklarını dikkate almaksızın anlaşmazlıklara ilişkin talepleri işleme koyması düşünülemezdi.

Mahkemenin müdahalesi öncesinde ve dışında meydana gelen anlaşmazlıklar, Müslüman toplumları oluşturan çeşitli mikro-topluluklarda yoğunlaşmıştır. Geniş aile (on dokuzuncu yüzyıla kadar bilinen tipik ama tek olmayan aile birimi),[5] klan ve kabile, diğer sosyal düzen yapılarıyla kesiştikleri durumlarda bile toplumsal varoluşun özünü ve çekirdeğini oluşturuyorlardı. Küçük köyler ağırlıklı olarak bu birimlerden oluşuyordu, ancak kasaba ve şehirlerde başka sosyal dayanışma birimleri de demografik yapıyı şekillendiriyordu. Toplumsal organizasyonun kalıcı bir birimi olan mahalle (*hâra*),

[3] Örnek olarak bkz., Gulliver, "Dispute Settlement without Courts," 24 vd. ve burada atıfta bulunulan referanslar; ayrıca, genel olarak, Gulliver, *Cross-Examinations*'daki çeşitli tartışmalar.

[4] Akdeniz bölgesi için aşağıdaki birçok kaynağa bakınız. Daha az çalışılmış Malay dünyası için bkz. Sadka, *Protected Malay States*, 264 ve Peletz, *Islamic Modern*, 49-50.

[5] Marcus, *Middle East*, 197, on ikinci/on sekizinci yüzyıl sonu Halep'inde geniş ailenin genel yaygınlığına kısmen itiraz etmektedir.

kimi zaman akrabalığa, kimi zaman da dini ya da diğer birleştirici bağlara dayanan bir tür tüzel grup oluşturuyordu. Hıristiyanların, Yahudilerin ve göçmen toplulukların (Ermeniler, Mağripliler, Frenkler)[6] mahallelerinin yanı sıra debbağlar, sabuncular, hamallar, hekimler, bakır tüccarları ve benzerlerinin loncaları (*tavâif*; tekili: *tâife*) Müslüman şehirlerindeki sabit yapılardı.[7] Her mahalle düzinelerce, hatta yüzlerce aile ve evden,[8] dükkanlardan, kamu tesislerinden, ibadethaneden, okuldan, hamamdan, çeşmeden ve bir ana yola bağlanan birkaç küçük sokak veya caddeden oluşuyordu. Mahalle genellikle surların içindeydi ve şehrin ana yollarına açılan noktalarda muhafızlar tarafından korunan kapılar vardı. Çeşitli mahalleler arasındaki etkileşimin yoğun olduğunu söylemeye gerek yok,[9] ancak bu hiçbir şekilde her mahallenin ayrı ve bağımsız dini, ailevi veya mesleki kimliğinin göze çarpan gerçeğini gizlemez. Yine de toplumsal varoluşun sarsılmaz temelini oluşturan geniş aileydi ve bu nedenle üyeleri her zaman birbirleriyle dayanışma ilişkisi içindeydi. Aile yalnızca ekonomik bir üretim birimi oluşturmakla kalmıyor, aynı zamanda üyelerine yaşam boyu güvence sağlıyordu. Başka bir deyişle aile, insan ilişkilerinin çoğunu tanımlıyordu.[10] Ve bu, Akdeniz İslam'ında olduğu kadar Malaya toplumları için de geçerliydi. Aile ve yakın topluluk sadece bireysel üyelerinin refahına değil, aynı zamanda onların hukuki uyumunu sağlamaya da yatırım yapıyordu; çünkü "grubun bir üyesi incindiğinde diğerlerinin de acı çekecekleri genel olarak kabul ediliyordu... Bir Malay metninin ifadesiyle, 'Ebeveynler

[6] Bunların hepsi Kahire'deki mahallelerde meskundu. Filistin şehri Nasıra başka bir örnek teşkil etmektedir. Burası, karakteristik olarak ve bugün de büyük ölçüde Rum Ortodokslara, Roma Katoliklerine (Latin mahallesi) ve Kıptilere ait mahallelerden, geri kalanı ise Müslümanlardan oluşmaktadır (el-Hâra el-Şarkiyye olarak bilinir).

[7] Marcus, *Middle East*, 158-59, bazı mesleklerin birkaç loncaya sahip olduğunu ileri sürer; örneğin hamallar, boyacılar ve ipek eğiricileri Halep'teki konumları etrafında ya da debbağlar söz konusu olduğunda ürettikleri renkler etrafında örgütlenmişlerdir. Aynı durum, bir grubun faaliyet gösterdiği her pazar için bir lonca oluşturan Kahire tüccarları için de geçerliydi. Hanna, *Making Big Money*, 19-20. İnşaat loncası hakkında bazı ayrıntılar için bkz. Hanna, *Construction Work*, 7-10. Loncalar üzerine modern çalışmaların faydalı bir özeti için bkz. Ghazaleh, "Guilds," 60-74.

[8] Raymond, "Role of the Communities," 39; El-Nahal, *Judicial Administration*, 52.

[9] Örneğin, on altıncı ve on yedinci yüzyıl Kahire'sinde, mesleki ve dini mahallelerin kendi arasında ve diğer mahalleler arasında etkileşim oldukça fazlaydı. Bir dini grubun bir üyesinin başka bir mahalleden ya da başka bir dini yapıdan bir kişinin kefaletini ödemesi ya da bir Müslüman'ın başka bir Müslüman'a karşı bir Hıristiyan lehine tanıklık etmesi alışılmadık bir durum değildi. Etkileşimin en yoğun olduğu alan iş dünyasıydı. Müslümanlar ve gayrimüslimler, marangozlar ve inşaatçılar, birbirleriyle ortaklık kuruyor ve yetkilendirilmiş yasal temsilciler olarak birbirlerine vekalet ediyorlardı. Bkz: Nahal, *Judicial Administration*, 56.

[10] Ortaylı, *Studies*, 125–26.

ve çocuklar, erkek ve kız kardeşler, aynı aile servetini ve aile itibarını paylaşırlar. Biri acı çekerse, hepsi acı çeker.'"[11]

Dokuzuncu/on beşinci ve onuncu/on altıncı yüzyıllarda Osmanlılar döneminde kurumsal meslek loncalarının (iç grupların arabuluculuk ve çatışma çözümü dinamiklerini daha da geliştiren loncalar) ortaya çıkmasından önce bile,[12] geniş aile, klan, dini topluluklar, mahalleler ve çeşitli gevşek biçimde organize olmuş meslekler, gayri resmi çatışma çözümü için geniş sosyal ağlar sağlamıştır.[13] Eşler arası geçimsizlik ve ortak aile mülkleri üzerindeki ihtilaflar gibi pek çok özel anlaşmazlığa genellikle hane reisi ya da klan veya mahalledeki güvenilir bir kişi aracılık etmiştir. Mahkeme kayıtlarında, köy imamlarının yanı sıra göçebe, yarı göçebe ve yerleşik aşiretlerin ileri gelenlerinin de genellikle davanın *kâdı* önüne gelmesinden önce anlaşmazlıklara hakem olarak müdahale ettikleri görülüyor. Osmanlılar döneminde olduğu gibi 1667 Malaya Kanunları (Dato Sri Paduka Tuan) uyarınca da köyün ileri gelenleri kamu düzenini ya da toplum yaşamını bozabilecek her türlü suçu yetkililere bildirmekle yükümlüydü.[14] Ancak bu yaşlılar arabuluculuk ve uyuşmazlık çözümünde de önemli bir rol oynamışlardır. Gerçekten de, davacıların delillerinin yetersiz olduğu birçok dava, dava sürecinde ve *kâdı* hüküm vermeden önce bu tür arabulucular tarafından (genellikle *kâdı*nın tavsiyesi üzerine)[15] çözülmüştür. Bazen "arabulucular" davacı ve/veya davalının akrabaları ya da sadece aynı mahallenin sakinleri olabiliyordu. Bazı durumlarda ise bu arabulucular, bu özel görevi yerine getirmek üzere özel olarak atanmış mahkeme görevlileriydi.[16] Mahkeme içinden veya dışından arabulucular anlaşmazlığı çözmede başarılı olduklarında davalar genellikle *kâdı* tarafından reddedilirdi.[17]

---

[11] Peletz, *Islamic Modern*, 30, Barbara Andaya'dan alıntı, "States, Laws, and Gender Regimes in Early Modern Southeast Asia" (yayınlanmamış makale).

[12] Baer, "Guilds," özellikle 16-17, 27. Bununla birlikte, Baer'in loncaların onuncu/on altıncı yüzyıl civarında ortaya çıkışına ilişkin açıklaması sorgulanmalıdır, çünkü argümanı neredeyse tamamen loncalara açıkça atıfta bulunan on altıncı yüzyıl öncesi kanıtların yokluğu iddiasına dayanmaktadır. Loncaların söylemlerinde, mesleki hayatlarını düzenleyen "kadim yasalara" yapılan ısrarlı atıflar, Baer'in on altıncı yüzyıl öncesi kanıt yokluğu iddiasını sorunsallaştırmak için yeterlidir. Bkz. Gerber, *State, Society*, 114-16; Kuran, "Islamic Influences," 44. Omar, "Guilds," 198-217'de Abbasi loncalarına ve bunların altıncı/on ikinci yüzyılda Güneydoğu Asya'daki varlıklarına yapılan atıflara da bkz.: Federspiel, *Sultans*, 19-20.

[13] Akarlı, "Law in the Marketplace," 249 vd.; Hanna, "Administration of Courts," 54; Raymond, "Role of the Communities," 39–40; Starr, "Pre-Law Stage," 120; Marcus, *Middle East*, 109.

[14] Peletz, *Islamic Modern*, 30.

[15] Marcus, *Middle East*, 111.

[16] Müslüman İspanya'da bu "kurum" ile ilgili olarak bkz. Fierro, "Ill-Treated Women," 331 vd.

[17] Peirce, *Morality Tales*, 123, 185–86; Hanna, "Administration of Courts," 54; El-Nahal, *Judicial Administraion*, 19–20, 30; Gerber, *State, Society*, 51; Marcus, *Middle East*, 111.

"Sulh hükümlerin efendisidir" (*es-sulh seyyidü'l-ahkâm*) hukuk kaidesi[18] İslam'da ve İslam hukukunda uzun süredir devam eden bir geleneği temsil etmektedir. Bu kaide hem hukuki hem de sosyal açıdan tahkim ve arabuluculuğun yalnızca hukuk sisteminin ve hukuki sürecin ayrılmaz bir parçası olduğunu değil, aynı zamanda genellikle son çare olarak görülen mahkeme davalarından bile üstün olduğu yönündeki köklü algıyı yansıtmaktadır.[19] Arabuluculuğun tercih edilen bir çatışma çözüm yöntemi olmasının birkaç nedeni vardır. Birincisi ve tarihsel olarak konuşmak gerekirse, dallanıp budaklanmış otorite yapılarına sahip geniş aileler (büyük aileler, klanlar veya kabileler), ister Arap, ister Berberi, ister İranlı veya Orta Asyalı olsunlar, eski toplumların en tipik özelliğiydi. Antropologların "basit toplumlar" olarak adlandırdıkları bu aileler, egemen gücün ve vekillerinin zayıf olduğu ya da hiç olmadığı bir bağlamda kendi içlerindeki anlaşmazlıkları çözecek iç dinamikleri ve süreçleri sağlamıştır. Dolayısıyla, klan merkezli ve yerel gayri resmi türden çatışma çözümü, tarihsel olarak aile dışı, resmi ve dışsal yargılama biçimlerinden önce gelmiştir. İkincisi, modernitenin şafağına kadar Müslüman yöneticiler bu mikro-özdenetim geleneğine bağlı kalmakla yetinmemiş, aynı zamanda kamu düzenini sağlayan etkin ve düşük maliyetli bir yönetim sağladığı için bunu teşvik etmişlerdir. Üçüncüsü, tüm aile ilişkilerini ve meselelerini kutsal gören bir toplumda, mahrem ve özel meseleleri içeren anlaşmazlıklar kamunun gözünden ve denetiminden uzak tutulmuştur. Mahkemeye intikal eden her dava için - ki bunlar sayısızdı - çok daha fazlası yerel düzeyde, yaşlıların, imamın, hane reisinin ya da eşit prestij ve otoriteye sahip başkalarının müdahalesiyle gayri resmi olarak çözülüyordu. Dördüncüsü ve bazı durumlarda belirleyici bir faktör olan gayri resmi arabuluculuk, çatışmanın tırmanmasını önlemek için vazgeçilmezdi. Grup dayanışmasına büyük ölçüde bağlı olan ve bireyin daha büyük grup birimlerine bağlılığıyla tanımlandığı topluluklarda, özel anlaşmazlıkların "rakip gruplar arasındaki siyasi anlaşmazlıklara dönüşme" potansiyeli büyüktü.[20] Ailenin kutsallığı çok önemliyse, bu aynı zamanda daha büyük bir düşüncenin, yani toplumsal uyumun korunmasının ayrılmaz bir parçasını oluşturduğu içindir. Anlaşmazlıkların en yerel düzeyde ele alınması ve ortadan kaldırılması, bu uyumu bozabilecek anlaşmazlıkların tırmanmasını engellemiştir.

[18] Osmanlı geleneğinde hakim olan kaidenin "*es-sulh hayr*" (sulh hayırlıdır) olduğu görülmektedir. Bkz. Peirce, *Morality Tales*, 186.

[19] Ayrıca aşağıdaki 23 numaralı dipnotun son satırlarına bkz.

[20] Starr, "Pre-Law Stage," 130.

Bazı antropologlar haklı olarak tahkim (ve arabuluculuk) ile yargılama arasındaki temel farkın, birincisinde otoriter karar verme yetkisinin bulunmaması olduğunu ileri sürmüşlerdir. Çünkü bu tür hakemler genellikle üçüncü taraflardır ve karar verme yetkisine sahip olmadıkları için, her bir tarafın olumlu bir sonuç elde etmek için diğerine bağımlı olması nedeniyle her zaman esnekliğe meyillidirler (burada müzakere merkezi bir öneme sahiptir)[21]. Dolayısıyla, iki tarafın menfaatleri kısmen örtüşüyorsa ve tamamen uyumsuz değilse tahkim uygulanabilir bir seçenek haline gelir. Bunun tipik bir örneği cinayettir. Modern devlet ceza sistemlerinde, (savcı-sanık arasında itham pazarlığı yapılmışsa) cezanın müzakere edilmesi ya da arabuluculuk yapılması mümkün değildir, artık şu ya da bu ceza verilmelidir ve üstelik sadece devlet eliyle verilmelidir. Buna karşılık, kan parasının genellikle kısas yerine ikame edilebildiği bir kabile (ve bu durumda İslami) sisteminde, tahkim, parasal ödeme için uzlaşma olasılığı sayesinde uygulanabilir hale gelir; bu olasılık, hem daha fazla maliyetli kan davasından hem de telafi edilemeyecek kayıplardan kaçınmak için karşılıklı irade ile geliştirilir. Ayrıca bu bağlamda oldukça önemli bir husus, özellikle de mağdurun kendi ölümüne neden olan sorunu açıkça teşvik eden kişi olması halinde, en yakın akrabasının suç işleyeni affetmesi zaman zaman belirgin bir olasılıktır.[22] Dolayısıyla, arabuluculuk/tahkimin bir diğer önemli özelliği de, ne pahasına olursa olsun ya hep ya hiç çözümlerden kaçınan biraz-kazan-biraz-kaybet çatışma çözümü yöntemidir. Ya hep ya hiç çözüm yöntemi tek seçenek haline geldiğinde, tahkim *a priori* olarak engellenecek ve yargılama tek çare olarak kalacaktır.

3. Kâdı ve Mahkemesi

Ancak, İslam hukuk pratiği dünyasından elde edilen kanıtlar, yargılama düzeyinde, mevcut tek seçenek olmasa da ana seçeneğin "ya hep ya hiç" olduğu yönündeki antropolojik gözlemi desteklememektedir. Aynı şekilde *kâdı*lar karar verme yetkisine sahip oldukları için ya hep ya hiç usulüne meyilli olduklarından *kâdı*lar ve hakemlerin rolleri arasındaki katı ayrımı da tamamen doğrulamamaktadır. Bazı durumlarda Müslüman yargıcın siyah-beyaz hukuki seçeneklerle karşı karşıya kaldığı doğrudur ve tam da bu tür durumlarda

[21] Gulliver, "Process," 33, 42.

[22] Meşru müdafaa (Amerikan hukukunda anladığımız şekliyle) söz konusu olmaksızın. Şer'i ceza hukukunda öngörülen bu tür seçeneklerin kökeninin bir tahkim mantığına dayandığı da belirtilmelidir. Bu konuda daha fazla bilgi için bkz. 10. Bölüm, 3. Kısım.

arabuluculuğun ilk etapta hiçbir rolü yoktur. Bununla birlikte, davaların büyük çoğunluğunda olmasa da birçoğunda *kâdı* veya temsilcileri yargılayıcı ve arabulucu bir rol oynamaktadır. Arabuluculuğunun başarılı sonucu, en azından önemli bir açıdan, toplumsal düzeyde çoğunlukla bir hüküm olarak kabul edilirdi.[23] Dahası, *kâdı* çoğu zaman tam anlamıyla hukuki nitelikte olmayan davalarda münhasıran arabulucu rolünü üstlenirdi. Sadece anlaşmazlıklarda hakemlik yapmakla ve karı-koca arasında uzlaşma sağlamakla kalmaz,[24] örneğin sadece dışarıdan birinin görüşüne ihtiyaç duyan kardeşler arasındaki sorunları da dinlerdi.[25]

Ancak daha da önemlisi, *kâdı* ve mahkemesinin içinde konumlandığı sosyal bağlamdı. Gluckman ve Rosen'in iki farklı kültürel bölgede gözlemlediği üzere, *kâdı*lar her zaman dava açan tarafların daha geniş ilişkisel bağlamını ortaya çıkarmaya çalışmış, genellikle ihtilafları, anlaşmazlığa düşen tarafların mevcut ve gelecekteki sosyal ilişkilerini tam olarak göz önünde bulundurarak çözmeye çalışmışlardır.[26] *Kâdı*, hakemler gibi ancak modern yargıçlardan farklı olarak,[27] mümkün olan her yerde, davacı tarafların dostane bir şekilde birlikte yaşamaya devam edebilecekleri bir sosyal gerçekliği sürdürmek için ilişkilerin çökmesini önlemeye çalışmıştır.[28] Böyle bir yargı faaliyeti, *kâdı*ların anlaşmazlığa düşen taraflar arasındaki etkileşimin geçmişini bilmesini ve araştırmaya istekli olmasını gerektiriyordu. Sosyal olarak inşa edilmiş bir varlık olarak davacıya ilişkin verileri içeren ve benim burada sosyal biyografi olarak adlandırdığım

[23] Bu özellik modern Şeriat mahkemelerinde bile hala varlığını sürdürmektedir. Richard Antoun, Ürdün'deki bir mahkemede yaptığı incelemeye dayanarak, hakimin uzlaştırıcı rolünün mahkemenin ideolojisinde ve usulünde kurumsallaştığını gözlemlemektedir. Hakimler "kişisel yetkilerini tarafları uzlaştırmak için kullanırlar... Amaç, ister davacının kendi çabaları ister aracıların çabaları yoluyla olsun, uzlaşmaya yargı gücü kazandırmaktır. Uzlaşmanın yargı sürecindeki önemi, mahkemelerin uzlaşma kararlarının yüzdesinden ziyade uzlaşmanın kurumsallaşma derecesi ile daha kolay değerlendirilebilir. Sıklıkla ... davacıların amacı mahkemeden bir karar almak değil, köyün misafirhanesinde bir uzlaşmaya varmak ve bu amaçla İslami mahkemeyi bir başka başvuru yolu olarak kullanmaktır. Dolayısıyla davanın kendisi uzlaşma hedefiyle çelişmemektedir." Antoun, "Islamic Court," 463; Ayrıca bkz. Mir Hosseini, *Marriage*, 61.

[24] Kur'ân'ın emri doğrultusunda (Nisâ: 128).

[25] Hanna, "Administration of Courts," 54; Peirce, *Morality Tales*, 186, 387. Osmanlı dönemine ait mahkeme kayıtları, arabulucuların (*muslihûn*) araya girmesi ve farklılıkları uzlaştırması nedeniyle mahkeme kararı verilmeden sonlandırılan davalara ilişkin referanslarla doludur. El-Nahal, *Judicial Administration*, 19-20; Gerber, *State, Society*, 51. Birkaç Şeriat hakiminin bana söylediği gibi, bu "resmi mahkemede olmayan" katılım günümüz Orta Doğu toplumlarında gelişmeye devam etmektedir. Ayrıca bakınız Antoun, "Islamic Court."

[26] Max Gluckman için bkz. Gulliver, "Process," 46; Rosen, *Anthropology*, 16–19.

[27] Gulliver, "Process," 42.

[28] Haviland, *Cultural Anthropology*, 331.

şeye atıfta bulunmadan mahkeme tarafından hiçbir gerçek ortaya çıkarılamazdı. *Kâdı*nın verdiği hüküm, sosyal biyografinin tamamının mahkemenin düşünce ve söylemine girmesine izin vermeden, hukuk doktrininin dar bir şekilde uygulanmasına da izin vermemiştir. Rosen'in günümüz Fas'ına ilişkin yerinde tespiti, İslami mahkeme adaletindeki sistemik bir özelliği ifade etmektedir:

> İslam hukukunun başlıca amacı sadece farklılıkları çözmek değil, insanları, sosyal düzen üzerinde en az olumsuz etkiyle, kendi aranjmanlarını birbirleriyle müzakere etmeye devam edebilecekleri bir konuma geri getirmektir ... Bir mahkemenin belirli kişiler hakkındaki bilgisinin spesifik içeriği hem sınırlı hem de basmakalıp olsa da, mahkemelerin yargılamada başvurdukları terimler, kullandıkları kavramlar, şahitliği şekillendiren ifade tarzları ve uyguladıkları çözüm yolları, insanların günlük yaşamlarında kullandıklarına büyük ölçüde benzemektedir ve diğer bazı hukuk sistemlerinde bulunan garip formalitelerden veya profesyonel çarpıklıklardan çok azına sahiptir.[29]

Müslüman mahkemesinin, *başka şeylerin yanı sıra*, genel olarak toplumdan çıkarılmış hem özel hem de uzmanlaşmış bir sosyal birim olduğu, bir *kâdı*nın hizmete hak kazanmak için kendi yargı alanının kültürel bağlamına ve orada hüküm süren sosyal gelenek ve alışkanlıklara yakından aşina olması gerektiğine dair yüzyıllardır süregelen ve oldukça sık tekrarlanan kuralda doğru bir şekilde yansıtılmıştır.[30]

Dolayısıyla, Müslümanların yargılama süreci hiçbir zaman ihtilaf edenlerin sosyal dünyasından uzak olmamıştır. Tahkim süreci gibi, Müslüman mahkemesi de davayı kazanan her şeyi alır mantığından ziyade ahlaki bir toplumsal eşitlik mantığı gerektiren bir sosyal dokuya yerleşmişti. Tarafların mahkemeye çıkmadan önce sahip oldukları sosyal rollerine geri döndürülmesi, her bir tarafın en azından kısmi bir kazanç talep etmesine izin verilen sosyal ve ahlaki uzlaşmayı gerektiriyordu. Mümkün olan her yerde tamamen kaybetmekten kaçınılmış ve genellikle sadece bir davacının sosyal uyumun ve/veya ahlaki kuralların telafi edilemez ya da ciddi bir şekilde ihlaline neden olduğu durumlarda buna göz yumulmuştur. Bunun dışında kalan hemen her şey, ferasetli bir yorumcunun "müstakil adaletler" olarak

[29] Rosen, "Justice," 39–40. Mukayese etmek için Davies, "Local Participation," 48–61, özellikle 55–61.

[30] İbnü'l-Hümâm, *Şerh*, VII, 259-60; Mâverdî, *Hâvî*, XVI, 26.

nitelendirdiği, *kâdı*ların mantıksal olarak tutarlı bir hukuk doktrini ya da ilkenin uygulanmasından ziyade, ihtilaflı tarafların toplumdaki eski ilişkilerini ve/veya ihtilaf başlamadan önceki yaşamlarını sürdürebilmelerini sağlayacak bir uzlaşmanın yaratılmasını önemsediği duruma tabiydi.[31] Ancak bu mümkün olmadığında ve mağdur tüm zararını tazmin ettiğinde bile, suçlunun da genellikle manevi kişiliğinin kısmen geri kazanılmasına izin verilirdi. Zira Müslüman mahkemesinin gayri resmi doğası gereği, tarafların ve akrabalarının, komşularının ve arkadaşlarının, davacılardan birinin veya diğerinin onurunu ve itibarını savunarak, görüşlerini eksiksiz ve kısıtlama olmaksızın dile getirmelerine müsaade edilirdi. Böylesi kolektif ve kamuya açık bir ifade, kaybedenin bile ahlaki saygınlığını korumasına izin veriyordu, çünkü bu savunma, yanlış davranışın gerçekleştiği zorlayıcı koşulları açıklıyor ve *gerekçelendiriyordu*. Bu, toplumun muhayyilesinde hukuki sınırlarda gerçekleşecek ahlaki bir aklanma anlamına geliyordu. Her ne kadar buradaki hukuki ceza kaçınılmaz olsa da, suçun meydana geldiği koşulların zorlaması, kaybedenin ve özellikle de (suçlunun hem ahlaki uzantısı hem de ahlaki yüklemi olan ve toplumsal yaşamlarına devam etmek için mahkemeden ayrılmak zorunda kalacak olan) akrabalarının, normatif ve ahlaki olarak yapılandırılmış sosyal hayatta işlerini sürdürmelerine izin verecek yeterli saygınlığı koruyabilmelerini sağlamıştır. Böyle bir eski hale döndürmenin ahlaki temelleri, toplum odaklı yapısıyla mahkemenin başlıca görevlerinden birini, yani sosyal düzen ve uyumu korumayı yerine getirmesinin araçlarını oluşturuyordu.

Toplumsal düzeni koruma görevi, kendi sosyal yapısının doğası gereği, tüm sosyal ve ekonomik bölünmeler sistemine bilinçli ve incelikli bir şekilde uyum sağlayan bir mahkemeyi gerektiriyordu. Ancak toplumsal düzenin korunmasını ahlaki bir sistemin evrensel ve "ekolojik" dengesine dayandırmak mahkeme için bir zorluk teşkil ediyordu. Zira bölünmeler ve dolayısıyla "sınıf" ve diğer ayrıcalıklar mevcutken ve sürekli olarak kendilerini gösterirken, ahlak herkesin, yoksulların, zenginlerin, kadınların, erkeklerin, dini azınlıkların ve hatta kölelerin payına düşen ve asli hakkı olan şeydi. Mahkemenin tartışmasız misyonu olan sosyal eşitlik, böylece ahlaki terimlerle tanımlandı ve zayıf ve imtiyazlı olmayanların ahlakına, en az zengin ve güçlülere atfedilen kadar önem verilmesini gerektirdi. Zayıf ve imtiyaz sahibi olmayanlar kuşkusuz kendilerini ahlaki topluluğun eşit

[31] Peirce, *Morality Tales*, 387. Ayrıca bkz. Petry, "Conjugal Rights," 227–38.

üyeleri olarak gördükleri (ve görüldükleri) için, mahkeme onlara, daha fazlasını olmasa bile, zengin ve güçlülere gösterdiği muamelenin aynısını göstermek zorundaydı. Özellikle mahkemenin açık ve gayri resmi forumu, bireyin ve davalıların kendi mikro topluluklarındaki davalarını ve özel durumlarını ahlaki bir perspektiften tartışmalarına olanak sağlıyordu. Ancak aynı zamanda evrensel hukuk ve adalet ilkelerine olan bağlılık, herkesin zayıflara karşı yapılan haksızlıkların giderileceğini ve güçlülerin yanlışlarının engelleneceğini beklediği bir hukuk kültürü yaratmıştır. Bu beklenti, köylülerin baskıcı toprak sahiplerine karşı açtıkları davaları neredeyse her zaman kazandıkları ve Yahudiler ile Hıristiyanların mahkemede yalnızca Müslüman iş ortakları ve komşularına karşı değil, aynı zamanda valinin kendisinden daha az güçlü olmayan kişilere karşı da galip geldikleri yüzyıllardır kanıtlanmış bir uygulamaya dayanıyordu.[32]

Böylece Müslüman mahkemesi, savunması için bu alanı kullanmayı seçen herkese bir tür kamusal alan sağlıyordu. Modern mahkemenin (maliyetli ve bırakın davacıların ahlak anlayışını, onların bireysel seslerini bastırma eğiliminde olan) son derece resmileşmiş süreçleri ve hukuki temsil yapısı İslam'a yabancı idi. Zayıf ve yoksulların haklarını aramalarını engelleyen aşırı dava masrafları ve avukatlar da bu sisteme yabancıydı. Müslüman mahkemesi tam da modern mahkemenin başarısız olduğu yerde, yani zayıf ve yoksulların güçlü ve varlıklı olanlara karşı galip gelebilecekleri kutsal bir sığınak olma konusunda başarılı olmuştur. Bu konuda örnek olarak kadınlar gösterilebilir. Son zamanlarda yapılan önemli araştırmalar, bu grubun Müslüman mahkemelerinde sadece adil muamele görmekle kalmayıp, aynı zamanda diğer gruplardan daha fazla korunduğunu[33] ve bu geleneğin bugün bile bazı Müslüman toplumlarda devam ettiğini göstermiştir.[34] Maddi ve diğer işlemlerle ilgili davalarda mahkemeye erişimin büyük ölçüde sınırsız olmasından yararlanan kadınlar, kendilerini önemli oranda hukuki arenada gösterdiler ve bir kez orada bulunduklarında, erkekler kadar, hatta daha fazla, hararetli ve "coşkulu" bir şekilde kendilerini ifade ettiler.[35] Ahlaki bir şeref ve kutsallık duygusuyla korunan kadınlar, haklarını ve ayrıcalıklarını

[32] Marcus, *Middle East*, 112; Gerber, *State, Society*, 56–57. Yahudi ve Hıristiyanların Müslüman mahkemelerini kullanmaları hakkında bkz. al-Qattan, "Dhimmis in the Muslim Court," 429–37.

[33] Jennings, "Women," 61–62, 98, 112; Peirce, *Morality Tales*, 7; Zarinebaf-Shahr, "Women," 84.

[34] Hirsch, "Kadhi's Courts," 218; Mitchell, "Family Law," 201–02.

[35] Peirce, *Morality Tales*, 176; Marcus, *Middle East*, 106.

mahkeme içinde olduğu kadar dışında da savundular. Onurlarının kutsallığı sayesinde güçlenmiş olmaları, erkeklere ve birbirlerine karşı haklarını savunmalarını sağlayan çok önemli bir olguydu. Ve hukuk doktrini onlara karşı kısıtlayıcı olduğunda -zaman zaman olduğu gibi- buna karşılık stratejiler geliştirdiler.[36] Kadın ahlakı ve kutsallığının yanı sıra hukuk doktrininin değişkenliklerine karşı geliştirilen stratejilerin tümü mahkemede anlaşılmış ve benimsenmiştir.[37] Yüzyıllardır süregelen ahlaki ve sosyo-hukuki tatbikat geleneğinin içinden çıkan bu sonuncusu, hiçbir toplumsal düzenin ve onun ön koşulu olan ahlaki "ekolojinin" hakkaniyetli bir adalet olmadan sürdürülemeyeceğini anlamıştı.

Mahkemenin hem toplumla hem de toplumsal ahlakla bütünleştiği, bir yandan mahkemenin sosyal yapısının mahiyeti, diğer yandan da mahkemenin hizmet etmek üzere tasarlandığı toplumun hukuksal zihniyeti tarafından kanıtlanmaktadır. *Kâdı*nın kendisi de tipik olarak ihtilafları karara bağladığı kültürün bir ürünüydü ve bu neredeyse tüm Müslüman dünyaya yayılmış bir uygulamaydı. Bu kuralın kısmi bir istisnası, *kâdı*ları ortalama iki yılda bir değiştiren[38] ve genellikle onları bir vilayetten başka bir vilayete hizmet etmeleri için gönderen Osmanlılar döneminde yaşandı. Bununla birlikte, genel olarak konuşmak gerekirse, Osmanlılar kendi yetki alanlarındaki anlaşmazlıkları kendileri karara bağlamamış, bu görevi çoğunlukla yerel ve yerli temsilcilerine bırakmışlardır. Toplumsal ilişkilerin ahlaki dokusuyla bütünleşmiş olan *kâdı*, bu ilişkileri korumaktan daha iyi bir çıkar gözetemezdi. *Kâdı*, mesleki aidiyetinden önce gelen ve onu tanımlayan yerleşik arabuluculuk ve tahkim usulleri içinde faaliyet göstermiştir. Arabuluculuk ve tahkimin toplumsal eşitliği sağlaması ve bireyin ahlak anlayışını koruması gerekiyorsa, *kâdı* bu gerekliliklerı kendi mahkemesinde özümsemek ve normatif bir yasal çerçeveye oturtmak zorundaydı. Her dava kendi koşulları içinde değerlendirilir ve kendi sosyal bağlamı tarafından tanımlanırdı. Davacılar hukuki sürecin dışlileri olarak değil, her bir davacıyı bilgilendiren ve onlar tarafından bilgilendirilen daha büyük sosyal birimlerin, yapıların ve ilişkilerin ayrılmaz parçaları olarak görülüyordu.

*Kâdı*nın davacıları daha geniş bir sosyal ilişkinin parçası olarak kabul etmesi, ne (yargılama öncesi aşamada geçerli olan) tamamen geleneksel müzakere tarzına ne de (çoğunlukla hakimin davacılardan

[36] Geniş bilgi için aşağıdaki 5. kısma bkz.
[37] Jennings, "Women," 61–62.
[38] Bir yıllık süre için bkz. Rafeq, "Application of Islamic Law," 411.

sosyal olarak uzak olduğu sistemlerde geçerli olan) siyah-beyaz, ya hep ya hiç yaklaşımına dayanıyordu.[39] Aksine *kâdı*, bir yandan ayrılmaz bir parçası olduğu toplumsal ve ahlaki zorunluluklar, diğer yandan yazılı olmayan ahlak kurallarının ve ahlaki olarak temellendirilmiş sosyal ilişkilerin üstünlüğünü kabul eden hukuk doktrininin talepleri arasında bir diyalektiğe aracılık etmiştir. İşte bu diyalektik, Kuzey Afrika ve Doğu Akdeniz'de (en azından Osmanlılar döneminde) Müslüman yargısının en çarpıcı özelliklerinden biriyle, yani yargı kararlarında etkileyici bir tutarlılıkla sonuçlandı.[40]

Fıkhın toplumsal ve ahlaki gereklilikleri kabul etmiş olması, (yine de modern akademisyenlerin gözünden kaçan) şu gerçeği gizlememelidir: fıkıh, kendisini her ne kadar şeklen ilahi olarak ilan etse ve dolayısıyla insan ilişkilerinin görünüşte önemsiz meselelerinin üstünde olduğunu ima etse de, hiçbir şekilde dünyevi işlevini göz ardı etmez. Bu perspektiften bakıldığında, fakihlerin hukuku ikili bir kapasiteyle işliyordu: Birinci kapasite, hukuku İslam'ı kavramsal olarak tanımlayan daha geniş gelenek içinde konumlandıran entelektüel bir üstyapı sağlıyor, böylece bir yandan metafizik ve teoloji diğer yandan sosyal ve fiziksel dünya arasında teorik (ve son derece psikolojik) bir bağ oluşturuyordu. İkinci kapasite, verili bir toplumsal ve ahlaki düzeni hukuk normlarıyla aşılamak gibi ayrı bir hedefi sürdürüyordu; bu aşılamanın gerçekleştirilme yöntemi dayatma değil, arabuluculuktu. Bu düzeyde, fakîhlerin hukuku toplumsal ahlaka rehberlik ediyor ve onu teşvik ediyordu, ancak kendisini ona dayatmıyordu. *Kâdı*, kendi sosyal ve ahlaki evreninin doğrudan bir ürünü olduğu için -vazifesinin doğası gereği- *fıkh*a dayalı hukukun aracılık ettiği ve sosyal düzen ve uyumun gereklerine hizmet etmesini sağlayan yorumlayıcı bir fail olarak tayin edilmişti. Usul açısından da mahkemenin işi, yerel sosyal uygulama alanından doğrudan elde edilen dürüstlük ve ahlaki doğruluğa ilişkin sosyal yapılara hitap ediyordu. Böylece şeref, dürüstlük, hayâ ve dini-sosyal erdem gibi ortak toplumsal değerler, *fıkh*a dayalı hukukun varsayımlarıyla bir diyalektiğin parçası olarak mahkeme alanına girmiştir.

---

[39] Gulliver, "Process," 42: Modern yargı sistemlerinde, "ya hep ya hiç, olağan yargı yönteminin karakteristik bir özelliğidir. *Bir dava kanıtlanır ve sürdürülür ya da kanıtlanmaz ve reddedilir* ... [Mahkemenin] kararı ya/ya da karakterine sahiptir; karar, gerçekte ne olduğuna dair tek ve kesin bir anlayışa ve hukuki normların *tek bir* yorumuna dayanır" (vurgular bana ait).

[40] Bu durum Mısır, Suriye ve Anadolu'da bulunan ve bazıları yayımlanmış ve incelenmiş olan çeşitli Osmanlı mahkeme kayıtlarında açıkça görülmektedir. Örnek olarak bkz. Cohen, *World Within* ile *Vesâikü'l-Mehâkimiş-Şer'iyye'l-Mısriyye*'nin üçüncü cildi. Ayrıca bakınız Marcus, *Middle East*, 111; Hallaq, "Qâdi's Dîwân."

Yine de *kâdı*, sosyal yapı ile bağlantılı mahkemedeki tek görevli değildi. Başta şahitler ve mahkeme *müzekki*leri olmak üzere diğer tüm görevliler aynı sosyal ve ahlaki ortamı paylaşıyordu. Mahkemenin mesaisinin çoğu sadece olayların soruşturulması değil, aynı zamanda ve belki de daha önemlisi, davaya veya olaylara karışan kişilerin dürüstlüğü ve doğruluğunun araştırılmasıyla ilgiliydi. *Kâdı*nın mahkeme için şahit seçerken öncelikli kaygısının şahitlerin ahlaki dürüstlükleri (*adalet*) olması gibi, bu şahitlerin kaygısı da davaya karışan kişilerin, özellikle de davacılar adına ortaya çıkan şahitlerin ahlaki durumlarını değerlendirmekti. Mevcut gelenekler, ahlaki değerler ve sosyal bağlar hakkındaki yerel bilgi olmasaydı şahitlerin görevlerini yerine getirmesi imkansız hale gelirdi. Sadece başkaları hakkındaki bilgileri yetersiz ve eksik olacağı için değil, daha da önemlisi, yargılamanın temelini oluşturan şahitliğin güvenilirliği hem test edilebilir hem de kanıtlanabilir olmaktan çıkacağı için imkansız hale gelirdi. Çünkü şahitliğin temelini oluşturan doğruluk ve güvenilirlik, sosyal bağlara yapılan kişisel bir ahlaki yatırım anlamına geliyordu. Yalan söylemek aslında bu bağları koparmak ve dolayısıyla toplumsal prestiji, şerefi ve hayatın sosyal yükümlülük ağlarında üretken olan her şeyi kaybetmek anlamına geliyordu.

Daha önce de belirttiğimiz gibi, her dava mahkeme tutanaklarına kaydedilir ve tutanağın sonunda sayıları iki ile birkaç arasında değişen şahitler tarafından tasdik edilirdi. Bazıları mahkeme memurları ve davacıların akrabaları iken, diğer bazıları ise başka bir konu nedeniyle olay yerinde bulunan görgü tanıklarından başkası değildi.[41] Her ne kadar mahkeme tarafından tutulan ve ücretleri ödenen şahitler genellikle yüksek sosyal sınıflardan -bazıları önde gelen hukukçular ve eyaletlerin ileri gelenleriydi- gelse de davacılara eşlik eden diğer tanıkların, geniş nüfusun tüm sosyal sınıf yelpazesini, özellikle alt tabakaları temsil ettiği açıktı. Toplu bir eylem olarak, davayı özetleyen her tutanağın sonundaki tasdikleri, yalnızca mahkeme tarafından verilen her bir kararda mahkeme işlemlerinin toplumsal onayı ve kontrolü anlamına gelmiyor,[42] aynı zamanda davanın geçmişine şimdiki ve gelecekteki kamusal erişimi garanti eden bir toplumsal hafıza deposu anlamına da geliyordu. Dolayısıyla bu şahitler birçok yönden mahkemenin işlerini denetleyen toplum müfettişleri olarak görev almış ve tıpkı muadilleri olan hukuk uzmanlarının (*ehl-i*

[41] Peirce, *Morality Tales*, 97; Marcus, *Middle East*, 112.
[42] Marcus, *Middle East*, 112.

ilm) mahkemede fıkhın uygulanmasının geçerliliğini sağlamaları gibi, mahkeme prosedürlerinin ahlaki bütünlüğünü temin etmişlerdi.[43]

*Kâdı*lar ve şahitler gibi, mahkemenin *katibi* de her zaman yerel toplumun bir üyesiydi ve kendisi de bir tür hukukçuydu. *Katib*in toplumla olan bağları, mahkeme ile çevre halk arasında zaten güçlü olan bağları daha da kuvvetlendiriyor ve Osmanlı'nın *kâdı*ları değiştirme politikasının etkilerini dengeleyici bir istikrar sağlıyordu. *Katip*, rolü gereği, mahkeme ile toplum arasındaki sosyal ve epistemik süreklilik ilişkilerinin korunmasında gerçekten de etkili olmuştur (ve çoğu zaman kıdemli *katip*lerin *kâdı* vekili olarak atanması söz konusu olmuştur). Bu durum, Osmanlı yönetimi altında ve muhtemelen öncesinde, genellikle İstanbul'dan atanan *kâdı* görevini yerel bir vekile devrettiğinde ya da bir *kâdının* ayrılışı/ölümü ile yeni atanan *kâdı*nın gelişi arasında bir boşluk olduğunda söz konusu olurdu. İstanbul'dan atanan *kâdı*ların yerel düzeyde adaleti sağlama ve sürekliliği koruma (ve bundan yararlanma) becerileri büyük ölçüde *katip*lerin yerel bağlar ve gelenekler hakkındaki bilgilerine erişimlerine bağlıydı. Bir akademisyenin yerinde tespit ettiği gibi: "[*K*]*âdı*lar ve *katip*ler, özellikle de alt rütbeli *kâdı*lar *katip*lerle benzer bir sosyal geçmişe sahip oldukları için, işbirliklerini sürdüren karşılıklı bir bağımlılık geliştirmiş gibi görünüyorlar."[44]

Dahası, hukukun ve mahkeme hizmetlerinin müşterileri, ahlaki evrenin kendi mahalliydi. Mahkemede dava açanların toplumsal olarak ezilenler olduğu artık tartışma götürmez. Onlar erkeklere karşı kadınlar, Müslümanlara karşı gayrimüslimler, ekonomik ve siyasi elitlere karşı halktan insanlardı. Davaların büyük çoğunluğunu kazandıkları ve mahkemede haklarının savunucusunu buldukları da aynı şekilde kanıtlardan anlaşılmaktadır.[45] *Kâdı* huzuruna merasimsiz çıkmışlar ve davalarını profesyonel arabuluculuğa ihtiyaç duymadan sunmuşlardır. Modern mahkeme disiplinine benzeyen herhangi bir şey tarafından engellenmeden, informel bir şekilde konuşmuşlardır. Bireysel kapasitelerine göre her birinin kullanabileceği söylemsel ve retorik teknikleri kullandılar. Bunu yapabilmeleri, Müslüman adaletinin dikkate değer bir özelliğine tanıklık ediyordu; yani hukuki bir kurum olarak mahkeme ile ekonomik olarak yoksul ya da eğitim açısından dezavantajlı olsalar da hukukun tüketicileri arasında hiçbir uçurum yoktu. Ancak

[43] Hattâb, *Mevâhib*, VI, 117; Mâverdî, *Hâvî*, XVI, 47-50; Nevevî, *Ravda*, VIII, 125-26; el-Hüsâmü'ş-Şehîd, *Şerh*, 59; Serrano, "Twelve Court Cases," 477-78. Bu uygulama Müslüman dünyanın pek çok yerinde, hatta önemli ölçüde modernleşme sürecinden geçmiş ülkelerde bile günümüze kadar devam etmiştir. Ürdün örneği için bkz. Antoun, "Fundamentalism," 373.

[44] Agmon, "Social Biography," 106.

[45] Gerber, *State, Society*, 56–57, 139.

bu uçurumu ortadan kaldıran yalnızca mahkeme ve *kâdı*ların erdemi değildi, zira bu tüketicilere de aynı ölçüde itibar etmek gerekiyordu. Hukuk mesleğine çeşitli şekillerde yabancılaşmış olan modern toplumun aksine, geleneksel Müslüman toplum, mahkemenin toplumun ahlaki evrenine yerleşik olduğu kadar *şer'i* hukukun değerler sistemine de bağlıydı. Hukuk etiğini ve hukuk ahlakını *yaşamış* olması bu toplumun belirgin bir özelliğidir, çünkü bunlar toplumsal alışkanlığın dini temellerini ve kodlarını oluşturmaktaydı. Modern öncesi Müslüman toplumlarda hukukun yaşayan ve yaşatılan bir gelenek olduğunu söylemek, apaçık olanı ifade etmekten başka bir şey değildir.[46]

Hukuk mahkemesi kültürü, kendi başına, hukuk normlarını toplumsal düzen ve zümreler arasında yayacak kadar ne otoriter ne de etkiliydi. Bunun yerine, bu yayılmayı sağlayan kurumlar mahkemenin dışında yer almaktaydı. İlk olarak, 3. bölümde gördüğümüz gibi, hukuk eğitimi gayri resmi ve ilgili tüm bireyler için erişilebilirdi. Hukuk eğitiminin verildiği *halaka*ya kabul için resmi bir başvuru ya da herhangi bir kurumsal onay gerekmiyordu. Bu durum meraklı ve ilgili herkesin "katılmasına" izin veriyor, böylece hukuk bilgisinin profesyonel olmayanlar arasında da bir dereceye kadar yayılmasına katkıda bulunuyordu. Dini konularda konuşan ve Cuma hutbelerini veren mahalle imamları hukukun yaygınlaşmasına aracı olurken, hukuk alanında uzman olarak ilerlemek isteyen çok sayıda öğrenci de benzer bir rol oynuyordu. Benzer şekilde, hukuki belgeleri ücret karşılığında hazırlayan özel bir uzman olan noter (*shurûtî*) de genellikle ücret almadan tavsiyede bulunuyor ve bilirkişilik sağlıyordu.[47] Ancak hukuk bilgisinin kitleler arasında yayılmasına belki de herkesten daha fazla katkıda bulunan kişi *müftî*ydi. Küçük uzmanlardan büyük hukuk bilginlerine kadar, *müftî*ler kitleler tarafından her zaman ücretsiz ya da neredeyse hiçbir şey ödemeden erişilebilirdi.[48]

---

[46] Bu bağlamda Schachtçı doktrinde önemli bir revizyon yapılabilir. Schacht ve takipçileri, ikinci/sekizinci yüzyılda "yaşayan gelenek"in tarihselliğini kabul etmektedir; bu geleneğin, bir yanda hukuk, diğer yanda toplum ve siyaset arasında meydana gelen kopuşla birlikte ivme kaybettiği ve ortadan kalktığı iddia edilmektedir. Hukukun yaşayan ve yaşatılan bir gelenek olmaya devam ettiği ve toplumun bu geleneğin taşıyıcısı olduğu, Schacht ve benzerleri tarafından ellerinin tersiyle itilen önermelerdir. İslam'ın oluşum döneminin sona ermesinden yüzyıllar sonra, yaşayan ve yaşatılan geleneğin giderek artan bir güçle gelişmeye devam ettiği artık şüphe götürmez bir gerçektir. Schacht için bkz. *Origins*, 58 vd.

[47] Hallaq, "Model Shurût Works," 109–34.

[48] Serrano, "Twelve Court Cases," 478. Bu "ücretsiz hukuki danışmanlık", İslami adalet hakkındaki yorumları diğer açılardan olumsuz olan Hindistan'daki ilk sömürgeci subaylar tarafından bile fark edilmiştir. Bkz: Strawson, "Islamic Law and English Texts," 34. Bununla birlikte, *müftî*lerin Malaya'nın bazı bölgelerine (örneğin Naning ve Rembau) getirilmesinin nispeten geç bir uygulama olduğu ve ironik bir şekilde İngiliz sömürgeciliğinin hemen ardından geldiği belirtilmelidir. Bkz: Peletz, *Islamic Modern*, 30-31.

Böylece sosyal olarak mazlum konumunda olanlar mahkemeye gelmeden önce haklarını biliyorlardı ki bu da davacı olduklarında davaların büyük çoğunluğunu neden kazandıklarını kısmen açıklamaktadır.[49] Danışmanları ne farklı, anlaşılmaz bir dil konuşan avukatlar ne de dava açmayı ve hakların geri alınmasını genellikle dava edilen mesele kadar pahalı hale getiren fahiş ücretler talep eden üst sınıf profesyonellerdi. Bunun yerine, hukukun teknik ve daha zor noktalarındaki danışmanları, birazdan göreceğimiz gibi, mahkemenin görüşlerine büyük önem atfettiği ve çoğunlukla ücretsiz hizmet veren *müftî*lerdi.

Ancak hukuk etiğinin ve hukuk bilgisinin toplumsal düzende yayılması, aynı zamanda bir nesilden diğerine aktarılan ve her fırsatta hukuk öğrencilerinin, büyük ve küçük *müftî*lerin, imamların ve *kâdı* ile diğer bilginlerin tanıdıklarını ziyaret ederken, sokakta yürürken veya çarşıda alışveriş yaparken ara sıra verdikleri tavsiyelerin canlı katılımıyla güçlenen kümülatif bir geleneğin işleviydi. Böylece sıradan halk mahkeme huzuruna çıktığında, hakimin yerel "ahlaki" dili onlar için ne kadar anlaşılırsa, onlar da hakim için o kadar anlaşılır bir "hukuki" dille konuşurlardı.[50] Hukuk normları ve toplumsal ahlak, eğer birbirlerinden ayrılabilirlerse, biri diğerinden beslenen ve aynı zamanda onu destekleyen simbiyotik yapılardı. Hukuki olduğu kadar sosyal bir kurum olan Müslüman mahkemesi, büyük ölçüde hizmet ettiği ve içinde faaliyet gösterdiği toplumun bir ürünüydü.

Davalar genellikle bir tüccar ya da devlet memurundan ziyade okuma yazma bilmeyen bir köylü veya küçük bir dükkan sahibi olan bir *müddei*, davacı ya da müşteki tarafından açılırdı. İddianın (*dava*) doğrulanması için, ileri sürülen iddiaları destekleyecek kanıtlar gerekirdi.[51] Dolayısıyla, ispat yükümlülüğü davacıya aitti. Ancak davacının davalı aleyhine delil sunamaması halinde, davalının suçlamalardan masum olduğuna dair yemin etmesi gerekirdi. Her ne kadar *kâdı* davacıdan da böyle bir yemin talep edebilse de, çoğu durumda davalının böyle bir yemini edip etmeyeceğini belirleyenin davacı olduğu görülmektedir.[52] Böyle bir durumda, yeminin kabulü ya

[49] Marcus, *Middle East*, 111–13.

[50] Örnek olarak *Tahâvî*'nin hukuki belgelerin (*şurût*) ortalama bir insan için erişilebilirliği hakkındaki yorumlarına bkz., Wakin, *Function* içinde 10-29.

[51] Bkz. 12. Bölüm.

[52] Peirce (*Morality Tales*, 186, 427, n. 34), Antep'teki bir yıllık davaları incelediği çalışmasında, yirmi beşi davacı tarafından davalıya karşı talep edilen ve beşi davalı tarafından davacıya karşı talep edilen yeminleri içeren otuz dava olduğunu tespit etmiştir. Davalı tarafından davacıya karşı talep edilen yemin örneği için bkz. *Vesâikü'l-mehâkimi'ş-şer'iyye el-Mısriyye*, I, 16-17 (1). Ayrıca bkz. 12. bölüm.

da reddi üzerine dava sonuçlandırılır ve bir karar verilirdi. Yeminin kabul edilmesi halinde dava davalı lehine, reddedilmesi halinde ise davacı lehine karara bağlanırdı.[53]

Sanığın yemin etmesi zorunluluğu sadece hukuki bir formalite değil, aynı zamanda büyük bir aşkın sorumluluk taşıyan dini bir eylemdi. Dini açıdan yükümlülük taşıyan bir toplumda, masumiyet yemini etmek (örneğin, bir nesneyi çalma suçlamasına karşı), suçlunun daha önemli ve aslında sonsuz bir cezayı, yani Cehennemin kavurucu ateşini seçme kararı anlamına geliyordu.[54] Modern devletin dünyevi zorlamalarından çok daha etkili ve yaygın olan bu tehdit, *kâdı* ya da davacının yemini tayin etme ya da talep etme konusundaki pozisyonunu ayakta tutuyordu. Bir davacıdan talep edildiğinde, yemin, söz konusu dava hakkında daha fazla şey bilme olasılığını yansıtıyordu[55] ve sadece *resmi olarak* "davalı" kategorisine girdiği için kendisinden talep edilmiyordu. Bazı mikro-tarihçiler, hukuki işlemlerde karar verici yeminlerin nadirliğine dikkat çekmiş, ancak buna karşılık itiraf, mazeret sunma veya hafifletici sebepler için savunmaların sıklığının yüksek olduğunu gözlemlemişlerdir.[56] Bu kanıtlardan, yeminin sorumluluktan kurtulmak için uygun bir yol

[53] Bkz. 12. Bölüm 3. Kısım; El-Nahal, *Judicial Administration*, 28; Peirce, *Morality Tales*, 102–03.

[54] Burada, zorlayıcı ilahi gücün diğer ilahi sıfatlardan ayrı bir kategori olmadığını belirtmek son derece önemlidir. Müminlere göre, Allah sonsuz kudret ve ilim sahibidir; sonsuza kadar varlığını sürdüren, uyumayan, dünyevi olayların en ince ayrıntılarını bilen, hesap tutan ve aynı zamanda çok merhametli, şefkatli, sevgi dolu ve bağışlayıcı olandır. O, zıtlıklar içinde her şeydir. Ona yakınlaşmak isteyen kişi, arzu edilen sıfatlara rağbet eder, olmayanlardan ise kaçınır. Mümin kişiyi doğru olanı yapmaya zorlayan yalnızca ceza korkusu değil, aynı zamanda Onun sevgisine, merhametine, cömertliğine ve ebedi huzuruna duyulan arzu ve bunun cazibesidir. O, cezalandırma fırsatını yakalamak için en ufak bir hata ya da kabahati bekleyen tek boyutlu bir dehşet ve korku varlığı, Engizisyoncu, Kötü İşler Müfettişi değildir. O, her şeyden önce, meşhur ve evrensel olarak bilindiği iki isim olan ve Onu tüm insan konuşmalarında ve dünyevi eylemlerde duyuran iki sıfatın sahibi Rahman ve Rahimdir (*"er-Rahman er-Rahim"*). İlahi ceza, benzetme yoluyla, kolaylıkla modern devletin zorlaması kapsamına alınabilir. Ancak Allah bu benzetmeye tabi tutulamaz. Hak edenler için Onun cezası gerçekten de insan aklının hayal bile edemeyeceği derecede ve nitelikte korkunç ve ebediyen acı vericidir. Küçük ve önemsiz şeyler yapan günahkarlar için ise O bağışlayıcı ve merhametlidir. Tövbeleri kabul eder. Kötü işlerin sadece bazıları değil, hatta çoğu affedilebilir; aynı zamanda iyi işler de ödüllendirilir. Böylece mükafat katlanarak artar. İyilik yapmak ve iyi işler gerçekleştirmek kişinin kredisini artırır ve amel defterine titizlikle kaydedilir. Ve herkesin bir defteri vardır. Buna karşılık, ne kadar iyi olursa olsun, devletin vatandaşına böyle bir kredi verilmez (tabi bilimsel, edebi ve askeri başarılara verilenler gibi nispeten nadir olan seçici onurlar hariç), hatta bir teşekkür bile edilmez. Dolayısıyla iyilik yapmak, tanımı gereği bu dünyada ve ahirette "Allah'a yakın olmak" (*kurbet*), sevilmek ve Onun lütuf ve ihsanına mazhar olmak demektir. "Allah'tan başka ilah yoktur" nihayetinde Yaratıcı ile olan bu ilişkilerin bütününü tehdit ve vaatleriyle özetler, ancak maskelemez. Hukukun işleyişinde dini ahlakın rolü hakkında daha fazla bilgi için bkz. Hallaq, "Fashioning the Moral Subject."

[55] Rosen, "Justice," 39.

[56] Peirce, *Morality Tales*, 103.

olmadığı ve kural olarak masumiyetin gerçek bir kanıtı olarak kabul edildiği sonucuna varmak belki de daha güvenlidir.

İddia ve bunu müteakip savunma genellikle yerel dilde yapılır ve mahkeme siciline kaydedilirdi, bazen de yerel dilde, ancak genellikle kâtip tarafından belirlenen ve belki de onun eğitim seviyesini yansıtan değiştirilmiş bir biçimde kayda geçirilirdi.[57] Bazı davalar, daha önce de belirttiğimiz gibi, konuyu araştırmak üzere *kâdı* tarafından gönderilebilen mahkeme bilirkişilerinin yardımını gerektiriyordu. Bunlar genellikle, örneğin bir kişinin penceresinin komşusunun mahremiyet hakkını ihlal edip etmediğine ya da kamuya açık bir sokakta ölü bulunan bir adamın öldürülüp öldürülmediğine karar veren uzmanlar ya da lonca başlarıydı. Bu iki davada sırasıyla inşaat şefi ve baş cerrahın yer alması gibi, diğer birçok profesyonel de içinde yaşadıkları ve uzmanlıkları itibariyle anladıkları toplum hayatının farklı yönleri hakkında tanıklık etmeye çağrılırdı. Bilirkişiler incelemelerini tamamladıktan sonra nihai kararı verecek olan *kâdı*ya rapor verirlerdi. İddia, savunma, bilirkişinin bulguları ve *kâdı*nın kararı mahkeme tarafından kısa ve öz bir şekilde kaydedilir, iki veya daha fazla şahit tarafından tasdik edilir ve bu kaydın kopyaları genellikle dava açan taraflara verilirdi.[58]

Mahkeme hiçbir şekilde uyuşmazlıkların çözüm yeri olarak faaliyet göstermekle sınırlı değildi ve belgelerin tescili ve düzenlenmesi yoluyla hakların ve mülkiyetin onaylanması gibi çok önemli bir işlevi sıklıkla yerine getiriyordu. Taşınır ve taşınmaz malların devri, borçlanmalar, ikrarlar, kefalet senetleri, akreditifler ve iş ortaklıklarının tümü mahkemede kayıt altına alınır ve sicil suretleri ilgililere verilirdi.[59] Evlilikler, boşanmalar, ölen kişilerin malları, miras paylaşımları, din değiştirmeler ve diğer birçok işlem ve olay da genellikle mahkemede kayıt altına alınırdı. Aynı şekilde, sözlü ya da fiziksel bir saldırı da zaman zaman mahkeme kayıtlarına geçer, ancak bu olay herhangi bir hak talebine, davaya ya da hakim tarafından öngörülen tazminata yol açmazdı. Haksızlığa uğrayan kişi sadece saldırının mahkeme tarafından kaydedilmesini ve tanınmasını ve ileride kullanmak üzere kaydın tasdikli bir kopyasının kendisine verilmesini talep ederdi. Ayrıca, kölelerin efendilerinin evlerinden kaçmaları yaygın olduğundan, yasal olarak azat edilmiş hiçbir köle, elinde azat "defteri" ya da özgürlüğünü tasdik eden mahkemeden alınmış bir

[57] Kâtip ile ilgili olarak 1. Bölüm 6. Kısma bkz.; Hallaq, "*Qâdî*'s *Dîwân*," 422–23.

[58] Hanna, "Administration of Courts," 53; Hallaq, "*Qâdî*'s *Dîwân*," 420.

[59] Lutfi, "Study of Six Fourteenth Century Iqrârs"; *Vesâ'ikü'l-Mehâkimi'ş-Şer'iyye el-Mısriyye*, I, 35 (23), 44–46 (4–5), 65 (19), ve birçok yerde.

onay/sertifika olmadan yakalanmak istemezdi.[60] Sonuç olarak, mahkemenin adli sicil dairesi olarak rolünün çatışma yöneticisi rolü kadar, hatta ondan daha önemli olduğu kesindir. 18. yüzyılın ortalarında Halep'teki mahkeme kayıtlarına dair bir araştırma, tüm faaliyetlerin en fazla yüzde 14'ünün dava olduğunu, geri kalanının ise çoğunlukla noter tasdiki içerdiğini ortaya koymaktadır.[61] Diğer yer ve bölgelerdeki mahkemelerin uygulamaları bu orandan çok fazla sapmamış, hatta tersine dönmüş olabilir.

Bununla birlikte, tüm işlemlerin veya olayların mahkemede kaydedilmediği açıktır, çünkü mahkemenin tasdikine duyulan ihtiyacın ortak bir özelliği, bir iddianın veya olayın gelecekte tekrar ortaya çıkabileceği hissi olduğu görülmektedir. Kayda geçmiş sözlü bir suç, gelecekte saldırganlığın artması durumunda haksızlığa uğrayan tarafın iddiasını kanıtlaması için çok önemli olabilecek bir "vaka geçmişi" oluşturuyordu. Kayıt altına alınan bir boşanma, kadın için nafaka, ertelenmiş mehir ya da evlilik öncesinde veya sırasında kazanmış olabileceği herhangi bir mülkün kendi payına düşen kısmına hak kazanma gibi gelecekteki faydaları garanti altına alıyordu. Benzer şekilde, ortak mülkiyete ilişkin miras şartlarının ve paylarının kaydedilmesi, söz konusu mülk üzerinde kalıcı fiziksel varlığını kanıtlayamayan bir erkek ya da kız kardeşin haklarını garanti altına alıyordu. Zira bir kardeşin mahkeme önünde, söz konusu mülkte uzun bir süre boyunca bizzat ikamet etmesi nedeniyle bir mülkün tam mülkiyetine sahip olduğunu iddia etmesi sık rastlanan bir durumdu. Mahkemedeki kayıtların sıklığı, toplumun her kesiminden Müslümanların sadece haklarını değil, aynı zamanda günlük yaşamlarında yaptıkları işlemlerin ve olayların geniş kapsamlı sonuçlarını da anladıkları gerçeğini doğrulamaktadır.[62]

---

[60] Peirce, Morality Tales, 194, 283; *Vesâ'iku'l-Mehâkimi'ş-Şer'iyye el-Mısriyye*, I, 34–35 (22-23).

[61] Marcus, *Middle East*, 107. Dava içermeyen mahkeme kayıtlarının neredeyse yarısı evlerin veya satılan diğer gayrimenkullerin tesciliyle ilgiliyken, yaklaşık dörtte biri boşanmalar, nafaka, mülkler, borçlar ve ikrarlarla ilgiliydi.

[62] Osmanlı Kahire mahkemelerini inceleyen Nelly Hanna şu gözlemde bulunuyor: "Kahire mahkemelerinin prosedürleri basit ve anlaşılması kolaydı; bugün neredeyse hayal bile edilemeyecek bir şekilde, genellikle davanın veya belgenin önlerine getirildiği gün karar verirler veya belgeleri onaylarlardı. Dört hukuk okulunun yerel doktrinleri bile halk tarafından anlaşılmış gibi görünüyor. Bugün çok zor ve uzmanlık gerektiren bir bilgi alanı olarak gördüğümüz Hanefi, Şâfiî, Mâlikî ve Hanbelî hukuk ekolleri arasındaki çeşitli ayrımlar, örneğin kişisel statü veya muamelelerle ilgili konular, o dönemde yaygın bir bilgi gibi görünmektedir. Bir kişinin bir gün Hanbelî hukukuna göre ev satın alması ve ertesi gün Mâlikî veya Şâfiî hukukuna göre evlenmesi alışılmadık bir durum değildi. Hukuk ekolleri arasındaki belirli farklılıkları değerlendirerek ... insanlar bilinçli olarak herhangi bir davada veya işlemde kendi çıkarlarını en iyi savunan mezhebi seçtiler." Hanna, "Administration of Courts," 53.

4. Hukukçu (Müftî) ve Müellif-Hukukçu (Musannif): Toplum ve Hukuki Değişim

*Müftî*nin pedagojik ve hukuki açıdan, tabanda hukuk normlarının ve hukuki bilginin yayılmasında etkili olduğunu daha önce belirtmiştik. Faaliyetlerinin ayrılmaz bir parçası da, uyuşmazlık çözümünün yargılama öncesi aşamalarında yer alan arabuluculara benzer, ancak onlardan farklı bir şekilde arabuluculukla ilgiliydi. Müzakereci rolü biraz kazan-biraz kaybet çözüm tarzına bağlı olan bu arabulucuların aksine *müftî*, belirli bir fiili durumda hukukun ne olduğunu açıklardı. *Müftî*, erişilebilir bir hukuki ve ahlaki otorite odağı oluşturduğundan, görüşleri bağlayıcı olmasa da birçok anlaşmazlığı "yerinde" çözerdi.[63] İleride göreceğimiz üzere *fetvâ*, mahkemelerin rutin olarak onayladığı ve uyguladığı güvenilir bir hukuk beyanını temsil ediyordu. İhtilaf eden taraflardan kendi lehine *fetvâ* alamayan birinin mahkemeye gitmesi pek olası değildi; bunun yerine ya iddiasından tamamen vazgeçer veya gayrı resmi arabuluculuğu tercih ederdi.

*Müftî*nin kitlelere gayri resmi erişimi, onun çatışma çözümüne katılımının sadece bir yönünü temsil ediyordu. Diğer tarafı ise mahkemelerde oynadığı resmi roldü. İslam hukuk geleneği, ilk dönemlerinden itibaren, hem *kâdı*ya hukukun zor noktalarında danışmanlık yapan hem de mahkeme süreçlerinin gözetmenliğini-şahitliğini yapan, zaman zaman "ilim ehli" (*ehlü'l-ilm*) olarak tanımlanan *müftî*lerin mahkemelerdeki varlığı konusunda ısrarcı olmuştur.[64] Müslüman İspanya'nın Mâlikî mahkemelerinde bu uzmanların (*müşâvirûn* olarak bilinir) bulunması bir gereklilikti.[65] Bir nevi Osmanlı Şeyhülislâmı gibi, ancak siyasi olarak daha az güçlü olan bu kişiler, genellikle hükümdarın politikaları ve davranışları ile ilgili *fetvâ*lar yayınlar, hükümdar da *kâdı*lara danıştıktan sonra onları çeşitli yargı görevlerine atardı.[66] İslam'ın doğu topraklarında, her mahkemede "oturan" bir *müftî* bulunmuyordu; bu durum içerikten çok biçimle ilgiliydi.[67] *Müftî*lerin mahkemelerde fiziksel olarak bulunmamasının, mahkemelerin *müftî*lere

[63] *Fetvâ*nın hukuki gücüne dair çarpıcı bir örnek, dokuzuncu/on beşinci yüzyılın sonlarına doğru Şamlı bir şahsın Kahire'ye giderek bir Şeriat mahkemesinin kararına itiraz etmesi ve kararın hatalı olduğunu gösteren bir *fetvâ* almasıdır. Bu *fetvâ*ya dayanarak, muhtemelen Dârul-Adl'deki bir *mezâlim* mahkemesine başkanlık eden Memlük Sultanı (bkz. 5. Bölüm 5, 2. Kısım), Şam mahkemesinin kararını reddeden bir ferman (*mersûm*) yayımladı. Bkz: Mandaville, "Muslim Judiciary," 71. Temyiz ve bu konudaki çalışmaların durumu hakkında Gradeva, "On Judicial Hierarchy" başlıklı faydalı makaleye bkz.

[64] Mâverdî, *Hâvî*, XVI, 47–52; Kalkaşendî, *Subh*, X, 267, 284, 288.

[65] Masud, *Islamic Legal Interpretation*, 10–11.

[66] *A.g.e.*, 11.

[67] Mandaville, "Muslim Judiciary," 11.

olan bağımlılığını hiçbir şekilde değiştirmediğini, zira zor davaların rutin olarak yerel ya da uzak *müftî*lere havale edildiğini gösteren çok sayıda kanıt vardır.[68] Elimizdeki *fetvâ* literatürünün büyük kısmı, *kâdı*lar tarafından bazen yüzlerce mil uzakta yaşayan *müftî*lerden *fetvâ* talep edildiği gerçeğini kanıtlamaktadır.[69] Dolayısıyla *fetvâ*ların büyük çoğunluğu, mahkeme tarafından talep edilmemiş olsalar bile, sosyal ve ekonomik uygulamaların gerçeklerine dayanmaktaydı.[70]

Mahkemenin *müftî*ye ve onun makbul görüşlerine olan hukuki bağımlılığı, *fetvâ*nın bağlayıcı olmayan bir görüş olduğu yönündeki söylemi önemli oranda yalanlamaktadır. *Fetvâ*nın bir *kâdı* kararı (*hüküm*) olarak nitelendirilmemesi sebebiyle resmi olarak bağlayıcı olmadığı doğru olsa da, yine de *fetvâ* mahkeme kararlarının temeli olarak yaygın bir şekilde kabul edilmiş ve nadiren göz ardı edilmiştir. Bazen bir *fetvâ* göz ardı edildiğinde, bunun nedeni genellikle başka bir *fetvâ*nın daha ikna edici ve otoriter bir görüş oluşturmasıydı, bu da kabul edilen *fetvâ*nın mezhebin önde gelen otoritelerinin doktrinsel desteğini aldığı anlamına geliyordu. Başka bir deyişle, tersinden söylemek gerekirse, *fetvâ*nın kendisinden talep edildiği *müftî*nin sahip olduğundan daha yüksek bir hukuki kalibreye sahip olmadığı sürece, bir *kâdı*nın kendi görüşü lehine bir *fetvâ*yı reddetmesi nadir görülen bir durumdu.

Mezhebin makbul doktrinini yansıtan *fetvâ*nın normatif olarak *kâdı* kararının temelini oluşturması, mahkeme kararlarının neden common law hukuk sistemlerinde olduğu gibi otoriter veya bağlayıcı emsal karar olarak kabul edilmediğini de açıklamaktadır. Bu olgu aynı zamanda Müslüman mahkeme kararlarının neden common law mahkemelerinin uyguladığı şekilde saklanmadığını ya da yayınlanmadığını da izah etmektedir. Başka bir deyişle hukuk, emsal kararlarda ya da Stare Decisis[71] doktrininde değil, daha ziyade

[68] İbn 'Âbidîn, *'Ukûd*, I, 3; İbn 'Âbidîn, *Hâşiye*, V, 359, 360, 365, 370; İbn Ebî'd-Demm, *Edeb*, 71, 75–76; İbnü'l-Munâsif, *Tenbîh*, 67, 68; Heyd, "Ottoman Fetva," 51–52; Jennings, "Kadi, Court," 134; *el-Fetâvâ el-Hindiyye*, III, 312, 313. Gerber, *State, Society*, 81-82, Bursa mahkemesi üzerine yaptığı çalışmada, *fetvâ*yı arkasına alan tarafın her zaman davayı kazandığını gözlemler. Hafsi dönemi Kuzey Afrikası için bkz. Powers, "Legal Consultation," 93, 94, 96. Powers, genellikle ihtilaf ne kadar ciddiyse, danışılan *müfti* sayısının da o kadar fazla olduğunu belirtmektedir. Memlükler için bakınız Mandaville, "Muslim Judiciary," 11.

[69] İbn Rüşd (*Fetvâ*) ve Venşerîsî'nin (*Mi'yâr*) *fetvâ* koleksiyonları, birçok örnek arasında sadece iki tanedir. Venşerîsî'nin *Mi'yâr*'ı, çok sayıda büyük ve daha az tanınmış *müftî*ye ait birçok *fetvâ*dan oluşur.

[70] Konuyla ilgili geniş bilgi için bkz. Hallaq, *Authority*, 174–80.

[71] Esasen "mahkemelerin emsal kararlara bağlı kalma ve yerleşik durumu bozmama politikası" olarak tanımlanmaktadır. Bu, "mahkemenin bir kez belirli bir olguya uygulanabilir bir hukuk ilkesi ortaya koyduğunda, bu ilkeye bağlı kalacağı ve bunu olguların büyük ölçüde

müellif-hukukçu (*musannif*) tarafından ayrıntılı bir şekilde hazırlanmış ve *müftî* tarafından zor ve karmaşık davalar için iktibas edilen kaynaklar olan mezhebin hukuk külliyatında bulunmaktaydı. *Müftî*nin uzmanlığını gerektirmeyen standart davaların hukuku, *kâdı* tarafından ya müellif-hukukçunun eserlerinde ya da *fetvâ* derlemelerinde veya her ikisinde birden bulunurdu.[72]

Böylece mahkeme kararlarından ziyade hukuk pratiği dünyasından neşet eden *fetvâ*lar, özellikle de aralarında yeni hükümler içeren ya da eski sorunlara ilişkin yeni hukuki açıklamaları temsil eden *fetvâ*lar toplanmış ve yayınlanmıştır.[73] Toplanan *fetvâ*lar genellikle hukuken ilgisiz olguların ve kişisel ayrıntıların (örneğin özel isimler, yer isimleri, tarihler, vb.) çıkarıldığı önemli bir editoryal süreçten geçmiştir.[74] Dahası, içerikleri genellikle farazi türden, katı hukuki formüllere dönüştürülmek amacıyla kısaltılmıştır: "Eğer X bazı şartlar altında Y yaparsa, o zaman L (hukuki norm) ile sonuçlanır." Özetlenmiş ve düzenlenmiş olsun ya da olmasın, bu *fetvâ* koleksiyonları mutemet hukuk literatürünün bir parçası haline gelmiştir. Örneğin Hanefî hukukunda, birinci ve ikinci tabakalarda katkıda bulunan mezhebin ilk üstatları Ebû Hanîfe, Ebû Yusuf, Şeybânî ve Hasan b. Ziyâd'dan sonra gelen hukukçuların katkılarını yansıtarak, güvenilir hukuk doktrininin üçüncü tabakasını oluşturdular.[75] Bununla birlikte, büyüklük ve hukuk pratiğinin günlük gerçekliği açısından üçüncü katman, ilk üstatların "temel hukuk külliyatına" yapılan çok sayıda eklemeyi ve birbirini izleyen değişiklikleri yansıttığı için en baskın olanıydı. Mâlikî mezhebinde füru fıkha ilişkin resmi bir hiyerarşi ortaya konmamıştır, ancak *fetvâ*ların müellif hukukçuların eserlerine dahil edilmesi Hanefî mezhebinde olduğu kadar belirgin ve sistematiktir.[76]

*Fetvâ*ların denkleme bu şekilde entegre edilmesi, şer'î dünyaya tüm fıkhi görüş ayrılıkları (*ihtilâf*), diyalektik konuları ve muteber

---

aynı olduğu gelecekteki tüm davalara uygulayacağı bir doktrindir." *Black's Law Dictionary*, 1261; Hardisty, "Reflections on Stare Decisis," 41 vd., 64-69. İngiliz Hindistan'ında Stare Decisis hakkında daha fazla bilgi için bkz. 14. Bölüm, 1. Kısım.

[72] Özellikle altıncı/on ikinci yüzyıldan sonra, *kâdı*ların kullanımına yönelik, normalde bir ya da iki ciltten oluşan kısa el kitapları türü ortaya çıkmıştır. Mergînânî'nin *Hidâye*'si ve Halebî'nin *Mülteka*'sı bunun iki örneğidir. Ancak *kâdı*lar, özellikle de ileri düzey fıkıh eğitimi almış olanlar, "Mezhebin Derlemeleri" (*kütübü'l-mezheb*) olarak bilinen genişletilmiş eserlere başvurmuşlardır; Nevevî'nin *Ravdatü't-Tâlibîn*'i ya da *el-Mecmû*'u gibi. Yine de, *kâdı*ların Şeyh Nizâm ve diğerlerinin *el-Fetâvâ el-Hindiyye*'si ve Hattâb'ın *Mevâhib*'i gibi *fetvâ-fıkıh* koleksiyonlarını kullanması hiç de nadir değildi.

[73] Önemli fetvâ eserlerinin bir listesi için bkz. Hallaq "From *Fatwâs* to *Furû'*," 31 vd.

[74] Bu editoryal sürecin geniş bir açıklaması için bkz. Hallaq, *Authority*, 183–88.

[75] Semerkandî, *Fetâvâ*, 1; İbn 'Âbidîn, *Hâşiye*, I, 69.

[76] Örnek olarak Hattâb, *Mevâhib*; ve Huraşî, *Hâşiye*.

görüşlerin yer aldığı hukukun tam gelişmiş ve kapsamlı bir açıklamasını sunmuştur. Müellif-hukukçunun faaliyeti kısa ama uzmanlaşmış *risâle*ler yazmaktan, *mebsût* (genişletilmiş) veya *şerh* (yorum) gibi daha uzun eserler derlemeye kadar uzanıyordu. Müellif-hukukçuya, hem değişen toplumsal koşulları hem de teknik bir disiplin olarak hukukun geldiği noktayı yansıtan modifiye edilmiş bir hukuk bütününü ifade etmek için çerçeve (ve tam bir fırsat) sağlayan, esasen bu iki söylem türüydü. Müellif-hukukçuların en önemli kaygısı, yazdıkları çağla ilgili ve gerekli görülen hukuki hususların veya "vakaların"[77] çalışmalarına dahil edilmesiydi. Bu durum yalnızca derleme çalışmalarında değil, aynı zamanda eserlerinde çağdaş zorunluluklarla ilgili olduğu düşünülen "çok ihtiyaç duyulan konulara"[78] ve "yaygın olarak görülen" (*mâ teʿummu bihi el-belvâ*) vakalara yer vermenin gerekliliği konusundaki yorulmak bilmez ısrarlarında da görülmektedir; buna karşılık eserlerinde toplum ve ihtiyaçları ile ilgisi kalmayan meseleler dışarıda tutulmuştur.[79] Dahil edilen davaların çoğunluğu olmasa da birçoğunun, toplumda ortaya çıkan yeni sorunlara yanıt olarak bunları detaylandıran "sonraki hukukçulara" ait olduğu kabul edilmiştir.[80] "İnsanların ve çağın değişen koşullarını" (*li ihtilâfi'l-ʿasr ve-tagayyuri'l-ahvâli'n-nâs*) yansıtan müellif-hukukçular, ilk üstatların öğretilerinden farklı olan daha sonraki görüşleri tercih etmişlerdir.[81] Daha sonraki doktrinin özünü oluşturan *fetvâ*ların çağdaş ihtiyaçlara cevap veren ve pratikte hemen geçerlilik kazanan *fetvâ*lar olması da yol göstericidir.[82] Öte yandan, davalarda kullanılamayacak hale gelen görüşler zayıf ve hatta düzensiz oldukları gerekçesiyle dışarda bırakılmıştır.[83]

Bu dışarda bırakmalara rağmen, müellif-hukukçunun inceleme alanı çok katmanlıydı ve kurucu neslin öğrencilerinden kendi selefleri ne kadar birbirini takip eden hukukçu kuşakların teknik katkılarıyla

[77] Common law sistemindeki vakalarla karıştırılmamalıdır. Tipik bir açıklama şekli aşağıdaki gibidir: "X, belirli bir kişi olan Z'ye bir şey vasiyet ettiğinde, vasiyet edilen eşyanın mülkiyeti askıya alınır. Yani Z, X'in ölümünden sonra kabul ederse, bu kabul bir süre geçtikten sonra bile olsa, Z, X'in öldüğü andan itibaren o eşyaya sahip olur; ancak Z kabul etmezse, X'in mirasçıları ona sahip olur. Eğer Z malı kabul eder, ancak daha sonra malı teslim almadan önce reddederse, bu onun mal üzerindeki mülkiyetini iptal eder, ancak malı teslim aldıktan sonra reddederse, bu onun mülkiyetini iptal etmez." İbn Nakîb, *ʿUmde*, 465.

[78] Kâdîhân, *Fetâvâ*, I, 2; ʿAlemî, *Nevâzil*, I, 18.

[79] Örnek olarak bkz. Remlî, *Fetâvâ*, I, 3; Huşenî, *Usûl*, 44.

[80] Zeylaʿî, *Tebyîn*, I, 2; Kürderî, *Fetâvâ*, IV, 2; Mûsilî, *İhtiyâr*, I, 6; Nevevî, *Mecmûʿ*, I, 6; Bâʿalevî, *Buğye*, 8-9; Kâdîhân, *Fetâvâ*, I, 2-3; Remlî, *Fetâvâ*, I, 3; ʿAlemî, *Nevâzil*, I, 18; Remlî, *Nihâye*, I, 9-10, 45; Hattâb, *Mevâhib*, I, 31; Bağdâdî, *Mecmaʿ*, 2. Geniş bir açıklama için ayrıca bkz. Hallaq, *Authority*, 188-89.

[81] İbn ʿÂbidîn, Hâşiye, I, 69; Kâdîhân, *Fetâvâ*, I, 2-3; Remlî, *Fetâvâ*, I, 3.

[82] Huşenî, *Usûl*, 44; Remlî, *Fetâvâ*, 3; Hattâb, *Mevâhib*, I, 33.

[83] Huşenî, *Usûl*, 44; Hallaq, *Authority*, 190.

örtüşen hukukun temel ve kurucu ilkelerini içeriyordu. Temel hukuku ve kurucu ilkeleri detaylandırmak için ana kaynağı, mahkemeler içindeki ve dışındaki hukuki uygulamaların yanı sıra toplumun genel pratik kaygılarını da derinlemesine yansıtan *fetvâ* literatürüydü. Bu uzun eserlerin her kuşağı, füru ve usul hukukunun genel ilkelerini muhafaza ederken, aynı zamanda eski veya yeni eserlerde bulunan tüm güncel ve ilgili konuları da içeriyordu.

Bu uzun eserler ya da bunların kısaltılmış versiyonları, hukuki uygulama ve yargılamanın fıkhi temelini oluşturmuş, bu da bu yeni eserlerin doğmasına ve sürekli gelişmesine yol açmıştır. Dolayısıyla hareket aynı anda hem döngüsel hem de yerinde bir ifadeyle "diyalektik çark" olarak tanımlanabilecek bir yapıdaydı: Toplumun hukuki ihtilafları hukuk mahkemelerine intikal eder; *kâdı*lar uzman görüşü almak üzere *müftî*ye götürdükleri zor davalarla karşılaşır (*müftî* meslekten olmayanlar tarafından da sorgulanırdı); *müftî* bu zor davalara çözümler sunarak bunları mezhebinin hukuk eserlerine entegre etmek üzere hazırlar; öğrenciler genellikle bu *fetvâ*ları kopyalar, toplar, düzenler, kısaltır ve nihayet yayınlar; mezhebin otoriter *fıkıh* eserinin yazarı olan müellif-hukukçu bu *fetvâ*ların çoğunu kendi külliyatına dahil eder; bunu yaparken (1) mezhebinin hukuk külliyatını yöneten ilkeler bütününü sıkı bir şekilde muhafaza eder; (2) tedavülden kalkmış görüşleri ayıklar; ve tersine, (3) yeni ortaya çıkan veya hukuki uygulamayla ilgili olmaya devam eden görüşleri muhafaza ederdi. Bu hukuki faaliyetin ürünü, hukuki uygulamayı ölçmeye ve onun tarafından ölçülmeye devam eden *fıkıh* eseriydi. Özetle, hukuk pratiği *fıkıh* söylemi tarafından yönlendirilirken, *fıkıh* söylemi de hukuk pratiği tarafından şekillendirilmiş ve değiştirilmiştir. Diyalektik olarak, biri diğerinden doğmuş ama aynı zamanda onu beslemiştir.

Mahkemede uygulanmaya başlandığında, hukuk doktrini zaten uzun ve karmaşık bir süreçten geçmiş olurdu. *Kâdı*nın doktrinel referansı *mebsût* olarak adlandırılan uzun bir derleme olabilirdi, ama aynı zamanda hukuk fakültesinde (*medrese*) okuduğu ve metnini ezberleyip anlayarak hukuk bilgisi edindiği *muhtasar* da olabilirdi. *Muhtasar* zorunlu olarak ustalıkla muğlak, yoğun ve çoğu zaman üstü kapalı bir kelime tasarrufuna sahiptir. Çoğunlukla anlaşılması zor olan bu metin, uzman müdahalesi olmadan öğrenci için erişilmez kalmakta ve bu sebeple hukuk profesörünün yorumunu ortaya çıkarmaktaydı. Orta boy veya ince hacimli bir eser olan *muhtasar*, zarif ama muazzam ayrıntılara sahip çok ciltli çalışmalar olan *şerh*

ya da *mebsût*larda açıklandığı şekliyle *fıkhî külliyatın* yoğunlaştırılmış halini temsil eder.[84] İnsanın bilgiyi ezberleyerek saklama kapasitesine meydan okuyan *şerh*ler ve *mebsût*lar, öğrencinin *muhtasar*da yer alan bir madde ya da cümleden alıntı yaparak bir ilkeyi ve belirli bir meseleye uygulanacak hükmü gösteren birçok durumu ve örneği zihinsel olarak hatırlamasına olanak tanıyacak şekilde kısaltılmıştır.

Öğrencinin *muhtasar*ı ezberlemesi, çalışma halkasında (*halaka*) hocadan öğrenilen yorum sürecinin ayrılmaz bir parçasıydı. *Halaka*daki sözlü yorumlar, uzun *şerh*lerin ve *muhtasar*ların içeriğini yansıtır, ancak bunları tekrarlamak zorunda değildi. Temel hukuki ilkeleri açıklamak için sürekli olarak kazuistik nitelikte örnekler verilirdi, ancak bu örneklerin kaynağı ya uzun bir metin ya da müderrisin kendi hukuki uygulaması olabilirdi.[85] Çünkü bir müderrisin aynı zamanda *müftî* ya da *kâdı* olması norm değilse bile oldukça yaygın bir durumdu ve hocalık rolünü üstlendiğinde *iftâ-kazâ* tecrübesini öğrencilerinin derslerine dayanak oluşturması için *halaka*ya taşırdı.[86]

Dördüncü/onuncu yüzyılın başlarından itibaren her mezhep, yalnızca standart bir pedagojik metin olarak değil, aynı zamanda kendi *fürû' fıkh*ının yetkili bir özeti olarak da bir *muhtasar* benimsemiştir.[87] Bu *muhtasar*ların amaca uygunluğu, başka bir *muhtasar* ile değiştirilmeden önce bazen iki yüzyıla kadar sürebiliyordu, ancak böyle bir değişiklik asla eski *muhtasar*ların modasının geçtiği anlamına gelmiyordu. Aslında, değiştirme sürecinin kendisi kademeli, yavaş ve açık konuşmak gerekirse hiçbir zaman tamamlanmamıştı,

[84] Örnek olarak el-Bâkır el-Meclisî'nin 111 ciltten oluşan *Bihâru'l-Envâr*'ına bkz.

[85] Oldukça yanlış anlaşılan bir olgu, İslam hukukunda kullanılan sözde kazuistik yöntemdir. Bunun bir "yöntem" olması ve "kazuistik" olarak nitelendirilmesi, modern Batılı akademisyenlerin tasniflerinden kaynaklanmaktadır. Batılı akademisyenlerin çarpıcı (ve çoğu zaman da sakıncalı) bulduğu kazuistik yöntem, hukuk eserlerinde ele alınan meselelerin çoğu zaman varsayımsal doğasıdır; bu, İslam hukukunun sosyal, siyasi ya da başka her türlü "gerçeklikle bağını kaybettiği" yönündeki genel kabul görmüş ancak tamamen asılsız düşünceyle uyumludur. *Fürû' fıkh*ın farazi meseleleri böylece bu kopukluğun, hatta ayrışmanın kanıtı haline gelir. ("Defining Casuistry in Islamic Law" başlıklı çalışmasında Walter Young, konuyla ilgili modern çalışmaların derinlemesine bir eleştirisini sunmakta ve esasen Avrupaya ait olan bu kavramın *fıkh*i analiz için kullanışlı bir kategori olmaktan çıkarılması çağrısında bulunmaktadır). Ancak hukuk açısından bakıldığında bu "yöntem" hem hukuki açıdan etkili hem de entelektüel açıdan ihtiyatlıdır. Amacı: (1) genellikle birkaç örnek vakanın sunulması yoluyla hukuki ilke ve kaideleri ortaya koymak; ve (2) bunu, doğası gereği sabit olan ve bu ilke ve kaidelerin donuklaşmasına neden olabilecek tümdengelimsel tanımlar *ortaya koymak* gibi otoriter bir uygulamaya girişmeden yapmaktır. Buna göre, "gerçek" vakalar örnekleme ihtiyacını karşılamadığında, farazi meseleler üretilmiştir. Nihayetinde genel etkinin, Şeriat'ın varsayılan uygulanamazlığından ziyade hem yapısal hem de sezgisel esneklik olduğu ortaya çıkmaktadır. Bkz. Johansen, "Casuistry," 135-56.

[86] Bu konuda daha fazla bilgi için bkz. 3. Bölüm, 3. Kısım.

[87] Fadel, "Social Logic."

çünkü yeni *muhtasar*lar standart ve "kanonik" hale gelirken, eskileri kural olarak hiçbir zaman tamamen ortadan kalkmadı.

*Muhtasar*ın devam eden bu geçerliliği, ikinci/sekizinci yüzyılda kurucu üstatların otoritesine dayalı olarak yazılan temel eserlerle başlayıp on üçüncü/on dokuzuncu yüzyılın son büyük hukukçularının salahiyetli külliyatları ile sona eren diğer tüm hukuk türlerinin tipik bir özelliğiydi. Bu geleneği mümkün kılan, İslam hukuk kültürünün dikkat çekici yapısal sürekliliğiydi. Ancak, aynı derecede dikkat çeken bir başka husus da, mahkemelerde, *iftâ*da ve belge yazımında (*şurût*)[88] hukuk uygulamasının temeli olan fıkıh eserlerinin sürekli olarak güncellenmesi, yeniden yazılması ve çeşitli şekillerde değiştirilmesi bu kültürün göze çarpan bir özelliğiydi. Hiçbir eser bir diğerinin aynısı değildi ve aynı türün ve aynı mezhebin birbirini takip eden eserleri arasında gerçekten de önemli farklılıklar gözlemlenebilirdi. Geçtiğimiz yüzyıl boyunca ve yakın zamana kadar, Batı akademisi bu kümülatif metinsel faaliyeti, şerh üzerine şerh yığmanın ötesine geçmeyen ve incelenmeye değer hiçbir şey ortaya koymayan bir kılı kırk yarma egzersizi olarak gördü.[89] Son zamanlardaki akademisyenler, Müslüman hukuk biliminin çıktılarını takdir etmeye başladılar ve onun gerçekten zengin ve çok yönlü bilimsel dokusunu incelemekten zevk aldılar. Ancak verdikleri karar, tüm devasa metin külliyatı, *şerh*leri ve *haşiye*leriyle hukuk geleneğinin "entelektüel oyundan" fazlasını temsil etmediği, toplum ve sorunlarıyla çok az ilgisi olduğu yönünde oldu.[90] Bu tür bir akademisyenlik, Şeriatın durağanlığını savunan akademik ama ağırlıklı olarak siyasi doktrinle ilişkilidir - bu doktrin, sömürgeleştirme ve modernleştirme projesinin bir parçası olarak Şeriatın ortadan kaldırılmasını meşru ve mantıklı kılmaktadır (Bölüm III'ün konusu).[91] Aslında böyle bir durağanlığın var olduğunu gösteren hiçbir araştırma şimdiye kadar yapılmamıştır. En son çalışmalar bunun tam tersini, yani İslami hukuk söyleminin değişen toplumsal gerçekliğe bir yanıt olarak hukuki değişimin modüle edildiği bir araç olduğunu göstermiştir.[92]

Modern öncesi dönemde hukuki değişimin iki özelliği olduğu vurgulanmalıdır; bunlardan ilki onun fark edilmeyen doğasıdır. Ani

[88] Uygulamayı yansıtan ve "diyalektik çarkın" bir parçası olan *şurût* hakkında bkz. Hallaq, "Model *Shurût* Works," 115-34.

[89] Örnek olarak bkz. Coulson, *History*, 84.

[90] Örnek olarak bkz. Calder, "Law." Ayrıca bkz. yukarıdaki 85 nolu dipnot.

[91] Hallaq, "Quest for Origins."

[92] Udovitch, *Partnership*, 5 vd.; Hallaq, *Authority*, 121–235; Hallaq, "Model *Shurût* Works," 109 vd.; Johansen, *Islamic Law*; Johansen, "Legal Literature," 29–47; Powers, *Law, Society*; Mundy, "Ownership or Office."

bir değişime, şiddetli ya da başka türlü kırılmalara gerek yoktu; bunun yerine hukukun belirli yönlerinin parça parça değiştirilmesi ve ancak genel ve geniş kapsamlı koşullar (*mâ te'ummu bihi el-belvâ*) bu tür değişiklikleri gerektirdiğinde yapılması gerekiyordu. Dolayısıyla değişim her zaman oldukça doğal olmuş, geçmişin uyarlanabilir tecrübelerinden ve en önemlisi de belirli bir bölgenin hukuki alt kültüründen doğal olarak kaynaklanmıştır. (Üçüncü/dokuzuncu yüzyıldan sonra hukuki alt kültürler geliştiren başlıca bölgeler Maveraünnehir, İran, Irak, Bilâdüşşam, Mısır, Kuzey Afrika'nın batısı ve Endülüs'tür. O zamana kadar Hicaz ve Yemen hukuken marjinal hale gelmişti). İkinci özellik, (niteliksel sıçramalara ve zaman zaman geçmişten sert fiziksel ve epistemik kopuşlara işaret etme eğiliminde olan) modern değişim kavramının fakîhlerin kavramsal dünyasında ve söyleminde açıkça yer almamasıydı. "Zamanın ve mekânın değişmesiyle *fetvâ* da değişir" şeklindeki meşhur ifade, kesinlikle geleneksel İslam hukukunda bu modern değişim nosyonunun varlığına işaret etmiyor, bunun yerine bir uyum ve esneklik ilkesini ifade ediyordu. Her ne şekilde anlaşılırsa anlaşılsın, değişim hem evrimsel hem de doğaldı.

5. Kadınlar, Toplum ve Hukuk Pratiği

Osmanlı kadınları üzerine yapılan modern hukuki ve yarı-hukuki çalışmaların son zamanlarda İslam'ın ilk dört yüzyılı boyunca İslam hukukunun oluşumu ya da Osmanlı'nın yükselişine kadar geçen yarım bin yıllık orta dönem üzerine yapılan yirminci yüzyıl çalışmalarının toplamını sayıca geçmesi sadece bir tesadüf değildir. Aslında, bu iki döneme ilişkin çalışmaların toplamını aşmış ya da yakında aşacak olması kuvvetle muhtemeldir. Müslüman kadınlar üzerine yapılan çalışmaların 1990'larda, Batı'da (Avustralya dahil) feminist hukuk üzerine yazıların çoğalmasından biraz sonra artması da tesadüfi değildir Daha da az tesadüfi olan, bu iki çalışma alanı ve inceleme kriterleri arasındaki esaslı bağlantıdır. En çarpıcı olanı, yalnızca analiz kategorilerinde değil, bu kategorilerin modern öncesi geçmişte Müslüman kadınlar konusuna oldukça katı bir şekilde uygulanmasındaki güçlü benzerliktir. Batılı feminist söyleme bir tepki olarak ortaya çıkan açmaz, büyük ölçüde Hint ve Afrika postkolonyal feminist eleştirisiyle sınırlı kalmış, İslam hem bu eleştirinin hem de buna bağlı teorik sonuçların büyük ölçüde dışında kalmıştır.[93]

[93] Sömürgecilik sonrası feminist eleştirinin bazı güçlü sesleri için bakınız: Mohanty, *Third World*; Donaldson & Kwok, *Postcolonialism*; Narayan, "Project"; Chatterjee, "Colonialism".

Tarihçiler, Müslüman toplumsal düzeninin, ailenin, evliliğin ve boşanmanın cinsiyetçi dokusuna dikkat çekmişlerdir. Ancak bu dikkat, neredeyse tüm metodolojik ve yorumlayıcı düzeylerde, örneğin genel olarak kendisi de analizin temel, önceden belirleyici ve önyargılı bir ilkesi olan iktidarın maddi, ekonomik ve siyasi yapılar tarafından sınırlandırıldığı ve bunlardan çıkarıldığı modern olarak tanımlanmış analiz çerçeveleri tarafından yönlendirilmiştir. Bunlar, kapitalist ve iktidar tanımlı modernitenin dayandığı kavramlar ve yapılardır, ancak bunlar aynı zamanda tarihsel analizin kutsal parametreleri ve alt katmanları haline gelir. Öteki'nin tarihine yönelik bu tür yaklaşımların son derece verimli olduğu yadsınamaz olsa da, ayrıcalık, prestij, statü, rütbe veya epistemik otoritenin ne yelpazesini ne de büyüklüğünü ölçmede yeterli olurlar.[94] Eğer İslam'a dair bu çalışmaların altında yatan ortak kaygı, İslam'ın cinsiyetlendirilmiş dünyasında kadının hukuki gücünün boyutunu ölçmekse, bu çalışmalar modern güç analizinin zorunlu olarak büyük ölçüde az gelişmiş bıraktığı ahlaki, dini ve bir dereceye kadar gücün sosyo-yapısal temellerini büyük ölçüde ihmal etmişlerdir. Yine de bu, kadınların ahlaki ve diğer güç biçimlerini elde etmelerinin onları, hukuk doktrinin kendilerine karşı birden fazla şekilde ayrımcılık yaptığı ataerkil bir sistemin pençesinden daha fazla kurtardığını iddia etmek anlamına gelmez. Ancak iddia edilen şey, bu tabiiyet bağlamında ve bu nedenle kadınların direniş stratejilerinin, örneğin şahitler ya da ebeveynlerinin mülklerinin varisleri olarak kendilerine karşı uygulanan somut ayrımcılığın ötesindeki alanlara uzandığıdır.

Kadınların ahlaki, dini ve epistemik sermayelerine yönelik akademik ilginin yokluğunda, kadınların *kendi* toplumları için normatif olan şartlara yatırım yaptıkları bu alanların genel bir portresini çizmek için yeterli donanıma sahip değiliz. Güç kazanmak ve bu gücü sürdürmek yalnızca veya doğrudan ekonomik ya da maddi statüden, hatta kanunlardaki resmi haklardan kaynaklanmıyordu; çünkü resmi haklar, hakların fiili olarak tanımlandığı ve nihayetinde belirlendiği sürecin yalnızca bir parçasını teşkil ediyordu. Hakların niteliksel birikimini ya da tükenişini etkileyen sürecin daha önceki aşamaları, sosyal/ailevi statü, toplumdaki ahlaki konum, rütbe, ekonomik güç, sınıf ve daha pek çok şeyi kapsayan çeşitli faktörler tarafından belirlenen, değişime ve dönüşüme açık aşamalardı. Ancak bu, bunların bağımsız olarak ayakta durabilecek ayrı kategoriler olduğu anlamına

[94] Ahlaki analiz kategorisinde kısmi bir istisna Peirce, *Morality Tales*'dir.

gelmez; sosyal veya hukuki statünün bir dizi maddi ve maddi olmayan hususla benzersiz bir şekilde kesiştiği bir toplumda, bu kategoriler tarihçi için herhangi bir tarihsel dönemlendirme çalışması kadar yapay ve keyfi kalmak zorunda olacaktır. Başka bir deyişle bunlar, çalışma konumuzun kontrolünde bize yardımcı olmak üzere tasarlanmış, ancak geçmişin gerçek dünyasında tam olarak sınırlandırılmış bir mevzuda yer almayan icat edilmiş kategorilerdir.

Bu farkındalıkla, kadınların birbiriyle kesişen çeşitli faktörlerin bağlantı noktasında dururken ve bu bağlantı noktasının genel bağlamında stratejiler uygulamada başarılı veya başarısız olduklarında -eğer değerlendirmemiz gereken buysa- güç kazandıkları veya kaybettikleri söylenebilir. Başka bir deyişle, kadınların gücü, sıkı sıkıya örülmüş toplumsal yapının doğası gereği türevseldi.[95] Ancak türevsel olması, erkeklerin sözde türevsel olmayan gücünden (farklı şekillerde de olsa aslında o da türevseldi) farklı olma eğiliminde olması anlamında değil, daha ziyade bu gücün çoğunlukla birbiriyle ilişkili ve karmaşık kişisel temas ağlarına ve sosyal-ailevi ilişkilere bağlı olması anlamında türevseldir. Bu ilişkilere, ister kadın ister erkek olsun, toplumsal bireyleri aynı anda hem güçlendiren hem de kısıtlayan değerler ve ahlak sistemleri tarafından kolektif olarak nüfuz edilmiştir. (Yine bu, açıkça ataerkil bir sistemde kadınların ve erkeklerin eşit derecede kısıtlandığını söylemek anlamına gelmemektedir).

Gücün materyalist ve ekonomik olmayan bir şekilde artırılmasına örnek olarak, hayatlarını Sufi kadın *hankah*larında *şeyh*lik yapmaya adayan, ibadet, *zikir*, hayır ve hasenat işlerine adanmış bir hayat sürmenin kendilerine, yaşadıkları toplumlarda örnek ve etkili liderler olmalarını sağlayacak kadar sosyo-dinsel saygınlık kazandırdığı, ekonomik imkanları olmayan kadınları ele alalım. Ve gördüğümüz gibi topluluklar, mahkemenin ve hukukun işleyişinin yerleşik olduğu alanlardı. Başka bir deyişle mahkeme, topluluğun yasal yollarla faaliyet gösterdiği alanı temsil ediyordu. Dolayısıyla, toplumsal saygınlık kazanmak ya da toplumsal düzene çeşitli ahlaki "katkılarda" bulunmakla, örneğin hacca giderek kişinin dini ahlaktaki net değerini artırmaya yönelik bir *çaba* (çok övülen *cihat*) birleştirilebilirdi. Ahlaki-dini düzene yapılan bu tür "katkılardan" elde edilen güç tamamen materyalist olmasa ve öyle olmaya devam etse de, yine de bu

[95] Buradaki temel varsayım, gücün her zaman türevsel olduğudur, çünkü tamamen tek ve ayrı bir kaynaktan gelemez.

katkıları sağlayanın gücünü artırabilecek maddi araçlar veya faydalarla kesişebilir, hatta bunları oluşturabilir. Ancak hiçbir materyalist güç tahakkuk etmediğinde bile, sosyal güç veya diğer ekonomik olmayan güç biçimleri yine de elde edilebilir ve ekonomik gücün bulunmadığı durumlarda bir kadının konumunu benzer şekilde geliştirebilir. Örneğin, Müslüman dünyanın bazı bölgelerinde miras payından feragat etmek kadının konumunu güçlendiren bir unsur olarak görülmektedir; zira böyle bir maddi imtiyaz, evliliğin sona ermesi ya da kocanın ölümü halinde güvence sağlayarak kadının ailesinin desteğini garanti altına almaktadır.[96] Benzer şekilde, ekonomik olmayan güç, ulema ailelerine mensup kadınların kendi bilgeliklerinin yanı sıra babalarının, erkek kardeşlerinin veya annelerinin bilgelikleri sayesinde sosyal - ve bazen de nihayetinde finansal - güç elde etmelerinde olduğu gibi, epistemik olarak adlandırabileceğimiz alandan elde edilebilir. Öğrenimin üst sınıf zenginliğinden nispi kopukluğu İslami yüzyılların çoğu için geçerliydi ve sadece on altıncı yüzyıldan sonra Osmanlı İmparatorluğu'nun Anadolu ve Balkan bölgelerinde, buradaki - ve daha spesifik olarak İstanbul'daki - ulema sınıfının nihayet imparatorluk yönetimine dahil edilmesiyle değiştiği söylenebilir.[97]

Dolayısıyla, *hadîs* öğreten, çocuk eğiten ve kendi "görünmez" alanlarında edebi çevrelerde faaliyet gösteren kadın alimler[98] ne maddi menfaatler ne de ekonomik güç elde etmeyi amaçlıyordu; yine de ailelerinin ilmi itibarıyla pekişen sosyal prestijleri, daha geniş dini-ahlaki düzene yaptıkları yatırımı artırıyordu. Ancak bu yatırım hemen sosyal (yani ekonomik olmayan) güç biçimlerine dönüşse de, genellikle kadınlara fayda sağlayan mali ve diğer maddi alanlarla kesişiyordu. Hali vakti yerinde bir kocayla evlenme ihtimali, buna eşlik eden büyük bir mehir, cömert bir çeyiz ve kazançlı bir evlilik yaşamı vaadi, bunun yalnızca bir örneğidir. Kadınların evlilik sonrası hanelerindeki büyük ölçüde bağımsız statüleri, bu tür mali ve ekonomik olmayan ayrıcalıklarla birleştiğinde - bilgi, öğrenim ve dindarlıktan kaynaklanan ilk prestij de dahil olmak üzere - günün sonunda önemli bir güç biriktirme anlamına gelirdi.

Bu görece sosyal gücün çoğu zaman hukuki güce dönüşebildiğini daha önce belirtmiştim. Büyük ölçüde mahkeme kayıtlarından oluşan kaynaklarımız, mahkeme süreçlerine dahil olan kadınların sosyal geçmişleri, bulundukları sosyal grubun fertleri tarafından

[96] Moors, "Gender Relations," 69–84; Moors, "Debating," 159.
[97] Bkz. 3. Bölüm, 5. Kısım. Ayrıca bkz. Zilfi, *Politics of Piety*, 45, 55 vd.
[98] Örnek olarak bkz. Rapoport, *Marriage*, 10–11.

nasıl görüldükleri, yakın topluluklarını oluşturan daha büyük grupta nasıl algılandıkları ve konumlandırıldıkları ve daha da önemlisi, büyük ölçüde ekonomik olmayan sosyal güçten yararlanan nüfuzlu kadınların, sosyo-ahlaki ve dini yatırımlarının meyvelerini hukuk alanında nasıl elde edebildikleri hakkında bize çok az şey söylüyor.[99] Ancak kişisel dürüstlüğün hukuki işlemlerde belirleyici bir rol oynadığı açıktır; bu durum, kendileri de böyle bir karaktere sahip olan ya da eşit derecede ahlaki karaktere sahip olduğu düşünülen kadın şahitler tarafından desteklenen kadınlar lehine kararlara ve hükümlere dönüşmüştür. Eğer adli kanıtlar adaletin bağlı olduğu iplik ise, o zaman doğruluk ve ahlaki karakter de bu ipliğin yapıldığı ipliklerdir. Doğruluk ve ahlak, erkeklerin olduğu kadar kadınların da alanıydı.

Ahlaki ve ekonomik zenginlik, kadınların tam bir tüzel kişiliğe sahip olduklarına dair temel ve kapsamlı hukuki kanaat ile birleştiğinde, kadınların Müslüman mahkemelerine erkek muadilleri kadar erişime sahip oldukları yönündeki artık çok da çarpıcı olmayan olguyu büyük ölçüde açıklamaktadır.[100] Erkekler gibi onlar da mahkemelere sadece hakları konusunda önceden sahip oldukları bilgiyle değil, aynı zamanda mahkemelerin adil, anlayışlı ve haklarını teslim etmek için belirgin bir eğilimle çalıştığına dair açık bir inançla yaklaştılar.[101] Genellikle kendilerini şahsen temsil ediyorlardı,[102] ancak temsil etmedikleri durumlarda -ki bu gayrimüslim kadınlar da dahil olmak üzere yüksek zümreden kadınlar (ve birçok erkek) için tipik bir durumdu[103]- genellikle bir erkek akrabaları, hizmetçileri ya da iş yöneticileri onları temsil ediyordu. Eldeki kaynaklara göre, mahkemeye şahsen başvurduklarında, bunu erkeklerle aynı şartlarda yapmışlar ve kendilerini özgürce, kararlı ve vurgulu bir şekilde savunmuşlardır.[104] Mahkemeler, kadınların iddialı bir şekilde açık sözlü oldukları durumlarda geniş bir anlayış payına izin

[99] Dîvân-ı Hümâyun'un dilekçeleri (*şikâyet defterleri*) gibi diğer belgesel kanıtların, sosyal, ekonomik veya hukuki verileri ortaya koyma konusunda mahkeme kayıtlarına göre belirgin bir üstünlüğü yoktur.

[100] Zarinebaf-Shahr, "Women," 86–95; Jennings, *Studies*, 115–99; Gerber, "Socialand Economic Position," 231 44; Marcus, "Men, Women," 137–63; Seng, "Invisible Women," 241–68.

[101] Hukuk bilgisinin toplumun geneline yayılması hakkında bkz. 5. Bölüm; ayrıca çeşitli vakalar için Peirce, *Morality Tales*, 372-73; Seng, "Gates of Justice," 203; Petry, "Class Solidarity," 133-35. Karşılaştırmalı bir bakış açısı için bakınız Davies, "Local Participation," 61.

[102] Zilfi ("We Don't Get Along,", 278, 281), İstanbul'daki mahkeme kayıtları üzerinde yaptığı çalışmaya dayanarak, kadınların az bir kısmının mahkemede kendilerini temsil etmesi için bir vekil gönderdiğini belirtmektedir.

[103] Seng ("Invisible Women," 249) vekillerin Müslüman olsun olmasın erkekler tarafından da kullanıldığını belirtmekte haklıdır.

[104] Jennings, "Women," 53–114; Gerber, "Social and Economic Position," 231–44; Seng, "Standing," 189–203; Göçek and Baer, "Social Boundaries," 60.

vererek onlara itibarlarını, onurlarını, statülerini ve maddi çıkarlarını savunmaları için kapsamlı bir alan tanıdı. Kadınlar mahkemeye hem davacı hem de davalı olarak başvuruyor, hem erkekleri hem de diğer kadınları dava ediyorlardı. Müslüman kadınlar Hıristiyan ve Yahudi erkek ve kadınlara dava açmış, onlar da Müslüman kadınlara dava açmıştır (ancak dini mezhepler arasındaki davalar, her bir mezhebin kendi içindeki davalardan çok daha az olmuştur). Kölelikten azat edilen kadın köleler, eski efendilerini mahkemeye verdikleri gibi,[105] kendilerine olan bir borcu ödemedikleri ya da maddi veya diğer sözleşmeleri ihlal ettikleri için başkalarını da dava etmişlerdir. Kadınlar hukuki tazminat, evliliklerinin sona erdirilmesi, nafaka, çocukların velayeti ve artı masraflar için dava açıyor, iftiraya karşı çözüm arıyor ve diğer kadınları iflas ve fiziksel saldırı suçlamalarıyla mahkemeye çıkarıyorlardı. Ancak kadınlar da erkekler tarafından fiziksel taciz suçlamasıyla dava ediliyordu.[106]

Elbette kadınlar erkeklerden çok daha sık kullanılıyor ve istismar ediliyordu, ancak hepsi bu tür durumların kurbanı olmak için beklemiyordu. On altıncı yüzyıl Kahire'sine ait mahkeme kayıtları üzerinde yapılan yeni bir çalışma, hem Hanefî hem de Mâlikî hakimlerin, evlilik sözleşmelerinin rutin olarak yalnızca Hanbelî mezhebinde caiz olduğu düşünülen sözleşme şartlarını içerdiği davaları karara bağladığını göstermiştir.[107] Kadınlar evlilik ve yeniden evlenme sözleşmelerine (toplam 361 davanın 47'sini oluşturmaktadır), kocanın başka bir eş alması (%34/41);[108] kocanın kadını kendi seçmediği bir eve taşınmaya zorlaması (%26/24); kocanın bir cariye alması (%14/24); kocanın eş veya çocuk nafakasını ödememesi (%11/18) veya kocanın kadını dövmesi (%6/29) halinde kadının evlilik sözleşmesini feshetme hakkı olması gibi farklı etkilere sahip şartlar eklemişlerdir. (Bu tür koruyucu hakların Osmanlılardan yüzyıllar önce yaygın bir uygulama olduğunu söylemeye gerek yok bile; ve bu, modern dönem hukuk tarihçileri arasında 1917 ve sonrasında ulus devletlerin kadınların statüsünde bir iyileşme sağlamak için bu tür sözleşme hükümlerine başvurduğu yönündeki yaygın iddiayı çürüten bir önermedir).[109] Kocanın bu şartları herhangi bir şekilde ihlal etmesi, kadının evlilik sözleşmesi gereği, kendisine ödenmesi gereken mehirle kıyaslandığında sembolik sayılabilecek bir ödeme

[105] Seng, "Standing," 196, 203; Christelow, *Muslim Law Courts*, 91.
[106] Seng, "Invisible Women," 247; Seng, "Standing," 199.
[107] Zantout, "*Khul'*," 38–45.
[108] İkinci yüzdelik yeniden evlenme sözleşmelerine aittir.
[109] Bkz. 16. Bölüm 3. Kısım.

olan *hul'* karşılığında kendisini özgür bırakacağı bir boşanma anlaşması yapmasına imkan tanıyordu.[110]

Müslüman toplumlarının büyük çoğunluğunun sosyal yapısını yansıtan İslam hukukunun cinsiyete dayalı sosyal ve hukuki yapıları teşvik ettiği kesinlikle doğrudur. Bazı tarihçilerin gözlemlediği gibi, "mahkeme dilinin erkeklerin ve Müslümanların sosyal statüsünü kadınlara ve gayrimüslimlere göre ayrıcalıklı kıldığı" da aynı derecede doğrudur.[111] Ancak bu dilde ya da mahkemenin kendisinde kadınların haklarını azaltacak ya da onları mahkemeye başvurmaktan caydıracak hiçbir şey yoktu, hatta mülk sahibi olma, hukuki-ahlaki doğru karar alma ya da istedikleri kişiyi dava etme haklarını ellerinden almak hiçbir şekilde söz konusu değildi. Bu durum, mahkemenin diliyle söylersek, kadın ve gayrimüslim olmaları nedeniyle iki kat ayrıcalıksız olan gayrimüslim kadınlar için de geçerliydi. Yine de, ileride ayrıntılı olarak göreceğimiz gibi, hakları ve fiili hukuki ve sosyal güçleri Müslüman emsallerinden daha dezavantajlı değildi.

Hukuk doktrininde bir kadının şahitliğinin, hukukun çoğu alanında, bir erkeğinkinin yarısı kadar ağırlık taşıdığı da doğrudur.[112] Ancak bu hukuksal ayrımcılığın kadınların gerçek yaşamları ve deneyimleri üzerindeki fiili etkilerine dair elimizde çok az veri bulunmaktadır. Başka bir deyişle, bu şahitlik ile ilgili kural diğer haklarının yanı sıra kadınların evlilik, aile ve mülkiyet haklarını nasıl etkilemiştir ve aynı derecede önemli olarak, bu etkiler Müslüman kadınların kendileri tarafından nasıl algılanmış ve yorumlanmıştır? Eldeki mevcut delillere bakılırsa, bu tür kanıt ile ilgili ayrımcı kuralların genel ve göreceli etkisi, çağdaş Avrupalı emsallerinin deneyimleriyle kesinlikle olumsuz bir şekilde karşılaştırılamaz.

Kadınların şahitlik konusundaki değerinin azalmasındaki masumiyetin kanıtı, kadınların cezadan medeni hukuk davalarına kadar hukuki faaliyetin her alanında mahkemelerde davacı veya davalı olarak yer almalarıdır. Her ne kadar onları mahkemeye getiren davaların çoğunluğu (kuşkusuz hukukun tek alanı değil) ekonomik bir mahiyete sahip olsa da,[113] başka birçok alanda da aktiflerdi. Hatta

[110] Zantout, "*Khul'*," 49–52.

[111] Göçek ve Baer, "Social Boundaries," 63.

[112] Konuyla ilgili faydalı bir açıklama için bkz. Fadel, "Two Women, One Man."

[113] Örneğin Zarinebaf-Shahr, "Women," 261, kadınların Dîvân-ı Hümâyun'a verdikleri dilekçelerin yaklaşık yüzde 89'unun ekonomik meselelerle ilgili olduğunu tahmin etmektedir. Bu rakam yüksek gibi görünse de, kadınların toplumda ve hukuki hayatta oynadıkları ekonomik rol hakkında kabaca bir fikir vermektedir.

mahkemelerin genellikle reşit olmayan küçüklerin vasisi olarak kadınları tercih ettiği, yetimlerin mali işlerini ve kendilerine miras kalan serveti yönetmelerini yine kadınlardan istediği (ve bunun için para ödediği) söylenebilir.[114] Bu küçükler adına dava açma konusunda, kendi çiftlikleri, tarım aletleri, dokuma ekipmanları, çiftlik hayvanları ve köleleri konusunda olduğundan daha az tereddütlü değillerdi.

Mülkiyetle ilgili davaların çoğu, süresi geçmiş *talak* ödemeleri ve miras anlaşmalarıyla ilgiliydi,[115] ancak mülklerin dağıtımı (*taksim*) genellikle mahkemeler tarafından dava yoluyla değil, rutin bir prosedür olarak ele alınıyordu. Her iki durumda da kadınların mahkemelerde çoğunlukla davacı olarak yer alması, nispeten avantajlı konumlarını kanıtlıyordu. *Talak*, hukukçuların çok iyi anladığı[116] ve yasal uygulamanın da ispatladığı gibi,[117] koca için çok maliyetli bir mali girişimdi, hatta çoğu durumda fiilen yıkıcı sonuçları oluyordu (bu da çok eşliliğin az olmasını açıklayabilecek bir olgudur).[118] *Talak*ın vukuu ile beraber eski eş en az üç aylık nafaka (*iddet*), müeccel mehir, çocukların nafakası, kocanın evlilik süresince kendisinden yaptığı borçlar (nispeten sık rastlanan bir durumdur)[119] ve çocuklar küçükse bakım ücreti alma hakkına sahipti. Ve eğer koca evlilik yükümlülüklerini yerine getirmekte tutarlı davranmamışsa (bu da nispeten sık rastlanan bir durumdur), *talak*ının başlamasıyla birlikte ödenmesi gereken toplam meblağı borçlanırdı. Bu bağlamda, kadınların dünya evine girdiklerinde genellikle ellerinde makul miktarda bir sermaye bulundurdukları açık olmalıdır; bu da neden birçok koca için bir borç verme kaynağı olduklarını ve neden bu kadar çok sayıda kadının ilk etapta borç para verme işiyle uğraştığını açıklamaktadır.[120] Muaccel mehir ve geçimine yönelik mali ve maddi güvencelere ek olarak, kadın (sözleşmede aksi belirtilmedikçe) ertelenmiş, ancak istediği zaman geri alabileceği bir ödemeyi de güvence

[114] Zarinebaf-Shahr, "Women," 260; Meriwether, "Rights of Children," 219–35.

[115] Seng, "Standing," 202.

[116] Bkz. 8. Bölüm, 2. Kısım.

[117] Zilfi, "We Don't Get Along," 269–71; Rapoport, *Marriage*, 70.

[118] Bkz. Zilfi, "We Don't Get Along," 269 ve burada n. 15'te atıfta bulunulan birçok kaynak. *Talak* da yaygın olarak görülmemektedir (269). Örneğin 1880'lerde İstanbul'daki evliliklerde çok eşlilik oranı yüzde 2,52'dir. Bkz: Yılmaz, "Secular Law," 124. Ayrıca Gerber, "Social and Economic Position," 232; Jennings, *Christians and Muslims*, 29, 36, 385 ("Çok eşlilik neredeyse bilinmiyordu"); Tucker, "Marriage and Family," 165-79.

[119] Kocaların eşlerinden borç alması ve kadınların faizle borç para verme işine girmesi sık görülen bir uygulamaydı. Bkz. Rapoport, *Marriage*, 24.

[120] Tefecilik yapan ve müşterileri arasında genellikle kendi kocalarının da bulunduğu Halepli kadınlar için bkz. Marcus, "Men, Women," 145. Ayrıca bkz. Jennings, "Women," 97-101.

altına almıştır. Ancak mali açıdan daha önemli olan, kadının ailesinden aldığı ve genellikle mobilya, giysi, mücevher ve bazen de nakit olarak ödenen, doğduğu ailenin mirasından payına düşenden oluşan çeyizdi.[121] Pek çok kadına evlilik öncesinde ya da sırasında, kendilerine daha fazla gelir sağlayan bir *vakıf* payı verilirdi. Çeyizin şekli ve biriktirebildikleri toplam servet ne olursa olsun, kadınlar bu servet üzerindeki münhasır haklarının tamamen farkındaydılar ve bunun herhangi bir kısmını başkalarına ve hatta kendilerine harcama yükümlülüğü altında olmadıklarını çok iyi biliyorlardı. Görünen o ki, kendi paralarını ancak kendileri isterlerse kendileri için harcıyorlardı, çünkü beslenme, barınma ve giyimle ilgili harcamalar (kocanın varlıklı olması durumunda bu terimlerin geniş anlamıyla) tamamen kocanın sorumluluğundaydı, kadının değil. Başka bir deyişle, kocalarınkinden farklı olarak, kadınların malları, harcamaların azaltıcı etkisine tabi değildi, bunun yerine tasarruf edilebilir, yatırım yapılabilir ve artırılabilirdi.

Bu hakların yüzyıllar boyunca tartışmazlığı göz önüne alındığında -ki bu haklar kadınlara mülk biriktirme imkanı sağlamıştır- tarihi kayıtlarda *talak*ın, evliliğin sözleşmeyle sona erdirilmesi olan *hul'*dan daha az yaygın görünmesi şaşırtıcı değildir.[122] *Muhâlea*nın İstanbul, Anadolu, Suriye, Müslüman Kıbrıs, Mısır ve Filistin'deki görece sıklığı tarihçiler tarafından pek dikkate alınmamıştır.[123] Bu olgu, bu bağlamda Müslümanların evliliği feshetmesinin üç önemli özelliğini açıklamaktadır. Birincisi, *talak* kocanın tek taraflı imtiyazı olsa da, bu ayrıcalık için ödediği bir "bedel" de vardı. Başka bir deyişle, *talak* fıkıh kitaplarında sınırsız bir ayrıcalık gibi görünse de (bu kitapların dikkatli bir şekilde incelenmesi böyle bir algıyı yanlışlamaktadır), gerçekte (ortalama bir koca için) ağır mali caydırıcı unsurlarla sınırlandırılmış ve buna ek olarak fıkıh doktrini tarafından oluşturulan hukuki ve ahlaki caydırıcı unsurlarla desteklenmiştir. İkinci olarak, *talak*, evlilik süresince kocanın hanımına zorunlu olarak sağlamakla yükümlü olduğu her şeyin ötesinde ve üstünde, kocadan kadına tek yönlü bir mülkiyet transferi anlamına da geliyordu. Aslında bu transferin önemli bir etkisi, boşanan birçok kadının, kocasıyla evliliğini

[121] Pek çok çeyizin miktarı hakkında bkz. Rapoport, *Marriage*, 12-22; örneğin, bir sultanın azat edilmiş köle kızının 100.000 altın *dinar* değerinde bir çeyizi vardı.

[122] 8. Bölüm 2. Kısma bkz.

[123] Rapoport, *Marriage*, 4; Peirce, "She Is Trouble," 281–82; Marcus, *Middle East*, 205–06; Jennings, "Women," 82–87; Jennings, "Divorce," 157; Ivanova, "Divorce," 121; Tucker, "Revisiting Reform," 11–12; Zilfi, "We Don't Get Along," 272, ve bu makalenin 22 nolu dipnotunda aktarılan kaynaklar.

geçirdiği evdeki koca payını satın alması ve *talak* ödemesini bu tür bir satın alma işlemine aktarmasıydı.[124] Üçüncüsü, Müslüman evliliklerinin ekonomik denkleminde *muhâlea*, bir anlamda kadının mal varlığının tüketilmesinden ziyade, kadının gerekli ayrıcalıklara sahip olması için verilen bir tavizdi. Gecikmiş mehri artı bekleme süresi ödeneğine tekabül eden *hul'* yoluyla evliliğini feshetmek için mahkemeye başvuran Ayşe'nin durumu[125] tipik bir davaydı. O kadar tipikti ki, hukuk kitapları bu uygulamayı normatif bir doktrin olarak yansıtıyordu.[126] Bununla birlikte, asıl mesele, damat tarafından verilen mali sözün (yani gecikmiş mehir) ve *idde*tin üç ayı için vermesi gereken mali garantilerin *hul'* için pazarlık kozu olarak kullanılmasıydı.[127]

Muhâlea, hakkında neredeyse hiç veri bulunmayan bir geçimsizlik alanı olan kadına yönelik aile içi şiddeti değerlendirmek için elverişli bir bağlam sunmaktadır. 8. bölümde *nüşûz* olarak adlandırılan ve belirli koşullar altında kocanın karısını "hafifçe dövmesine" izin veren bir hak doğuran düzensiz evlilik davranışını tartışacağız.[128] Ancak "hafif dövmek", şiddet yanlısı, son derece istismarcı ve dayağa hakareti de ekleyen bir koca söz konusu olduğunda hiç de hafif olmayabilir ve bu koca karısına *hul'* hakkı vermeyi reddedebilir. Bununla birlikte, mahkemelere erişim oldukça kolay olduğundan, istismara uğrayan kadınlar *kâdı*ya başvurma seçeneğine sahipti; *kâdı* da istismarı soruşturmak üzere mahkeme görevlilerini görevlendiriyordu. İstismarın kanıtlanması halinde, mahkeme evliliği feshetme yetkisine sahipti ve bunu sıklıkla yapıyordu. Kanun aynı zamanda kadına, belirli koşullar altında şiddet uygulayan kocasını öldürmek de dahil olmak üzere meşru müdafaa hakkı tanıyordu.[129]

Bu tür durumlara ilişkin bu resmi hukuki bakış açısı, bağımsız veya birlikte hareket eden başka bir sosyal perspektifle birleşebilir. Açıkçası, evlendikten sonra eşin/kadının asıl ailesiyle olan bağları

[124] Marcus, "Men, Women," 155.

[125] Zilfi, "We Don't Get Along," 276, 284. Zilfi, on sekizinci yüzyılda evliliklerin sona ermesinin, "çağdaş dünyada aksiyomatik" olan, kadınların ekonomik statüsünün mutlaka düşmesiyle sonuçlandığını iddia etmemektedir. Ancak, *hul'* yoluyla boşananların "boşanmanın hemen ardından ekonomik olarak daha iyi durumda olamayacağını" söylemektedir (284). Bu doğru olsa da, argümanını destekleyen iki vaka görülmedik derecede spekülatiftir ve kanıt teşkil edecek ayrıntılardan son derece yoksundur.

[126] 'Aynî, *Binâye*, V, 511; Hısnî, *Kifâye*, II, 79; İbn Muftâh, *Şerh*, V, 394–99. Ayrıca 8. Bölüm 3. Kısma bkz..

[127] Benzer bir yorum Zilfi tarafından da yapılmıştır. Bkz. Zilfi, "We Don't Get Along," 295.

[128] Misrî, *'Umde*, 541–42; Hısnî, *Kifâye*, II, 77–79.

[129] Tucker, *House*, 65–66.

kopmamış, ebeveynleri, erkek kardeşleri ve hatta kız kardeşleri (özellikle de evli olmayanlar) kızlarının/kardeşlerinin evliliğini yakından izlemeye devam etmişlerdir. Sonuçta, genellikle evliliği ayarlayanlar kadının ebeveynleriydi ve değişen ölçülerde sadece evlilikten değil, aynı zamanda kızlarının refahından da sorumluydular. Bu kapsayıcı sorumluluk duygusu, biri içinde bulundukları toplumdaki statüleri, haysiyet ve onur duygularıyla, diğeri ise teleolojik mülahazalarla ilgili olan iki başka unsurla kesişiyordu: ilki, kızlarının istismara uğraması durumunda ciddi şekilde tehlikeye girecekti (bunun herkes tarafından bilindiğini varsayarsak, ki bu tür samimi, birbirine sıkı sıkıya bağlı topluluklarda çok olası bir ihtimaldi) ve ikincisi, evlilik çöktüğünde kızlarını "geri almak" zorunda kalmamak için yapıcı katılımlarını teşvik edecekti - bu "geri almanın" gerektirebileceği tüm ekonomik sonuçlarla birlikte. Kızlarının evliliğinin başarısına yönelik bu üçlü ama çok katmanlı ilgi, birçok ailenin kızlarının kocaları tarafından istismar edilmesini önlemek için (kadının erkek kardeşlerinin istismarcı kocayı dövmesi gibi Levanten önlemler de dahil olmak üzere) uyguladıkları (ve hala uygulamaya devam ettikleri) yakın denetlemeyi açıklamaktadır.[130] Günümüzün çekirdek ailesinde kendi başının çaresine bakmak zorunda kalan pek çok kadının durumunun aksine,[131] eski İslam toplumlarındaki ortalama bir kadın, asıl ailesinin psikolojik ve sosyal - ve gerektiğinde ekonomik - desteğine sahip olmaya devam etmiştir. Bu elbette her durumda istismarı engellememiş, ancak azalmasına önemli ölçüde katkıda bulunmuştur. Bununla birlikte, tüm girişimler başarısız olduğunda, kadının asıl ailesi, genellikle kocanın ailesiyle işbirliği yaparak, *kâdı* huzurunda olsun ya da olmasın, evliliği sona erdirmek için gerekli baskıyı uygulardı.

Daha önce kadınlarla ilgili kanıtlarımızın çoğunun ekonomik ve mülkiyet haklarıyla ilgili olduğunu belirtmiştim, ancak Müslüman kadınların maddi olmayan deneyimlerinin ve sosyo-ahlaki bağlamlarının da statülerini ve "güçlerini" belirlemede faydalı olabileceğini vurgulamıştım. Ancak eğer ekonomi önemli bir ölçüt ise, ki öyledir, o zaman Müslüman kadınların mülkiyet hukukuna katılımı dikkate değerdir. Bazı şehirlerde emlak satıcılarının yüzde 40'ını oluşturan

[130] Bugün bile birçok Filistin köyünde devam eden bir uygulamadır. Öte yandan, kentsel "kardeşçe koruma" geleneği 1980'lerden sonra sona ermiş gibi görünüyor.

[131] Burada, son zamanlarda akademide ortaya çıkan, çekirdek ailenin "daha önce düşünüldüğünden" daha yaygın olduğu yönündeki biraz abartılı iddialara dikkat çekilmelidir. "Daha önce düşünüldüğünden" ile tam olarak neyin kastedildiği hiçbir zaman açıklanmamıştır. Bkz. örneğin, Zilfi, "We Don't Get Along," 289.

bu kadınlar, alım satımlarını tescil ettirmek için mahkemeye başvurarak Halep'te ev devirleriyle ilgili işlemlerin yüzde 67'sine (Kayseri'de ise yüzde 40'ına) dahil oldukları gerçeğini kayıt altına almışlardır.[132] Mahkeme davalarının ve kayıtların da gösterdiği gibi, kadınlar hem konut hem de ticari mülklere, özellikle de kira getiren dükkanlara sahipti. Çoğu zaman kendi evlerinin sahibi olmuş, evlilik sırasında ve öncesinde de sıklıkla kocalarıyla ortak ev satın almışlardır.[133] Ve kocaları tarafından terk edildiklerinde, genellikle *talak* sonucunda kocalarının kendilerine borçlu olduğu parayla, evliyken yaşadıkları evlerindeki kocalarının payını satın almışlardır.

Kadınlar aynı zamanda Müslüman topraklardaki en güçlü ekonomilerden biri olan ve sömürgeciliğin şafağında tüm gayrimenkullerin yüzde 40-60'ını oluşturan *vakıf* olarak tahsis edilmiş gayrimenkullerin de iştirakçileriydi. Genellikle sultanlar, krallar, vezirler ve emirler tarafından kurulan büyük *vakıf*lar dışında, orta ve küçük ölçekli *vakıf*ların kurucularının çoğu kadındı. Kadınlar genellikle *vakıf*ları tek başlarına kurmuş ve yönetmiş, daha az bir oranda da erkeklerle ve diğer kadınlarla birlikte kurucu ortak olmuşlardır.[134] Kısmen etkileyici sayıda *vakıf*, siyasi ve askeri elitlerle bağlantılı azat edilmiş kadın köleler tarafından kurulmuştur ve bunlar da hem bağımsız olarak hem de (eski) efendileriyle birlikte *vakıf*lar kurmuşlardır[135] (bu durum, kadın kölelerin mali ve hatta siyasi gücüne işaret eden bir gerçektir). Mütevazı nitelikteki *vakıf*ların erkek ve kadınlar tarafından eşit sayıda kurulduğu görülmektedir.[136] Kadınların mühim *vakıf* ekonomisine katılımı erken dönemlerde başlamış[137] ve yüzyıllar boyunca istikrarlı bir şekilde artmıştır. On sekizinci yüzyıla gelindiğinde, kadınlar Halep'teki *vakıf* kurucularının yüzde 40-50'sini[138] ve bir değerlendirmeye göre aynı dönemde Kahire'dekilerin yaklaşık yüzde 25'ini oluşturuyordu.[139] Bu yüzyıl için yapılan bir başka araştırmaya göre ise, *vakıf* kuran kadın sayısı erkeklerden

[132] Marcus, "Men, Women," 144, ayrıca şu gözlemde bulunur (146): "[k]adınların şehir emlak piyasasında önemli bir aktör olarak hesaba katılması gerekir. "Erken Orta Doğu tarihinde kadınların ekonomik rolüne dair daha genel bir açıklama için bkz. Goitein, *Mediterranean Society*, III, 312-59.

[133] Marcus, "Men, Women," 154.

[134] Deguilhem, "Consciousness of Self," 102–15.

[135] Fay, "Women and Waqf," 35.

[136] Meriwether, "Women and Waqf Revisited," 135.

[137] Örnek olarak bkz. Seng, "Invisible Women," 245–46.

[138] Meriwether, "Women and Waqf Revisited," 132. Karşılaştırınız Marcus, "Men, Women," 147.

[139] Fay, "Women and Waqf," 34.

oransal olarak daha fazladır.[140] Bazı şehirlerde, kadınlar tarafından kurulan *vakıf*ların önemli bir kısmı, hatta bazen yarısından fazlası kamuya ait olup, dini ve eğitim amaçlıdır ya da yoksulların bakımı ve beslenmesine adanmıştır.[141] Ve erkekler gibi, en azından Halep'te, *vakıf* kuran kadınların yaklaşık yüzde 60'ı mülklerini bu amaçla satın almıştır.[142]

Vakıf gelirlerinden faydalanan kadın sayısının, *vakf*ı kuran kadın sayısından daha fazla olduğunu varsaymak mantıklı olacaktır. *Vakıf* lehtarları kadın ve erkeklerin oranlarına ilişkin sayısal kanıtlar henüz tablolaştırılmamıştır, ancak şu ana kadarki genel kanıtlar neredeyse eşit sayılara işaret etmektedir. *Vakf*ın, kadınları miras haklarından mahrum bırakmak için hukuki bir araç olarak kullanıldığı teorisi artık geçerli değildir. Aksine, *vakf*ın daha çok miras ahkamından kaçınmak için bir araç olarak kullanıldığı ve iddia edilenin tam tersi bir etkiyi gerçekleştirdiği görülmektedir.[143] Bu etki, kadın mirasçılara sadece Kur'ân ahkamına göre miras alacaklarından daha büyük paylar tahsis etmekle kalmayıp, aynı zamanda bir tür anne soyundan gelen bir mülkiyet devri sistemi yaratmak şeklindedir.[144] Bununla birlikte, aynı derecede önemli olan bir diğer husus da, *vakıf* müessesesine başvurmak suretiyle engellenen ve çoğu zaman ekonomik açıdan zararlı bir eylem olan aile mülkünün bölünmesinin önüne geçilmesiydi. Bu nedenle, mirasçılara Kur'ân'daki hisselerle aynı oransal hakkı tahsis eden birçok *vakıf* senedi bulmak şaşırtıcı olmasa gerektir.[145]

Bir tarihçi, on sekizinci ve on dokuzuncu yüzyıl Halep'inde incelediği 468 *vakıf* senedinin yüzde 1'inden daha azında kadınların mirasçı olarak dezavantajlı konumda olduğunu tespit etmiştir.[146] Kadınlar genellikle erkeklerden daha fazla sayıda kadını *vakıf* lehtarı olarak tayin ederken, erkeklerin yaklaşık yüzde 85'i eşlerini ve/veya kızlarını mirasçı olarak tayin etmiştir ki bu durum on altıncı yüzyıl İstanbul'unda da aynı şekildeydi. *Vakıf* kurucusunun aile konutunda

[140] Crecelius, "Incidence of Waqf," 176–89.

[141] Örneğin, Meriwether "Women and Waqf Revisited," 133-34'te Halep için verilen rakamlara bkz. Ancak Osmanlı'nın başkentinde bariz nedenlerden ötürü vakıf kuran erkeklerin sayısı kadınlardan daha fazlaydı.

[142] *A.g.e.*, 134.

[143] Kadınları Kur'ân'daki miras hisselerinden mahrum bırakmak, toplumsal ahlak söyleminde, bunu yapan veya yapmayı düşünen ailelerin prestijini azaltan kınanacak bir eylem olarak görülüyordu.

[144] Tucker, *Women in Nineteenth-Century Egypt*, 95–96.

[145] Meriwether, "Women and Waqf Revisited," 138; Rapoport, *Marriage*, 27.

[146] Meriwether, "Women and Waqf Revisited," 138.

ikamet etme hakkı konusunda da aynı durum söz konusudur. Halep, İstanbul ve diğer yerlerdeki tapu senetlerinin büyük çoğunluğunda kadınlara karşı ayrımcılık yapılmıyor ya da hakları herhangi bir şekilde kısıtlanmıyordu. Ancak böyle bir kısıtlama yapıldığında, evlenene kadar evde yaşama ya da yetim kaldıklarında veya boşandıklarında eve geri dönme hakları engellenmiyordu. Ayrıca "evli kadınların, eşlerinin ve çocuklarının evde yaşama haklarını talep etmeleri için kapıyı açık bırakan" bir gerçek olarak, kadının soyundan gelenlere de engelleme uygulanmamıştır.[147]

Kadınlar, etkili bir idari ve mali pozisyon olan *vakıf* yöneticiliği konusunda da erkekler kadar nitelikli kabul edilmekteydi.[148] Bu işlevi yerine getiren erkeklerin sayısı kadınlardan daha fazla olmasına rağmen, çok sayıda kadın babaları, anneleri, büyükanne ve büyükbabaları ve uzak akrabaları tarafından kurulan *vakıf*ların yöneticisi olarak karşımıza çıkmaktadır. Mahkemenin nezdinde de kadınların yönetici olarak genç erkeklere göre üstünlüğü açıkça görülmekteydi.[149] Ve erkekler gibi kadınlar da kendi *vakıf*larının ilk yöneticisi olma hakkını kendilerinde saklı tutmuşlardır. Ayrıca *vakıf* haklarının ihlaline karşı hem kendileri hem de başkaları adına dava açma hakkını saklı tutmuş ve kullanmışlardır.[150]

Özetle, Müslüman kadınlar hukuk hayatının tam katılımcılarıydı. Y. Seng'in Osmanlı kadınları ile ilgili olarak ifade ettiği gibi, onlar mahkemelere erişim haklarını kendi çıkarlarını korumak için kullandılar; bu mahkemelerde, azat edilmiş bir köle eski efendisinin mirası üzerindeki hak iddiasını kısıtlayabiliyor, bir çiftçi kadın satın aldığı pahalı çiftlik hayvanları üzerindeki alacaklı iddiasına itiraz edebiliyor, bir dul kadın kocasının gayrimenkuldeki payını satın almak için öncelik hakkını ileri sürebiliyor ve bir köyden diğerine tek başına seyahat eden bir kadın bir polis memurunu yolunu engellemekle suçlayabiliyordu.[151]

Ancak eğer hukuk, düzgün işleyişi açısından ahlaki topluluğa bağlıysa, o zaman kadınlar da - erkekler kadar - hukukun ve mahkemenin talep ettiği ahlakın tam taşıyıcılarıydı. Ve ahlaki vatandaşlar

[147] *A.g.e.*, 138-139.
[148] Ayrıca bkz. Zarinebaf-Shahr, "Women," 260.
[149] Meriwether, "Women and Waqf Revisited," 140–50.
[150] Tucker, *Women in Nineteenth Century Egypt*, 95–96.
[151] Seng, "Standing," 202. "İslam'da kadın" üzerine yapılan tarihsel çalışmalar, çağdaş Müslüman kadınlar üzerine yapılan antropolojik çalışmalarla faydalı bir şekilde tamamlanabilir. Bkz: Abu-Lughod, *Veiled Sentiments*; Abu-Lughod, "Romance of Resistance," 41-55; Wikan, *Behind the Veil*; Mahmood, *Politics of Piety*.

ya da ahlaki karakterin yarattığı güce talip vatandaşlar olarak, hukukla meşgul oldular, bu yolda kaybettiler ve kazandılar. Ancak kaybettiklerinde ya da kazandıklarında, bunun nedeni ille de kadın olmaları değil, eylemlerinden ahlaki ve diğer açılardan sorumlu tam hukuki kişiler olmalarıydı. Haklarının farkındaydılar ve adil muamele göreceklerini bilerek mahkemelere başvuruyorlardı. Modern standartlarımıza göre hukuk onlara karşı adil olmadığında (böyle algılasalar da algılamasalar da), bunun etkilerine karşı koymak için stratejiler geliştirdiler ve bunu yaparken de ellerindeki ahlaki ve sosyal kaynaklardan yararlandılar. Kuşkusuz bir ataerkillik içinde yaşıyorlardı, ancak bu ataerkilliğin iç dinamikleri onlara çok geniş bir hareket alanı sağlıyordu. Bölüm 16'da göreceğimiz gibi, "İslami modernitenin" kadınlar üzerinde baskıcı olduğu kanıtlanmış olsa da, modernitenin doğuşundan önceki bin yıl boyunca dünyanın pek çok yerinde, özellikle de Avrupa'daki hemcinsleriyle karşılaştırıldıklarında olumlu bir durumda oldukları gerçeğini ortadan kaldıramaz.

Dâire-i Adalet ve Sonraki Hanedanlar

1. Adaletin Siyasi Arka Planı

Bağdat hilafetinin gerilemesinin ardından Müslüman dünya, Orta Asya bozkırlarından gelen yabancı hanedanların krallıklarının yükselişine tanık oldu. Büveyhiler, Karahanlılar, Selçuklular, Eyyubiler ve Memlüklerin askeri gücü tükendikten sonra, on sekizinci ve on dokuzuncu yüzyıllar boyunca Müslüman topraklarının çoğunu yöneten iki hanedan Osmanlılar (1299-1922) ve Kaçarlar (1779-1924) oldu. Kaçarlardan önce Safeviler (1501-1732) İran'ı çoğunlukla Sünni olan Hanefîlik'ten İsnâaşeri Şiîlik'e dönüştürmüştür.[1] Kaçar yönetimi siyasi ve askeri açıdan zayıftı ve örgütlenme sistemi ademi merkeziyetçi ve bürokratik açıdan güçsüzdü.[2] Öte yandan Osmanlılardan önce Memlükler gelmişti; Memlükler de Moğolların ya da Moğolların fethettiği halkların, özellikle de Kıpçakların sağladığı askeri insan gücü olmasaydı, bir hanedan olarak varlığını sürdürmek bir yana, asla var olamazdı. Bu insan gücünün önemli bir unsuru, Memlüklerin tüccarlardan kaçırılan ya da köleleştirilen erkek çocukları satın almasıydı ki bu sistem Osmanlılar tarafından benimsenmiş ve geliştirilmişti. Dolayısıyla, soyluları tarafından sürekli bir savaş halinde tutulan Avrupa halklarının aksine,[3] Ortadoğu'nun yerel halklarının nadiren zorunlu askerlikle karşı karşıya kalması dikkat çekicidir. Daha da dikkat çekici olan ve adalet yönetimiyle nedensel olarak bağlantılı olan husus, yönetici hanedanlarla yönettikleri halklar arasında muazzam bir kültürel, dilsel ve etnik ayrımın ortaya çıkmasıydı.

İslam'da en uzun süre hüküm süren hanedan olan Osmanlılar, Hicaz'dan Doğu Avrupa'ya kadar geniş toprakları yönetti. 1517 yılına gelindiğinde, İslam'ın en kutsal üç şehri olan Mekke, Medine ve Kudüs onların egemenliği altına girmiş, aynı zamanda Abbasi halifeliği de yönetime meşruiyet görüntüsü kazandırmak için İstanbul'a taşınmıştı. Ancak tam anlamıyla Şer'î manada Osmanlı yönetimi, seleflerinin

[1] Bu dönüşüm süreci hakkında bkz. Abisaab, *Converting Persia*.
[2] Hukuk bağlamda Kaçar yönetimi hakkında daha fazla bilgi için 15. Bölüme bkz.
[3] Parker, *Military Revolution*, 1–2.

hepsinden çok daha fazla hem sufiler hem de hukukçulardan oluşan dini seçkinleri destekleyen I. Bayezid (hükümdarlığı 791-804/1389-1401) ile başlamıştı. Fakat onun himayesi Nizamülmülk'ün ve aradan geçen sürede gelip geçen düzinelerce Müslüman hükümdarın himayesinden biraz farklıydı. Çünkü Bayezid, hukukçuları kendisine yardımcı olmaya ve aslında kendisiyle aktif bir yönetim ortaklığına girmeye davet etti. Nitekim onun bu girişimi, ölümünden sonraki iki yüzyıl boyunca yerleşik bir yönetim paradigması haline geldi ve İmparatorluğun sonuna kadar Osmanlı yönetim tarzı üzerinde zamanla azalsa da belirgin bir etkiye sahip olmaya devam etti.

Hukukçuları siyaset kurumu içinde adalet mekanizmasına dahil etmek, Abbasi halifeliğinin gerilemesinden sonra ortaya çıkan siyasi zorunluluklara cevap veren bir yönetim modeliydi. Müslüman dünya görüşünde krallık, İslam'ın başlangıçta değiştirmeye geldiği, ahlaki açıdan çirkin bir siyasi yönetim biçimini temsil ediyordu. Arap dilinde *melik* ve *mülk* terimleri sırasıyla "kral" ve "krallığı" ifade etmek için kullanılır ve "sahip" ve "mülkiyet" anlamlarını taşır. Kral olmak, üzerinde hüküm sürdüğü şeye sahip olmaktır. Ancak, Kur'ân'ın temel dili ve Şeriat, kategorik mülkiyeti yalnızca, hem bu dünyada hem de ahirette Evrenin Sahibi olarak anılan ve kendisine bu isim verilen Allah'a atfeder.[4] Dolayısıyla insanın dünyevi mülkiyet iddiası ya mecazi olmalı ya da ilahi Krallığın veya onun bir kısmının açıkça gasp edilmesi anlamına gelmelidir.[5] Bir insanın, telafisi mümkün olmayan gasp günahına bulaşmadan hüküm sürebilmesi için, tıpkı daha önce halifelerin yaptığı gibi, Kanunun koruyucusu ve yöneticisi olarak hareket etmesi gerekir. Daha önceki halifeler Allah'ın dünyasına ait hiçbir şeye sahip olmadıklarını iddia ediyorlardı ve O'nun Kanununun yöneticileri olarak görev yapıyor ve dolayısıyla bu Kanunun altında yer alıyorlardı.

Bu ilahi egemenlik anlayışı, yönetici hanedanlar ile yönetmeye başladıkları sivil halklar arasındaki ilişkinin temelinde yatıyordu. 4. bölümde gördüğümüz üzere, meşruiyet kazanmak ve bunu sürdürmek her hükümdar ve hanedanın yüzleşmek zorunda olduğu başlıca zorluktu.[6] Bu nedenle Şeriatta somutlaştığı şekliyle adaleti koruma

[4] Mülkiyet teorisi bağlamında bu anlayışla ilgili olarak bkz. 9. bölüm, 1. kısım. Ayrıca bkz. Nûr: 42; 57:2; 59:23.

[5] Bkz. 9. Bölüm, 1. Kısım; Mottahedeh, *Loyalty*, 185.

[6] Aslında bu yönetim anlayışı, diğerlerinin yanı sıra Müslüman Kardeşlerin etkili ismi Seyyid Kutub ve Pakistanlı ideolog Mevdudi tarafından savunulduğu üzere, modern İslamcı hareketlerin ideolojik temellerinde yatmaya devam etmektedir. Qutb, *Milestones*, 87-116; Adams, "Mawdudi and the Islamic State," 111 vd.

zorunluluğunun siyasi yönetimin talepleri ve çıkarlarıyla uzlaştırılması gerekiyordu, çünkü Şeriatın desteği olmadan siyasi yönetimin başarısızlığının kesin olacağı genel olarak kabul ediliyordu. Bununla birlikte, hükümdarın hukuki-siyasi idaresi (*siyâset-i şer'iyye*) olmaksızın Şeriat'ın da içi boş bir sistem haline geleceği eşit derecede ve tam olarak kabul edilmiştir. Şeriat böylece hukuki normların özünü ve şeklini tanımlarken, hükümdar da bunların uygulanmasını sağlamıştır. Hem Sünniler hem de Şiîler tarafından benimsenen, *kâdı*ların hükümdar tarafından atanıp azledildiği ve bağımsız kararlarının hükümdar tarafından uygulandığı, ancak hükümdarın uygulanan maddi hukuka herhangi bir müdahalede bulunmadığı formülü buradan gelmektedir.[7]

Yöneticilerin bakış açısına göre, yönetimin arzu ettiği şey kendi egemenliklerinin ve onun aracı olan meşruiyetin sürdürülmesiydi. Uzun süredir yerleşik olan ve değiştirilmesi imkansız olan dini hukuk, yalnızca etkili bir yönetim aracı değil, aynı zamanda egemenlik ve meşruiyetin elde edildiği etkili bir araçtı. Bu nedenle, Müslüman yöneticilerin Şeriat'a ve onun hizmetkarlarına yalnızca hoşgörü gösterdiklerini varsaymak yanlış olur; çünkü bürokrasi ve gözetimden oluşan bir devlet mekanizmasının[8] yokluğunda Şeriat her türlü siyasi yönetim için vazgeçilmezdir.

Dolayısıyla yöneticilerin bakış açısından, Dâire-i Adalet teorisi, İslam'daki siyasi yönetimin *modus vivendi*'sini değilse bile *modus operandi*'sini, Dairenin kendilerinden geldiği söylenen İslam öncesi yönetim biçimlerinden belki de daha doğru bir şekilde yansıtmaya başlamıştır. Daire, ordu olmadan hiçbir siyasi egemenliğin elde edilemeyeceği fikriyle başlar; ancak hiçbir ordu mali kaynaklar olmadan ayakta kalamaz. Bu kaynaklar da ancak vergi toplamak suretiyle artırılabilir ki bu da tebaanın sürekli ekonomik üretkenliğini gerektirir; ancak vergilendirilebilir geliri sürdürebilecek bir refah seviyesini korumak için adaletin sağlanması gerekir ve bu da kısmen, adalet vizyonları kişisel güç ve açgözlülükle gölgelenebilecek taşra memurlarının aşırılıklarını kontrol etmek anlamına gelir. Dolayısıyla adalete ulaşabilmek için kamu düzeni, çok önemli olan sosyal uyum ve istismarcı ve açgözlü devlet memurlarının kontrolü gerekir. Tüm bunları başarmak için, yönetimin mutlak ekseni olan Şeriat yolu gösterir. Ancak siyasi egemenlik olmadan Şeriat uygulanamaz ve bu da ordu olmadan sağlanamaz. Daire burada birleşmektedir.[9]

---

[7] Hallaq, *Origins*, 79–85; Floor, "Change and Development," 114.
[8] Burada modern anlamıyla tanımlanmıştır.
[9] İnalcık, "Suleiman the Lawgiver," 107–08.

Öte yandan, hukukçular açısından bakıldığında, Daire'nin bu versiyonu kavramsal olarak yanlış bir noktadan başlamaktadır, zira vurgu Hukuk'tan ziyade hükümdarın adaletine ve onun otoriter ve askeri konumuna yapılmaktadır. Hukukçular bunun yerine Şeriatın uygulanması yoluyla adaletin sağlanmasına vurgu yaparlar ki bu da kamu düzeni ve sosyal uyumu gerektirir. Burada hükümdarın işlevi istikrarı sağlamak ve ne pahasına olursa olsun iç kargaşayı önlemektir ve bu amaçla rejimini desteklemek için yasal olarak belirlenmiş vergileri toplar ve *siyâset-i şer'iyye*yi uygular. Böylece siyasi otorite hem hukuki düzene tabi hem de onun için gerekli hale gelir. 4. bölümde gördüğümüz ve bu bölümün de göstermeye çalıştığı üzere, daha sonraki dönemlerde, özellikle Memlük ve Osmanlı rejimleri sırasında, nüfuz dengesi hükümdarın Daireyi gerçekleştirme tarzından yana olsa da, sahadaki gerçeklik Dairenin iki okuması arasında bir sentezdi. Dolayısıyla karşımıza çıkan en önemli soru, *siyâset-i şer'iyye*nin kapsamı ve artzamanlı mutasyonlarıdır.

2. Özyönetim, Hükümet ve Şeriat

Teoride ve büyük ölçüde pratikte *siyâset-i şer'iyye*, *kâdı*ların hükümlerini uygulamak ve dini hukuku, çoğunlukla rejimin yönetim mekanizmasıyla ilgili idari düzenlemelerle desteklemek için hükümdarın takdire bağlı yasal yetkilerini temsil ediyordu; buna yargı yetkisini hukukun belirli alanlarıyla veya belirli dava türleriyle sınırlama[10] ve hükümet görevlilerinin suistimallerini engelleme ve disipline etme yetkileri de dahildi. (Bu son işlev hem Sünnilikte hem de Şiîlikte daha önce tartışılan şikayet mahkemeleri ile özdeşleştirilmiştir).[11] Her rejimin karşılaştığı ikilem, merkeze olan uzaklığı nedeniyle taşra valilerinin ve adamlarının aşırı şiddetini kontrol edememesiydi; bu şiddet çoğunlukla vergi toplamak için uygulanıyordu. Buna ek olarak, *siyâset-i şer'iyye* düzenlemeleri normalde vergi tahsilatı, kamu düzeni, arazi kullanımı ve zaman zaman ceza hukuku ve toplumsal uyumu etkileyebilecek genel ahlakın bazı yönleriyle ilgili konuları içeriyordu. Bu bileşik ifadedeki "*şer'iyye*" nitelemesi, *siyâset* yetkilerinin kullanılmasına yalnızca izin verilmekle kalmayıp aslında *şer'î* hukuk teorisi ve yargı pratiği tarafından ısrar edildiği

[10] Örneğin, on sekizinci yüzyılın sonlarında Osmanlı-Suriye uygulamasında belli bir meblağın üzerindeki davaların Hanefî Baş Kadısının başkanlık ettiği Ana Mahkemeye tahsis edilmesi hakkında bkz. Knost, "Waqf in Court," 429. Ayrıca bkz. Serrano, "Twelve Court Cases," 476-77 ve İbn 'Âbidîn, *Hâşiye*, V, 419.

[11] 1. Bölüm, 5. Kısma bkz..

fikrini aktarmayı amaçlamaktadır. Bu tür yetkiler yalnızca dini hukukun emirleriyle uyumlu olmakla kalmıyor, aynı zamanda uygun şekilde kullanıldıklarında hiçbir şekilde bu hukukun ihlali anlamına da gelmiyordu.[12]

Örneğin Memlükler döneminde *hâcib* ya da vali, emirleri ve askerleri, devlet memurlarını ve mültezimleri bazen bağımsız olarak, bazen de sultana danışarak yargılıyordu. Ancak, münferit olmasa da nispeten çok az istisna dışında,[13] genel valinin yargı yetkisi, tamamen Şeriat ve *kâdı* tarafından yönetilen sivil nüfusu kapsamıyordu. Bir kâtip ya da vergi mültezimi valinin *mezâlim* adaletinden kaçıp bir Şeriat mahkemesine sığınsa bile, meseleyi karara bağlamak genellikle *kâdı*ya bırakılırdı. Bazen bu Memlükler, *hâcib*in kesinlikle daha az merhametli olan cezasından kaçmak için kendilerini uzun süreler boyunca *kâdı*ların gözetiminde tutarlardı.[14]

Gazneliler ve İran Kaçarlarında olduğu gibi Memlüklerin yargı hiyerarşisinde en yüksek mahkeme *Dârü'l-Adl* (modern öncesi *adalet sarayı*) olarak adlandırılan yerde kurulan *mezâlim* mahkemesiydi. Bu mahkemenin yeri, sultanın ya da sultanın temsilcisi olarak onun tüm *siyâset-i şer'iyye* ayrıcalıklarına sahip olan eyalet valisinin başkent Kahire'deki sarayı veya ikametgahıydı. *Dârü'l-Adl*'deki duruşmalarda her zaman dört hukuk ekolünün temsilcileri olarak başkentin ya da vilayetin başyargıçları hazır bulunurdu. Ayrıca, bilgeliği ve hukuk bilgisi kendisine (ya da kendilerine) epistemik karizma kazandıran seçkin bir *müftî* (ya da *müftî*ler) de hazır bulunurdu. Bu hukukçuların oynadığı rol tam olarak açık değildir, ancak rolleri sadece resmi değildi. Özel şahıslar da dahil olmak üzere herkes, genellikle rejimin üst ve alt düzey yetkililerine karşı, nadiren de Şeriat mahkemelerinin kararlarına karşı bu organın önüne dava getiriyordu. Her ne kadar ceza davaları geleneksel olarak Şeriat mahkemelerinin görev alanına girse de, bu davaların bu mahkemelerden ziyade *Dârü'l-Adl*'de görüldüğü anlaşılmaktadır.[15] Ayrıca *muhtesip*lik, *kâdı*nın görevi değil, Memlük memurlarının işgal ettiği bir makamdı.[16] Yine de, esas adalet mahkemesi, davaların büyük çoğunluğunu ve sivil halkın neredeyse tamamını yargılayan Şeriat mahkemesiydi. Birazdan ayrıntılı

[12] Mâverdî, *Ahkâm*, 3.

[13] Bu bölümün ilgili yerinde göreceğimiz üzere.

[14] Ayalon, "Great Yâsa," IVa, 105, 115; IVd, 108. Günümüz Suudi Arabistan'ında, dini hukuka giren konularda Şeriat mahkemesine yapılan bir başvurunun normalde yer değişikliğine, yani hala divan-ı mezalim olarak bilinen Şikayet Kurulu'na tabi olmaması düşündürücüdür.

[15] Mandaville, "Muslim Judiciary," 67, 69–71.

[16] *A.g.e.*, 3, 67, 85.

olarak göreceğimiz üzere, benzer bir durum Osmanlılar döneminde de yaşanmış, ancak bu hanedan Şeriata ve mahkemelerine Memlüklerden daha büyük bir rol biçmiştir.

Safevi ve Kaçar İran'ında da benzer bir durumla karşılaşıyoruz. Yargı sistemi Şeriat ve *örf* mahkemeleri olarak ikiye ayrılmıştı; birincisi genel yargı yetkisine sahip standart mahkemelerdi, ikincisi ise hükümdarın *mezâlim* mahkemelerinin işlevlerini yerine getiriyordu. Hükümdarın kaygısı, vergilerin verimli bir şekilde toplanmasına izin veren bir tür kamu düzeni kurmak olduğundan, örf mahkemeleri devlet görevlilerinin suistimallerinin yanı sıra büyük suçlar, hırsızlık, yolkesicilik ve sosyal veya kamusal uyumu bozan her türlü ihlale bakardı. Şeriat mahkemeleri ise neredeyse geriye kalan her şeyle ilgileniyordu. *Kâdı*ların atanması, sadece başkentte değil, her şehirde yargının başı olarak atanan maaşlı bir devlet memuru olan Şeyhülislâm'ın göreviydi. Eyalet düzeyinde *örf* mahkemeleri vali ya da onun memurları tarafından yönetiliyordu, ancak başkentteki mahkemeye (*dîvân-e şah*) normalde bizzat Şah'ın kendisi başkanlık ediyordu. Osmanlı örneğinde olduğu gibi, *dîvân-e şah* alt Şeriat ve *örf* mahkemelerinden gelen her türlü temyizi dinlerdi ve kararları kesindi (bu bilinçli olarak formüle edilmiş bir doktrin değildi).[17] Ancak ateşli bir merkeziyetçi olan ve bir hukuk aristokrasisi geliştirip bunu devlet yönetimine dahil eden Osmanlılardan farklı olarak, Safeviler ve Kaçarlar askeri/siyasi egemenlik ile Şeriat kurumu arasında bir dereceye kadar ayrımı muhafaza eden daha önceki model üzerinde çalışmaya devam ettiler. Osmanlıların yaptığı gibi en küçük idari birimi bile *kâdı*ların denetimi altına sokarak İmparatorluklarının yönetimini birleşik bir hukuk sistemi altında da toplamadılar. Yine de İran'ın Safevi, Zend ve Kaçar hükümdarları, *siyâset-i şer'iyye*nin kendilerine emrettiği şekilde görevlerini yerine getirmeye aralıksız devam ettiler.[18]

İngilizlerin adalet sistemini kendilerine tahsis ettiği 1556 ile 1757 yılları arasında Hindistan'daki Babürlüler de öyle yapmıştır. Başka yerlerde olduğu gibi, Babürlerin yönetimindeki hukukçular kısmen özel olarak – eğitim kurumları ve camilerde ve buradaki görevleriyle ilgili tüm işlerde - faaliyet gösterdiler, ancak aynı zamanda hükümdarın hizmetinde de çalıştılar. Delhi Sultanlığı'nın belirlediği

[17] Biraz basmakalıp da olsa iyi bir inceleme için bkz. Floor, "Change and Development," 113-15.

[18] Genel olarak Safeviler hakkında bkz. Halm, *Shi'a Islam*, 106-12.

yargı sistemi benimsenerek, yargının idaresi bir baş *müftî*ye değil, bir *kâdı*ya (*Sadr* olarak bilinir) verildi. Eyalet *Sadrı* yerel *kâdı*ları, *muhtesip*leri ve vakıf yöneticilerini atıyor ve denetliyordu. Bazı *müftî*ler de *Sadr* tarafından resmi bir sıfatla atanmış ve bunlar hem hükümet hem de hakim meslektaşları için hukuk danışmanı olarak görev yapmıştır. *Sadr*, yargı mensuplarının maaşlarını belirliyordu ve -İslam toplumunun batı bölgelerinde bilinmeyen- adli hizmetin mali karşılığı olarak toprak tahsis etme yetkisine sahipti.[19]

Her ne olursa olsun, hükümdarın görünüşte engelsiz olan meşru müdahalesi, yine de hem hukuk hem de yönetim alanına müdahale eden çeşitli faktörler tarafından karmaşıklaştırılmıştır. Başka bir deyişle, otorite hatları hiçbir zaman birbirinden ayrı olmadı ve olsa olsa birbirleriyle kesiştiler, örtüştüler ve iç içe geçtiler. Öncelikle, ne Şeriat ne de *siyâset-i şer'iyye*, toplumsal yaşamın tüm yönlerini münhasıran düzenleyecek kadar toplumsal dokunun derinliklerine nüfuz etmiştir. Ancak bu, Şeriatın hukuki normlarını bu dokuya yerleştirme konusunda hükümdardan çok daha başarılı olduğunu inkar etmek anlamına gelmez; zira sonuçta Şeriat kendisini her yerdeki Müslümanların hayatında hegemonik ahlaki ve hukuki söylem olarak kabul ettirmiştir. Ancak toplumsal değerler sistemine yoğun bir şekilde Şer'î zihniyet nüfuz etmiş olsa da[20] (ki bu hiçbir siyasi söylem için geçerli değildir), örf ve adet hukuku toplumsal düzenin işleyişinden ve bu düzen içinde çatışma çözüm mekanizmaları sağlamaktan önemli ölçüde ve müştereken sorumluydu. Binlerce yıl boyunca evrim geçiren ve her hanedanlığa, siyasi ve hukuki dönüşüme uyum sağlayan bu gelenekler, belirli yerel bağlama bağlı olarak Şeriatı çoklu ve özel şekillerde özümsemiş ve hatta etkilemiştir. Böylece örf ve adet hukuku dini hukukla diyalektik bir ilişki içinde olmuş, ancak bu hukuktan ve özellikle de siyasi müdahalelerden bağımsızlığını asla kaybetmemiştir - ta ki modernite ve ulus-devletin doğuşu on dokuzuncu yüzyıl ve sonrasında sahneyi yapısal olarak değiştirene kadar.

Bir önceki bölümde ele alınan arabuluculuk bağlamında, kendi kendini yöneten grupların çatışma çözümünü gerçekleştirmedeki önemine dikkat çekmiştik.[21] Müzakere etme ve arabuluculuk yapma becerileri, zaman içinde geliştirdikleri özyönetim sisteminin

[19] Siddiqi, "Muhtasib," 113–19; Singha, *Despotism*, 9–10.
[20] Bir önceki bölümün 2. kısmında ele alındı.
[21] Bunun yerel bir örneği için bakınız Akarlı, "Law in the Marketplace," 245-70.

ayrılmaz bir parçasıydı ve bu sistem hem geleneklere hem de ahlaka içkin bir sistemdi. Dahası, genellikle doğrudan siyasi kontrolden şehre kıyasla çok daha uzak olan köyde baskın grup geniş aile, klan ya da kabileydi. Şehirde ise toplumsal gruplar, güvenlik ve kamu düzeni konusunda bile büyük ölçüde özerkliğe sahip olan meslek loncaları ve mahallelerdi.[22] Bu birimler bir kez klan, mahalle ya da lonca olarak oluşturulduktan sonra,[23] özellikle yerel nüfusun yönetiminde önemli idari işlevler görmeye başladılar.

Açıkça görüldüğü üzere, loncaların belirgin bir idari kapasitede kullanılması bir Osmanlı yeniliğiydi, tıpkı *kâdı* ve *kadâ*nın Osmanlılarla birlikte neredeyse merkezi bir yargı kurumu olduğu kadar merkezi bir yönetim aygıtı haline gelmesi gibi.[24] Yerleşim mahalleleri ve loncalar, toplumu ve sorunlarını *kâdı*ya olduğu kadar yönetici sınıflara karşı da temsil eden bir *şeyh* (bazen kendisi de bir patrik ya da hahambaşı) tarafından yönetiliyordu. Bu tür liderler yalnızca yetkililerle düzenli iletişim halinde olmakla kalmıyor, aynı zamanda birçoğu *kâdı* ve *müftî*lerle birlikte düzenli olarak eyalet valisinin meclisine (*dîvân*) katılıyordu.[25] Bazen tek bir mahallenin temsili bir grup *şeyh*in sorumluluğundaydı, ancak çoğu zaman gruptakilerden biri hariç hepsi *şeyh* vekili ya da toplum ileri gelenlerinin destekleyici rolünü üstleniyordu.[26] *Şeyh*lerin bu temsil konumunu nasıl elde ettikleri konusunda net değiliz, ancak sosyal prestijlerinin, kişisel niteliklerinin ve yıllara dayanan kıdemlerinin mahallenin ileri gelenleri ve eşrafı arasında bir fikir birliğinin ortaya çıkmasında önemli rol oynamış olması kuvvetle muhtemel görünüyor. Atamaları birkaç aydan birkaç yıla kadar süren lonca *şeyh*leri söz konusu olduğunda,[27]

[22] Bkz. Marcus, *Middle East*, 108-09; al-Qattan, "*Dhimmî*s in the Muslim Court: Legal Autonomy," 429 vd.

[23] Bir mahalle ya da lonca statüsü kazanmak arzu edilen bir şeydi, çünkü böyle bir statü gruba kurumsal bir özerklik konumu kazandırıyordu. Raymond, "Role of the Communities," 37-38, Suriyeli Melkitlerin 1138/1725 civarında Kahire'ye geldiklerinde, bir cemaat olarak tanınmak ve böylece özerk bir statüye sahip olmak için örgütlenmeye ve tek bir coğrafi bölgede uyumlu bir grup olarak yerleşmeye çalıştıklarını bildirmektedir. Benzer bir çaba birkaç on yıl sonra aynı şehre gelen Filistinli topluluk tarafından da gösterilmiştir.

[24] Osmanlılar döneminde loncanın idari bir kurum olarak yükselişi, belki de kaynaklarda loncadan neden daha sık ve ayrıntılı bahsedildiğini açıklamaktadır. Baer'in loncanın on yedinci yüzyıla ait bir olgu olduğu yönündeki argümanı büyük ölçüde sessizlik (*e silentio*) argümanına dayanmaktadır. Çok daha eski kökenlere işaret eden kaynaklar için bkz. yukarıda 4. bölüm, n. 12. Erken on yedinci yüzyıl kaynaklarında loncaya birden fazla atıfta bulunulması, loncaların idari araçlar olarak yükselişiyle açıklanabilir; bu işlev onları ilk kez hükümet organlarıyla doğrudan bir ilişki içine sokmuş olmalıdır.

[25] Marcus, *Middle East*, 82–83.

[26] El-Nahal, *Judicial Administration*, 56.

[27] Akiba, "From Kadı to Naib," 45; Marcus, *Middle East*, 175.

iyi bir mesleki konum ve zanaat ya da ticaret konusunda yetkin bilgi şüphesiz çok önemliydi.[28] Başka bir deyişle, süreç seçimle değil, gayriresmi müzakereler ve yavaş yavaş ortaya çıkan bir fikir birliğiyle gerçekleşiyordu. Yine de, loncalar *şeyh*lerini seçerken zaman zaman zorluklarla karşılaşmışlardır; bu durumda -en azından Osmanlılar döneminde- mahkeme, anlaşmazlıkları gidermek ve bir başkanın seçilmesine yardımcı olmak amacıyla müdahale etmiştir.[29]

Zaman içinde ve Osmanlılardan çok önce, meslek loncaları kendi bağımsız davranış kurallarını geliştirmiş ve ne hükümet ne de *kâdı* bu kuralları dikte etmiş ya da bunlara müdahale etmiştir.[30] Kendileri için üretim standartları ve fiyatları belirliyor, üyeleri arasında ve bunlarla diğer loncaların üyeleri, *kâdı* ya da hükümet görevlileri gibi dışarıdan kişiler arasındaki ilişkileri düzenliyorlardı. Zaman zaman bu kuralları ihlal eden kendi üyelerine, özellikle de ürünlerin kalitesi, ölçü ve tartıyla ilgili hileli uygulamalarda bulunanlara para cezaları ve başka cezalar verdiler.[31] Elbette lonca üyeleri tarafından ve lonca üyelerine karşı yapılan ihlaller çoğu zaman piyasa müfettişi olan *muhtesip* ve daha seyrek olarak da bizzat lonca *şeyh*i tarafından mahkemeye taşınırdı.[32] Bu eğilim, önceki hanedanlara kıyasla toplum üzerinde daha yüksek düzeyde bir gözetim uygulayan Osmanlılar döneminde artmış gibi görünüyor. Ancak ihlaller *kâdı*ya getirildiğinde bile, mahkemenin "bilirkişisi" -iddia edilen ihlallerin olgusal temelini değerlendiren kişi- lonca *şeyh*inin kendisinden başkası değildi. *Kâdı* ve *muhtesip*in müdahaleleri rejimin dikkatli gözlerini temsil ederken, ihlallere ilişkin yargılama standardı loncanın kendisi tarafından belirleniyordu. Çünkü bu tür durumlarda ortaya çıkan sorunlar sadece hukuki nitelikte değildi; aslında evvelemirde ahlaki nitelikteydi. Bir tüzel kişilik olarak lonca, dini hukuk ya da "seküler" hükümet karşısında sorumlu olduğu kadar halka karşı da sorumluydu. Bir fırıncının ürettiği ekmeğin gramajını hileli bir şekilde düşürmesi, *kâdı* fırıncıyı yaptığı bu yanlıştan dolayı azarlamaktan başka

[28] Ancak N. Hanna'ya göre, inşaat loncalarında *şeyh* her zaman uzman bir inşaatçı olmayıp, bir yönetici sıfatıyla hareket etmekteydi. Eğer durum böyleyse, burada lonca *şeyh*inin kısmen hükümete bağlı bir makam olması yönünde bir eğilimin başlangıcını görüyoruz demektir. Başka bir deyişle, *şeyh* yalnızca loncanın hükümet nezdindeki seçilmiş temsilcisi değil, aynı zamanda loncanın işleyişinin yöneticisi olan rejim yetkilisi olacaktır. Bkz: Hanna, *Construction Work*, 8.

[29] Raymond, "Role of the Communities," 34.

[30] Gerber, *State, Society*, 114, 116. Krş. Marcus, *Middle East*, 104–05.

[31] Gerber, *State, Society*, 116–17; Peirce, *Morality Tales*, 189; Hanna, *Construction Work*, 10.

[32] Daha fazla detay için bkz. Baer, "Administrative, Economic and Social Functions," özellikle 36–44.

bir şey yapamasa bile, öncelikle toplum tarafından ahlaki olarak kınanması gereken utanç verici bir davranış olarak görülmekteydi.[33] Dolayısıyla lonca ihlalleri, bir kolektivite olarak loncanın ve bireyler olarak lonca üyelerinin sosyal ve ahlaki varlıklar olarak içinde yaşadıkları ve katıldıkları topluluğa karşı sadece yasal değil aynı zamanda ahlaki ihlalleri de teşkil ediyordu. Mahkemede bile loncanın kendi eylemlerini ve ihlallerini değerlendirmesine izin verilmesi, özdenetim, özyönetim ve üstü kapalı olarak vicdanlılık dediğimiz şeyi etkileyen yüksek ahlak ilkelerine duyulan önemli toplumsal güvenin altını çizmektedir.

Loncanın ve mahallenin iktidar için faydası yönetim ekonomisinde yatıyordu, çünkü iktidar hiyerarşik olarak yapılandırılmış özerk bir birimin temsilcisi olarak esasen *şeyh*le muhatap olmak zorundaydı. *Şeyh*, loncanın kıdemli üyelerine (kendileri de çıraklarını ve diğer kıdemsiz üyeleri temsil ediyordu)[34] danışarak fiyatları belirliyor, mesleğin yeni üyelerine ruhsat veriyor, kendi loncasını ilgilendiren davalarda bilirkişi olarak görev yapıyor ve *muhtesip*, birçok mesleki konuda kendisine danışıyordu. En önemlisi, lonca ve mahalle *şeyh*leri, her hükümdar için vazgeçilmez olan üç işlevi yerine getiriyorlardı: lonca üyelerinin ya da mahalle sakinlerinin isimlerini ve kişisel bilgilerini içeren bir sicil tutuyor, bu sicile dayanarak vergi toplanmasını organize ediyor ve polis ya da yeniçerilerin yardımıyla kendi loncalarında ya da mahallelerinde asayişi sağlıyorlardı.[35] Bunun o dönem için en ekonomik ve verimli yönetim biçimi olduğu su götürmez bir gerçektir.

Özellikle Osmanlıların gelişiyle birlikte loncalar ve mahalleler, İmparatorluktaki en küçük yönetim birimi olan mahkemeye daha sıkı bağlı hale geldi. *Şeyh*, lonca üyeleri veya mahalle sakinleri tarafından seçilmeye devam etse de, bundan böyle mahkeme tarafından onaylanacaktı; bu onay, *kâdı*nın yeni *şeyh*i tanıması ve yeni atamanın mahkeme siciline kaydedilmesinden ibaretti.[36] Mahkeme ayrıca lonca tarafından belirlenen fiyatları da genellikle *muhtesip* ve *şeyh*in üzerinde mutabık kalmasından sonra onaylar ve kaydederdi.

[33] Peirce, *Morality Tales*, 189–90.

[34] Meslek loncalarının hiyerarşisi hakkında bkz. El-Nahal, *Judicial Administration*, 58. Loncalar normalde aşağıdan yukarıya doğru çıraklar, kalfalar, ustalar, *şeyh* vekilleri ve *şeyh*lerden oluşurdu. Bazen, benzer işlerde uzmanlaşmış iki loncanın (örneğin, şerbetçiler ve tatlıcılar) tek bir *şeyh*i olurdu.

[35] Raymond, "Role of the Communities," 35; Gerber, *State, Society*, 113–26.

[36] El-Nahal, *Judicial Administration*, 58–60; Gerber, *State, Society*, 119–20; Marcus, *Middle East*, 173.

Bu fiyatların ihlali ya da ölçü ve tartıyla ilgili hileli fiillerin işlenmesi üzerine, *muhtesip* sanığı yargılanmak üzere mahkemeye çıkarırdı.

Loncaların ve mahallelerin devlete borçlu olduğu vergilerin belirlenmesinde de aynı prosedür izlenirdi. Hem vergi tahsildarı (*mültezim*) hem de *şeyh*, mahkeme tarafından onaylanacak ve kaydedilecek yıllık bir götürü meblağ üzerinde anlaşırlardı. Vergi tahsildarı üzerinde anlaşılan meblağdan daha fazla vergi topladığında, *şeyh* (bazen lonca veya mahallenin kıdemli üyeleri eşliğinde) normalde *kâdı* huzurunda ona karşı dava açardı.[37] Ancak ödemede temerrüde düşen mahalle ya da lonca olduğunda, vergi tahsildarı mahkemeye davacı olarak çıkardı. Bu gibi durumlarda, *kâdı* genellikle mahallenin ya da loncanın yerine getirmekle yükümlü olduğu bir ödeme planı hazırlardı.[38]

Bir önceki bölümde anlaşmazlıkların ve sosyal uyuşmazlık örneklerinin çoğunun olmasa da pek çoğunun arabuluculuk yoluyla yerel düzeyde çözüldüğünü belirtmiştik. Ailenin kıdemli üyeleri doğal müzakereciler ve hakemlerdi, ancak daha geniş anlaşmazlıklarda *şeyh* ve loncanın ya da mahallenin kıdemli üyeleri de bu tür roller oynuyordu. Bu sonuncular aynı zamanda kendi tabanlarının ortak çıkarlarının da temsilcileriydi. Mahallelerinde nadiren de olsa meydana gelen bir cinayet vakasında, temsilciler olarak, katilin bulunamaması halinde maktulün ailesine borçlu olunan kan parası olan *kasâme*den sorumluydular.[39] *Kasâme* miktarı daha sonra mahalledeki hanelerden tahsil edilirdi. Ancak *şeyh*ler, mahallelerinde ortaya çıkan bir sorunu mahalleli çözemediğinde mahallelerinin kurumsal çıkarlarının temsilcileri olarak da hareket ederlerdi. Sık sık kendi tabanlarının bazı üyelerine karşı davacı olarak mahkemeye çıkarlardı; bu üyeler istenmeyen niteliklere sahip ve kendileriyle uzlaşma seçeneğinin bulunmadığı kişilerdi. Yalan söylemeyi alışkanlık haline getirenler, iflah olmaz dedikoducular, azılı suçlular, kavgacı kişiler, fahişeler, alkolikler, huzuru bozan gürültücü ve yüksek sesli sakinler, kadın ve erkeklerin şüpheli bir şekilde karışmasına izin veren ve parti yapmayı alışkanlık haline getiren veya uygunsuz davranışlarda bulunan sakinler sıklıkla mahkemeye çıkarıldı.[40] Suçlamalar kanıtlanırsa, mahkeme genellikle

[37] Marcus, *Middle East*, 176.

[38] El-Nahal, *Judicial Administration*, 61–62, 67; Raymond, "Role of the Communities," 39; Gerber, *State, Society*, 124. Vergi tahsildarlarının köylülerin haklarını ihlal ettiği durumlara ilişkin örnekler için bkz. Peirce, *Morality Tales*, 328-29.

[39] Bkz. 10. bölüm, 3. kısım.

[40] Peirce, *Morality Tales*, 90; Raymond, "Role of the Communities," 40; El-Nahal, *Judicial Administration*, 21, 55; Gerber, *State, Society*, 39. Memlûklerde fahişeliğin farklı bir görünümü için bkz. Musaylihî, "el-Biğâ' fî Mısr."

bu kişilerin mahalleden taşınmasına karar veriyordu ki bu da bu tür durumlarda olağan bir uygulama gibi görünüyordu.[41] Bir yıllık sürgün cezası tipik bir uygulamaydı.

Loncalar veya mahalleler arasındaki sorunlar da çözüm için mahkemeye taşınırdı. *Şeyh*, mahallesinin çıkarları lehine başka şeylerin yanı sıra, suiistimal, ihmal veya sınır aşmaya karşı koruma talep ederdi. Örneğin, bir mahalleden diğerine geçişe izin veren bir yolun, mahalle sakinlerinin diğer mahallenin örf ve adetlerini ihlal ettiği gerekçesiyle kapatılması için *kâdı*ya dilekçe verebilirdi. Ayrıca, kendi mahallesinde yaşayanların mahremiyetini ihlal eden komşu bir mahalledeki pencerelerin kapatılmasını da isteyebilirdi. Aynı zamanda *şeyh*in, bir hamam sahibinin kötü muamelesine karşı tazminat talebiyle mahkemeye çıkması ya da harap bir caminin veya mahalle sakinlerinin güvenliğini tehdit eden yıkık bir duvarın onarımı için izin istemesi de sık rastlanan bir durumdu.[42]

Mesele şu ki, topluluklar - ister mahalle, ister lonca ya da köy şeklinde olsunlar - hükümet çevrelerinde temsil ediliyorlar ve *şeyh*leriyle başarılı bir yönetim biçimi (tesadüfen on dokuzuncu yüzyılın başlarında çökecek olan bir sistem) sağlayan kapsamlı bir çalışma ilişkisi geliştiriyorlardı. Bu iki taraf arasında her zaman *kâdı* bulunurdu ve o olmasaydı tüm işbirliği dengesi bozulurdu. Bu bağlamda, A. Raymond'un Osmanlı Kahire'sini tasviri, *gerekli değişiklikler yapılarak* temsili olarak alınabilir:

> Toplulukların varlığı ... kentin çok çeşitli düzeylerde yönetilmesine olanak sağlamıştır: güvenlik, ahlaki kontrol, yönetim, mikro-şehircilik. Bu toplulukların şehir coğrafyasına yerleştirilmesi, etkinliklerini ve birbirlerini tamamlamalarını sağlamıştır. Böylece Osmanlı yöneticilerinin, az masrafla ve özel bir idareye başvurmadan güvenlik ve kamu hizmetleri açısından temel ihtiyaçları bu şekilde güvence altına alınan şehir nüfusunu yönetmelerini sağladılar ... Kahire sakinleri, baskıcı ve keyfi bir yönetimle karşı karşıya bırakılan izole bireyler olmaktan çok, mesleki, dini ve özel hayatlarının tüm gerçeklerini kapsayan bir ağlar sistemine dahil oldular ... Şehrin kolektif yönetimi, görünürde herhangi bir idari aygıt olmadan verimli bir şekilde yürütüldü. Mahalle ve toplulukların yüz *şeyhi* ve loncaların iki yüz elli *şeyh*i

[41] Ancak zaman zaman suçlamalar kanıtlanamıyor ve dava düşüyordu. El-Nahal, *Judicial Administration*, 27.

[42] Raymond, "Role of the Communities," 40–41.

sürece dahil olmuştu. Bunlar, seçim ve işbirliğini birleştiren ve genel olarak yetkililerin, özel olarak da *kâdı*ların sürekli tetikte olan gözetimleri altında tebaanın itaat ve işbirliğini sağlayan bir sistemi yürütme amacını kolektif olarak yerine getirdiler.[43]

3. Yürütme Yetkisinin Sınırları

Bu tablo her ne kadar tamamen Osmanlı deneyimi için doğru olsa da, diğer hanedanlar ve bölgeler için de büyük ölçüde geçerlidir; istisnalar ya küçüktür ya da kısa ömürlüdür. Osmanlıların bu sistemi mükemmelleştirmeleri büyük ölçüde yaptıkları reformlardan birine, yani yargı dışı şikayet mahkemesi olan *mezâlim* mahkemesinin kaldırılmasına bağlıydı. Osmanlılar, siyasi/askeri bir organı devlet görevlilerinin suiistimallerini yargılayacak bir konuma yerleştirmek yerine, bu işlevi net bir şekilde Şeriat hakiminin yetki alanına yerleştirdiler. *Kâdı*, davaları dinleme ve karara bağlama ve daha da önemlisi, vali de dahil olmak üzere en üst düzey taşra yetkililerinin davranışlarının yasallığı hakkında karar verme yetkisine sahip tek devlet görevlisi haline geldi. Valilik makamının devrini denetleyen kişi *kâdı*dır: giden valiyi belgelerini, silahlarını, barutunu ve makamıyla ilgili diğer her şeyi teslim etmeye çağıran kişidir; yeni valiyi ve onun muhafızlar, mültezimler, su yolu muhafızları gibi astlarını onaylayan kişidir.[44] Aslında, valinin itaatini sağlamak için, İstanbul ile taşra *kâdı*ları arasındaki iletişim hatları herhangi bir aracı memur tarafından kısıtlanmadan açık tutulurdu. Açıkçası, taşra valilerinin istismarcı yetkilerini sınırlamak, on ikinci/on sekizinci yüzyılın sonlarında taşra ayrılıkçılığını kontrol etmedeki başarısızlığının da gösterdiği gibi, günün sonunda İstanbul'un askeri gücüne bağlıydı.[45]

Öte yandan Babür ve Memlük yönetimi, Osmanlı uygulamasıyla karşılaştırıldığında, sırasıyla farklıdan muhalife uzanan bir yargı deneyimi yelpazesini temsil ediyordu. Babürlüler Osmanlılarla, diğer çağrışımlarının yanı sıra zorbalık anlamını da taşıyan bir terim olan *zulm*e karşı zayıfların sultan tarafından korunması ilkesini paylaşırken, taşradaki tüm cezai yargılama yetkisini kamu düzenini ve güçlü *zamindâr*ların aşırılıklarını kontrol eden *faujdâr*lara verdiler. Kent merkezlerinde *kâdı*, idari sorumluluğun bir kısmını üstlenmesine rağmen geniş bir adli sorumluluğu da üzerine aldı. Ancak bölge

[43] *A.g.e.*, 41.
[44] El-Nahal, *Judicial Administration*, 65–66.
[45] Marcus, *Middle East*, 73–74, 113.

valisi olan *nâzım*ın *kâdı*ların yargı yetkisini devralması nadiren karşılaşılan bir durum değildi, zira *nâzım* hangi davaların *kâdı*ya devredileceğine, hangilerini kendisinin karara bağlayacağına ya da başka bir görevliye devredileceğine sıklıkla karar veriyordu.[46] Asıl mesele, Babürlüler döneminde *kâdı*ların yüksek idari görevlilere bağlı kalmasıdır, ancak "Nazım'ın ... karar verdiği şey hakimlerin kararları ile uyum içinde olmalıdır."[47]

Memlük idaresi altında, özellikle Suriye'de, *mezâlim* mahkemeleri (hukuk eğitimi almış hakimler değil, *hâcib*ler tarafından yönetilirdi) adli hiyerarşinin en tepesine yükseltildi, bu dikkate değer ama nadir olmayan bir uygulamaydı.[48] Ama sonra daha da ileri gittiler. Bazı *hâcib*lerin gücünün artmasıyla Memlükler *mezâlim* mahkemelerinin işlevini genişlettiler. Sultan el-Melik el-Kâmil b. Kalavun (hükümdarlığı 678-89/1280-90) döneminde bazı emirler, sivil halk üzerinde yargıç olarak hareket etme gibi eşi benzeri görülmemiş bir uygulamaya başladılar ve böylece Şeriat'ın alanını açıkça ihlal ettiler. Memlük memurlarının ara sıra da olsa *kâdı*ya dilekçe vermesi bile yasaklandı ve ilk kez bu tür dilekçe verenler şeriat mahkemelerinden sürüklenerek çıkarıldı, dövüldü ve ağır para cezaları ödemek zorunda bırakıldı.[49] Şeriat mahkemelerinin yargı yetkisine müdahale kısa bir süre sonra durdurulmuş olsa da, *mezâlim* mahkemelerinin işleyişi, Osmanlılar bunların yerine katı şer'î kurumlar getirmeden önce, on altıncı yüzyılın sonlarına kadar devam etti. İdari görevlilerin davranışları hakkında hüküm vermek bundan böyle diğer idari görevlilerin değil, *kâdı*ların görev alanıydı.

Mezâlim görevlerini öncelikle *kâdı* ve dolaylı olarak da *muhtesip* üstlenmiştir. Ancak bu konuya geçmeden önce, *muhtesip* hakkında biraz açıklama yapmak yerinde olacaktır. "İyiliği emretme ve kötülükten men etme" ahlaki kavramından türeyen (*hisbe*, dolayısıyla *ihtisâp* ve *muhtesip* terimleriyle ifade edilir) bu işlev muhtemelen İslam öncesine dayanır ve ikinci/sekizinci yüzyılda belirgin bir şekilde dini çağrışımlar kazanmıştır. Mâverdî'nin tamamen teorik bir çalışma olmayan *el-Ahkâmü's-Sultâniyye*'sine göre *muhtesip*, *kâdı* ile üç spesifik alandaki anlaşmazlıklara bakma vazifesini paylaşır ve görevi bu alanlarla sınırlıdır: (1) ağırlık ve ölçülerle ilgili hileler; (2) ticari malların satışı ve fiyatlandırılmasında hile; ve (3) borçlunun ödeme

[46] Siddiqi, "Institution," 240–59; Singha, *Despotism*, 4–7.
[47] Akbar'ın *Firmân* of Justice (1672) adlı eserinden alıntı, Singha, *Despotism*,14-15.
[48] Peirce, *Morality Tales*, 347, Mandaville'in Şam ile ilgili çalışmasına atıfta bulunuyor.
[49] Ayalon, "Great Yâsa," IVd, 108.

gücü varken borcunu ödemeyi reddetmesi. Nakdi sözleşmeler gibi ticari işlemler ve satışlarla yakından bağlantılı olsalar bile, başka tür davalara bakamazdı. Kendisine verilen üçlü yargı yetkisi dahilinde bile, çözümü için delil ve tanık dinlenmesi gerektiren davaları da üstlenemezdi. Bu son sınırlama, *muhtesib*in görevinin kapsamını, yani düpedüz ticari dolandırıcılık ve açık piyasa suiistimallerinin söz konusu olduğu durumlarda suçüstü yakalanan ihlalcileri disipline etme işlevini daha net bir şekilde tanımlamaktadır. Bunlara ilave olarak, mahalle sakinlerini Cuma namazlarına katılmaya ve genel olarak iyi davranışlar ortaya koymaya teşvik etmekle görevlendirildi. Ancak ne yargı kararı verme (*hüküm*) ne de borcunu ödemediği gerekçesiyle herhangi bir kişiyi hapsetme yetkisine sahipti. *Kâdı* ile *muhtesib*in görevleri arasındaki bir başka fark da burada yatmaktadır: *Kâdı*, meclisine başkanlık ederek davacıların huzuruna çıkmasını beklediği için pasif bir görev üstlenirken, *muhtesib*in görevi aniden ortaya çıkarak yanlış uygulamaları daha işlenirken dizginleyebildiği için proaktiftir. Ancak yürütme yetkisi söz konusu olduğunda, tıpkı *kâdı*nın *mezâlim* mahkemelerine başkanlık eden yargıçtan daha alt sıralarda yer alması gibi, *muhtesip* de *kâdı*dan daha alt sıralarda yer alıyordu.[50] Bu sıralamanın, hiçbir resmi hiyerarşi tarafından onaylanmayan normatif bir uygulama meselesi olduğu açıktır.

Muhtesip aynı zamanda devlet görevlilerini yolsuzluk ya da sultan tarafından kendilerine verilen yetkileri kötüye kullanma suçlamalarıyla mahkemeye çıkarmış olabilir, ancak bu tür ihlalleri karara bağlayan kişi *kâdı*dır. Bazı bölgelerde ve öyle görünüyor ki sadece Osmanlılar döneminde *kâdı* bizzat *muhtesip* sıfatıyla hareket etmiştir.[51] El-Nahhal, on yedinci yüzyıl Kahire'sinde *kâdı*ların bizzat çarşıyı gezerek *muhtesib*in görevlerini yerine getirdiğini bildirmektedir.[52] *Kâdı*ya bu görevlerin verilmesi, bu sıfatla hizmet verebilecek nitelikte bir memurun geçici olarak bulunmamasından ya da bazı bölgelerde *muhtesib*in vergi toplamakla görevlendirilmesinden kaynaklanmış olabilir; bu vazife, her ikisi de vergi geliri kaynağı olan loncaların ve pazarların müfettişi sıfatının bir uzantısı olarak görülmüş olabilir.

*Kâdı*nın zaman zaman *muhtesib*in vergi toplama alanındaki teftiş görevlerini üstlenmesi, Osmanlıların temel bir politikasının altını

[50] Mâverdî, *Ahkâm*, 208-09.

[51] Mandaville, "Muslim Judiciary," 85, Memlükler döneminde kadıların hiçbir zaman *muhtesip* olarak görev almadıklarını bildirmektedir. Ancak on ikinci/on sekizinci yüzyıl Halep'inde *muhtesib*in vazifesi tamamen ortadan kalkmış gibi görünmektedir. Bakınız Marcus, *Middle East*, 173.

[52] El-Nahhal, *Judicial Administration*, 26. Krş. Gerber, *State, Society*, 69.

çizmektedir: Dâire-i Adalet'te yerleşik olan felsefeye uygun olarak, devlet görevlilerinin gücü her noktada sınırlandırılmalı ve kontrol edilmelidir. On sekizinci yüzyılın sonlarına kadar sistem iyi işledi, çünkü bir dizi faktör bir araya gelerek bu frenleyici etkileri yarattı. Birincisi, sivil halk sarsılmaz bir adalet standardı olan Şer'î hukuka tabiydi. Böylece halk, can ve mal açısından hükümdarın kaba gücüne karşı dokunulmazlığa sahipti. Hükümet yetkilileri ise tam tersine, yerinde bir ifadeyle sultani olarak adlandırılabilecek daha az merhametli bir kanuna tabiydi. Burada İslam topraklarında adaletin eşsiz bir özelliğine rastlıyoruz; sivil halktan hiçbir erkek ya da kadın, Müslüman, Hıristiyan ya da Yahudi, Şeriat mahkemesi yargılaması olmaksızın cezalandırılamazken -büyük ölçüde hükümdarın iradesinden bağımsız olarak- sultani kanun, hükümdarın kendisi ve adamları için mutlaktı.[53]

Hükümdarın sadece kendi kanunlarına değil, daha da önemlisi Şeriat kanunlarına da uyması beklenirdi. Hoşgörü, merhamet ve neredeyse sonsuz bağışlama bekleniyordu; bunlar, ihlal edildiğinde hükümdarın azledilmesine ve hatta Osmanlı'nın sonraki dönemlerinde sıkça rastlanan bir olay olan ölümüne neden olabilecek yönetim standartlarıydı. Siyasi iktidarın herhangi bir meşruiyet kazanabilmesi için bu standartları karşılaması ve ahlaki ve hukuki açıdan sorumlu bir şekilde hareket etmesi gerekiyordu. İslam hukuk sistemine pek sempati duymayan Avrupalı gözlemciler bile bu özelliği kabul etmek zorunda kalmışlardır. Hindistan'ın son dönem Babürlerini anlatan on sekizinci yüzyıl İngiliz bilim adamı Alexander Dow, Şeriatın "Prens'in iradesini sınırladığını" ifade etmiş ve şu gözlemde bulunmuştur: "Timur Hanedanı her zaman [yasalara] uyuyordu; ve asırların pratiği bazı eski adetleri ve fermanları halkın gözünde o kadar kutsal hale getirmiştir ki, basiretli hiçbir hükümdar ahlaksız bir güç eylemiyle ikisini de ihlal etmeyi seçmezdi."[54]

Dolayısıyla *siyaset*, hiçbir şekilde siyasi yönetimin sınırsız gücü değil, temelde bir hükümdarın tebaasını yönetirken bilgelikle, hoşgörüyle ve sağduyu ile davranmasıydı. Sivil halk söz konusu olduğunda, bu nitelikler *kâdı*ların nihai yargıç ve dini hukukun temsilcisi olarak kabul edilmesinde kendini gösteriyordu, çünkü sultan tarafından *kâdı*ya havale edilen her davada, Şeriat ve *kanun*un

[53] İnalcık, "Suleiman the Lawgiver," 111, bu ikili adalet biçiminin "Ortadoğu devleti dediğimiz şeyin özü olduğunu" yazmaktadır. Ayrıca bakınız Mardin, "Just and the Unjust," 116.

[54] Strawson, "Islamic Law and English Texts," 35'ten alıntı.

uygulanmasına dair kati *irâde-i seniyye* geliyordu.[55] Öte yandan, imparatorluk görevlileri de özellikle ilk ya da daha az ciddi ihlallerde sıklıkla sultanın bağışlama erdeminden yararlanırken sonuçta mutlak, hızlı ve sert olan sultan kanunlarına tabiydiler. Sultanın kendi adamlarına ve dolayısıyla kendisine tam bir bağlılık borcu olan resmi temsilcilerine karşı yargısız infaz hakkı saklıydı.[56] Zira çocukluklarından itibaren devletin hizmetkarları olarak yetiştirilen bu adamlar kelimenin tam anlamıyla *saltanat*a aitti. Kendileri ve yaşamları boyunca biriktirecekleri tüm servet, saltanatın malıydı; ve bu mal, sultanın takdirine bağlı olarak geldiği yere geri dönecekti.

İran'dan Fas'a kadar yüzyıllar boyunca hüküm süren bu yönetim sistemi, büyük ölçüde yanlış anlaşılan *müsadere* olgusunu, yani Memlükler döneminde zirveye ulaşan ancak Osmanlılar döneminde azalmış gibi görünen, devlet adamlarının ölümleri veya görevden alınmaları üzerine mallarına el konulması olgusunu da açıklamaktadır. Bir sultanın bir sivilin, hatta zengin bir tüccarın mülküne el koyması nadiren görülen bir durum olsa da,[57] bu devlet adamlarının görevlerine son verildiğinde tüm servetlerini kaybetmeleri normaldi (neredeyse kaçınılmaz bir *müsadere*den önce ve bunu bekleyerek büyük mülklerin *vakıf* olarak devredilmesi uygulaması bundan kaynaklanıyordu). *Saltanat* makamının iyi niyetiyle verilenler aynı makam tarafından geri alınıyordu ve buna mal ve can da dahildi. Böylece, hem Osmanlılar hem de daha önceki hanedanlar altında yönetim ve idare, sivil nüfusun ve sıradan halkın adil yargılanma haklarından ve şer'î hukuk ve usulün tamamından yararlandığı, ancak onları yönetenlerin tamamen başka bir hukuka tabi olduğu benzersiz bir mantık gerektiriyordu.[58]

Böylece *kâdı*lar da dahil olmak üzere devlet görevlileri, hükümdar olarak hizmetkarlarının yaptığı her türlü adaletsizlikten sorumlu olan padişahı temsil ediyorlardı. Osmanlılar, *mezâlim*in fiilen kaldırılmasıyla *kâdı*nın yetkilerini artırmış, onu kamu görevlilerinin fiillerinin yargıcı haline getirmiş ve Şeriatın yargı yetkisinin üstünlüğünü teyit etmiştir. Ancak görevin kendisi aynı zamanda artık eskisine nispetle daha doğrudan olan araçlarla işlemeye devam etti. Kamu görevlilerinin ve *kâdı*ların suiistimalleri doğrudan sultana ya da Bâbıâli Şikâyet

[55] Jennings, "Limitations," 164, 166, 167.

[56] *A.g.e.*, 164.

[57] Kötü şöhretli *müsadere* uygulayıcıları olan Memlükler döneminde bile özel mülkiyete el konulması nadirdi. Bkz. Mandaville, "Muslim Judiciary," 77. Osmanlılar için bkz. Mardin, "Just and the Unjust," 116.

[58] Peirce, Morality Tales, 315, bu durumdan bir "paradoks" olarak bahseder.

Dairesi'ne iletilebiliyordu. Bu yönetim anlayışı ve uygulamasında dikkat çekici olan şey, kurumların (ya da anayasaların) arzu edilen ve adil bir şekilde yürütülmek istenen bir etiğe dayanmaktan çok, siyasi meşruiyet ve "devlet" ile toplumun refahı için vazgeçilmez olarak görülen farklı bir etiğe dayanmasıydı. Başka bir deyişle, bu bir kültürdü. Çünkü sultanın kendisi, *Dîvân-ı Hümâyun*'u ve Şikâyet Dairesi, şehirli seçkinler kadar köylüler için de erişilebilirdi. Dolayısıyla vergi ödeyen tebaa ile imparatorluk düzeni arasında bir iletişim hattı her zaman açık bırakılmıştır.[59] Yönetim ve toplumun simbiyotik varlığı, Şeriata dayalı bir siyasi topluluğun gerekliliklerini yerine getiriyordu ve bu olmadan Dâire-i Adalet'in amaçlarına ulaşılamazdı.

İkinci olarak, sahada çalışan imparatorluk görevlilerinin kendileri de hükümdarın temsilcileri ya da onun bölgesel temsilcisi olan valinin temsilcileri olarak atandıkları toplulukların üyeleriydi. Yerel görevliler çevrelerini tanıyan tek idari personeldi, çünkü eyalet valilerinin çok sık yer değiştirmesi -ki bu her şeyden önce tam da yerel bağlantılar ve bir güç tabanı oluşturmaya karşı bir sigorta olarak tasarlanmıştı- onları yerel nüfusu yakından tanıyamaz ve dolayısıyla onlarla ilgilenemez hale getiriyordu. Yerel sorunları görüşmek üzere düzenli olarak toplanan vali meclisinin (*dîvân*) *kâdı*ları, vergi tahsildarlarını, eşrafı, önde gelen *müftî*leri, mahalle ve lonca *şeyh*lerini ve halktan bir dizi başka figürü içermesinin nedeni de budur.[60] Dolayısıyla bu yerel görevliler, sultana ve imparatorluğa gösterebilecekleri sadakatin, kendi sosyal, ekonomik ve ahlaki ağlarını korumak için sahip oldukları yerel çıkarlar tarafından hafifletileceği ve dengeleneceği kesişen çıkarlara tabiydi.[61] Gerçekten de yerel *kâdı*lar, *şeyh*ler, *müftî*ler ve hatta mültezimler kendi topluluklarının çıkarlarının savunucuları olarak mecliste yer alıyordu ve bu çıkarlar onların meclise atanmalarını meşrulaştırıyordu.

Üçüncüsü ve yukarıdaki iki hususta pek de ayrı düşünülemeyecek olan, devlet görevlilerinin hükümdara sadakatinin bizzat Dâire-i Adalet'in gerekleri içerisinde yer almasıydı. Yine de, bu gerekleri

[59] Zarinebaf-Shahr, "Women," 85.

[60] Marcus, *Middle East*, 82.

[61] Peirce, *Morality Tales*, 330. Marcus, *Middle East*, 79, 82, bu yerel görevlilerin merkezi hükümetin eyaletler üzerindeki egemenliği için elzem olduğunu gözlemler. "Geçici Osmanlı memurlarının aksine, yerel liderlerin şehirde kökleri ve takipçileri vardı ve toplumun iç işleyişine aşinaydılar. Yerel kontrol ağları onlara hükümete yardım etme ya da onun altını oyma imkanı veriyordu... Osmanlı yönetim sistemine daha yüksek otoriteye karşı sorumlu sadık yardımcılar olarak katılsalar da, yerel liderler yukarıdan gelen tam kontrole boyun eğen itaatkar kişiler değillerdi" (a.g.e., 84).

yerine getirebilmek için *siyaset, kanun* olarak bilinen şeyin Şeriata ilave edilmesini gerektiriyordu. *Kanun* genellikle sadece dini hukukun hükümlerini öne sürerek hem bu hükümlere vurgu yapmak hem de sultanın iradesini Şeriata uygun olarak tasvir etmek amacını taşıyordu. Bu durumlarda meşruiyet arayışı açıkça görülmektedir. Ancak *kanun*, özellikle başarılı bir rejimin temel taşı olan kamu düzeniyle ilgili alanlarda dini hukuka katkıda bulunmuştur. Yol kesicilik, hırsızlık, yaralama, cinayet, zina ve fuhuş (ve bunlarla suçlama), tefecilik, vergilendirme, toprak mülkiyeti ve kategorik olarak tüm "huzur bozucu durumlar" ile ilgili kamu düzeni, ilave-*şer'î* yasalar ile sağlandı.[62] Bu ilave-*şer'î* hükümlerin katı bir şekilde uygulanması amacıyla *kanun*, işkenceye (özellikle hırsızları itiraf ettirmek için) ve Sultan'ın yürütme otoritesi tarafından yol kesicilerin idam edilmesine izin vermiştir. Kanuni faiz, ilave vergiler ve işkence, hukukçulara göre belki de en sakıncalı mevzuat alanlarıydı. Dördüncüsü, bazı Şeyhülislâmlar sıklıkla kanuna ve özellikle de bu üç hükme karşı çıkmışlardır.[63] Fakîhlerin itirazlarına rağmen, ince ama kapsamlı içeriğiyle *kanun*, çoğunlukla hukuk kültürünün ayrılmaz bir parçası ve *siyâset-i şer'iyye*nin -her şeyden önce- gerektirdiği ilave-hukuk unsuru olarak görülmüş ve kabul edilmiştir.[64]

Şeriat ve *kanun*, ayrıştıklarından çok daha fazla ortak noktaya sahipti. Gerçi *kanun*un Şeriatı ihlal ettiği önemli durumlar ortaya çıkmıştı,[65] ancak *kâdı*lar ve *müftî*ler ellerinden geldiğince bunları görmezden geliyorlardı.[66] Bununla birlikte, ikisi arasındaki benzerlikler daha dikkat çekiciydi. Peirce'in de belirttiği üzere, hem *kanun* hem de Hanefî hukuku, her biri kendi alanında ama aynı zamanda karşılıklı olarak kümülatif bir geleneği kabul etmiştir: sonraki ekol metinleri (ve özellikle Osmanlıların resmi *mezheb*i olarak kabul edilen Hanefî ekolün metinleri) öncekileri asla ilga etmemiş ve kurucu isimlerin doktrinleri çok daha sonraki *fetvâ* literatürüne ve müellif-*fakîh* derlemelerine karışmaya devam etmiştir.[67] *Kanun* da kümülatif bir söylemdi; her sultan kendi fermanlarını ortaya koyarken, seleflerinin fermanlarını büyük ölçüde muhafaza ediyordu. Sürdürülebilir olmak için, hukuki farklılığın geçerliliğini ve gerekliliğini

[62] Gerber, *State, Society*, 62–63. Java'daki benzer durum için bkz., Ball, *Indonesian Legal History*, 37–39.
[63] Heyd, *Studies*, 152–57, 192–93; Gerber, *State, Society*, 63.
[64] Gerber, *State, Society*, 64–65, 77.
[65] Heyd, *Studies*, 180–83.
[66] Gerber, *State, Society*, 64–65; Heyd, *Studies*, 191–92.
[67] Hallaq, *Authority*, 57–120.

kendi yapılarına entegre etmek bu kümülatif hukuk geleneklerinin doğasında vardı. Hukuk ekollerindeki bireysel *ictihad* kavramı, farklı zaman ve mekanlarda farklı *kanun*lar ortaya koyan bireysel sultan fermanlarının bir benzerini oluşturmuştur. İki geleneğin sergilediği iç farklılıklar, açıkça İmparatorluk genelindeki yerel ve bölgesel farklılıklara uyum sağlamayı amaçlıyordu. Tıpkı Şeriatın *fıkh*ın uygulanmasında yol gösterici bir ilke olarak yerel örfte ısrar etmesi gibi, *kanun* da çeşitli derlemelerinde belirli şehirlerin, bölgelerin ve vilayetlerin ihtiyaçlarını karşılamıştır. *Kanunnâme*ler gerek bu yerel düzeylerin her birinde gerekse İmparatorluğun evrensel düzeyinde çıkarılmıştır. Şeriat hukuku gibi *kanun* da değişime uyum sağlamak ve artzamanlı ve eşzamanlı coğrafi varyasyonlara cevap vermek için yapısal mekanizmalar geliştirmiştir. Son olarak ve hiç de küçümsenmeyecek bir şekilde, her iki sistem de kendi kurallarını "koşullar ne olursa olsun dayatılacak bir dizi esnek olmayan kuraldan ziyade tahammül edilebilir olanın sınırlarının bir ifadesi" olarak görüyordu.[68]

*Kanun*la ilgili çarpıcı olan ve Osmanlı'nın şer'î adalete en geniş alanı tanıma politikasıyla tutarlı olan şey, *kâdı*nın *kanun*un uygulanmasında tek yetkili olduğu gerçeğidir. *Kâdı*, mahkemede yargılanmadan hiçbir cezanın verilemeyeceği hükmünü yinelemekten çekinmeyen *kanun*un nihai yöneticisi ve son yorumcusuydu; ve gerçekten de mahkeme kayıtlarından elde edilen deliller, cezalandırma kararının yalnızca *kâdı*ya ait olduğunu ve cezaların verilmesinin normalde yürütme yetkisinin alanı olduğunu çok açık bir şekilde göstermektedir. Daha sonraki birkaç sultanın *kanunnâme*lerinde sık sık tekrarlanan *kanun* hükmü, aslında devlet memurlarının sivil halka haksızlık yapmalarına yol açabilecek davranışlarına karşı doğrudan bir yasak teşkil ediyordu.[69] Örneğin Kanuni Sultan Süleyman'ın *kanunnâme*sine göre,[70] "yürütme görevlileri [Şeriat] *kâdı*sının izni olmadan hiç kimseyi hapsedemez ve bedensel bir ceza veremezler.

[68] Peirce, *Morality Tales*, 122.

[69] Heyd, *Studies*, 177: Yürütme otoritesinin baskısını önleme amacına ulaşmak için, *kanunnâme*ler "halkın bilgisine sunulmalıydı, böylece her vatandaş haklarının ya da daha doğru bir ifadeyle, yetkililerin haklarının sınırlarının farkında olacaktı. Bu nedenle, gönderildikleri *kâdı*lara ya da valilere çoğu zaman açıkça bunların halka okunması emredilirdi. On altıncı ve on yedinci yüzyıllarda halk 120 *akçe* karşılığında Merkezi Hükümetten bir *kanunnâme*nin suretini alabiliyordu ve herhangi bir vatandaş daha az bir ücret karşılığında yerel mahkemeden *adaletnâme*nin tasdikli bir suretini isteyebiliyordu, böylece haklarını kanıtlamak için gerekli olan her yerde bunu sunabiliyordu." Yeni padişah, *adaletnâme*de "tüm tebaasına, özellikle de yoksullara ve çaresizlere adaletin uygulandığını görmek istediğini ve devlet görevlilerinin her türlü zulmünü kesinlikle yasakladığını" teyit etmiştir (*A.g.e.*, 150, n. 4). Ayrıca bkz. İnalcık, "Suleiman the Lawgiver," 105.

[70] İnalcık, "Suleiman the Lawgiver," 111–26.

Ve bir kişinin suçunun [niteliğine] göre para cezası tahsil edecekler ve [ödenmesi gerekenden] fazlasını almayacaklardır. Eğer alırlarsa, hakim fazlalığın miktarına karar verecek ve onu [mağdura] iade edecektir."[71] Dolayısıyla *kanun*, Şeriatın konumunu ve hükümlerini güçlendirip tamamlayarak onu desteklerken, Şeriat ise sultani adaletin müdahalesini gerektiriyordu. Bu birbirini tamamlayan ikilik, ister padişah, ister şeyhülislam, ister vezir ya da *kâdı* olsun, Osmanlı yetkililerinin hukuki söyleminde çeşitli ferman ve mektuplarda mütemadiyen ifade edilmiştir: adalet her zaman "Şeriat ve *kanun*a göre" yerine getirilmelidir.[72]

4. Osmanlılarda Yargı İdaresi

Osmanlı yönetimi kendisini bir yandan İslami Türk-Fars siyasi kültürünün, diğer yandan da daha belirgin bir şekilde Arap hukuk geleneğinin mirasçısı olarak görüyordu.[73] Ayrıca, İmparatorluk Sarayı'nı işletmek üzere işe alınan insan gücünün önemli bir kısmının Güneydoğu Avrupa'dan, özellikle de Balkanlar'dan geldiği daha az bilinmekle birlikte yine de önemlidir. İlk iki unsur doğrudan, üçüncüsü ise dolaylı olarak bir araya gelerek, selefleriyle pek çok ortak noktayı paylaşan ama aynı zamanda onlardan temel olmasa da bazı önemli açılardan farklılık gösteren bir İmparatorluk ve hukuk sistemi ortaya çıkardı.

Bu farklılıkların bir kısmı başka faktörlerin yan ürünü olsa da, bunlar çoğunlukla değişiklikleri uygulamaya yönelik bilinçli ve son derece kasıtlı çabaların sonucuydu. Sünni dünyanın diğer hanedanları tarafından değil de Osmanlılar tarafından karakteristik olarak gerçekleştirilen temel bir değişiklik, Hanefî ekolünü İmparatorluğun resmi hukuku olarak benimsemeleriydi. Elbette diğer ekoller hiçbir zaman ortadan kalkmadı ve hem halkta hem de yargıda -azalarak da olsa- müntesiplerini korudular. Bir vilayet İstanbul'dan ne kadar uzaksa ve ne kadar az stratejikse, bu politikadan o kadar az etkileniyordu. Ancak başkente komşu vilayetler ve bölgeler bundan önemli ölçüde etkilenmiştir. İmparatorluktaki her büyük şehrin ya da eyalet başkentinin başında Hanefî bir *kâdılkudât*, yani başyargıç bulunur ve şehrin çeşitli mahallelerine ve eyaletin tamamına vekiller tayin

[71] Peirce, *Morality Tales*, 119, 327.

[72] Jennings, "Limitations," 166, 168; Peirce, *Morality Tales*, 119.

[73] İnalcık, "Suleiman the Lawgiver," 107–08; Kozlowski, "Imperial Authority,"356–57. Memlük ve Zülkadir ceza kanunları ile diğer kanunların Osmanlı *kanunnâme*lerine dahil edilmesi hakkında bkz. Heyd, *Studies*, 38-53.

ederdi (bu vekillerin şehrin ya da bölgenin baş *kâdı*sı tarafından atanması yaygın bir uygulamaydı).[74] Bu *kâdı* vekillerinden bazıları Hanefî olmayan kişilerdi ve sakinleri Şâfiî, Hanbelî ya da Mâlikî olan mahalleler ile büyük köylerdeki mahkemelerde görev alıyorlardı. Ancak resmi sistem ve hükümet aygıtı özünde Hanefîydi ve devlet hukuk sisteminde (Osmanlılar döneminde tüm hukuk alanlarının en prestijli ve güçlüsü) herhangi bir ilerleme Hanefî hukuk eğitiminin yanı sıra Hanefî *mezheb*ine mensubiyeti de gerektiriyordu. İstanbul'dan atanan baş *kâdı*ların hepsinin Hanefî olmasının nedeni yargıyı yöneten hukukçuların sadece İstanbul'daki Hanefî saray medreselerinin ürünü olmalarıydı. Yargı ve devlet kariyerlerinde en üst seviyelere yükselebilmek için de baştan sona Hanefî kalmaları gerekiyordu. Bu politikanın etkileri açıktı: Hukuk camiası, hukuk öğrencileri ve Hanefî olmayan hukukçular, kariyer fırsatları aramak için Hanefî mezhebine geçmeye teşvik edildi ve gerçekten de böyle yaptılar. Örneğin, Bilâdüşşam'da 922-23/1516-17'deki Osmanlı fethi sırasında genel olarak nüfusun ve özel olarak da hukukçuların çoğunluğu Şâfiîyken,[75] on dokuzuncu yüzyılın sonunda bu bölgede sadece küçük bir Şâfiî azınlık kalmış, geri kalanlar Hanefî olmuştur.

Bu tür etkiler, tebaada yeknesaklık yaratmaya ve mümkünse İmparatorluk genelinde, ama kesinlikle ana eyaletlerin her birinde adalet sistemini düzenlemeye yönelik bilinçli bir çabanın sonucuydu.[76] Avrupa'da olduğu kadar Osmanlı İmparatorluğu'nda da yeknesaklık çağı başlamıştı.[77] Başka bir deyişle, yeknesaklık yönetim, idare ve kontrol maliyetlerinin düşük olmasını gerektiriyordu, çünkü sonuçta ekonomik verimlilik her türlü yönetim biçiminin olmazsa olmazıydı.

---

[74] Örneğin Kuzey Afrika Malikileri için bkz. Hattâb, *Mevâhib*, VI, 107.

[75] Mandaville, "Muslim Judiciary," 7-8, 67-68, 68a (sayfa numarası yok), 85, Suriye ve Mısır'daki Memlük yargısında Şafii hakimlerin ve *kâdı* vekillerinin hakimiyetinden bahseder. Şafiiler, siyasi açıdan hassas bir kamu görevi olan Şam Emevi Camii *imamlığı*nı da tekellerine almışlardı. Dahası, "yargı mensupları tarafından doldurulan makamlar, genellikle Şafii ekolüne mensup önde gelen ailelerin üyeleri tarafından dolduruluyordu." Ancak Memlükler hiçbir zaman Osmanlıların Hanefîlikte yaptığını Şafiilikte yapmadılar. Her şehrin dört mezhebe mensup baş *kâdı*ları vardı ve hukuk eğitimi ve yargı idaresinde Şafii hiyerarşisi gelişmemişti ki bunların hepsi Osmanlının karakteristik özellikleriydi.

[76] Peirce, *Morality Tales*, 287.

[77] Her ne kadar Avrupa'da daha yüksek bir tekdüzeliğe ulaşmak daha yüksek düzeyde baskı ve şiddet gerektirse de, Osmanlılar bundan kaçınmaya çalışmıştır. Ancak Osmanlıların on beşinci ve on altıncı yüzyıllarda (ve on yedinci yüzyılın başları ile on dokuzuncu yüzyıllar arasında Avrupa'da) elde etmeye çalıştıkları ve büyük ölçüde başardıkları tekdüzelik biçimlerinin ve düzeyinin Afro-Avrasya'da daha önce görülmemiş olduğu belirtilmelidir. Muhtemelen, on altıncı ve on yedinci yüzyılların büyük bir bölümünde Osmanlı İmparatorluğu ve Avrupa, yönetim ve bürokrasi (Avrupa'da modernitenin temelleri ve karakteristik özellikleri olarak katlanarak gelişmeye devam etmiştir) açısından birbirlerini yansıtmaktaydı.

Hanefî mezhebinin İmparatorluğun resmi mezhebi olarak benimsenmesinin dolaylı bir etkisi de Arapça konuşulan vilayetlerdeki hukukçuların önemli ölçüde marjinalleşmesiydi, zira İstanbul merkezli idari bürokraside oynayacakları çok az rol vardı.[78] Aynı durum Balkanlar için de geçerli gibi görünüyor. Başkentteki üst düzey yöneticilerin tamamı İstanbul elitleri tarafından yetiştirilen ve aynı şehrin saray *medrese*lerinde eğitim gören "Türkler" (Rumlar) olmakla kalmayıp,[79] Suriye ve Mısır da dahil olmak üzere Arap vilayetlerinin adli işlerini yürütmek üzere atanan neredeyse her baş *kâdı* da öyleydi. Suriyeli ve Mısırlı *müftî*ler ve *kâdı*lar eğitimlerini yerel olarak, özellikle de Mısır'da alıyordu. Bu *müftî*ler, bilgi birikimleri ve dini sosyal konumları sayesinde yerel düzeyde bir itibara sahip olsalar da, tıpkı mahalli eğitim almış *kâdı*ların "Türk" *kâdılkudât*ın altında *kâdı* yardımcılığından daha yüksek bir pozisyona talip olamamaları gibi, resmi makamların dışında kaldılar.

Ancak İmparatorluğun işlerinin idaresini "Türklerin" eline vermek milliyetçi bir hareket değildi. Belirgin bir şekilde Avrupa kökenli olan milliyetçilik, on dokuzuncu yüzyılın ikinci yarısından önce Osmanlıların aklında yoktu ve bu dönemde bile belirli belirsiz bir şekilde vardı. Daha ziyade, Osmanlı yönetiminin Türkleştirilmesi, çok sayıda etnik köken, dini mezhep, dil, kültür ve sonsuz çeşitlilikte alt kültüre sahip geniş bir yelpazede olan İmparatorluğu verimli bir şekilde yönetebilecek birleşik ve merkezi bir bürokrasi yaratmayı amaçlıyordu. Yerel ve mahalli olarak eğitilmiş *kâdı*ların kaçınılmaz yardımıyla bir eyaletin yargısını yürütmek üzere gönderilen İstanbul'da eğitim görmüş "Türk" bir baş yargıç modeli, Osmanlıların yayımlamakta oldukça başarılı olduğu çok katmanlı *kanunnâme*lerde anlamlı bir karşılık buldu. "Evrensel" *kanun*lar bir bütün olarak İmparatorluk içinde kapsayıcı bir birlik yaratmayı amaçlarken, şehirler ve hatta belirli mahkemeler için çıkarılan *kanun*lar (genellikle *resim* veya *ferman* olarak adlandırılır), muhatapların kültürel farklılıklarına büyük bir hassasiyet göstererek kanun ve düzeni empoze etmeyi amaçlıyordu. Taşra *kanun*ları, hem şehrin yerel bağlamını hem de bir bütün olarak İmparatorluğun bağlamını dengelemeye çalışarak ikisi arasında orta bir aşamayı temsil ediyordu. Tıpkı evrensel *kanun*ların İstanbul merkezli hukuk eğitimiyle (her ikisi de "Türk" yönetiminin merkezi değerlerini yansıtıyordu) birlikte işlemesi gibi,

[78] Gerber, *State, Society*, 86.
[79] Zilfi, *Politics of Piety*, 61.

bölgesel yerel *kanun*lar ve yerli *kâdı* vekilleri de İstanbul'un bölgesel farklılıklar ve yerel çeşitlilik konusundaki farkındalığını ve bunlara gösterdiği ilgiyi temsil ediyordu. Görünüşte bir paradoks olan bu makrokozmik ve mikrokozmik etkileşimler, Osmanlı yönetimini sadece İslami selefleriyle değil, aynı zamanda doğudaki (Uzak Doğu dahil) ve batıdaki çağdaş komşularıyla karşılaştırıldığında benzersiz kılan bir adalet diyalektiği yarattı.

Başkentteki merkezileşmiş bürokrasi, yargı idaresi ve hukuk eğitimi, Osmanlı yönetiminin ilk üç yüzyılı boyunca çok işine yarayan önemli gelişmelerdi ve İmparatorluğun modern Batı ile karşılaşmasına yol açan olayların seyri üzerinde önemli etkileri oldu. Bu etkilere Bölüm III'te değineceğiz, ancak burada sadece Osmanlı merkeziyetçiliğinin yargı idaresinin her düzeyindeki yeniliğini ve sürekliliğini vurgulamamız yeterli olacaktır.

Birincisi, yönetim için coğrafi bir yer belirleme, Müslüman selefleri ya da muadillerine kıyasla Osmanlıların en belirgin özelliğiydi. Hepsi olmasa da çoğu hanedan, başkentlerinin yerini sık sık değiştirmiştir. Ancak İstanbul 857/1453 yılında Bizans imparatorundan alındıktan sonra, 1342/1924 yılında hilafetin sona ermesine kadar Osmanlıların başkenti olmuştur. Aynı durum hukuk mahkemeleri için de geçerlidir. Osmanlılar, İslam tarihinde mahkemeyi belirli bir ikametgaha, tabiri caizse bir adliye binasına bağlayan ilk devlettir. *Kâdı*lar artık *meclis*lerini camilerin avlularında, *medrese*lerde ya da kendi konaklarında kuramıyorlardı.[80] Mevcut "kamu" binaları bu amaçla değiştirildi ve mahkeme sayısı Osmanlı öncesi döneme kıyasla önemli ölçüde artırıldı.[81] Memlük ve Memlük öncesi şehirlerde ticari şehir merkezinde ya da çevresinde her biri dört ekolden birini temsil eden toplam dört mahkeme bulunması mutat bir durumken,[82] Osmanlılar şehrin çevresinde, genellikle büyük mahallelerde olmak üzere çok sayıda mahkemeye sahipti. Öyle görünüyor ki, *kâdı divan*ına, yani mahkeme siciline kamusal bir statü kazandıran

[80] Memlüklerin son dönemlerinde ve birinci/yedinci yüzyıldan beri uygulama böyleydi. Memlükler döneminde mahkemelerin konumu için bakınız Mandaville, "Muslim Judiciary," 71-72.

[81] Hanna, "Administration of Courts," 50, onuncu/on altıncı yüzyıl Kahire'sinde şehir genelinde on beş mahkeme binası olduğunu ve ortalama olarak her 20.000 kişiye bir mahkeme binası düştüğünü bildirmektedir; Hanna, *Making Big Money*, xxi.

[82] Mandaville, "Muslim Judiciary," 72. *Kâdı* vekilleri zaman zaman mahkemelerini kendi mahallelerinde, özellikle de kendi evlerinde kurmuşlardır, ancak bu kurumsallaşmış bir uygulama değildir, çünkü bu *kâdı* vekilleri *meclis*lerinin yerini istedikleri zaman değiştirebilmekteydiler.

da ilk Osmanlılar olmuştur. Artık *kâdı*lar bu defterleri kendi özel gözetimlerinde tutamıyorlardı; bu da neden Osmanlı döneminden bu kadar çok *divan*ın günümüze ulaştığını ve daha önceki dönemlerden çok az sayıda *divan*ın ulaşmış olmasını açıklamaktadır.[83]

Mahkemenin bulunacağı yerin belirlenmesi birinci dereceden idari bir işlemdi. Mahkeme aynı zamanda İmparatorluk idaresinin hem en küçük birimi hem de çekirdeği haline gelmişti. Çünkü sultan *kanun*larının ve *ferman*larının adresi mahkemeydi ve bu *ferman*lar hükümdar adına mahkemeden ilan ediliyordu.[84] Mahkeme aynı zamanda ödenen ve ödenmesi gereken vergilerin kaydedildiği ve izlendiği mali idarenin de merkeziydi. Ve taşra mahkeme sisteminin başkentle düzenli bir temas kurmasını sağlamak için -merkezileştirici bir eylem- taşra *başkâdısı* sadece bir İstanbullu ve bir "Türk" olmakla kalmıyor, aynı zamanda başkent de dahil olmak üzere çeşitli şehirlerde çalışmak üzere her bir ila üç yılda bir rotasyona tabi tutuluyordu.[85] Bu politika, en üst düzey taşra hakiminin neredeyse her zaman İstanbullu olmasını ya da en azından İstanbul'un siyasi ve hukuki kültürünü iyice özümsemesini ve dolayısıyla ülkeyi İstanbul'dan yöneten hanedana sadık olmasını sağlıyordu. Bu yapılandırılmış uygulama daha önce benzeri görülmemiş bir süreçle, yani İmparatorluğun yargı teşkilatının hukuk eğitiminin hukukçuların özel alanından alınıp kalıcı, varlıklı, güçlü ve sürekli büyüyen bir başkentte toplanmasıyla mümkün olmuştur.[86]

Dahası, mahkeme muhtemelen ilk kez mali açıdan bağımsız ve imparatorluk hazinesi için bir gelir kaynağı haline geldi. Osmanlı öncesi *kâdı*lar maaşlarının yanı sıra mahkemelerde görevli memurlara dağıttıkları kamu ödeneklerini hükümetten alırken, Osmanlı *kâdı*ları muhtemelen davacılar da dahil olmak üzere doğrudan mahkemeye müracaat edenler tarafından ödenen harçlara bağlıydı.[87]

---

[83] Hallaq, "Qāḍī's Dīwān," 434–36.

[84] Heyd, *Studies*, 151–52.

[85] *Başkâdı*ların rotasyona tabi tutulması, düzenli ve sabit bir dönemle sınırlı olmamakla beraber bir dereceye kadar bir Memlük uygulamasıydı. Bkz. Mandaville, "Muslim Judiciary," 21-22, 62. Öyle görünüyor ki, zaman geçtikçe Osmanlılar döneminde ortalama *kâdı* atama süresi kısalmış ve on ikinci/on sekizinci yüzyılın sonunda bir yıla ulaşmıştır. Bkz. Marcus, *Middle East*, 79.

[86] 3. bölüme bkz.

[87] Peirce, *Morality Tales*, 285, 950/1540'ların Antep'inde mahkemenin rutin kullanımı için harç alındığını düşünmezken, Hanna ("Administration of Courts," 47) onuncu/on altıncı ve on birinci/on yedinci yüzyılların Kahire'si için aksini iddia etmektedir. Ayrıca bkz. Marcus, *Middle East*, 106, on ikinci/on sekizinci yüzyıl Halep'inde mahkemenin hukuki davalarda itiraz edilen tüm meblağların yüzde 10'unu talep ettiğini bildirmektedir. Kriz dönemindeki şehir halkı tarafından böyle görülen bu fahiş ücretler daha önceki yüzyıllarda kayıtlarda yer almamaktadır.

Muhtemelen İslam tarihinde ilk kez *kâdı*ların mahkemeye resmi bir dilekçe ile başvurulmayan davalara bakması yasaklanmıştı; bunun amacı, öncelikle harçların ödenmesi ve davanın resmi bir kaydının tutulmasıydı. Ayrıca ilk kez, en azından Mısır'da ve neredeyse kesin olarak diğer eyaletlerin çoğunda, tüm evlilikler mahkemede kayıt altına alınacak ve bir harç alınacaktı.[88] Burada, yazının bir kontrol aracı olarak kullanılması ve merkezi hazinenin düzenli olarak yenilenmesi gibi iki yönlü bir politika söz konusuydu.

Diğer yerlerin yanı sıra, yeni fethedilen Mısır ve Girit'te, mahkemede tasdik ve tescil edilen evlilik sözleşmelerinden harç alınmaya başlandı. Yavaş yavaş ve Mısır'ın işgalinden sonraki birkaç yıl içinde, boşanmaların tasdiki, köle azat etme, iş ortaklıkları, şahitliğin devri gibi daha birçok işlem için harç uygulanmaya başlandı. Çeşitli imparatorluk fermanlarıyla, bu tasdiknameleri bizzat yazan İmparatorluk mahkemelerinin kâtipleri, hazırlanan belgeye bağlı olarak kademeli harçlar alacaktı. Mahkemeye ödenen harçlar, *kanun*larda belirtilen oranlara göre *kâdı*, kâtip, mahkeme hazinedarı ve mahkemenin diğer görevlileri arasında dağıtılırdı. Bir kısmı eyaletin *başkâdı*sına tahsis edilir, bir kısmı da imparatorluk hazinesine gönderilirdi.[89] Böylece, Osmanlı'nın sistematik ve sistemli merkezileşme politikası, aynı zamanda başkent için gelirleri optimize etme politikasıyla birleştirildi. Hukuk mahkemelerinin yetki, prestij ve kapsamının genişletilmesi, sadece gelirlerin değil, aynı zamanda ve daha az önemli olmayan bir şekilde, gelirlerin ne sistematik ne de düzenli bir şekilde asla üretilemeyeceği idari mekanizmaların da düzene sokulmasına yönelik önemli bir adımdı.

Mahkeme harçlarının uygulanmasının ortalama bir birey için ne anlama geldiğini değerlendirmek zordur. Yoksullar için bu harçlar mahkemelere daha az erişim anlamına gelmiş ve belki de gerekli yasal belgeleri almalarını engellemiş olmalıdır, ancak bu harçların yürürlüğe girmesi üzerine bazı gözlemciler tarafından ilk başta dile getirilen ara sıra ve kısa süreli eleştiriler dışında buna dair doğrudan bir kanıtımız yok.[90] Bununla beraber Osmanlılar döneminde mahkemelerin sayısının ve baktıkları iş hacminin önemli ölçüde arttığı yadsınamaz bir gerçek olduğundan, harçlar fahiş olamazdı; bu da

[88] Hanna, "Administration of Courts," 46–47, 50; Heyd, *Studies*, 153.

[89] Hanna, "Administration of Courts," 46–47.

[90] *A.g.e.*, 47, 55: "Mahkemenin sunduğu hizmetler için harç ödenmesi, nüfusun alt katmanlarının muhtemelen hizmetlerden dışlandığı ya da en azından diğerleri kadar kolay kullanmaları için teşvik edilmediği anlamına geliyordu."

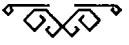
olsa olsa, mahkemeyi hükümetin kontrol ve vergilendirme aracı ve sosyal ve ekonomik anlaşmazlıkların çözüm merkezi haline getirme yönündeki Osmanlı politikasının başarısını gösterir. Ancak mahkemeler hükümetin tercihi ve kontrol aracıysa, hükümetin kendisi de mahkemenin paradigmatik olarak Şeriat temelli kurallarına bağlıydı. Bu hukuk kuralının en yüksek tezahürü, hükümetin bireylere karşı harekete geçmeyi, mülklere el koymayı veya kendisi için herhangi bir hak iddia etmeyi amaçladığında, mahkemeye başvurması ve bunun için *kâdı*dan izin istemesiydi.[91] Ve mahkemenin hukuku, küçük *kanun* ilaveleriyle birlikte, Şeriat hukukuydu. İmparatorluğun kapsayıcı ve kalıcı hukukunu ve hükmedilecek en yüksek otoriteyi oluşturan Şeriattan başka bir şey değildi.[92]

[91] Gerber, *State, Society*, 139.

[92] Marcus, *Middle East*, 102-03'teki uygun açıklamaya bkz..



Hukuk: Ana Hatlarıyla



Dinin Hukuki Temelleri

1. Giriş

Önemli bir Nebevi *hadîs*e göre İslam, "beş [temel] üzerine inşa edilmiştir: [a) Allah'tan başka ilah olmadığına ve Muhammed'in Allah'ın Elçisi olduğuna dair çifte şahadet (*şehadeteyn*); b) namazın kılınması (*salât*); c) zekâtın verilmesi; d) haccın eda edilmesi; ve e) Ramazan ayı boyunca oruç tutulması (*savm*)."[1] Ne fürû' ne de usule ilişkin kuralların eşlik ettiği temel bir teolojik inanç beyanı olan ilki dışında, geri kalanlar hukuk literatüründe önemli bir yere sahiptir ve tüm İslam tarihi boyunca dinin ve dini uygulamanın temeli olarak görülmüş, teolojik olanla hukuki olanı kaynaştırmıştır. Namazın önsözü olan *taharet* ile birlikte hukuk eserlerinin giriş bölümlerini oluşturmaları ve bu eserlerin dörtte biri ile üçte biri arasında bir yer işgal etmeleri boşuna değildir (bkz. Ek A).

Bu ameli edimler, Allah ile yapılan bir ahdi yerine getirmek amacıyla inananlar tarafından ibadet fiilleri olarak ortaya kondukları ve yapıldıkları için inşâi niteliktedirler. Bu anlamda, amellerin dünyevi nesneler ve kişilerle, Müslümanlarla ve gayrimüslimlerle ilgili olduğu, niyetin ve *varoluş nedeninin* mülk edinmek veya satmak, evlenmek, boşanmak, köle azat etmek, tazminat davası açmak vb. olduğu hukukun geri kalan alanlarından ayrı tutulurlar. Bunların hukukun genel sistemi içindeki önceliği, hiçbir hukukçunun ihlal etmediği, uzun süredir devam eden bir hukuki konu düzenleme geleneği olan, hukuk eserlerinin başına evrensel olarak yerleştirilmelerine de yansımaktadır. Ancak bu yerleştirme yalnızca sembolik öneme ve önceliğe sahip bir simge değildi; bilakis, bu ritüel gruplandırmayı mantıksal ve fonksiyonel bir öncül haline getiren işlevi vardı. Bu işlev,

[1] San'ânî, *Musannef*, III, 42; Mâverdî, *Hâvî*, IV, 4; [Misrî, *Reliance*, 278, 659]. Ayrıca bu *hadîs*in değişik Şiî versiyonları için bkz., 'Âmilî, *Vesâil*, I, 25–27.

psikolojik olduğu kadar bilinçaltında da yatıyordu; kendisinden sonra gelecek olan yasaya, yani insan ilişkilerini düzenleyen yasaya gönüllü itaati sağlamanın temellerini atıyordu. Namaz, sürekli değişen bedensel hareketleriyle, daha ulvi bir güce teslimiyetin işareti olup, duaları, zikirleri ve büyülü sözleri, müminin amel ve tavırlarından o gücün hoşnutluğu ve bu hoşnutluğa olan ihtiyacı ifade eder. Aynı şekilde, oruç başkalarının acılarıyla hemhal olmayı sağlar, diğer insanlara karşı merhamet ve alçakgönüllülük kazandırır. İnsanların dünyevi ve maddi zevklerden faydalanmasını sağlayan, insanlığa bahşettiği ve bahşetmeye devam ettiği nimetler için Allah'a şükretmenin bir ifadesidir. Aynı şekilde zekât, muhtaçlara ve yoksullara karşı empati kurulmasını sağlar ve inananlara, sahip oldukları dünyevi servet ne olursa olsun, onun gerçek Sahibinin kendi takdirine göre onu geri alabileceğini düşünmelerini sağlayan itibari mülkiyeti hatırlatır. Allah'ın cömertliğini tanımanın bu kümülatif gelişimi, müminin Allah ve O'nun yarattıkları karşısındaki alçakgönüllülüğünü sergileyen zorlu hac ameliyle taçlandırılır.

Hem Batı'da hem de Müslüman Doğu'da modern bilim, dinin hukuki rükünleri ile fıkhın geri kalanı arasında bir ayrım çizgisi çizmiş, birincisini dini inancın "özel alanı" ile ilgili "sadece" ritüel olarak, ikincisini ise "gerçek" hukuku oluşturan unsurlar olarak görmüştür. Dördüncü bölümde gördüğümüz gibi, Şeriat ahlaki dayanakları olmaksızın ne anlaşılabilir ne de herhangi bir sosyal bağlamda işleyebilir. Ve İslam ahlakı, yasal, sosyal ya da başka türlü, kaynaklarını büyük ölçüde beş rüknün icrai gücüne dayandırır. Hukukun otoritesine gönüllü teslimiyeti harekete geçiren ahlak, bu icrai ameller tarafından oluşturulmuş ve inşa edilmiştir.[2] Bunlara birinci derecede önem ve öncelik verilmesi, yalnızca ritüelistik dini önemlerinin değil, aynı zamanda, öncelikli olmasa bile, temellendirici ahlaki güçlerinin de bir göstergesidir. Bu rükünleri *fıkıh*tan çıkarmak, hukukun ahlaki temellerini koparmak, onu hukuka riayet için en zorlayıcı saikten yoksun bırakmak demektir.

Tüm *fıkıh* normlarının temelinde, bütün insanların ortak paydasını oluşturan bir görev, sorumluluk ve hak yükü olan genel *teklif*[3] kavramı yatar. Muafiyete yol açan hukuki bir engel bulunmadığı sürece her insanın *mükellef* olduğu, yani *teklif*e tabi olduğu varsayılır. Ancak *fıkıh*, insanın farklı durumlarını - örneğin embriyo ile yetişkin

[2] Bu konuyla ilgili geniş bilgi için bkz. Hallaq, "Fashioning the Moral Subject."
[3] [Misrî, *Reliance*, 40–46.]

arasındaki veya sağlıklı ile engelli, aklı başında ile deli arasındaki - açıklamak için, bu durumları bir kategoriler sistemi içinde simgeleyen genel kavramlar geliştirmiştir. *Teklif*in mahalli ve zemini, diğer insanlar tarafından (örneğin sözleşmeye dayalı işlemlerde) ve aynı zamanda Allah katında (örneğin ibadetlerin yapılmasında) yükümlülük altına girme ve yükümlü kılma genel kapasitesi olan *ehliyet*tir. Bu genel kapasite, insanların her türlü hak ve ödeve, ayrıcalık ve yükümlülüklere tabi olmasını sağlayan nitelik olan *vücub ehliyeti* (*ehliyyetü'l-vücûb*) olarak bilinir.[4] Kişilerin (yani, bakım, emanet, gözetim, sorumluluk vb. görevlerle yükümlü kişiler) *zimmet*inden kaynaklandığı varsayılan genel *ehliyet* ancak "doğal" engellere tabidir. Bir ruh (*nefs*) olarak embriyo (*cenin*) potansiyel olarak genel *ehliyete* sahip bir öznedir, ancak tam bir oluşumdan ve bir kişi olarak fiziksel bağımsızlıktan yoksun olması onu tam anlamıyla *vücub ehliyeti* statüsünden mahrum bırakır. Bu, embriyonun neden yükümlülüklere tabi olmadığını, ancak miras alma yeteneğine sahip olduğunu açıklar. Öte yandan, *eda ehliyeti* (*ehliyyetü'l-edâ*), bireye tüm haklara sahip olma yetkisi veren ve yükümlülüklere katılmaya ve bunları yerine getirmeye izin veren tam bir hukuki ehliyettir.[5] Bu "fiil" ehliyeti, birlikte mevcut olduklarında ergenlik (*buluğ*) kavramını tanımlayan iki temel önkoşul olan zihinsel ve fiziksel olgunluğu gerektirir. Fiziksel olgunluk zihinsel karşılığının bir alt katmanı olsa da, kişinin eylemlerinden sorumlu olduğunu, kendi çıkarına ve ailesinin, grubunun, topluluğunun vb. çıkarına yapıcı eylemlerde bulunabileceğini gösteren zihinsel gelişimin ölçüsü olarak alınır. Bu yetenek, yani *rüşd*, velilerin *rüşd*den yoksun olanlar adına hareket etmelerini gerektiren önceki gelişim aşamalarından ayırt edilen bir nitelik, bir varoluş durumudur. Bu nedenle *rüşd*ün yokluğu küçük yaşın bir fonksiyonu olabileceği gibi delilik, ahmaklık ve aptallık (*sufh*) anlamına da gelebilir. *Rüşd*ün yokluğu ayrıca ayırt etme (*temyiz*), yani tam bir edimsel kapasiteye ulaşmadan hukuki yükümlülükleri kavrama yeteneği kapsamında yer alır. Bu nedenle, *temyiz*in yedi yaşında başladığı söylenir; bu yaşta kişi, yaşamın daha önceki yıllarında bulunmayan bir yükümlülük seviyesine ulaşır. Örneğin, bir çocuk on yaşında namaz kılmayı reddederse aile üyeleri tarafından terbiye edilebilir.[6]

[4] [*A.g.e.*, 43–44.]
[5] [*A.g.e.*, 44–46.]
[6] [*A.g.e.*, 109.]

2. Temizlik ve Namaz (Taharet, Salât)

Bir hukukçu, temizliğin "namazın anahtarı" olduğunu ve namazın "kelime-i şehadetten sonra İslam'ın en kesin rüknü" olduğunu yazmıştır.[7] Her ne kadar kendisi dinin rükünlerinden (*erkân*) biri olmasa da, hukuki bir konu olarak temizlik nispeten önemli bir konuma sahiptir ve hukuk eserlerinde ele alınışının dört "rükün"ün, yani namaz, zekât, oruç ve haccın her birine eşit bir hacimde olması[8] bu konumunu fazlasıyla kanıtlanmaktadır (bkz. Ek A). Namazın edası için bir önkoşul ve geçerliliği için şart olan taharetin hukuki hükümleri Kur'ân'ın 5:6 ayetine dayanır: "Ey iman edenler, namaz kılacağınız zaman yüzlerinizi, dirseklere kadar ellerinizi yıkayın, başlarınızı meshedin ve ayaklarınızı bileklere kadar yıkayın. Eğer cünüp iseniz temizlenin."[9] Fıkıh eserleri neyin nasıl yıkanacağı konusundaki ayrıntılı hükümlerde büyük farklılıklar gösterir. Bununla birlikte, yüzün yıkanmasının (dikey olarak) alnın saç çizgisinden başlayarak çeneye ve alt çenenin kıvrımına kadar olan deriyi ve (yatay olarak) kulak memeleri dahil olmak üzere ön yüzeyi kapsaması gerektiği genel olarak kabul edilmektedir. Sakal uzunsa dörtte birinden fazlasının yıkanmasına gerek yoktur. Ancak, kısa ya da uzun olsun, sakalın çeneyle birleştiği yer mutlaka temizlenmelidir. Çoğu hukukçuya göre dirsekler ve ayak bilekleri de yıkanmalıdır.[10] Kur'ân ayetindeki "yıkama", suyun bir yüzey üzerinde akması olarak yorumlanır; "ovma" veya "ovalama" anlamına gelmez. Bu da sadece suyun yüzeyle temas halinde olmasını (*isâbe*) gerektirir.[11]

Taharet müminin bedeniyle sınırlı olmayıp, giysilerini, namaz kılacağı yeri ve yıkanmak için kullanılan suyu ve onu taşıyan kapları (*âniye*) da kapsar. Cinsel uyarılma ile veya cinsel uyarılma olmaksızın salgılanan sıvılar, irin ve kusmuk da dahil olmak üzere bedensel dışkılar kirlilik unsurlarıdır ve bu nedenle yıkanmaları gerekir. Kan ve fermente olup sirkeye dönüşmediği sürece şarap da böyledir. Usulsüz kesilen hayvanların ve köpek derisi de dahil olmak üzere kesilmemiş ölü hayvanların derileri tabaklanmadıkları[12] (derideki

[7] Buhûtî, *Rawd*, 15. [*Taharet* için, bkz. Misrî, *Reliance*, 49–100; Ibn Rushd, *Distinguished Jurist's Primer*, I, 1–95; Mergînânî, *Hidâye*, I, 5–77.]

[8] Örneğin, Makdisî'nin *'Udde*'sinde taharet bölümü "sütunlara" ayrılan 190 sayfanın yaklaşık 40'ını (%21) kaplarken, Halebî'nin *Mültekâ*'sında bu oran 225 sayfanın 43'üdür (%19).

[9] Bu ayetin ve taharetin daha geniş bir değerlendirmesi için bkz. Katz, *Body of Text*, özellikle 59–99.

[10] Halebî, *Mültekâ*, I, 11–12.

[11] *El-Fetâvâ el-Hindiyye*, I, 3.

[12] Mâverdî, *Hâvî*, I, 57.

kan, yağ ve kıl izlerini giderdiği için arındırıcı bir madde olarak kabul edilen tabaklama, domuz derisinin doğasında bulunan ve dini açıdan giderilemeyen kirlilikleri ortadan kaldırmada etkisizdir) sürece necistir. Tabaklanmış deriden yapılmış kaplar ve tüm metal kaplar, altın veya gümüşten yapılmadıkları veya bunlarla kaplanmadıkları sürece temiz kabul edilirler.[13] Altın ve gümüşün kullanımı, ister ibadet amacıyla ister başka bir amaçla olsun, erkekler ve kadınlar için yasaktır.

Kirlilikler, biri bedensel salgılardan (*hades*), diğeri ise genellikle *necaset* olarak adlandırılan dış etkenlerden kaynaklanan iki çeşittir.[14] *Hades*ten kaynaklanan kirlilikler de büyük (*ekber*) ve küçük (*asğar*) kirlilikler olarak ikiye ayrılır; bunlardan ilki sperm boşalması, cinsel ilişki, kadından gelen cinsel sıvı, doğum sonrası kanama ve adet kanamasından kaynaklanan kirliliklerdir. Küçük kirlilikler ise idrar, dışkı, gaz, cinsel uyarılma olmaksızın sperm akıntısını ve vajinal akıntıyı içerir. Hem *hades* hem de *necaset*, idrar ve domuz gibi doğası gereği temizlenmesi mümkün olmayan bir maddenin parçası olmadıkça temizlenebilir.

Su, temizliğin temel aracıdır.[15] Doğal olarak saf haliyle en üstün temizlik maddesidir, çünkü hem kendi içinde saftır hem de başka nesnelere uygulandığında temizleyici (*tahûr*) özelliğine sahiptir. Suyun ikinci sınıf vasfı *tâhir* olmasıdır ki kendisi temiz olmasına rağmen diğer nesneleri temizleyemediği için bu şekilde değerlendirilir (Mâlikîler, Şâfiîler ve Hanbelîlere göre).[16] *Tâhir* kategorisine, temizlik için kullanılmış *tahûr* su ve gül suyu gibi saf maddelerle karışması nedeniyle rengi veya kokusu değişen su da girer. Hanefîler *tâhir* suyun diğer nesneleri temizleyebileceğini kabul etmekte tek kalmışlardır. Üçüncü ana vasıf, dinen necis kabul edilen kirli sudur. Hanefîler suyu hareketine göre sınıflandırmışlardır; akan su daha üstündür, *tâhir*dir ve güçlü akıntılarda kirlenmesi mümkün değildir. Öte yandan, içine atılan bir samanın hareket etmediği yavaş bir akıntıdan gelen su *tâhir* değildir.[17] Genel olarak, kirlilik ile suyun hacmi arasında bir ilişki vardır; iki *kulle*den (toplam 216 litre) daha az olan

[13] Şa'rânî, *Mîzân*, I, 134; Buhûtî, *Şerh*, I, 25; [Misrî, *Reliance*, 56].

[14] [Misrî, *Reliance*, 70 vd., 95 vd.; Mergînânî, *Hidâye*, I, 14–19, 69–75; Ibn Rushd, *Distinguished Jurist's Primer*, I, 32–40, 79–88.]

[15] [Misrî, *Reliance*, 52 vd.; Mergînânî, *Hidâye*, I, 25–42, 69–75; Ibn Rushd, *Distinguished Jurist's Primer*, I, 20–31.]

[16] Şa'rânî, *Mîzân*, I, 128–29.

[17] Kâdıhân, *Fetâvâ*, I, 4.

her şey, içine düşen necaset sebebiyle dinen kirli hale gelir. Akan su da dahil olmak üzere büyük su kütleleri bundan etkilenmez. Bu durum, suyu arındırma yöntemlerinden birinin neden daha büyük miktarlarda temizleyici (*tahûr*) su ile onu takviye etmek olduğunu açıklar.

Fakîhlerin çoğunluğuna göre, bütün ibadetlerde olduğu gibi abdestin geçerliliği için de en başta gelen şart *niyet*tir.[18] İbadet eden kişi, abdest almanın ilk adımı olan yüzünü yıkamaya başlarken kendini temizleme *niyet*ine sahip olmalıdır. *Niyet kalp*te gerçekleşir ve bazı hukukçular dil ile telaffuzu şart koşsa da sözlü ifadelerle desteklenmesi gerekmez. *Niyet* içsel bir durumdur, ibadetlere kimliklerini verir ve onları örneğin yüz yıkamak veya para vermek gibi ibadet kategorisine ait olmayan diğer benzer fiillerden ayırır. Para vermek ya *zekât* verme fiili (*niyet*i gerektirir) ya da sadece satın alınan bir nesnenin parasını ödeme olabilir, tıpkı yüz yıkamanın ya bir *taharet* eylemi ya da sadece kendini temizlemek gibi sıradan bir eylem olması gibi. *Niyet*, bireysel eylemin ibadet olarak kategorize edilen belirli bir amacı yerine getirdiğine dair bir farkındalık ve güven oluşturur. Başka herhangi bir eylemle karıştırılamayacak fiiller *niyet*i gerektirmez.[19]

Namazın kurucu unsurlarından biri olan ve onsuz namazın asla geçerli olamayacağı *niyet*, kişinin namazın farz olduğu bilincini teyit etmesi ve beş vakit namazdan hangisini kılmak istediğini açıkça belirtmesi için gereklidir.[20] Bir diğer kurucu unsur da, "Allah Büyüktür" ifadesinden oluşan ve namaz kılan kişiye bu ibadet eyleminin ciddiyetini, kendisine ibadet edilenin yüce ve muhteşem konumunu hatırlatmayı amaçlayan Açılış Tekbiridir (*tekbîretü'l-ihrâm*).[21] Kişinin Tek ve biricik Allah'a olan tevhid inancını ve bağlılığını ilan eden Sübhâneke Duası'nı (*du'âü'l-istiftâh*) okuması tavsiye edilir.[22] Bu duayı, şeytana karşı Allah'a sığınmayı (*taavvüz*) ifade eden bir başka dua takip edebilir.[23] Bu noktada ve her *rüku*dan önce, Kur'ân'ın açılış bölümü olan *Fâtiha* tam olarak okunur ve "Amin" şeklindeki

[18] Mâverdî, *Hâvî*, I, 87–92; [Misrî, *Reliance*, 60; Ibn Rushd, *Distinguished Jurist's Primer*, I, 3–4.]

[19] Powers, *Intent*, 32–33, 49–50; Hallaq, "Fashioning the Moral Subject."

[20] [Misrî, *Reliance*, 127 vd.; Mergînânî, *Hidâye*, I, 104–05; Ibn Rushd, *Distinguished Jurist's Primer*, I, 132.]

[21] [Misrî, *Reliance*, 129 vd.; Ibn Rushd, *Distinguished Jurist's Primer*, I, 133–35; Mergînânî, *Hidâye*, I, 109–11.]

[22] [Misrî, *Reliance*, 130 vd.]

[23] [*A.g.e.*, 132.]

ciddi bir tasdik olan *te'mîn* ile sonlandırılır. Birinci ve/veya ikinci *rükû* hareketinin hemen öncesinde, müminin kısa da olsa bir Kur'ân suresi okuması tavsiye edilir. *Rükû*, en basit şekliyle, kişinin avuçlarını dizlerinin üzerine koyacak kadar eğilmesini gerektirir; bunu bir duraklama ve ardından Rabbe hamd (*tesbîh*) izler. Ayağa kalkarken, bu pozisyonun *rükû* ile karıştırılmaması için vücudun duruşu tamamen düz olmalıdır. Öte yandan secde (*sücûd*), alnın açıkta kalan kısmının yere değmesini ve bu pozisyonda en az bir süre duraklamayı gerektirir. Secdenin geçerli olabilmesi için başın belden daha aşağıda olması gerekir. Hamilelik veya sırt incinmesi gibi tam secdeye mani olan herhangi bir fiziksel engel, kişinin secdeyi gerçekleştirememesi sebebiyle bu gereklilikten feragat edilmesine neden olur. "Kişinin alnını üzerine koyabilmesi için yastıkları üst üste koyması gerekli değildir. Kişi yapabildiği ölçüde eğilir."[24] Namazın sonunda, kişi yere oturmalı ve sol bacağı sağ bacağının altından ve içinden geçecek şekilde İman Şahitliği (*teşehhüt*) yapmak için geriye yaslanmalıdır.

İbadet eden kişi ile Allah arasında belirli bir bağ ve yakınlık (*kurbet*) kurmayı amaçlayan namaz, daha önce de belirttiğim gibi, kelime-i şehadetten sonra tüm dini amellerin en önemlisidir. Namaz kılmayı kasten terk eden kimse dinini terk etmekle suçlanır. Bu görevi yerine getirmeyi ihmal edecek kadar tembel olan herkes terbiye edilmelidir ve bu nedenle tekrarlanan ihmaller bir sapkınlık eylemi anlamına gelir.[25] Namaz o kadar önemlidir ki, müminin sürekli yoldaşı olduğu iddia edilebilecek tek ibadet olma özelliğine sahiptir. Yetişkin yaşamı boyunca günde en az beş vakit kılınması gereken namaz, diğer dört farz olan kelime-i şehadet, hac (yaşam boyu bir kez gereklidir), oruç (yılda bir kez Ramazan ayında ve isteğe bağlı bazı dönemlerde) ve zekâttan (yılda bir kez) daha üstündür. Teknik olarak yetişkinlik ergenlikle başlasa da, her aklı başında Müslüman yetişkin, her türlü ameli ve eğitsel amaçlarla on yaşından itibaren bu namaz ibadetine başlamalıdır.[26]

3. Sadaka-Vergi (Zekât)

Hukukun tüm "dalları" arasında *zekât*,[27] düalist bir karaktere sahip olması bakımından benzersizdir: bir yandan dini ibadetin

[24] [*A.g.e.*, 138.]; Hısnî, *Kifâye*, I, 109–10.
[25] [Misrî, *Reliance*, 109; Ibn Rushd, *Distinguished Jurist's Primer*, I, 98–99.]
[26] Oruçla ilgili aynı konuda 4. Kısım bkz.
[27] [Misrî, *Reliance*, 244–76; Mergînânî, *Hidâye*, I, 245–302; Ibn Rushd, *Distinguished Jurist's Primer*, I, 283–329.]

ayrılmaz bir parçası ve dinin beş "direğinden" biridir; diğer yandan, kendisini bir "vergi hukuku" olarak oluşturan kapsamlı bir hukuki alan olarak işlev görür. Kelime anlamı olarak artış anlamına gelen *zekât*, kişinin malını arındırmak amacıyla malındaki *nemâ*dan ödeme yapması gibi geniş bir anlam taşır. Bir anlamda *zekât*, *taharet* ibadetinin mali/maddi paralelidir: tıpkı yıkanmanın dinen pisliği ortadan kaldırması gibi, *zekât* da servet edinmeye eşlik eden ahlaki vebali ortadan kaldırır.[28] Başka bir deyişle, varlıklı olmak potansiyel olarak hafifletilmesi gereken ahlaki bir sorumluluktur ve bu hafifletmenin aracı da söz konusu servetin ihtiyaç sahipleriyle paylaşılmasıdır. Servetteki fazlalığın Kur'ân'da belirtilen hak sahipleriyle (yoksullar, muhtaçlar ve yolda kalmışlar) paylaşılması sadece böyle bir arınma aracı olarak görülmekle kalmaz, aynı zamanda diğer şeylerin yanı sıra, her şeyin nihai olarak Allah'a ait olduğu ve Müslümanların dünyevi servetin emanetçileri oldukları ve onu nasıl kullandıklarından sorumlu oldukları inancını yansıtır. Servet yığmak, ahirette cezalandırılmanın yanı sıra ilahi kınamaya da neden olur.[29]

Zekât, (a) serbestçe otlayan, yabani hayvanlar ve sahibinin mülkiyetinde (*yed*) olmayan mallar (örneğin, yasadışı olarak el konulan bir sürü, *mağsup*)[30] hariç olmak üzere, tamamen sahip olunan mallar için ödenir. Bu gerekliliğin bir sonucu, *zekât*ın verilmesi gereken zamanda ödeme yapabilme kabiliyetidir, çünkü "mali" yılın sonu ile ödemenin yapılması gereken zaman arasında mülk yok olabilir (yapabilme kabiliyeti, *imkan*, tüm "rükünler" için geçerli olan hukuki bir koşuldur). Sığırlar, tarım arazileri ve ticari mallar gibi (b) *nemâ*lanma kabiliyeti olan mülkler için de *zekât* verilmesi gerekir. Kişisel tüketime yönelik mallar, örneğin gıda amaçlı hayvanlar, kişisel giysiler ve mobilyalar muaftır. Öte yandan, altın ve gümüş gibi kıymetli madenler, kâr amaçlı işletmelerde yaygın olarak kullanıldıkları için *zekât*a tabidir; (c) geçimlikten fazla olan mallar (örneğin, yiyecek, barınak, ev eşyası vb.); veya (d) tarımsal ürünler ve yeraltından çıkarılan madenler (ki bu durumda, *zekât* "hasat" sonrasında ödenir, çünkü bu kendi başına "*nemâ*" teşkil eder) dışında kalan malların en az bir tam ay yılı boyunca üretime elverişli olması gerekir. Son olarak, (e) borç gibi engellerden arındırılmış mallar üzerinden *zekât* ödenir.

---

[28] [Misrî, *Reliance*, 246.]

[29] Kur'ân-ı Kerîm, 3:180.

[30] *Zekât* bağlamında hukuka aykırı el koyma konusunda bkz. Mevâk, *Tâc*, II, 296–97; Hattâb, *Mevâhib*, II, 296.

Bu şartlar göz önüne alındığında, Mâlikîler, Şâfiîler, Hanbelîler ve İmâmiyye mezheplerine göre küçükler ve deliler de dahil olmak üzere kadın-erkek her Müslüman'a *zekât* farzdır.[31] Geçerli olabilmesi için *zekât*a *niyet* edilerek verilmesi gerekir.[32] *Zekât* genel olarak, geçim için gerekli miktarın üzerinde ve ötesinde, kişinin servetindeki artış üzerinden yüzde 2,5 oranında alınır; ancak bazı hukukçulara göre bu oran çeşitli tarım ürünlerinde yüzde 10'a ulaşabilir. *Nisap*, alt sınırından *zekât* alınamayan bir varlık oranıdır ve malın cinsine göre değişir. İki *nisap* arasında bulunan, yani bir sonraki nisâba ulaşmamış olan bir mal, aradaki farkın *zekât*ından muaftır. Örneğin, develerin *nisâb*ı beştir, bu nedenle dokuz devesi olan bir kişi sadece ilk beş deve için *zekât* verecektir. Sığırın *nisâb*ı otuz; keçinin kırk; altının yirmi *miskal*;[33] gümüşün yüz *dirhem*; zirai ürünlerin beş *evsâk*;[34] ticaret kârının yüz *dirhem*dir. Şâfiîler ve Hanbelîler *nisâb*ın yıl boyunca kesintisiz olarak devam etmesini şart koşarlar. Bir sığır sahibinin diyelim ki otuz baş hayvanı olsa ve bunlardan biri vergi yılının on birinci ayında ölse, birkaç saat sonra bir buzağı doğsa bile, o yıl için sürüsünden *zekât* borcu olmaz. Bu *nisâb*a göre *zekât* borcu, buzağının doğumundan bir yıl sonra, sayısında herhangi bir eksilme olmaması şartıyla ödenir.

Hanefîler, Şâfiîler ve Hanbelîler otlayan hayvanlardan (*sâime*) *zekât* alınmasını şart koşarken, yemle beslenen hayvanlardan (*ma'lûfe*) *zekât* alınmasını şart koşmazlar. Hayvanların *ma'lûfe* olarak kabul edilebilmesi için her yılın en az altı ayında yemle beslenmesi gerekir. Bu tür hayvanların bakım maliyeti, onların "*nemâ*" oranını önemli ölçüde düşürür ve *zekât* toplanmasını gereksiz kılar. Ancak Mâlikîler böyle bir ayrım yapmazlar ve ister yemle beslensin ister otlakta beslensin tüm hayvanlardan *zekât* alınmasını şart koşarlar. Ayrıca, iş hayvanlarının da (örneğin, çiftçilik ve değirmencilikte kullanılanlar) *zekât*ını verme konusunda da diğer mezheplerden ayrılırlar.[35]

Develer için ödenecek *zekât* oranı şöyledir: Yirmi dört deveye kadar, her beş deve için bir keçi veya koyun. Bu durumda, yirmi dört deveye sahip olan bir kişi, beşinci nisap tamamlanmadığı için sadece yirmi deve üzerinden ödeme yaptığı için dört nisap vardır; yirmi beş

[31] Sahnûn, *Müdevvene*, I, 308; Mevâk, *Tâc*, II, 292; Nevevî, *Ravda*, II, 3; Halebî, *Mültekâ*, I, 169. Tusî, *Hilâf*, I, 316, küçüklerin üretken mallarından *zekât* alınması gerektiğini belirtir. [Misrî, *Reliance*, 246-47.]

[32] Tusî, *Hilâf*, I, 321; [Misrî, *Reliance*, 266.]

[33] 1 *miskal* 4.68 gramdır.

[34] 1 *vesk* yaklaşık 16 kilogramdır.

[35] Mevâk, *Tâc*, II, 256; [Misrî, *Reliance*, 250-51.]

ila otuz beş deve arasında, iki yaşında bir dişi deve (*bint mehâd*); otuz altı ila kırk beş arasında, üç yaşında bir dişi deve (*bint lebûn*); kırk altı ile altmış arasında dört yaşında bir dişi deve (*hıkka*); altmış bir ile yetmiş beş arasında beş yaşında bir dişi deve (*ceza'a*); yetmiş altı ile doksan arasında iki *bint lebûn*; doksan bir ile yüz yirmi arasında iki *hıkka*; ve yüz yirmiyi aşan her kırk deve için bir *bint lebûn* veya her elli deve için bir *hıkka*.[36]

Çiftlik hayvanlarından alınan tüm *zekât*larda, *zekâtı* verilecek hayvanların "ortalama" kalite ve büyüklükte olması ve sürünün en iyisi olmaması gerekir. Altın ve gümüşten alınan *zekât* oran genellikle yüzde 2,5'tir ve her türlü madenden elde edilen üretim de böyledir.[37] Tarımsal ürünlerden alınan oran,[38] ürünler doğal kaynaklarla sulanıyorsa yüzde 10, yapay olarak sulanıyorsa, su satın alınmış ya da ücretli işçilikle taşınmış olsun, yüzde 5'tir. *Mudârebe* ortaklıklarında,[39] sermayeyi yatıran ortak anapara üzerinden *zekât* öder, ancak hukukçular kârı kimin ödeyeceği konusunda anlaşmazlığa düşmüşlerdir. Şâfiîler sorumluluğu tamamen sermaye sahibi ortağa yüklerken, Hanefîler sermayeyi işleten ortağın kendi payına düşen kazancı ödemesini şart koşar. Bibirine karışmış müşterek mallarda (*mâlü'l-müşterek*), hukukçuların çoğunluğuna göre *zekât*, sahip olunan toplam malın *nisâbı* üzerinden değil, her ortağın payı üzerinden ödenir.[40] Ancak Şâfiîler, *nisâb*ın toplam mal varlığına göre belirlenmesi gerektiği görüşündedir.[41]

Son olarak, mallardan değil de kişilerden alınan bir başka sadaka-vergi de Ramazan orucunu tutarken ödenmesi gereken ve Ramazanın gelişini kutlamak için tüm yoksullara bu vesileyle yiyecek sağlamayı amaçlayan *zekâtü'l-fıtr*dır. Bu sadaka, yetişkin ya da küçük, erkek ya da kadın, mali gücü olan her hür Müslüman için zorunludur;[42] ancak bu *sadaka* bir "rükün" ile aynı statüye sahip değildir,

---

[36] Sahnûn, *Müdevvene*, I, 252–53; Makdisî, *'Udde*, 122–23; Halebî, *Mültekâ*, I, 173; Tûsî, *Hilâf*, I, 300–01.

[37] Makdisî, *'Udde*, 132; Halebî, *Mültekâ*, I, 183-85; [Misrî, *Reliance*, 257.]

[38] Fakihler genellikle hurma, üzüm, buğday ve arpanın *zekât*a tabi olduğu konusunda hemfikir olmakla birlikte, diğer birçok ürün hakkında farklı görüşlere sahiptirler. Krş. Hısnî, *Kifâye*, I, 176 vd.; Hillî, *Şerâi'*, I, 111 vd.; [Misrî, *Reliance*, 254 vd.; Mergînânî, *Hidâye*, I, 283 vd.; Ibn Rushd, *Distinguished Jurist's Primer*, I, 291, 294.]

[39] *Mudârebe* ile ilgili hukuki hükümler için 7. Bölüm, 4. Kısma bkz.

[40] Tûsî, *Hilâf*, I, 314.

[41] Nevevî, *Ravda*, II, 27 vd.; [Misrî, *Reliance*, 254].

[42] Yani, Bayram arifesinde, kendisinin ve ailesinin tüketebileceğinden fazla yiyeceği olan kimseler için. Nevevî, *Ravda*, II, 203; Makdisî, *'Udde*, 135; [Misrî, *Reliance*, 261 vd.; Mergînânî, *Hidâye*, I, 297–302; Ibn Rushd, *Distinguished Jurist's Primer*, I, 324–29.]

yani bunu terk edenler mürted sayılmazlar.[43] Kısmen *sadaka*[44] statüsünde olan bu *zekât*, çoğu hukukçuya göre bir veya iki gün geciktirilebilir veya öne alınabilir. Amacının ve işlevinin doğası gereği, *fitre* genellikle gıda maddesi olarak verilir.

4. Oruç (Savm)

Oruç[45] genellikle Ramazan ayı ile ilişkilendirilse de, dini fiillerde, özellikle de ceza veya keffaret olarak başka roller de oynar. Ramazan ayında oruç tutmak - yeme, içme ve cinsel ilişkiden uzak durmak- mutlak bir icma ile farzdır. Yılın diğer bazı zamanlarında ise sünnettir ve gönüllülük esasına göre (*tatavvu'*) yerine getirilir. Nafile orucun Cumartesi veya Pazar günleri (veya Nevruz da dahil olmak üzere gayrımüslimlerin tatil günlerinde) tutulmaması gerekir, ancak en çok Âşûrâ Günü,[46] Arefe Günü,[47] her haftanın Pazartesi ve Perşembe günleri, her ayın herhangi üç günü (Cumartesi ve Pazar günleri ile ilgili çekinceleri göz önünde bulundurarak), Şevval ayında altı gün veya Şaban, Muharrem ve/veya Recep aylarının tamamında tavsiye edilir.[48]

Oruç tutmanın arka planında çeşitli hikmetler bulunur ve bunların hepsi de kişiyi merhamet, otokontrol, öz disiplin ve Yaradan'a karşı şükür duygusu edinme ve bunları artırma yönünde eğitmeyi amaçlar. Oruç tutarak açlık ve susuzluğu deneyimlemek ruhu dizginler ve bedeni fiziksel ve zihinsel arzuları kontrol etme konusunda eğitir. Açlığın ortak bir yaşam biçimi olduğu yoksullara karşı şefkatli olmayı öğretir. Bununla birlikte, açlık ve susuzluk tecrübesinin Allah'ın nimetlerini, O'nun bizim için yarattığı cömert yaşamı güçlü bir şekilde hatırlatması azımsanmayacak kadar önemlidir. Bu, Veren'e (*Mün'im*) şükretmek için bir vesiledir.

---

[43] Nevevî, *Ravda*, II, 3, 152 vd..

[44] *Sadaka* terimi genellikle *zekât*ın gerçek anlamını ifade etmek için kullanılsa da, teknik olarak nafile olması, tamamen gönüllü olması ve çok çeşitli amaçlar için kullanılabilmesi bakımından farklıdır. *Zekât*ın bir kamu dairesi aracılığıyla toplanması ve yönetilmesi gerekirken, *sadaka* daha çok bireysel, özel ve muhtemelen gizli bir hayırseverlik eylemidir. [Misrî, *Reliance*, 275 vd..]

[45] [Misrî, *Reliance*, 277–96; Merginânî, *Hidâye*, I, 303–46; Ibn Rushd, *Distinguished Jurist's Primer*, I, 330–65.]

[46] Muharrem ayının 10'una denk gelir ve Musa'nın Firavun'a karşı kazandığı zaferin onuruna kutlanır. Bu konuda daha fazla bilgi için bakınız Goitein, *Studies*, 95 vd..

[47] Zilhicce ayının 9'una denk gelen Arefe Günü, bağışlanma dilemek için özel bir zaman olarak kabul edilir.

[48] [Misrî, *Reliance*, 291–93; Merginânî, *Hidâye*, I, 338–40; Ibn Rushd, *Distinguished Jurist's Primer*, I, 361–65.]

Oruç tutma yükümlülüğünden muaf tutulanlar arasında hastalar, hamileler, emziren kadınlar, yaşlılar, uzun mesafeli ve zorlu yolculuklara çıkanlar ve oruç tutmaları halinde sağlıkları tehdit altında olabilecek kişiler yer alır. Geriye kalan herkes Ramazan boyunca oruç tutmak zorundadır. Orucun geçerli olabilmesi için perhizin yiyecek, içecek ve cinsel ilişkiyi bir arada ve eş zamanlı olarak içermesi ve şafak vakti başlayıp gün batımında sona ermesi gerekir. Kişinin, orucu bozabilecek delilik veya kirlilik engeli bulunmayan, ergen bir Müslüman birey olması gerekir. Oruç tutmak için ergenlik yaklaşık on yaş civarında başlar; bu durumda oruç tutmaya erken yaşta başlamak, ergenlik çağına geldiklerinde bu zorlu yükümlülüğü en eksiksiz şekilde yerine getirmek zorunda kalacak olan çocuklara uygulamayı aşılamak için gerekli görülmektedir. Diğer kirliliklerin yanı sıra âdet kanaması ve lohusalık kanaması da orucu bozar.[49] Orucun geçerliliği için önemli bir şart olan oruç tutmaya önceden *niyet* edilmemesi de orucu bozar. Ramazan ayı boyunca - ya da herhangi bir nafile oruç öncesinde - bir sonraki güne ilişkin *niyet*, her önceki gün iftar ile şafağın sökmesi (oruca yeniden başlama zamanı) arasında beyan edilmelidir. Niyet, oruç tutulan gününün sonuna kadar devam etmelidir. En kısa süre için bile olsa niyetin sürdürülmemesi orucun bozulmasına neden olur.[50]

Niyeti bozma, âdet görme, cinsel ilişkiye girme, boşalma, mastürbasyon, el, kalça vb. ile cinsel temasta bulunma Ramazan orucunu bozar. Vajinal akıntılar (*inzâl*) söz konusu olduğunda kadınların cinsel ilişkisi de böyledir. Tütün dumanı kokusu, dumanın boğaza kaçmasına yol açacak kadar "ağır bir koku" olmadığı sürece orucu bozmaz. Şâfiîlere göre kulağa damlatılan ilaç orucu bozar, Mâlikîlere göre ise orucun bozulması için ilacın boğaza ulaşması gerekir. Kuru olmayan makat fitilleri de orucu bozar. Oruç, (hata veya unutkanlık da dahil olmak üzere) orucu bozan fiiller nedeniyle kasıtsız olarak bozulursa, iftardan kısa bir süre önce meydana gelse dahi, mümin o günleri tamamen kaza etmelidir. Kasıtlı olarak yapılan yeme, içme ve cinsel ilişkiye girme orucu açıkça bozar ve kazaya ek olarak *kefâret* gerektirir. *Kefâret*, beden sağlığı yerinde olan Müslüman bir kölenin azat edilmesini, bu yapılamadığı takdirde iki ay üst üste oruç tutulmasını, bu da yapılamadığı takdirde altmış fakirin doyurulmasını gerektirir. Oruç sırasında cinsel ilişkiye giren kadınlar oruçlarını kaza

[49] Halebî, *Mültekâ*, I, 196; Nevevî, *Ravda*, II, 230-31; [Misrî, *Reliance*, 288.]
[50] Nevevî, *Ravda*, II, 214-15; [Misrî, *Reliance*, 282–83; Merginânî, *Hidâye*, I, 305–09.]

etmek zorundadırlar, ancak kefâret ödeme yükümlülüğünden muaf tutulurlar.[51]

Ramazan boyunca oruç tutma yükümlülüğü konusundaki icma, Kur'ân'ın 2:183 ve 185. ayetlerinin yanı sıra Nebevi *hadîs*lere dayanmaktadır. Ramazan, hilalin görülmesiyle başlar, havadaki bulut örtüsü gibi bir sebeple hilal görülmezse, bir önceki takvim ayı olan Şaban'ın başlangıcından otuz gün sonra başladığı kabul edilir. Bir kişi hilali görürse oruca başlamakla yükümlüdür; aksi takdirde hilali gördüğüne dair iki kişinin şehadeti bu ibadetin başlaması için yeterlidir.[52]

5. Hac

Dinin bir "rüknü" olan hac[53] (ve bazı hukukçulara göre *umre*)[54] ömürde en az bir kez, müminin bunu gerçekleştirmeye gücü yetiyorsa (*istitaat*) farzdır.[55] İmâmiyye *mezheb*i hariç, tüm hukukçular İslam'a inanmayı haccın şartı olarak görmüştür.[56] Buna ek olarak, müminin aklı başında, ergen ve hür olması gerekir. *İstitaat* aşağıdaki unsurlardan oluşur: (a) hem kendisinin hem de geride bıraktığı bakmakla yükümlü olduğu aile fertlerinin geçimini sağlayabilecek durumda olmak; (b) seyahat masraflarını, yiyecek, konaklama vb. masrafları karşılayabilecek durumda olmak; (c) seyahat edebilecek ve yolculuğun zorluklarına katlanabilecek kadar sağlıklı olmak; ve (d) hac mevsimi boyunca a, b ve c maddelerinin birlikte uygulanabilir olması gerekir.[57] Bazı hukukçular hac yollarında seyahat emniyeti ve güvenliği şartını da eklemişlerdir.[58] Kadınlar şu ilave koşullara tabidir: (i) bir aile üyesinin eşlik etmesi; ve (ii) *talak* ya da kocasının ölümü nedeniyle *iddet* bekliyor olmaması.[59] Haccın fıkhi vakti Şevval ve Zilkade ayları ile Zilhicce'nin ilk on gününü kapsar.[60] Bu

---

[51] [Misrî, *Reliance*, 286.]

[52] Nevevî, *Ravda*, II, 207-08; Hillî, *Şerâi'*, I, 154.

[53] Her zaman olduğu gibi, bunun anlamı, bunu reddeden kişinin *mürted* ilan edilmesidir. Bu konuda daha fazla bilgi için bkz. Buhûtî, *Keşşâf*, II, 456-57.

[54] Hacdan farklı olarak yılın herhangi bir zamanında yapılabilen "küçük hac" olarak adlandırılır. Şâfiî ve İbn Hanbel bunu farz, Ebû Hanîfe ve Mâlik ise sünnet olarak kabul etmişlerdir. Şa'rânî, *Mîzân*, II, 38. [Hac ile ilgili olarak bkz. Misrî, *Reliance*, 297–370; Merginânî, *Hidâye*, I, 347–471; Ibn Rushd, *Distinguished Jurist's Primer*, I, 374–453.]

[55] *İstitaat*in kapsamlı bir açıklaması için bkz. Mâverdî, *Hâvî*, IV, 7-15.

[56] Tûsî, *Hilâf*, I, 411; [krş. Misrî, *Reliance*, 301.]

[57] Halebî, *Mültekâ*, I, 208-09; [Misrî, *Reliance*, 301–05; Merginânî, *Hidâye*, I, 349–52; Ibn Rushd, *Distinguished Jurist's Primer*, I, 374–78.]

[58] Nevevî, *Ravda*, II, 282-84.

[59] Merginânî, *Hidâye*, I, 135; [Merginânî, *Hidâye*, I, 352 vd.].

[60] [Misrî, *Reliance*, 310.]

süreye Zilhicce'nin 10. günü olan Kurban Bayramının (*Yevmü'n-Nahr*) dahil olup olmadığı fıkıhçılar arasında ihtilaflıdır.[61] Ayrıca hac/*umre* yükümlülüğünün, *istitaat*in tüm şartlarını yerine getirdikten sonra derhal mi (*'alel-fevr*) yürürlüğe gireceği yoksa bir sonraki yıla mı ertelenebileceği (*'ale't-terâhî*) de ihtilaf konusudur. Öyle görünüyor ki fakîhlerin çoğunluğu derhal uygulanmasından yanadır, ancak Şâfiî ve diğer bazı fakîhler geciktirmeye cevaz vermiştir.[62]

Haccın dört temel *rükn*ünden (*erkân*) ilki, dinî bir vecibe (*ihram*) haline girmektir. Bu hal, hac ibadetini belirli bir biçimde, yani tek başına hac, tek başına *umre* veya her ikisini birlikte yapmak üzere *niyet*[63] etmekle başlar.[64] Daha sonra, bu amelin özellikle *ihram*a girmek amacıyla yapıldığına dair *niyet*in de eşlik ettiği bir *gusül* abdesti alınır. Kasık kıllarının tıraş edilmesi, koltuk altlarının alınması, bıyıkların kesilmesi ve tırnakların kesilmesi de sırayla yapılır.[65] Dikişli elbiseler beyaz bir giysi ile ve ayakkabılar ayak parmaklarını veya topuğu örtmemesi gereken sandaletlerle değiştirilir. Hem erkekler hem de kadınlar vücutlarına koku sürmelidir ve kadınların ellerine kına yapmaları tavsiye edilir. Son olarak, iki *rekat*tan oluşan bir namaz kılınır; ilk *rekat*ta Kâfirûn, ikincisinde İhlâs suresi okunur. Bütün bunlar yapıldıktan ve mümin Mekke'ye doğru yola çıktıktan sonra *ihram* durumuna girdiği kabul edilir.[66] *İhram* süresi boyunca dikişli giysiler giymek, saçları kesmek veya tırnakları kesmek, cinsel ilişkiye girmek ve avlanmak yasaktır.[67]

İkinci *rükün*, Zilhicce ayının 9'unda Arafat Dağı'nda bulunmaktır. *Gusül* abdesti alınır, ardından zikirler ve dualar edilir, hatta tam bir tevazu içinde ayakta dururken göz yaşı dökülür.[68] Gün batımında hacı yine zikir ve dualar ederek Müzdelife'ye gider.[69] Üçüncü rükün, ertesi gün, Zilhicce'nin 10'unda gerçekleşecek olan Kâbe'nin

[61] Merginânî, *Hidâye*, I, 159.
[62] Buhûti, *Keşşâf*, II, 469; Nevevî, *Ravda*, II, 307; Tûsî, *Hilâf*, I, 417; [Misrî, *Reliance*, 304].
[63] Bazı fakihler *niyet*i haccın beşinci rüknü olarak kabul ederi. Bkz. Hısnî, *Kifâye*, I, 219–20.
[64] *Niyet*in belirli amellerin gerçekleştirilmesini sağlamadaki önemi için bkz. 2. bölüm ve Hallaq, "Fashioning the Moral Subject".
[65] Halebî, *Mültekâ*, I, 212-13; [Misrî, *Reliance*, 311–12].
[66] [Misrî, *Reliance*, 312–13; Merginânî, *Hidâye*, I, 357–59; Ibn Rushd, *Distinguished Jurist's Primer*, I, 397–400.]
[67] [Misrî, *Reliance*, 314–22; Merginânî, *Hidâye*, I, 360–61; Ibn Rushd, *Distinguished Jurist's Primer*, I, 384–90.]
[68] Nevevî, *Ravda*, I, 375-76.
[69] Halebî, *Mültekâ*, I, 216; [Misrî, *Reliance*, 337; Merginânî, *Hidâye*, I, 374–78; Ibn Rushd, *Distinguished Jurist's Primer*, I, 412–14.]

*tavaf*ıdır; dördüncü ve son bileşen ise Safa (Mescid-i Haram'ın kapılarından biri) ile Merve (bir tepe) arasında yapılan hızlı bir yürüyüştür (*sa'y*), Safa'dan yola çıkılır ve yedi kez *şavt* yapılır.[70] Hanefîler sadece ikinci ve üçüncü rükünleri gerekli görürler.

İstitaat bulunmadığı için hac yapamayanlar vekil gönderebilirler. Tersinden ifade etmek gerekirse *istitaat*, vekaleten haccı geçersiz kılar. Bu durumun gerekçesi, örneğin yaşlılık veya kronik hastalıktan kaynaklanan daimi bir engel olmalıdır. Vekilin bunu yapabilmesi için daha önce kendi adına hac yapmış olması gerekir.[71]

Diğer tüm "rükünlere" ilişkin hükümler gibi hac ahkamı da karmaşık ve ayrıntılıdır. Ancak bu hukuki karmaşıklığın, söylemsel ve fiili uygulamaların ardındaki mantık, hem meslekten olmayanlar hem de hukukçular için anlaşılabilirdir: Hac ibadeti aracılığıyla bir teslimiyet ilişkisi yeniden canlandırılır, Allah'ın yüce kudretine boyun eğilir ve onun huzuruna çıkılır. Bu fiiller, dünyevi lükslerin bir kenara bırakılması, en basit giysi ve ayakkabıların giyilmesi, tüm dünyevi kaygıların terk edilmesi ve *kalb*in, zihnin ve ruhun lütufkâr, cömert, merhametli, şefkatli ve yaratıcı olan Allah'a odaklanmasıyla takviye edilir. Hac, ibadetleri taçlandıran ve onları Kanun Koyucu'nun iradesine ve gücüne boyun eğmenin son adımını sağlayan tutarlı ve eksiksiz bir ameller bütünü olarak mühürleyen son ameli "rükündür". Bu ibadetler bir bütün olarak hukukun ahlaki temelinin ve ahlaki boyutunun oluşturulduğu ve inşa edildiği usulleri sağlar.[72]

[70] Nevevî, *Ravda*, I, 369-72.

[71] Mâverdî, *Hâvî*, IV, 9, 16–23; Makdisî, *'Udde*, 161; [Misrî, *Reliance*, 304-05; Mergînânî, *Hidâye*, I, 457–62; Ibn Rushd, *Distinguished Jurist's Primer*, I, 375–477.]

[72] İbadetlerin fürû' fıkhın dayanakları olarak rolüne ilişkin ayrıntılı bir inceleme için bkz. Hallaq, "Fashioning the Moral Subject".

Sözleşmeler ve Diğer Yükümlülükler

1. Giriş

i. Kurucu özellikler

*Fıkıh*ta sözleşmeler, örneğin Amerikan veya Fransız hukuku ders kitaplarında ve incelemelerinde ifade edildiği şekliyle ayrı bir kategori olarak yer almaz. Aksine, İslami sözleşme kavramları, diğerlerinin yanı sıra, finansal ve ticari işlemlerle ilgili hukuki tartışmalarda gizlidir.[1] Bunlar üç temel unsurdan (*erkân*; tekili *rükn*) oluşur: (a) taraflar; (b) icap ve kabulün formu (*sîga*); ve (c) mevzu veya konu.[2] Hanefiler, icap ve kabul fiilleri hem tarafların hem de konunun varlığını gerektirdiğinden, formu (icap ve kabulü) tek asli unsur olarak kabul etmişlerdir.[3]

(a) *Sözleşmenin tarafları*: Kendisi veya bir başkası adına sözleşme yapmaya ehil bir kişi, ergen (*bâliğ*) olmalı ve *rüşd*e, yani sorumlu ve yapıcı bir şekilde davranma ehliyetine (*muslihan*) sahip olmalıdır; bu ehliyetin de herhangi bir kısıtlamaya (*hacr*) tabi olmaması gerekir.[4] Küçükler ve deliler, kendileri adına hareket eden bir vasi olmadan sözleşme yapamazlar, ancak *başka hususlara ilave olarak* hediye alabilen ve bir *vakf*ın lehtarı olabilen temyiz kudretine sahip küçükler (*mümeyyiz*) bundan hariç tutulmuştur.[5]

(b) *İcap ve kabul*: Hukukçuların çoğunluğu icabı malın sahibi (*mâlik*), kabulü ise malın mülkiyetinin veya zilyetliğinin (veya intifa hakkının) devredildiği taraf ile ilişkilendirir. Hanefiler vuku bulma sırasına daha fazla önem vermişler, akit yapma iradesini ortaya koyan ilk teklifi *icap*, kronolojik sıraya göre ikincisini ise *kabul* olarak ele almışlardır.[6]

---

[1] Aşağıdaki Ek A'ya bkz.

[2] [Misrî, *Reliance*, 377; Ibn Rushd, *Distinguished Jurist's Primer*, II, 204–07.]

[3] İbn 'Âbidîn, *Hâşiye*, IV, 504; Halebî, *Mültekâ*, II, 6.

[4] Remlî, *Nihâye*, III, 373. *Hacr*; deli, küçük, *sefih*, *müflis* ya da köle gibi kişilerin maddi tasarruflarına getirilen hukuki bir kısıtlama olarak tanımlanmaktadır.

[5] [Sözleşmenin tarafları için bkz. Misrî, *Reliance*, 379-80; Ibn Rushd, *Distinguished Jurist's Primer*, II, 206 vd..]

[6] İbnü'l-Hümâm, *Şerh*, VI, 248–49; [Misrî, *Reliance*, 377-79; Ibn Rushd, *Distinguished Jurist's Primer*, II, 204 vd..]

Her türlü sözleşmenin anahtarı *rıza*nın[7] varlığı, yani hiçbir zorlama olmaksızın gönülden *rıza* gösterilmesidir.[8] Rızanın ifadesi ve tezahürü, sözlü veya yazılı dilden fiil ve eylemlere kadar pek çok şekilde olabilir. Örneğin, A'nın B'ye "Bu malı sana şu kadar bedelle veriyorum" demesi ve B'nin de kabul etmesi halinde bir sözleşme yapılmış olur. İcaptaki "vermek" ifadesi, işlemin ardındaki niyete göre yorumlanır; bu da belirtilen maddi bedelin delalet ettiği gibi malın satışıdır. Dolayısıyla, genel olarak konuşmak gerekirse, *fıkıh*, bir sözleşmenin yapılabileceği çok çeşitli ifadeleri ve yolları kabul eder; bunun tek istisnası evlilik sözleşmesidir; burada her ikisi de açık bir şekilde "evlenmek" anlamına gelen "*zevvece*" ve "*nekeha*" gibi açık bir ifadenin kullanılması gerekir.

Çoğu sözleşmede, kullanılan ifadelerin anlam ve içeriğini belirleyen niyet hususu çok önemlidir.[9] Buna karşılık, kelimelerin niyeti belirleme gücü sınırlıdır (bir önceki paragraftaki örneğe bakınız), ancak bazı hukukçular sözleşmede kullanılan ifadeler açık olduğunda kelimelerin zahir anlamını benimsemeyi tercih etmektedir. Hanefi ictihadında niyet konusunda verilebilecek en iyi örneklerden biri *bey'u'l-vefâ* olarak adlandırılan satıştır.[10] Teknik olarak bu tür bir satış bağlayıcıdır, ancak niyet sözleşmeye normal bir satıştan farklı bir işlev yükler. Borçlulara karşı teminat (*rehin*) olarak tasarlanan *bey'u'l-vefâ*, borcun ödenmesiyle feshedileceğinden geçici kabul edilir. Ancak Hanefîlere göre niyetin genel geçerliği mutlak değildir; dolayısıyla bedel belirtilmeyen bir satış akdi şeklinde yapılan hibe geçerli olmaz. Aynı şekilde, ücret/kira bedeli belirtilmeksizin kiralama (*icâre*) sözleşmesi şeklinde düzenlenen bir borç da geçerli değildir.[11]

Mâlikîler niyete Hanefîlerden daha geniş bir anlam yükler. Dolayısıyla bir sözleşme, bir kişinin herhangi bir sözlü beyanda bulunmaksızın bir dükkan sahibine bir malın fiyatını ödemesi ve dükkan sahibinin de bu meblağı kabul etmesi gibi, yalnızca sessiz bir etkileşim veya sessiz bir sözleşme faaliyeti (*mu'âtât*)[12] içeriyor olsa bile

---

[7] *Rıza*, Kur'ân Nisâ: 29'da emredilmiştir: "Ey iman edenler, karşılıklı *rıza*ya dayanan bir ticaret olması dışında, birbirinizin mallarını haksız yere yemeyin".

[8] *Rıza* kavramı tüm Sünni hukuk tartışmalarına nüfuz eder, ancak Zeydi Şevkânî'nin eserinde bu kavram üzerinde diğerlerinden daha fazla durduğu görülmektedir. Bkz. Onun *es-Seylü'l-Cerrâr*, II, 575 vd., 586 vd., 641 vd., 744 vd., ve başka yerler. Buna karşılık, bkz. Nevevî, *Ravda*, III, 5; Mâverdî, *Hâvî*, V, 13.

[9] Bâz, *Şerh*, I, 19 (3); Powers, *Intent*, 97–121.

[10] Bağdâdî, *Mecma'*, 242–43; Bâz, *Şerh*, I, 19 (3), 67 (118).

[11] Mergînânî, *Hidâye*, III, 221.

[12] İbnü'l-Hâcib, *Câmi'*, 337; Buhûtî, *Şerh*, II, 141; Zerkâ, *Medhal*, I, 411, 418–19; San'ânî, *Tâc*, III, 72; Şevkânî, *es-Seylü'l-Cerrâr*, II, 670.

bağlayıcı kabul edilir. Şâfiîler genel olarak niyete yönelik olarak nispeten şekilci Hanefîler ile Mâlikîler arasında bir yerde konumlanan bir pozisyon benimserken, Hanbelîler şekil ve ifadeye karşı niyet ve anlama büyük önem atfederek Mâlikîlerin ötesine geçmiş görünmektedir. Zira dil anlamın taşıyıcısıdır, tersi değil ve akitlerde mana çok önemlidir. Ancak dil kısıtlı olduğu gibi kullanımı da kısıtlıdır ve bu da niyetin belirlenmesini sözleşmelerin yorumlanmasında öncelikli amaç haline getirmektedir. Bu nedenle, dili taraflarca kastedilmeyen bir anlamı temsil eden bir sözleşme tamamen geçersiz mi sayılmalıdır, yoksa dili başka hukuki amaçlara ulaşmayı sağlayan *kinaye* olarak mı kabul edilmelidir? Hanbelî görüşünde bile cevap, bir yandan dil, diğer yandan anlam ve niyet arasındaki dengeye dayanmaktadır. Bazı Hanbelî hukukçular bir ariyet sözleşmesinin, bedel belirtilmiş olsa bile, mülkiyetin devrini içermediği için tamamen geçersiz bir işlem olduğuna karar vermiştir. Diğer Hanbelîlere göre ise, mislî olmayan malların ödünç verilmesi sahih bir akittir ve bedel bir teminattır.[13]

Açık ifadeler şüphesiz sözleşme niyetinin belirsizliğini azaltsa da, niyetin kesinliğini garanti etmez. Bununla birlikte, bazı sözleşmelerde açık ifade şarttır, öyle ki yokluğu, evlilik sözleşmelerinde olduğu gibi, sözleşmeyi tamamen geçersiz kılar. Kinayeli dilin hangi durumlarda akdi geçerli kılacağı ya da kılmayacağı konusunda genel bir kural belirlemeye çalışan müteahhir Şâfiîler, tek taraflı akitlerin (köle azadı gibi) ve geçerliliği şahit gerektirmeyen akitlerin (kira gibi) kinayeli dil ile uygun bir niyetin bir araya gelmesi halinde bağlayıcı olduğu görüşünü benimsemişlerdir. Niyetin tespiti dolaylı kanıtlara (*karâinü'l-ahval*)[14] dayanır ve bu kanıtlar olmaksızın niyet tespit edilemez. Öte yandan, nikah gibi şahit gerektiren akitlerde sadece açık bir dil kullanılması gerekir, zira şahitler, tanık *sıfatıyla* niyetin ne olduğuna karar veremezler. Hanbelîler ise sınırlı bir alanda, özellikle de köle azadı ve *talak*ta kinayeli ifadelere izin verirler.[15]

Evlilik haricinde yazılı sözleşmeler ve yazı aracılığıyla yapılan sözleşmeler de,[16] Bakara 282: "Ey iman edenler, belirli bir süre için borçlandığınız zaman onu yazıyla kayıt altına alın." ayeti gereğince geçerlidir. Yazıyla kayıt altına alınsın veya alınmasın, satış

[13] Aşağıdaki 10. Kısma bkz.
[14] Hallaq, "Notes on the Term *Qarîna*."
[15] Ibn Rajab, *Qawâ'id*, 51 (39). Niyet konusunda faydalı bir analiz için bkz. Powers, *Intent*.
[16] Yani, birbirlerinden uzak coğrafi konumlarda bulunan taraflar arasında yazılı belgeler aracılığıyla müzakere edilen ve mutabakata varılan sözleşmeler - sözleşmelerin kağıda dökülmesinin nedenlerinden biri de budur.

sözleşmelerinde kullanılan ifadenin şimdiki zaman kipi genellikle kinaye kabul edilir ve bu kipi kullanan tarafın yemin etmesini gerektirir. Arap dilinde geçmiş zaman kipi eylemin tamamlandığını ve dolayısıyla sözleşme yapma niyetinin kesinliğini gösterirken, şimdiki zaman kipi geleceğe uzanabilecek tamamlanmamış bir eylemi ifade eder. İster yakın ister uzak olsun, gelecek zamanın doğasında var olan belirsizlik, örneğin bir satış vaadinin değil, gerçek bir satışın amaçlandığının teyit edilmesini gerektirerek daha fazla açıklama gerektirir.[17]

Şimdi, niyet bir sözleşmenin temel şartı olduğuna göre,[18] dilsizlerinki de dahil olmak üzere niyet, işaretler (*işârât*) yoluyla iletilebilir. Yazılı olarak yapılanlar da dahil olmak üzere, bu kişiler tarafından yapılan sözleşmeler geçerli ve bağlayıcıdır.[19] Mâlikîler, tarafların dilsiz olup olmadığına bakmaksızın işaret yoluyla yapılan her türlü sözleşmeyi geçerli kabul ederler.[20] Aynı şekilde, rıza ve niyeti ifade eden sessiz etkileşim (*mu'âtât*) -evlilik hariç- bedelli sözleşmelerde icap ve kabulün yapılabileceği bir vasıtadır.[21]

Sözleşmenin geçerli olması için gereken bir diğer şart da icap ve kabulün birbirine uygun olmasıdır. Örneğin, belirli bir mala ilişkin bir icap, sözleşmenin geçerli olması için, kısmen (fiyat, hacim, ağırlık veya sayı olarak) veya başka bir malın ikame edilmesi suretiyle kabul edilmemelidir.[22] Ayrıca, sözleşmelerin çoğunda, icap ve kabul aynı oturumda (*meclis*) yapılmalıdır; bunun nedeni, aynı oturumda kabulün icapta herhangi bir değişiklik olmayacağını garanti etmesidir.[23] Bununla birlikte, icap kendi başına bağlayıcı değildir ve bu nedenle, icaptan cayma, kabul yapılmadan önce gerçekleştiği sürece mümkündür. İcabın geri çekilmesinden sonra yapılan bir kabul sonuç doğurmaz. Bununla birlikte, Mâlikî İbn Rüşd (Büyükbaba) çoğunluğun görüşünü reddetmiş ve icap yapıldıktan sonra geri çekilemeyeceği görüşünü benimsemiştir: sadece karşı tarafın kabul etmemesi icabı sonuçsuz hale getirebilir.[24]

---

[17] Mergînânî, *Hidâye*, III, 21; Kârî, *Mecelle*, 118, md. 224; vaatler ile ilgili olarak bkz. Hassan, "Promissory Theory," 45–72.

[18] *Niyet* ile ilgili geniş bilgi için 6. Bölüm, 2. Kısma bkz.

[19] İbn Kudâme, *Muğnî*, IV, 9; Kârî, *Mecelle*, 49 (70); Remlî, *Nihâye*, III, 373.

[20] Hattâb, *Mevâhib*, IV, 228.

[21] Buhûtî, *Şerh*, II, 141. *Mu'âtât* ile ilgili faydalı bir tartışma için bkz. Zerkâ, *Medhal*, I, 411, 414–16.

[22] Kârî, *Mecelle*, 119, md. 227.

[23] Bazı hukukçular, icabın yapıldığı oturumun sözleşmeyle doğrudan ilgili olmayan konuşmalarla veya uzun süreli sessizliklerle kesintiye uğraması halinde sözleşmenin geçersiz olacağı görüşünü savunacak kadar ileri gitmiştir. Örnek olarak bkz. Remlî, *Nihâye*, III, 369–70; [Misrî, *Reliance*, 380].

[24] Hattâb, *Mevâhib*, IV, 241.

Sözleşmede meclis "birliği" şartı, sözleşmelerin fiziksel olarak bir araya gelemeyen taraflarca akdedilemeyeceği anlamına gelmez. Daha önce gördüğümüz üzere, yazı icap, kabul, rıza ve niyetin ifade edilebildiği bir araç olduğundan, yazılı bir icabın kabulü "aynı mecliste" yapılan sözlü bir icap kadar bağlayıcı kabul edilir. Dolayısıyla, yazılı icap, yazıyı yazanın iradesinin ve niyetinin, sanki şahsen ortaya çıkmış gibi, gerçek bir temsili olarak kabul edilir. Yine de kabulün aynı mecliste, yani yazılı teklifin diğer tarafın hazır bulunduğu oturumda açıklanmasından sonra yapılması gerekir. Kabulün geçerli ve bağlayıcı sayılabilmesi için tereddüt, isteksizlik veya onaylamama durumlarının bulunmaması şarttır. "Meclis birliğinin" belli başlı istisnaları, *başka şeylerin yanı sıra*, vasiyet sözleşmeleri (kabulün vasiyet edenin ölümünden sonra yapıldığı durumlarda) ve bir ebeveynin ölümünden sonra mali işlerin yönetimi ve çocukların bakımı için veli ve vasi atanmasıdır.

(c) *Sözleşmenin mevzusu*: Çeşitli sözleşme hedeflerinin ve amaçlarının varlığı nedeniyle farklı sözleşme türleri kabul edilmiştir. Bunlar satılan ve satın alınan nesnelerden, hediye edilen, rehin verilen, ödünç verilen, kiralanan veya kiraya verilenlere kadar çeşitlilik göstermektedir. Göreceğimiz üzere, satım sözleşmelerinde, yalnızca malın mevcut olması yetmez (*selem* sözleşmesi hariç),[25] aynı zamanda özelliklerinin de büyük ölçüde belirli olması gerekir.[26] Varlık şartı aynı şekilde intifa hakkının kiralanması ve kiraya verilmesini konu alan sözleşmelerde de potansiyel olarak mevcut olmalıdır. Örneğin toprak, fiili kirası ekilebilir potansiyelinin gerçekleşmesine neden olana kadar bir intifa hakkı veremeyeceğinden, kiralanabilir ve kiraya verilebilir mallarda potansiyel olma şartından kaçınmak mümkün değildir. Ayrıca, hangi nesne ya da intifa hakkı için sözleşme yapılırsa yapılsın, doğası gereği hukuka uygun olmalıdır. Örneğin, şarap, domuz eti, böcekler vb. gibi dinen murdar maddelerin satışını konu alan bir sözleşme yapmak yasaktır.[27]

Bazı hukukçular ivazlı akitler (*'ukûd mu'âvada*) ile teberru akitleri (*'ukûd teberru'ât*) arasında ayrım yaparak, sözleşme konusu mal henüz mevcut olmasa bile teberru akitlerini geçerli saymışlardır. Örneğin Mâlikîler, A'nın C'nin mirasındaki kendi payını B'ye hediye etmesini, mirasın değeri bilinmediği ve C henüz ölmediği durumlarda

[25] Aşağıdaki 3. Kısma bkz.

[26] Mâverdî, *Hâvî*, V, 14 vd.; Buhûtî, *Şerh*, II, 141-53, özellikle 146; [Misrî, *Reliance*, 383; Ibn Rushd, *Distinguished Jurist's Primer*, II, 187–88.]

[27] Remlî, *Nihâye*, III, 380-84.

dahi geçerli sayarlar.[28] Ancak kural olarak, malın var olduğu, sözleşmenin taraflarınca bilinmeli ve oldukça kesin bir tanımlamaya uygun olmalıdır.[29] Bu açılardan bilgi eksikliği (*cehâlet*) *garar*a, yani anlaşmazlığa yol açabilecek belirsizliğe sebebiyet verebilir. Kaçınılmaz kabul edilen küçük belirsizlik (*garar yesîr*), sözleşmeleri geçersiz kılmak için yeterli değildir. Ancak denizdeki incileri satmak gibi büyük bir belirsizlik (*garar fâhiş*) sözleşmeyi geçersiz kılar.

Bununla birlikte, *garar*ı, sözleşmenin konusuna ilişkin bilgi eksikliği olan *cehalet*ten ayırmak gerekir. *Garar*, sözleşme yapılan şeyin varlığı veya yokluğu gibi ontolojik olasılıkları ifade eder. Halen denizde bulunan belirli sayıda iri uskumru ton balığı satın almak bunun en iyi örneğidir. Öte yandan *cehalet*, bir şeyin var olduğunu kabul etmekle birlikte, o şeyin özellikleri hakkında yeterli bilgiye sahip olmamayı ifade eder. Bir taşın görüldükten sonra satın alınması, ancak taşın cam mı yoksa pırlanta mı olduğu ya da saf mı yoksa işlenmiş pırlanta mı olduğu konusunda bilgi sahibi olunmaması buna örnek olarak verilebilir.[30] Denizden ne olduğu belli olmayan bir inci satın almak hem *cehalet* hem de *garar* kapsamına girer, çünkü incinin sadece kalitesi değil varlığı da tespit edilemez. Dolayısıyla, *cehalet* ve *garar* kısmen örtüşürken (bazı *cehalet*ler *garar* ve bazı *garar*lar *cehalet* olduğu için), diğer açılardan farklıdırlar (ton balığı örneğinde olduğu gibi). Şimdi, her ne kadar tüm sözleşme türlerinde *garar* kavramı hakim olsa da, toplumun vazgeçilmez bulduğu bazı sözleşmelerde, örneğin, belirli şartlara uygun olarak inşa edilecek bir yat gibi bir ürünün gelecekteki teslimatı için hemen ödeme yapılan *selem* ve *istısnâ'* sözleşmelerinde gararın varlığı caiz görülmektedir. Şartnamelerde teslimat zamanına ilişkin ayrıntılar, ürünün tüm özellikleri, ölçüleri ve ağırlığı ile yanlış anlamayı ve ileride çıkabilecek anlaşmazlıkları önlemeye yetecek kadar ayrıntılı açıklamalar yer almalıdır.[31] Bununla birlikte, *garar* ve *cehalet*in ölçütü, bunların varlığının anlaşmazlık ve ihtilafa yol açma (*müfdî ilâ en-nizâ'*) potansiyeline sahip olduğu durumlarda, sözleşmenin geçersiz sayılması ilkesidir.[32]

---

[28] Hattâb, *Mevâhib*, VI, 51.

[29] Remli, *Nihâye*, III, 392.

[30] Aşağıdaki 32 nolu dipnota bkz.

[31] Halebî, *Mülteka*, II, 45–49; Bâz, *Şerh*, I, 219–21 (md. 388–91); Buhûtî, *Keşşâf*, III, 325–48.

[32] Ancak Nevevî, en azından alıcı tarafından elmas olduğu düşünülen bir camın satın alınması durumunda cehaletin akdi geçersiz kılmayacağı, çünkü alıcının satın almadan önce taşı uzmanlara inceletme konusunda gerekli özeni göstermediği görüşündedir. *Ravda*, III, 132; [*garar* sebebiyle yasaklanan satışlar için bkz. Ibn Rushd, *Distinguished Jurist's Primer*, II, 179-87].

Son olarak, sözleşmenin konusu derhal teslim edilebilir olmalıdır, yani sözleşmenin yapıldığı sırada mal sahibinin zilyetliğinde ve tüm kayıtlardan ari olmalıdır. Örneğin, *gasp*[33] edilmiş bir ev veya başıboş bir hayvan kiralanamaz veya satılamaz.[34] Daha önce de görüldüğü gibi, Mâlikîler bağış sözleşmelerinde istisnalara cevaz vermekte, örneğin kaçak kölelerin veya başıboş sığırların hediye edilmesine izin vermektedir.[35]

ii. Sözleşmelerin tipolojisi

Bir sözleşmenin hukuki sonuçları, bağlayıcı (*lâzım*) veya bağlayıcı olmayan (*câiz*) olmasına bağlıdır.[36] İlkinde, taraflardan birinin diğer tarafın veya tarafların izni olmadan sözleşmeyi feshetme hakkı yoktur (dolayısıyla sözleşmeyi feshetmek için karşılıklı anlaşma *ikâle* olarak bilinir).[37] Ne tarafların ölümü ne de (sözleşmeyi yaptıktan sonra) delirmeleri feshe sebep teşkil eder. Satım, *selem*, kira, *icâre* ve zirai kiralama sözleşmeleri bu türdendir. Ortaklık (*şerike*), vekalet (*vekâle*), borç (*karz*) ve emanet (*vedîa*) ise tek taraflı olarak feshedilebilen *câiz* akitlerdir. Sorumluluk (*damân*), garanti ve kefalet (*kefâle*) gibi bazı sözleşmeler ise bir taraf için bağlayıcı kabul edilirken diğer taraf için bağlayıcı değildir. Örneğin, ortaklık tüm ortaklar için *câiz* bir akittir, ancak suiistimal zarara yol açarsa, sorumlu taraf diğer(ler)i ile bir *lâzım* akit ilişkisine girer, çünkü ortaya çıkan zararı ortaklarına tazmin etmekle yükümlüdür.[38]

Akitler ayrıca maddi (*mâlî*) ve gayri maddi (*gayri mâlî*) olarak sınıflandırılır; *mâlî*, başka birçok akdin yanı sıra, *hibe*, *mudârebe* ve her türlü satışı içerirken, *gayri mâlî* akitler vekalet ve kefalet ile temsil edilir. Evlilik gibi bazı akitler, sözleşme taraflarından birinden bir bedel gerektirdiği için yarı-*mâlî* olarak kabul edilir. Kira/*icâre* ise Hanefîler dışındaki bütün mezheplerde *mâlî* değeri olduğu kabul edilen intifa hakkı içeren akitlerdendir.[39]

Daha önce gördüğümüz gibi, sözleşmeler mübadele veya teberru şeklinde olabilir; hediye (*hibe*) ikincisinin başlıca örneğidir. Bu ayrım, *garar* söz konusu olduğunda önem kazanır. Mübadele

[33] Hukuka aykırı el koyma (*gasp*) konusunda bkz. aşağıdaki 9. Bölüm, 3. Kısım.
[34] Buhûtî, *Şerh*, II, 145–46; Mevâk, *Tâc*, IV, 269; Remlî, *Nihâye*, III, 386–87; [Misrî, *Reliance*, 382–83].
[35] Hattâb, *Mevâhib*, VI, 51; *el-Mevsû'atü'l-Fıkhiyye*, XXX, 227.
[36] Nevevî, *Ravda*, III, 100.
[37] Mergînânî, *Hidâye*, III, 54-55.
[38] Kârî, *Mecelle*, 87 (60), 549–50 (1829–30).
[39] Bkz. aşağıdaki 9. Bölüm, 3. Kısım.

sözleşmeleri karşılıklı hak ve yükümlülükler doğurduğundan ve adil ticaretin yanı sıra adil davranışları da güvence altına almayı amaçladığından, *garar* ilkesi bütünüyle uygulanırken, teberru sözleşmelerinde, akit konusu nesnenin veya hizmetin belirli özellikleri, değeri, ağırlıkları ve ölçüleri ile ilgili olarak daha az kesinliğe yer verilir.

Sözleşmeler geçerli (*sahih*; sözlük anlamı "sağlam") veya geçersiz (*gayri sahih*) olabilir. İkincisinden farklı olarak, birinci tür, icap ve kabulün hukuki gerekliliklerini, sözleşme taraflarının ehliyet ve yeterliliğini (ergenlik, akıl sağlığı vb.), sözleşmenin konusunun mevcudiyetini ve kullanılabilirliğini vb. karşılar. Geçersiz sözleşmeler ise, taraflardan birinin (sözleşmeyi yapmadan önce) deliliğinin kanıtlanması veya şarap veya leş gibi bir nesnenin hukuka aykırı sayılması gibi *rükün*lerinden bir veya birkaçında eksiklik içerir. *Sahih* bir akit, ifası akdin konusu üzerinde *velâyet* sahibi bir başkasının rızasına bağlı olmadan geçerli (*nâfiz*) kabul edilir. Bir hizmetçi efendisi adına sözleşme yapabilir (*akdü'l-fuzûlî*), ancak sözleşmenin geçerli olabilmesi için hizmetkarın rızasının efendinin rızasıyla desteklenmesi gerekir; aksi takdirde sözleşmenin *mevkûf* (sözlük anlamı "askıda") olduğu kabul edilir.[40] Dolayısıyla, *velâyet* olmaksızın bir sözleşme *gayri nâfiz* olur, yani *nâfiz* sözleşmeler, onları doğrudan akdeden taraflar dışında başka birinin onayına bağlı değildir.

iii. Şartlar, sonuçlar ve fesih

Hakları kısıtlamak veya belirlemek amacıyla getirilen veya sözleşmenin sonuçlarını gelecekteki bir olaya veya üçüncü bir tarafın rızasına bağlayan sözleşme şartları (*şurût*) geçerli veya geçersiz olabilir.[41] Örneğin, bir satış sözleşmesinde ödeme ile ilgili şartlar geçerlidir, ancak sözleşmenin amaçlarına ters düşen veya belirsizlik (*garar*) veya faiz (*riba*) içeren bir şart geçersizdir. Bu tür şartlar sözleşmenin kendisini geçersiz kılar; örneğin, bir incinin kapalı kabuğunda satılması, işlem yapılan nesnenin özelliklerinin tam olarak bilinmesi gerektiği yönündeki sözleşme kuralını ihlal eder. Geçerli sözleşme hükümleri ile *garar-riba* hükümleri arasında kalan diğer şartlar, sözleşmeyi geçersiz kılmaksızın hükümsüz sayılabilir. Örneğin, bir ortağın kârının bir kısmının üçüncü bir tarafa hibe edilmesi şart koşulursa, hibe ile ilgili şart tek taraflı feshedilir ve sözleşme yürürlükte kalır. İmâmiyye Şîası, tüm ekoller arasında, Kur'ân ve/

[40] Halebî, *Mültekâ*, II, 44; Merginânî, *Hidâye*, III, 68–70.
[41] Buhûtî, *Şerh*, II, 160–66; [Misrî, *Reliance*, 382–83].

veya Sünnet tarafından açıkça yasaklanmayan herhangi bir şarta izin vererek, sözleşme şartlarına bir şey eklenmesi konusunda en esnek tutumu benimser.[42]

Her ne olursa olsun, her geçerli sözleşmenin bir sonucu (*eser*) olmalıdır, bu da sözleşmenin *varlık nedeni*dir. Örneğin satış ve hibede *eser*, bir bedel gerekli olsun ya da olmasın, mülkiyetin devredilmesidir. Aynı durum kira ve borç sözleşmeleri için de geçerlidir; bunlar her zaman bir karşılık gerektirmese de kullanım hakkının devrinde *eser* söz konusudur. Diğer bazı akit türlerinde temlik *eser*i söz konusu değildir: evlilikte *eser* karşılıklı yararlanma iken, kefalette *eser* borç için ek bir yükümlülük edinmekten ibarettir.

Son olarak, *lâzım* türden akitler, iki tarafın rızası olmadıkça veya kiralanan ya da borç verilen malın telef olması gibi belirli şartlar gerçekleşmedikçe feshedilemez. Hanefîler, taraflardan birinin ölümü halinde *icâre* akdinin sona ereceğini kabul ederler.[43] *Lâzım* akitler de, satım akdinde göreceğimiz gibi *muhayyerlik* süresi içinde feshedilebilir. *Câiz* akitlerde fesih, taraflardan biri tarafından (diğerinin izni olmaksızın) ya da her ikisi tarafından gerçekleştirilebilir. *Lâzım* akitlerin karşılıklı olarak feshedilmesine *ikâle*, *câiz* akitlerin feshedilmesine ise *fesih* denir. Tek taraflı feshe, *fesih* nedeniyle diğer tarafa veya taraflara zarar gelmemesi şartıyla izin verilir; aksi takdirde *fesih* tazminata yol açar.

2. Satım Sözleşmesi (Buyû')

Evlilik akdinin yanı sıra ivazlı sözleşmeler[44] sosyal düzenin dayandığı "sütunlar" olarak kabul edilir.[45] Bir önceki bölümde ele alınan sözleşme ilkeleri, bir tarafın diğer tarafça teslim edilen bir mal karşılığında bir bedel ödediği ivazlı sözleşmelerin (*buyû'*) ana esaslarını oluşturur. Taraflar "akit meclisi"nden (*meclisü'l-bey'*) ayrılmadan ve satış konusu mal, alıcının şartlarının artık geçerli olmayacağı şekilde değiştirilmeden (örneğin üzüm suyunun sirkeye dönüşmesi) önce, akdin *sîga*sının tam ve eksiksiz olması gerekir. İcap ve kabul ifadelerinde satın alma anlamı taşıyan herhangi bir fiilin herhangi

[42] Tûsî, *Hilâf*, I, 511, 516–17; [krş. Ibn Rushd, *Distinguished Jurist's Primer*, II, 192–98].

[43] Halebî, *Mültekâ*, II, 168.

[44] [*Buyû'* ile ilgili olarak bkz. Misri, *Reliance*, 371–459; Ibn Rushd, *Distinguished Jurist's Primer*, II, 153–231.]

[45] Bkz. Hattâb, *Mevâhib*, IV, 221, ayrıca başka hukukçuların görüşlerine dayanarak "satım sözleşmelerinin" "tüm dini işlerin dörtte birini" teşkil ettiğini bildirir. Satım sözleşmelerinin genel önemi hakkında ayrıca bkz. Buhûti, *Keşşâf*, III, 167; Mâverdî, *Hâvî*, V, 11-12.

bir kipi kullanılabilir, ancak Arap dilinde geçmiş zaman kipi, emir kipi (bana şunları şunları sat) de dahil olmak üzere diğerlerine göre daha fazla kesinlik ifade ettiği için bu kip tercih edilir; soru kipi ise kesinlikle kullanılmaz. Bu genel kurallara rağmen, çoğu ifade tarafların *rıza*sı anlamına geldiği sürece geçerli kabul edilir.[46]

Herhangi bir ivazlı sözleşmenin geçerli olabilmesi için birtakım şartların gerçekleşmesi gerekir. Hanefîler, akdin geçerliliğine ilişkin şartlar (*şurûtu's-sıhha*) ile akdin akit olarak meydana gelmesi için gerçekleşmesi gereken şartlar (*şurûtu'l-in'ikâd*) arasında ayrım yapar. *Şurûtu'l-in'ikâd*, en temel olanıdır ve *şurûtu's-sıhha* için önkoşuldur, zira bir sözleşmenin özüne dahil olmayan bir şey, belirli bir sözleşmenin geçerliliğinin ayrılmaz bir parçası olarak kabul edilemez. *Şurûtu'l-in'ikâd*ın tümü, şu şartlara sahip olan nesne ile ilgilidir: (a) mevcut olması; (b) hukuki kullanıma elverişli maddi bir değere sahip olması (*mal*); (c) satan tarafın mülkiyetinde olması; ve (d) teslim edilebilir olması.[47] Buna karşılık, nesnenin akdin taraflarınca bilinmesi şartı geçerlilik şartıdır, zira sözleşme sırasında bu şart yerine getirilmezse, sözleşme ayıplı (veya geçersiz; *fâsid*) olur, ancak hükümsüz (*bâtıl*) olmaz. Nesnenin bilgisi, onu kendisine benzeyen ancak aynı olmayan diğerlerinden ayıran cins, tür, çeşit, miktar ve diğer özellikleri kapsar. Demirbaşlar ve eklentiler, örf ve adet bu tür demirbaşları hariç tutmadıkça, normalde nesneye kendiliğinden dahildir. Arazi, ağaç ve hayvan gibi *usûl*lerin[48] satışı, geleneksel olarak *usûl*ün ayrılmaz bir parçası olarak kabul edilen eklentileri de kapsar, ancak gebe hayvanlardaki fetüsleri, ağaçlardaki meyveleri veya petrol ve değerli taşlar gibi yeraltındaki kıymetli doğal kaynakları kapsamaz.[49]

Fiyat veya bedel, hukuki olarak satış nesnesi olarak nitelendirilebilecek herhangi bir şey olabilir; çünkü satılabilen her şey fiyat olabilir. Bir bedel, satılan nesneden şu şekilde ayrılır: para her zaman bedeldir. Aynı şekilde, misli mallar misli olmayan mallarla değiştirildiklerinde her zaman bir bedel olarak kabul edilirler. Eğer her ikisi de misli mal ise, o zaman fiyat sözleşmede "*bi*" edatıyla birlikte belirtilen bedeldir, "Sana iki yüz kilo buğday karşılığında (*bi*) yüz

[46] Mergînânî, *Hidâye*, III, 21. *Rıza* ile ilgili faydalı bir değerlendirme için bkz. Zerkâ, *Medhal*, I, 438–39, 449 vd.

[47] Bu koşulların ayrıntılı bir incelemesi için bkz. Buhûtî, *Keşşâf*, III, 169-99.

[48] Bu bağlamda *usûl*, meyve veren ağaçlar ile süt, et ve yavru veren sığırlar gibi doğası gereği üretken olan ekilebilir zirai varlıklardır.

[49] Mergînânî, *Hidâye*, III, 25; İbnü'l-Hümâm, *Şerh*, VI, 282.

kilo pirinç satıyorum" şeklindeki yaygın formda olduğu gibi. Burada buğday fiyattır. Öte yandan, her ikisi de misli değilse, biri diğerinin fiyatı olmak üzere, birbirlerinin yerine bir bedel ve bir nesne olarak kabul edilirler.

İvazlı sözleşmeler, başka sözleşmelerin yanı sıra, taraflardan biri veya her ikisi tarafından öngörülen şartları içerebilir; bu şartlar *hiyarât irâdiyye* (sözlük manası, iradi opsiyonlar) olarak adlandırılır. Aşağıda ele alınan *şart muhayyerliği* ve *tayin muhayyerliği* bu kategorinin iki ana türüdür. Bununla birlikte, fesih veya onaylama seçeneklerinin çoğu hukukun işleyişinden kaynaklanır, yani belirli hak ve yükümlülüklerin sözleşmeye dayalı işlemlerden sonra ortaya çıkması için sözleşmede belirtilmeleri gerekmez. *Ayıp muhayyerliği* ve *görme muhayyerliği* bu türdendir, ancak Mâlikîler *görme muhayyerliğini*, sonuç doğurabilmesi için sözleşmede şart koşulması gereken ihtiyari bir opsiyon olarak görürler. Bu opsiyonlardan bazıları aşağıdaki gibidir.[50]

Ayıp muhayyerliği: Satıcı, satılan malda bildiği kusurları alıcıya bildirmelidir; aksi takdirde günah (ahirette cezalandırılacak ahlaki bir yanlış) işlemiş sayılır. Alıcı, kusuru öğrendikten sonraki bir veya iki gün içinde,[51] aşağıdaki koşulların sağlanması halinde sözleşmeyi feshetme opsiyonuna sahiptir: (a) alıcı malı satın aldığı sırada ayıbın farkında değilse; (b) satıcı sözleşmeye kendisini olası veya gerçek ayıplardan muaf tutan herhangi bir hüküm eklememişse; ve (c) ayıp "etkili" (*müessir* veya *muteber*; yani sözleşme konusu malın değerini etkileyecek nitelikte) olmalıdır. Bu ayıbın örf ve adete göre kusur olduğuna hükmedilir. İki şart daha bulunmalıdır: (i) ayıbın ortaya çıkmasıyla birlikte malın değerinin düştüğü kabul edilmelidir; ve (ii) alıcının makul bir çabayla ayıbı gidermesi mümkün olmamalıdır. Bu muhayyerlik aynı zamanda kadınların *hul'* sözleşmelerinde ödedikleri bedelin yanı sıra *icâre* için de geçerlidir.[52]

Görme muhayyerliği: Alıcının akit "meclisinde" veya öncesinde malı görmemiş olması şartıyla, satın alınan malı görüp inceledikten sonra akdi feshetme hakkı kabul edilmiştir. Şâfiî bu muhayyerliği, satın alınan malın bilinmemesi (*meçhul* veya *cehalet*e konu olması)

[50] Çok çeşitli *muhayyerlik*lerin ayrıntılı bir tartışması için bkz. *el-Mevsû'atü'l-Fıkhiyye*, XX, 41-184; [Misrî, *Reliance*, 380–81; Ibn Rushd, *Distinguished Jurist's Primer*, II, 250–55.]

[51] Bazı hukukçular bu opsiyonun süresini bir günden uzun tutmaz ve derhal bildirimde bulunulmasını savunmaktadır. Diğerleri ise, bildirime yemin eşlik etmesi koşuluyla iki güne kadar süre tanır. Hısnî, *Kifâye*, I, 252–53.

[52] Mâverdî, *Hâvî*, V, 22–23; Mergînânî, *Hidâye*, III, 35–36; Buhûtî, *Keşşâf*, III, 245–47.

nedeniyle *garar* içerdiği için geçersiz saymıştır. Hanefîler ise bu muhayyerliğin geçerliliğini savunarak muhayyerlik süresi içerisinde yapılacak bir incelemenin *cehalet* unsurunu ortadan kaldıracağını ve böylece muhayyerlik süresi sona erdikten sonra ortaya çıkabilecek ihtilaf sebeplerini bertaraf edeceğini ileri sürmüşlerdir.[53]

Keşfü'l-hâl muhayyerliği: Bir önceki opsiyona benzeyen bu *muhayyerlik*, iki tarafın mutat olarak kullandığı ölçü ve ağırlık birimleri arasında bir fark olduğunda gündeme gelir. Alıcı, inceleme sonrasında satın aldığı 200 *rıtl*ın aslında kendi beldesinde bilinen standart *rıtl* ölçüsünden 180 *rıtl* olduğunu fark ederse, fesih hakkına sahiptir.[54]

Şart muhayyerliği (farklı kullanımları *el-hiyârü'ş-şartî* ve *hiyârü't-taravvî*): Sözleşmede belirtilen ve en fazla üç gün içinde kullanılan fesih hakkıdır.[55]

Tayin muhayyerliği: Belirli bir süre içinde, aynı sınıftaki bir dizi mal arasından bir tanesini seçmek için şart koşulan bir muhayyerlik; örneğin, sürüden herhangi üç boğanın satın alınması.[56]

Meclis muhhayyerliği veya *hiyârü'l-mütebâyi'ayn*: Bazı hukukçular tarafından geçerli kabul edilen bu opsiyon, kabulün açıklanması ile satıcı ve alıcının ayrıldığı sözleşme "oturumunun" sona ermesi arasındaki süreyi kapsar.[57]

Gabn muhayyerliği: Bu opsiyon, alıcının bilgisi dışında sebepsiz zenginleşmenin gerçekleşmesi durumunda ortaya çıkar. *Gabn* (veya *gubn*) *fahiş* türden olmalıdır, yani Hanbelîler ve Mâlikîler tarafından vurgunculuk olarak tanımlanan küçük değil büyük bir sebepsiz zenginleşme, akde konu malın değerinin üçte biri veya daha fazlası kadar kazanç elde etme. Bu tür bir zenginleşmenin tespiti normalde, karar verme kriterleri geleneksel yerel uygulamalar olan bilirkişilerin görevidir. *Gabn*in gerçekleştiği tespit edilirse, alıcı sözleşmeyi feshetme ve malın iadesi sonrasında bedeli geri alma opsiyonuna sahiptir. Ancak malın gerçek değeri ile ödenen bedel arasındaki fark kadar tazminat talep edemez.[58] (Bu seçeneğe çok benzer bir seçenek de

[53] Mergînânî, *Hidâye*, III, 32–33; Tûsî, *Hilâf*, I, 505–06; Wichard, *Zwischen Markt und Moschee*, 153 vd. Bu tür bir *muhayyerlik* ile ilgili gerçek bir dava hakkında bkz. Messick, "Commercial Litigation."

[54] İbn Hacer el-Heytemî, *Fetâvâ*, II, 157.

[55] Mergînânî, *Hidâye*, III, 27.

[56] *A.g.e.*, III, 24.

[57] Mâverdî, *Hâvî*, V, 22–23; İbn Kudâme, *Muğnî*, III, 482; Tûsî, *Hilâf*, I, 506–07.

[58] Buhûtî, *Keşşâf*, III, 240–42.

hile veya yalan beyandan kaynaklanan ve satış konusu malın alıcıdan daha yüksek bir fiyat elde etmek amacıyla kasıtlı olarak geçici bir iyileştirme veya süsleme işlemine tabi tutulduğu *hiyârü't-tedlîs* opsiyonudur).[59]

3. Selem ve İsticrâr Sözleşmeleri

Kur'ân ve Sünnet tarafından açıkça onaylanan[60] *selem*, meşru bir malın ileriki bir tarihte teslimi için akit meclisinde bir bedelin ödendiği özel bir satış sözleşmesidir.[61] Bir sözleşmenin *selem* işlemi olarak nitelendirilebilmesi için aşağıdaki şartları taşıması gerekir: (a) sözleşmenin konusu sözleşme sırasında mevcut olmamalıdır;[62] (b) sözleşmenin konusu, anlaşmazlığı önleyebileceği düşünülen makul ölçüde kesin bir tanımlamaya uygun olmalıdır; örneğin bilinen bir köy veya kasabada dokunan bir giysi veya halı, markası ve boyutu ile belirtilebilir, ancak bir kısraktaki fetüs böyle değildir; (c) sözleşme ayrıca söz konusu malın türü, boyutu, rengi, ağırlığı, şekli vb. özelliklerini ayrıntılı olarak tanımlamalıdır; (d) teslimat zamanı belirtilmelidir; (e) bedel derhal, yani akit meclisinde teslim edilmelidir ve (f) kararlaştırılan teslimat zamanında malın piyasada yaygın olarak bulunması (*'ammü'l-vücûd*) gerekir; örneğin, mevsimi olduğu bilinen bir zamanda teslim edilmek üzere belirli bir meyveden bir ton satın almak.[63]

Selem ve *mu'âtâtı*[64] içerebilecek bir diğer akit türü de *bey'ü'l-isticrâr* olarak adlandırılan, ödemesi ileriki bir tarihte yapılmak üzere, bozulabilir maddeler de dahil olmak üzere bir malın satın alınmasını içeren sürekli bir işlemler dizisidir. Ödeme, malın henüz mevcut olmadığı bir zamanda yapıldığından ve malın alınıp satıldığı sırada fiyat bilinmediğinden, Hanefîler bu akdi *kıyas*a aykırı bulmuşlar, ancak *istihsân*a göre geçerli bir muamele olarak kabul etmişlerdir. Hanefîler böyle bir işlemin günlük ev alışverişlerinde rutin olarak yapıldığı yaygın örfi uygulamaların önemini kabul ederek, bu işlemin bir satış sözleşmesi olmadığını, ancak mal sahibinin izniyle yapılan bir zarar tazminini (*damânü'l-mütlefât*) ifade ettiğini savunmuşlardır. Bununla birlikte, daha sonra ödenecek fiyat üzerinde önceden

[59] *A.g.e.*, III, 242–44.
[60] Mâverdî, *Hâvî*, V, 388 vd.
[61] [Misri, *Reliance*, 400–02; Ibn Rushd, *Distinguished Jurist's Primer*, II, 240–49.]
[62] Şirâzî, *Mühezzeb*, III, 162; Tûsî, *Hilâf*, I, 591.
[63] İbnü'l-Hâcib, *Câmi'*, 370–73; Şirâzî, *Mühezzeb*, III, 164–65; Buhûtî, *Keşşâf*, III, 325–48; Halebî, *Mültekâ*, II, 45–49; Bâz, *Şerh*, I, 215–19 (md. 380–87); Tûsî, *Hilâf*, I, 591–92.
[64] Bkz. yukarıdaki 1, i.

anlaşmaya varılarak satın alma yapıldığında, bu geçerli bir *mu'âtât* satışı olarak kabul edilir. Gelecekte yapılacak bir dizi alım için peşin bir bedelin ödendiği *isticrâr* şekli de geçerlidir.[65]

4. İş Ortaklıkları (Şerikât)

Şirket terimi, *şeriket milk* (mülk ortaklığı) ve *şeriket 'akd* (akdi ortaklık) olarak bilinen iki farklı ortaklık türü için geçerlidir.[66] Genellikle bölünemez mülkiyeti içeren birincisi, ne olmadığı ile tanımlanır: tarafların iradelerinin bir araya gelmesiyle (*irâdeteyn*) oluşmaz ve icap ve kabul unsurları yoktur, bu nedenle sözleşmeyle kurulmaz. Bu ortaklığa örnek olarak iki kız kardeşin babalarından kendilerine kalan bir evi miras olarak almaları verilebilir. Ayrıca *şeriket 'akd*den temel bir şekilde ayrılır: tüm akdi ortaklıklarda bulunduğu varsayılan kurucu vekalet unsuru da dahil olmak üzere, ortakların birbirlerine borçlu oldukları güvene dayalı yükümlülük unsurundan yoksundur (dolayısıyla *şeriket 'akd* isimlendirmesinden de). Dolayısıyla, *şeriket milk*teki bir ortağın, diğer ortağın açık izni olmaksızın hiçbir tasarruf hakkı yoktur.[67]

Buna karşılık, akdi ortaklık icap ve kabul yoluyla kurulur, ancak bağlayıcı olmadığı (*câiz*) için ortaklardan herhangi biri tarafından istenildiği zaman feshedilebilir.[68] Hanefîler bunu hem sermaye hem de kâr üzerine kurulan bir sözleşme olarak tanımladıkları için, uyuyan ortaklık (*mudârebe*) olarak adlandırılan ortaklığı bunun dışında tutarlar, çünkü *mudârebe* sermaye değil, yalnızca kâr üzerine kurulur.[69]

Ortaklıkların önemli bir tasnifi de *şeriket mufâvada* ve *şeriket 'inân* arasında yapılan ayrımdır. İlkinde, hem sermaye hem de emek dahil olmak üzere tüm ortaklık iki veya daha fazla ortak arasında tamamen eşitken, ikincisinde eşit değildir. Bu nedenle, *mufâvada*da ortakların oranlarında bir değişiklik meydana gelirse, ortaklık otomatik olarak *'inâna* dönüşür. Mâlikîler, Şâfiîler ve Hanbelîler akdi ortaklıkları, her bir ortağın diğer ortak(lar)a karşı güvene dayalı bir

[65] *el-Mevsû'atü'l-Fıkhiyye*, IX, 43–47.

[66] [Misrî, *Reliance*, 417–19; Ibn Rushd, *Distinguished Jurist's Primer*, II, 301–06.]

[67] Kârî, *Mecelle*, 539–43 (md. 1788–1809); Nevevî, *Ravda*, III, 507.

[68] Ebû Hanîfe gibi bazı hukukçular, ortaklığın tek taraflı feshinin geçerli olabilmesi için diğer ortağın bilgilendirilmesi gerektiğini belirtmektedir. Ayrıca, sözleşmenin feshinin geçerli (*nâfiz*) olabilmesi için sermayenin tasfiyeye elverişli olması gerekir (yani, feshi zarar veya ziyana yol açabilecek bir yükümlülüğe bağlanmışsa, fesih geçerli olmayacaktır).

[69] Halebî, *Mültekâ*, II, 135 vd.

yükümlülük altına girdiği bir *vekalet* ilişkisi olarak kabul etmişlerdir. Öte yandan Hanefîler, *mufâvada* ortaklığının hukukun işleyişi gereği *kefalet*i de içerdiği, oysa ortakların kendileri tarafından sözleşmeyle şart koşulmadığı sürece *'inân* ortaklıklarında *kefalet*in bu şekilde yer almadığı ilkesini benimsemekte yalnız kalmışlardır.[70] Bu durum, Hanefî *mufâvada* akdinin ortaklara birbirleri adına hareket etme konusunda sınırsız bir özgürlük tanırken, diğer üç Sünni ekolün bu özgürlüğü yalnızca her bir ticarette teamül olarak kabul edilen ticari uygulamalarla sınırlandırmakla kalmayıp, aynı zamanda bu tür normatif uygulamaların dışında kalan işlemlerde ortakların *izn*ini gerektirmesinin nedenini açıklamaktadır.[71] Bununla birlikte, tüm hukukçular, *emanet* yükümlülüğünün sözleşmeye dayalı her türlü ortaklığın ayrılmaz bir parçası olması nedeniyle, ortakların ihmal (*taksîr*) veya kendi kusurlarıyla (*taaddî*) zarara neden olmaları dışında birbirlerinin mallarından sorumlu olmadıkları konusunda hemfikirdir. Ayrıca, güvene dayalı yükümlülük karinesi, ortaklardan, şirketin işlerini yürütürken elde ettikleri kazançlar ve uğradıkları zararların beyanı ile ilgili olarak bir *yemin*den fazlasını gerektirmez.[72]

Hanefîler, emeğin sadece bir ortağa ait olmasını şart koşan *mufâvada* sözleşmesini geçersiz sayarken, Mâlikîler emeğin eşit olarak paylaştırılmasında ısrar ederler. Ayrıca kâr bilinemeyeceği için, tüm akdi ortaklıklarda mutlak bir rakam olarak değil yüzde veya oran olarak belirlenmelidir - örneğin, yarım, çeyrek vb. -. Sonuçta ortaklığın amacı olan kârın paylaşımı konusunda herhangi bir netlik olmaması sözleşmeyi geçersiz kılar. Hanefîler, *mufâvada* kâr paylarının eşit olmasının yanı sıra ortakların yatırılan sermayede, hukuki ehliyette ve birbirlerine karşı vekalet ve kefalet görevlerinde tam bir eşitlik içinde olmalarında ısrar ederler. Öte yandan, diğer üç Sünni ekol bu eşitliği gerekli görmezken, İmâmiyye Şîası *mufâvada* sözleşmesini tamamen reddeder.[73]

Bir başka sınıflandırma da ortaklıkları yatırılan sermayenin niteliğine göre ayırmaktadır. Bir "mali ortaklık" (*şeriket emvâl*), her ortağın sermayenin belirli bir kısmını getirmesini gerektirir; sermayeyi ortaklaşa veya ayrı ayrı çalıştırmaları önemli değildir. Öte yandan, ortaklar sermayeye sahip olmayıp emeklerini ortak girişim olarak ortaya koyduklarında, *şeriket ebdân* (sözlük manası bedensel ortaklık),

[70] Bâz, *Şerh*, II, 712 (md. 1334–35).
[71] Örnek olarak bkz. Buhûtî, *Şerh*, II, 321–23.
[72] *A.g.e.*, II, 337
[73] Tûsî, *Hilâf*, I, 644; [Misrî, *Reliance*, 418–19.]

şeriket sanâ'i' (zanaat ortaklığı) veya *şeriket tekabbül* (iş kabul etme ortaklığı) olarak da bilinen *şeriket a'mâl* (emek ortaklığı)[74] kurdukları kabul edilir. Diğer taraftan, *şeriket vücûh*,[75] kâr elde edildikten sonra ödemenin yapılacağı bir borç olan gecikmeli ödeme ile mülk satın almayı içeren bir ortaklıktır. Sözleşmenin *mahal*lini oluşturan sermayenin bulunmaması nedeniyle Şâfiîler ikinci ve üçüncü türleri kabul etmezken, Mâlikîler sadece üçüncü türü reddederler.[76]

*Şeriket emvâl*in geçerli olabilmesi için -çoğunluğun görüşüne göre- mevcut, borçla (*deyn*) değil de halis sermaye (*'ayn*) ile, yani altın ve gümüş gibi *nakit*ten oluşması gereken sermaye ile oluşturulması gerekir. Hanbelîlerin çoğunluğu ve bazı Şâfiîler bu *nakd*in darp edilmiş sikke şeklinde olmasını şart koşarken Mâlikîler metallerin her şeklini kabul ederler. *Nukûd*un (tekili *nakd*) aksine malların (*'urûz*) sabit bir değeri yoktur ve bu nedenle sonraki hukukçuların çoğunluğu tarafından geçerli ortaklık sermayesi biçimleri olarak kabul edilmemiştir, ancak Şâfiîler bunun dikkate değer bir istisnasıdır.[77] Şâfiîler ve İmâmiyye Şîası ayrıca ortakların sermaye paylarının karıştırılmasını şart koşar; bunun nedeni, ortaklardan birinin sermayesinin yok olması durumunda, zararın haksız yere yalnızca ona ait olduğunun kabul edilebileceğidir.[78] Yine bu nedenle, ortaklardan birinin yatırdığı sermayenin diğerlerinin yatırdığından farklı olduğu, örneğin altın ve gümüş sikkeler gibi, her türlü ortaklığı geçersiz sayarlar.[79]

Hanefîler *şeriket a'mâl*in tüm ortakların emeğini içermesini şart koşarlar, çünkü bu tür ortaklığı ücretli işçilik (*icâre*) akdine benzetirler ve meseleyi şu kaideyle özetlerler: "*İcâre*de geçersiz sayılan şey, *şeriket a'mâl*in mahalli olamaz." Hanbelîler ve Mâlikîler, ortaklardan birinin emeğini yatırdığı, diğerinin ise alet ve edevat tedarik ederek emeğin yerine geçtiği ve dolayısıyla kârdan pay almayı hak ettiği bir sözleşmeyi geçerli kabul ederler. Ancak Hanefîler ve İmâmiyye Şîası bu ortaklık biçimini geçersiz sayarak tüm kârı, diğer ortağa aletleri için mutat kira bedelini ödemekle yükümlü olacak olan emek sahibine verirler.[80]

---

[74] İmâmiyye Şîası tarafından ramamen reddedilmektedir. Bkz. Tûsî, *Hilâf*, I, 644-45.

[75] Bâz, *Şerh*, II, 709–11 (md. 1329–32). İmâmiyye Şîası bu ortaklık türünü kabul etmemektedir. Bkz. Tûsî, *Hilâf*, I, 644-45.

[76] Nevevî, *Ravda*, III, 511–12; İbnü'l-Hâcib, *Câmi'*, 395; [Misrî, *Reliance*, 418.]

[77] Nevevî, *Ravda*, III, 510.

[78] Tûsî, *Hilâf*, I, 643.

[79] Nevevî, *Ravda*, III, 509.

[80] Hillî, *Şerâi'*, II, 387.

Hanefîler, *seriket vücûh*ta kârın ortaklar arasında hisseleri oranında paylaştırılmasını ve böylece borcun doğmasındaki sorumluluklarının (*damân*) paylaştırılmasını şart koşarlar. Eğer sözleşmede kârın, ortakların borçtaki gerçek paylarıyla çelişen bir oranda dağıtılmasını öngören bir hüküm yer alırsa, bu hüküm geçersiz olur. Buna karşın Hanbelîler böyle bir hükmü kabul eder, çünkü ortaklardan birinin kârdaki payından daha az olan borç yükümlülüğü, işe harcadığı ilave emeğin karşılığı olabilir.[81]

Sonuncu, ama son derece önemli bir ortaklık türü, bir tarafın sermayesi (*rabbü'l-mâl*; uyuyan ortak) ve diğer tarafın emeğinin (*âmil*; "işçi" veya vekil)[82] birleşmesi yoluyla kâr elde etmeyi amaçlayan bir sözleşme olarak tanımlanan *mudârebe*dir. Hanefîler bunu tam bir ortaklık olarak görmezler çünkü *kıyas*ın ilkelerine aykırıdır: vekil belirlenmemiş bir ücret karşılığında kiralanmıştır, üstelik bu ücret sözleşme sırasında mevcut değildir. Bilakis, bu ortaklığın hukuki temeli *istihsân*dır ve bu da Kur'ân'a (Müzzemmil: 20), *hadîs*e ve toplumun genelinin süregelen uygulamalarına dayanır.[83]

Mudârebe sözleşmesi, vekilin üstlenmesi gereken yatırım türünü, belirli bir yeri, süreyi veya iş yapılmasına izin verilen üçüncü tarafları ayrıntılı olarak belirtebilir veya belirtmeyebilir. Diğer ortaklıklarda olduğu gibi, uyuyan ortak ile vekil arasında, temel dayanağı güven olan bir ilişkinin (*vekalet*) bulunduğu varsayılır. Dolayısıyla, sözleşmede aksi belirtilmedikçe, vekilin sermaye ile seyahat etmekte serbest olduğu varsayılır - bunun anlamı, sermaye ile kaçan bir kişiyi bulmak ve tutuklamak kolay bir mesele olmadığından, güvenin esas olduğu kabul edilir. Sermaye: (a) *nakit*, gümüş ve/veya altın olmalıdır; (b) miktarı bilinmelidir, aksi takdirde kâr belirlenemeyeceği için sözleşme *daha baştan* geçersiz hale gelir; ve (c) bir borca konu olmamalı ve serbest olmalıdır.

Vekil sermayeden daha fazla bir miktar borçlanamaz ve borçlanmadaki herhangi bir fazlalık yalnızca kendisine karşı bir borç teşkil eder. İki ortak arasında güvene dayalı bir ilişki (*amanet*) olduğu varsayıldığından, vekil sermayenin kaybından ancak ihmalkar davranırsa veya haksız bir fiil (*taaddî*) işlerse sorumlu olur. Vekil aynı zamanda sermayenin sözleşme hükümleri ve örfi kuralların ötesine geçen her türlü kullanımından da sorumludur, zira bu fiil, hukukçuların

[81] Buhûtî, *Keşşâf*, III, 559–60; Bâz, *Şerh*, II, 742 (md. 1400–02).
[82] Buradaki "vekil," aşağıdaki 8. Kısımda ele alınacak olan *vekil*den farklıdır.
[83] Kâdızâde, *Netâic*, VIII, 446–48.

dilinde, temel özelliği malın yasal sahibinden onun izni olmaksızın alınması olan *gasp* anlamına gelecektir. İznin merkezi konumu - burada ve başka yerlerde - o kadar belirgindir ki, vekil, uyuyan ortağın sözleşmeye dayalı veya zımni izni olmaksızın sermayeyle veya sermayenin bir kısmıyla bir mal satın alır ve bu malla yaptığı ticaret sonucunda bir kâr elde ederse, kâr tamamen uyuyan ortağa ait olur ve bu da yine *gâsıb*ın elindeyken hukuka aykırı olarak el konulan malın büyümesine benzer. Buna karşılık, zarar ederse, yalnızca kendisi sorumlu olacaktır.[84]

*Şeriket inân*da olduğu gibi, *mudârebe*de de kârın sözleşmede açıkça belirtilmesi ve ayrıca yüzde/oransal olarak belirlenmesi gerekir. Böyle bir netliğin bulunmaması ve bir anlaşmazlık yaşanması durumunda, kârın eşit paylara bölüneceği varsayılır. Kârın tamamının bir ortağa ait olduğuna dair herhangi bir hüküm, Şâfiî mezhebine göre sözleşmenin tamamını geçersiz kılarken, Hanefîler sözleşmeyi bir borç (*karz*), Mâlikîler ise bir bağış (*teberru*) sözleşmesi olarak görürler.

Hanbelîler, emeği - ve aletleri - geçerli birer sermaye olarak kabul ettiklerinden, uyuyan ortağın da çalışmaya katkıda bulunmasına izin verirler. Ancak diğer hukukçuların çoğu bu hükmü sözleşmede bir kusur sebebi olarak görür; bunun gerekçesi, *mudârebe* sözleşmesinin bir emanet yükümlülüğüne dayanması ve bu yükümlülüğün, emanet (*vedia*) sözleşmesinde olduğu gibi, sermaye vekile teslim edilmeden gerçekleşemeyeceğidir; dolayısıyla, uyuyan ortak olarak adlandırılan kişi vekil gibi şirketin işleriyle meşgul olursa, sermayeyi "teslim ettiği" (veya şirketten ayrıldığı) söylenemez ve böylece sözleşmenin temel unsurlarının gerçekleşmesi imkansız hale gelir.

Son olarak, vekil, kârdan öngörülen payının yanı sıra ortaklığın işlerini yürütürken cebinden yaptığı harcamalar (yiyecek, barınma, seyahat masrafları, vb., ancak tıbbi masraflar hariç) üzerinde hak sahibidir. Bu masrafları kendisi öderse, bu tutar kâra veya kâr elde edilememesi halinde sermayeye karşı bir borç haline gelir. Bu masrafların makul miktarına ilişkin herhangi bir anlaşmazlık, borçlu olunan miktarı mutat uygulamalar temelinde değerlendiren uzman kişiler tarafından karara bağlanır. Çoğunluk görüşüne göre, net kâr, varlıklar tasfiye edildikten ve sermaye ortaklık yükümlülüğünden (*tendîd*) kurtulduktan sonra iki ortak arasında paylaştırılır.[85]

[84] Kârî, *Mecelle*, 556; ayrıca aşağıdaki 9. Bölüm, 3. Kısım bkz.

[85] Kârî, *Mecelle*, 538, 558-59.

5. Emek ve Mal Kiralama (İcâre)

Bir değişim sözleşmesi (*muâvaza*) olan *icâre*,[86] hem malların kiralanmasını hem de insan emeği ve hayvanların kiralanmasını birleştirir.[87] Terminolojik olarak Batı Mâlikîleri genellikle bu iki kategori arasında ayrım yapar ve insan emeğinin kiralanması için *icâre*, malların kiralanmasının yanı sıra hayvanların kiralanması için de *kira* terimlerini kullanır.[88] Bağlayıcı (*lâzım*) türden olan bu sözleşme,[89] "ödünç" veya "hediye" de dahil olmak üzere, doğrudan veya dolaylı olarak kira ve kiralama anlamını çağrıştıran bir ifadeyle akdedilebilir; yeter ki bu tür ifadelere bir intifa hakkının *ivaz* karşılığında değiş tokuş edildiğine dair hükümler eşlik etsin. Nevevî'den (ö. 676/1277) önceki Şâfiîlerin bu icap ve kabul şeklini reddettikleri söylense de *muâtât* yoluyla da akdedilebilir.[90] Tüm önemli noktalarda bu sözleşme yukarıda özetlenen genel ön şartlara uygundur (kısım 1). Bununla birlikte, bazı hukukçulara göre fesih opsiyonunun (*hiyârü'ş-şart*) şart koşulması halinde geçerli olmaması, ancak *hiyârü'l-'ayb* durumunda geçerli olması bakımından satım akdinden ayrılır.

*İcâre*nin konusu, kiralanan veya kiraya verilen şeyin (*'ayn*) değerli (*mütekavvim*), kullanımı helal, teslime elverişli ve bozulmaya veya azalmaya elverişli olmaması şartıyla, bir intifa hakkının bedel karşılığında kiralanması veya kiraya verilmesidir. Dolayısıyla, köpek, kaçak hayvan ve hukuka aykırı olarak el konulan nesneleri (*mağsûbât*) içeren *icâre* sözleşmeleri geçersizdir. İntifa hakkı *garar* içermemeli ve bu nedenle sözleşme tarafları için anlaşmazlığı makul bir şekilde önleyecek şekilde bilinmeli ve tanımlanabilir olmalıdır.

Tüm mezheplerin mutabakatıyla, *icâre* kapsamında sunulan hizmetler büyük ölçüde tarafların beklentilerinin kriterini oluşturan örf ve adete göre belirlenir. Malların kiralanmasında sürenin belirtilmesi (*müddet*), açıklık ve *garar*ın önlenmesi için gerekli görülmektedir. Ancak bazı *icâre* sözleşmelerinde süre başlangıçta belirlenemeyeceğinden, bunun yerine edimin belirlenmesi gerekir. Zeyd'i A mahallinden B mahalline götürmek üzere bir at kiralama sözleşmesi,

[86] Şâfiî *icâre*yi satım akdinin bir türü olarak görür. Mâverdî, *Hâvî*, V, 14.

[87] [Misrî, *Reliance*, 439–45; Ibn Rushd, *Distinguished Jurist's Primer*, II, 264–81.]

[88] Hattâb, *Mevâhib*, V, 389. Mısırlı Mâlikî hukukçu İbnü'l-Hâcib (*Câmi'*, 434-41) iki tür için farklı terimler kullanma konusunda daha az tutarlı görünmektedir. Hanbelîler *icâre* ve *kira* kavramlarını birbirinin yerine kullanırlar. Bkz. İbn Kudâme, *Muğnî*, VI, 4; Kârî, *Mecelle*, 205.

[89] Mâverdî, *Hâvî*, VII, 393; *el-Fetâvâ el-Hindiyye*, IV, 412; Tûsî, *Hilâf*, I, 710.

[90] Kârî, *Mecelle*, 207; Zerkâ, *Medhal*, I, 411, 418–19; *el-Mevsû'atü'l-Fıkhiyye*, I, 255 vd.; San'ânî, *Tâc*, III, 72.

sürenin önceden belirlenmesiyle değil, işin yerine getirilmesiyle, yani Zeyd'in B mahalline ulaşmasıyla sınırlandırılabilir. Hanbelî İbn Kudâme, *icâre*nin süre ve/veya belirli bir işin yerine getirilmesi seçeneklerini kapsaması gerektiği görüşündedir. İntifa konusu emek ise, akit her iki seçeneğe de dayanabilir; ancak gayrimenkul kirasında olduğu gibi emek mevcut değilse, o zaman sadece zaman sınırının belirlenmesi mümkündür.[91]

Ücretli çalışan (*ecîr*) ortak (*müşterek*) veya özel (*hâs*) olabilir; birincisi iki veya daha fazla işveren için çalışırken, ikincisi tek bir işveren için çalışır. Kendi mesleği dahilinde çeşitli hizmetleri yerine getirebilen birincisinde, *icâre* konusu işin kesin olarak belirlenmesi sözleşmenin geçerli olması için bir şarttır. İkincisinde ise sürenin belirtilmesi yeterli görülmektedir. Ancak hem işin hem de sürenin belirtilmesi hukukçular arasında tartışmalıdır, çünkü bu belirlemeye karşı çıkanlar, bir görevin tamamlanmasına ilişkin bir zaman sınırlaması getirilmesinin gereksiz zorluklara yol açabileceğini savunmaktadır. Ayrıca, bu kombinasyondan bir çelişki doğacağını, çünkü sürenin belirtilmesinin ücretli çalışanı özel bir işçi haline getirirken, işin tamamlanmasının belirtilmesinin onu ortak bir personel haline getireceğini savunmaktadırlar.[92]

Tazminata ilişkin genel ilke, bir satım sözleşmesinde hukuken bir bedel veya karşılık olan her şeyin kira ve kiralamada da bir ücret teşkil edebileceğidir. Ücret şartı açık ve peşin olarak belirlenmelidir ve birçok hukukçuya göre nakit olabileceği gibi, iki kişinin birbirlerinin evlerini kiralaması ya da bir işçi ya da zanaatkara üretiminin belli bir yüzdesinin ödenmesi gibi aynı cinsten bir intifa hakkı da olabilir. Ücretin peşin olarak belirtilmemesi ya da aşırı derecede belirsiz olması, sözleşmenin *garar* içerdiği anlamına geleceğinden, akdi hükümsüz ve geçersiz hale getirebilir. Hanefîler hükümsüz (*bâtıl*) ve geçersiz (*fâsid*) akitler arasında ayırım yaparlar. Ücretin belirtilmemesi durumunda, sözleşme bağlayıcı ve geçerli olmaya devam eder, ancak ücret işin tamamlanmasından sonra bir uzman tarafından örf ve âdete göre belirlenir.

İntifa hakkından yararlanma *icâre* sözleşmelerinin temelini oluşturduğundan, mal sahibinin *icâre* konusu malı kiracıya teslim

[91] İbn Kudâme, *Muğnî*, VI, 8-9.

[92] Buhûtî, *Şerh*, II, 365. İki *ecîr* türü bir başka noktada, yani işverenlerine verdikleri zararlardan dolayı sorumlulukları (*damân*) konusunda önemli farklılıklar gösterir; [Ibn Rushd, *Distinguished Jurist's Primer*, II, 278].

etmesiyle birlikte ücret muaccel hale gelir ve bazı hukukçulara göre, kiralanan mala hukuka aykırı olarak el konulması gibi öze ilişkin bir kusur nedeniyle söz konusu yararlanma ortadan kalktığında sözleşme askıya alınır. Böyle bir durumda, kiracının geri almayı bekleme veya birçok hukukçuya göre sözleşmeyi iptal etme hakkı vardır. Haksız el koyan (*gâsıp*), kiracının yararlanma hakkını kullanamadığı dönemin kira bedelinden sorumlu olacaktır. Dolayısıyla, haksız el koyma yararlanmayı etkilemiyor ya da kesintiye uğratmıyorsa, kira bedeli her şeye rağmen ev sahibine ödenmeye devam eder.

İcâre akdi, sürenin veya işin bitmesi ya da kiralanan veya kiraya verilen şeyin telef olması (örneğin hayvanın ölmesi veya evin yıkılması) ile sona erer. *Lâzım* bir akit olan *icâre*, tarafların karşılıklı anlaşmasıyla sona erdirilebilir ki buna *ikâle* denir. Hanefî ve İmâmiyye Şîasına göre akit, taraflardan birinin ölümü ile sona erer;[93] ancak bütün mezhepler, akit konusu mal veya eşyanın telef olması veya kullanılamaz hale gelmesi durumunda feshin gerçekleşeceği konusunda görüş birliği içindedir.[94]

6. Garantörlük ve Kefalet

Kefilin sorumluluğunun (*zimmet*) *asil*in sorumluluğuna eklenmesi olarak tanımlanan *kefâlet*, sözleşmeye dayalı veya hibe şeklinde olabilir; ikincisi tek taraflı taahhüt anlamına gelir. Hukuk kitaplarında *kefâle* ve/veya *damân* olarak yer alsa da Mâlikîler bunu *ze'âme* ve daha sık olarak *hamâle* olarak da ifade ederler.[95] Hukukçuların çoğunluğu *kefalet/damân*ın tek taraflı bir yükümlülük olduğunu ve herhangi bir karşılıklı işlem gerektirmediği için sadece icap anlamına geldiğini kabul eder. Aralarında bazı Hanefî ve Şâfiîlerin de bulunduğu azınlık ise *kefalet*in bir akit olduğunu, zira asıl borçlunun kefilden kefaletinin şartlarını yerine getirmesini talep etme hakkına sahip olduğunu savunur. Bu nedenle, çoğunluğun görüşüne göre *kefalet/damân*, tam anlamıyla bir garantörlük iken, azınlık bunu *kefalet* olarak görür.[96] Bazı hukukçular kefaletin kapsamını başka bir kişinin mahkeme huzuruna çıkmasına kefil olmakla sınırlandırır

[93] Bazı İmâmiyye Şîası alimleri, kiracının ölümü ile sözleşmenin sona erdiğini kabul eder. Tûsî, *Hilâf*, I, 711.

[94] *A.g.e.*.

[95] Hattâb, *Mevâhib*, V, 96; Mevâk, *Tâc*, V, 96; [Misrî, *Reliance*, 414–16; Ibn Rushd, *Distinguished Jurist's Primer*, II, 355–59].

[96] Nevevî, *Ravda*, VI, 433–34; Kârî, *Mecelle*, 355 (md. 1068). Her ikisini de kefalet terimi altında toplayan Schacht, *Introduction*, 158'e de bkz. Krş. *Black's Law Dictionary*, 634.

(bunu yapmayan kefil hapsedilebilir)[97] ve malî kefalet/garanti için "*damân*" terimini kullanır.[98] Sorumluluğun bir kişiden diğerine devredilmesini gerektiren *havâle*nin aksine *kefâle/damân*, sorumluluğu aynı anda iki veya daha fazla kişiye (yani asil, kefil ve muhtemelen kefilin kefili) yükleyerek, bu kişileri bir borcun ödenmesinden veya üçüncü bir kişinin mahkeme önünde hazır bulunmasından müştereken sorumlu kılar. Ayrıca, *havâle* "asili" her türlü sorumluluktan kurtarırken, *kefâle/damân* için aynı şey söylenemez.

Başkasının borcu için yükümlülük üstlenmenin yanı sıra, *kafâle/damân, başka şeylerin yanı sıra*, bedensel zarar için mali tazminat, *mehir* ödemesi, eş nafakası ve "tüccar kefaleti" (*damânu's-sûk*; tüccarların veresiye alışverişleri için - genellikle birbirlerine - garanti verdikleri bir çeşit borç kefilliği) konularında da geçerlidir. Ancak kefalet, idam ve bedensel ceza (örneğin kırbaçlama veya el kesme) ile ilgili konularda herkes tarafından kabul edilemez olarak görülmüştür.[99]

Şahsa *kefâlet* sorumluluğu kendisine kefil olunan kişinin (*mekfûl*) ölümüyle ortadan kalkar, ancak malî *kefâlet/ damân* sorumluluğu ortadan kalkmaz, çünkü mülkiyet hakkı sona ermez.[100] Kefaletten doğan haklar miras yoluyla intikal eder, dolayısıyla kefilin ölümü mirasçılarını kefil olunan kişinin veya onun mirasçılarının taleplerinden beraat ettirmez. Başka bir deyişle, varisler - ve teorik olarak onların varisleri - kefilin terekesine karşı devredilemez haklara sahiptir.[101]

Küçük, deli, *sefîh*[102] ya da köle olmayan herkes hukuken kefil olabilir. *İflas* ettiği için mahcûr olan bir kimse dahi *kefâlet/damân* yükümlülüğünü üstlenebilir, ancak mahcûriyetten kurtulmadıkça borç altına girmiş sayılamaz. Ölüm hastalığı sırasında yapılan bir *damân*, ilgili miktar kişinin toplam mal varlığının üçte birinden fazla ise geçersizdir. Mâlikî mezhebine göre evli kadının kefil olma (*hamîl*) ehliyetini, kocasının izni olmaksızın malının üçte birinden fazla bir miktarla sınırlandıran tek bir damân da böyledir.[103]

---

[97] Mergînânî, *Hidâye*, III, 87.

[98] Kârî, *Mecelle*, 368 (md. 1130) ve burada atıfta bulunulan kaynaklar.

[99] A.g.e., Mergînânî, *Hidâye*, III, 89.

[100] Bu nedenle, ilke olarak, Şeriatta "zaman aşımı" yoktur. Arazi davaları ve ilgili konularda bu tür zaman aşımlarını öngören Osmanlı-Hanefi hukuk söylemi *kânûn*a aittir ve Şeriatın ruhuna ve genel ilkelerine aykırıdır. Süre sınırlamalarının Hanefî gerekçelendirmeleri için bkz. İbn 'Âbidîn, *Hâşiye*, V, 419-22.

[101] Mergînânî, *Hidâye*, III, 88-89.

[102] *Sefîh* (*sufh*) ile ilgili olarak bkz. bir önceki bölüm, 1. Kısım.

[103] Mevâk, *Tâc*, V, 97.

*Kefâlet*te/*damân*da teklif edilen ana para, kefil tarafından üçüncü bir kişiye verilen bir borç, bir mülkün kirası veya bir *selem* satışında yapılan peşin ödeme de dahil olmak üzere *rehin*de izin verilen herhangi bir şekilde olabilir. *Damân*, sonucunu hemen doğurabileceği gibi, borcun muaccel olduğu tarihten bir yıl veya daha uzun bir süre sonraya da ertelenebilir. Genel olarak ifade etmek gerekirse, kefaletin süresi veya miktarı konusundaki belirsizlik, kefaletin *garar-ı fâhiş* değil *garar-ı yesîr*i teşkil eden küçük bir nitelikte olduğu kabul edildiği sürece kefaletin tamamını geçersiz kılmaz. Mâlikîler hem süre hem de garanti edilen meblağ bakımından daha yüksek bir belirsizlik seviyesini kabul etmişlerdir. Eğer A, B'ye "C sana olan borcunu ödemezse, ben ödeyeceğim" derse, A'nın kefaleti hem geçerli hem de bağlayıcıdır.[104] İmâmiyye Şîası ve bazı Şâfiîler bu görüşü *cehâlet* sebebiyle kabul etmemişlerdir.[105]

Son olarak, asilin beraati (*ibrâ*) hem asli hem de feri kefilleri kesin olarak beraat ettirir (çünkü asilin kefiline bir başkası kefil olabilir); ancak feri kefilin beraati asli kefili, bu kefilin beraatinin asıl borçluyu beraat ettirdiğinden daha fazla beraat ettirmez. O halde *damân*da/*kefâlet*te beraat sadece beraat ettirilen kişi ve onun feri türevleri bakımından etkilidir, tersi geçerli değildir.[106] Bununla birlikte, asıl borçlunun kefillerine karşı olan hak iddiası bu ilkeye tabi değildir, çünkü asli ve/veya tali kefillerden herhangi birinden ödeme talep etme hakkına sahiptir.[107]

7. Havâle

Havâle, bir borcun (*deyn*)[108] yükümlülüğünün borçludan (*muhîl*; kelimenin tam anlamıyla, yükümlülüğün kendisinden kaldırıldığı kişi) üçüncü bir kişiye (borcu ödeme yükümlülüğünü kabul ettiği söylendiği için *muhâl 'aleyh* olarak bilinir) devredildiği bir sözleşmedir.[109] Alacaklı ya da borç üzerindeki hakkın sahibi *muhâl leh*, borcun kendisi ise *muhâl bih*tir. Örneğin, A'nın B'ye, C'nin de A'ya borcu varsa, A, C'nin borcunu B'ye havale ederek kendisini bu

[104] Hattâb, *Mevâhib*, V, 101.
[105] Tûsî, *Hilâf*, I, 640–41.
[106] Kârî, *Mecelle*, 370 (md. 1145).
[107] Mâverdî, *Hâvî*, VI, 436.
[108] *Deyn* kavramına, satış opsiyonlarından (*hiyârât*) kaynaklananlar gibi, bir malın iade hakkı veya yükümlülüğü de dahildir. İbnü'l-Hâcib, *Câmi'*, 390. Bu muhayyerlikler için yukarıdaki 2. Kısma bkz.
[109] Tûsî, *Hilâf*, I, 634; İbnü'l-Hâcib, *Câmi'*, 390; [Misrî, *Reliance*, 412–13; Ibn Rushd, *Distinguished Jurist's Primer*, II, 360–62].

borçtan kurtarabilir.[110] Hanefîlere göre, akdin tarafları *muhâl 'aleyh* ve *muhâl leh* olup,[111] *muhîl*in rızasına gerek yoktur; çünkü *muhîl* hiçbir şekilde zarar görmez, ancak akdin sonuçlarından yararlanan olarak kazançlı çıkar.[112] Mâlikîler ise *muhâl 'aleyh*in rızasını gerekli görmezler.[113] Diğer hukukçular ve İmâmiyye Şîası, *muhîl*in rızasını akdin geçerliliği için şart görürler.[114] Böyle bir sözleşme yapıldıktan sonra, geçersizliği ispatlanabilecek başka bir sözleşmeye dayanmaması şartıyla, *muhîl* her türlü sorumluluktan kurtulur.[115] Örneğin, tüccar A, tüccar B ile belirli malları satın almak için sözleşme yaparsa ve A, B'ye borçlu olduğu miktarın C tarafından üstlenildiği bir *havâle* düzenlerse ve daha sonraki bir tarihte satış sözleşmesinin hükümsüz olduğu ortaya çıkarsa, *havâle* sözleşmesi de geçersiz hale gelir. Ancak, *havâle*nin üzerine kurulduğu sözleşme batıl olmayıp taraflardan biri (*fesh*) veya her ikisi (*ikâle*) tarafından feshedilmişse, *havâle* bağlayıcı olmaya devam eder. Örneğin, A, B'den bir daire kiralarsa ve A kira ödeme yükümlülüğünü C'ye devrederse, A ve B sözleşmelerini iptal etseler bile C'nin yükümlülüğü devam eder. C'nin, örneğin B'ye yaptığı fazla ödemeyle ilgili olarak sahip olabileceği her türlü hak talebini A'ya karşı ileri sürmesi gerekecektir.[116]

Diğer mezheplerden farklı olarak Hanefîler, *havâle*nin geçerliliği için *muhâl 'aleyh*in (yukarıdaki örneklerde C) *muhîl*e (A) borçlu sayılmasını şart koşmazlar. Dolayısıyla C'nin A adına ödeme yükümlülüğünü kabul etmesi bir borç karinesi oluşturmaz.[117] Akdin geçerli sayılabilmesi için *muhâl bih*in, yani devredilen miktarın her durumda iyi tanımlanmış ve biliniyor olması gerekir.[118]

*Havâle*nin hükmü, *muhîl*in (A) ve varsa kefîlinin beraatidir. Bu nedenle, sözleşme yapıldıktan sonra, *muhâl 'aleyh* (C) *muhîl*e *muhâl bih*i ödememelidir, çünkü öderse *muhâl leh*e (B) karşı ilgili miktar kadar sorumlu olacaktır. Ayrıca *muhâl 'aleyh* ölürse ödeme yükümlülüğü ortadan kalkmaz, çünkü bu yükümlülük terekesine ve mirasçılarına karşı devam eder. *Muhîl*in beraat etmesi aynı zamanda

[110] Cezîrî, *Fıkh*, III, 169.
[111] Şa'rânî, *Mîzân*, II, 105; Halebî, *Mültekâ*, II, 66.
[112] Tûsî, *Hilâf*, I, 634; Bâz, *Şerh*, I, 373 (md. 681).
[113] İbnü'l-Hâcib, *Câmi'*, 390.
[114] Nevevî, *Ravda*, III, 462; Tûsî, *Hilâf*, 634; Cezîrî, *Fıkh*, III, 172–76.
[115] Bâz, *Şerh*, I, 371 (md. 673), 373 (md. 681). Ayrıca bkz. Hattâb, *Mevâhib*, V, 90; Mevâk, *Tâc*, V, 90.
[116] Bâz, *Şerh*, I, 379–80 (md. 693).
[117] *A.g.e.*, I, 375 (md. 686).
[118] *A.g.e.*; Kârî, *Mecelle*, 377 (md. 1167).

-Hanefîler hariç- *muhâl leh*in borç (*muhâl bih*) konusunda *muhîl*den herhangi bir talepte bulunamayacağı anlamına gelir.[119]

8. Temsil, Vekâlet

Vekâlet, ortaklıklar bağlamında olduğu gibi dolaylı olarak ortaya çıkabileceği gibi, bu bölümün konusu olan sözleşme türünde olduğu gibi bağımsız bir akitle de oluşturulabilir.[120] Bir *müvekkil* ile bir *vekil* (daha az sıklıkla *müvekkel*) arasında, *müvekkil*in *vekil*ine - *müvekkil*in yaşamı boyunca - meşru ve makul olarak tanımlanmış fiillerin üstlenilmesinde kendi adına hareket etme yetkisi verdiği *câiz* bir sözleşme[121] anlamına gelir. *Vekâlet müvekkil*in ölümünden sonra da devam ederse, *vekâlet* sona erer ve otomatik olarak *vasiyet*e dönüşür.[122]

Müvekkil, kendi malları ve işleri üzerinde tasarrufta bulunmaya hukuken ehil olmalıdır; yani küçük, köle veya daimi akıl hastası olmamalıdır. Bazı Hanefîlere göre, aralıklarla devam eden delilik (*cünûn mütekâtı'*) bir engel teşkil etmez; zira akıl sağlığının yerinde olduğu dönemlerde (*sahv*) -ki bu dönemler açıkça tespit edilebilir- vekil olarak görev yapabilir; eğer buna ehilse, o zaman meşru bir şekilde asil olarak hareket edebilir.[123] Öte yandan vekil, köle olamasa da, yetişkin ya da küçük olabilir, ancak küçükse davranış olgunluğu (*rüşd*) göstermiş olması gerekir.[124] Vekilin vekil olarak atandığını bilmesi *vekâlet*in geçerlilik şartıdır, zira böyle bir bilginin eksikliği müvekkil adına yaptığı tüm tasarrufları geçersiz kılar. Ayrıca, ücret karşılığında çalışsın ya da çalışmasın – ki her ikisi de mümkündür -[125] vekilin müvekkile karşı güvene dayalı bir yükümlülüğü (*amânet*) vardır ve bu nedenle ihmalinden (*taksîr*) ya da sınırı aşmasından (*'udvân* ya da *taaddî*) kaynaklanan zararlardan sorumlu tutulabilir.

Vekâletin konusu (*müvekkelün fîh*), ister bir *hak* isterse bir nesne (*'ayn*) olsun, vekâlet sözleşmesinin yapıldığı anda müvekkilin tam mülkiyetinde olmalıdır. Örneğin, müvekkilin hanımını boşamak için vekil tayin edilebildiğinden, müvekkilin henüz evlenmediği bir

[119] Jezîrî, *Fıkh*, III, 176–77.

[120] [Misrî, *Reliance*, 419–23; Ibn Rushd, *Distinguished Jurist's Primer*, II, 363–67].

[121] Şa'rânî, *Mîzân*, II, 111.

[122] Hattâb, *Mevâhib*, V, 181; Cezîrî, *Fıkh*, III, 135–36; Kârî, *Mecelle*, 387 (md. 1207).

[123] Cezîrî, Fıkh, III, 138. Delileri kategorik olarak dışarda bırakan İbn 'Âbidîn, *Hâşiye*, V, 511 ile karşılaştırınız. Ayrıca bkz. Ayrıca bkz. Nevevî, *Ravda*, III, 530.

[124] Mergînânî, *Hidâye*, III, 137. *Rüşd* ile ilgili daha detaylı bilgi için bkz. bir önceki bölüm, 1. Kısım.

[125] Her ne kadar genel görüş *icâre* gibi bir ücret ödenmesinden yana gibi görünse de. İbnü'l-Hâcib, *Câmi'*, 399.

kadın için verdiği vekâlet geçersizdir. Vekâletin konusu da belirlenmelidir ve aşırı *garar*a yol açacak şekilde meçhul olmamalıdır. Yeterli tanımlama olmadan bir malın satın alınması için vekil tayin etmek aşırı belirsizlik (*garar fâhiş*) teşkil eder ve vekâleti geçersiz kılar; buna karşılık belirli bir mahallede orta büyüklükte bir ev satın almak için vekil tayin etmek geçerli bir vekâlettir. Aynı şekilde konu, (hac, zekât vb. hariç) ibadetler hukuku,[126] *liân*,[127] *kasâme*[128] ve şahitlik gibi vekâlet vermenin düşünülemeyeceği bir alanda da olmamalıdır. Hanefîler dışında tüm Sünnî ekoller, vekâletin, sahipsiz araziden su ve ormandan odun gibi ortak, serbestçe kullanılabilen malların satın alınmasını içerebileceği konusunda hemfikir görünmektedir. Ancak satım, kira ve iş akdi, evlenme, boşanma, hibe, emanet, rehin ve mahkemelerde görülen "dava" (*husûmât*) dahil ama bunlarla sınırlı olmayan muameleler, vekâletin gerçek özünü oluşturan sözleşmelerdir. Ancak Mâlikî mezhebi, müvekkilin karısını boşaması, kızını evlendirmesi veya evini satması için özel bir vekâlet verilmesini şart koşar. Başka bir deyişle, genel vekâlet bu üç alanı sadece zımnen kapsaması durumunda geçerli sayılmayacaktır.[129]

Müvekkile karşı tamamen sorumlu olan vekil, müvekkilin onayı olmaksızın faaliyet göstermesi halinde *fuzûlî*[130] sayılır. Bunun tek istisnası, vekilin yaptığı işin örf ve adete uygun olduğunun kabul edildiği ve vekilin müvekkilin zımni onayına sahip olduğunun varsayıldığı durumlardır.[131] Eğer vekil bir malı, maldaki bir kusuru bildiği halde satın alırsa, daha önce de gördüğümüz gibi, *ayıp muhayyerliği* hakkını kaybeder ve dolayısıyla malı satıcıya iade edemez. Bu durumda, vekil müvekkilin açık onayını almadıkça, müvekkil vekili zarardan sorumlu tutabilir. Vekil bir malı müvekkilin belirlediği fiyattan daha düşük bir bedele satarsa, vekil de sorumlu olur; ancak kâr ederek satarsa, bu kâr müvekkile aittir.[132]

Vekâletin fiilen kullanıldığı en yaygın alanlardan ikisi ticaret ve hukuk mahkemelerindeki temsildir. Bu temsilin (borçlar da dahil olmak üzere) ödemeleri almayı ve mahkeme tarafından hükmedilen maddi tazminatları kapsaması için, bu görevleri belirten özel bir

[126] 6. Bölüm, 3 ve 5. Kısımlara bkz.
[127] *Liân* ile ilgili olarak bkz. 10. Bölüm, 2. Kısım, ii.
[128] *Kasâme* ile ilgili olarak bkz. 10. Bölüm, 3. Kısım.
[129] Mevâk, *Tâc*, V, 191; Cezîrî, *Fıkh*, III, 146.
[130] Yani, yetkisi olmadan hareket etmek. Yukarıdaki 1. Kısım, ii'nin sonuna bkz.
[131] Kârî, *Mecelle*, 398 (md. 1253).
[132] Halebi, *Mültekâ*, II, 100–06; Kârî, *Mecelle*, 398 (md. 1233–34); Cezîrî, *Fıkh*, 150.

vekâletname çıkarılması gerekir ve bunun için bir seferde yalnızca tek bir vekil atanabilir.[133] Buna karşılık, atanması bu tür ödemelerin alınmasını belirten bir vekilin, ihtilaflı satış konularında ve diğer parasal işlemlerde bile müvekkili mahkemede temsil etme yetkisine sahip olduğu varsayılır. Ancak mahkemede temsil, vekilin aslında vekâlet yetkisini aldığı konuyla ilgisi olmayan anlaşmazlıkları kapsamaz.[134]

Câiz bir akit olan *vekâlet*, taraflardan biri tarafından veya karşılıklı anlaşma yoluyla feshedilebilir.[135] Ancak vekil, belirli bir işle ilgili görevinin eksik kalması ya da vekillikten istifa etmesinin müvekkile zarar vermesi durumunda kendisini *azl*etme yetkisine sahip değildir. Aralarında Şâfiî ve İmâmiyye Şîasının da bulunduğu bazı hukukçular, vekilin bilgisi dışında *azl*edilmesinin, *azil*den sonra müvekkil adına üstlendiği tüm işlemleri geçersiz kılacağı görüşündedir.[136] Taraflardan birinin ölümü ya da delirmesi de tıpkı ikisinden birine *hacr* konulması gibi bir fesih sebebidir. Fesih, aynı zamanda *vekâlet* konusunun yok olması halinde de kendiliğinden gerçekleşir. Müvekkilin ölümü, vekil bu durumdan haberdar olmasa bile, ölüm anından itibaren fesih sebebidir.[137] Bu kuralın anlamı, müvekkilin ölümünden sonra vekilin işlemlerinin tartışılabilir hale geleceği ve böylece müvekkilin mirasçıları tarafından kendisine karşı tazminat taleplerine yol açabileceğidir.

9. Emanet (Vedîa)

Emanet, güvene dayalı bir yükümlülük ilişkisine dayanan, mülkiyet ve saklama unsurlarıyla sınırlı bir vekâlet türüdür.[138] Hanefî doktrini dışında,[139] vekâlet akdinin, bir malın muhafazası için yapılan vekâlet akdi (*tevkîl 'alâ hıfzi'l-mal*) olarak tanımlanan *vedîa*nın

[133] Mevâk, *Tâc*, V, 182.

[134] Tûsî, *Hilâf*, I, 651; Hattâb, *Mevâhib*, V, 183.

[135] Makdisî, *'Udde*, 249. Müvekkil tarafından vekâletin sona erdirilmesi, eğer temsil *vekâlet-i devriyye* (kelimenin tam anlamıyla: döngüsel *vekâlet*) ise, vekilin tayinini teyit edebilir. Bu *vekâlet* genellikle aşağıdaki şekilde ifade edilir: "Seni filanca işi yapmak üzere vekilim olarak yetkilendiriyorum ve seni azlettiğim her durumda, gerçekte seni yeniden filanca işe vekil olarak atıyorum." Bu tür bir *vekâlet*in sona erdirilmesi, *'azl-i devrî* olarak bilinen aşağıdaki terimlerle formüle edilmelidir: "Ben (müvekkil) seni azlediyorum ve seni tayin ettiğim her durumda seni azlediyorum." Bkz. Kârî, *Mecelle*, 382, 390 (md. 1189, 1219).

[136] Tûsî, *Hilâf*, I, 649.

[137] Makdisî, *'Udde*, 249-50.

[138] Nevevî, *Ravda*, V, 285–86; [Misrî, *Reliance*, 424–27; Ibn Rushd, *Distinguished Jurist's Primer*, II, 375–78].

[139] Bunun yalnızca güvene dayalı bir yükümlülük (*emânet*) olduğunu düşünürler. Mergînânî, *Hidâye*, III, 215; Kâdîzâde, *Netâic*, VIII, 485.

hukukî temelini oluşturduğu görülmektedir.[140] Bir *câiz* akit olarak *vedîa*, emanet eden (*mûdi'*), emanetçi (*vedî'*) ve emanet edilen nesneyi (*'ayn*) kapsar.[141] Bütün malî akitlerde olduğu gibi, icap ve kabulün lafzı *sarîh* veya *kinâye* olabileceği gibi, bir tarafın sözlü icabı, diğer tarafın da sükûtuyla birlikte fiilî kabulü de olabilir. Bir kişi komşusundan otomobilini bir hafta boyunca garajında tutmasını ister ve anahtarları ona teslim ederse, komşusunun bunu kabul etmesi bir emanet sözleşmesi teşkil eder.

Hem emanetçi hem de emanet edilen şey bilinmelidir, çünkü emanetçi birbirinden ayırt edilemeyen bireyler grubu olamaz, bunun yerine belirli bir birey veya bireyler olabilir; emanet kesin olarak ölçülebilir olmalıdır, çünkü bu iki unsurdan herhangi biri hakkında bilgi eksikliği *garar* oluşturur ve bu da sözleşmeyi geçersiz kılar.

Bir güven ilişkisi olarak, emanet, emanetçinin ihmali veya ihlali nedeniyle olmadığı sürece, emanetçinin gözetimindeyken kaybolur veya değer kaybına uğrarsa tazminata sebebiyet vermez.[142] Emanetçinin *yemin*i onu temize çıkarmak için yeterlidir. Emanetçinin ihmali veya haddi aşması söz konusu olmadığı halde akitte ona zarar sorumluluğu yükleyen herhangi bir hüküm geçersiz bir şart (*bâtıl şart*) sayılır. Emanetçinin, emanet sahibinin izni olmaksızın, emanetle seyahat etmek de dahil olmak üzere, emaneti kullanması zarara yol açabilir. Mısırın arpa ile karıştırılması gibi, emanetin farklı nitelikteki bir tür ile karıştırılması da aynı şekilde zarar doğurur.[143] Ayrıca, emanetçinin emaneti üçüncü bir şahsa teslim etmesi de tazminat sebebidir, meğerki bu teslim emaneti korumak için gerekli olsun, örneğin kendi evinde yangın çıkması nedeniyle emanetçinin emaneti komşusunun evine taşıması gibi. Ayrıca, en azından Hanbelîler için, eşyaya uygun bir muhafaza sağlamamak da tazminat talebine neden olabilir; örneğin, emanetçinin altın bir yüzüğü kilitli bir yerde tutmayıp bir kitap rafında bırakması gibi.[144]

Muhafaza sırasında eşyayı korumak için yapılan masraflar, saklama ücretleri ve bakım hizmetleri de dahil olmak üzere, emanet edenin yükümlülüğündedir. Sözleşmede bu tür masraflar öngörülmemiş olsa bile, bunlar yine de hukuken ve teamüllere göre

[140] Mevâk, *Tâc*, V, 250; İbnü'l-Hâcib, *Câmi'*, 404; Buhûtî, *Keşşâf*, IV, 165; Cezîrî, *Fıkh*, III, 198–99.

[141] Nevevî, *Ravda*, V, 286, 289; Buhûtî, *Keşşâf*, IV, 165.

[142] İhmal ve ihlal sebepleri için bkz. Nevevî, *Ravda*, V, 289–99.

[143] Halebî, *Mültekâ*, II, 144; Kâdîzâde, *Netâic*, VIII, 488–89; Kârî, *Mecelle*, 426 (md. 1368).

[144] Buhûtî, *Keşşâf*, IV, 167.

hesaplanarak emanetçiye ödenmelidir. Bu masrafların ödenmemesi, örneğin emanet edenin uzun süreli yokluğu durumunda, emanetçinin mahkemeye gidip emanet eden kişinin mal varlığına karşı borç talep etmesine neden olur, bu da eş *nafaka*sının ödenmemesine benzer bir prosedürdür. Ancak emanet edilen eşya bölünebilir nitelikteyse, emanetçi mahkemeye başvurarak eşyanın bir kısmını satıp geri kalanını muhafaza edebilir.

Tüm güvene dayalı sözleşmelerde olduğu gibi, tasdik (*vesîka*) sözleşmenin varlığını kanıtlar. Emanetçi, emanet aldığını inkar ederse (*cehade*), delil olmaksızın sorumlu olmaz. Emanetçi olarak hareket ettiğini kabul eder ve buna rağmen malı iade ettiğini iddia ederse, iade ettiğine dair bir kanıt sunamadığı sürece zarardan sorumlu olur. Emanetçi olduğunu inkar ettikten sonra emaneti iade ettiğini kabul ederse, ileri sürebileceği her türlü delile rağmen zarardan sorumlu sayılır.[145]

Sözleşmenin emanet veren tarafından feshi ancak emanetçinin bilgilendirilmesiyle geçerli olur. Ölüm veya delilik, sözleşmenin feshi için doğrudan bir nedendir. Emanetçinin ölmesi durumunda, mirasçıları emaneti derhal iade etmekle yükümlüdür ve herhangi bir gecikmeden sorumlu tutulacaklardır. Aynı yükümlülük, sözleşmeyi tek taraflı olarak feshetmesi halinde emanet edene de düşer. Diğer akitlerden farklı olarak, sözleşmenin ihlali (*taaddî*, örneğin emanetin, sahibinin izni olmadan kullanılması) kendiliğinden bir fesih sebebidir ve emanetin derhal iadesini (ve varsa tazminatı) gerektirir.[146]

10. Ödünçler (Âriyet, Karz)

Misli olmayan malların bedelsiz ödünç verilmesi olan *âriyet* (çoğ. *'arâyâ*), kullanım hakkının bağışlanması anlamına gelen, kabili rücu (*câiz*), akdî olmayan bir yükümlülüktür.[147] Beş hukuk normu açısından *müstehap* bir amel olarak kabul edilen *âriyet*, bazı hukukçulara göre ödünç alanın (*müste'îr*) ödünce şiddetle ihtiyaç duyması halinde *vacip* hale gelir. Ödünç veren kişinin (*mu'îr*), ödünç verdiği malın kullanım hakkına sahip olması gerekir, ancak sahibi olması gerekmez.[148] Hanefîler ve Mâlikîler ödünç alana emanet sorumluluğu

[145] *A.g.e.*, IV, 176–78; Merginânî, *Hidâye*, III, 219; Cezîrî, *Fıkh*, III, 208.
[146] Kârî, *Mecelle*, 417 (md. 1328, 1330); Nevevî, *Ravda*, V, 297–98.
[147] İbn Kudâme, *Kâfî*, II, 272; [Misrî, *Reliance*, 427–29; Ibn Rushd, *Distinguished Jurist's Primer*, II, 379–82].
[148] Nevevî, *Ravda*, IV, 71.

yükleyerek, ödünç alınan malın telef olması ya da değerinin azalması kendi ihmali ya da kusurundan kaynaklanmıyorsa onu tazmin sorumluluğundan muaf tutarlar. Şâfiîler ve Hanbelîler ise ödünç alan kişiyi her durumda sorumlu tutmakta ve yalnızca *vakıf* kitaplarının ödünç alınması durumunda ona emanet sorumluluğu yüklemektedir.[149] Fesih hem ödünç alan hem de ödünç veren tarafından gerçekleştirilebilir, ancak ödünç veren, ödünç alan tarafından kullanımının kesintiye uğraması zararla sonuçlanırsa, tazminat cezası olarak, malın iadesi hakkından vazgeçmelidir. Yine de, ödünç veren tarafından yapılan fesih, malın derhal iadesi ile sonuçlanmadığında, ödünç alan uygun kira değerine eşit bir tazminat ödemekle yükümlüdür. Emanetçinin kullanımı için emanet edenden izin aldığı bir mal (*vedîa*) ödünç olarak kabul edilir.

Âriyet, hem kapsam hem de süre bakımından sınırsız (*i'âra mutlaka*) olabileceği gibi, bunlardan biri veya her ikisi ile de sınırlandırılabilir. Bir kimse bir araziyi buğday ekmesi için bir yıllığına birine ödünç verebilir veya dilediği şeyi yapması için birine ödünç verebilir veya süresiz olarak (yani ödünç veren tarafından feshedilinceye kadar) buğday ekmesi için ödünç verebilir veya dilediği sürece dilediği (meşru) amaç için kullanabilir. Ödünç alan kişi, malın üçüncü kişi tarafından kullanımının kendisininkiyle aynı olması koşuluyla (örneğin ödünç alınan arazide buğday ekilmesi) malını üçüncü bir kişiye ödünç verebilir.[150] Kullanımın farklı olması halinde, tazminat cezasına çarptırılmak için asıl ödünç verenin izni alınmalıdır. Her durumda, malın ödünç verene iade masrafları sadece ödünç alan tarafından karşılanır.[151]

Bir başka ödünç çeşidi de *karz*dır; *karz*ın *âriyet*ten farkı, *âriyet*te malın kendisinin iade edilmesi gerekirken, *karz*da satışta olduğu gibi bir bedel (*ivaz*) bulunmasıdır.[152] Ayrıca *âriyet*ten farklı olarak bir akittir, ancak Şâfiîler bunu *câiz* sayarken Hanbelîler borç alan (*müstakriz*) açısından *câiz*, borç veren (*mukriz*) açısından ise *lâzım* kabul etmişlerdir. (Çoğunlukla) *câiz* karakteri nedeniyle, karzda hiçbir opsiyon (*muhayyerlik*)[153] kullanılamaz. Burada önemli olan şudur: (a) *karz*ın değerinin kesin olarak bilinmesi ve (b) sözleşmenin *ribâ*

[149] *A.g.e.*, IV, 76–77; Merginânî, *Hidâye*, III, 220–21; Cezîrî, *Fıkh*, III, 229; İbn Kudâme, *Kâfî*, II, 272–73.

[150] Merginânî, *Hidâye*, III, 221.

[151] *A.g.e.*, III, 220–23; Nevevî, *Ravda*, IV, 70–91.

[152] [Misrî, *Reliance*, 402–03.]

[153] *Muhayyerlik*ler ile ilgili yukarıdaki 2. Kısma bkz.

anlamına gelen ek bir menfaat elde etme üzerine kurulmaması esastır. Bununla birlikte, *karz* hayır işlerini içeren övgüye değer bir dini faaliyet anlamına geldiğinden, borç alan gönüllü olarak ödünç alınan değere ilave ek bir meblağı iade etmeyi seçebilir.[154]

11. Rehin, Güvence

İcap ve kabulü içeren *rehin*, borç gibi bir yükümlülük yerine getirilene kadar malın sözleşmeye dayalı olarak alıkonulması (*habs*) olarak tanımlanır.[155] Tüm ekoller, borçlunun malını teminat olarak rehin vermesinin, rehin veren/borçlu (*râhin*) alacaklıdan/rehin alandan (*mürtehin*) rehnedilen borcu aldığında bağlayıcı hale geldiği konusunda hemfikir görünmektedir. Rehinli mal rehin verenin/borçlunun zilyetliğinde (*bi-yed*) kalabilir veya alternatif olarak güvenilir (*adil*) olması gereken üçüncü bir tarafa emanet olarak bırakılabilir. Üçüncü kişi ihlalde bulunmadıkça veya ihmalkar davranmadıkça, rehinli mala gelecek zararın sorumluluğu yalnızca alacaklıya/rehin alana aittir. Alacaklının/rehin alanın rehinli malın muhafazasını elinde tutması halinde, kendisine *emanet* sorumluluğu yüklenmiş olur ve bu malın kendi ihmali nedeniyle telef olması halinde kendisine olan borç ifa edilmiş sayılır.[156] Borçlu/rehin veren de aynı şekilde rehinli malın kendi zilyetliğinde kalması durumunda onu korumak için gerekli özeni göstermelidir. Borç ve rehin eşit değerde değilse, taraflardan her biri diğerine karşı zilyetliğinde kalan fazlalıktan sorumludur. Bu tür olasılıklar, borcun ve rehinli malın bilinmesini ve ölçülebilir olmasını sözleşmenin geçerliliği için bir şart haline getirir. Hanefî doktrini dışında, alacaklı/rehin alan akitle aksini şart koşmadıkça, rehinli malın semere ve meyveleri borçluya/rehin verene aittir. Ancak Hanefîler, borçlunun/rehin verenin bu yan ürünlerden yararlanmak için alacaklının/rehin alanın *izn*ini alması gerektiği görüşündedir; her ne kadar bu yararlanma rehinli malın değerini hiçbir şekilde azaltmasa da.[157]

Borcun ödenmesi rehin sözleşmesini sona erdirirken, borç sözleşmesinin geçersiz hale gelmesi rehni de kendiliğinden geçersiz kılar. Borcun ödenmemesi, borçluyu/rehin vereni rehinli malı satma

[154] Şirâzî, *Mühezzeb*, III, 183–87; Makdisî, *'Udde*, 235–36; Qârî, *Mecelle*, 269–71 (md. 729, 742).

[155] Tûsî, *Hilâf*, I, 602; [Misrî, *Reliance*, 404–06; Ibn Rushd, *Distinguished Jurist's Primer*, II, 325–33].

[156] Hillî, *Şerâi'*, II, 347.

[157] Halebî, *Mültekâ*, II, 271.

yükümlülüğü altına sokar. Satışın yapılmaması, *kâdı*nın satış emri vermesini ve borcun ifasını gerektiren bir dava sebebidir.[158]

Köleler rehin verilebilir, ancak efendinin borcunu karşılamak için köle bir kadının satılması, varsa çocuklarını da kapsamalıdır. (Mâlikîler, Şâfiîler ve Hanbelîler aileyi ayırmayı yasaklar ve özellikle Hanbelîler küçükleri ailelerinden ayırma yasağını buna ekler). Anne ve çocukları ayıran herhangi bir satış, hukukçuların büyük çoğunluğu tarafından geçersiz ve hükümsüz kabul edilir.[159]

12. Hediye (Hibe)

Hibe, herhangi bir bedel şartı bulunmayan, ancak fiyat belirtilirse satış sözleşmesi olarak nitelendirilmeye devam eden bir sözleşmedir.[160] İcap ve kabul yoluyla yapıldığı gibi *muâtât* yoluyla da yapılır.[161] Hukukçular bunun *lâzım* mı yoksa *câiz* mi olduğu konusunda ihtilaf etmişlerdir: *câiz* olduğunu kabul edenler, hibe edenin (*vâhib*) caymasını kınanacak bir durum (*mekrûh*) olarak görürler. Hibe, (a) bağışlayanın malı olmalı; (b) mevcut olmalı ve (c) teslime elverişli olmalıdır. Bazı hukukçular, hibenin bilinir ve iyi tanımlanmış olmasını şart koşarken, diğerleri, özellikle Hanbelîler, sözleşme bağış niteliğinde olduğu için belirsiz ve muğlak bir nesnenin hibe edilmesine cevaz verirler. Alıcının hibeyi kullanma özgürlüğünü kısıtlamayı amaçlayan herhangi bir sözleşme şartı (örneğin, satamayacağı veya başkasına bağışlayamayacağı) geçersiz ve hükümsüzdür. Şâfiî mezhebine göre hediye, sözleşmenin akdedilmesiyle bağlayıcı hale gelirken, Mâlikî mezhebine göre bağlayıcılık teslimle (*kabz*) başlar.[162]

Hibelerin kalıcı ve geri alınamaz olduğunu düşünen hukukçular bile geçici olan iki alt türü kabul etmektedir. Birincisi, bağışlayanın ölümünden sonra mirasçılarına intikal eden *umrâ* (hayat) hibedir. İkincisi ise, bağışlanan kişinin kendisinden önce ölmesi halinde, bağışlayana geri dönen *rukbâ* hibedir. Her ikisi de taşınmaz malların hibesi için geçerli formlardır, ancak *umrâ* hayvanlar için de geçerlidir.[163]

---

[158] *A.g.e.*, II, 270–76; Kârî, *Mecelle*, 325–33; *Cezîrî*, Fiqh, 272–85.

[159] Halebî, *Mültekâ*, II, 273. Krş. Nevevî, *Ravda*, III, 285.

[160] Tûsî, *Hilâf*, II, 13; Hattâb, *Mevâhib*, VI, 49; [Misrî, *Reliance*, 457–58; Ibn Rushd, *Distinguished Jurist's Primer*, II, 397–404].

[161] Mevâk, *Tâc*, VI, 53; Kârî, *Mecelle*, 303 (md. 870).

[162] Mevâk, *Tâc*, VI, 56–57.

[163] Hibeler ile ilgili bu tür hükümler için bkz. Mergînânî, *Hidâye*, III, 224 vd.; Halebî, *Mültekâ*, II, 152, 167 vd.; Buhûtî, *Şerh*, II, 522–23; Kârî, *Mecelle*, 302 vd.; Hattâb, *Mevâhib*, VI, 50 vd.; Mevâk, *Tâc*, VI, 51 vd.; Cezîrî, *Fıkh*, III, 230 vd.

13. Kabul, İtiraf (İkrar)

Sözleşmeye dayanmayan ancak *lâzım* olan ikrar, soyut bir yükümlülük doğurabilir ancak genellikle bir başkasına borçlu olunan gerçek bir hakkın tasdiki olarak işlev görür.[164] İkrarın geçerli olabilmesi için (a) tam hukuki ehliyete sahip bir kişi tarafından yapılmış olması; (b) herhangi bir zorlama olmaksızın *rıza*ya dayanması; (c) var olan ve sahibinin zilyetliğinde -ve tasarrufunda- bulunan bir şeyi kapsaması; ve (d) Y gerçekleşirse taraflardan birinin X miktar borçlanacağı gibi gelecekteki bir şarta bağlı olmaması gerekir. İkrar, ikrar edilen nesne veya şeyin tam olarak belirtilmemesi halinde geçersiz sayılmaz; bunun yerine, ikrarı yapandan niyetini tam olarak açıklaması istenir. En ufak bir şüpheyle (*şubuhât*) bozulan *had* suçları hariç olmak üzere, mülkiyet, soy ve ceza konularında ikrardan dönülemez.[165] Ancak ikrar, cezai konularda ikinci tarafların suçluluğunu ispatlayamaz; bu nedenle bir erkeğin belirli bir kadınla *zina* yaptığını itiraf etmesi, yalnızca erkeğin cezalandırılması sonucunu doğurur.[166]

14. Dostane Çözüm (Sulh)

Bir anlaşmazlığı çözmeyi amaçlayan *sulh*, *tahkîm*den farklı olarak sözleşmeye dayalı bir yükümlülüktür; zira *tahkîm* bir sözleşmeyle değil bir hakem kararıyla sonuçlanır ve *sulh* için gerekli bir unsur olan taraflardan birinin veya her ikisinin bazı haklarından feragat etmesini gerektirmez. Mâlikîler, tarafların herhangi bir anlaşmazlık ortaya çıkmadan önce dostane çözüme varma konusunda anlaşmalarına cevaz verme hususunda tektir, bunu önleyici bir tedbir olarak düşünmüşlerdir.[167] Hukukçuların çoğunluğu *sulh*u kendine özgü ilke ve kuralları olan ayrı bir sözleşme türü olarak görmemekte, daha ziyade *sulh*un çözmeyi amaçladığı uyuşmazlığın niteliğine göre tanımlamaktadır. Dolayısıyla, *sulh* bir satışla ilgili bir anlaşmazlığın neticesinde ortaya çıkarsa, satış akdine göre kurulur ve bu durumda *muhayyerlik* hakkı, faiz ve *garar* yasağı vb. hususlara riayet edilmesi gerekir. Öte yandan, bir satış konusundaki *sulh*, bir intifa hakkından yararlanmayı içeriyorsa, bu durumda sözleşme bir *icâre* sözleşmesidir.

---

[164] Örneğin: "Sana şöyle şöyle borcum var" veya "Senden şöyle şöyle borç aldım (veya bir şey aldım)." İbnü'l Hâcib, *Câmi'*, 400–01.

[165] Bu zorunluluk ile ilgili olarak bkz. Tûsî, *Hilâf*, I, 656 vd., Kâdîzâde, *Netâic*, VIII, 318–20; Halebî, *Mültekâ*, II, 120–24; Nevevî, *Ravda*, IV, 3 vd.; Kârî, *Mecelle*, 512–18.

[166] Nevevî, *Ravda*, IV, 6–7.

[167] Hattâb, *Mevâhib*, V, 79; Mevâk, *Tâc*, V, 81; İbnü'l Hâcib, *Câmi'*, 388–89; [Ibn Rushd, *Distinguished Jurist's Primer*, II, 353–54].

Sulh sözleşmesi *ibrâ*, *iskât* (feragat) ya da her ikisini de kapsar. Örneğin, bir borcu üçte bir oranında azaltan bir *sulh* sözleşmesi, alacaklının borçluyu tutarın üçte birini ödeme yükümlülüğünden muaf tutması ve aynı zamanda bu üçte bir üzerindeki hakkından feragat etmesi nedeniyle her iki imtiyazı da birleştirir. Bu sözleşmenin konusu maddi işlemler olsa da, irtifak hakları, rehinler, aile hukuku, köleler ve bedensel zararlarla ilgili hukuk alanlarına da uygulanabilir. *Had* suçlarında sulh olmadığı açıktır.[168]

[168] Şîrâzî, *Mühezzeb*, III, 287–90; Halebî, *Mültekâ*, II, 127–34.

Aile Hukuku ve Miras

1. Evlilik

Kutsal bir sosyal ve hukuki kurum olan evlilik (*nikah*), İslam'da sosyal düzenin ve toplumsal uyumun temel taşı olarak görülmüştür, çünkü bir kurum olarak cinsel, ahlaki ve ailevi ilişkileri aynı anda düzenlemiştir.[1] Yarı-hukuki literatürde evliliğin amaçlarının hem erkek hem de kadın için soyun korunması ve cinsel tatmin olduğu söylenmiştir. Bu dünyaya çocuk getirmenin ve onları düzgün bir şekilde yetiştirmenin akla yatkın tek yolu evlilik olduğundan ve cinsellik de aynı şekilde meşru bir çerçevenin (meşru cariyelik dahil) dışında düşünülemeyeceğinden, evlilik kurumu böylece tüm İslami düzenin esası olan sosyal uyumu korumanın temel taşı haline gelmiştir.[2] Yine de, hukuki açıdan *nikah* dar kapsamlı bir sözleşmeydi ve normalde evlilik hayatı içinde var olan ilişkilerin tamamını düzenleme iddiasında değildi. Temel sözleşmeye dayalı bileşenlerine indirgendiğinde -ki bunlar hukuksal formel söylemin tamamını oluşturur- *nikah* akdi, (yaygın olarak tanımlandığı şekliyle) arkadaşlık evliliğinin[3] unsurları olarak adlandırabileceğimiz şeyleri dışarıda bırakmış ve kendisini, evlilik kurumunun yalnızca hizmetlerin kiralanmasıyla ilgili yönlerini sıkı sözleşmeye dayalı yollarla düzenlemekle sınırlamıştır.

Hukukun alışkanlık haline gelmiş ihlalleri ve gayri meşru şiddetle birlikte, evlilik dışı cinsellik (*zina*), toplumsal uyumsuzluğun başlıca nedeni olarak görülür ve her ne pahasına olursa olsun kaçınılması gereken bir durum olarak değerlendirilir.[4] Her ikisi de *zina* kapsamına giren *zina* ve fuhuş türleri, bu nedenle sadece evliliğin ahlaki ve mantıksal zıtları değil, aynı zamanda bu kurumla tamamen

---

[1] [*Nikah* ile ilgili olarak bkz. Misrî, *Reliance*, 508–53; Ibn Rushd, *Distinguished Jurist's Primer*, I, 473–546.]

[2] Bununla ilgili bir açıklama için bkz. Mâverdî, *Hâvî*, IX, 3–7.

[3] Akit dışı evlilik ilişkilerine dair bu tür rivayetler için bkz. Nesâî, *'İşretü'n-Nisâ'*, 86-92, 300-02, ve birçok yerde.

[4] Bu, aynı *had* sınıfına ait diğer suçların cezasıyla karşılaştırıldığında cezanın şiddetine de yansır. Bkz. İbn Müflih, *Furû'*, VI, 56; Cevzî, *Ahkâm*, 77-82 ve 10. bölüm, 2. kısım.

birbirini dışlayan unsurlar olarak dururlar.[5] Bu dışlama sadece mantıksal ve ahlaki boyutlarla sınırlı değildir; hukuk bilinçli olarak zinayla mücadele etmek için evliliği teşvik eder. Bu, örneğin, cinsel arzuları kontrol edilemez veya aşırı olan bireyler için evliliğin tamamen zorunlu olduğunu savunan hukuki yaklaşımı açıklar.[6] Bu gibi durumlarda, evlenmemek bir tür günah (*ism*) teşkil eder ve Ahirette cezalandırılmayı gerektirir. Ancak, ortalama bir cinsel dürtüye sahip olanlar için evlilik tavsiye edilir ve bir sakatlık ya da evliliğe yönelik belirgin bir isteksizlik nedeniyle evlenemeyenler için ise evlilik kesinlikle mekrûhtur. Karakteristik olarak ve birbirinin yerine geçecek şekilde ahlaki ve hukuki olanı içeren bu göreceli duruş, sosyal kişiler arasındaki farklılıklara karşı büyük bir duyarlılık gösterir ve bu farklılıkların, uygun hukuki mekanizmalarla bireysel olarak ele alınması gerektiğini yansıtır. Ancak hangi tür kontrol olursa olsun, nihai amacı sosyal uyumu sağlamaktır.

Bu uyumu sağlamak amacıyla evlilik, başta kalıcı bir sözleşme kavramı olmak üzere, kurallar ağı ile düzenlenir ve sınırlandırılır.[7] Evliliğin sözleşmeye dayandırılması, hak ve yükümlülüklerin sürekliliğini garanti altına alır; bu da sosyal düzenin istikrarına katkıda bulunan maddi bir kalıcılıktır. Bu maddi kalıcılık gibi, sözleşmeye dayalı kalıcılık da bu istikrarı güçlendirmeye hizmet eder. Çünkü, başka şeylerin yanı sıra, kalıcı bir sözleşme dışındaki her şey, *zorunlu olarak zina* oluşturabilecek geçici bir düzenlemeyi içerir.[8] Bu kategoriye giren, (örneğin) aylar, mevsimler veya bir ikamet süresi boyunca belirli bir süre ile sınırlandırılan İmâmiyye Şîasının *müt'a* nikahıdır. Bazı erken dönem fakîhleri bunu kabul etmiş, ancak Sünni İslam ilk/yedinci yüzyılın ortalarında ve sonrasında bunu tamamen reddetmiştir.[9]

Evlilik, yazılı veya sözlü olabilecek süresiz bir sözleşmeye dayanır, ancak her durumda en az iki sözleşme tarafını, iki şahidi ve bir veliyi içermelidir.[10] Geçerli bir evlilik yapmak için gerekli olan

---

[5] Cevzî, *Ahkâm*, 89.

[6] Evliliğin zorunlu veya tavsiye edilen niteliğine dair çeşitli hukuki görüşlerin ayrıntılı bir tartışması için bkz. Kâsânî, *Bedâi'*, III, 311-17. Ayrıca bkz. İbn Kudâme, *Muğnî*, VII, 334-37.

[7] Kâsânî, *Bedâi'*, III, 465, 479. Ne pahasına olursa olsun geçici akitlerden kaçınmak, başta Hanbeliler olmak üzere bazı hukukçuları, kocanın akitten önce evliliği sona erdirme niyeti taşıdığı her türlü evlilik akdini yasaklamaya sevk etmiştir. Şâfiîler ise bunu çirkin görmüştür.

[8] Bununla birlikte, bir sürenin şart koşulduğu sahih bir nikah akdi geçerliliğini korumaya devam eder; sadece şart feshedilir. Bkz. Sahnûn, *Müdevvene*, II, 130.

[9] Tûsî, *Hilâf*, II, 179–80. Modern İran'da *müt'a* nikahı uygulaması için bkz. Haeri, *Law of Desire*.

[10] İbn Kudâme, *Muğnî*, VII, 337.

temel unsurlar (*erkân*), bir tarafın teklifi ve diğer tarafın kabulüyle gerçekleşmesi gereken bir irade beyanıdır (*sîga*).[11] Veli, kadını temsil ederek sözleşmeyi sonuçlandırır ve şahitler bunu hukuki bir olgu olarak teyit ederler; fakat görevleri aynı zamanda bu olguyu toplumda duyurarak *zina* şüphesini önlemektir.[12] Şahitler böylece, gizli ve garı meşru eylemlerle hukuki davranış arasındaki farkı belirleyen toplumsal onayın gerekliliğini yerine getirirler.

İcap ve kabul lafızları ayrıntılı fıkhi tartışmalara yol açmış, farklı örfi uygulamalar hem yargıçlar hem de fakîhler için sosyal ve hukuki dillerin kesiştiği sorular ortaya çıkarmıştır. Başka bir deyişle, gayeleri, en geniş tanımıyla sözleşmeye dayalı anlaşmalara uygun formüller olarak kabul edilebilecek dili ayıklama çabasını içeriyordu. Hanefîler, "bağışlama" (*hibe*), satış ve "mülkiyeti devretme" (temlîk) gibi mecazi ifadeleri kabul ederek en geniş dilsel esnekliğe cevaz vermiştir. Şâfiîler, Hanbelîler ve İmâmiyye Şîası ise daha literal ve formel bir yaklaşım benimseyerek bu terimleri reddetmiş ve icap ve kabul lafızlarını *nikah*, *tezvîc*[13] ve türevleriyle sınırlamışlardır.[14] Onların bu yaklaşımı, evlilik sözleşmesinin bir bağışlamayı içermediği, bir satış veya mülkiyetin devri (yani, kadının mülkiyeti) anlamına gelmediği; bunun yerine iki kişinin, birbirine uygunluğu (*mülâeme*) nedeniyle bir araya getirildiği veya eşleştirildiği (*telfîk*; *damm*) bir eylem olduğuna dayanmaktadır.[15] Bu "birleştirme veya eşleştirme", onların yaklaşımına göre, bağışlama ve "mülkiyeti devretme" ile tamamen zıttır; çünkü "sahip" (özellikle kölelikle ilgili olarak) hiçbir zaman eşleştirme ilişkisi içinde "sahip olunan" ile yan yana gelmez.

İcabın erkek tarafından yapılması esas olmasına rağmen, bazı fakîhler kadının velisinin de bunu yapmasına izin vermiştir. Hanefîler, ilk söylenen ifadeyi, kabul biçiminde de olsa, icap olarak kabul etmişlerdir.[16] Her mezhebin kabul ettiği ifadeler ne olursa olsun, hepsi bir evlilik sözleşmesine girme niyetinin açık icap ve kabulünü içermelidir. Arapça fiilin geçmiş zamanı gibi bazı dilsel formlar tercih edilmiştir, çünkü bu zaman dilimi kesinliği ve böylece taahhütte

[11] Bkz. Bir önceki Bölüm, 1. Kısım; [ve Misrî, *Reliance*, 517–23; Ibn Rushd, *Distinguished Jurist's Primer*, II, 3–58; Marghînânî, *Hidâya*, I, 475–78].

[12] İbnü'l-Hümâm, *Şerh*, III, 199; İbn Kudâme, *Muğnî*, VII, 434–35; İbn Ebî Şeybe, *Musannef*, III, 484.

[13] *Tezvîc*, "çiftleşme" çağrışımına sahip olmakla birlikte, teknik olarak "evlenme" anlamına gelmektedir.

[14] Şemsüddîn İbn Kudâme, *Şerh*, VII, 370–71; Tûsî, *Hilâf*, II, 157.

[15] İbnü'l-Hümâm, *Şerh*, III, 193; Mâverdî, *Hâvî*, IX, 152; Hısnî, *Kifâye*, II, 36.

[16] Bkz. Bir önceki Bölüm, 1. Kısım, i, b. Krş. Şemsüddîn İbn Kudâme, *Şerh*, VII, 375–76.

bulunma iradesini daha az kapalılıkla ifade etmektedir. Ancak ifade şekli ne olursa olsun, niyetin kesinliği esastır. Kabul söz konusu olduğunda sessizlik bile, reddetmenin açık bir tepkiye yol açacağı bir bağlamda yeterli görülmüştür.[17]

Sözleşmenin her iki tarafı da hukuken yetkilendirilmiş bir *vekil* aracılığıyla temsil edilebilir. Ancak bu, çoğu fakîhin doktrininde, sözleşmenin asli bir unsuru olarak kabul edilen ve genellikle kadının babası olan, ancak her zaman öyle olmayan *veli*den farklıdır. Vekil, vekil sıfatını deruhte ederken veli olamazdı. Hanefîler, *mümeyyiz* ve ergenlik yaşına ulaşmış hür bir kadının, veliye ihtiyaç duymadan kendi evlilik sözleşmesini yapmasına izin veren tek mezheptir.[18] İmâmiyye Şîası büyük ölçüde Hanefî doktrinini paylaşır, ancak bazı Şiî fakîhler, bu haktan yararlanabilmesi için kadının bakire olmaması gerektiği (yani, daha önce evlenmiş olması gerektiği) şartını eklemiştir.[19] Ergen olmayanlar veya akli olgunluğa sahip olmayan bireyler söz konusu olduğunda, onların adına hareket eden bir velinin olması zorunluydu. Tüm mezhepler bu konuda hemfikirdir; ancak Mâlikîler, Şâfiîler ve Hanbelîler, hür, *mümeyyiz* ve hukuken evlenecek yaşta olan her kadını temsil etmek için bir veliye ihtiyaç duyulduğu görüşündedir.[20]

Hanbelîler ayrıca baba-veliye geniş haklar tanır ve böylece onun temsil ettiği bütün aile çıkarlarına önemli bir ağırlık verir.[21] Bu doktrinde, baba-velinin, (tüm ekollerin hukukçularına göre açık onayı gerekli olan dul kadın [*seyyib*] hariç) kızın onayı olmadan tek taraflı hareket etmesine izin verilir.[22] Ancak veli, reşit olan bir bakire üzerinde böyle bir hak kullanırken, özellikle de baba,[23] velayetinin mahkeme tarafından iptal edilmesini engellemek için bir dizi şartı yerine getirmek zorundadır. İlk olarak, kadın ile velisi arasında bariz bir anlaşmazlık olmamalıdır; çünkü böyle bir anlaşmazlığın varlığı, kendisinin izni olmadan velisinin onu evlendirme yetkisini iptal etmek için yeterli bir gerekçedir. İkinci olarak, veli, müstakbel kocanın her açıdan denk

[17] İbn Kudâme, *Muğnî*, VII, 386–87.

[18] Mergînânî, *Hidâye*, I, 196; Halebî, *Mültekâ*, I, 243; [Marghînânî, *Hidâya*, I, 491].

[19] Tûsî, *Hilâf*, II, 140.

[20] Makdisî, *'Udde*, 354–60; Nevevî, *Ravda*, V, 397.

[21] İbnü'l-Lahhâm, *Kavâ'id*, 24; İbn Kudâme, *Muğnî*, VII, 346

[22] İbn Kudâme, *Muğnî*, VII, 386; Şemsüddîn İbn Kudâme, *Şerh*, VII, 389. Kesin bir ifadeyle, *seyyib* bekaretini kaybetmiş kadındır; normalde bunun evli olması nedeniyle gerçekleştiği varsayılır. Ancak, tecavüz ve *zina* da dahil olmak üzere bekaretin kaybına yol açan diğer tüm yollar da bu statüyü doğuran nedenlerdir. *Seyyib* olmayan kadın bakiredir (*bikr*).

[23] Babanın olmaması durumunda, dede, daha sonra amca, daha sonra amcanın oğlu, vb. gelir. Sıralama *miras* kurallarında uygulanan hiyerarşiyi takip eder. Tüm bu akrabaların yokluğunda, *kâdı* bu rolü üstlenmelidir.

(*kef'*; *kufu'*) olmasını sağlamalıdır; bu denklik, sosyo-ekonomik statü ve kişisel uygunluk açısından tanımlanır, yani kişiliği ve tutumları kadına hiçbir şekilde zarar vermemeli ve *ayrıca*, "ne yaşlı ne de kör" olmalıdır.[24] (İmâmiyye Şiî mezhebi ise denkliği, kocanın eşini geçindirme yeteneği [*nafaka*] ve aynı dini inanca sahip olmasıyla sınırlar. Bu nedenle, bir kölenin hür bir kadınla evlenmesine cevaz verirler.)[25] Son olarak, veli, yalnızca kadının statüsüne uygun bir mehir miktarını değil, aynı zamanda geciktirilmiş (*müeccel*) mehri ödeyebilecek bir müstakbel kocayı da garanti altına almalıdır.[26]

Özetle, veli, hukukçuların çoğunluğu tarafından evlilik sözleşmesinin gerekli bir unsuru olarak görülmüştür. Hanbelîler hariç,[27] tüm mezhepler velinin gelinin onayını alması gerektiğinde ısrar ederler ve böylece, "velayet ortaklığı" (*vilâyet müşâreke*) dedikleri bir kavram üretirler; yani, kadın ve velisi evlilik kararında ortak olarak hareket ederler.[28] Bu nedenle, veli, kadının gösterdiği en ince hoşnutsuzluk belirtilerine bile dikkat etmek zorundadır; çünkü herhangi bir zorlamanın bulunması,[29] mahkemede evliliğin iptalini talep etmek için bir gerekçe teşkil eder. Ancak sosyal gerçeklikte, bu ortaklık, baba/veli ve kadın/kız/çocuk tarafından kurulmuş olsa da onlar sadece önerilen evlilikle ilgili olarak çeşitli aile üyelerinin görüşlerini ve duygularını ileten formel hukuki aktörlerdir; bu aile üyeleri arasında anne, erkek ve kız kardeşler, amcalar ve halalar, kuzenler ve arkadaşlar yer alır. Genellikle, veli/baba, sosyal bir topluluk olarak ailenin çıkarlarını temsil eder; bu çıkarlar, keskin bir sosyal statü ve şeref anlayışı tarafından belirlenir. Kadın/çocuk ise kendi çıkarlarını temsil eder, ki bu çıkar aynı zamanda grubun kendi refahı konusundaki çıkarıyla da örtüşmekteydi. Böylece, iki grup arasındaki çıkarların birleştirilmesi ve uzlaştırılması, aile bütününün kolektif refahını, özellikle de kızlarını sağlama almak için tasarlanmıştır.

Evlilik, bireysel bir girişim değil, ailevi bir mesele olarak görülürdü. Hanefîler bile velayeti -hukuken olmasa da- sosyal olarak gerekli

---

[24] *Kefâe* kavramı ile ilgili olarak bkz. Ziadeh, "Equality," 503–17; Bravmann, *Spiritual Background*, 301–10; [Misrî, *Reliance*, 523–24; Marghînânî, *Hidâya*, I, 500–04; Ibn Rushd, *Distinguished Jurist's Primer*, II, 17 vd.].

[25] Tûsî, *Hilâf*, II, 149–50.

[26] Sahnûn, *Müdevvene*, II, 105–07, 113–15; Halebî, I, 246. Krş. Nevevî, *Ravda*, V, 426.

[27] İbn Kudâme, *Muğnî*, VII, 353. Ancak Şemsüddîn İbn Kudâme, *Şerh*, VII, 378–79, bu konuda mezhep içindeki görüş ayrılıklarından söz eder.

[28] Ya da "*velâyet şerike*", velinin izninin alınmadığı *velâyet istibdâd*dan farklıdır. Kâsânî, *Bedâi'*, III, 358–59 Tûsî, *Hilâf*, II, 140. [Genel olarak veliler ile ilgili olarak bkz. Misrî, *Reliance*, 518–23; Marghînânî, *Hidâya*, I, 491–500; Ibn Rushd, *Distinguished Jurist's Primer*, II, 8–19.]

[29] Mergînânî, *Hidâye*, I, 197; Kâsânî, *Bedâi'*, III, 360–65; [Marghînânî, *Hidâya*, I, 492].

bir sembolik adım olarak görüyorlardı, zira bir velinin varlığı toplumun dokusuna nüfuz eden bir norm ve yaygın bir örf meselesiydi. Önde gelen Hanefî fakîhi Mergînânî, bu normun, kadınların erkek akraba temsiliyeti olmaksızın böyle bir girişimde bulunmalarının küstah ve saygısız (*vekâhe*) olarak görülmemesi için ortaya çıktığını söylemiştir.[30] Şâfiîler ve Mâlikîler, özellikle erkek bir velinin evliliğin bir sözleşme olarak geçerliliği için vazgeçilmez olduğunu savunmuşlardır.[31] Bazıları, evlilik de dahil olmak üzere tüm sözleşme işlemlerinin kamu işleri alanına girdiğini ve bu alanın erkeklere ait olduğunu, kadınların ise bu alanla ilgilenmeye uygun olmadığını savunmuşlardır. Ancak bu argüman, hem fıkıh teorisi hem de sosyo-hukuki uygulama tarafından belirlenen standartlara göre geçerli değildir, çünkü kadınlar, ticaret yapma, ortaklık kurma ve gayrimenkul yatırımı yapma gibi, özel ve kamusal alanları kapsayan hemen her tür ticari faaliyette erkeklerle eşit haklara sahiptiler. Üstelik bunlar, kadınların tam anlamıyla kullandıkları haklardı.[32] Bu nedenle, zorunlu evlilik velayetini hem sosyal statüyü hem de toplumun refahını yöneten cinsel ve sosyal ahlaka uyumu sağlamak açısından düşünmemiz yerinde olur.

Daha önce evliliğe şahitlik etmenin ahlaki öneminden bahsetmiştik. İki erkek şahit ya da bir erkek ve iki kadın şahit, akdin geçerliliği için asgari gerekliliği oluşturur, ancak nihayetinde evliliğin duyurulması amacını da yerine getirirler. Bu, evlilik akdinin camide yapılmasını tercih eden Mâlikîlerin bu tercihini açıklar, çünkü cami, çoğu toplumsal faaliyetin gerçekleştiği kamusal bir alanı temsil eder.[33] Bu, aynı zamanda, Mâlik, İmâmiyye Şiî mezhebi ve diğer bazı alimlerin, evlilik gerçekten halka duyurulmuşsa, şahitlerin sözleşmenin geçerliliği için gerekli olmadığını düşünmelerini de izah eder.[34] Şahitler, böylece, evliliğin gerçekleştiğine ve *zina* olmadığının teyidine şahitlik eden toplumun geniş temsilcileri olarak kabul edilirdi. Şahitlerin genellikle hür kişiler, *mümeyyiz* ve ergenlik yaşında olmaları gerekiyordu. Köleler ve gayrimüslimler, Müslüman evliliklerine şahitlik edemezdi; ancak Ebû Hanîfe ve Ebû Yusuf, gayrimüslimlerin (ergen olmuş, hür ve *mümeyyiz* olanların) bir Müslüman erkek ile

[30] Mergînânî, *Hidâye*, I, 196. Ayrıca bkz. İbnü'l-Hümâm, *Şerh*, III, 257; [Marghînânî, *Hidâya*, I, 491].

[31] Mâverdî, *Hâvî*, IX, 148.

[32] Bkz. 4. Bölüm, 5. Kısım.

[33] Hattâb, *Mevâhib*, III, 408; İbnü'l-Hümâm, *Şerh*, III, 199. Mâlik, nikahın aleniyet kazanması durumunda şahitleri akdin geçerliliğinin bir unsuru olarak görmez. Ayrıca bkz. Kâsânî, *Bedâi'*, III, 390–93; [Misrî, *Reliance*, 518; Marghînânî, *Hidâya*, I, 476 vd.; Ibn Rushd, *Distinguished Jurist's Primer*, II, 19 vd.]

[34] Kâsânî, *Bedâi'*, III, 390–93; Tûsî, *Hilâf*, II, 145.

gayrimüslim bir kadın arasındaki evliliğe şahitlik etmelerini kabul etmektedir.[35] Hanefîler, Mâlikîler, Şâfiîler ve Hanbelîlerin aksine, şahitlerin *adil* olmalarını şart koşmazlar.[36]

Evliliğin temel bir özelliği de kocanın kadına ödediği *mehir*dir. Bu genellikle peşin ve ertelenmiş olmak üzere iki kısma ayrılır; ancak yıllık taksitlerle de ödenebilir.[37] Sözleşme yapıldığı sırada ödenen peşin mehir, evlilik boyunca kadının malı olarak kalır ve onu, çocukları da dahil olmak üzere, kendisi dışında kimseye harcama zorunluluğu yoktur (çocuklar, tamamen babanın sorumluluğundadır). Geciktirilmiş mehir ise, genellikle kadını koruma amacıyla belirlenir ve kocanın onu boşaması (*talâk*) veya eşlerden birinin ölmesi durumunda kadına ödenir. Evlilik, tamamlanmadan önce boşanma gerçekleşirse, kadın, mehrin yarısına hak kazanır. Hanefîler dışında tüm mezhepler, belirli bir gayrimenkulün kirası veya tarımsal ürünlerin değeri gibi intifa hakkı şeklinde mehir ödenmesine cevaz vermiştir.[38]

Mehir, evlilik sözleşmesinde belirtilmeyebilir, "ve bu evliliğin amacı da değildir,"[39] ancak hem teori hem de uygulama, onun ödenmesini gerektirir. Fıkıh mezhepleri – mehir belirtilmemiş olsa bile – sözleşmenin geçerliliğini kabul eder ve onun ödenmesi gerektiğini ifade ederler.[40] Eğer belirtilmemişse, kadın için uygun bir miktar (*mehr misl*; kadının kişisel ve fiziksel nitelikleri, karakteri, ailevi, sosyal ve maddi statüsü göz önünde bulundurularak mahkeme tarafından belirlenen) olarak onun lehine belirlenir.[41] Eğer belirtilen mehir, kadının statüsüne uygun olandan daha az ise, bu şart geçersiz kılınabilir ve uygun bir mehir miktarı belirlenebilir.[42]

Bilindiği üzere, İslam hukuku, hür bir erkeğin dört kadınla, erkek bir kölenin ise iki kadınla evlenmesine izin verir (ancak Mâlikîler onun da dört kadınla evlenmesine izin vermiştir).[43] Bununla birlikte, Zâhirî ekolünün kurucusu Davud b. Halef ez-Zâhirî dışında, fakîhler tek eşliliğin tercih edildiğini kabul etmişlerdir.[44]

---

[35] İbnü'l-Hümâm, *Şerh*, III, 203.
[36] *A.g.e.*, III, 201; Hattâb, *Mevâhib*, III, 408.
[37] Örnek olarak bkz. *Vesâikü'l-Mehâkimi'ş-Şerh'iyye el-Mısriyye*, I, 203, 224, 225.
[38] 'Aynî, *Binâye*, V, 137; Hısnî, *Kifâye*, II, 64. Tarihi uygulamalar için bkz. Rapoport, *Marriage*, 15.
[39] 'Aynî, *Binâye*, V, 131; Kâsânî, *Bedâi'*, III, 484; Hattâb, *Mevâhib*, III, 421.
[40] Bkz. Kâsânî, *Bedâi'*, III, 480–81; ayrıca bkz. Serahsî, *Mebsût*, V, 62–63.
[41] Sahnûn, *Müdevvene*, II, 147; İbnü'l-Hâcib, *Câmi'*, 280; Hısnî, *Kifâye*, II, 60–64.
[42] 'Aynî, *Binâye*, V, 137; [Misrî, *Reliance*, 533–36; Marghînânî, *Hidâya*, I, 507–28; Ibn Rushd, *Distinguished Jurist's Primer*, II, 20–36].
[43] Sahnûn, *Müdevvene*, II, 132–33; Mâverdî, *Hâvi*, IX, 193; İbn Kudâme, *Muğnî*, VII, 436–37.
[44] Tûsî, *Hilâf*, II, 326; [Misrî, *Reliance*, 530; Marghînânî, *Hidâya*, I, 485–86; Ibn Rushd, *Distinguished Jurist's Primer*, II, 47].

Kişinin üst soyundan ve alt soyundan gelen kadınlarla, kız kardeşinin ve erkek kardeşinin üst soyundan ve alt soyundan gelenlerle, baba ve anne tarafından halalarıyla ve üst soydan halalarıyla evlenmesi yasaktır. Eğer bir erkek çok eşlilik yapıyorsa, yasaklanmış ilişkilerin bir listesine daha uymak zorundaydı: eşlerinin anneleri, kız kardeşleri, teyzeleri, büyükanneleri, büyükannelerinin kızları ve oğullarının kızları.[45] (Bununla birlikte, İmâmiyye Şiî mezhebi, eşlerin baba ve anne tarafından halalarıyla evlenmeyi caiz kabul etmektedir.)[46] Ayrıca, bir erkekle aynı sütü emmiş bir kadın arasında evlilik yapılmasına izin verilmez ve bu engel, akrabaları da kapsayacak şekilde genişletilmiştir. Bu nedenle, süt annenin kız kardeşi ile evlenmek yasaktır.[47] Tüm mezhepler, bir Müslüman erkeğin Ehl-i Kitap'tan bir kadınla evlenmesini geçerli sayarken, bazı İmâmiyye Şiî fakîhleri bu tür bir evliliği kategorik olarak yasaklamıştır.[48]

Evlilik sözleşmesinin ayrılmaz bir parçası, akitte belirtilip belirtilmediğine bakılmaksızın geçerli olan bir dizi işlevsel şarttır. Birlikte yaşama, cinsel ilişki ve kadının maddi ve mali destek haklarını gerektiren şartlar kabul edilmiştir. Sözleşmede geçerli olarak öngörülebilecek diğer şartlar, örneğin, mehir veya nafakanın kadına ve statüsüne uygun miktarın üzerinde artırılması; veya kadının evlilik konutunun değiştirilmeyeceğini veya başka bir şehre veya kasabaya taşınmaya zorlanmayacağını şart koşmasıdır.[49]

Evlilik sözleşmesinde geçersiz bir şartın bulunması, Hanefî doktrininde sözleşmeyi geçersiz kılmaz; yalnızca şartın kendisi geçersiz sayılır. Mâlikîler, evlilik tamamlanmadan önce bu tür sözleşmeleri geçersiz sayarken sonrasında geçerli kabul ederler; Şâfiîler ve Hanbelîler ise mehrin ödenmeyeceği, cinsel ilişkinin yılda sadece bir kez olacağı veya birbirlerinden miras almayacakları gibi yalnızca evliliğe zarar verebilecek şartları geçersiz sayar.[50]

Cinsel zevk karşılıklıdır, her iki eş de diğerinin cinsel tatminini sağlamalıdır;[51] ancak kocanın bu konuda karısına göre daha geniş hakları vardır ve karısının en az dört ayda bir onunla cinsel ilişkiye

[45] Mergînânî, *Hidâye*, I, 191–92; [Marghînânî, *Hidâya*, I, 480–81].
[46] Tûsî, *Hilâf*, II, 160.
[47] *A.g.e.*, II, 163.
[48] *A.g.e.*, II, 166; [Misrî, *Reliance*, 527–30; Marghînânî, *Hidâya*, I, 478–89; Ibn Rushd, *Distinguished Jurist's Primer*, II, 37–58].
[49] İbn Kudâme, *Muğnî*, VII, 448.
[50] *A.g.e.*, VII, 450–52.
[51] Kâsânî, *Bedâi'*, III, 614–15. Cinsel mahrumiyetten kaynaklanan zararın Mâliki hukukundaki tanımı hakkında bkz. Powers, "Four Cases," 398 vd.

girmesi hakkı vardır.[52] Ayrıca, karşılıklı miras hakları da bulunmaktadır, ancak paylar, hayatta olan uygun mirasçıların sayısına göre belirlenir.[53] Bununla birlikte, kadın, tıpkı kocası gibi, evlilik süresince bağımsız mali statüsünü korur. Evlilikten önce veya evlilik sırasında aldığı miras veya hediye sadece ona aittir ve bu, mehri ve ona kazandırılan tüm malları da kapsar.[54] Evlilik, ortak mülkiyet yaratmaz. Evlilik içindeki yükümlülükleri için, ona (yiyecek, barınak, giysi ve bazen nakit dahil olmak üzere), evlenmeden önce alışkın olduğu veya statüsüne uygun bir standartta nafaka sağlanır. Mehirde olduğu gibi, bu desteği veya kendi malından herhangi bir kısmını başkalarına, hatta çocuklarına harcama zorunluluğu yoktur; çocukların ihtiyaçları tamamen babanın sorumluluğundadır. Koca, eşine veya çocuklarına karşı olan yükümlülüklerini yerine getirmezse (başka şeylerin yanı sıra, ihmal, iflas veya terk gibi sebeplerle), kadın çocuk ve/veya eş nafakası için dava açabilir.[55] Genellikle, kocanın herhangi bir mal varlığı bulunuyorsa, nafaka masraflarını ödemek için *kâdı* tarafından satılır; mal varlığı yoksa, *kâdı* hanımını, kocası namına borç almaya yönlendirir.[56] Müslüman kadınlara sağlanan bu koruma, onların bağımsız mülk sahipliğinin tarih boyunca neden bu kadar yaygın ve kapsamlı olduğunu kısmen açıklar. Onlar, gayrimenkule yatırım yapmış, akraba ve akraba olmayanlarla iş girişimlerinde bulunmuş ve sıklıkla (bu ve diğer konularda) kocalarına, kardeşlerine ve başkalarına karşı dava açmış ve bu davaları kazanmışlardır.[57]

İflas etmiş ve maddi destek almaları mümkün olmayan kocaları olan kadınlar, *tefrîk* (eşleri birbirinden ayırmak) olarak bilinen bir yargı kararıyla evliliğin geri dönülemez bir şekilde sona erdirilmesi için mahkemeye başvurabilirler. Aynı şekilde, kocası dört ayda bir

---

[52] Bu, *ilâ*nın (aşağıya bkz.) kadının hakları söz konusu olduğunda, en az dört aylık bir süreden sonra cinsel ilişkinin yeniden başlamasını gerektirdiği düşüncesine dayanmaktadır. Bkz. Necdî, *Hâşiye*, VI, 437. Krş. Tûsî, Hilâf, II, 185, iktidarsız bir kocanın cinsel ilişkiyi yeniden başlatmak için bir yıl süresi olduğu, aksi takdirde kadının evliliğin feshi için dilekçe verebileceği yönünde. [Ayrıca krş. Mısrî, Reliance, 525 vd.]

[53] Aşağıdaki 6. Kısma bkz.

[54] Daha detaylı bilgi için 4. Bölüm, 5. Kısma bkz.

[55] [Mısrî, *Reliance*, 542–47; Ibn Rushd, *Distinguished Jurist's Primer*, II, 63–65.]

[56] Malikî doktrinindeki istisnalar için bkz. Sahnûn, *Müdevvene*, II, 181-82.

[57] Bu konudaki önemli çalışmaları özetleyen A. Moors, kadınların "mülk edinme işlemlerine katılımının kayda değer olduğunu" yazmaktadır. Örneğin Halep'te kadınlar ticari gayrimenkul satıcılarının üçte birini oluşturuyordu ve bu kadınların üçte biri alıcıydı; ayrıca dini vakıfların kurucularının üçte birinden fazlası kadındı. Aile içinde kadınların çoğunluğu alıcı, erkeklerin çoğu ise satıcı konumundaydı ve bu da evlerdeki aile hisselerinin erkeklerden kadınlara geçmesine neden oluyordu. Daha genel olarak, kadınların tüm mülk satışlarının yüzde 40'ından (Kayseri'de) yüzde 63'üne (Halep'te) dahil olması, mülklere erişimlerinin yaygınlığına işaret etmektedir." Moors, "Debating," 146-47.

bile olsa kadının yatağına yaklaşmadığı takdirde bu kararı almak mümkündür. Cinsel *tefrîk* sebepleri, kocanın altı aydan fazla bir süre gaip olması durumunda da söz konusu olur, ancak kocanın söz konusu süre içinde geri dönmesinin imkansız olduğunu gösteren bir delil (*beyyine*) sunması halinde mazereti dikkate alınır.[58]

2. Talâk

Modern Batı hukukundaki boşanmanın *fıkıh*ta tam bir karşılığı yoktur. Fıkıh, birbirinden niteliksel olarak farklı çeşitli evlilik sona erdirme biçimleri üretmiştir. Bu biçimler, pratikle her zaman birebir örtüşmeyen, fıkıh açısından da belirli bir sıralamaya tabidir. Hangi sona erdirme biçiminin, ne zaman ve nerede daha yaygın olduğu konusunda henüz ampirik bir ölçütümüz yoktur (nedeninden bahsedemiyoruz bile). "Boşanma" terimi bugüne kadar tamamen kocanın iradesi ve eylemiyle gerçekleşen bir sona erdirme biçimi olan *talâk*ı karakterize etmek için kullanılmıştır. Dolayısıyla, "boşanma" terimine *talâk* anlamını yüklemek, boşanmanın İslam'da neyi temsil ettiğine dair paradigmatik bir anlamı gereksiz yere önceden belirler. Ancak bu belirlemede zorlayıcı bir neden yoktur; hatta *talâk*ın zaman zaman fıkıhçılar tarafından evliliğin sona ermesi ile ilgili bölümlerin giriş kısımlarında tartışılması (bazı etkili eserler diğer biçimlerle başlar) dahi bunu gerektirmez.[59] Ayrıca, *talâk*ın tek taraflı doğası modern Batı boşanma hukuklarında hiçbir zaman bir özellik olmamıştır, bu da "boşanma" terimini burada amaçlarımız için oldukça muğlak ve faydasız hale getirir.

Kadınların değil, erkeklerin evliliği başlattığı ataerkil bir toplumda, kocanın *talâk*taki hakları, daha önce belirtildiği gibi, genellikle ilk dikkat çeken konudur. Başka bir deyişle, *talâk*, kocanın münhasır hakkı olan –diğer evlilik sonlandırma türleri arasında- bir boşanma şeklidir. Sadece koca (veya vekili) bunu gerçekleştirebilir, ancak kocanın akli melekeleri yerinde olmalı, bunu özgürce seçmeli ve reşit olmalıdır. Diğer bir deyişle, küçüklerin, zorla veya baskı altında olanların[60] *talâk*ı geçerli değildir veya sonuç doğurmaz. Akli

[58] Altı aydan uzun süreli gaipliğe izin verilen istisnalar askerlik hizmeti ve hacdır. Necdî, *Hâşiye*, VI, 437–38.

[59] Bkz. Ek A, ayrıca bkz. Şirâzî, *Mühezzeb*, IV, 253, 277; Buhûtî, Keşşâf, 229, 249; Necdî, *Hâşiye*, VI, 459, 482; Hattâb, Mevâhib, IV, 18; [genel olarak talâk ile ilgili olarak bkz. Marghînânî, *Hidâya*, I, 557–614; Misrî, *Reliance*, 554–77; Ibn Rushd, *Distinguished Jurist's Primer*, II, 71–120].

[60] Baskıya boyun eğmeyi meşru kılmayan hafif zorlama, boşamayı geçersiz kılmak için yeterli görülmemektedir. Bkz. Şîrâzî, *Mühezzeb*, IV, 278.

dengesi yerinde olmayanların ve uyuşturucu ya da tıbbi bir madde nedeniyle zihinsel durumu geçici olarak bozulmuş olanların *talâk*ı da geçerli değildir. Şâfiîler ve bazı Hanefîler, sarhoş edici maddeleri "geçici delilik" nedenleri arasında değerlendirirler, ancak Hanbelîler ve Mâlikî mezhepleri –muhtemelen içki tüketimine karşı daha sert bir tutumdan hareketle– sarhoşken yapılan *talâk*ın geçerli olduğunu kabul ederler.[61] Aşırı öfke nedeniyle kişinin karakterinde köklü davranış değişikliklerine yol açan durumlarda *talâk* geçersiz kabul edilir. Yanlışlıkla kullanılan *talâk* lafzı da sonuç doğurmaz, ancak Hanefîler aksini savunur. Bu görüşün temelinde, hatayı belirlemenin nesnel bir kriteri olmadığı argümanı yatmaktadır; dolayısıyla, hata yaptığını iddia eden ancak aslında eşini tam bir niyetle boşamış olan - ancak daha sonra geri adım atmak isteyen - bir kişiyi temize çıkarmanın muhtemelen suiistimallere kapı açacağı görüşündedirler.[62]

*Talâk*ı gerçekleştirmek için kullanılan terimler bazen açık ve net olabilir (örneğin, T.L.K. fiil formu kullanıldığında), ancak bazen kapalı olabilir (örneğin, "git!" veya "gitmeni istiyorum" gibi bir deyimsel formül kullanıldığında). Açık ifade (*sarîh*) niyeti izhar etmeye gerek kalmadan *talâk*ı gerçekleştirmek için yeterlidir, zira kullanılan ifadenin netliği *kendiliğinden* hem niyeti içerir hem de onu izhar eder.[63] Öte yandan, kapalı lafzın (*kinâî*), niyet bilinmeden hukuki bir sonuç doğurmayacağı kabul edilir, çünkü kapalı lafzın boşanmayla ilgisi olmayan anlamlar taşıyabileceği varsayılır. Ancak, bir *kinâî* lafız belirli bir bölgede ya da yerel bir mahalde yalnızca *talâk*ı belirtmek için örfen kullanılmaya başlanırsa, bu durumda *sarîh* olarak kabul edilir.[64]

Bir adam karısını iki şekilde boşayabilir: Biri, her biri âdet döneminden sonra yapılan üç *talâk* lafzıyla; diğeri, bu üç lafzı bir kerede yaparak. İlki, dönüşlü/*ric'î talâk* (veya küçük ayrılık; *el-beynûnetü's-suğrâ*) olarak bilinir, çünkü ilk ve ikinci *talâk* lafızları geri çekilebilir, bu durumda herhangi bir hukuki muamele gerekmeksizin evlilik yeniden başlar. Ancak, üç *talâk* lafzının bir kerede yapılmasıyla gerçekleşen geri dönülemez/*bâin talâk* (yani büyük ayrılık; *el-beynûnetü'l-kübrâ* ile sonuçlanır) evlilik akdini tamamen sona erdirir. Evliliğin sona ermesinden sonra aynı çiftin evlilik ilişkisine yeniden başlaması, kadının önce başka bir erkekle nikahlanmasını, bu evliliğin

[61] İbn 'Âbidîn, *Hâşiye*, III, 240–41; Şîrâzî, *Mühezzeb*, IV, 277–78.
[62] İbn 'Âbidîn, *Hâşiye*, III, 241–42. Krş. İbn Kudâme, *Muğnî*, VIII, 254–62.
[63] Halebî, *Mülteka*, I, 263. Niyetle ilgili olarak 6. Bölüm, 2. Kısma bkz.
[64] Mâverdî, *Hâvî*, X, 150–51; [Misrî, *Reliance*, 559–60; Marghînânî, *Hidâya*, I, 569–85; Ibn Rushd, Distinguished Jurist's Primer, II, 88–97].

gerçekleşmesini ve ardından sona ermesini gerektirir. Başka bir deyişle, hiçbir erkek karısını boşadıktan sonra, başka bir erkekle yeni bir evlilik yapılmadığı sürece onunla tekrar evlenemez. Cinsel onurun çok önemli olduğu bir toplumda, bu tür araya giren bir evlilik, erkeklerin aslında sürdürmek istedikleri evlilikleri aceleyle bozmalarının önünde güçlü bir caydırıcıdır. Fakîhlerin erkeklere vermek istedikleri mesaj, *talâk*a başvurmamaları, zorunlu bir sebep olmadıkça ve böyle bir sebep varsa bile dikkatle ilerlemeleri gerektiğidir. Bu nedenle, üçlü *talâk* olarak adlandırılan *talâk*, kınanacak bir biçim olan *bidat talâk* olarak kabul edilirken, dönüşlü *talâk*, yalnızca üç ay boyunca düşündükten sonra nihai *talâk* gerçekleştirilmesine izin verdiği için nispeten olumlu görülür. Ayrıca, kocanın *talâk*ına yönelik ahlaki-hukuki kısıtlamalar, evlilik birliğinin uzlaşmaz ve çözülemez bir çatışma nedeniyle sürdürülmesinin imkansız hale gelmesi gibi zorlayıcı bir neden olmadan gerçekleştirilen *talâk*lara "*haram*" veya "*mekrûh*" hukuki hükmünün verilmesiyle ifade edilir.

*Talâk*a getirilen bu hukuki ve ahlaki sınırlamalar, modern Müslüman devletlerin, erkeklerin evlilikleri sona erdirme özgürlüğünü kısıtlamak amacıyla uyguladıkları resmi yasalara büyük ölçüde eşdeğerdir. İslam hukukunda kadınların, evliliklerinden kurtulmak istemelerinin gerekçelerini sunmaları zorunlu iken, erkekler bu konuda sorgulanmaz. Modern öncesi fıkıhçılar, erkeklerin hanımlarını boşamak için gerekçelerini sunmaya zorlanmalarının, aile sırlarını ve meselelerini kamuya açarak, nihayetinde kadının itibarını kocadan daha fazla zedeleyebileceğini düşünmüşlerdir.[65] Bu düşünceye ek olarak, evlilikteki anlaşmazlıkların gerçek nedenlerini belirlemenin doğasında bulunan zorluklar da göz önünde bulundurulmalıdır. Ancak daha önemli olan husus, kocaların genellikle haklı bir neden olmadan eşlerini boşamakta bir çıkarlarının olmadığı düşüncesidir; zira *talâk* yoluyla evliliğin sona erdirilmesi durumunda en fazla kaybedecek olanlar genellikle onlardır: Ertelenmiş *mehr*in ödenmesi, nafaka (*mut'a*)[66] ve çocukların bakımı gibi masrafları üstlenmek zorunda kalırlar. Bu masraflar, kocaların eşlerini boşarken sağlam nedenlere sahip oldukları varsayımını doğuran yeterli caydırıcı unsurlar olarak görülmüştür.[67]

[65] Kadının kocasını mahkemede (genellikle *hul'* yoluyla) boşama hakkı, kocanın itibarına daha az zarar verici olarak görülüyordu çünkü erkeklerin kusurlarını kamusal alana taşımak, kadınların kusurlarını gün ışığına çıkarmak kadar hassas değildi. *Hul'* için bir sonraki bölüme bkz.

[66] *Mut'a* ile ilgili farklı hukuki görüşler için bkz. Serahsî, *Mebsût*, VI, 61–70; [Misrî, *Reliance*, 536; Ibn Rushd, *Distinguished Jurist's Primer*, II, 117–18].

[67] Bununla ilgili geniş bilgi için bkz. 4. Bölüm, 5. Kısım.

Bir koca, hanımını vekil aracılığıyla boşayabilir[68] ve bu hakkını karısına devrederek, onun kendi adına evliliği sona erdirmesini sağlayabilir. Bu yetki devri iptal edilebilir (*talâk tevkîl*) veya geri dönülemez (*talâk tefvîz*) olabilir. İlki, kocanın evliliği sona erdirmek için kendi adına hareket etmeden önce vekilin yetkilerini sona erdirmesine izin veren vekâlet yoluyla gerçekleştirilir.[69] Ancak *tefvîz*de, kadına verilen yetkiler geri alınamaz ve yalnızca kadının boşanmayı gerçekleştirmesinden sonra hukuken sona erer. Bu iki evliliği sonlandırma biçimi arasındaki temel fark, *tefvîz* sözleşme lafzına "eğer istersen" gibi şartların eklenmesiyle ortaya çıkar; bu şartlar boşanma yetkisini kocadan almadan eşine verir.[70] *Tefvîz*, başka şeylerin yanı sıra, özellikle evlilik akdinde geçerli bir şart olarak kendilerini güvence altına alan kadınlar için yararlı bir vasıtadır. Dolayısıyla, *tefvîz* erkeklere ve kadınlara *talâk* hakkı konusunda eşitlik sağlar.

Zifafla sonuçlanmış bir evlilikteki her *talâk*, kadının "bekleme süresi"ni (*iddet*) gözetleme zorunluluğunu beraberinde getirir ve bu sürenin uzunluğu üç âdet dönemi kadardır. Benzer şekilde, diğer bazı durumlar da kadının *iddet* süresini gözetlemesini gerektirir; buna *li'ân*,[71] adli ve sözleşmeye bağlı olarak sona erdirme[72] ya da kocanın ölümü dahildir. Kocanın ölümü durumunda, evlilik tamamlanmamış olsa bile *iddet* süresi zorunludur. Hamile bir kadının *iddet* süresi doğuma kadar uzar, kocası ölen bir kadının *iddet* süresi ise kocasının ölümünden sonraki dört ay on gündür. Cariyelerin ise bu sürenin sadece yarısını gözetmeleri gerekir.[73]

3. Hul'

Görünüşe göre, *talâk*tan daha yaygın bir başka evlilik sona erdirme biçimi[74] *hul'*dur.[75] "Kadın, kocasının çirkin görünümü nedeniyle veya aralarındaki anlaşmazlık sonucu kocasından hoşlanmaz ve ona karşı [evlilik] sorumluluklarını yerine getirememe korkusu

[68] Vekil tayini ile ilgili olarak 7. Bölüm, 8. Kısıma bkz.

[69] Merginânî, *Hidâye*, I, 243; [Marghînânî, *Hidâya*, I, 601].

[70] İbn Kudâme, *Muğnî*, VIII, 287–88; [Misrî, *Reliance*, 557; Marghînânî, *Hidâya*, I, 593–605].

[71] Bkz. 10. Bölüm, 2. Kısım, ii.

[72] Adli boşanma *kâd*ının kararıyla, sözleşmeye bağlı olan ise *hul'* yoluyla gerçekleşir. Aşağıdaki *hul'* ile ilgili kısma bkz.

[73] Halebî, *Mültekâ*, I, 290–92; [*iddet*ler ile ilgili olarak bkz. Misrî, *Reliance*, 566–71; Ibn Rushd, *Distinguished Jurist's Primer*, II, 106–17].

[74] Bkz. Tucker, "Revisiting Reform," 11. Rapoport, *Marriage*, 4; Marcus, *Middle East*, 205–06; Jennings, "Women," 82–87; Ivanova, "Divorce"; Zilfi, "We Don't Get Along," 272, ve no 22'de alıntılanan kaynaklar.

[75] [Misrî, *Reliance*, 562–63; Ibn Rushd, *Distinguished Jurist's Primer*, II, 79–84.]

taşırsa, bir bedel karşılığında ondan kurtulabilir. Ancak, kocasından hoşlanmasa bile ve aralarında bir neden olmaksızın anlaşarak ayrılmaya karar verseler dahi [*hul'* yoluyla] bu da caizdir."[76] Ancak, bu hukuki izne rağmen, fakîhler evliliği zorlayıcı bir neden olmaksızın sona erdirmenin ahlaken kınanabilir olduğu konusunda hemfikirdir.[77] Bu nedenle, birçok fakîh *hul'*u üç türe ayırır: *câiz* (anlaşmazlıktan kaynaklanan), *mekrûh* (zorlayıcı bir neden olmadan) ve *haram*. Haram olan *hul'*, kocanın evliliği sona erdirmek amacıyla karısına bilerek zulmettiği ve yine de bunun için tazminat aldığı durumdan kaynaklanır.[78] Eğer böyle bir niyet mahkemede kanıtlanırsa, *hul'* gerçekleşir, ancak kocanın tazminat hakkı iptal edilir.[79]

Hul', evliliğin sona erdirilmesi amacıyla kadının kocasına yaptığı bir tekliftir ve maddi bir bedel eşliğinde gelir. Koca teklifi kabul ederse, hanımını bir defaya mahsus olmak üzere, geri alınamaz bir biçimde (*bâin*) boşar. Burada boşanmayı ifade eden tek sözün kesin sonuç doğurması, bedelin boşanmayı sözleşmeye dayalı hale getirmesi[80] ve böylece akit meclisinin sona ermesiyle birlikte icabın kabulünü bağlayıcı kılması gerçeğinden kaynaklanmaktadır - ki bu durum tek taraflı, sözleşmeye dayalı olmayan *talâk*ta söz konusu değildir. *Talâk*ın tek taraflı doğası, birçok fakîhin görüşüne göre bir diğer farkı daha ortaya çıkarır; bu da *hul'*un *talâk* değil, boşanma (*fesih*) olarak kabul edilmesidir. *Talâk*ın evlilik sözleşmesinin *etkilerini* (*âsâr*) iptal ettiği söylenirken, *hul'* akdin kendisini iptal eder.[81] Bu durum, *talâk*tan sonra yeniden evlenmenin, başka bir erkekle yapılan aracı evliliği gerektirirken, *hul'* sonrası boşanmış eşler arasında aracı evlilik olmaksızın evlenmenin mümkün olmasını açıklar.[82] Aracı evlilik, keyfi davranışlarla eşlerini tek taraflı olarak boşamaktan caydırmak amacıyla tasarlanmıştır, oysa bu ihtiyaç karşılıklı rızaya dayalı *hul'* için geçerli değildir.

Hukuki varsayım, *talâk*ın genellikle kadının geçimsiz davranışlarından (*nüşûz*), *hul'*un ise kocanın davranışından kaynaklandığı yönündedir; bu durumda, en azından Hanefîlere göre, kocanın herhangi bir bedel alması *mekrûh*tur.[83] Çoğu fakîh, *nüşûz*u kadının

[76] Şîrâzî, *Mühezzeb*, IV, 253–54. Aynı şekilde bkz. 'Aynî, *Binâye*, V, 506; Cevzî, *Ahkâm*, 92.
[77] İbn Müftâh, *Şerh*, V, 383.
[78] Buhûtî, *Keşşâf*, V, 230–31.
[79] Mergînânî, *Hidâye*, II, 14.
[80] Necdî, *Hâşiye*, VI, 465.
[81] İbn Receb, *Kavâ'id*, 118.
[82] Serahsî, *Mebsût*, VI, 171–72; [Misrî, *Reliance*, 563].
[83] Mergînânî, *Hidâye*, II, 14.

cinsel erişilmezliğiyle ilişkilendirirken, koca da *nüşûz* ile suçlanabilir.[84] Bir kadının "kocasının izni olmadan evlilik konutunu terk etmesi" *nüşûz* olarak kabul edilir; ancak, bunun fıkhî gerekçesi kadınları tecritte tutma isteği değil, onları kocalarına cinsel olarak erişilebilir kılmaktır. Kadınların evi terk etmelerini gerektiren bir zorunluluk, örneğin günlük ihtiyaçlarını karşılamak (yiyecek alışverişi vb.), kendi ticari işlerini takip etmek,[85] bir *müftî*ye danışmak, mahkemede dava açmak gibi[86] durumlar "izin almadan terk etme" anlamına gelmez. Yemek hazırlama, pişirme, temizlik, çamaşır yıkama gibi ev işlerini yapmayı reddetmek *nüşûz* sayılmaz; "çünkü bunlar onun sözleşmeye dayalı görevlerinin bir parçası değildir; yapması gereken tek şey (kocanın hakkı olan) cinsel tatmini sağlamaktır.[87]

Kocanın evlilik vazifelerini yerine getirememesi de *nüşûz* olarak kabul edilir, bu durumda çoğu fakîh ve mezhep, kocanın hanımına bedelsiz *hul'* hakkı vermesini zorunlu kılar. Kocanın bu tazminatı reddetmesi durumunda, kadının çifte zarar göreceği düşünülür.[88] Ayrıca, kocanın hanımını *hul'* istmeye zorladığı (*yükrih*; isim hali *ikrâh*) kanıtlanırsa, bu zorlamanın herhangi bir şekilde olması, (örneğin nafaka ödemelerinin kasten kesilmesi gibi), kocanın herhangi bir tazminat alma hakkını ortadan kaldırır.[89] Ancak, kocanın zina yapan karısını *hul'* talep etmeye zorladığı bir durumda fakîhler arasında görüş ayrılığı vardır. Bazıları, kocanın, karısının suçlu olması nedeniyle mali tazminat alma hakkına sahip olduğunu savunurken, diğerleri bunu yine de hukuka aykırı bir zorlama olarak görür.[90] Her halükarda, fakîhlerin büyük çoğunluğu, *hul'* miktarının, hanımı suçlu olsa bile, *mehir* bedelini aşmaması gerektiği görüşündedir.[91]

Bir akit olarak *hul'* beş unsurdan oluşur. Birincisi, koca veya vekilidir; ikincisi, bedel ödeme gücüne sahip ve akit yapma yetkisi olan bir kadındır. Örneğin, reşit olmayan karısının *hul'* talebine karşılık

[84] "Kocanın nüşûzu" (Kur'an Nisâ: 128'de kabul edilmiştir), kadınla ilişkilendirilenden daha az olsa da fıkhî tartışmalarda öne çıkmaktadır. Örnek olarak bkz. Ezherî, *Zâhir*, 343.

[85] Memlükler döneminde kadınların iş yapmak için evlerinden ayrılmaları hakkında bkz. Rapoport, *Marriage*, 35.

[86] Özellikle dava açmak hakkında bkz. Peirce, *Morality Tales*, 153.

[87] Şirâzî, *Mühezzeb*, IV, 236.

[88] 'Aynî, *Binâye*, V, 510–11.

[89] Buhûtî, *Keşşâf*, V, 230.

[90] Şirâzî, *Mühezzeb*, IV, 254.

[91] 'Aynî, *Binâye*, V, 511. Bu ilke üzerindeki genel mutabakat muhtemelen, Hz. Peygamber'in bir kadının kocasının kendisine *mehir* olarak verdiği bahçeyi/toprağı ona iade etmesi şartıyla kocasından ayrılmasına izin verdiği oldukça benzer bir *hadîse* dayanmasından kaynaklanmaktadır. Bkz. Hısnî, *Kifâye*, II, 79. Ayrıca bkz. İbn Müftâh, *Şerh*, V, 394–99.

olarak (*mehr*ine eşit bir bedel vermesi şartıyla) onu boşayan bir koca, herhangi bir bedel almaya hak kazanmadan evliliğin feshini gerçekleştirmiş olacaktır. Küçük olma durumu, kadını mülkiyet üzerinde yasal olarak sahip olma ve dolayısıyla mülkiyeti devretme yeteneğinden yoksun bırakır. Üçüncü unsur, herhangi bir boşanma veya ayrılma şeklinin henüz gerçekleşmediği bozulmamış bir evliliktir. Dördüncü unsur, *mehr*in miktarına eşit bir bedeldir (*ivaz*); zira "*mehir* olarak kabul edilen şey, *hul'*da bedel olarak kabul edilir."[92] Bedel şunlardan oluşabilir: (a) gerçek mülk veya nakit; (b) kocanın hanımına borçlu olduğu bir borç (bu durum birçok Müslüman evliliğinde yaygındır);[93] (c) belirli bir süre için çocuklarını emzirme hizmeti gibi intifa hakkı; (d) "denizdeki inciler" veya "ağaçtaki olgunlaşmamış meyveler" gibi mevcut olmayan bir nesne olmaması gerekir. Bu bağlamda, Şâfiî mezhebi dışındaki diğer fakîhler, *talâk*ta farazi şartlar belirlemenin (örneğin, X veya Y olayları gerçekleşirse *talâk* geçerli olacaktır) mümkün olduğu durumlarda, *hul'*da da aynı şeylerin caiz olduğunu söylemişlerdir. Ancak Şâfiîler, bu son bedel şeklinin aşırı bir belirsizlik (*garar*) içerdiği ve bu nedenle herhangi bir sözleşmeyi geçersiz kıldığı gerekçesiyle bunu da tutarlı bir şekilde reddetmişlerdir. Son olarak, beşinci unsur ise, *talâk*ta olduğu gibi açık (*sarîh*) veya kapalı (*kinâî*) lafızların kullanıldığı icap ve kabulden oluşan akit *sîga*sıdır.[94]

4. Îlâ ve Zıhâr

Akli melekeleri yerinde olan ve cinsel olarak yetkin bir Müslüman koca, eğer karısı çocuklarını emzirmiyorsa, en az dört ay boyunca onunla cinsel ilişkiye girmeyeceğine dair yemin (*hilf, kasem*) edebilir.[95] Bu yeminin lafzı açık (*sarîh*) olmalı ve belirli bir amacı ifade etmelidir; aksi takdirde, eğer kapalı veya kinayeli (*kinâî*) bir dil kullanılırsa, *niyet* ile desteklenmelidir. Köleler için asgari süre iki aydır. Eğer *îlâ* süresi cinsel ilişkiye geri dönülmeden sona ererse, yemin kesin bir *talâk* hükmüne sahip olur. Ancak, koca bu "yasal" süre dolmadan önce karısıyla cinsel ilişkiye geri dönerse, *kefâret* ödemek zorunda kalır. Bu ceza, kocanın evliliği sona erdirme niyeti olmadan ya da bunu başaramadan karısını cinsel zevkten mahrum ederek gereksiz zorluk yaşattığı gerekçesiyle uygulanır.[96]

---

[92] Hısnî, *Kifâye*, II, 80.
[93] Rapoport, *Marriage*, 25, 55.
[94] Buhûtî, *Keşşâf*, V, 229–32, 235–38.
[95] Şâşî, *Hilye*, VII, 135; Necdî, *Hâşiye*, VI, 621–22; İbnü'l-Hâcib, *Câmi'*, 306–07; [*îlâ* ile ilgili olarak bkz. Misrî, *Reliance*, 565–66; Ibn Rushd, *Distinguished Jurist's Primer*, II, 121–26].
[96] Buhûtî, *Keşşâf*, V, 379–80; Mergînânî, *Hidâye*, II, 13–14.

Îlâ ile bağlantılı olan *zıhâr* yemini, bir kocanın hanımının kendisine annesinin vücudunun herhangi bir mahrem yeri, örneğin karnı, uylukları veya beli (*zahr*; dolayısıyla *zıhâr*) gibi cinsel olarak haram olduğunu herhangi bir şekilde telaffuz ettiği yemindir.[97] Bu yemin, evliliği sona erdirmez ancak *mekrûh* kabul edilir; eğer *talâk* gerçekleşmezse,[98] hem (Ahirette cezalandırılacak) bir günah işlenmiş olur hem de kocanın karısıyla cinsel ilişkiye devam edebilmesi için *kefâret* ödemesi gerekir. *Kefâret*, üç alternatiften biri olabilir: (1) bir köleyi özgürleştirmek, bu mümkün değilse, (2) iki ay boyunca peş peşe oruç tutmak ya da bu mümkün değilse (örneğin, sağlık sebebiyle) (3) altmış fakiri bir gün boyunca doyurmak.[99]

5. Çocukların Bakımı ve Aile Nafakası

Annelerin, küçük yaştaki çocukları üzerinde sınırsız bir bakım ve gözetimi (*hadâne*) hakkı vardır.[100] Annenin bulunmadığı durumlarda, bu hak öncelik sırasına göre şu kişilere geçer: Annenin annesi, babanın annesi, babanın öz kız kardeşi, babanın anne tarafından üvey kız kardeşi, teyze vb. Annenin bir *ecnebi*[101] ile evlenmesi, onun *hadâne* hakkını kaybetmesi için yeterli bir sebeptir, ancak bu hak evliliğin sona ermesiyle geri kazanılır. Fakîhler, annelerin erkek çocuklar üzerindeki *hadâne* hakkının sona ermesi gereken yaş konusunda farklı görüşlere sahiptir; genellikle Hanefî mezhebine göre bu yaş yedi veya dokuzdur. Bu yaşlarda, çocukların kişisel bakım konusunda kendi kendine yeterli hale geldikleri varsayılır, çünkü artık kendi başlarına yemek yiyip yıkanabilecekleri düşünülür. Mâlikî mezhebi ise annelerin erkek çocuklar üzerindeki *hadâne* hakkını ergenlik çağına kadar, kız çocuklar üzerinde ise evlenene kadar uzatır. Hanbelî mezhebi ise *hadâne*yi hem erkek hem de kız çocuklar için yedi yıl ile sınırlar.

Babalar, velayeti elinde bulundurdukları süre boyunca, küçük çocuklarını başka bir şehir ya da bölgeye götüremezler, çünkü bu durum annenin haklarına tecavüz olarak görülür. Ancak erkek çocuklar "temyiz yaşına" ve kız çocuklar ergenlik çağına geldiklerinde bu mümkün olabilir. Aynı şekilde, anne de çocuklarını başka bir yere

[97] İbnü'l-Hâcib, *Câmi'*, 308–10; [Ibn Rushd, *Distinguished Jurist's Primer*, II, 127–39].
[98] Şâşî, *Hilye*, VII, 172; ayrıca bkz. Serahsî, *Mebsût*, VI, 223–24.
[99] Hısnî, *Kifâye*, II, 115; Mergînânî, *Hidâye*, II, 17–19; İbn Kudâme, *Muğnî*, VIII, 574–77.
[100] [Misrî, *Reliance*, 550–53; Ibn Rushd, *Distinguished Jurist's Primer*, II, 66–67.]
[101] Bu bağlamda, *ecnebi* akraba olmayan bir erkektir. Sözleşmeden doğan yükümlülükler bağlamında, *ecnebi* sözleşmenin üçüncü tarafıdır.

götüremez, ancak bu, evlenmeden önce yaşadığı memleketi (*vatan*) ise mümkündür. Çocuklarının babasıyla olan evliliği sona erdiğinde, annenin evlendiği evde kalma zorunluluğu yoktur. Ancak memleketi, *dârü'l-harp* olarak tanımlanmışsa, memleketine ve ailesine dönme özgürlüğü tamamen kısıtlanır.[102]

Koca, evliliği gerçekleştirdiği andan itibaren karısına *nafaka* sağlama yükümlülüğü altına girer.[103] Kadının evlilik öncesi sosyo-ekonomik durumu, kocanın karısına sağlamak zorunda olduğu *nafaka*nın seviyesini belirlemede etkilidir; bu, yiyeceklerin kalitesinden, giysilerin ve barınmanın kalitesine kadar değişen bir yelpazede değerlendirilir. Kadının evlilik öncesinde bir hizmetçisi/kölesi varsa, koca kendi cebinden bir hizmetçi sağlamak zorundadır ve barınma, her durumda, mahremiyeti sağlayacak ve geniş ailesinden ayrı olacak şekilde olmalıdır. Bazı fakîhler, kadının evlilik öncesindeki statüsü ve maddi rahatlığını dikkate almamış ve kocanın, orta gelirli ise bir, daha zengin ise iki hizmetçi sağlama yükümlülüğünü getirmişlerdir. Ancak koca fakirse, bu sorumluluktan muaf tutulur. Teknik olarak, birçok fakîh, kadının yiyeceğinin mülkiyetine (*'ayn*) sahip olduğunu, ancak giysi ve barınma gibi hizmetlerin kullanım hakkına (*menfaat*) sahip olmadığını belirtir. Ancak her durumda, koca evliliği gerçekleştirdiği andan itibaren bu nafaka yükümlülüğünü üstlenir.[104] Eğer yiyecek günlük olarak temin edilmezse, koca bu masrafı karısına ayda bir kez ödemelidir. Giysi için yapılacak destek (sabunlar ve güzellik aksesuarları dahil)[105] ise her altı ayda bir ödenmelidir. Ayrıca, koca, hanımının hizmetçilerine hem yiyecek hem de giysi sağlamak ile yükümlüdür.

Kadın, aile için yemek yapmak veya evi temizlemek zorunda değildir, ancak bunu kendi isteği ve zevki doğrultusunda yapabilir. Eğer kadın bunu yapmamayı tercih ederse, erkek masrafları kendisine ait olmak üzere ona yemek pişirecek ve temizlik yapacak birini sağlamak zorundadır. Ancak, koca tıbbi masrafları karşılamak zorunda değildir. Evlilik nafakasını sağlamamak, kadının kocasının mal varlığına karşı borç almak için *kâdı*ya başvurması için bir gerekçe oluşturur. Bazı fakîhlere göre, kadın, koca ödeme yapmadığı sırada

[102] Mûsılî, *İhtiyâr*, IV, 14–16. *Dârü'l-harp* ile ilgili olarak bkz. 11. Bölüm.

[103] Hısnî, *Kifâye*, II, 65; İbnü'l-Hümâm, *Şerh*, III, 203, IV, 385. Krş. Tûsî, *Hilâf*, II, 339–40 (56–57 numaralar); [Misrî, *Reliance*, S42–S0; Ibn Rushd, *Distinguished Jurist's Primer*, II, 63–66].

[104] Tûsî, *Hilâf*, II, 327–28.

[105] Bu malzemelerin bir listesi için bkz. Nevevî, *Ravda*, VI, 459–60.

mahkemeye başvurmazsa, geriye dönük herhangi bir alacak talep edemez.[106] Bu kuralların tamamı, ister Müslüman ister gayrimüslim olsun, hür veya köle olsun tüm kadınlar için geçerlidir.[107]

Evliliği sona eren kadınlar, *iddet* süreleri boyunca, evliliğin sona ermesinde kendileri kusurlu olmadıkça (örneğin, zina veya dinden dönme nedenleriyle) nafaka almaya da hak kazanırlar. Babalar, ayrıca, küçük çocuklarına nafaka sağlamakla da sorumludur; bu, annenin evinde bebeği emzirmekle görevli süt annesine ödeme yapmayı da kapsar. Bu nedenle, anne bebeğini emzirmek zorunda değildir, ancak süt annesi bulunamazsa veya bebek sadece ondan emmek istiyorsa, emzirmesi gerekir. Mâlikî mezhebi ise, annenin alt sosyal sınıftan gelmesi halinde bebeği emzirmek zorunda olduğunu belirtir,[108] çünkü bu durumda annenin ağır işlere alışkın olduğu varsayılır.

Hukukçular, en önemlisi aile desteği olarak adlandırılabilecek olan ve bazı aile üyelerinin diğerlerine karşı sorumlu olduğu diğer destek türlerini uzun uzadıya tartışmışlardır. Ebeveynler ve büyükanne ve büyükbabalar, eş ve çocuklardan hemen sonra bakım önceliğine sahiptir. İhtiyaç duydukları takdirde, ebeveynler, ister erkek ister kadın olsun, yetişkin çocukları tarafından desteklenmelidir. Üvey anneler, kocalarının oğlu tarafından desteklenmelidir ve kayınpeder, ihtiyaç duyması halinde oğulun eşine destek sağlamak zorundadır.[109] Diğer aile üyeleri, ister üstsoy ister altsoy olsun, ihtiyaç duymaları halinde ya da geçimlerini sağlamalarını engelleyen fiziksel veya zihinsel bir rahatsızlıktan muzdarip olmaları halinde akrabalarından destek alma hakkına sahiptir. Bu kategorideki destek için genel kural, ihtiyaç duyan kişiden miras alacak akrabaların, her birinin kendi miras payına orantılı olarak destek sağlamak zorunda olduğudur.[110] Miras paylarının tam olarak ne kadar olacağı ölümden önce belirlenemezken, esas fikir, en fazla miras alacak olanların destek yükünün büyük kısmını üstlenmeleri gerektiğidir.

Son olarak, efendiler, kölelerine *nafaka* sağlama konusunda yasal bir yükümlülük altındadır. Bir efendi bunu reddederse, köleler hukuken çalışmak ve kendilerini geçindirmek için yeterli gelir elde etmek üzere iş arayabilirler. Bu izin, kölelerin bağımsız istihdam süresince efendiye veya hanımefendiye hizmet sağlama (*menfaat*)

[106] Bununla birlikte, bkz. *a.g.e.*, VI, 488.
[107] Tûsî, *Hilâf*, II, 326, 329; Mûsılî, *İhtiyâr*, IV, 3–8; Nevevî, *Ravda*, VI, 449 vd., 486.
[108] Tûsî, *Hilâf*, II, 335.
[109] *A.g.e.*, II, 330–33.
[110] Mûsılî, *İhtiyâr*, IV, 9–11; Tûsî, *Hilâf*, II, 333–34.

zorunluluğundan kurtulmaları açısından önemlidir. Eğer böyle bir iş bulamazlarsa, efendi veya hanımefendi onları geçimlerini sağlayabilecek birine satmak zorunda kalır.[111] Evli bir kadın kölenin efendisi onunla cinsel ilişkiye giremez, ancak onun hizmetlerinden (*menfaat*; intifa hakkı) yararlanmaya devam eder. Hukukçuların çoğunluğu, efendiyi ya da hanımefendiyi hizmet süresi boyunca kölenin nafakasından sorumlu tutarken, kölenin kocası, kölenin kendisiyle geçirdiği zamandan (gece saatleri olduğu varsayılır) sorumlu olacaktır. Mâlik ise kocanın, tüm nafaka miktarını ödeme yükümlülüğüne sahip olduğu görüşündedir.[112]

6. Tereke, Vasiyetler ve Miras

Ölüm sonrası, müteveffanın mal varlığı (*terike*), mirasçılara dağıtılmadan önce üç tür kesintiye tabi tutulur: (a) cenaze masrafları; (b) tüm mevcut borçlar; ve (c) müteveffanın yapmış olabileceği herhangi bir vasiyet. Hanbelîler ve bazı Hanefîler, önce cenaze hazırlıklarının (*tekfîn, teçhiz*) yapılmasını ve masraflarının karşılanmasını, ardından borçların ödenmesini ve bunların vasiyetin yerine getirilmesinden önce yapılmasını şart koşar. Diğer mezheplerin ve Hanefî mezhebinin ana doktrini ise, borçların ödenmesinin öncelikli olduğunu belirtir.[113] Açıktır ki ölüm hastalığından önce yapılan borçlanmalar (*deynü's-sıhha*), ölüm hastalığı sırasında (*deynü'l-marad*) yapılan borçlardan önce ödenmelidir. Ayrıca, borç kategorisine, kasıtsız veya kasıtlı cinayet nedeniyle ödenmesi gereken *diyet* gibi tüm mali tazminatlar da dahildir. Eğer *terike* tüm borçları ödemeye yetmezse, miras, her bir alacaklının payının büyüklüğüne göre orantılanır[114] ve cenaze masrafları (Şâfiî, Mâlikî ve çoğu Hanefîlere göre) *nafaka* sağlama yükümlülüğü olan kişilere (bu yükümlülük ise mirastan alacakları paylara göre belirlenir) düşer. Genel bir kural olarak ve yukarıda gördüğümüz üzere, bir kişiden miras alacak olanlar, yaşlılıkta veya fiziksel ya da zihinsel yetersizlik durumunda ona *nafaka* sağlamakla yükümlüdür.

Borçlar ödendikten ve cenaze masrafları karşılandıktan sonra, vasiyet yerine getirilmelidir. Mirasın oranlı paylaşımında Allah'ın

[111] Mûsılî, *İhtiyâr*, IV, 13.

[112] Mâverdî, *Hâvî*, XI, 525–32; İbnü'l-Hümâm, *Şerh*, IV, 426–28; Buhûtî, *Keşşâf*, V, 504–09.

[113] Mûsılî, *İhtiyâr*, V, 85; [miras ile ilgili genel bilgiler için bkz. Misrî, *Reliance*, 460– 505; Ibn Rushd, *Distinguished Jurist's Primer*, II, 411–42].

[114] Pearl and Menski, *Muslim Family Law*, 440. Payların orantılanmasıyla ilgili geniş bilgi için bkz. Makdisî, *'Udde*, 295.

iradesine saygı göstermek ve haksız zenginleşmeyi önlemek amacıyla, Sünni fakîhler "mirasçıya vasiyet yapılamaz" görüşünü benimsemişlerdir. Bu, *"lâ vasiyyete li-vâris"* şeklinde ifade edilen *kâide* ve *hadîs*te de yer alır.[115] Buna karşın, İmâmiyye Şîası böyle vasiyetleri caiz görmüştür.[116]

Vasiyet eden kişi akıl sağlığı yerinde, reşit ve hür olmalıdır ve Müslüman veya gayrimüslim olabilir. Şâfiî ve İmâmiyye Şîasına göre, köle vasiyette bulunamaz, çünkü o efendisinin malıdır; bu nedenle kölenin herhangi bir vasiyet işlemi, efendinin mülkünü ve dolayısıyla kölenin kendisini başkasına devretmesi anlamına gelir ki bu hukuken imkansızdır. Aynı şekilde, vasiyette bulunan bir kimse kendi kölesine bir şey vasiyet edemez, çünkü köle terekenin bir parçasıdır. Ancak, başka birinin kölesine vasiyette bulunabilir, fakat bu durumda asıl vasiyet alıcısı kölenin efendisi olur.[117]

Hukukçular, bir cinayetten veya vasiyet edenin öldürülmesinden hüküm giymiş bir mirasçının yasal olarak miras alıp almayacağı konusunda farklı görüşlere sahiptir. Bu tür mahkûmiyetler, Kur'ân'a göre veraset yoluyla mirasçı olma haklarını engeller, ancak Şâfiî, Mâlikî ve İmâmiyye Şîası, böyle bir katilin vasiyeten pay alabileceği görüşündedir.[118] Şâfiî fakîhleri, bir Müslüman'ın ister koruma altındaki *zimmî*ler ister *"Dârülharp" harbî*leri olsun, Müslüman olmayanlara yasal olarak vasiyette bulunabileceğini savunmuştur.[119] Hanefîler bu görüşe karşı çıkmalarına rağmen, Şâfiî fakîhleri, bu tür bir vasiyetin, *harbî*lere hediye (*hibe*) vermekten ve *harbî* kadınlarla evlenmekten farklı olarak ele alınmaması gerektiğini savunmuşlardır; her ikisi de meşru eylemler olarak kabul edilir.[120]

Vasiyetler, hastane, cami, okul veya köprü gibi yerlere ve kamu hizmetlerinin karşılanmasına yönelik olarak da yapılabilir.[121] Mülkün kendisinden farklı olarak, mülkün kullanımı da, kölelerin hizmetleri dahil, vasiyet edilebilir. Şâfiî ve Hanbelî fakîhlerine göre, kölenin nafakası vasiyet alıcısı tarafından sağlanmalıdır, ancak diğer fakîhler bu sorumluluğun kölenin efendisine ait olduğunu savunurlar. Kölenin satılması, vasiyet alıcısının intifa hakkını etkilemez.[122]

---

[115] Mûsılî, *İhtiyâr*, V, 63; San'ânî, *Musannef*, VIII, 371–72.
[116] Tûsî, *Hilâf*, II, 89. Diğer görüşler için bkz. Nevevî, *Ravda*, V, 103.
[117] Tûsî, *Hilâf*, II, 100.
[118] *A.g.e.*, II, 98; Mâverdî, *Hâvî*, VIII, 191.
[119] Nevevî, *Ravda*, V, 102; Tûsî, *Hilâf*, II, 98.
[120] Mâverdî, *Hâvî*, VIII, 193.
[121] Nevevî, *Ravda*, V, 102.
[122] *A.g.e.*, V, 112 vd., 173–74; Mûsılî, *İhtiyâr*, V, 70.

Son olarak, vasiyet edilen mal, borçlar ödendikten ve cenaze masrafları karşılandıktan sonra terekenin üçte birini geçmemelidir. Mirasçılardan biri fakir ise, vasiyet üçte birden az olmalıdır, ancak mirasçılar zengin ise tam üçte bir oranında vasiyet yapılması ahlaken tercih edilir. Vasiyet eden kişi malının üçte birinden fazla vasiyet etmişse, mirasçıların bu vasiyeti onaylama yetkisi vardır; eğer mirasçılar onaylamazsa, vasiyet üçte bire indirilmelidir.[123] Eğer mirasçı yoksa, çoğu fakîh vasiyet edilen miktarın üçte bire indirileceği ve geri kalanının Kamu Hazinesi'ne (*beytü'l-mâl*) devredileceği görüşündedir. Ancak, Ebû Hanîfe buna itiraz etmiş ve mirasçı bulunmadığında tüm terekenin vasiyet edilebileceğini ve Kamu Hazinesi için herhangi bir özel ayrıcalığın bulunmadığını savunmuştur.

Vasiyet alıcısının hakkı terekeden düşüldükten sonra, varsa varisler ve bunların payları belirlenmelidir. Varisler, mirasçı olma statüsünü müteveffaya kan bağı, evlilik veya himaye (*velâ*) yoluyla elde ederler. Daha önce de belirtildiği gibi, kasten, kasta benzer ya da kazayla öldürme durumu,[124] bir kişinin varis olarak miras almasını engeller, ancak vasiyet alıcısı olarak terekede hak sahibi olmasını engellemez. Bazı fakîhler, yalnızca miras bırakılan kişinin öldürülmesinin miras almayı engellediğini savunurlar. Dinde farklılık (*ihtilâfü'd-dîn*) ve kölelik (*rıkk*) de mirasçı olmayı engeller ve bu konuda fakîhler arasında fikir birliği vardır. Bazı fakîhler dinden çıkmayı da buna eklerler. Kölelerin mirasçıların dışında tutulması, onların aldıkları mirasın sahiplerinin malı olması gerçeğiyle açıklanır. Müslümanlar ve gayrimüslimlerin karşılıklı miras hakkına sahip olamayacağı, Nebevi *hadîs*ler tarafından gerekçelendirilen ve bu tür hakların mülkiyetin ve dolayısıyla gücün gayrimüslim toplumlara aktarılmasına yol açacağı gerekçesine dayanmaktadır. Gayrimüslimler lehine vasiyette bulunulabilmesi, bazı hukukçulara göre, vasiyetin bir sözleşme olduğu, mirasın ise böyle olmadığı şeklindeki hukuki gerçekle temellendirilmektedir.[125] Aynı nedenle, dinden çıkanlar Müslümanlardan miras alamazlar, ancak Hanefî fakîhlere göre onların Müslüman mirasçıları onlardan miras alabilirler. Mâlikî, Şâfiî ve Hanbelî fakîhler ise buna karşı çıkar ve dinden çıkanın tüm mirasının, savaş ganimeti gibi Kamu Hazinesi'ne devredilmesi gerektiği görüşünü savunurlar.

Kur'ân, terekeyi matematiksel paylara göre yarı, dörtte bir, sekizde bir, üçte iki, üçte bir ve altıda bir oranında tahsis eder. Ölen

[123] Tûsî, *Hilâf*, II, 93.
[124] Bu tür öldürme durumları için bkz. 10. Bölüm, 3. Kısım.
[125] Hillî, *Şerâi'*, II, 481; [Misrî, *Reliance*, 462].

kişinin mirasının yarısını alanlar, tek çocuk olması halinde kız çocuğu; çocuğu veya oğlunun çocukları yoksa koca; müteveffanın çocuğu yoksa öz kız kardeştir. Dörtte bir miras alanlar, çocuğu veya oğlunun çocukları varsa koca ve eğer ölen kocanın çocuğu veya oğlunun çocukları yoksa hanımıdır. Sekizde bir payı alanlar, müteveffanın çocukları veya oğlunun çocukları varsa eşidir (birden fazla eşi varsa, sekizde bir pay aralarında eşit olarak bölünür). Sayıları ikiden fazla ise üçte ikisini alanlar kız çocuklarıdır. Müteveffanın annesi, çocukları yoksa üçte bir, çocukları varsa altıda bir pay alır. Annenin üvey kız ve erkek kardeşleri, eğer sayıları iki ya da daha fazla ise, cinsiyetlerine bakılmaksızın aralarında eşit olarak bölünmek üzere toplam üçte bir alırlar. Ancak annenin yalnızca bir üvey erkek veya kız kardeşi varsa, bu kişi altıda biri alır. Aynı pay, çocukları veya oğlunun çocukları varsa, müteveffanın babası ve oğulun kızı veya kızları (aralarında eşit olarak bölünür) için de geçerlidir. Kur'ân'da belirtilen bu mirasçıların her biri, ister aynı gruptan isterse aynı soydan olsunlar, müteveffanın geriye kalan diğer akrabalarıyla ilişkili olarak konumlandırılır. Tüm olası durumlarda, örneğin baba bir veya üçten fazla yolla miras alır ve anne de öyle. Bununla birlikte, kız kardeşler yedi yoldan biriyle miras alabilirken, anne tarafından üvey erkek ve üvey kız kardeşler üç yoldan biriyle miras alabilir.[126]

Aşağıda, ilk yedi kategorisi erkek, geri kalanı kadın olan mirasçıların listesi yer almaktadır: (1) koca; (2) oğul veya oğlun oğlu, gidebildiği en alt soya kadar; (3) baba veya babanın babası, gidebildiği en üst soya kadar; (4) öz erkek kardeş veya üvey erkek kardeş; (5) öz erkek kardeşin oğlu veya aynı babadan üvey erkek kardeşin oğlu; (6) babanın öz kardeşi veya aynı babadan üvey kardeşi; (7) müteveffanın babasının öz erkek kardeşinin oğlu veya aynı babadan üvey erkek kardeşinin oğlu; (8) kızı; (9) oğlun kızı, oğlun oğlunun kızı , gidebildiği en alt soya kadar; (10) anne; (11) büyükanne ve büyük büyükanne gidebildiği en üst soya kadar; (12) öz kız kardeş veya üvey kız kardeş; ve (13) hanımı. Bu liste, Kur'ân'da belirtilen pay alma hakkına sahip olanları (*ashâbü'l-ferâiz*) ve kadın bağlantısı olmadan ölen kişiye erkek akraba olan yakınları (*asabe*) içerir. Öncelik doğrudan *asabe* olanlara aittir: (a) aşağıya doğru erkek soyundan gelenler; (b) yukarıya doğru erkek soyundan gelenler; (c) erkek kardeşler ve erkek kardeşlerin oğulları; (d) amcalar; ve (e) *mevlâ*lar

[126] Miras kurallarına ilişkin hukuki açıklamalar için bkz. Mûsılî, *İhtiyâr*, V, 86–110; Hısnî, *Kifâye*, II, 17–31; Buhûtî, *Rawd*, II, 384–94. Miras kurallarının anlaşılır modern bir açıklaması için bakınız Pearl ve Menski, *Muslim Family Law*, 439-87.

(himaye yoluyla edinilen veliler). Mâlikî ve Şâfiî mezhepleri, bu *asabe* listesine Kamu Hazinesi'ni de dahil eder. Kur'ân'da belirtilen pay sahipleri terekenin tamamını tüketmedikçe, *asabe* de onlarla birlikte mirasçı olur ve kalanı alır. Bu iki grup diğer tüm grupların önünde gelir ve soydaşları (*zevi'l-erhâm*), *mevlâ*ları, *ikrar* yoluyla[127] kabul edilmiş akrabaları ve Kamu Hazinesi'ni (bunu *asabe* grubuna ait gören fakîhler açısından) dışarıda bırakırlar. Ancak *asabe* grubu, tamamen doğrudan veya erkek vasıtasıyla akraba olan kişilerden oluşmaz; kadınlar da bu grubun içine girer. Fakîhler, yukarıda tanımlanan *asabe*yi (*bi'n-nefs*, yani *asabe*nin kendisi) tanımanın yanı sıra, asabiyette bir genişleme olan *asabe bi'l-gayr*ı da tanırlar. Oğulun kızı gibi kadın mirasçılar, mirası kendi başlarına alan erkek kardeşleri aracılığıyla *asabe bi'l-gayr* statüsü kazanır. Ayrıca *asabe maa'l-gayr* da tanınır; bu, babanın tam veya üvey kız kardeşleriyle birlikte yer aldıklarında *asabe* statüsü kazanan kadınları ifade eder.[128]

Kur'ân'da hisseleri belirlenenler ile *asabe* olan mirasçılardan oluşan iki ana grup birbirini dışlamaz, çünkü bazı erkek üyeler hem Kur'ân'da belirtilen pay sahibi hem de *asabe*dirler. Örneğin, ölen kişinin babası, diğer mirasçıların kim olduğuna bağlı olarak, sabit bir pay veya *asabe* olarak bir pay veya her ikisini birden miras alabilir. Ancak ne o ne de başka bir mirasçı, erkek soyundan gelen alt mirasçıları veya erkek üst soyunu mirastan mahrum edemez, çünkü bunlar her zaman korunur. Bunun tek istisnası, ölen bir oğlun oğlu, babasının miras alacağı payı alamaz, çünkü Sünni hukuk, bu konuda ona temsil hakkı tanımaz.

Kur'ân mirasçıları (*ashâbü'l-ferâiz*) ya *asabe* ya da *zevi'l-erhâm* mirasçıları veya her ikisini birden mirastan mahrum edebilir (*hacb-i hırmân*), ya da onların paylarını azaltabilir (*hacb-i noksân*).[129] Ancak *ashâbü'l-ferâiz*den bazıları, kısmi veya tam mahrumiyete (*hacb*) tabi olabilir, kısmi *hacb*, yaşayan akrabaların belirli bir oran alması nedeniyle paylarının azaltılması anlamına gelir. Hiçbir şekilde *hacb*edilemeyenler, ebeveynler, hayatta kalan eş, oğullar ve kızlardır. Kısmi *hacb*e tabi olanlar ise eşler, anne, oğlun kızı ve teyzedir. Ancak, tamamen mahrum olanlardan bazıları, bu şekilde *hacb*edilmiş olmaları

[127] Yani, müteveffa tarafından, babalık iddiası da dahil olmak üzere, belirli bir kişinin kendisiyle kan yoluyla akraba olduğunun kabul edilmesi. *İkrâr* hakkında bkz. önceki bölüm, 13. Kısım. Hem fıkıhta hem de modern ulus-devlette babalık ve "evlilik yatağı" hakkında bkz. 16. Bölüm, 3. Kısım.

[128] Nevevî, *Ravda*, V, 10–11; Mûsılî, *İhtiyâr*, V, 92–94; İbn Kudâme, *Kâfî*, II, 386.

[129] Nevevî, *Ravda*, V, 26–29; İbn Mâze, *Muhît*, XXIII, 306.

sebebiyle diğer mirasçıların paylarında azalmaya neden olabilirler. Örneğin, ölen kişinin geride bir baba, bir anne ve erkek kardeşler bırakması durumunda, erkek kardeşlerin varlığı, annenin payını altıda bir oranına düşürür. Bu oransal düşürmenin amacı, elbette kesirlerin toplamının bire denk gelmesini sağlamaktır. Bazı hallerde, Kur'ân'da belirtilen oranları birden daha büyük bir paylar toplamı üretebileceği bir durum ortaya çıkar; bu durumda matematiksel düzenleme korunur, ancak her pay orantılı olarak azaltılır (*'avl* olarak isimlendirilir), böylece altıda bir yedide bir veya on beşte iki haline gelebilir. Buna karşılık, diğer hallerde, özellikle de miras bırakanın ölümü üzerine uzak akrabaların hayatta kalmadığı durumlarda, ashâbü'l-ferâiz terekenin tamamını paylaşmış olmazlar; bu durumda tereke mirasçılar arasında payları oranında paylaştırılır. Bu yöntem, *redd* (kelime anlamı geri dönmek) olarak bilinir,[130] ancak Mâlikî mezhebi bunu kabul etmez, çünkü onlar kalan kısmı Kamu Hazinesi'nin payı olarak kabul eder.

Son olarak, Şeriat miras sisteminin karmaşıklığı, İslam'ın yeni bir din olarak Kur'ân vahyi aracılığıyla, Müslüman olmanın ne olduğunu ve bu dini diğerlerinden ayıran şeyin ne olduğunu belirleyen bir dizi durumu belirlemek için geldiği gerçeğiyle açıklanabilir. Bu ayırt edici reformlardan biri, kabileciliğin gücünü azaltmaya yönelik yoğun bir çabaydı ve bu yapıları dağıtmaya yönelikti. Kabile anlayışı, İslam'ın topluluk (*ümmet*) fikrine taban tabana zıtken, genişlemiş haliyle aile böyle değildi. İslam öncesi Arabistan'da yalnızca erkek akrabaların miras aldığı bildirilmişken, İslam, çekirdek ailedeki kadınları dini topluluğa dahil etmiş ve onları çekirdek yapının dışındaki akrabaların üzerinde tutmuştur. Dolayısıyla Kur'ân'daki paya dayalı miras düzenlemesi, Kur'ân'ın kabile veraset sistemini değiştirdiği, onu adeta bir ikincil konuma indirgediği, ancak kesinlikle tamamen ortadan kaldırmadığı bir alan olarak görülmelidir, çünkü bazı akraba grupları İslam'ın sadece korumak değil, geliştirmek istediği aile sınırları içinde kalmıştır.

Halifelik iddialarıyla ilgili belirli siyasi koşullar ışığında, İmâmiyye Şîası, Kur'ân ve hukukun yorumunu *asabe* kategorisini tamamen mirastan çıkarmak için kullandı. Oğul hariç, Sünni yaklaşımın yer verdiği diğer tüm *asabe*, İmâmiyye Şiî hukukuna göre daha az miras alır. Mirasçılar üç farklı grupta yer alır ve her biri, daha alt sınıfları mirastan tamamen mahrum eder. Ebeveynler ve alt soyları ilk sınıfı

[130] Nevevî, *Ravda*, V, 45 vd.; İbn Mâze, *Muhît*, XXIII, 318 vd.

oluştururken, büyükanne ve büyükbabalar, erkek ve kız kardeşler ile onların alt soyları ikinci sınıfı oluşturur. Üçüncü sınıf ise amcalar, halalar, dayılar ve teyzeler ile onların çocuklarından oluşmaktadır.[131] İlk iki sınıfta ölen kişiye en yakın olanlar, her iki sınıfın içindeki daha az yakın olanları mirastan mahrum eder ve her iki sınıfın en yakın üyeleri, ölen kişiye yakınlık derecelerine bakılmaksızın birlikte miras alırlar. İmâmiyye Şîasının sınıflara ayırma ve *hacb* kuralı düzenlemeleri Sünni hukukun ulaştığı neticelerden büyük ölçüde farklı sonuçlara yol açmaktadır. Örneğin, Sünni hukukuna göre, bir kız çocuğu, bir anne ve bir erkek kardeş hayatta kalırsa, müteveffanın mal varlığı şu şekilde bölünür: kız çocuğu için yarısı, anne için altıda biri ve erkek kardeş için (*asabe* olarak) üçte biri. İmâmiyye Şiî hukukuna göre ise, birinci sınıf mirasçılar olan kız çocuğu ve anne, ikinci sınıfa dahil olduğu için erkek kardeşi tamamen *hacb* eder. *Redd* yoluyla, erkek kardeşin payı, kız çocuğu ve anne arasında orantılı olarak bölünür. Ayrıca, yirminci yüzyıldaki kanuni değişikliklerin de etkisiyle,[132] Sünni hukukuna göre, kız çocuğunun oğlu (ama kız çocuğunun kendisi değil) ve öz erkek kardeş hayatta kalırsa, tüm miras erkek kardeşe geçer. Ancak İmâmiyye Şiî hukukuna göre, kız çocuğunun oğlu tüm terekeyi miras alır.[133] Son olarak, hatırladığımız üzere, İmâmiyye Şiî fakîhler, Sünni hukukçular gibi, vasiyetlerin terekenin üçte biriyle sınırlandırılmasını kabul etmekle birlikte, vasiyet edene, bunun üçte birini dilediği bir mirasçıya tahsis etme özgürlüğü tanıyarak Sünni hukukundan ayrılırlar.[134]

[131] Hillî, *Şerâ'i*, IV, 261 vd.

[132] Bkz. 16. Bölüm, 3–4. Kısımlar.

[133] Tûsî, *Hilâf*, II, 33–36, 42–55. Bu ve başka örnekler için bkz. Hillî, *Şerâ'i*, IV, 271–85. Şiânın bu hükümle ilgili *hadis*i için bkz. Tûsî, *İstibsâr*, III, 166–68. Ayrıca bkz. Pearl and Menski, *Muslim Family Law*, 470–72; Khan, *Islamic Law of Inheritance*, 100–26.

[134] Kur'ân'ın miras sisteminin hukuki tarihinin yeniden değerlendirilmesi için bkz. Kimber, "Qurpanic Law"; Powers, *Studies*.

Mal ve Mülkiyet

1. Giriş

İslam hukuku, mülkiyet ve sahiplik kategorilerini, Allah'ın evrenin tek ve nihai Sahibi (Mâlik) olduğu teolojik kavramına dayandırır. Mâlik, Allah'ın bir ismi ve sıfatıdır; "sahip olan" anlamına gelen bir isim-fiildir. *Milk* ise, mülkiyetin gerçekleştiği bir durumu temsil eden bir mastardır. Bu nedenle Allah, insanları ve onların sahip oldukları her şeyi de kapsayacak şekilde her şeyin gerçek Sahibidir.[1] Dolayısıyla, insanlar aslında hiçbir şeye sahip değildir. İnsanların dünyadaki bazı şeyler üzerinde mülkiyet haklarına sahip olmaları, sadece ilahi cömertlik sayesinde ve yalnızca *mecazi* bir anlamda, *hakiki*[2] anlamda değil, mümkün olur.[3] Bu cömertlik, bir yetki devri ve ikincil yetkilendirme olarak kendini göstermiştir. Kur'ân Hadîd:7 şöyle der: "Allah'a ve Peygamberine inanın ve sizi, üzerinde tasarrufa yetkili kıldığı (*müstahlefîne fîhi*) şeylerden harcayın (*enfikû*)." Hukuki terimlerle ifade edilen insan mülkiyeti, *vekâlet* yoluyla bir yetkilendirmedir ve insanların Allah'ın servetini yönetirken beklenen iyi davranış şartlarıyla sınırlıdır.[4] İyi bir şekilde harcama, dilsel olarak "harcayın" emriyle ifade edilir ve bu, yüzyıllar boyunca hukuk söylemlerinde, aileye, akrabalara ve yoksullara yapılan yardım gibi, kişinin içinde bulunduğu topluma bakma görevine dönüşen harcamalar (*infak*) anlamına gelir.[5] Harcama genellikle bu vekalet yetkisiyle bireyin takdirine ve iyi davranış anlayışına bırakılmıştır,[6] ancak ailenin ve yoksulların haklarıyla ilgili olan kısımlar, "Allah'ın Hakları" olarak kalmıştır. Dolayısıyla vekalet, mutlak değildir, aksine

[1] İbn Manzûr, *Lisân*, X, 492.

[2] Dildeki *mecazi* ve *hakiki* kullanımlar arasındaki farklar için bkz. 2. Bölüm, 4. Kısım.

[3] Gazâlî, *Muhtasar*, 109.

[4] Bu anlayış, sadece modernitenin doğal çevreyi sömürmesini değil, aynı zamanda bu müdahaleci sömürünün bir sonucu olarak ortaya çıkan içinden çıkılmaz sorunları da tanımlayan modern "doğanın fethi" kavramıyla tam bir tezat teşkil etmektedir. Bu bağlamda ayrıca bkz. Wichard, *Zwischen Markt und Moschee*, 91-93.

[5] Taberî, *Tefsîr*, XI, 671–72; İbn Kesîr, *Tefsîr*, IV, 476–77.

[6] Harcama etiğine ilişkin bu tür söylemler, ahlaki davranışa ilişkin temel kaynakların ilgilendiği alanlardan birini oluşturmuştur. Örnek olarak bkz. Hasanî, *Tehzîbü'l-Ahlâk*, 68 vd., 101 vd.

Allah'ın servetinin bir kısmının O'nda kalmasını ve bu servetin varlıklı olanların yoksullara vermesini sağlamak için sınırlıdır. Bu teolojik-sosyal mülkiyet ve servet anlayışı, hem Kur'ân'da yer alır hem de paradigmatiktir, Müslüman inancının temel bir unsurunu oluşturur.

Mülkiyet ve *mal* kavramları birbirlerini tamamlayıcı niteliktedir, zira birlikte bir yandan şeyler, diğer yandan da bunlar üzerinde hak sahibi olma yetkisine sahip olanlar arasındaki ilişkiye dair tüm parametreleri ortaya koyarlar. Dolayısıyla mülkiyet, bir şeyin maddesinden ve/veya onun menfaatinden, ürününden, hizmetlerinden ya da kirasından yararlanma hakkını başkalarından bağımsız olarak hukuki bir şekilde elde etme hakkıdır. Bu, "bir kişi ile bir şey arasında, başkalarını hariç tutarak [meşru sınırlar dahilinde] o şey üzerinde tasarruf etmesine izin veren hukuki bir ilişkidir".[7] Aksine, mülkiyet, hukuken mülkiyet haklarının konusu haline getirilmiş olan şey ve onun menfaati anlamına gelir.

2. Kavramlar ve Kategoriler

Mülkiyet teorisi, çeşitli muameleler bağlamında mülkiyete bağlı değişik haklardan kaynaklanan tasnif farklılıklarının toplamını temsil eder. Hanefî mezhebi mülkiyeti iki türe ayırır: biri hukuken değeri olan (*mütekavvim*), diğeri ise olmayan (*gayr-ı mütekavvim*) maldır.[8] *Mütekavvim* mal, mülkiyet, satış, kira, rehin ve hibe gibi hukuki işlemlerin tamamına tabi kabul edilir. *Gayr-ı mütekavvim* mal gayr-ı meşru kabul edildiğinden bu tür işlemlere konu olmaz. Bu tür malın başlıca örnekleri, Müslümanlar için yasaklanan ancak *zimmî* olan gayrimüslimler için meşru olan şarap ve domuz etidir. Bu ayrımın işlevsel önemi, tazminat hukuku gibi alanlarda ortaya çıkar, çünkü bir Müslümanın sahip olduğu şarap veya domuzun telef edilmesi, failin dini kimliğine bakılmaksızın tazminat haklarını doğurmaz. Ancak, bir Hristiyan'a ait olan şarap veya domuz imha edildiğinde tam tazminat ödenmesi gerekir, çünkü bu durumda mal *mütekavvim* olarak kabul edilir.[9] Mâlikî mezhebi, Hanefîlerin bu tasnifini kabul etmez, ancak Hristiyanların domuz ve şarabı mal olarak görmeleri sebebiyle zimmîlerin tazminat haklarını savunurlar. Şâfiî ve Hanbelî mezheplerine göre ise, ilgili husus, belirli bir dinin hukukuna göre malın ifade ettiği değer değil, Şeriatta kullanımının

[7] Ahmednecari, *Câmi'ü'l-Ulûm*, III, 322.
[8] Bâz, *Şerh*, I, 70.
[9] Bağdâdi, *Mecma'*, 130–31; Tûsi, *Hilâf*, I, 679.

meşru olup olmadığıdır. Buna göre, İslam'da tüketilmesi yasak olan şarap ve domuz eti, hiçbir değeri olmayan mal olarak kabul edilir ve *zimmî* gayrimüslimlere ait domuzlar veya şaraplar yok edildiğinde herhangi bir tazminat ödenmez.[10]

Hanefîlerin yaptığı bu tasnif, denizdeki balıklar ve havadaki kuşlar gibi yabani hayvanlar için de geçerlidir.[11] Bu hayvanlar doğal ortamlarında, yakalanana kadar hiçbir maddi değere sahip olarak kabul edilmez. Yine, bu ayrımın kökeni ve önemi, tazminat hukuku bağlamında geçerlidir; çünkü denizdeki balıkların imha edilmesi, mülkiyet mevcut olmadığı için herhangi bir tazminat talebi doğurmaz. Ayrıca, Hanefîler, bir veya birkaç tane buğday tanesi veya çok küçük bir ekmek dilimi gibi *mütekavvim* türündeki her mülkiyet formunda maddi bir değer bulunduğunu da kabul etmez. Bu nedenle, teknik olarak, bir bakkalda küçük bir miktar yiyecek parçası almak başka bir hukuk sisteminde hırsızlık olarak kabul edilebilse de, Hanefî doktrininde bu şekilde değerlendirilmez.

Diğer üç Sünni mezhepten farklı olarak,[12] Hanefîler menfaati *mütekavvim* mal olarak kabul etmez, çünkü bu bir şey değil, arızi bir durumdur (*araz*).[13] Diğer bir deyişle, bir mal menfaat sağlayabilir ya da sağlamayabilir, örneğin, bir atın hiçbir işe yaramaması gibi. Ancak menfaat mâlî bir muamele konusu olduğunda, örneğin kira gibi, potansiyeli ortaya çıkar ve böylece mal statüsü kazanır.[14]

Mal ayrıca *mislî* ve *kıyemî* olarak sınıflandırılır.[15] *Mislî*, "piyasada yaygın olarak bulunan, türleri arasında belirgin bir fark olmayan" mal olarak tanımlanır. Bu tür mal, hacimle ölçülebilen (örneğin arpa ve buğday), ağırlıkla ölçülebilen (örneğin gümüş, demir ve altın), metreyle ölçülebilen (örneğin ipek ve yün kumaşlar) veya sayıyla ölçülebilen (örneğin para ve yumurta) mallar olabilir. *Kıyemî* mal ise, piyasada yaygın olarak bulunmayan veya bulunsa bile her birinin birbirinden farklı olduğu ve bu durumun değerlerini önemli ölçüde etkilediği maldır. Bunun örnekleri, her biri benzersiz kabul edilen, bu nedenle bireysel değerleme gerektiren evler ve mücevher parçalarıdır. Bu kategoriye, antikalar gibi nadir bulunan veya dolaşımdan kalkmış *mislî* mallar da dahildir.[16] Bu tasnif, en az iki önemli hukuk

[10] İbnü'l-Lahhâm, *Kavâ'id*, 54; Buhûtî, Ravd, II, 341; Tûsî, *Hilâf*, I, 679.
[11] Bâz, *Şerh*, I, 70, 101; Şa'rânî, *Mîzân*, II, 84.
[12] Örnek olarak Buhûtî, *Şerh*, II, 140.
[13] Ahmednecarî, *Câmi'ü'l-Ulûm*, III, 188; Bâz, *Şerh*, I, 69–70.
[14] Kâsânî, *Bedai'*, III, 494; Kârî, *Mecelle*, 112.
[15] Bâz, *Şerh*, I, 71–72.
[16] *A.g.e.*, I, 620.

alanı için oldukça önemlidir: (1) tazminat talepleri söz konusu olduğunda tazminat biçimlerinin belirlenmesi; ve (2) onlarla ilgili muamelelerde faiz alınıp alınmadığının belirlenmesi.

Mal, artıcı (*nâmî*) ve artıcı olmayan (*kunye*) türlerine ayrılır. *Nâmî* mal, fiziksel olarak (örneğin, hayvancılık), üreme (örneğin, yetiştirme) veya yatırım yoluyla (örneğin, ticari muameleler ve kira) büyüme yeteneğine sahiptir. Artıcı olmayan mala bir örnek, ev işleri için kullanılan sıradan bir mutfak gerecidir; bu tür mülk ne kiralanabilir ne de ticari kazanç için muameleye konu olabilir. Bu ayrımın ana amacı, tazminat taleplerinde tazminat değerinin belirlenmesidir; çünkü *nâmî* malın kötüye kullanılması durumunda, mülk sahibine malın yanı sıra kötüye kullananın malı elinde tuttuğu sürede elde ettiği büyüme de iade edilmelidir.

Malın kötüye kullanılması ve kaybı, malın geri kazanılma olasılığı olan (*mâlü'l-mercuv*) ve geri dönüşü olmayan (*mâlü'd-dimâr*) mallar arasında bir ayrım yapma gereğini doğurur. Sahibinin mal üzerindeki hakkını ve kötüye kullanımını kanıtlayamadığı bir mal, büyük olasılıkla geri kazanılamaz. Benzer şekilde, kaçan bir köle veya bir gemiden düşen bir cüzdan, *mâlü'd-dimâr* olarak kabul edilir.

Serbest ve kısıtlı mallar (örneğin, sahibinin kullanım haklarının kısıtlandığı rehinli mülkiyet) arasındaki ayrıma ek olarak, önemli bir ayrım da taşınır (*menkul*) ve taşınmaz (*akar*) mallar arasındaki ayrımdır. Ağırlık, hacim ve sayıyla ölçülebilen tüm mallar taşınabilir türde mülklerdir; hayvanlar ve para da bu kategoriye girer. Binalar ve arazi, taşınmaz türünün ana unsurlarını oluşturur; bunlar da kapalı yapılar (*musakkaf*; örneğin evler, dükkanlar, hamamlar) ve ölçülebilir olanlar (*muzarra'*, *mazrû'*; örneğin bağlar, meralar, ekilebilir tarlalar) şeklinde ikiye ayrılır.[17]

Yukarıdaki tasnifler malı mal olarak tanımlamaktadır. Mülkiyet ise, haklar söz konusu olduğunda kişiler ve mallar arasındaki hukuki ilişkileri ifade eder. Bu nedenle mülkiyet hakları kavramı en iyi şekilde tasniflerle açıklanır. Bu bağlamda, mülkiyet tam (*tâm*) veya eksik (*nâkıs, zayıf*) olabilir. Tam mülkiyet, malın hem aynı hem de menfaati üzerindeki hakları ifade ederken, eksik mülkiyet, bu iki unsurdan sadece biri üzerindeki hakları içerir, ancak her ikisini birden kapsamaz. Hukukçular ayrıca "mülkiyet" (*milk*) teriminin herhangi bir niteleme olmadan mutlak olarak kullanıldığında, bunun tam mülkiyeti

[17] *A.g.e.*, I, 71–72, 105–07.

ifade ettiğini, bu mülkiyetin menfaate dair hakları da kapsaması gerektiğini belirtirler. Ancak menfaat, *vakıf* kurumunda olduğu gibi, mülkün aynından bağımsız olarak süresiz bir şekilde sahiplenilebilir, burada kullanım hiçbir zaman *vakf*ın aynının mülkiyetini içermez.

Menfaat hakları ise (a) sahibine bu hakları kiralama veya satma yetkisi vermeyen kullanım hakları (*milk intifâ'*) ve (b) başkalarıyla paylaşılabilen haklar (*milk manfaa*) olarak ikiye ayrılır. *Milk intifâ'*nın bir örneği, bir *medrese* veya *hankah*ta ikamet etmenin sağladığı faydalardan yararlanma hakkıdır; bu hak herhangi bir şekilde devredilemez veya herhangi bir tazminat karşılığında kullanılamaz.[18] Bu ayrım, "menfaate sahibi olan, kiralama ve ödünç verme hakkına da sahiptir" (*men meleke el-menfa'a fe-lehu el-icâra ve'l-i'âra*) kâidesiyle ifade edilmiştir.

Tam mülkiyet ile eksik mülkiyet arasındaki fark, ilkinin sahibine mülkünde, kiralama veya hibe ya da satış şeklinde elden çıkarma hakkı dahil olmak üzere hukuken herhangi bir şekilde tasarrufta bulunma hakkı vermesidir. Bu nedenle eksik mülkiyet, gerçek bir mülkiyet olarak kabul edilmez, çünkü sahibin menfaat hakları, ya sadece kullanım (*milk intifâ'*) ya da kiralama veya ödünç verme (*milk manfaa*) ile sınırlıdır. Ayrıca, tam mülkiyetin ayırt edici özelliği süresizliktir; zira bu tür mülkiyet tanımı gereği herhangi bir zaman sınırlamasına bağlı olmamalıdır. Eksik mülkiyet ise süre, yer veya menfaatin bazı yönleriyle sınırlıdır. Örneğin, bir kişi (menfaat haklarına sahip olarak) bir atı, belirli bir köyden başka bir köye odun taşımak için bir yıllığına kiralayabilir.

Mülkiyetin kişilerce nasıl edinildiği, mülkiyet haklarının başka bir sınıflandırmasını gündeme getirir: gönüllü (*milk ihtiyârî*) ve zorunlu (*milk kahrî*) edinim olarak adlandırılan türler. Gönüllü olan, satın alma, hayvan yetiştirme ve avlanma veya ölü toprağı işleme gibi bireysel girişimlerle elde edilir. Diğeri ise mülkün, bir başkasının eylemi sonucu potansiyel malike geçmesi anlamında gayrı iradi bir edinimdir; örneğin mirastan pay almak veya bir *vakıf* fonundan yararlanmak gibi.

Mülkiyet ayrıca edinim, kullanım ve devir şekli olmak üzere üç hususla sınırlandırılmıştır. Meşru olması için mülkiyetin, diğer şeylerin yanı sıra, zorla el koyma (*gasp*),[19] hırsızlık (*serika*)[20] veya faizi

[18] *A.g.e.*, I, 318–19.
[19] Bir sonraki kısma bkz.
[20] Bkz. 10. Bölüm, 2. Kısım, iv.

(*ribâ*)[21] ortadan kaldıran meşru yollarla elde edilmesi gerekir. Malın meşru mülkiyet sınırları dahilinde kullanımı, ölçülü kullanım esasına dayanır, bu durumda harcamada (*infak*) ölçülü olmak gerekir. Bazı durumlarda, meşru mülkiyet, ölçülü kullanım ile birleşerek bazı alt kısıtlamalara yol açabilir. Örneğin, ipek satın alma ve sahip olma yasal olabilirken, erkeklerin bunu giymeleri caiz değildir.[22] Benzer şekilde, meşru yollarla elde edilen artıcı mallar boş kalmamalıdır, çünkü hukuk, ahlaki olarak, bu mülklerin işlenmesini, ticaretinin yapılmasını, üretilmesini veya yetiştirilmesini zorunlu kılar. Bu nedenle, serveti artırmak için çalışmak, bunu yerine getirebilecek her bir Müslümana *farz-ı kifâye* olarak kabul edilir.[23] Son olarak, edinim şekli gibi, mülkiyetin devri de dolandırıcılığı, haksız zenginleşmeyi (*gabn*) veya karşılıklı irade eksikliğini (*rıza*)[24] içermemelidir.

Özel mülkiyet ve özel mal dokunulmaz olsa da kamusal bir birliktelik olarak toplumun çıkarları daha üstün kabul edilir. Buna göre, hükümdar, sokakları genişletmek veya medrese-camileri büyütmek gibi kamu tesislerini inşa etmek amacıyla bireysel mülkiyeti –rayiç bedeliyle– kamulaştırabilir. Hükümdar ayrıca, kamu yararı için ciddi bir ihtiyaç varsa, bireyi mülkünü rayiç bedelle satmaya zorlayabilir. Bunun klasik bir örneği, hükümdarın *ihtikârı*, yani piyasadaki bir ürünün arzın azaldığı ve talebin arttığı daha sonraki bir tarihte fiyatını artırmak amacıyla istiflendiği bir tür tekeli önlemek için yaptığı müdahaledir. Özel mülkiyet, ödenmemiş borçların ya da ailesini terk etmiş ancak geride mal varlığı bırakmış kocalar ya da babalar söz konusu olduğunda ödenmemiş eş ya da çocuk nafakasının karşılanması ya da ceza gerektiren suçlardan (örneğin *diyet*) ya da parasal işlemlerden (*damân*) kaynaklanan zararların ödenmesi için de hâkim tarafından satılabilir.[25] Ayrıca, müşterek mülkiyetteki mallar da ortaklardan birinin talebi üzerine hâkim tarafından satılabilir; gerekçe olarak da talep sahibinin müşterek mülkiyetteki payını satması halinde zarara

[21] Şa'rânî, *Mîzân*, II, 88–89; [Misrî, *Reliance*, 384–87].

[22] İbnü'l-Lahhâm, *Kavâ'id*, 52.

[23] Aynı şekilde, çalışma (mülk, sermaye veya varlık söz konusu olsun ya da olmasın) bireyin ihtiyaçları ile orantılı olarak *farz-ı kifâye* olarak kabul edilir. Dolayısıyla yetişkin bir erkeğin karısını, çocuklarını ve yoksul ebeveynlerini geçindirecek kadar çalışması gerekir. Ancak bu kazancın yakın aile ve uzak akrabaları geçindirmek için gerekli olandan fazla olması tercih edilir, çünkü bu fazlalık genel olarak yoksullara harcanacaktır. Bu dindarlık biçimi, fıkhın gerektirdiğinden daha fazla sayıda namaz kılmak ve diğer ibadetleri yerine getirmek şeklinde kendini gösteren dindarlıktan daha üstün kabul edilir. Bkz. İbn Müflih, *Âdâb*, III, 423–42, 452–59.

[24] Rıza ile ilgili olarak bkz. 7. Bölüm, 1. Kısım, i.

[25] Buhûtî, *Şerh*, II, 141.

uğrayacağı gösterilir. Buradaki hâkim ilke, özel mülkiyetin başkalarının haklarına zarar vermediği sürece dokunulmaz olduğudur.

3. Hukuka Aykırı Sahiplenme (Gasp)

Mal ve mülkiyet, zilyetlikten (*yed*) farklıdır, çünkü bir kişi başkalarının mülküne hukuka uygun veya aykırı bir şekilde sahip olabilir, örneğin güven ilişkisi (*yed emâne*) veya hukuka aykırı sahiplenme (*yed gâsiba, yed bâtila, yed 'udvân*) durumlarında olduğu gibi. Güvene dayalı ilişkiler (*emâne*), velayet, vekâlet, rehin ve bu bölümün diğer kısımlarında tartışılan pek çok şeyin arka planını oluşturur. Ancak *gasp* konusu, doğrudan "medeni" alanda mülkün kötüye kullanılmasıyla ilgili olduğu ve hırsızlık ve mülkiyete karşı işlenen diğer benzeri suçlardan farklı ve ayrı olduğu için burada ele alınmaktadır.

Malın *gasp* edilmesi,[26] Şeriatın temelini oluşturan beş evrensel ilkeden birini, yani can, din, akıl, nesil ve mülkiyet hakkını ihlal eder. Kur'ân, başkalarının malına hukuka aykırı olarak el koymaya karşı uyarır (Bakara: 188) ve Hz. Peygamber'in, başka şeylerin yanı sıra, bu konuda şöyle söylediği rivayet edilir: " Kim hakkı olmadığı halde bir karış yeri alırsa, kıyamet günü yedi kat yer onun üzerine yıkılır."[27]

*Gasp*ın unsurları, mezhepler arasında farklılık gösterir. Birçok Hanefî hukukçu, haksız el koymanın kapsamını çeşitli gerekliliklerle sınırlandırma eğilimindedir: Onlara göre, *gasp*ın, mal sahibinin "elinin çekilmesi"[28] ve malın açıkça (*cehren*) ve saldırgan bir şekilde (*'udvânen*) alınmasıyla gerçekleşmesi gerekir. Diğer bir deyişle, kamuya açık bir el koyma durumu olmalıdır, açıklık şartı ise cezai hırsızlık ile cezai olmayan ("medeni") zimmete geçirme arasında ayrım yapmayı amaçlamaktadır. Ancak diğer mezheplerin hiçbiri, açıkça el koyma unsurunu şart koşmaz ve mülk sahibinin *izn*i olmadan malın hukuka aykırı olarak alınması şartıyla sınırlar.[29] Ayrıca, diğer mezheplerin hiçbiri, hatta Ebû Hanîfe'nin en önde gelen iki öğrencisi Şeybânî ve Züfer bile "mal sahibinin elinin çekilmesi" şartını iler sürmez, bu da Hanefîlerin geri kalanına göre malın yalnızca zilyetlik açısından el değiştirmesi değil, aynı zamanda fiziksel olarak aktarılabilir olması gerektiği anlamına gelir. Bu nedenle, Hanefî mezhebinde ortak görüşleri otoriter doktrin olarak benimsenen Ebû

[26] [*Gasp* ile ilgili olarak bkz. Misrî, *Reliance*, 429–32; Ibn Rushd, *Distinguished Jurist's Primer*, II, 383–93.]
[27] Buhûtî, *Şerh*, II, 400'den aktarılmıştır.
[28] İbn Mâze, *Muhît*, VIII, 200.
[29] *A.g.e.*; İbnü'l-Hâcib, *Câmi'*, 409 vd.

Hanîfe ve Ebû Yusuf, taşınmaz malları *gasp*a elverişli görmemişlerdir.[30] İmâmiyye Şîası da dahil olmak üzere diğer ekoller "hukuka aykırı el koyma" (*istilâ*) kavramını, mal sahibini malından mahrum bırakmak anlamına gelecek şekilde tanımlamışlardır.[31] Bu nedenle, örneğin bir evin hukuka aykırı olarak alınması ve alan kişinin eşyalarını ve mobilyalarını içine yerleştirmesi *istilâ* teşkil eden bir eylem olduğunda *gasp* meydana gelir.[32]

Hanbelîler hariç, tüm mezhepler, kasıtlı ve zarar verici *gasp* vakalarında, hâkime hapis ve dayak cezası verme yetkisi tanır (Şâfiîler, Hanefîler ve İmâmiyye-Şiîlere göre hırsızlığa benzer kabul edilir).[33] Ancak hiçbir mezhep maddi cezai tazminat öngörmemektedir.[34] *Gasp,* malı hukuka aykırı olarak alma niyeti olmaksızın da gerçekleşebileceğinden, çoğu hukukçu niyeti *gasp* kavramının tanımlayıcı bir unsuru olarak görmemiştir.[35] Örneğin, ortaklardan birinin (*şerîk*) bilmeden diğer ortağın malını kendi malı sanarak kullanması ve tasarrufta bulunması gibi kasıtsız zimmete geçirme, ahlâkî bir günah (*ism*) oluşturmaz ve işlenmesi halinde Ahirette cezalandırılmaz. Bu hoşgörülü görüşü temsil eden Hanefîler ve Hanbelîler – diğer mezheplerin hukukçuları gibi – günahın ve potansiyel zararlı etkilerinin belirlenmesini Allah'a ve Ahirete bırakır.[36] Burada önemli olan hakların iadesidir, gizli bir mesele olan *niyet*in (*fi'l-bâtın*) tespit edilemediği bir fiilin cezalandırılması değil.

Malın piyasa değerinin, malın bulunduğu konumdan etkilendiği kabul edildiğinden, alındığı yere iade edilmesi gerektiği genel kabul görmüştür.[37] Malın iade edilmesiyle ilgili tüm masraflar tamamen gasp edenin (*gâsıp*) sorumluluğundadır; çünkü mantık olarak, malı iade etmekle yükümlü olan kişi, iade için gereken tüm masrafları da üstlenmek zorundadır.[38] Mal telef olur veya kaybolursa (veya kaçtıysa, örneğin bir kölenin kaçması durumunda), eğer mal *mislî* ise, şekil, renk, boyut, değer vb. açısından eşdeğer bir nesne sunulmalıdır ve eğer *kıyemî* ise, rayiç bedeli ödenmelidir.

---

[30] İbn Mâze, *Muhît*, VIII, 200; Tûsî, *Hilâf*, I, 675.
[31] Nevevî, *Ravda*, IV, 98–99.
[32] Hillî, Şerâi', IV, 204; Tûsî, *Hilâf*, I, 675.
[33] Tûsî, *Hilâf*, I, 675.
[34] İbn Teymiyye'nin olası istisnası dışında. Onun *Muhtasar*, 341'e bkz.
[35] Bununla birlikte bkz. Zeydî Şevkânî, *es-Seylü'l-Cerrâr*, III, 83.
[36] İbn Mâze, *Muhît*, VIII, 200.
[37] Nevevî, *Ravda*, IV, 111; İbn Mâze, *Muhît*, VIII, 205; Şa'rânî, *Mîzân*, II, 120.
[38] Ve eğer mal sahibi teslim sonrası malı eski haline getirme sürecinde herhangi bir masraf yaparsa, bu masraflardan *gâsıp* sorumlu tutulur. Bkz. Nevevî, *Ravda*, IV, 111; Yanagihashi, *History*, 98 vd.

Ayrıca, *gasp* edilen mal, alındığı koşullarda geri iade edilmelidir.[39] *Gâsıb*ın, malda yaptığı değişikliklerin malın değeri üzerinde etkisi varsa, bu değişikliklerden sorumludur. Mal sahibi, *gâsıb*ın kendi bütçesiyle *gasp* edilen mülk üzerinde inşa ettiği yapıyı yıkmasını veya orada büyüyen ağaçları veya bitkileri kökünden sökmesini talep etme hakkına sahiptir. Ancak hukukçular, *gasp* edilen malın doğrudan geri alınmasını engelleyen bir durum olması halinde tazminatın ne şekilde ödeneceği konusunda farklı görüşlere sahiptir. Örneğin, bir evin yapımında kullanılan ahşap kirişin gasp edilmesi durumunda, evin yıkılmasının kirişin gasp edilmesinden kaynaklanandan daha fazla zarar veya hasara neden olabileceği göz önünde bulundurulduğunda, tazminatın uygulanabilirliği sorunu ortaya çıkmaktadır. Bu durumda, bazı Hanefîler, kiriş eve entegre edildikten sonra kirişin artık mülk sahibinin malı olmaktan çıktığını ve *gâsıb*ın kirişin değerini tazmin etmekle yükümlü olacağını savunurlar. Bazı Hanefiler de dahil olmak üzere diğer hukukçular, *gasp* edilen malın içine yerleştirildiği eşyadan daha değerli olması durumunda, malın meşru sahibine sağlam bir şekilde iade edilmesi amacıyla eşyanın tahrip edilebileceğini savunmaktadır.[40] Diğer hukukçular ise, birleştirilen iki malın nispi değeri ne olursa olsun, mal sahibinin *gasp* edilen mal üzerindeki hakkını kaybettiği ve bunun yerine malın değerine hak kazandığı görüşündedir.[41]

Ancak İmâmiyye-Şîasına göre, mal sahibi zimmetine geçirilen malın emsal değerini kabul etmekle yükümlü değildir; bunun yerine, malına gelecek zarar ne olursa olsun, *gâsıb*ın bu malı içinde bulunduğu yapıdan çıkarmasını talep eder.[42] Mâlikî mezhebi, mal sahibine bu seçeneklerin tümünü sunar, ancak bazı sınırlamalarla: mal sahibi, *gâsıb*ın *gasp* ettiği mülk üzerine diktiği ağaçları veya inşa ettiği yapıları kökünden sökmesini veya yıkmasını talep edebilir; ya da bu yapı ve ağaçları koruyabilir, ancak bu durumda mal sahibi, *gâsıb*a yaptığı iyileştirmelerin değeri kadar tazminat ödemek zorundadır.[43]

Bir arazi gasp edildiğinde ve *gâsıb*ın üzerine inşa ettiği yapı, araziden daha yüksek bir değere sahipse, *gâsıb*ın arazi sahibi olma hakkı vardır, ancak mağdura rayiç bedeli kadar tazminat ödemek zorundadır. Şâfiîler ve Hanbelîler ise, *gâsıb*ın mülk üzerindeki tüm eklentileri

[39] Hillî, *Şerâi'*, IV, 207.
[40] İbn Mâze, *Muhît*, VIII, 211.
[41] Daha fazla görüşler için bkz. Nevevî, *Ravda*, IV, 142.
[42] Hillî, *Şerâi'*, IV, 207–08.
[43] İbnü'l-Hâcib, *Câmi'*, 412–13.

kendi masrafıyla yıkmasını zorunlu kılar. *Gâsıp*, araziyi tahrip ettiği için arazide meydana gelen herhangi bir zarar sebebiyle mülk sahibine tazminat ödemek ve malı *gasp* ettiği zamandaki durumda geri vermek zorundadır. Ayrıca, fiilen gerçekleşmiş olsun ya da olmasın, malın menfaatinden elde edilen en yüksek potansiyel gelirin tazminatından da sorumludur.[44] Hanefîler ise, menfaati gayri *mütekavvim* mal olarak kabul etmeleri sebebiyle bunun için tazminat öngörmezler ve menfaati *gasp*a tabi tutmazlar.[45] Bu nedenle, bir kimse başkasının arazisini veya evini *gasp* eder ve bu araziye tohum eker veya evi kiraya verirse, *gâsıp* ürünü veya kirayı alır, mal sahibi değil. Yalnızca mal, bu kişinin çeşitli girişimleri sebebiyle değer kaybederse, bu durumda mal sahibinin uğradığı zararı tazmin etmekle yükümlü olur. İmâmiyye-Şiîler de dahil olmak üzere diğer tüm mezhepler, *gasp* edilen menfaatin tam değeri için tazminata hükmederler.[46]

Gasp edilen malın niteliğindeki değişiklikler, başka bir dizi kuralı gündeme getirir. Doğal bir şekilde meydana gelen değişiklikler durumunda, örneğin üzümlerin kuru üzüme dönüşmesi gibi, mal sahibi, malı değişmiş haliyle geri alabilir veya değerini talep edebilir. Ancak değişiklik, *gâsıb*ın eşya üzerinde yaptığı işlemlerle gerçekleşmişse (örneğin, bir elbiseyi boyamak veya *gasp* edilen arpayı kendi arpasıyla karıştırmak), Hanefî fıkhında mal sahibine bir seçenek sunulur: Malın dönüştürülmeden önceki değerine eşit tazminat alabilir veya dönüştürülmüş eşyayı alıp *gâsıb*a gerçekleşen artıştan kaynaklanan değerin farkını ödeyebilir. Ancak Şâfiîler, Hanbelîler ve İmâmiyye Şiîleri bu Hanefî görüşüne katılmazlar ve *gâsıb*ın malın dönüştürülmesi için yalnızca emek ve işçilik harcamış olması durumunda, *gâsıb*ın hiçbir tazminat alma hakkı olmadığı ve *gasp* edilen malın değerindeki tüm artışların mal sahibine geri dönmesi gerektiğini söylerler. Bu doktrini, "zalimin teri ödüllendirilmez" şeklindeki Nebevi *hadîs*e dayandırırlar.[47] Ancak, eğer *gâsıp* ayrıca eşya üzerinde maddi iyileştirmeler yaptıysa, her iki taraf da mallarının değeri oranında pay alır.[48]

Şâfiîler, Hanbelîler ve Hanefî Şeybânî'ye göre, *gâsıp*, büyüme ister malın ayrılmaz bir parçası olsun (*muttasıl*; örneğin bir buzağının inek olması) isterse maldan ayrı olsun (*munfasıl*; örneğin ekin

[44] Nevevî, *Ravda*, IV, 103.
[45] Kâsânî, *Bedâi'*, III, 494.
[46] Tûsî, *Hilâf*, I, 674; Hillî, *Şerâi'*, IV, 214.
[47] Buhûtî, *Keşşâf*, IV, 80–81.
[48] Buhûtî, *Ravd*, II, 344–45.

yetiştirmek veya sığır beslemek), gözetimi altındaki malda meydana gelen büyümenin değerinden sorumludur.[49] *Mücbir bir sebepten* dolayı yok olmadıkça, *gâsıp*, telef olmalarından sorumlu olup olmadığına bakılmaksızın, bunları veya kıymetlerini iade etmekle yükümlüdür. (Üçüncü bir kişi tarafından tahrip edilmesi durumunda, *gâsıp*, mal sahibine karşı sorumlu olurken, üçüncü kişi verdiği zararın değeri ölçüsünde *gâsıb*a karşı sorumlu olur). Bu görüş, sadece *gâsıb*ın mala tecavüz etmesi halinde tazminata hükmeden Ebû Hanîfe ve Ebû Yusuf tarafından reddedilir, bu durumda tazminat *gasp* fiilinden değil, sadece saldırı (*taaddî*) ve ihmalden (*taksîr*) kaynaklanır. Onların gerekçesi, büyümenin, malın *gâsıb*ın gözetimindeyken gerçekleştiği ve dolayısıyla mal sahibinin, sonradan meydana gelen büyüme için hak iddia edemeyeceği üzerine kuruludur. Diğer bir deyişle, Hanefî *gasp* tanımının temel unsuru olan "mal sahibinin elinin çekilmesi," büyüme söz konusu olduğunda gerçekleşmiş sayılmaz.

Şâfiîler, Hanbelîler ve İmâmiyye Şîası ayrıca *gasp* mağduruna menfaatin veya onun değerinin iadesini de şart koşarlar. *Gasp* edilen bir mülkün kira geliri, *gâsıb*ın bu kârı elde edip etmediğine bakılmaksızın, mülk sahibine ödenmelidir. Başka bir deyişle, Hanefîler ve Mâlikîlerin aksine, Şâfiîler, Hanbelîler (ve en azından bazı İmâmiyye Şiî fakîhleri), kiralanabilir ve iş için tutulabilir şeylerin[50] yanı sıra *gasp* edilen malın kendisi üzerindeki kayıp kârların geri alınmasına tamamen cevaz vermektedir.[51] Ancak Mâlikîler, *gâsıb*ı yalnızca elde edilen kârlar için sorumlu tutar, kaçırılan fırsatlar için değil.

Ebû Hanîfe'nin görüşüne dayanan otoriter Hanefî doktrini, *gasp* edilen *misli* mallar için tazminat hakkının dava tarihinden, yani *kâdı* önünde dava açıldığı andan itibaren doğduğunu kabul eder. Diğer önde gelen Hanefîler de dahil olmak üzere çoğu hukukçu, tazminatın, *gasp* edilen malın *misli* olup olmadığına bakılmaksızın *gasp* edildiği gün ortaya çıktığını kabul eder. Mâlikî doktrininde, malın değeri, *gasp* edildiği gün belirlenir ve fiyat dalgalanmasına göre değişen bir değerleme yapılmaz. Şâfiîler ve Hanbelîler ise, malın değerini *gasp* edildiği günden itibaren tespit ederler, ancak tazminat miktarını belirlemek için malın en yüksek değerini göz önünde bulundururlar.[52] *Gasb*a karşı kesin bir duruş sergileyen bu mezhepler, mal sahibinin bu azami

[49] Kârî, *Mecelle*, 434; Tûsî, *Hilâf*, I, 681–83.

[50] Örfün tanımladığı şekliyle, meskenler genel olarak kiralanabilir bir mülkken, belirli tarım aletleri bazı bölgelerde bu şekilde kabul edilirken diğerlerinde edilmeyebilir. Bu örfi farklılıklar hakkında bkz. Hallaq, "Prelude to Ottoman Reform," 51-53.

[51] Nevevî, *Ravda*, IV, 103; Hillî, *Şerâi'*, IV, 214.

[52] Nevevî, *Ravda*, IV, 110–11.

miktara, buna ilaveten zimmete geçirme süresi boyunca neden olunan kusurlar için verilen zararlara, ayrıca fiilen maruz kalınan veya kaybedilen tüm kira ve büyüme gelirlerine hakkı olduğunda ısrar ederler.

4. Önalım Hakkı (Şüf'a)

Ortak mülkiyette, her taraf, diğer ortağın payını satın almak için öncelikli bir hakka sahiptir.[53] Bu hakkın kullanılmasından vazgeçildiği takdirde, üçüncü bir kişi (*ecnebî*) mülkü satın alabilir. Hanefîler, bu hakkı komşulara da genişleten tek mezhep gibi görünmektedir.[54] Çoğu hukukçu, sadece taşınmaz mülkler ve sabit tesislerin (örneğin, ağaçlar, ancak meyveleri değil)[55] *şüf'a* hakkına tabi olabileceğini kabul ederken bazıları gemiler, aletler ve hayvanlar gibi taşınabilir malların da bu hakka dahil olduğunu ifade eder.[56] Bazı Mâlikî fakîhleri, tarım arazisinin kiralanması gibi *menfaat* mülkiyetinde de *şüf'a* hakkının kullanılmasına izin verir.[57] Ancak, alıcının ödemeyi tam ve derhal yapamaması durumunda *şüf'a* hakkı sona erer (*'ala'l-fevr*).[58]

5. Kölelik (Rıkk)

Köleliğin varlık kazanmasının tek yolu esir alınmaktı ve bu da ancak, esir alınan kişinin yakalanma anında Müslüman olmaması şartıyla mümkündü.[59] Bu statüye düştükten sonra köleler, satılabilir, hizmetleri için kiralanabilir veya özgür bırakılabilirlerdi. Duruma bağlı olarak hem mülk hem de kişi olarak muamele görürlerdi.[60]

---

[53] Bu temel yaklaşımın *icma*ya konu olduğu söylenmektedir. Bkz. Şa'rânî, *Mîzân*, II, 124; [Misrî, *Reliance*, 432–34; Ibn Rushd, *Distinguished Jurist's Primer*, II, 307–16].

[54] Nevevî, *Ravda*, IV, 159–60; Hillî, *Şerâi'*, III, 223.

[55] Krş. İbnü'l-Hâcib, *Câmi'*, 416.

[56] Hillî, *Şerâi'*, III, 221.

[57] İbnü'l-Hâcib, *Câmi'*, 416; İbn 'Abdi'r-Rafî', *Mu'în*, II, 573–74.

[58] Hısnî, *Kifâye*, I, 298–99; Hillî, *Şerâi'*, III, 223.

[59] Fıkhî kural, insanların hür doğdukları ve köle statülerinin arızî (*'ârıd*) olduğudur. Ebeveyni bilinmeyen veya kölelikten geldiği kanıtlanamayan bir buluntu (*lakît*) hür sayılır. Bkz. İbnü'l-Hâcib, *Câmi'*, 460. Benzer şekilde, reşit olan bir köle kendisinin hür olduğunu iddia ederse, ispat yükümlülüğü (*beyyine*) bunun aksini iddia edene aittir ve kölenin geçmişte kendisine köle olarak hizmet ettiğine dair herhangi bir delil geçersizdir. Aksi kanıtlanmadıkça insanların özgür olduğu varsayıldığından, mülkiyet ispatlanmalıdır. İbn Müflih, *Furûk*, IV, 579-80; Sübkî, *Fetâvâ*, I, 381; II, 504.

[60] Efendiye itaat esas olmakla birlikte, efendi kölelerini içki içmek, hırsızlık yapmak ya da başkalarına zarar verecek herhangi bir davranışta bulunmak gibi yasak fiillere zorlayamaz. Aynı şekilde, eğer gayrimüslim iseler onları İslam'ı kabul etmeye zorlayamazlar ya da Müslüman iseler namaz ve oruç gibi hakları olan dini ibadetleri yerine getirmekten men edemezler. Ayrıca, bir efendinin yetişkin erkek kölesini, kölenin rızası olmadan, hür olsun ya da olmasın bir kadınla evlenmeye zorlaması yasaktır. [Kölelik ile ilgili genel olarak bkz. Misrî, *Reliance*, 458–59; Ibn Rushd, *Distinguished Jurist's Primer*, II, 443–77.]

Örneğin, rehin verilebilir ve satılabilirlerdi, ancak özgür erkekler ve kadınlar gibi bazı dini görevleri yerine getirmek zorundaydılar. İbadet ahkâmı çerçevesinde, köleler hac yapmakla yükümlü değildiler, ancak Ramazan ayında oruç tutmak zorundaydılar. Bunun nedeni, oruç tutmanın, efendilerinin üzerlerindeki haklarını etkilememesi, ancak hac ibadetinin kölenin Mekke'ye seyahati ve dolayısıyla yokluğu nedeniyle efendisini, kölenin yerine getirmesi gereken hizmetlerden (*menfaat*) mahrum bırakma ihtimalidir.

Köleler mülk sahibi olabilirdi, ancak nihayetinde mülk, tıpkı kendileri gibi, efendilerine aitti. Bu durum, kölelerin *zekât* ödeme yükümlülüğünden muaf tutulmalarını doğurdu, ki bazı fakîhler bu yükümlülüğün efendiye ait olması gerektiğini belirtmiştir. Alıcının gelecekteki kullanımını veya mülkiyetini sınırlayan bir şart içeren satış sözleşmeleri geçersiz ve hükümsüz sayılsa da (bu tür sınırlamalar en başta sözleşmenin amacı olan tam mülkiyet haklarına aykırı olduğu için), köle satışı söz konusu olduğunda, satın alma sırasında veya sonrasında alıcı tarafından azat edilmeleri şartının eklenmesine izin verilmiştir. Fakirlere yardım etmenin yanı sıra, köleleri özgür bırakmak, kefâretin (*keffâra*) başlıca yollarından biriydi.[61]

[61] Bkz. 6. Bölüm, 4. Kısım.

Suçlar

1. Giriş

Bu bölümün başlığının "ceza hukuku" veya "ceza yasası" olmamasının iyi bir nedeni vardır. Suçluluk ve özellikle ceza adaleti kavramları, Foucault'nun Avrupa'nın 17. ve 19. yüzyıllar arasında geçirdiği epistemik dönüşümle ortaya çıkan ve daha sonra Avrupa dışındaki çoğu hukuki ve politik sistemde standart hale gelen "hapishane sistemi" olarak tanımladığı şeyin başında yer alır. Şeriatın hayat, beden, ahlak, kamu düzeni ve mülkiyete karşı işlenen suçlarla ilgili olan dalını "ceza" veya "cezai" olarak adlandırmak, kavramsal olarak özensizdir, çünkü bu suçların tamamı modern suçluluk kavramları altında toplanamaz. Daha da önemlisi, modern suç ve ceza hukukunun kavramsallaştırılması, İslam hukukçuları tarafından benimsenen epistemik kabullerden temelde farklıydı. Devletin suçluluk ve ceza kodifikasyonu, siyasi-hukuki bir kültür olarak oluşumunun ayrılmaz bir parçasıyken, Şeriat bir devlet değildi ve hiçbir zaman böyle bir yapının inşasına katılmamıştı.[1] İslam bağlamında suç ve ceza hukukundan bahsetmek, sadece modern öncesi Şeriatta kısmen yer alan kavramları ona enjekte etmekle kalmaz, aynı zamanda hem işlev hem de yapı bakımından farklı şekilde kavramsallaştırılmış terimleri ona atfetmek anlamına gelir.

Modern dünyada ceza hukuku, devletin tekelindeki bir hak olan sistemik ve sistematik şiddeti,[2] çeşitli şekillerde iyi yurttaşlık, vatana (ya da anavatana) hizmet duygusu ve maddi üretkenlik olarak adlandırılan itaatkarlığı aşılamak amacıyla uygular; bunların hepsi de ulusa egemen devletin bir aracı olarak hizmet eder. Bu nedenle nihai amaç, mümkün olduğunca uysallık üretmektir; dolayısıyla Foucault'nun pekala hapishane epistemolojisi (ceza sistemini aşan ve aslında modern toplumsal düzenin dokusuna nüfuz eden bir

[1] Daha detaylı bilgi için aşağıdaki III. Bölümün Giriş kısmına bkz.

[2] Şiddet tanımının ayrılmaz bir parçası olan şiddet tehdidi de buna dahildir. Bkz. Aijmer ve Abbink, *Meanings of Violence*, xi ve devamı.

epistemoloji) olarak adlandırabileceği çeşitli araçların geliştirilmesine ihtiyaç vardır.[3] Modern devletin sistemik gözetimi ve münhasır şiddet uygulama hakkı, yeni Avrupa devlet düzeninde sosyal ve dini ahlakın çöküşünün bir telafisi olarak hizmet etmiştir. Bir zamanlar Tanrı – veya kilise – sadakat ve itaat talep ederken, şimdi devlet ve ideolojik millet, milliyetçilik ve ulusçuluk böyle bir bağlılık talep eder.[4] Bunun aksine Şer'î dünya, İslam'ın en temel ilkelerinden birinin gereği olarak insan davranışlarının ve kusurlarının her ayrıntısını bilen, her şeyi bilen bir Tanrı'nın gölgesinde yaşamıştır.[5] Her yerde hazır ve nazır olan kudretli bir ilahi varlık tarafından desteklenen bir toplumsal ahlakın yaptırım ve kontrol gücü, modern seküler devletin bugün emredebileceğinden veya uygulayabileceğinden daha az zorlama ve daha az cezalandırma gerektiriyordu. Öyle görünüyor ki Tanrı, itaati sağlamak ve bunu telafi etmek amacıyla son derece zorlayıcı ve cezalandırıcı bir sistem geliştirmeyi gerekli bulan devletten daha başarılı bir komutan ve yönetici olduğunu kanıtlamıştır. Yine de modern devlete itaat genellikle gönüllü değildir ya da derin psikolojik ve manevi bir boyuta sahip değildir, ki tüm bu nitelikler İslami sosyal düzen ve Şeriat arasındaki ilişkileri büyük ölçüde tanımlamış ve şekillendirmiştir. İtaatin niteliğindeki bu farklılık, bir yandan İslami suç anlayışı (ve onun kavramsal ve dilsel dünyası) ile diğer yandan modern ve Batılı muadilleri arasında yapısal, işlevsel ve epistemolojik ayrımlar doğurmaktadır.

Bu durumun nedeni, Müslüman hukukçuların suçları tek bir birleşik kategoriye dahil etmemiş olmalarıdır, modern hukuk kültürlerinde olduğu gibi suçlar genel olarak "ceza hukuku" veya "ceza yasası" başlığı altında toplanmamıştır. Tam anlamıyla bir aile hukuku (evlilik hukuku, *talak* hukuku, *hul'* hukuku, velayet hukuku, nafaka hukuku, miras hukuku) olmadığı gibi, kapsam ve tasnif açısından modern ceza veya ceza hukuku kavramına eşit tek bir şemsiye kategori de yoktu. Bunun yerine, *fıkıh* kitapları, her biri diğerleriyle yatay olarak eşit olan ayrı kategorileri tanımıştı. Eğer bir standart varsa, bu can, beden ve mal için tazminat kavramının altında yer alan ve esas olan bir kavramdır.

---

[3] Foucault, *Power: Essential Works*, 326-48; 382-93; özellikle hapishane sistemi üzerine, Foucault, *Discipline and Punish*, 283-308, ve devamı.

[4] 13 ve 16. Bölümlere bkz.

[5] Bu doktrin ve İslam'da yarattığı önemli felsefi tartışmalar hakkında bakınız Marmura, "Some Aspects," 299-312; Leaman, *Introduction*, 108-20; Hallaq, "Fashioning the Moral Subject".

Bu tazminat kavramı, eski Sami ve antik Yakın Doğu geleneği olan "göze göz, dişe diş" anlayışından doğmuş olsa da, Şeriat ve onun yargı pratiği altında büyük ölçüde (tamamen olmasa da) mağdur veya ailesi için suçlu veya ailesi tarafından ödenecek para cezası sistemine dönüştürülmüştür; bu da aslında intikam yerine bir tür bedel anlamına gelmektedir. Dolayısıyla, modern hukuk sistemlerinin çoğunda cinayet ve bedensel zararlar öncelikle devlet tarafından bir ıslah ve cezalandırma meselesi olarak cezalandırılan kriminal suçlar iken, İslami sistemde bu suçlar - münhasıran olmasa da - büyük ölçüde mağdura ve onun akraba grubuna maddi tazminat ödenmesi yoluyla telafi edilmekteydi. Kısasa başvurulduğunda bile, bu sadece bir intikam alma fiili olmayıp, daha ziyade (her durumda *kâdı* tarafından denetlenen) uzuv veya can kaybının düşünülmüş ve ölçülü bir şekilde denkleştirilmiş halini temsil ediyordu. Hiç şüphesiz kabile kökenli olan bu yasa, sınırları ihlal eden kabilenin gücünü, ihlal edilen kabilenin maruz kaldığı miktar ve ölçüde azaltmayı amaçlıyordu, çünkü hayatta kalmak için gerekli olan güç ve kuvvet dengesinin korunması gerekiyordu. Bu sistemi ekolojik bir dengeyi sağlamak olarak tanımlamak bile mümkün olabilir. İster *kısas* ister tazminat olsun, etkisi öncelikle cezalandırmak değil, daha ziyade kaybı onarmaktı ve bu da kendi içinde böyle bir dengenin yeniden kurulmasına katkıda bulunuyordu. Bu durum, Şeriatın cana (*diyet*) ve uzuvlara (*erş*) karşı işlenen suçlarda modern ceza sistemleriyle kıyaslanamayacak ölçüde maddi tazminata bel bağlamasını kısmen açıklamaktadır. Aynı zamanda hukukun bu dalının, diğer pek çok dal gibi, Şeriatta neden büyük ölçüde hükümdarın sadece cezaları uyguladığı, ancak kendisinin bağımsız hukuksal görevinin bir parçası olarak suçluları nadiren kovuşturduğu kişisel kusurlar alanında kaldığını da açıklar. Elbette, kendisine ve ayrıcalıklarına karşı suç işlediklerinde bu tür suçluları kovuşturma hakkı münhasıran hükümdara aitti ki bu da suçların kişisel niteliğini daha da güçlendiren bir olguydu.

Daha önce gördüğümüz gibi, Şeriat tarafından kabul edilen suçlar ahlaki olanlardan maddi olanlara ve cinayetlere kadar uzanıyordu. Bunlardan bazıları, ilk Müslüman toplumunun hayatında özel bir önem kazanmış gibi göründükleri için Kur'ân ve Sünnet tarafından düzenlenmiştir. Böylece, kurucu metinler tarafından -bir dereceye kadar- düzenlenmiş olan suçlar, kelime anlamıyla Allah'ın koyduğu sınırlar ve teknik olarak cezaları sabit ve Allah'ın hakkı olan *hudûd* (tekili *hadd*) olarak anılmaya başlandı. *Zina*, haksız yere *zina* ithamı (*kazf*), içki içme (*şürbü'l-hamr*), hırsızlık (*serîka*) ve eşkıyalık

(*kat'ü't-tarîk*) bütün hukukçular tarafından *hadd* suçları olarak kabul edilmiştir.[6] Şâfiîler de *kısas*ı hem adam öldürmeyi (*katl*) hem de bedensel yaralamayı (*cinayât*) kapsadığını düşündükleri bir *hadd* olarak kabul etmişlerdir.[7] Mâlikîler ise *kısas*ın *hadd* olarak nitelendirilmesini kabul etmemiş, bunun yerine isyan (*bağy*) ve *irtidad*ı (*ridde*) bu kategoriye dahil etmişlerdir. Şimdiye kadar sayılan suçlara ek olarak, takdire bağlı ceza (*ta'zîr*), cinayet veya bedensel zarar suçu işlememiş ya da *hudûd*u ihlal etmemiş suçlular için ayrılmış bağımsız bir kategoriydi. Dolayısıyla, *kısas* ve *cinayât*ı hadlerin dışında tutarsak, ki çoğunluğun görüşü budur, elimizde sadece üç suç kategorisi kalır: (a) hadler (*hudûd*); (b) adam öldürme ve yaralama; ve (c) takdirî cezalar.[8]

2. Hudûd

Had suçlarına uygulanan ağır yaptırımlar caydırma (*zecr*) amaçlıdır ve bu nedenle pratikte nadiren uygulanmıştır. Bu durum, bu suçların ispatlanması için gereken katı delil prosedürlerinden oldukça net bir şekilde anlaşılmaktadır. Yine de, *had*leri ihlal edenlere verilen ağır cezalar, caydırıcılık değerlerinin yalnızca bir unsurunu teşkil etmekteydi; diğer unsur ise, ahlaki bir kanunda yer almalarıydı ki bu da onlara, burada ve şimdi yargısal olarak uygulanabilirliklerinden çok daha güçlü ve etkili bir yasaklayıcı güç kazandırıyordu. Bu suçların işlenmesi, bu dünyada cezalandırılmadıkları takdirde, suçluyu ebedi cehennem ateşine atıyordu ki bu da derin bir psikolojik düzeyde ahlaki itaat yaratma eğiliminde olan eskatolojik bir kavramdı.

*Had*lerin uygulanmasındaki aşırı titizlik, Nebevi bir *hadîs*ten kaynaklanan, "en ufak bir şüphenin varlığından kaçınılması" gerektiği şeklindeki düsturdan kaynaklanıyordu.[9] Aslında, fıkhın diğer tüm dallarında uygulanan standart hukuk kuralları, *hudûd* söz konusu olduğunda farklı şekilde uygulanmıştır. Örneğin, hukukun diğer alanlarında itiraf (*ikrar*) geri alınamazken, *had*lerde (*kazf* hariç) ikrarla ispatlanan bir *hadd*in, ikrarın geri alınmasıyla iptal edilmesi söz konusudur. Aynı şekilde, genel olarak hukukta kabul edilen ikincil bir şahidin şahitliği (*şehâde 'ale'ş-şehâde*)[10] de, hâkimler arasındaki

[6] İmâmiyye-Şiası dahil. Bkz. Hillî, *Şerâi'*, IV, 394.
[7] Nevevî, *Ravda*, VII, 4.
[8] Bu hükümlerin Müslüman İspanya'da uygulanmasına ilişkin faydalı bir çalışma için bkz. Serrano, "Twelve Court Cases".
[9] Mâverdî, *Hâvî*, XIII, 210, 241.
[10] Bu şahitlik türü için bkz. 12. Bölüm, 2. Kısım.

herhangi bir yazılı iletişim (*kitâbü'l-kâdî ile'l-kâdî*)[11] gibi, hadlerde kabul edilmezdi. İleride göreceğimiz gibi, her *hadd* konuyla ilgili delil kurallarıyla sınırlandırılmış olsa da, bu kurallar son derece kısıtlayıcı, dışlayıcı ve zorlayıcıydı. Eşkıyalık dışında, ölüm cezası gerektiren *zina* veya uzuv kesme cezası gerektiren hırsızlık suçlarının itiraf dışında kanıtlanmasının neredeyse imkansız olduğunu söylemek abartı olmayacaktır.

i. Zina

Zina, (a) fiili bir cinsel ilişki içeren, (b) tam hukuki ehliyete sahip kişiler tarafından gerçekleştirilen, (c) bir erkeğin, bu tür bir cinsel ilişkiye girme hakkı olmadığı halde yapılan ve (d) bu haklar konusunda en ufak bir *şüphe* olmaksızın gerçekleştirilen cinsel ilişki olarak tanımlanır.[12] Dönüşlü *talak*la boşanıp *iddet* bekleyen hanımıyla bu süre içinde cinsel ilişkiye girmek, bu haklardaki *şüphe* durumuna örnektir, çünkü bu süre içinde yapılan evlilik tamamen sona erdirilmemiştir. Ayrıca *had* cezasından vazgeçilmesi, kocanın adil bir *mehir* (*mehr-i misil*) ödemek zorunda olduğu mali yükümlülüğü ortadan kaldırmaz. Bir adamın, iddiasını kanıtlamaksızın, *zina* yapmakla suçlandığı kadınla evlendiğini ileri sürmesi bile cezanın uygulanmasını engelleyen bir *şüphe* oluşturur (tabii ki kadın bekarsa). Aynı şekilde, bir kişi, karanlık nedeniyle *zina* işlemekle suçlandığı kadını karısı sandığını yeminle iddia ederse, beraat eder.[13]

Genel olarak, *zina* nedeniyle suçlu bulunan evli kişiler, taşlanarak cezalandırılır ve evlilikleri (bazı hukukçulara göre) iptal edilir. Evli olmayan *zina* yapanların cezası ise yüz kırbaçtır[14] (bazı hukukçulara göre buna bir yıl sürgün cezası da eklenir).[15] Ayrım, aslında *muhsan*

[11] Bu önemli belge için bkz. Hallaq, "*Qâdîs* Communicating."

[12] Nevevî, *Ravda*, VII, 302-07; Mevâk, *Tâc*, VI, 290-91; Hilli, *Şerâi'*, IV, 394; [Misrî, *Reliance*, 610-11; Ibn Rushd, *Distinguished Jurist's Primer*, II, 521-30].

[13] Mûsılî, *İḫtiyâr*, IV, 89–90; Mâverdî, *Hâvî*, XIII, 217-20.

[14] Kamçıyla kırbaçlama, kırbaçlamayı uygulayan kişinin, vurmak için kolunu kaldırdığında koltuk altının herkesin görebileceği bir yere gelmeyecek şekilde orta şiddette uygulanmalıdır. Kırbaçlar aynı yere vurulmamalı, cilde daha az zarar verecek şekilde dağıtılmalıdır. Göğüs, kasık, boyun, baş gibi hassas bölgelerden kaçınılmalıdır. Suçlu bağlanmamalı ve bir tahta üzerinde gerilmemelidir. Kadınların otururken ve tamamen giyinikken kırbaçlanmasına izin verilir. Bazı hukukçular erkeklerin vücudunun üst kısmındaki giysilerin çıkarılmasını isterken, diğerleri sadece kalın giysilerin çıkarılmasını istemiştir. Mûsılî, *İhtiyâr*, IV, 85–86; Mâverdî, *Hâvî*, XIII, 203–04. Hanbeliler kırbaç cezasının suça göre derecelendirilmesi gerektiğini, *zina*nın en sert şekli gerektirdiğini, ardından *kazf* (aşağıya bakınız) ve içki içmenin geldiğini, bu sonuncusunun en hafif şekli gerektirdiğini savunmuşlardır. Bkz. İbn Müflih, *Furûk*, VI, 56.

[15] Bkz. Şâfiî hukukçu Hısnî, *Kifâye*, 178.

ve *muhsan* olmayan arasında yapılır. *Muhsan*, akıl sağlığı yerinde, ergen olmuş ve *muhsan* bir eşle evlilik yapmış (bu durum *ihsân* olarak bilinir) hür kişidir. Bu nedenle köleler, küçükler ve akıl hastalarına *had* uygulanmaz.[16] Hanefîler ve Mâlikîler, *muhsan* tanımına İslam dinine mensubiyeti de ekler, bu da diğer inanç gruplarına mensup kişilerin bu cezaya tabi olmadıkları anlamına gelir.[17] İmâmiyye Şiî doktrini, ensest ya da tecavüz suçu işleyen herkesi, *muhsan*, özgür, "yaşlı ya da genç" olsun ya da olmasın, ölüme mahkum eder.[18] Aynı şey Müslüman bir kadınla *zina* yapan bir *zimmî* için de geçerlidir.[19]

Zina suçlaması dört güvenilir (*adil*) erkek tanık tarafından kanıtlanmalıdır. Bu tanıkların hepsi aynı celsede bulunmalı ve çiftin cinsel ilişkiye girdiğini gördüklerine ve erkeğin kadına "penisi tamamen kaybolacak" kadar girdiğine dair son derece ayrıntılı ve açık (*sarîh*) bir dille ifade vermelidir.[20] İmâmiyye Şîası, üç erkek ve iki kadının veya iki erkek ve dört kadının tanıklığını kabul ederler.[21] Hanefîler, Mâlikîler, Hanbelîler ve İmâmiyye Şîası, tüm şahitlerin aynı anda mahkemede bulunmalarını şart koşar, aksi takdirde şahitlikleri reddedilir ve hepsi *zina* iftirası (*kazf*) ile suçlanır. *Kâdı* tarafından çapraz sorgulama sırasında tanıkların ifadelerinde herhangi bir tutarsızlık (örneğin, fiilin gerçekleştiği yer ve çiftin "birbirleriyle" nasıl birlikte olduğu konusunda) olması, suçlanan kişiyi temize çıkarır ve ayrıca şahitlerin kendilerini *kazf* suçu ile suçlama riski taşır. *Kazf*ın cezası seksen kırbaçtır.

Mahkumiyete ve ölüm cezasına yol açan yalan şahitlik, şahide karşı tazminat hakkı doğurur. Hanefîler kan parası[22] ödenmesine izin verirken, Şâfiîler yalancı şahidi ölüme mahkum eder.[23] Şahit ya da şahitlerin güvenilmez olduğu ortaya çıkarsa, Şafiiler ve Hanbeliler *muhsan* olmayan mağdurlar söz konusu olduğunda *kâdı*dan ek olarak bedensel yaralanma için tazminat ödenmesini talep etse de, mali zararlar (*diyet*) Kamu Hazinesi'nin sorumluluğunda olacaktır. Hanefîler ve Hanbelîler, hazır bulunmaları halinde recm cezasına şahitlerin başlamasını şart koşar ve şahitlerden herhangi birinin cezaya katılmayı reddetmesi, sanığın azledilmesi ve serbest bırakılması için

[16] Hillî, *Şerâi'*, IV, 396.
[17] Mûsılî, *İḫtiyâr*, IV, 88.
[18] Hillî, *Şerâi'*, IV, 399.
[19] *A.g.e.*
[20] *A.g.e.*, IV, 394: *ve-yetehakkaku zâlike bi-gaybûbeti'l-haşefe.*
[21] *A.g.e.*, IV, 397.
[22] [Misrî, *Reliance*, 588–93; Ibn Rushd, *Distinguished Jurist's Primer*, II, 495–505.]
[23] Mâverdî, *Hâvî*, XIII, 236-37.

yeterli bir sebep teşkil eder, ancak şahitlerden hiçbiri *kazf* ile suçlanmaz. Hanbelîler cezanın uygulanmasına şahitlerin başlamasını tercih ederken (*müstehap*),[24] İmâmiyye Şîası şahitlerin hazır bulunmasını şart koşmaz.[25]

Zina suçunu itiraf, daha gerçekçi ve yaygın bir ispat yöntemidir. İtirafın kabul edilebilmesi için reşit, akıl sağlığı yerinde ve hür (yani köle olmayan) bir kişi tarafından dört kez yapılmalıdır; ve kişi bunu zorlama altında olmadan (*ihtiyar*) yapmalıdır.[26] Ancak, bir itirafçı zina suçunda suç ortağı olarak birini tanımlarsa ve bu kişi suçu yemin ederek reddederse, hukukçuların çoğunluğuna göre itirafçı hem *zina* hem de *kazf* suçlarından ceza alır.[27] Açıkçası, itiraf edilen *zina* durumunda inkar yeterli bir kanıttır, çünkü aksi takdirde fiilin gerçekten işlendiğini kanıtlamak için dört erkek şahit gerekir.

Bir adam karısının sevgilisini yatakta yakalayıp öldürürse, *zina* suçlamasının kanıtlanması için dört tanık gereklidir. Koca üç erkek şahit bulmadıkça (Mâlikîlere göre) ya da öldürülen adam ölmeden önce *zina* yaptığını itiraf etmedikçe, koca cinayetle suçlanır ve buna göre cezalandırılır. Diğer ekoller, kocayı olaya karışan ve bu nedenle şüpheli şahitliğe eğilimli (*müttehem*) taraf olarak görerek, öldürülen adamın katilin karısıyla *zina* yaptığını kanıtlamak için dört bağımsız şahit olmasını şart koşar. Ancak o zaman kocanın cinayet cezası düşer.

Hanbelîler ve Mâlikîler, evlilik dışı doğumu *zina* kanıtı olarak görürler. Ancak, kadın hamileliğin tecavüz sonucu olduğunu iddia ederse, bu iddiasını kanıtlaması gerekir. Bununla birlikte, kabul edilebilir deliller ikinci dereceden (*karîne*) olabilir ve fiilin kendisine ilişkin herhangi bir şahit gösterilmesini gerektirmez.[28] Örneğin, kadının bir noktada çığlık attığını duyduklarına dair iki şahit gösterebilir. Hanefîler ve Şâfiîler, evlilik dışı hamile bir kadının tecavüze uğradığını iddia etmesini yeterli bulurlar. Evlilik dışı hamilelik, dört tanık ona karşı ifade vermedikçe ve kendisi itirafta bulunmadıkça *zina* kanıtı değildir.[29] Her durumda, tecavüzcü tespit edilip tutuklanırsa, *had* cezasıyla yüzleşmek ve ayrıca çocuğun bakımını

[24] İbn Müflih, *Furû'*, VI, 59.
[25] Hillî, *Şerâi'*, IV, 402.
[26] Mâverdî, *Hâvî*, XIII, 206-07; Hillî, *Şerâi'*, IV, 396.
[27] Kâdîhân, *Fetâvâ*, III, 470.
[28] Hattâb, *Mevâhib*, VI, 294; Hillî, *Şerâi'*, IV, 395.
[29] Mâverdî, *Hâvî*, XIII, 227.

üstlenmek ve kadına *mehr*ine eşdeğer bir tazminat ödemek zorundadır.[30] Tecavüzle ilgili hukuki tartışmaların genellikle *zina* başlığı altında değil, *ikrâh* (zorlama) başlığı altında yer alması dikkat çekici ve öğreticidir.[31]

Homoseksüel zina, tüm mezhepler tarafından heteroseksüel zina gibi değerlendirilir; ancak Hanefîler, bunu *ta'zîr* suçu olarak kabul eder, dolayısıyla yalnızca iki şahit gerektirir ve ölüm cezası dışında takdirî bir ceza öngörürler. Ancak suçun tekrarı halinde ölüm cezası uygularlar.[32] İmâmiyye Şîası, dört erkek şahit talep eder ve diğer Hanefîler dışındaki mezhepler gibi, *ihsân* durumu olup olmadığına bakılmaksızın ölüm cezası öngörürler.[33]

ii. İftira niteliğinde suçlama (kazf)

Ölmüş kişilere karşı bile olsa *zina* suçlaması,[34] mağdurun dava açma isteği veya yetkisi olsun ya da olmasın, *had* cezasının uygulanmasını gerektirir. Başka bir deyişle, bu suç, mağdurun kovuşturulmayı beklemesini gerektirmeyen, ancak kamuoyunun veya yetkililerin harekete geçmesiyle yargılanıp cezalandırılabilen tek *had* suçudur. Ayrıca *kazf*, örneğin "Sen, iffetsiz bir kadının oğlusun" gibi herhangi bir hakaret veya küfür ifadesiyle de oluşabilir.[35] Cezası seksen kırbaçtır, ancak suçlayan kişi iddiasını kanıtlamak için dört erkek şahit getirirse bu ceza uygulanmaz. Bu hükmün tek istisnası, kocanın karısının *zina* yaptığını ve/veya çocuğunun kendisinden olmadığını yeminle teyit ettiği *liân* durumudur. Karısının yemin ederek bu suçlamayı reddetmesi durumunda evlilik sona erdirilir, ancak suçlayan koca *kazf* cezasına çarptırılmaz.[36] Kocadan başka hiç kimse karısını ceza almaksızın *zina* ile suçlayamaz. Koca, herhangi bir tanık göstermek zorunda değildir, çünkü kendisinin, çocuklarının ve geniş ailesinin, suçlamanın bizzat kendisi ile ciddi şekilde zarar göreceği varsayılır. Kendisinin ve akrabalarının maruz kaldığı utanç, tarafsız bir şahitlik olarak kabul edilir. Başka bir deyişle, eğer suçlaması kötü niyetliyse, ilk olarak kendisine ve ailesine zarar verecektir.

---

[30] Mevâk, *Tâc*, VI, 294; Peters, *Crime*, 15; Cezîrî, *Fıkh*, V, 80-81.

[31] Örnek olarak, Halebî, *Mültekâ*, II, 181

[32] Kâdîhân, *Fetâvâ*, III, 469; Zerkeşî, *Şerh*, VI, 284

[33] Hillî, *Şerâi'*, IV, 404.

[34] Bu, bir kişinin evlilik dışı olduğuna dair her türlü sözlü hakareti içerir. *Kazf* ile ilgili hükümler için bkz. Mâverdî, *Hâvî*, XIII, 253–65; Mûsılî, *İhtiyâr*, IV, 93–96; Mevâk, *Tâc*, VI, 298 vd.; [Misrî, *Reliance*, 611–13; Ibn Rushd, *Distinguished Jurist's Primer*, II, 531–34].

[35] Hillî, *Şerâi'*, IV, 408-09.

[36] Tecavüz durumundan farklı olarak, *liân* feshinde söz konusu olan çocuk anneye aittir ve anneden miras alır. *Talâk*ta olduğu gibi, annenin *mehir* hakkı devam eder.

iii. İçki İçme

Bir grup azınlık hukukçu dışında, içki içmek (*şürbü'l-hamr*) bir *had* suçu olarak kabul edilir ve bu şekilde cezalandırılır.[37] İçki içmenin kanıtları arasında sarhoşluk bulunur, ancak içme eylemi isteyerek olmalıdır. Bir suç olarak, Kur'ân tarafından değil, Sünnet tarafından düzenlenmiştir.[38] Ayrıca *zina* ve *kazf* kadar ağır bir suç olarak görülmez,[39] çünkü başkalarına karşı değil öncelikle kişinin kendisine karşı yapılan bir ihlal manasına gelir. Şâfiîler, ceza olarak kırk kırbaç öngörür, ancak diğer üç Sünni mezhep seksen kırbaç uygulanması gerektiğini söylerler.[40] Neredeyse her yerde olduğu gibi, kölelere bu cezanın yarısı uygulanır. Aynı şekilde, Şâfiîler cezanın gerçek bir kırbaç kullanılarak uygulanmasını şart koşmaz, bunun yerine terlik, hurma ağacı yaprağı veya çıplak el gibi diğer araçları kabul eder (muhtemelen suçlunun omuzlarına veya sırtına vurulmasını önerirler).[41]

iv. Hırsızlık (serika)

El kesme *had* cezası, belirli bir dizi koşulu karşılaması gereken bir hırsızlık türü olan *serika* suçlarında uygulanır. Bu koşulların yalnızca bazıları karşılanırsa, suç *serika* olarak değerlendirilmez ve bu nedenle *had* değil, *ta'zîr* çerçevesinde hafifletilmiş bir ceza ile cezalandırılır. Bu ayrım, hukukçuların teknik dilinde net bir şekilde ortaya konulur: *Had* cezasına çarptırılan bir kişi *hudde* (geniş zaman: *yuhadu*) olarak belirtilirken, *ta'zîr* cezasına çarptırılan bir kişi *'uzzira* (geniş zaman: *yu'azzaru*) olarak ifade edilir. Teknik olarak, *ta'zîr* cezasına çarptırılan bir kişi, *serika* türünden bir hırsız, yani *sârik* değildir.[42]

Bu nedenle *serika*, teknik olarak, başkasının malını gizlice almak (*hufye*; zıt anlamlıları, *mücâhera*, *'alâniye*) olarak tanımlanır; burada malın meşru nitelikte olması (örneğin, domuz eti veya şarap olmaması), hemen bozulmaması ve asgari bir değeri (*nisâb*) aşması gerekir. Ayrıca, başlangıçta bir saklama yerinde (*hırz*) bulunmuş olmalıdır, örneğin bir kasa, dolap, ev veya dükkan gibi. Kapısı kilitlenmemiş bir evi soyan bir kişi, *hırz* ihlalinde bulunmuş sayılmaz ve bu

[37] [Misrî, *Reliance*, 617–18; Ibn Rushd, *Distinguished Jurist's Primer*, II, 534–36.]

[38] 'Askalânî, *Bülûğ*, 279-81. Mâverdî, *Hâvî*, XIII, 391'de Kur'an'ın bunu kınamasının (Mâide: 91 ayetinde) bir yorumuna bakınız.

[39] İbnü'l-Münzir, *İknâ'*,285.

[40] Mâverdî, *Hâvî*, XIII, 412; İbnü'l-Münzir, *İknâ'*, 285.

[41] Mâverdî, *Hâvî*, XIII, 415.

[42] Örnek olarak krş. Hillî, *Şerâi'*, IV, 394; [Misrî, *Reliance*, 613-15; Ibn Rushd, *Distinguished Jurist's Primer*, II, 536-46].

nedenle *serika* ile suçlanamaz. Ayrıca, eylem gizlice yapılmamışsa, suçlama düşer. (Bu durum, çoğu ekole göre *nahb*in neden açık ve aleni olduğu için farklı bir hırsızlık kategorisi olduğunu ve dolayısıyla *had* cezasını gerektirmediğini açıklar.) Ancak, Şeriatteki diğer birçok şey gibi, nihai *hırz* tanımı, geleneksel, yerel uygulamalarla (*örf*) belirlenir. Örneğin, bir ahır, hayvanlar için bir *hırz* olarak kabul edilir, ancak mücevher veya gümüş eşyalar için değil; bir hayvan, taşıdığı şey için *hırz* kabul edilir; ve insan bedeni, üzerindeki kıyafetler ve ceplerinde saklanan her şey için bir *hırz* olarak kabul edilir.

*Serika*nın diğer nitelikleri, hırsızın ergen, aklı başında ve İslam yönetimini kabul eden bir kişi olmasıyla ilgilidir; bu da küçükleri, delileri ve *harbî*leri, yani Müslüman olmayan ve İslam yönetimi altında kalıcı olarak korunan bir statüye sahip olmayanları (örneğin *zimmî*ler veya *müste'men*lerin aksine) kapsam dışı bırakmaktadır.[43] Suçlanan kişi, önemsiz de olsa mal üzerinde herhangi bir mülkiyet hakkı olduğuna dair bir *şüphe* bulunması halinde *serika*dan hüküm giyemez, bu da bir kişinin ebeveyninden bir şey çaldığında *serika* suçundan hüküm giyemeyeceği anlamına gelir. Hukukçular ayrıca, yiyecek çalan fakirlere *had* cezası uygulanamayacağı konusunda hemfikirdirler, ayrıca İslam'ın öğretilerini bilmeyen "yabancılar"a (*e'âjim*) da *had* cezası uygulanmaz.[44]

Tekrar belirtmek gerekir ki, *serika* şartlarını karşılamayan bir hırsızlık mahkumiyeti hala *ta'zîr* ile cezalandırılır. Dolayısıyla, hırsızlık, belirlenen asgari miktarı (*nisâb*) aşan bir mal ile ilgiliyse, ancak hırsız bu malı aşamalı olarak çalmışsa ve her biri *nisâb*tan daha az değere sahipse, *had* cezası uygulanmaz. Aynı ilke, bir grup hırsız tarafından gerçekleştirilen hırsızlık için de geçerlidir. Çalınan malın değeri, sayılarına bölündüğünde *nisâb* miktarına ulaşmazsa, *had*den muaf tutulurlar, ancak *ta'zîr* cezasına çarptırılırlar.[45] Mâlikîler de hırsızlığın tek başına hareket eden bir kişi tarafından gerçekleştirilmiş olması durumunda bu görüşü savunmuşlardır. Ancak hırsızlığın bir grubun işbirliği olmadan gerçekleştirilmesinin imkansız olduğu durumlarda diğer ekollerden ayrılmışlardır. Bu durumda, tüm hırsızlar *had* ile cezalandırılır. Benzer şekilde, hırsızlardan biri örneğin bir eve girip çaldığı malı evin dışındaki işbirlikçilerine teslim ederse, içerideki kişi *serika* suçu işlemediği ve dışarıdaki kişi(ler) de *hırz*dan çalmadığı için hırsızlara *had* uygulanmaz. Mâlikîler burada da önemli ayrımlar

[43] Şirâzî, *Mühezzeb*, V, 418–20. *Müste'men*ler ile ilgili olarak bkz. 11. Bölüm, 2. Kısım.
[44] Cezîrî, *Fıkh*, V, 149.
[45] Hillî, *Şerâi'*, IV, 421.

yapmaktadır. Dışarıdaki hırsızlar çaldıkları malı almak için ellerini evin içine uzatırlarsa, *had* cezasına çarptırılırlar, ancak içerideki kişi malı duvarların dışında (pencerelerden, kapılardan vb.) tutarak teslim ederse, o zaman cezalandırılması gereken kişi odur.[46]

Serika için ceza, ilk mahkumiyette sağ elin bilekten kesilmesidir ve bu ceza hür erkeklere, kadınlara, kölelere, Müslümanlara ve *zimmî*lere eşit olarak uygulanır. Tekrarlanan mahkumiyetlerde sol bacak ikinci mahkumiyet için, sol el üçüncü mahkûmiyet için ve sağ bacak dördüncü mahkûmiyet için kesilir. [47]

Usul olarak, *serika*yı kanıtlamak için iki şahit gereklidir. Yalancı şahitlik, şahidin maddi tazminat ödemesini gerektirir. Ancak, bu şahitlik kasıtlı olarak aldatıcı ve kötü niyetliyse, şahidin eli kesilmelidir.[48]

v. Eşkıyalık

Eşkıyalık suçu, *kat'u't-tarîk* veya *hırâbe* olarak bilinir ve silahlı, "açık" (*cehr*) bir hırsızlık türüdür; yani gizli yapılmaz. Bu suç, İslam hukuku altında yaşayan Müslümanlar ve *zimmî*ler için geçerli olup, *harbî*ler veya *müste'men*ler için geçerli değildir, çünkü bunların Şeriata ne hukuken ne de gönüllü olarak uymak zorunda olmadıkları kabul edilir. Tüm *hudûd* suçlarında olduğu gibi, yalnızca ergen ve akıl sağlığı yerinde olan kişiler bu suçtan hüküm giyebilir. Bu tür bir soygun, sağ elin ve sol bacağın kesilmesi ile cezalandırılır, ancak eğer soygun sırasında cinayet işlenmişse, soyguncular kılıçla öldürülür ve asılır. Eğer cinayet işlenmiş ancak mal alınmamışsa, ceza idamdır. Eğer çalınan miktar *nisâb* miktarının altında kalır ve ne cinayet ne de bedensel zarar meydana gelirse, suçlular sürgüne gönderilir.[49]

vi. İsyan (bağy) ve dinden dönme (ridde)

Bazı mezhepler, bu iki suçu *hudûd* kapsamında ele alır, ancak bu suçları belirleyen kurallar tüm mezhepler arasında benzerdir. *Buğât* herhangi bir isyancı değil, rasyonel olarak anlaşılabilecek belirli bir öğretiyi (*te'vîl sâ'iğ*) dile getiren isyancılardır. Bu gerekliliğin esas anlamı, devlet başkanının *buğât*ı otoritesine rakip olarak görmesi ve onları sıradan suçlular veya eşkıyalar olarak değerlendirmemesidir.[50]

---

[46] Hattâb, *Mevâhib*, VI, 309; Cezîrî, *Fıkh*, V, 159-61.

[47] Mevâk, *Tâc*, VI, 306; Mûsılî, *İḫtiyâr*, V, 109-10.

[48] Delil ile ilgili daha detaylı bilgi için bkz. 12. Bölüm, 2. Kısım.

[49] Makdisî, *'Udde*, 554-56; Mûsılî, *İḫtiyâr*, IV, 114-16; [Misrî, *Reliance*, 616; Ibn Rushd, *Distinguished Jurist's Primer*, II, 547-51].

[50] [Misrî, *Reliance*, 593-94.]

Ancak devlet başkanı, isyancıların memnuniyetsizliğinin nedenlerini araştırmalı ve uğradıkları her türlü adaletsizliği ortadan kaldırmaya çalışmalıdır. Bu, Kur'ân'daki şu ayetle temellendirilmiştir: "Eğer iki mümin topluluk birbirleriyle savaşırlarsa, aralarını düzeltin. Eğer biri diğerine haksızlık ederse, haksızlık edenle Allah'ın emrine geri dönünceye kadar savaşın; sonra geri dönerse, aralarını adaletle düzeltin ve hakkaniyetle davranın." (Kur'ân, Hucurât: 9).[51] Ancak isyancılar taleplerinin meşru olduğunu düşünüyor fakat aslında bu talepler meşru değilse (ki bu genellikle devlet başkanını çevreleyen önde gelen hukukçular tarafından belirlenir),[52] devlet başkanı onları akli deliller ve naslardan kanıtlarla tartışılan ve gösterilen "doğru yola" davet ederek caydırmaya çalışmalıdır. Eğer ısrar ederlerse ve tövbe[53] etmezlerse, imam onlarla savaşmalı ve onları öldürmelidir, ancak kesinlikle aile üyelerine veya isyancıların özel mülklerine zarar vermemeli; bu mülkler, İslam miras hukuku kurallarına göre yasal varislerine devredilmelidir. Farklı bir öğreti/"ideoloji"ye (*Hâricîler*) sahip olan, ancak barışçıl davrananlar ise kendi hallerine bırakılmalı ve toplumun geri kalanıyla aynı şekilde muamele görmelidir.[54]

Din merkezli bir kültürde, dini ilkeler ve dini ahlak, dinden dönmeyi modern ulus-devletteki vatana ihanetle eşdeğer görür. Bu nedenle, ergen ve aklı başında bir Müslüman İslam'ı cezasız bir şekilde terk edemez ve bunu yaparsa sapkınlıkla suçlanır. Bir kişinin *mürted* sayılması için, bu kişinin kendi isteğiyle (*muhtâr*) ve hiçbir zorlayıcı unsur bulunmadan dinden çıkması gerekir.[55] Buradan, İslam'a girmeye zorlanan ve daha sonra kendisine dayatılan yeni dinden vazgeçen bir *zimmî*nin veya bir *müste'men*in *mürted* sayılmayacağı sonucu çıkar. Niyet unsuru da Hanefî mezhebi ve bazı Şâfiî hukukçuların görüşlerinde bir gereklilik olarak kabul edilir; örneğin, bir sarhoşun İslam'dan dönmesi geçersiz sayılır.[56]

Dinden dönme olarak kabul edilen fiiller şunlardır: (a) Kur'ân'ın doğruluğunu inkar etmek; (b) Peygamber'i yalancılıkla suçlamak; (c) Allah'a, Hz. Muhammed'e veya peygamberliğinde şüphe

---

[51] Mâverdî, *Hâvî*, XIII, 99, 102-03; Necdî, *Hâşiye*, VII, 392-93.

[52] Dâire-i Adalet bağlamında hukukun üstünlüğü konusunda bkz. 5. Bölüm.

[53] Tövbe, yol kesicilik ve *irtidad* suçlarında kabul edilir, ancak diğer *had*lerin hiçbirinde kabul edilmez.

[54] Necdî, *Hâşiye*, VII, 397. İsyan hükümleri hakkında ayrıntılı bir çalışma için bkz. Abou El Fadl, *Rebellion and Violence in Islamic Law*.

[55] Hillî, *Şerâi'*, IV, 395; [Misrî, *Reliance*, 595-98; Ibn Rushd, *Distinguished Jurist's Primer*, II, 552].

[56] İbn 'Âbidîn, *Hâşiye*, IV, 224.

bulunmayan bir peygambere (örneğin, Hz. İbrahim, Hz. İsa ve Hz. Musa) küfretmek; (d) namazı (*salât*) kasıtlı olarak terk etmek veya *icma*ya konu olan bir hukuki meselenin geçerliliğini inkar etmek (örneğin, zina ve şarap içme yasakları); ve (e) putlara tapmak.

Bazı hukukçular, *irtidad*ı ispatlandıktan sonra *mürted*e üç gün içinde tövbe[57] etme şansı tanırlar, bu tövbe yalnızca *kelime-i şehâdet* getirmekten ibarettir.[58] Eğer bu süre içinde tövbe edilmezse, bazı hukukçulara göre *mürted* öldürülür ve malı Hazineye devredilir. Diğer hukukçular, ki bunlar azınlıktadır, malın mürtedin yasal varislerine devredilmesi gerektiğini savunur. *İrtidad* ayrıca *mürted*in evliliğinin bozulmasına da neden olur.[59] Hanefîler ve İmâmiyye Şîası kadınları idam cezasından muaf tutar ve yerine ömür boyu hapis cezası verir.[60]

3. Cinayet ve Bedensel Zarar (Kısas)

Cinayet kişisel bir suçtur ve yalnızca kurbanın en yakın akrabalarının talebi üzerine kovuşturulur. Ergen olmayanlar ve akıl sağlığı yerinde olmayanlar cezadan muaftır, ancak bu durumda onların en yakın akrabaları maddi tazminat ödemekle yükümlü hale gelir.[61] Kasıt derecesine göre sınıflandırılan en az beş cinayet türü vardır. Kasıtlılık derecesi, iç iradenin (*mâ fil-bâtın*) bilinmesinin imkansız olduğu düşünüldüğünden, dışsal kriterlere dayandırılır. Bu nedenle niyeti ölçmek, cinayette kullanılan aletin türüne bağlanıyordu, ancak Mâlikîler, katilin cinayet öncesindeki psikolojik durumuna (örneğin, öfke, kin, kötü niyet vb.) biraz önem vermiş gibi görünmektedir.[62]

Cezai veya maddi sorumluluk zaman aşımına uğramaz ve bu, mağdurun akrabalarına uygun kısası uygulama veya tazminat talep etme hakkını ebediyen verir. İlk tür, kasten cinayet (*katl 'amd*), tanımı gereği yalnızca öldürme niyetini değil, aynı zamanda öldürücü bir aletin veya öldürmek için kullanılması mutat olan bir aletin kullanılmasını da içerir. Ayrıca, kasıtlılığın ayrılmaz bir unsuru, katilin iradesinin zorlanmamış olmasıdır; çünkü baskı altında öldüren bir kimse bu kategoriye girmez ve bu nedenle ölüm cezasına çarptırılamaz.

---

[57] Şa'rânî, *Mîzân*, II, 212.

[58] Yani, Allah'tan başka ilah olmadığına ve Hz. Muhammedin onun elçisi olduğuna şahitlik yapmaktır. Mûsılî, *İhtiyâr*, IV, 146.

[59] *A.g.e.*, IV, 147–48.

[60] *A.g.e.*, IV, 149; Hillî, *Şerâi'*, IV, 426; Mâverdî, *Hâvî*, XIII, 155; Şa'rânî, *Mîzân*, II, 212.

[61] Hısnî, *Kifâye*, 159-60; Hillî, *Şerâi'*, IV, 456-57; [Misrî, *Reliance*, 585-88; Ibn Rushd, *Distinguished Jurist's Primer*, II, 479-521].

[62] [Misrî, *Reliance*, 583–88; Ibn Rushd, *Distinguished Jurist's Primer*, II, 480–82.]

Benzer şekilde, katilin bu yırtıcı hayvanların varlığından haberdar olmaması ve bunu şakayla karışık yapmış olması koşuluyla, bir kişinin bir başkasını köpekbalıkları ya da timsahlarla dolu bir su kütlesine itmesi durumunda da yarı kasıtlı bir öldürmenin meydana geldiği söylenebilir.

İkinci tür, kasıt benzeri (*şibh 'amd*), şiddet uygulama niyetinin mevcut olduğu, ancak kullanılan aletin öldürücü kabul edilmediği veya yaygın olarak bir cinayet aleti olarak kabul edilmediği durumdur (örneğin, küçük bir sopa). Şâfiîler ve Hanbelîler, birinin diğerine defalarca bir sopa ile vurması durumunda, katilin tam kasıtla hareket ettiği kabul edilmesi gerektiğini savunur; bu, bir veya iki kez vurma durumundan farklıdır. Benzer şekilde, katilin bu yırtıcı hayvanların varlığından haberdar olmaması ve hatta bunu şaka yollu yapmış olması halinde, bir kişinin bir başkasını köpekbalıkları veya timsahlarla dolu bir su kütlesine itmesi durumunda da yarı kasıtlı bir öldürme eyleminin gerçekleştiği söylenebilir. Bu tür bir cinayette tazminat, ağırlaştırılmış kan parası (*diyet*) olarak ödenir[63] (veya mağdurun ailesi tarafından affedilir), ancak ölüm cezası uygulanmaz. *Katl hata'* olarak bilinen üçüncü türde, yani avlanırken birini vurmak gibi kazara işlenen cinayetlerde daha az miktarda tazminat[64] ödenir. Aynı miktarda (hafifletilmiş) tazminat gerektiren dördüncü tür ise, "*katl hata'* gibi görülen" (*mecra'l-hata'*) cinayettir, örneğin bir kişinin uykuda bir başkasının üzerine devrilmesi ve onu öldürmesi gibi. Beşinci ve son olarak, ölüme sebep olma (*katl bi-sebeb*), en iyi örneği birisinin (örneğin su aramak için) kuyu kazarken bir başkasının kazara bu kuyuya düşüp ölmesidir. Bu son tür, daha az miktarda kan parası gerektirmesine rağmen, önceki tüm türlerdeki katillerin kurbanlarından miras almalarının yasaklanmasına ilişkin hukuki şarttan da anlaşılacağı üzere, öncekilerden niteliksel olarak farklı kabul edilmektedir.[65]

Katilin bilinmediği durumlarda, cinayet *kasâme* prosedürüne tabi tutulur. Bu prosedür, bir kişinin kendi mahallesi, köyü veya kabile bölgesinin dışında ölü bulunması durumunda uygulanır.

---

[63] *Diye muğallaza* olarak bilinen bu miktar, üç yıllık bir süre zarfında teslim edilen yüz deve tutarındadır. Geleneksel kullanımda kan parası, genellikle bir arabuluculuk süreci (sulh) yoluyla belirlenen çeşitli miktarlardaki maddi ödemelerden oluşabilir. Bir sonraki nota bkz.

[64] *Diye muhaffefe*, bin (veya yaklaşık dört kilogram) altın dinar veya ağırlaştırılmış *diyet* için gerekli olandan daha düşük kalitede yüz deve tutarındadır. Diyet ile ilgili detaylı bilgi için bkz. Mûsılî, *İhtiyâr*, V, 35–45; Kâdîzâde, *Netâic*, X, 270–78.

[65] Mâverdî, *Hâvî*, XIII, 70-71; Halebî, *Mültekâ*, II, 282-85.

Maktulün yakın akrabaları, cesedin bulunduğu yerin sakinlerine *diyet* davası açabilir; bu dava, bu sakinlerle kurbanın aşireti ya da kabilesi arasındaki husumetin cinayet sebebi olduğuna dair bir "delil" (*emâre*) temelinde açılabilir. Bu bir "kanıt" değil, yalnızca bir "emare" olarak kabul edilir; çünkü gerekli olan iki şahidin değil, yalnızca tek bir şahidin ağırlığına sahiptir.[66] Eğer bu kanıtlar sunulursa, davalı olan topluluk, kurbanı öldürmediklerine ve kimin öldürdüğünü bilmediklerine dair elli yemin ederler ve *diyet*i ödemek zorunda kalırlar. Yeterli sayıda kişi yoksa, bu yemin elli kez tekrarlanır. Eğer kanıtlar yetersizse, davalı olan topluluk bir yemin eder ve *diyet* borcu olmaz. Bu durumda, *diyet* sorumluluğu Kamu Hazinesine geçer.[67]

Ancak ölüm cezası sorumluluğu evrensel değildir. Hanefîler, Müslümanlar ve gayrimüslimler ile hür kişiler ve köleler arasında eşitliği kabul eden tek mezheptir. Dolayısıyla, bir Müslüman, bir gayrimüslimi öldürdüğünde kısas uygulanır ve bir özgür Müslüman da bir köleyi öldürdüğünde aynı şekilde cezalandırılır. Ancak Müslüman ümmet içinde cinayet suçunda cinsiyet farkı gözetilmediği konusunda *icma* vardır. Buna göre, bir özgür Müslüman erkek, kasıtlı olarak bir özgür Müslüman kadını öldürdüğünde ölüm cezası ile cezalandırılabilir ve bunun tersi de geçerlidir.

Kısas ilkesi bedensel zararlar için de geçerlidir; burada suçlu, mağdura verdiği zararın aynısını yaşamakla cezalandırılabilir. Göze göz ilkesi tam anlamıyla geçerlidir; yani bu ilke iyi bir göz için iyi bir gözün alınacağını, ancak iyi bir gözün kötü bir göz için veya tam tersi için alınamayacağını belirtir. Ancak cinayet gibi, affetme veya özellikle maddi tazminat (*erş*) da bir olasılık olarak mevcuttur. *Erş*in ölçüsü, cinayetlerde ödenen tam *diyet*, yani kan parasıdır.[68]

Bedensel zararlar üç kategoriye ayrılır: yaralar (*curûh*), uzuvların kopması (*ibânetü taraf*) veya bedensel organların işlev kaybı (*izâletü menfa'a*).[69] Yaraların vücuttaki derinliği ve konumuna bağlı olarak farklı tazminatlar ödenir. Baş yaraları ve derin yaralar için *diyet*in üçte biri, vücuttaki orta derecede yaralar veya daha hafif yaralar için sırasıyla yirmide üç ve yirmide bir tazminat verilir. Vücut uzuvlarının kaybı durumunda genel kural, yalnızca bir uzuv varsa tam *diyet*

[66] Şahitlik ve şahitler ile ilgili olarak bkz. 12. Bölüm, 2. Kısım. Ayrıca bkz. Hillî, *Şerâi'*, IV, 464.
[67] Buhûtî, *Ravd*, 546; Hısnî, *Kifâye*, 175; Hillî, *Şerâi'*, IV, 464; [Ibn Rushd, *Distinguished Jurist's Primer*, II, 515-21].
[68] Mûsılî, *İḫtiyâr*, V, 35; Zerkeşî, *Şerḥ*, VI, 153.
[69] Nevevî, *Ravda*, VII, 125.

ödenmesi, ancak bunlar çift ise her biri için yarı *diyet* ödenmesidir. Örneğin burun, dil veya cinsel organın kaybı tam kan parası gerektirir; ancak göz, el veya (kadınların) meme ucu yarı *diyet* değerindedir. Bir parmak veya ayak parmağı bir *diyet*in onda biri değerindedir ve bir diş yirmide bir değere sahiptir.[70] Zihinsel işlev kaybı tam *diyet* gerektirir ve kısas uygulanamaz. Görme ve duyma gibi çift olan duyu organları işlevini kaybettiğinde, yarı *diyet* ödenmesi gerekir. Daha küçük yaralanmaların neden olduğu işlev bozuklukları, kademeli bir maddi tazminata tabidir.[71]

4. Takdirî Ceza (Ta'zîr)

Had veya *kısas* cezaları kapsamında olmayan herhangi bir suçun *ta'zîr* kategorisine girdiği kabul edilir. *Nisâb*ın altındaki miktarlarda veya *hırz* ihlali olmaksızın yapılan hırsızlık veya *zina* dışında iffetsizlikle suçlama, *ta'zîr* ile cezalandırılan suçlardır. Her ne kadar takdirî cezanın kapsamı geniş ve *hudûd* ile *kısas* cezalarından daha çeşitli olsa da, şiddet açısından *hudûd* cezalarıyla eşit veya daha fazla olamaz.[72] Bir *ta'zîr* cezasından kaynaklanan ölüm ya da bedensel yaralanma, mağdurun yakınlarına hükümdardan maddi tazminat talep etme hakkı verir (çünkü normalde bu cezayı uygulamakla görevli olan onun memurlarından biridir).[73]

Uygulamada, *ta'zîr* tüm cezalar arasında en yaygın olanı gibi görünse de, genellikle belirgin fiziksel şiddetten tamamen uzaktır. Kişisel onur kıymetli bir değer olduğundan ve sosyal düzenin üst kademelerinde daha yüksek riskler taşıdığından, bu onuru lekelemek etkili bir cezalandırma yöntemiydi - ve bugün Müslüman dünyanın pek çok yerinde hala böyledir.[74] Toplum içindeki sosyal ve ahlaki konum, suçlunun cezalandırılmasında temel bir unsur olurdu. Örneğin Babür İmparatoru Ekber'in bir keresinde öğretici bir yorumda bulunduğu bildirilmektedir: "Herkesin cezası statüsüne uygun olmalıdır... yüce tabiatlı bir adama sert bir bakış onu öldürmeye eşdeğerdir, alçak tabiatlı bir adama ise bir tekmenin hiçbir faydası yoktur."[75] Malay Yarımadası'nda, yirminci yüzyılda bile, *ta'zîr* cezası

---

[70] *A.g.e.*
[71] *A.g.e.*, VII, 125-64; Zerkeşî, *Şerḥ*, VI, 153-89.
[72] Dolayısıyla, kırbaç sayısı en az üç ile en fazla otuz dokuz arasında değişmektedir. Mûsılî, *İhtiyâr*, IV, 92.
[73] Şirâzî, *Mühezzeb*, V, 462-64; [Misrî, *Reliance*, 619].
[74] Singha, *Despotism*, 11–12.
[75] *A.g.e.*, 11.

-bazı ciddi suçlar için bile- genellikle fiziksel değildi, sıklıkla toplum içinde utandırma ve aşağılamadan oluşuyordu. Örneğin, başkasının karısını baştan çıkaran bir erkek, büyük bir topluluğun huzurunda kocasının önünde eğilmeye zorlanırdı.[76] Bu, normatif olarak yeterli bir ceza olarak kabul edilirdi.

[76] 1880'lerde Sir Hugh Clifford, halkın önünde küçük düşürülme cezasının, suçlunun is ve zerdeçala bulanmış bir hayvana bindirilmesinden ibaret olduğunu gözlemlemiştir. Bu ceza ile ilgili şunu belirtmiştir: "Malay hırsızların para cezası ya da uzuv kesmeden çok daha fazla korktukları bir cezaydı ve bunun böyle olduğuna inanıyorum, çünkü açık bir utanç korkusu ve şiddetli bir özsaygı, doğal halindeki ortalama bir Malay'ın göğsündeki en güçlü duygulardan ikisiydi." Malay dünyasında bu ceza o kadar ağır görülmüştür ki, hırsızlık cezasının yerine bile uygulanmış gibi görünmektedir. Peletz, *Islamic Modern*, 37, 42, 43.

Cihad

1. Giriş

Hukuki kavramların tamamı arasında bugün *cihad* kavramından daha belirsiz ve çok katmanlı bir terim yoktur. Bu kavram, dini, hukuki, kültürel ve siyasi çağrışımlarla yüklüdür ve çok eşlilik gibi kavram ve uygulamalardan bile daha tartışmalı olduğunu kanıtlamıştır. Potansiyeli ve dışa dönük savaş durumu, cihadın geçmişe ait bir teori olduğunun farkında olsalar bile, Batılı gözlemcilerin düşmanca tepkilerine neden olmaktadır. İslam'dan ve onun iddia edilen saldırganlığından duyulan korku – ki bu korku en azından Avrupa Orta Çağlarından beri Batı kültürünün kurucu bir bileşenidir – daha seçkin akademisyenlerin bile teoriyi uygulanmış bir gerçeklik olarak görmelerine ve bu da yeterince sorunlu değilmiş gibi, teoriye en olumsuz anlamları eklemelerine yol açmıştır. Daha da sorunlu olan bir üçüncü çetrefilli faktör ise, uzak geçmişin aşırı yüklü olumsuz bir yorumunun, hiçbir şekilde geçmişteki döneme benzemeyen bir çağdaş gerçekliğe yansıtılmasıdır. Öyle görünüyor ki paradigmatik Batı akademisi – medya organlarından bahsetmiyorum bile – bu üç problematiğe boyun eğmiştir. Bu bölümde, kısaca klasik *cihad* teorisini, onun Avrupa sömürgeciliği ışığında nasıl yeniden yorumlandığını ve sonuç olarak bugünkü önemini tartışacağım.

2. Klasik Teori

Her alanda olduğu gibi, *cihad* teorisi de fıkıh eserlerinde (bazen *siyer* başlığı altında)[1] ele alınmış, ya kapsamlı bir hukuk kitabında bir bölüm çerçevesinde ya da bütünüyle bu konuya ayrılmış risalelerde açıklanmıştır. Bu tür bağımsız risaleler hayır *vakıf*ları, vergilendirme (*haraç*), tazminat (*damânât*) ve *kâdı*lık ile *müftî*lik kurallarını

[1] "Yürümek" anlamına gelen *s-y-r* kökünden türeyen *siyer* terimi, yürüyüşün düşmana yönelik askeri bir seferi içerdiği varsayımıyla yürüyüş eylemini çağrıştırır. Hukuki olmayan eserlerde yaygın olarak kullanılan terim, baskın eylemine işaret eden *el-megâzî* idi. [Misrî, *Reliance*, 599–605; Ibn Rushd, *Distinguished Jurist's Primer*, I, 454–87.]

düzenleyen kurallar (*edebü'l-kadâ'*, *edebü'l-müftî ve'l-müstefti*) gibi başka konulara da ayrılmıştır. Ancak, üçüncü/dokuzuncu yüzyıldan sonra *cihad* üzerine yazılan bağımsız risalelerin sayısının azalması dikkat çekicidir; buna karşılık, özellikle *vakıf* ve *edebü'l-kâdî* türlerinde yoğunlaşmış olan diğer konularda yazılan eserler önemli ölçüde artmıştır.

Hukuki eserlerde, *cihad* ve *siyer* her zaman İslam Yurdunun, Savaş Yurduna karşı gerçekleştirdiği askeri seferleri ifade ederdi; Savaş Yurdu, Hristiyanlar, Yahudiler, Zerdüştler veya putperestler gibi gayrı Müslimlere ev sahipliği yapan ve onların yönetiminde olan topraklar olarak tanımlanırdı. Önemli bir teknik sözlük, *cihad*ı "doğru dine davet ve inanmayanlar bunu kabul etmediklerinde ya da (Müslümanların himayesi altında) korumalı bir statüyü kabul etmeyi reddettiklerinde onu uygulamak için yapılan savaş" olarak tanımlıyordu.[2] Dikkat çekicidir ki, fıkıh eserleri bu konuyu ele alan bölümlerin başında terimi tanımlamaz, bunun yerine genel bir ittifakla *cihad*ın[3] *farz-ı kifâye* türü bir görev olduğu beyanıyla başlarlardı; yani, eğer bir grup bu yükümlülüğü yerine getirirse, diğerlerinin üzerinden bu zorunluluk kalkmış olurdu. Bu, başkalarının yerine getirip getiremeyeceğine bakılmaksızın her bir Müslüman'ın yükümlülüğünü temsil eden *farz-ı 'ayn* türünden bir görevle tam bir zıtlık teşkil ediyordu.[4]

Bununla birlikte, belirli koşullar altında, bu yükümlülük kendisini bu tür şartlar içinde bulan her bir Müslüman için bağlayıcı hale gelirdi. İlk olarak, eğer bir savaş patlak verirse, sahada zaten bulunan herkesin orada kalması ve savaşması zorunluydu. Buradaki varsayım, savaşın Müslüman tarafça başlatılmayacağıdır, çünkü Müslüman tarafın ilk etapta savaşı başlatmak gibi bir niyeti olamazdı. İkinci olarak, herhangi bir kasaba veya bölgenin sakinleri, topraklarına saldıran bir orduyla, topluca savaşmak zorundaydılar. Üçüncü olarak, devlet başkanının *cihad*a katılmaya çağırdığı herkes bu çağrıya uymak zorundaydı. Bu üç istisnanın, genel *farz-ı kifâye* ilkesini bertaraf etmek için değil, tüm *cihad* edebileceklerin katılımı olmadan *cihad*ın başarılı olamayacağı özel durumları belirlemek için getirildiği söylenmelidir.[5] Genel olarak, saldırı *cihad*ı *farz-ı kifâye* olarak kabul edilirken, savunma *cihad*ı, özellikle de zayıflık durumunda, oybirliğiyle *farz-ı 'ayn* olarak kabul edilmiştir. Vekaleten *cihad* yalnızca

[2] Ahmednecarî, *Câmi'ü'l-Ulûm*, I, 424.
[3] Tûsî, *Hilâf*, II, 500.
[4] Halebî, *Mülteka*, I, 354; [Misrî, *Reliance*, 599-600].
[5] İbn Kudâme, *Muğnî*, X, 364-66; Remlî, *Nihâye*, VIII, 42.

İmâmiyye Şîası tarafından kabul edilmiş ve bu bağlamda bireylerin belirli bir *ücret* karşılığında kendi adlarına cihada katılmaları için başkalarını tutmalarını caiz görmüşlerdir.[6]

Cihad edebilecek niteliklere sahip olmak için bir kişinin Müslüman erkek, yetişkin, hür ve sağlıklı bir beden ve akla sahip olması gerekiyordu. Bu şartlar, Müslüman olmayanları, kadınları, küçükleri, köleleri, engelli kişileri ve akıl hastalarını bu yükümlülüğün dışında tutuyordu. Engelliler, ciddi şekilde hasta olanlar veya kör olanlar ile askeri yükümlülüklerini yerine getiremeyecek derecede herhangi bir fiziksel rahatsızlık veya zayıflıktan muzdarip olanlar şeklinde tanımlanıyordu.[7] Bu kişisel özelliklere ek olarak, ikinci dereceden koşullar da bir kişinin ehil olmasını engelleyebilirdi: *cihad*ın *farz-ı kifâye* olması durumunda, genç gönüllülerin ebeveynlerinin izni, kefil bulunmadığı sürece borç verenin (*müdeyyin*) izni gibi durumlar ehil olmak için şarttı.[8] Son olarak, *cihad* edene ve ailesine savaş boyunca gerekli erzak ve destek sağlanmalıydı. Bu destek, *cihad* edenin savaş süresince ve savaş alanında ihtiyaç duyduğu silahları ve diğer gereklilikleri de içermeliydi.[9]

Ancak, *cihad* eden bir kimsenin sahip olması gereken vasıflar ne sabittir ne de genel geçerdir. İslam'ın ve Müslümanların kamu yararı ve çeşitli şartlar, *cihad* savaşlarında gayrimüslimlerin yardımını almayı gerektirebilir. Böyle durumlarda, çoğunluk ulema, gayrimüslimlerin *cihad* ordusuna katılmasına izin vermiştir, bu gayrimüslimler, Müslümanların savaş açmayı düşündüğü kimselerle aynı "ideolojik" kabullere sahip olsalar bile. Ulema içerisinden bir azınlık, gayrimüslimlerin orduya alınmasını reddederken, diğer bir azınlık ise bu ihtimali kabul etmiş, ancak alınacak savaşçıların düşmandan dini inanç bakımından farklı olmaları gerektiğini savunmuştur.[10] Bu gayrı Müslim *cihad* edenler, koruma statüsündeki kişiler (*zimmî*ler) ya da Müslümanların barış anlaşması yaptığı bir ülkeden gelen kişiler, hatta *harbî*ler, yani Savaş Yurdundan gelen kişiler olabilir.[11]

---

[6] Tûsî, *Hilâf*, II, 500.

[7] Nevevî, *Ravda*, VII, 411-12; ; [Misrî, *Reliance*, 601-02; Ibn Rushd, *Distinguished Jurist's Primer*, I, 455].

[8] Yani, bir borçlu *cihad*a çıkmadan önce borcunu ödeyememişse, bunu yapmak için borç verenden *izin* almalı veya bir kefil bulmalıdır. Şa'rânî, *Mîzân*, II, 241; Nevevî, *Ravda*, VII, 413; [Ibn Rushd, *Distinguished Jurist's Primer*, I, 455].

[9] İbn Kudâme, *Muğnî*, X, 366, 382, 384; Remlî, *Nihâye*, VIII, 55; *el-Mevsû'atü'l-Fıkhiyye*, XVI, 137–39, Sahnûn, Nevevî, İbn 'Âbidîn, İbn Kudâme, Buhûtî ve Desûkî'ye dayanarak.

[10] Nevevî, *Ravda*, VII, 441; İbnü'l-Hâcib, *Câmi'*, 244.

[11] Remlî, *Nihâye*, VIII, 59-60; [Misrî, *Reliance*, 602].

Dolayısıyla, her ne kadar genel ayrım İslam Yurdu ile Savaş Yurdu arasında olsa da, kavramsal olarak bu ikisi arasında İslam Yurdu'nun barış içinde yaşayabileceği bir ara bölge bulunmaktadır. Yine, gayrimüslim askerlerin orduya alınmasında olduğu gibi, devlet başkanının uygun görmesi halinde, İslam Yurdunun kamu yararı (*maslahat*), inanmayanlarla barış anlaşmaları yapılmasını meşrulaştırabilir. Bununla birlikte, hukukçuların çoğu, Hz. Peygamber'in diplomatik uygulamalarından örnekler getirerek barış anlaşmalarının süresini on yıl ile sınırlarlar.[12] Öte yandan, İslam Yurdunun kamu yararı elverdiği takdirde, bazı koşullar gerçekleşmediği sürece, yılda en az bir kez *cihad* seferleri düzenlenmelidir. *Cihad*, barış anlaşması olsun ya da olmasın, şu durumlarda askıya alınabilir: (1) Müslümanların insan gücünün azalması ya da silah ve teçhizat yetersizliği nedeniyle savaşamayacak kadar zayıf olması; (2) Müslümanların dış kaynaklardan destek ya da mühimmat gelmesini beklemeyi gerekli görmesi; (3) savaş alanına giden yolun elverişsiz, engellerle dolu ya da erzaktan yoksun olması; ya da (4) Savaş Yurdunun İslam'a geçebileceğine dair olumlu işaretler gösterdiğine inanmak için bir neden bulunması.[13]

Tüm fıkhi tartışmalarda, *cihad*ın düzenlenmesi ve yürütülmesinin devlet başkanı tarafından yapıldığı ve onun aynı zamanda başkomutan (*emir*) olarak kabul edildiği varsayılır.[14] Devlet başkanı veya vekili, *cihad* çağrısı yapma, orduyu hazırlama ve teçhiz etme, emirler verme, saldırının nasıl gerçekleştirileceğine, ganimetin nasıl dağıtılacağına ve bir barış anlaşması yapılacaksa bunun hangi şartlarla olacağına karar verme yetkisine münhasır olarak sahiptir. Ayrıca zayıf kalplilerin ve bozgunculuk ruhunu teşvik edenlerin tespit edilip *cihad* ordusundan atılmasını sağlamak gibi özel bir görevi de vardır. Devlet başkanının veya vekilinin izni olmadan yapılan baskınlar hukuki açıdan *mekrûh*tur, ancak tamamen yasaklanmış sayılmaz.[15] Bu nedenle, devlet başkanı adaletsiz ya da etik veya ahlaki açılardan kusurlu olsa bile *cihad*ın onun liderliği altında gerçekleştiği kabul edilir.[16] İmâmiyye ve Zeydiyye Şiîliğinde, *cihad* emri verme yetkisi, sadece Ali ailesinden bir üyeye, yani imama, aittir.[17] Buna göre, teorik

[12] İbn Kudâme, *Şerh*, X, 368
[13] *A.g.e.*, X, 367.
[14] Nevevî, *Ravda*, VII, 440.
[15] Hattâb, *Mevâhib*, III, 348-49; Remlî, *Nihâye*, VIII, 57.
[16] İbn Kudâme, *Şerh*, X, 371. Ancak Ahmed İbn Hanbel bunu onaylamamıştır. Yine de bunu yasak olarak görmemiştir.
[17] İbn Müftâh, *Şerhü'l-Ezhâr*, X, 432.

olarak, 260/873 yılında son İmam'ın Gaybete çekilmesinden bu yana yayılmacı türde bir *cihad* teknik olarak mümkün olmamıştır, ancak elbette tarihin akışı bu teorinin öngördüğü kadar düzgün olmamıştır.

Eğer *cihad*ın amacı Savaş Yurdunu İslam Yurdunun egemenliğine tabi kılmaksa, bu egemenlik ne kategorik ne de ayrım gözetmeyen bir egemenliktir. Hıristiyanlar, Yahudiler ve Mecusilerle ya onları İslam'a döndürmek ya da dini inançlarını korumalarına izin vererek İslami yönetime tabi kılmak amacıyla savaşılacaktı. Eğer ikinci seçenek geçerli olursa, bu durumda onlara *cizye* adı verilen bir baş vergisi ödeme yükümlülüğü getirilirdi. Ancak, putperestler bu seçeneklerden yararlanamazlardı; onlar ya İslam'ı seçmek ya da ölümüne savaşmak zorundaydılar. Yani, ne *cizye* ödemelerine ne de başka bir tektanrıcı dine geçmelerine izin verilirdi.[18] (Ancak tarihsel gerçeklik bu teoriden büyük ölçüde farklıdır, zira Hinduların, Jainlerin, Budistlerin ve Hint Alt Kıtası'ndaki diğer tektanrıcı olmayan dinlerin -Müslümanlarla aralarında yüzyıllardır süregelen işbirliğinden bahsetmeye gerek bile yok- memnuniyetle kabul edilmesinden de anlaşılacağı üzere uygulama farklı olmuştur).

Dini bir bakış açısıyla, *cihad* ne kadar zorlu olursa, o kadar övgüye değer kabul edilirdi. Tarihsel olarak deniz savaşlarının en yüksek saygı ile karşılanması gibi (çünkü genelde denize açılmanın ölümcül tehlikelerle dolu olduğu kabul edilirdi),[19] Ehl-i kitap ile savaşmak da en yüksek saygı ve ödüle layık görülürdü.[20] Ancak burada yorum yapılırken dikkatli olunması gerekir. Saygı ve ödülün yüksek olması, Hristiyanlara ve Yahudilere karşı herhangi bir özel düşmanlıktan kaynaklanmaz, zira sonuçta, bu gruplar Müslüman egemenliği altında özel koruma haklarına sahip olarak ayrıcalıklı kabul edilmişlerdir. Asıl varsayım ise, Ehl-i Kitab'ın (Müslümanların açıkça kendilerini özdeşleştirdikleri başka bir tür tevhit inancına sıkı dini bağlılıkları nedeniyle) kararlılıkla savaşacakları düşünüldüğünden, onlara karşı yapılan *cihad*ın belirgin şekilde daha zor olduğudur; tıpkı denizde karşılaşılan tehlikelerin kara savaşlarından çok daha ciddi olması gibi.

Müslüman hukukçular, *cihad* savaşlarının hangi şartlar altında başlatılabileceğini, yürütülebileceğini ve sona erdirilebileceğini detaylandırmak için büyük çaba sarf etmişlerdir. Tüm hukuk ekollerine

---

[18] İbn Kudâme, *Muğnî*, X, 387; Tûsî, *Hilâf*, II, 509.

[19] İbn Kudâme, *Muğnî*, X, 369.

[20] *A.g.e.*, X, 370, Hz. Peygamber'in Ümmü Halid'e oğlunun *cihad*da öldürüldüğünü ve normalde bir yerine iki sevap alacağını bildirdiğini aktarır. Peygamber'e bunun nedeni sorulduğunda şöyle demiştir: "Çünkü o Ehl-i kitap tarafından öldürüldü."

göre, herhangi bir *cihad* savaşının başlatılması için önceden uyarı yapılması gereklidir, bu genellikle düşmanı İslam'ı kabul etmeye davet etmek veya reddetmenin sonuçlarına katlanmaya çağırmak anlamına gelir. Mâlikîlere göre, bu davetin üç kez tekrarlanması, üç gün süreyle yapılması ve sürekli reddedilmesi halinde saldırının dördüncü gün başlatılması gerekir.[21] Hanbelîlere göre, böyle bir uyarı sadece İslam'ı bilmeyenler, örneğin toprakları İslam yurdundan uzakta olan toplumlar için gereklidir.[22] Ancak her durumda, savaş başlamadığı sürece, düşman üç uyarıyı reddetse bile hayatını ve malını koruma fırsatına sahip olmaya devam eder.[23]

Savaş başladıktan sonra, savaşma yeteneğine sahip tüm erkekler meşru hedeflerdir, ancak fıkıh alimleri konuyu bu şekilde ifade etmezler. Hukukçuların büyük çoğunluğu, savaşamayacak durumda olanları ya da silah kullanma eğitimi almamış kişileri, örneğin kadınları, çocukları, çiftçileri, engelli kişileri, yaşlıları, kronik hastaları, hermafroditleri, rahipleri ve manastırlardaki tüm "kilise mensuplarını" öldürmenin kesinlikle yasak olduğunu savunur.[24] Düşmanın elçisini (*rasûl*) öldürmek de caiz değildir.[25] Bu istisnalardan tek sapma, savaş eylemine doğrudan katılan, örneğin silah hazırlayan ya da cephede düşman savaşçılarına mühimmat ve yiyecek taşıyan kadınlardır.[26] Bazı İmâmiyye Şiî fakîhleri, düşmanın sapkın dinini yaymakla aktif olarak ilgilendikleri için inzivaya çekilmiş kişiler ve keşişlerin de öldürülmesine cevaz verirler.[27]

Düşman birliklerine pusu kurmak, su kaynaklarını kesmek, kalelerini yıkmak ve saflarına ateş topları atmak meşru uygulamalar olarak kabul edilir, ancak hile, ihanet, işkence ve uzuv kesme yasaktır.[28] Aynı şekilde, ekinleri ve arı kovanlarını yakmak, ağaçları ve bitkileri kökünden sökmek ve düşmanın savaş amaçlı kullanmadığı hayvanları öldürmek de yasaktır; ancak Müslümanların ihtiyaçlarına yetecek kadar yiyecekleri tükenirse, düşmanın hayvanlarının ürünlerini ve

[21] Halebî, *Mültekâ*, I, 355-56; *el-Mevsû'atü'l-Fıkhiyye*, XVI, 144; [Ibn Rushd, *Distinguished Jurist's Primer*, I, 461-62].
[22] İbn Kudâme, *Muğnî*, X, 385-86.
[23] İbn Kudâme, *Kâfî*, IV, 164-65.
[24] Halebî, Mültekâ, I, 358; Şemsü'd-Din İbn Kudâme, *Şerh*, X, 389–90, 392, 400; *el-Mevsû'atü'l-Fıkhiyye*, XVI, 148; [Misrî, *Reliance*, 603–04; Ibn Rushd, *Distinguished Jurist's Primer*, I, 456–61]. Hermafroditlerin bu gruba dahil edilmesinin nedeni, cinsiyetlerinin belirlenememesi ve dolayısıyla kadın kategorisi altında yer alabilmeleridir.
[25] Nevevî, *Ravda*, VII, 445.
[26] Şemsüddîn İbn Kudâme, *Şerh*, X, 402.
[27] Tûsî, *Hilâf*, II, 501.
[28] Halebî, *Mültekâ*, I, 358.

bitkilerinin meyvelerini yemek caizdir.[29] İmâmiyye Şîası, düşmanın geri almaya çalıştığı atlar ve sığırların bile Müslümanlar tarafından yok edilmesini yasaklayacak kadar ileri gider.[30] Bu bağlamda, fıkıhçıların temel kaygısı, diğer üç ilkeyle (dinin, neslin ve aklın korunması) birlikte hukukun üzerine kurulduğu evrensel ilkeleri oluşturan Şeriatın iki ilkesi olan insan hayatına ve malına verilen zararın en aza indirilmesidir.[31] Müslümanların savaş konusundaki temel ilkesi, düşman ordusunu yenmek için gerekli ve doğrudan ilgili olmadıkça, düşman hatlarının gerisinde hiçbir can kaybına veya mala zarar verilmesine izin verilmemesidir. Gereksiz tahribat, ölümle cezalandırılan ve şiddetle kınanan "yeryüzünde zarar ve kötülük yayma" (*el-fesâd fi'l-arz*) fiiline oldukça benzemektedir. Bu nedenle, düşman teslim olmuşsa veya Müslümanların zaferin yakın olduğuna inanmaları için iyi bir sebep varsa, büyük saldırılar, savaşı tırmandırma ve özellikle ateş kullanımı yasaktır. Bu konuda tüm fıkıhçılar hemfikirdir.[32] Can ve mala zarar vermekten kaçınmaya ilişkin bu ilkeler, bu tür zararlara yol açabilecek tüm faaliyetlerin düşmanın teslim olmasıyla birlikte neden derhal durdurulması gerektiğini de açıklamaktadır.[33] Bu ilkelerden, savaş zamanında dahi olsa, düşmanın sivil hedeflerine yönelik saldırıların (düşmanı zayıflatmak veya başka bir amaçla) yasak olduğu sonucu da çıkmaktadır.

Zararı önleme ilkesi, "iki kötülükten daha hafif olanını tercih etme" ilkesinin uygulanması yoluyla gerçekliğin gereksinimleri ile uyumlu hale getirilir.[34] Ortaçağ savaşlarında düşman askerlerinin veya esirlerin savaşlarda canlı kalkan olarak kullanılması yaygın bir uygulama olduğu için, Müslüman hukukçular bu durumun yol açtığı hukuki problemlerle karşı karşıya kalmışlardır. Azınlık bir grup hukukçu, düşmanın cephede kalkan olarak kullandığı Müslüman bireylerin öldürülmesini kesinlikle reddetmiş, ancak çoğunluk, bu tür bir eylemi gerektiğinde caiz görmüştür. Çoğunluğun, Müslüman askerlerin kendi "din kardeşlerini" öldürmesini haklı çıkaran gerekçeleri çeşitli olup, esasen şu argümana dayanmaktadır: Eğer Müslüman ordu, canlı kalkan olan bu kişilerin hayatlarını kurtarmak için savaşmazsa, *cihad* duracak, düşman galip gelecek ve daha fazla

[29] İbn Kudâme, *Şerh*, X, 390-95; *el-Mevsû'atü'l-Fıkhiyye*, XVI, 156, İbn 'Âbidîn, İbn Kudâme, Buhûtî ve diğerlerinden aktarılarak.
[30] Tûsî, *Hilâf*, II, 500.
[31] Hallaq, *History*, 167 vd.
[32] İbn Kudâme, *Şerh*, X, 396; *el-Mevsû'atü'l-Fıkhiyye*, XVI, 152.
[33] İbn Kudâme, *Şerh*, X, 396; İbn Kudâme, *Kâfî*, IV, 164-65.
[34] Bâz, *Şerh*, I, 29-30.

Müslüman öldürülecek ve boyun eğecektir.[35] (Azınlığın hayatlarını çoğunluğun kurtarılması için feda etme, "iki kötülükten daha hafif olanını tercih etme" ilkesini açıklamada en çok kullanılan örneklerden biridir.) Bununla birlikte, böyle bir durumda dahi pek çok fakîh, kan parası ödenmesi ve kefâretin yerine getirilmesi gerektiğini savunmuştur.[36] Ebû Hanîfe ise, canlı kalkan oluşturan kurbanlara yönelik her türlü sorumluluktan kaçınarak, farklı bir görüş benimsemiştir.[37]

Peki ya mahkumlar? Yaşlılar, engelliler, kronik hastalar ve rahiplerin mahkum edilmemesi gerekir. Kadınlar ve çocuklar esir alınabilir, ancak hukukçular, Müslümanların onlara zarar vermemesi gerektiği konusunda ittifak halindedir. Ayrıca, yetişkin erkek esirlerin işkenceye uğraması veya uzuvlarının kesilmesi caiz değildir[38] ve onları öldürmek de caiz değildir; önce devlet başkanının huzuruna çıkarılmaları gerekir. Devlet başkanı, bu durumda dört şeyden birini yapma yetkisine sahiptir. Eğer mahkumlar Müslümanların hakimiyeti altında koruma statüsü kabul etmeye razı olurlarsa, devlet başkanı onları öldürme, köleleştirme, düşman elinde esir olan Müslümanlarla takas etme (veya fidye karşılığında serbest bırakma) ya da basitçe serbest bırakma yetkisine sahiptir. Koruma statüsünü kabul etmeyenler durumunda, kölelik seçeneği dışarıda kalır; çünkü İslam yönetimi altında Müslümanlarla bir arada yaşamaları imkansız hale gelir.[39] Eğer bir esir, devlet başkanının seçeneklerini uygulamadan önce Müslüman olursa, artık öldürülemez, takas edilemez ya da serbest bırakılamaz. Kölelik tek seçenek olarak kalır, ancak her zaman özgürlüğünü satın alabilir.[40] Kölelik, din değiştirsin ya da değiştirmesin, esir düşen kadınların da kaderidir, ancak din değiştirmeye istekli erkek hemcinsleri gibi onlar da özgürlüklerini bir köle azatlık sözleşmesiyle satın alabilirler. Putperest bir esirin İslam'a girmesi için, *şahadet* kelimesinin ilk kısmını ("Allah'tan başka ilah yoktur") söylemesi yeterlidir, ancak Ehl-i Kitap için, *şahadet* kelimesinin ikinci kısmının da ("ve Muhammed Allah'ın Rasulüdür") söylenmesi gerekir.[41]

---

[35] Nevevî, *Ravda*, VII, 447; İbn Kudâme, *Şerh*, X,402-03.
[36] Kan parası ile ilgili olarak bkz. 1. Bölüm, 3. Kısım. Kefâret ile ilgili olarak bkz. 6. Bölüm, 4. Kısım.
[37] İbn Kudâme, *Şerh*, X, 403.
[38] *el-Mevsû'atü'l-Fıkhiyye*, XVI, 151.
[39] Şemsüddîn İbn Kudâme, *Şerh*, X, 403-05, 409; Remlî, *Nihâye*, VIII, 65.
[40] Şa'rânî, *Mîzân*, II, 287 vd.
[41] Kâdîhân, *Fetâvâ*, III, 569; [Misrî, *Reliance*, 604].

Esir alınan iki kişinin evlilik akdi geçerli ve bağlayıcı olmaya devam eder, ancak kocası olmadan esir alınan bir kadının evlilik akdi geçersiz hale gelir. Köle olarak, Müslüman efendisine cinsel olarak helal olur.[42] Ebeveynler köle olarak satıldıklarında çocuklarından ayrılmamalıdır, aynı şekilde bir kişi torunlarından ayrılamaz, çünkü onlar aslında ebeveynlerle aynı statüye sahiptir.[43]

Aynı şekilde, Müslüman mahkumlar da İslam hukukuna tabidir. Kafirlerin arasında yaşamaya devam etmesi şartıyla özgürlüğüne kavuşan Müslüman bir esir, düşmanın şartlarına uymalı ve kaçmaya çalışmamalıdır. Kafirlere ihanet etmesine veya herhangi bir şekilde hainlik yapmasına da izin verilmez.[44] Düşman onu özgürlüğüne kavuştururken herhangi bir şart ileri sürmemişse, kaçabilir ve kaçmaya çalışırken öldürebilir. Buradaki temel gerekçe, esirle düşman arasında ne bir sözleşme yapılmış ne de bir güven ilişkisi (*yüe'mminûhu*) kurulmuş olmasıdır.[45] Eğer bir erkek esir düşman tarafından fidye ödenerek geri verilmesi şartıyla serbest bırakılırsa, esir anlaşmanın kendisine düşen kısmını yerine getirmekle yükümlüdür. Fidye miktarını bulamadığı takdirde geri döneceğini kabul ederse, bazı hukukçulara göre bunu yapmakla yükümlüdür. Ancak diğer hukukçular bu taahhüdü onun için bağlayıcı görmemişlerdir. Öte yandan tüm fakîhler, ister bu konuda ister başka bir konuda söz vermiş olsun ya da olmasın, kadının düşmana geri dönmekle yükümlü olmadığı konusunda hemfikirdir.[46] Bir Müslüman esir ölüm tehdidi altında düşmanın dinine geçmeye zorlanırsa, ölümden kurtulmak için bunu yapmalıdır, ancak bu durum kalben değil, yalnızca zahiren olmalıdır. Müslüman esirin, düşmanın kralı ya da lideri önünde secde etmesi istendiğinde (İslam'da secde yalnızca Allah'a yapılacak bir ibadet olarak kabul edilir), bunu zahiren yapmasına cevaz verilmiştir.[47]

Genel olarak, ganimet beş kısma ayrılır: beşte biri devlet başkanına, beşte biri piyadelere ve beşte üçü süvarilere aittir. Süvariler arasında ise atın (ya da aynı şekilde katır veya devenin) payı beşte iki olarak belirtilmiştir. Birçok fakîhe göre, devlet başkanının payı yetimler, fakirler veya yolda kalmışlar olmak üzere üç gruptan birine veya hepsine harcanır. Diğer bazı fakîhler ise, özellikle bu pay arazi

[42] Remlî, *Nihâye*, VIII, 67; İbn Kudâme, *Şerh*, X, 412.
[43] Tûsî, *Hilâf*, II, 506-07; Şemsüddîn İbn Kudâme, *Şerh*, X, 415-17; Nevevî, *Ravda*, VII, 455. Ayrıca bkz. 9. Bölüm, 5. Kısım.
[44] İbn Kudâme, *Kâfî*, IV, 209.
[45] *A.g.e.*
[46] *A.g.e.*
[47] Kâdîhân, *Fetâvâ*, III, 571.

ise, devlet başkanının beşte birini kamu hayır kurumları (*vakıf*lar) kurmak gibi diğer toplumsal hayır işlerine harcamasına izin verir.[48]

Cihad savaşından sonra koruma statüsü kazanan (*zimmî*) Ehl-i Kitap, *cizye* adı verilen bir baş vergisi ödemek zorundadır. Bu vergi, tüm yetişkin erkeklere zorunludur ancak kadınlar, çocuklar, azat edilmiş köleler, köleler, akıl hastaları, kronik hastalar ve yoksullar bu vergiden muaf tutulur. Her yılın sonunda ödenen bu vergi, refah seviyesine göre üç farklı kademede toplu halde ödenir: zenginler, orta halliler ve mütevazı durumda olanlar. Yoksullar, bahsettiğimiz gibi, muaf tutulur. Oranlar, zenginler için 48 *dirhem*, orta halliler için 24 *dirhem* ve mütevazı durumda olanlar için 12 *dirhem* (veya sırasıyla dört, iki ve bir *dinar*) şeklindedir. Bir *zimmî*, yılın herhangi bir zamanında, hatta son haftasında bile İslam'a geçerse, o yıl için hiçbir şekilde *cizye* ödemekle yükümlü değildir.[49]

Cihad savaşı sona erdiğinde ya da artık mümkün olmadığında, düşmanla bir barış antlaşması (*hüdne*) yapılabilir.[50] Çoğu hukukçu böyle bir antlaşma için on yıllık bir süre tanımıştır, ancak diğerleri, Müslümanların kamu yararına daha fazla uzatma ile hizmet edilirse, on yıllık şartın geçerli olmayacağı görüşündedir. Her halükarda, Müslümanlar bir antlaşmaya imza attıklarında, süresi ne kadar uzun olursa olsun, bu antlaşmayı yerine getirmelidirler. Antlaşmayı yapan devlet başkanının ölümü, haleflerini tamamen bağlı oldukları antlaşma şartlarından muaf tutmaz. *Hüdne* süresince, Müslümanlar kafirlerin mallarına zarar verdiklerinde tam tazminat ödemekle yükümlüdürler ve aynı şekilde kafirler de Müslümanların malına zarar verdiklerinde tam tazminat ödemek zorundadır. Eğer kafirler antlaşmanın şartlarını ihlal ederek Müslümanlara karşı savaş başlatırlarsa, barış antlaşması otomatik olarak geçersiz hale gelir.[51]

Harp Yurdundan olan kimseler, İslam Yurdunu ziyaret edebilir, ticaret yapabilir veya güvenlik garantisi sağlayan bir sözleşme olan

---

[48] İbn Kudâme, *Kâfî*, IV, 179–80, 199; Kâdîhân, *Fetâvâ*, III, 567; [Misrî, *Reliance*, 606; Ibn Rushd, *Distinguished Jurist's Primer*, I, 466–83]. Vakıf hukukunun ana hatları için bkz. 3. Bölüm, 3. Kısım.

[49] Remlî, *Nihâye*, VIII, 81; Hısnî, *Kifâye*, II, 217; İbnü'l-Münzir, *el-İknâ'*, 385; İbn Kudâme, *Kâfî*, IV, 217; [Misrî, *Reliance*, 607-09; Ibn Rushd, *Distinguished Jurist's Primer*, I, 483-87].

[50] [Misrî, *Reliance*, 604–05; Ibn Rushd, *Distinguished Jurist's Primer*, I, 463–64.] Müslüman hükümdarlar tarafından Avrupalı hükümdarlara ve tüccarlara *hüdne* şartları altında verilen kapitülasyon haklarının kısa bir tarihi için bkz. Leibesny, "Development of Western Judicial Privileges," 312-27. Ayrıca bkz. van den Boogert, *Capitulations and the Ottoman Legal System*.

[51] İbn Kudâme, *Kâfî*, IV, 210-13.

emân altında kalabilirler. Bu durumda, bu "misafirler" hem kendileri hem de mal varlıklarıyla tam koruma altında olurlar. Koruma statüsü altında yaşayan ve *cizye* vergisi ödemek zorunda olan kişilerden farklı olarak, *emân* alan (*müste'men*ler olarak bilinen) kimseler, vergi ödeme yükümlülüğü altında değildirler. Bazı fakîhler, özellikle Şâfiî mezhebine mensup olanlar, *emân* süresini dört ay ile sınırlandırmışken, birçok Hanbelî fakîhi bu süreyi bir kamerî yıl (Gregoryen takvime göre on bir veya on iki gün daha kısa) olarak belirlemiştir. Diğerleri ise süresiz bir *emân* verilmesini savunmaktadırlar. Modern devlet uygulamaları açısından çarpıcı olan, erkek, kadın veya köle olsun, herhangi bir Müslüman bireyin, normalde Savaş Yurdunun sakinleri olan on kadar kafire *emân* verme yetkisine sahip olmasıdır.[52] Devlet başkanı da elbette aynı yetkiye sahiptir, ancak o, sınırsız sayıda, hatta tüm bir nüfusa *emân* verebilir. Ayrıca, yalnızca devlet başkanı ve onun askeri komutanları, esirlere *emân* verme konusunda hukuki yetkiye sahiptir.[53]

Emân sözleşmesi yazılı olarak, sözlü anlaşma ile veya davranış biçimi olarak adlandırılabilecek herhangi başka bir yolla yapılabilir. Dolayısıyla, tüccarların ticaret amacıyla İslam yurduna girmeleri şeklindeki geleneksel uygulama, sanki tüccarlar Müslüman halktan açık bir *emân* almışlar gibi, kalışlarının onaylandığına dair bir delil teşkil etmek için tek başına yeterlidir. Aslında, bu özel bağlamda zımnî bir sözleşmenin var olduğu söylenebilir. Benzer şekilde ve aynı ilke uyarınca, yabancı elçiler ve temsilciler otomatik olarak *emân* koruması altındadır.[54] Modern uluslararası hukuk ve ulus-devlet hukukunun tam tersine, Müslüman topraklarda yaşayan gayrimüslimlere yönelik hukuktaki kayda değer hoşgörü oldukça dikkat çekicidir.

Şimdi, Batı kültüründe *cihad*a yönelik dikkat çekici derecede yüksek hassasiyetin ışığında, fıkıh risalelerinde bulunan ve yukarıdaki sayfalarda özetlenen teoriye ilişkin bir dizi özelliği anlamak önemlidir. İlk olarak, bu teori dar anlamda tek bir kaygıdan, yani inanmayanların İslam'a girmesinden hareket etmektedir. Bu, sadece mümkün olduğunda yerine getirilmesi gereken dini bir görevdir, çünkü daha önce de söylediğimiz gibi, kamu yararı *cihad* ile çelişirse, *cihad*ın yapılmasına gerek yoktur. Tüm göstergeler, *bu teoride* maddi kazancın, eğer varsa, ikincil bir öneme sahip olduğunu işaret etmektedir.[55]

---

[52] Remlî, *Nihâye*, VIII, 76; Kâdîhân, *Fetâvâ*, III, 564; İbn Kudâme, *Kâfî*, IV, 205.

[53] İbn Kudâme, *Kâfî*, IV, 205.

[54] Remlî, *Nihâye*, VIII, 76; İbn Kudâme, *Kâfî*, IV, 207.

[55] Bkz. *el-Mevsû'atü'l-Fıkhiyye*, XVI, 140-42'deki aydınlatıcı tartışma. Ancak bu, tarihsel gerçeklikte maddi kazancın kayda değer bir güdüden daha az olduğu anlamına gelmez.

İkinci olarak, bu teori, sadece Müslüman ve Müslüman olmayan güçler arasındaki çatışmalarla ilgilendiği için kısmi bir teoridir. Hukukçular, hukuk söyleminin tamamının hiçbir yerinde Müslüman beyliklerin kendi aralarındaki savaş ve çatışmalarla ilgilenmezler ki bu, tarihsel olarak bu beylikler arasındaki savaşların Müslümanlar ve gayrimüslimler arasındaki savaşlar kadar sık, hatta daha fazla olduğu gerçeği göz önüne alındığında oldukça önemli bir özelliktir.[56]

Üçüncü olarak, teori bir başka açıdan da kısmi bir nitelik taşımaktadır; zira her ne kadar eksiksiz olsa da sadece Müslüman tarafın davranışlarını düzenlemekte, ancak düşmanın nasıl davranması gerektiği konusunda hiçbir şey söylememektedir. Uluslararası hukuk (teoride) evrensel ve karşılıklı olarak uygulanabilirdir, ancak paralel bir sistem önermekle ilgilenmeyen İslam hukuku böyle değildir. Dolayısıyla, İslam hukuk teorisinin bu özelliği, *cihad*-emân söyleminden uluslararası hukuk olarak bahsetmeyi zorlaştırmaktadır.

Dördüncüsü ve bir önceki özellik ile ayrılmaz bir şekilde bağlantılı olan teori, Müslümanların yenilgiye uğrama ihtimalini ve daha da önemlisi Müslüman egemenliğinin azaltılması veya boyun eğdirilmesi ihtimalini tamamen göz ardı etmektedir. Her bir hukuk kitabının tüm tartışmalarında varsayım her zaman kazanmaktır: önce savaşacak kişinin nitelikleri, sonra savaş alanındaki davranışları, düşman esirlerine nasıl davranılması gerektiği, ganimetlerin nasıl paylaşılacağı ve fethedilen halkların nasıl yönetileceği belirtilir. Düşmanın elindeki Müslüman esirler hakkında çok az yorum vardır ve düşmanın zaferi ve Müslüman halkları yönetmesi hakkında neredeyse hiçbir hüküm yoktur.

Beşinci olarak, *cihad* teorisi sadece bir teoridir. Mali işlemler, *zina* ve ceza ahkamı gibi maddi hukukun tüm dallarında olduğu gibi hukuki doktrinden bahsetmek ile bu hukukun gündelik bağlam ile nasıl etkileşime girdiğinden bahsetmek arasında fark vardır. Burada özellikle önemli olan bir husus, *cihad*ın normatif kurallarının yöneticilerin çıkarlarına olan yakınlığıdır. Bu kitap boyunca sıkça tartıştığımız gibi, yönetici elitin belirli bir hukuk alanına yaptığı yatırım ne kadar büyükse, bu alanın uygulanmasının Şeriat dışı, hükümet tarafından dikte edilen unsurlarla renklendirilmesi o kadar muhtemeldir.

Altıncı ve son olarak, teori doğrudan doğruya İslam'ın ilk yüzyılında ortaya çıkan belirli tarihsel deneyimlerden doğmuş, ancak 1095/1683 Viyana Kuşatması'na kadar uzanan birbirini izleyen

[56] Bu Müslümanlar arası savaşların, özellikle üçüncü/dokuzuncu yüzyıldan sonra, hukuken ne şekilde meşrulaştırıldığı önemli bir araştırma konusudur.

tarihsel olaylarla önemli ölçüde geliştirilmiştir. Arap Peygamber'in ortaya çıkışı ile bu kuşatma arasındaki dönemin büyük bölümünde İslam çoğunlukla zafer kazanmış ve hüküm süren hanedanlar genellikle dünya imparatorlukları haline gelmiştir. Tersine, Müslümanların bu teoriyi değiştirmek ya da önemli ölçüde değiştirmek için çok az nedeni vardı, ta ki modern Avrupa ile karşılaşana kadar.

3. Yeniden Yorumlama ve Siyasi Kullanımlar

Cihad teorisinin yukarıda bahsedilen dördüncü özelliği, ilk bakışta belirsiz olsa da, en azından bir yönden, eşi benzeri görülmemiş büyük Avrupa sömürgeciliği olgusuyla karşı karşıya kalan Müslüman düşünürler için yorumlanabilir bir esneklik kaynağı olduğunu kanıtlamıştır. Müslümanlar, uzun tarihleri boyunca bu gerçekle ilk kez Hindistan'da yüzleştiler; burada tüm Müslüman nüfus önce Hollanda, daha sonra ise uzun süreli İngiliz işgali altında kaldı. Sömürgecilik gerçeği bir yandan *cihad* teorisini altüst ederken, diğer yandan da burada İslamcılar olarak adlandıracağımız birçok Müslüman'ın eşi benzeri görülmemiş tepkilerine neden oldu.[57] Bu yıkım, Batılı modern fikir ve kurumları benimsemenin tamamen Müslümanların yararına olduğunu düşünen sözde modernistler tarafından gerçekleştirilmiştir. Yakın tarihin ve günümüzün gerçekleri de onların yanındaydı: kölelik ve İslam hukuk doktrinindeki diğer pek çok şey gibi *cihad* da modern Müslüman dünyanın uygulamalarında hukuki ve fıkhi geçerliliği olmayan, modası geçmiş bir fikirden fazlasını temsil etmez hale geldi. Bunun yerine, bu konu siyasi bir mesele haline gelmiş ve bu durumda hem Müslüman devletlerin hukuk sistemlerinden hem de uluslararası hukuk ilkelerinden tamamen kopmuştur. Başka bir deyişle, modernitenin ve onun siyasi, askeri ve diğer süreçlerinin elinde *cihad*, hukuki veya fıkhi olmaktan ziyade ideolojik ve siyasi bir söyleme dönüşmüştür.[58] Şaşırtıcı derecede çeşitlilik gösteren bir kamp içindeki bazı İslamcılar, teorinin genel olarak aşırı siyasi yorumuyla geri döndüler ve yakın tarihin gösterdiği gibi, bunu orantılı olarak aşırı şiddet kullanarak uyguladılar. Görünüşe göre modernist kamp klasik teoriyi tanınmayacak şekilde ehlileştirirken, İslamcı taraf hem biçimini hem de içeriğini radikal bir şekilde değiştirmiştir.[59] Dolayısıyla her iki durumda da

[57] Bu gruba ilişkin bir tanım denemesi için bkz. 16. Bölüm, 4 (A) Kısım.

[58] Güncel uluslararası siyasette *cihad* konusunda bkz. Kelsay, *Arguing the Just War*, özellikle 4-6. bölümler.

[59] Abdü's-Selâm Ferec'in *el-Farîda el-Gâibe* adlı eserinde görüldüğü gibi. Bkz. Sagiv, *Fundamentalism*, 52-58.

Müslümanların bin yılı aşkın bir süredir teori ve pratikte tasavvur ettikleri şekliyle *cihad* artık mevcut değildir.

Hem modernistlerin hem de İslamcıların ideolojik pozisyonları, klasik teorinin dayandığı aynı metinsel envanteri muhafaza etmiştir, ancak aralarındaki farklar bu envantere yönelik kendi yorumlayıcı yaklaşımlarında yatmaktadır. Müslüman geleneği, teorinin yorumsal temelini oluşturan temel Nebevi olaylar konusunda nettir; bu olaylar açıkça kronolojik bir şekilde yapılandırılmıştır. Peygamberlik deneyimini yansıtan erken Mekke döneminde Kur'ân, Peygamber'in Kureyş'in hegemonik aristokrasisi karşısındaki hala güvencesiz konumunu yansıtan savunmacı bir duruşu teşvik etmiştir. Bu dönemde Kur'ân nadiren Müslümanları kafirlerle savaşmaya çağırır; bu durum, klasik hukukçular tarafından yeni mesajı "uyarma" ve "tebliğ etme" ihtiyacı ışığında geçmişe dönük olarak yorumlanmıştır.[60] Ancak Peygamber'in Medine'ye girişi ve 8/629-630'da Mekkelilere karşı kazandığı zafer, bu pasif tutumu daha aktif bir tutuma dönüştürdü. Medine'de vahyedilen Bakara suresi 190. ayeti yeni yaklaşımın bir göstergesidir: "Sizinle savaşanlara karşı Allah yolunda siz de savaşın. Ancak aşırı gitmeyin. Çünkü Allah aşırı gidenleri sevmez." Bir sonraki ayette Kur'ân Müslümanlara "onları nerede yakalarsanız" şeklinde kâfirlerle savaşmalarını emrederken, bir sonraki ayet şöyle der: "Ama eğer vazgeçerlerse, o zaman Allah gerçekten bağışlayıcıdır" (Bakara: 192). Tevbe suresi 5. ayeti daha da ileri gider: "Haram aylar çıkınca kafirleri nerede bulursanız öldürün, onları yakalayıp esir alın ve onları kuşatın ve onlara her yerde pusu kurun. Eğer tövbe eder, namazı kılar ve zekâtı da verirlerse, kendilerini serbest bırakın. Şüphesiz Allah çok bağışlayıcıdır, çok merhamet edicidir." Peygamber 8/629-630 yılında haram aylarda savaşma kısıtlamasını kaldırdı ve Kur'ân bunu, Müslümanlara "küçülerek kendi elleriyle *cizye*yi verinceye kadar" kafirlerle savaşmalarını emreden Tevbe Suresi 29. ayette yansıtmış gibi görünüyor. Bu sürecin doruk noktası, Kılıç Ayeti olarak bilinen Tevbe Suresi 36. ayetinde görülür.[61] Ayetin ikinci kısmı şöyledir: "Ve bütün müşriklere, onların size savaş açtıkları gibi savaş açın ve bilin ki Allah, muttakilerle beraberdir."[62]

Kur'ân'ın *cihad*la ilgili geniş kapsamlı söylemi, Hintli Müslüman düşünür Sir Seyyid Ahmed Han'a (1817-98) yeni bir teori sunma imkanı sağladı; bu teorinin temeli, Kur'ân'ın yeni bir yorumuna

[60] Remli, *Nihâye*, VIII, 41.
[61] *A.g.e.*, VIII, 42.
[62] Bu tutum değişikliği hakkında bkz. Firestone, *Jihâd*, 50-65.

dayanmaktaydı. Müslümanlara saldırıldığında *cihad* edilmesi gerektiğinden bahseden ayetlerden yola çıkarak, cihadın asıl amacının düşmanın İslam'a girmesi değil, dinin savunulması olduğunu ileri sürdü. *Cihad*, özellikle İslam'ın rükünleri olan iman, namaz, zekât, oruç ve hac tehdit altında olduğunda, imanı ve onun yerine getirilmesini engelleyenlere karşı yapılmalıdır. Han, Hindistan Müslümanlarının inançları gereği İngilizlerle savaşmak zorunda olmadıklarını, zira İngilizlerin bu temelleri zayıflatmaya çalıştıklarına dair hiçbir kanıt bulunmadığını ileri sürmüştür. Bu şekilde tartışarak Han, normalde cihadı haklı çıkarabilecek çeşitli gerekçeleri dışarıda bırakmıştır. Hariç tutulan bu gerekçelerden en önemlisi, İslam Yurdu'nun kafirler tarafından fethedilmesiydi. Böylesine daraltıcı bir yorumu benimseyerek, farkında olarak ya da olmayarak, dini ve siyasi olan arasında keskin bir ayrım getirmiştir. Böylece *cihad*, siyasi olanla hiçbir ilgisi olmayan dini bir hüküm haline getirildi.[63]

Cihadın tüm siyasi ve hatta askeri mülahazalardan arındırılması, yoğun bir apolojetik tonla karakterize edilen modernist projenin simgesi haline geldi. Ahmed Han, yeni bir yorum sunan ilk kişi olmasa da ilklerden biri olmuştur, ancak onu, bazıları Şerî hukuk uzmanı olarak tanımlanamayacak olan modernist düşünürlerin çoğunluğu, en azından söylem olarak takip etmiştir. Ancak her durumda modernistler, Kur'ân'ın cihatla ilgili ayetlerinin her koşulda ve her zaman geçerli olmadığı görüşünü benimsemişlerdir. Kayıtsız şartsız savaş çağrısı yapan ayetler dönemseldir, Peygamber'i ve onun yeni oluşan toplumunu çevreleyen düşmanca ve militan ortamdan kaynaklanmıştır. Modernistler, Kur'ân'ın gerçek mesajının Bakara: 190 (yukarıda alıntılanmıştır) gibi daha önceki ayetlerin ruhunda yer alması gerektiğinde ısrar etmektedir. Müslümanlar sadece düşmanlık besleyen veya İslam'ın dini temellerini tehdit edenlerle savaşmalıdır. Mısırlı alim Muhammed Reşîd Rızâ (ö. 1935) Hintli meslektaşı Ahmed Han'dan biraz daha fazlasını önerebilmiştir. Ancak cihadın hangi gerekçelerle başlatılabileceğini inancın esaslarına indirgeyen Han'ın aksine Rızâ, Mısır'da ve başka yerlerde İngiliz sömürgeciliği tarafından sergilenen proaktif saldırganlık karşısında Müslümanların nasıl tepki vermesi gerektiği meselesini çözememiştir.

Modernistlerin *cihad* söyleminin ve *cihad*ın yeniden yorumlanmasının belki de en göze çarpan özelliği, *cihad*ın kafirleri

[63] Peters, *Islam*, 125, 160–61.

dönüştürmeye yönelik aktif bir arayıştan, İslam'a ve Müslümanlara yönelik saldırılar karşısında nefsi müdafaa olarak benimsenebilecek pasif bir mekanizmaya dönüştürülmesidir. Bu görüşün en ateşli savunucularından biri olan Mısırlı alim Mahmûd Şeltût (ö. 1963), Kur'ân metnini tefsir ederken İslam'ın inanmayanları güç kullanarak değil, sadece barışçıl tartışma ve ikna yoluyla dönüştürmeyi amaçladığı sonucuna varmıştır. Tarihin tümevarımsal bir incelemesinin de bunun doğru olduğunu gösterdiğini savunmuştur. Bakara Suresi 190-194'ün (yukarıda alıntılanan) agresif dili, yeni ortaya çıkan Müslüman toplumun zulme karşı kendini savunmak için tepki gösterdiği özel bir duruma özgüdür. Böylece, "Kur'ân'da İslam'da savaşmanın amacının din değiştirmek olduğu görüşünü destekleyecek tek bir ayet bile yoktur" sonucuna varmıştır.[64] Bu çıkarımın önemi gayet açıktır: eğer *cihad*ın amacı din değiştirmek değilse, o zaman saldırgan olmaktan çıkar ve bir savunma yöntemine dönüşür.

*Cihad*ın yeni bir yorumunu öneren en açık sözlü modernistlerden biri, bir avukat, hukuk profesörü ve Mısır Ceza Mahkemesi Başkanı olan Muhammed Said 'Aşmâvî olmuştur. *Cihad* hakkındaki söylemi, İslam hukukunu modern bir bağlamda yorumlamak için yeni bir yöntem sağlamaya çalışan daha geniş bir teorinin parçasıdır.[65] Teorisinin temel unsurlarından biri, saf bir düşünce olarak din ile bu düşüncenin detaylandırılması olarak hukuk da dahil olmak üzere dini düşünce arasındaki önemli ayrımdır. Din insanüstüdür, değişmez ve nesneldir. Dini düşünce ise sadece insanidir ve dolayısıyla yere, zamana ve koşullara göre değişebilir. 'Aşmâvî'nin uzun uzadıya ele aldığı bu fikir, günümüz Müslümanlarını, tanımı gereği kendilerinden öncekiler tarafından inşa edilmiş ve detaylandırılmış bir geleneğe bağlılıktan kurtarmayı amaçlamaktadır. Din ebedidir ve Allah'a aittir, ancak her neslin veya çağın kendisi için inşa ettiği şey yüzyıllar boyunca tüm inananları değil, o zaman ve mekan için bağlayıcıdır. Şeriatın her çağ için mükemmel olabilmesi için, sürekli bir değişim halinde olan toplumsal ve insani gerekliliklere uygun hale getirilmesi gerekir.[66] İşte 'Aşmâvî *cihad* sorununu bu bağlamda ele alır.

'Aşmâvî'nin yaklaşımı, ne Kur'ân'ın ne de Sünnet'in herhangi bir İslami yönetim biçimi öngörmediği, çünkü dinin insanlara siyasi değil insani bir varlık olarak gönderildiği temel önermesinden başlar. Eğer

[64] Şeltût, "Koran and Fighting," 79.

[65] Bkz. 17. Bölüm, 7. Kısım.

[66] 'Aşmâvî, *Usûl*, 52-85. 'Aşmâvî'nin hukuk alanındaki reformist yöntemi hakkında detaylı bir tartışma için bkz. Hallaq, *History*, 231–41.

hükümet hiçbir zaman İslami olamazsa, o zaman *cihad* (geleneksel olarak dinin bir parçası olarak düşünülür) bu hükümeti korumak için bir araç olarak yorumlanamaz. Ve eğer Kur'ân'da *cihad* İslam yurdunun siyasi çıkarlarını desteklemek için emredilmemişse, o zaman *cihad* emrinin varlık nedeni vahyin diyalektik bir ilişki içinde olduğu koşullarda ve gerçekliklerde aranmalıdır. Şeltût gibi, 'Aşmâvî de Bakara Bakara: 190–93'ü zulüm ve saldırıya karşı bir tepki olarak görür ve bu da nefsi müdafaa için savaşmayı haklı çıkarır. Kur'ân'ın hiçbir yerinde Müslümanlara, önce Müslümanlara saldırmadıkları sürece, başka kutsal kitaplara inananlara karşı *cihad* başlatmalarını emretmediğini ileri sürer. Kur'an Müslümanlara, başkalarını dinlerinden döndürmek için onlarla savaşmalarını da emretmez, çünkü eğer Allah'ın planı bunu yapmak olsaydı, en başta tüm insanlığı Müslüman olarak yaratırdı. Ne de olsa Kur'ân'ın kendisi "Allah dileseydi sizi tek bir ümmet yapardı" (Maide 5:48) demiştir. Dolayısıyla, klasik Müslüman hukukçular Tevbe 29, 123 ve benzeri ayetleri yorumlarken hataya düşmüşlerdir, çünkü bu ayetlerden Ehl-i Kitap ile dinlerinden dönene kadar savaşılması gerektiği sonucu çıkarılamaz. Aksine, Şeriat, Enfâl 61 de dahil olmak üzere birçok ayette belirtildiği gibi, barışı teşvik eder: "Eğer onlar barışa yanaşırlarsa, siz de ona yanaşın." Aşmâvî, cihadın nefsi müdafaadan başka bir şey olmadığı sonucuna varır.[67]

Modernistler *cihad*ı savunma amaçlı ve modern savaş kavramları ve genel olarak ulus-devlet sistemiyle uyumlu olarak görürken, bazı İslamcılar klasik hukuk teorisinin ötesine geçerek *cihad*ın amacının İslam'ın yayılması ve Müslüman olmayanların İslam'a döndürülmesi olduğunda ısrar etmektedir. Bu kişilerin programları, bu tür bir *cihad*ı meşrulaştıran mantığı ifade etmede daha da ileri giderek, Batı kültür ve kurumlarına yönelik ayrıntılı eleştirilerle devam etmektedir. Klasik hukukçular, kafirlerin yaşam biçimlerinin doğası ya da altında yaşadıkları hükümetlerle hiçbir şekilde ilgilenmemişlerdir. Bunu mümkün olduğunda yerine getirilmesi gereken dini bir görev olarak görmüşlerdir. Hiçbir yerde *cihad*ın, İslam'ın bir yaşam biçimi olarak çare sunduğunu, zalim yönetimleri ya da zorba rejimleri değiştirmek için verilmesi gereken bir mücadele olduğunu ima bile etmemişlerdir. Ancak bu, bazı İslamcı programlarda baskın bir temadır. Örneğin Pakistanlı bir entelektüel olan Ebü'l-A'lâ Mevdûdî (ö. 1979) tam da bu kavramlarla tartışmıştır. Onun *cihad* kavramı, dünyayı eşitlik ve adalet, insan mutluluğu ve memnuniyeti açısından inşa eden bir ideolojinin ayrılmaz bir parçasıdır. Ona göre İslam, insan mutluluğuna

[67] 'Aşmâvî, *Usûl*, 89-98.

götüren pratik bir program sunar ve hükümetler, ulus-devletler veya onların kişisel çıkarlarıyla değil, tamamen insanlarla ilgili ve insanlar içindir. Eğer İslam *cihad* yoluyla dünyaya hakim olmayı hedefliyorsa, bunun nedeni maddi kaynaklara ve zenginliğe göz dikmesi ya da bunları diğer gruplardan veya uluslardan belirli bir elitin çıkarları doğrultusunda gasp etmesi değildir. Mevdûdî, İslam'ın küresel yönetim iddiasının, Avrupalı olmayan toprakların çoğunun doğal ve maddi kaynaklarını yağmalayan Batı sömürgeciliğinin hiçbir özelliğini taşımadığını ima eder. Aksine, İslam "insan ırkının hep birlikte insan mutluluğunun kavramsal ve pratik programından yararlanabilmesi için yeryüzünü ister ve talep eder."[68] Bu hedefe ulaşmak için de her şeyi kapsayan bir devrime ve geniş kapsamlı bir mücadeleye ihtiyaç vardır. O halde Mevdûdî'ye göre hem baskıya hem de eşitsizliğe karşı devrimci bir mücadele olan *cihad*ı oluşturan unsurlar tam da bunlardır.[69]

Anti-Marksist Mevdudi'nin ideolojisinin klasik hukukçuların savunduklarından çok milliyetçi ve Marksist kurtuluşçu hareketlerin temel zeminlerini yansıtması şaşırtıcı olmadığı gibi, önerdiği devrimi *cihad* olarak adlandırması da şaşırtıcı olmamalıdır. Siyasi aktivizm arayışında olan İslamcıların çoğu, söylemsel bir strateji olarak *cihad*a etkin bir şekilde başvurmuşlardır. Önde gelen Mısırlı İslamcılardan Seyyid Kutub, Weberci "insanın insan üzerindeki egemenliği"[70] kavramına -bilerek ya da bilmeyerek- teslim olmuş ve bu tür bir Batılı yönetim biçiminin bir insanın ya da sınıfın diğerine boyun eğmesine yol açtığını savunmuştur. Bu tür bir rejim insanları köleleştirir ve onların adalet ve eşitlik vizyonlarını karartır. Öte yandan İslam, insanı bu tür zincirlerden ve baskılardan kurtararak yalnızca tek bir Tanrı'nın üstünlüğünü kabul eder. *Cihad*, insanlığı bu zulümlerden kurtarmak amacıyla başlatılmalıdır, ancak insanları zorla dönüştürmek için kullanılmamalıdır. Sadece "bireyi siyasi baskılardan kurtardıktan sonra özgür iradesine göre inanç seçiminde serbest bırakır."[71] Ancak Kutub'un varsayımının bu özgürleşmiş bireyin nihayetinde İslam'ı seçeceği yönünde olduğu açıktır.

1970'lere gelindiğinde, İslam ve Arap ülkelerindeki sosyal ve entelektüel protestolar yeni bir hal almaya başlamıştı. Batı ana suçlu

[68] Peters, *Islam*, 130'daki tercümeden alıntılanmıştır.
[69] *A.g.e.*
[70] Lassman, "Rule of Man." Kutub'un bu konudaki görüşleri ile ilgili detaylı bilgi için bkz. Euben, *Enemy in the Mirror*, 56–62, özellikle 61'de.
[71] Peters, *Islam*, 131'deki tercümeden alıntılanmıştır.

olarak görülmeye devam etse de, Müslüman dünyanın yönetici elitleri ve diktatörleri Batı emperyalizminin, özellikle de Amerika'nın iflah olmaz ajanları olarak tanımlanıyordu. O halde mücadele artık sadece uluslararası arenada yürütülmemeli, ülke içinde de başlamalıydı. Ulusal rejimler artık ilk hedefler ve Batı'nın tecavüzlerine karşı direnme ve mücadele etme araçları haline gelmişti. Kudüs'ü özgürleştirmenin yolu Kahire ve Amman'ı özgürleştirmekten geçiyordu (aslında Marksist bir Filistin sloganıydı, özellikle de Hıristiyan liderler George Habaş ve Nayif Havatmeh tarafından benimsenmişti). Pek çok Arap, İranlı ve Güneydoğu Asyalı Marksist devrimci mücadele çağrısında bulundu ve bazıları hala bulunuyor. Ancak giderek artan sayıda birey ve örgüt İslami bir referans çerçevesini tercih etmiş ve Müslüman kitleleri kendi ülkelerindeki siyasi rejimlere karşı *cihad* etmeye çağırmıştır.[72] Marksist devrim söylemi İslami bir kelime dağarcığına dönüştürülmüştür, ancak siyasi içerik hemen hemen aynıdır. Bu söylemi benimseyen birçok gruptan ikisi, 1970'lerin ortalarında sırasıyla bir bilim adamı ve bir ziraat mühendisi tarafından kurulan İslami Kurtuluş Örgütü ve Müslümanlar Birliği'dir (daha çok *Cemâatü't-tekfîr ve'l-hicre* adıyla bilinir).[73] Bu iki figürün İslami ilimlerin herhangi bir alanında ne ölçüde bilgili oldukları, eğer bilgili iseler, açıkta kalan bir sorudur.

Bu hareketlerin ve ideolojilerin hassas ve zekice bir analizi, yirminci ve yirmi birinci yüzyıllarda *cihad* kavramının kullanımının sadece çok çeşitli değil, aynı zamanda modern öncesi tutarlı hukuk doktrininden niteliksel olarak da farklı olduğunu açıkça ortaya koymaktadır. Bazı akademisyenlerin iddia ettiği gibi, modern ve modern öncesi *cihad* anlayışları arasındaki bu farklılıkları sadece üslup ve dil farklılıklarına indirgemek, sadece meseleyi kaçırmak değil, aynı zamanda ikinci/sekizinci yüzyılın sosyal, ekonomik, siyasi ve hukuki gerçeklerini günümüzün gerçekleriyle bağdaştırmak ve böylece soyutlanmış bir öze indirgenebilir bir "tarihsel İslam" üretmektir. Hıristiyan Arap liderlerin Arap ulusal hareketlerini desteklerken *cihad* kelimesini kullanmaları dikkat çekicidir; tıpkı El-Ezher Rektörü Abdülhalîm Mahmûd'un *cihad*ın Hıristiyan Araplar için Müslüman muadillerinden daha az zorunlu olmayan *ulusal* bir görev olduğunda ısrar etmesi gibi.[74]

[72] Örnek olarak bkz., Ferec, *el-Cihâd: el-Farîda el-Gâibe*. Ayrıca bkz. Bassiouni, "Evolving Approaches," 136–46.

[73] Sagiv, *Fundamentalism*, 52–58.

[74] Peters, *Islam*, 158.

Mahkemeler, Davalar ve Deliller

Hemen hemen her fıkıh eserinde, modern bir bakış açısıyla usul hukukuna ait olarak nitelendirilebilecek üç bölüm veya "kitap" bulunurdu.[1] Bu bölümlerden ilki genellikle *kâdı* ve onun *edebi*[2] ile ilgilidir; yani, onun atanma usul ve şartları, görevdeyken nasıl davranıp ve çalışması gerektiği.[3] Bu şartlar, kişisel özellikler ve ruh halinden mahkemede takip etmesi gereken usule kadar uzanır ve bu hususların tamamı her zaman olduğu gibi farklı hukukî görüşlere (*hilâf; ihtilâf*) tabidir. İkinci bölüm ise genellikle davacıların ve davalıların yükümlülükleri ve hakları ile bir *dava*nın nasıl açılacağı, sürdürüleceği ve sonuçlandırılacağı konularını ele alır. Üçüncü bölüm delillerle, özellikle sözlü tanıklıklarla (*şehâdât*) ilgilidir, ancak bu kısımda aynı zamanda yazılı belgeler, yeminler, itiraflar ve ilgili diğer hususlar da ele alınır.

1. Davalar

Her ne kadar Müslüman mahkemesinin ele aldığı konuların büyük çoğunluğu dava içermese de,[4] mahkemenin önemli bir işlevi doğal olarak ihtilafların çözülmesiydi.[5] *Kâdı*, hukuki ve ahlaki bir sorumlulukla tüm anlaşmazlıkları (menfaat çatışması içerenler hariç) dinlemek ve karara bağlamakla yükümlüydü ve davacıları veya davalıları mesai saatleri dışında kendisine müracaat etseler dahi reddetmesi yasaktı.[6] "Zulmü ortadan kaldırmak" *kâdı*nın kesin görevi

[1] Bkz. EK A, 51-53 bölümleri.

[2] Bu bölümler, genellikle *edebü'l-kâdî* veya *edebü'l-kadâ'* olarak adlandırılan bağımsız eserlerde de özel bir şekilde ele alınmıştır. Bu tür eserler ile ilgili bir liste için bkz. Hallaq, "Qâdî's Dîwân," 418–19, no: 15–20.

[3] İmâmiyye Şîası da dahil olmak üzere hukukçuların çoğunluğu yalnızca erkeklerin *kâdı* olabileceği görüşünü benimsemiştir. Ebû Hanîfe, kadınların şahitliklerinin geçerli sayıldığı hukukun tüm alanlarında, yani *had* suçları ve *kısas* (bkz. yukarıdaki 10. bölüm) dışındaki tüm alanlarda bu görevi yerine getirebilecekleri görüşünü savunmuştur. Günümüzde mevcut olmayan Cerîrî ekolünün isim babası İbn Cerîr et-Taberî (ö. 310/923), kadınların da erkekler gibi *ictihad* edebilecekleri için hukukun tüm alanlarında hakimlik yapabilecekleri görüşündedir. Tûsî, *Hilâf*, II, 590.

[4] Bkz. 4. Bölüm, 2-3. Kısım.

[5] Ayrıca bkz. 1. Bölüm, 5. Kısım.

[6] *Kâdı*ların haftada en az bir ya da iki günü anlaşmazlıkları dinlemek için ayırması bir kuraldı. *Kâdı* sadece namaz veya yemek saatlerinde davacıları geri çevirebilirdi, o zaman dahi bunu geçici olarak yapabilirdi. Nevevî, *Ravda*, VIII, 139–40; Mâverdî, *Hâvî*, XVI, 273.

olup, bu görevin etkin bir şekilde ve gereksiz gecikmeler olmaksızın yerine getirilmesi bekleniyordu.[7] Bu nedenle, uzun süren yargılamalar ve yargı sürecindeki ertelemeler hoş görülmezdi ve bu durumun adaletsizliğin artmasına neden olduğu düşünülürdü.[8]

Bu literatürdeki konuların büyük bir kısmı, *kâdı*nın davacılara yönelik muamelesindeki etik konulara ayrılmıştır. Eşitlik büyük önem taşımaktaydı ve bu, davacıların *meclisü'l-hükm*e (oturum halindeki mahkeme) fiziksel olarak yaklaşmalarından başlıyordu.[9] Sıranın korunması gerekiyordu, davacılar ve davalılar mahkemeye aynı anda geldiklerinde ya da sıra kaybolduğunda kura çekilmeliydi. *Kâdı*ya davacılara saygılı davranması, onları selamlaması, *meclis*inde oturmaya davet etmesi, ciddi ama kibar, konuşurken ölçülü, sert ama nazik olması ve tüm dikkatini onlara vermesi emredilmiştir.[10] Özellikle sonraki yüzyılların çoğu hukukçusu, bir *kâdı*nın hüküm verirken davacılarla ilgili önceden sahip olduğu bilgilere dayanmasına şiddetle karşı çıkmıştır.[11] Böyle bir bilgiye dayanılmasına izin verenler ise bunu ihtiyatlı bir şekilde yapmış ve *hudûd* kapsamına giren tüm davaları bundan istisna tutmuşlardır.[12] Hediye ve rüşvet yasaktı, ancak *kâdı* kamu hazinesinden bir gelir elde etmiyorsa,[13] davacılardan (ve mahkemenin diğer tüm müdavimlerinden) uygun bir ücret talep alabilirdi.[14] *Kâdı*, bir akrabasının ya da arkadaşının dahil olduğu davaları karara bağlayamazdı[15] ve tarafsızlığını sağlamak için mahkeme oturumlarına bir grup hukuk bilgininin katılması gerekiyordu.[16] *Kâdı*, talep üzerine, önceki *kâdı*nın kararlarını, aynı şekilde halefi de onun kararlarını gözden geçirebilirdi.[17] Görevden

[7] *el-Fetâvâ el-Hindiyye*, III, 306.

[8] Hısnî, *Kifâye*, II, 256; Remlî, *Nihâye*, VIII, 224; [Misrî, *Reliance*, 624-30; Ibn Rushd, *Distinguished Jurist's Primer*, II, 553 vd.].

[9] Sadece Osmanlılar döneminde ve on altıncı yüzyıldan sonra, kasaba ve şehirlerdeki mahkemeler bu amaç için özel olarak tahsis edilmiş bir binada yapılmaya başlanmıştır. Hallaq, "Qâdî's Dîwân," 435–36; [Misrî, *Reliance*, 630–32; Ibn Rushd, *Distinguished Jurist's Primer*, II, 568–72].

[10] Nevevî, *Ravda*, VIII, 147; Mâverdî, *Hâvî*, XVI, 273; İbn Müflih, *Furû'*, VI, 442.

[11] İbn 'Âbidîn, *Hâşiye*, V, 423; Mâverdî, *Hâvî*, XVI, 321-24.

[12] İbn Kudâme, *Kâfî*, IV, 300.

[13] Karâfî, *Furûk*, III, 5, burada Kamu Hazinesinden elde edilen herhangi bir gelirin maaş (*ecr*, yani ücret olarak adlandırmaktadır) olmadığını, çünkü böyle bir ödemenin hakimi önyargı suçlamasına maruz bıraktığını savunur (*le-dehalet et-tühme*).

[14] Nevevî, *Ravda*, VIII, 127; İbn 'Âbidîn, *Hâşiye*, V, 362-63, ayrıca 372-73.

[15] Bu, tüm Sünni ekollerin üzerinde ittifak ettiği bir görüş gibi görünmektedir. Ancak İmâmiyye Şîası, *kâdı*ya kendi soyundan ve neslinden gelenleri ilgilendiren anlaşmazlıkları karara bağlamasına izin vermiştir. Bkz. Tûsî, *Hilâf*, II, 603-04.

[16] Nevevî, *Ravda*, VIII, 124-26; Hattâb, *Mevâhib*, VI, 117; Mâverdî, *Hâvî*, XVI, 47-50; el-Hüsâm eş-Şehîd, *Şerh*, 59. Ayrıca bkz. 4. Bölüm, 3. Kısım.

[17] Tûsî, *Hilâf*, II, 590-91.

ayrıldıktan sonra, halefi tarafından görev süresi boyunca yaptığı herhangi bir suiistimalden dolayı hesap vermesi istenebilir ve diğer sanıklar gibi adalet önünde hesap vermek zorunda kalabilirdi.[18]

Akıl ve temyiz gücüne sahip olan herkes bir başkasına karşı *dava* açabilir,[19] ancak yargılama sürecinin başlayabilmesi için diğer bazı şartların da yerine getirilmesi gerekir. Bu şartların yerine getirilmesi davayı geçerli (*sahîha*) kılar ve bu da davacıya hakimin davalıyı mahkeme huzuruna çağırmasını talep etme ve aksi takdirde davada hüküm verme hakkı verir. Kusurlu dava (*nâkısa*), tüm temel şartları taşıyan ancak yerine getirildiğinde davayı düzeltebilecek bir şart veya şartlardan yoksun olan davadır (anlaşmazlık konusunun başlangıçta makul bir kesinlikte belirtilmemesi gibi).[20] Bu tür bir düzeltme, bir kez yapıldığında, davayı sağlam hale getirir. Ancak, eksikliğin giderilemeyecek olması nedeniyle düzeltmenin mümkün olmadığı ortaya çıkarsa, dava hükümsüz ve geçersiz sayılır (*bâtila; fâside*). Bir davayı geçersiz kılan bazı nedenler arasında zaman aşımına (*tekâdmü'z-zamân*)[21] uğramış bir dava veya davacının ne hak sahibi ne de hukuki yetkiye sahip olarak hareket etmediği bir dava (*fuzûlî*) sayılabilir.[22]

Bir *dava*nın "geçerli" olabilmesi için, ilgili tarafın iddialarında tutarsız veya çelişkili olmaması gerekir; bu iddiaların dilinin kesin olması ve ihtilaf konusu mal veya eşyanın niteliği, özellikleri, büyüklüğü, değeri ve konumunun yüksek bir kesinlik derecesiyle belirtilmesi gerekir.[23] Eğer eşya gerçek bir mal ise, konumu çevredeki mallara göre tanımlanmalı ve eğer taşınır bir mal ise, özellikleri, boyutu, şekli, rengi, değeri vb. uygun şekilde belirtilmelidir.[24] İhtilaflı eşyanın tanımlanmasındaki herhangi bir eksiklik, şahitlik delilini kabul edilemez olmasa bile yetersiz kılar, çünkü şahitliğin üzerinde ihtilaf edilen eşyaya uygun olması gerekir.[25]

---

[18] Nevevî, *Ravda*, VIII, 112-14; İbn Kudâme, *Muğnî*, XI, 403-05; Mevâk, *Tâc*, VI, 135; Hattâb, *Mevâhib*, VI, 135-37; Tûsî, *Hilâf*, II, 591.

[19] Kâsânî, *Bedâi'*, VIII, 441; [Misrî, *Reliance*, 632-35; [Ibn Rushd, *Distinguished Jurist's Primer*, II, 555-56, 567-68].

[20] Hattâb, *Mevâhib*, VI, 124-25.

[21] Kural olarak haklar ortadan kaldırılamaz olsa da siyasal iktidar belirli davaların görülmesi için belirli zaman sınırlamaları getirebilir. Bu konuda iyi bilinen bir örnek, Osmanlı'nın miras ve *vakıf* dışındaki çoğu davaya on beş yıllık bir süre sınırlaması getirmesidir. Bâz, *Şerh*, II, 983-90; İbn 'Âbidîn, *Hâşiye*, V, 419 vd; Hattâb, *Mevâhib*, VI, 128-29. Bazı hukukçular *had*, *kısas* ve *li'ân* konularında herhangi bir zamanaşımı süresinin uygulanamayacağını ileri sürmüşlerdir. İbn Nüceym, *Eşbâh*, 222.

[22] Bkz. 7. Bölüm, 1, ii ve 8. Kısım.

[23] İbn Ebü'd-Dem, *Edeb*, 143–47.

[24] Halebî, *Mültekâ*, II, 108-09.

[25] İbn Ebü'd-Dem, *Edeb*, 143; İbn Kudâme, *Kâfî*, IV, 315.

Fıkıh, bireysel ve kolektif haklar arasında ayrım yapar; ikincisi, bir bireyi veya bir dizi belirli kişiyi (örneğin, ortaklar veya bir ailenin mirasçı üyeleri) değil, bir sınıf insanı ilgilendiren hukuki fiiller ve araçlardan kaynaklanır. Kolektif bir hakka yol açan bir tasarrufun yaygın bir örneği, hastaneler, aşevleri, kamuya açık çeşmeler (su temini için rezervuarlar dahil), köprüler, camiler, hamamlar ve mezarlıklar gibi yoksullara ve muhtaçlara veya genel olarak Müslüman topluma tahsis edilen bir *vakıf*tır. *Kazf* suçu[26] hariç, tüm *had* suçları "kamusal" suçlar olduğu için bu kolektif hak kategorisine dahildir. Toplu *dava* herhangi bir kişi ya da kişiler tarafından açılabilir, zira *müddei*, davacı ya da müşteki, hak sahipleri sınıfının ya da genel olarak toplumun temsilcisi konumundadır. Bu, *da'va'l-hisbe* olarak bilinir ve *muhtesip* kurumu ve *ihtisâb* uygulaması ile bağlantılıdır.[27] "Kamuyu" ilgilendiren konularda (Kur'ân'daki *had* suçları da dahil olmak üzere) ve müdahaleci devlet mekanizmalarının yokluğunda, modern hukukta kamu davası ile ilişkilendirilen bazı işlevleri yerine getirenler tarihsel olarak *kâdı* ve *muhtesip* olmuştur.[28]

Geçerli, sağlam herhangi bir davayla ilgilenirken, *kâdı*nın ilk görevi davacının kim olduğunu belirlemektir,[29] çünkü bu belirlemenin sonucunda davalı farklı bir kanıtlama prosedürüne tabi tutulurken, davacıya belirli bir kanıtlama türü tahsis edilir. Davacının ispat yükü "daha ağır" kabul edilir, çünkü dava açarak mevcut durumu, süreklilik karinesini ve aslında davalının masumiyet karinesini değiştirmeye çalışmaktadır. Yine de hiçbir ekol ya da hukukçu davacıyı yalnızca mahkemeye dava açtığı gerekçesiyle tanımlamaz. Mâlikîler ve Şâfiîler davacıyı, mevcut durumu değiştirme iddiası veya buna benzer bir karinesi diğer tarafa göre daha zayıf olan taraf olarak kabul eder.[30] Örneğin masumiyet karinesi (*berâe*), X'in Y'ye karşı ödenmemiş bir borçla ilgili iddiasının, Y'nin borcu *inkar* etmesi halinde (*nukûl*) X tarafından delillerle (*beyyine*) kanıtlanmasını gerektirir. Ancak X tatmin edici bir delil sunmazsa, Y'nin masumiyetini kanıtlamak için X'e borçlu olmadığına dair *yemin* etmekten başka bir şey yapması gerekmez. İtiraf (*ikrar*) ise başka bir kanıt gerektirmez.[31] Süreklilik karinesi ayrıca, aksi kanıtlanana kadar "doğal durumun"

[26] Bkz. 10. Bölüm 2, ii Kısım.

[27] İbn Müflih, *Furû'*, VI, 524.

[28] Mâverdî, *Ahkâm*, 207–23. Ayrıca bkz. 5. Bölüm, 2-3. Kısımlar.

[29] Karâfî, bu konunun fakihler arasında oldukça ihtilaflı olduğunu ifade eder. Bkz. Karâfî, *Furûk*, IV, 160-65.

[30] Hattâb, *Mevâhib*, VI, 124.

[31] Buhûtî, *Ravd*, 604-05; [Ibn Rushd, *Distinguished Jurist's Primer*, II, 567].

devam ettiğinin varsayılmasını gerektirir. Dolayısıyla, eski kocasının ölüm hastalığı sırasında kendisini boşadığını iddia eden üç kez boşanmış bir kadın, diğer akrabalar bunun böyle olduğunu inkar etse bile, boşanmanın ölüm hastalığı sırasında gerçekleştiğini kanıtlamak zorundadır. Aynı şekilde, masumiyet karinesi ve sürekli iyi niyetli ilişkiler karinesi aksi ispat edilene kadar geçerlidir, çünkü kötü niyetli davranış içeren her türlü iddia kanıt gerektirir. Bu tür kareneler aynı zamanda uzun süreli, engelsiz ve tartışmasız zilyetliğin mülkiyete işaret ettiğini ve aksi yöndeki her türlü iddianın kanıtla desteklenmesi gerektiğini belirtir. Bu nedenle, Şâfiî Nevevî konuyu şu şekilde açıklar: "Davacı, açık olandan (*zâhir*) farklı olan gizli bir hususu (*emran hafiyyen*) iddia eden kişidir; davalı ise açık olanı kabul eden kişidir. [Ya da] davacı kendi haline bırakılan ve sükût etmesi [yani davadan vazgeçmesi] halinde hiçbir şey yapmaması gereken kişidir; oysa davalı [bir kez dava açıldıktan sonra] kendi haline bırakılamaz ve [isterse davadan] vazgeçemez."[32]

Hanefîler ve Hanbelîler bu ayrıma farklı yaklaşmaktadır. Birinciler, davacının, talepte bulunmaktan vazgeçmeyi seçmesi halinde, bu konuda ısrar etmeye zorlanamayacak taraf olduğu, davalının ise bu imkandan vazgeçme seçeneğine sahip olmadığı görüşündedir.[33] Hanbelîler bu ayrımı benimser ve buna inisiyatif unsurunu da eklerler. Dolayısıyla, davacı aynı zamanda davayı açan kişi olmalıdır, davalı ise davanın hedefi olan kişidir.[34]

Herhangi bir karinenin davalı lehine ileri sürülemediği veya zilyetlik karinesi kurulamadığı ihtilaflarda, her iki taraf aynı anda hem davacı hem de davalı olarak kabul edilir. Bir kimsenin belirli bir bedel karşılığında bir evi başka birine kiraladığını, karşı tarafın ise bu bedelin çevredeki arazinin kirasını karşıladığını iddia ettiği bir davada, her iki tarafın da delil (*beyyine*) getirmesi gerekir, bu durum her iki tarafı davacı konumuna getirir. Müşterek maliklerin kendi aralarındaki anlaşmazlıklar veya satış bedeli (*semen*) ve *mehir* miktarı üzerindeki anlaşmazlıklar da her iki tarafı aynı anda hem davacı hem de davalı konumuna getirir.[35]

Hukukçuların çoğunluğu, yetki alanını belirleme görevinin davacıya ait olduğunu benimsemektedir, ancak Hanefîler, aksi ispat edilene

[32] Nevevî, *Ravda*, VIII, 287; İbn Ebü'd-Dem, *Edeb*, 131-35.
[33] Halebî, *Mülteka*, II, 108.
[34] Buhûtî, *Keşşâf*, VI, 409.
[35] Şâfiî, *Ümm*, VI, 323-24.

kadar herhangi bir suçlamadan masum olduğu varsayıldığından, bunu belirleme hakkını davalıya vermektedir. Bazı Mâlikîler, diğer Mâlikî olmayanların yanı sıra, ihtilaf konusu olan eşyayı ayırarak, davanın ihtilaflı malın bulunduğu yerde açılması gerektiğini savunmuşlardır. Ancak geçerli Mâliki görüşü, davanın davalının ikamet ettiği yerde açılması gerektiği yönündedir. *Kâdı*lar arası iletişim yöntemini (*kitâbü'l-kâdî ile'l-kâdî*)[36] kabul eden hukukçular genellikle davacının davasını istediği herhangi bir *kâdı* nezdinde açmasına izin verirler. İmâmiyye Şîasının bu tür bir iletişimi kategorik olarak reddettiği ve böylesi şüpheli yollardan elde edilen tanıklıklara dayanarak mahkeme kararı verilemeyeceği görüşünü benimsediği görülmektedir.[37]

Bir kişiye dava açan birinin, muhatabını kendisiyle birlikte mahkemeye çıkması için davet etmesi beklenir. Bu talebi kabul etmek, bizzat Kur'ân tarafından şiddetle tavsiye edilmiştir.[38] Ancak davalının bunu reddetmesi durumunda, davalının hazır bulunması kendisi için hastalık veya mahkemenin bulunduğu yere uzak mesafeli seyahat nedeniyle herhangi bir zorluk içeriyorsa, davacının talebi *kâdı* tarafından otomatik olarak yerine getirilmez. Fakîhler, mesafe söz konusu olduğunda meydana gelebilecek zorlukların ölçüsü konusunda ihtilaf etmişlerdir; bazıları üç günlük yolculuğun böyle bir zorluk teşkil ettiğini düşünürken, diğerleri bir günlük mesafeyi geçen her yolculuğun meşakkat olduğunu belirtir.[39] Mâlikîler, Şâfiîler ve Hanbelîler, davalının mahkeme başkanı olan kâdı huzuruna çıkması konusunda ısrarcı olmayıp, davalının ikamet ettiği yerdeki *kâdı* ile *kitâbü'l-kâdî ile'l-kâdî* aracılığıyla yazılı olarak iletişim kurmasına izin verirler.[40]

Davalı, davanın görüldüğü mahkemenin bulunduğu yere makul bir mesafede yaşıyorsa, *kâdı* kendisinden talep ederse ve talep ettiğinde (genellikle bir dava *kâdı* tarafından "geçerli" olarak tasdik edildiğinde yapılır) mahkeme huzuruna çıkmalıdır. Adaletin önüne çıkma emri hem Kur'ân'dan hem de *kâdı*ları tarafından temsil edilen hükümdardan gelen bir emir olduğu için, çıkmama ya da çıkmayı reddetme ahlâkî-hukukî bir ihlal olarak kabul edilir. Reddetmesi halinde *kâdı*, davalıyı mahkemeye getirmeleri için yardımcılarını (*a'vvân*) gönderme yetkisine sahiptir. Bu görevi başaramazlarsa ve

[36] Mevâk, *Tâc*, VI, 142; Nevevî, *Ravda*, VIII, 162–63. *Kitâbü'l-kâdî ile'l-kâdî* ile ilgili olarak bkz. Hallaq, "Qâdi's Communicating."

[37] Tûsî, *Hilâf*, II, 595.

[38] Nûr: 48-51.

[39] Nevevî, *Ravda*, VIII, 245; Tûsî, *Hilâf*, II, 599-600.

[40] İbn Kudâme, *Kâfî*, IV, 302; İbn Kudâme, *Muğnî*, XI, 458-66; *el-Fetâvâ el-Hindiyye*, III, 381.

suçlamanın ciddiyetine bağlı olarak, *kâdı* polisin (*şurat, şurta*) ya da valinin askerlerinin yardımını isteyebilir ve bunlar sanığı mahkemeye getirmek için zor kullanabilir.

Son olarak, ihtilaflı taraflar anlaşmazlıklarını çözmek için *tahkîm*e de başvurabilirler.[41] *Hakem* bir karara vardığında, hiçbir taraf bu karardan geri dönemez ve verilen karar bağlayıcıdır. Hukukçular, hakemin atanması ile tahkime başlaması arasında geçen sürede taraflardan herhangi birinin davadan çekilebileceği konusunda hemfikir olmakla birlikte, yargılama sırasında bunu yapıp yapamayacakları konusunda farklı görüşlere sahiptirler. Aynı şekilde tahkimin hukukun çeşitli alanlarında geçerli olup olmadığı konusunda da ihtilaf etmişlerdir; Hanefîler *hudûd* ve kısası, Hanbelîler ve Şâfiîler ise aile hukukunu bu istisnaya dahil etmişlerdir.[42] *Kâdı*, hakemin kararını hukuken doğruysa ve kendi mezhebinin doktrinine uygunsa yerine getirmek zorundadır; aksi takdirde hakem kararını iptal etme yetkisine sahiptir.[43]

2. Şahitlik

Teoride ve pratikte, Şeriat sözlü tanıklığa (*şehâdet*) birincil önem atfeder ve bunu tüm delil türleri (*beyyine*) arasında en önemlisi olarak görür.[44] *Beyyine, yemin*, itiraf (*ikrar*) ve karineler (*karâinü'l-ahvâl*) gibi diğer delil türlerini de içermesine rağmen, *şehâdet*in *beyyine* ile olan güçlü ilişkisi bu iki terimi neredeyse birbirinin yerine kullanılabilir hale getirmiştir.[45] *Şehâdet*, ikinci bir tarafın üçüncü bir tarafa karşı sahip olduğu bir hakka yönelik tasdik olarak; buna karşılık örneğin *ikrar*, tasdik eden tarafın ikinci bir tarafa borçlu olduğu bir hak olarak tanımlanır.[46] Belirli bir olayı veya durumu gördüğüne ve duyduğuna dair kesin bilgi (*'ilmü'l-yakîn*) içermelidir, olasılık ve zanna dayalı tüm şahitlikler kabul edilmez. *Kâdı* sadece şahitlerin çapraz sorgusunu yapmakla kalmaz, aynı zamanda vazifesi toplum içinde şahitlerin kişiliklerini kontrol etmek olan şahısları da görevlendirir.[47] Ebû Hanîfe ve İmâmiyye Şiîleri ile başka bazı fakîhler, davalı, şahitlerin güvenilirliğine itiraz etmedikçe, hakimin (*hudûd* ve

[41] Bkz. 4. Bölüm.

[42] İbn Kudâme, *Kâfî*, IV, 280-81; Halebî, *Mültekâ*, II, 78; Nevevî, *Ravda*, VIII, 105.

[43] Halebî, *Mültekâ*, II, 77; Mevâk, *Tâc*, VI, 112; İbn Ebü'd-Dem, *Edeb*, 121-23.

[44] [Misrî, *Reliance*, 635–38; Ibn Rushd, *Distinguished Jurist's Primer*, II, 556–60.] Gerçek ticari davalarda sözlü ve yazılı delillere ilişkin faydalı bir inceleme için bkz. Messick, "Commercial Litigation," 203-12.

[45] Karineler ile ilgili daha detaylı bilgi için bkz. Hallaq, "Notes on the Term Qarîna."

[46] Bkz. 7. Bölüm, 13. Kısım.

[47] Remlî, *Nihâye*, VIII, 251-54; İbn Kudâme, *Kâfî*, IV, 290.

kısas dışındaki davalarda) şahitlerin karakterini incelememesi gerektiği görüşündedirler.[48] Şahitlik yapmak, kişinin bunu yerine getirebileceği her durumda dini bir yükümlülüktür (*farz-ı kifâye*)[49] ve (a) şahitlik yapmayı reddetmesi nedeniyle birine zarar gelecekse ve (b) başka şahit yoksa, o zaman mecburi bir görev haline gelir (*farz-ı 'ayn*). Ahlaki ve hukuki açıdan tanıklık yapmak zorunda olan şahitler -bazı hukukçulara göre- geçimleri olumsuz etkilenmediği sürece şahitlikleri için ücret talep edemezler; bu durumda lehine şahitlik yaptıkları taraf zararı tazmin edebilir. Hanbelîler ve Şâfiîler, şahitlerin yaptıkları iş karşılığında ücret almalarına izin verir ve bu faaliyeti bir *icâre* akdi olarak kabul eder.[50]

Hukukçular şahitliğin bilgisinin yüklenilmesi (*tahammül*) ile şahitliğin yerine getirilmesi (*eda*) arasında ayrım yaparlar. *Tahammül*, şahitliğin bilgi ve verilerini "alma" eylemiyle, yani şahidin bunları bir vakıa olarak zihnine kaydetmesiyle gerçekleşir. *Eda*, aslında bu bilginin bir hakimin huzurunda sunulması ya da açıklanmasını ifade eder. Neredeyse herkes (köleler, gayrimüslimler, küçükler ve hatta muvakkat deliler de dahil olmak üzere) *tahammül* edebilir. Ancak *eda* şartları çok daha sıkıdır; şahitliğin yerine getirilmesi sırasında kölenin azat edilmiş olması (bazı hukukçulara göre)[51], küçüğün buluğ çağına ermiş olması ve gayrimüslimin İslam'a girmiş olması gerekir.[52] Hanefîler, âmânın *tahammül* ve *eda*sını kabul etmezken, Mâlikîler, Hanbelîler ve İmâmiyye Şîası, işitmeye bağlı olan konularda şahitlik yapmasına izin verirler.[53] "Şahitlik *yapan*" şahit ayrıca: (a) konuşma yeteneğine sahip olmalıdır, ancak Mâlik şahitliğini işaretlerle ve bazı Hanbelîler de yazıyla aktarmasına izin vermiştir; (b) doğru haber verme (*zabt*) yeteneğine sahip olmalı ve dalgın, dikkatsiz veya aptal

[48] *Hudûd* ve *kısas* davalarında şahitlerin tezkiye edilmesi, tüm ekollerin ve alimlerin doktrinlerinde zorunlu kabul edilir; zira bu davalarda delil söz konusu olduğunda "zerre kadar şüpheye" yer yoktur. Bkz. 10. Bölüm; İbn Mâze, *Muhît*, XII, 280; Tûsî, *Hilâf*, II, 591–92.

[49] İbn Müflih, *Furû'*, VI, 548; Buhûtî, *Keşşâf*, VI, 433.

[50] İbn Müflih, *Furû'*, VI, 550; İbn Kudâme, *Muğnî*, XI, 376-77.

[51] Hanefîler ve bazı Şâfiîler kölelerin şahitliğini reddetmişlerdir. Bununla birlikte, İmâmiyye Şiîler de dahil olmak üzere çoğu hukukçu, bir kölenin kendi efendileri dışında herhangi birinin lehine veya aleyhine şahitliğinin geçerli olduğunu kabul etmiştir. Tûsî, *Hilâf*, II, 613.

[52] Bkz. *el-Fetâvâ el-Hindiyye*, III, 450; İbn Kudâme, *Muğnî*, XII, 84; Tûsî, *Hilâf*, II, 613.Zimmiler, ehil Müslüman şahitlerin bulunmaması halinde bir Müslüman'ın vasiyetine şahitlik edebilirler. Çoğu hukukçu gayrimüslimlerin kendi dindaşlarına karşı şahitliğini kabul ederken Müslümanlara karşı kabul etmez. İmâmiyye Şîası, Şîanın İmamet doktrinine inanmayan bir kişinin şahitliğini kabul etmezler. Tûsî, *Hilâf*, II, 613-14, 624. Uygulama, en azından on sekizinci ve on dokuzuncu yüzyıl Şam'ında, doktrinden daha az katı görünmektedir. Bkz. al-Qattan, "Dhimmîs in the Muslim Court," 437 vd.

[53] Tûsî, *Hilâf*, II, 612.

olmamalıdır;[54] (c) güvenilir ve kişisel dürüstlüğe (*'adl*) sahip olmalıdır; *'adl* büyük bir günah işlememiş ve küçük günahları işlemeye devam etmeyen kişi olarak tanımlanır. Dinin rükünlerini terk etmek büyük bir günah teşkil ettiği gibi, ahlak dışı davranışları (*fısk*) alışkanlık haline getirmek veya yakışıksız meslekleri icra etmek de (örneğin dansçılar, şarkıcılar ve palyaçolar);[55] (d) had cezalarını içeren konularda tanıklık ediyorsa erkek olması;[56] (e) *kazf* suçuna bulaşmamış olması; ve (f) çıkar çatışması (*töhmet*) suçlamasına maruz kalmamış olması, yani bir akrabası lehine[57] veya tanığın kendisine fayda sağlayabilecek bir konuda tanıklık etmemiş olması gerekir. Aynı şekilde, uzun süreli bir düşman, rakip bir kabile vb. aleyhine tanıklık geçersizdir ve hakim tarafından reddedilmelidir.[58]

İddia edilen bir olayın gerçekliğini kanıtlamada kesinliğin önemi, şahitlerin söz konusu kaydı gerçekten birinin yazdığını hatırlamadıkları sürece, yazılı ifadelerin ilk bakışta kabul edilemeyeceği anlamına gelir. Şafiî doktrininde ve Hanefî mezhebindeki bir görüşe göre, bir *kâdı* bir zamanlar yazmış olduğu ancak artık hatırlamadığı bir kayda (örneğin bir şahidin ifadesine veya başka bir kayda) dayanarak hareket edemez.[59] Birçok hukukçu da bir şahidin ifadesinin kendi yazısına dayanması ve bunu yazdığını hatırlamaması halinde geçersiz olduğu görüşündedir. (Sözlü şahitliğin eşlik etmediği yazılı kayıtların kanıt değeri taşımadığı gerekçesiyle reddedildiği genel ilke, nihayetinde belgesel kanıtlarda ahlaki sorumluluğun bulunmadığı varsayımına dayanmaktadır. Sözlü tanıklık, doğası gereği bu sorumluluktan kaçınmaya izin vermez).

Gerekli şahit sayısı, söz konusu işlemin, ihlalin veya anlaşmazlığın niteliğine göre değişir. *Zina* suçlamasını kanıtlamak için dört erkek şahidin gerekli olduğunu gördük. Hırsızlık, yol kesme ve içki içme suçlarında ise iki erkek şahit gerekir.[60] Hukukçuların çoğunluğu, *hudûd* ve *kısas* dışında hukukun çoğu alanında kadınların şahitliğine izin verir; evlilik, boşanma, velayet, vekalet ve diğer benzer sözleşmelerde bir erkek ve iki kadın; ve çoğu finansal sözleşmeler için bir erkek şahit ve yemin gerekir.[61] Ebelik, kadın bedeninin adli muayenesi,

[54] İbn Kudâme, *Kâfî*, IV, 338.
[55] *A.g.e.*, IV, 338-40.
[56] Bkz. 10. Bölüm, 2, i, Kısım.
[57] İbn 'Abdi'r-Rafî', *Mu'în*, II, 647-49.
[58] Buhûtî, *Şerh*, III, 554-55.
[59] Nevevî, *Ravda*, VIII, 142.
[60] Bkz. 10. Bölüm, 2. Kısım.
[61] Nevevî, *Ravda*, VIII, 252. Ancak, ticari ve mali işlemlerin doğrulanması esas olarak kabul edilmemektedir. Şa'rânî, *Mîzân*, 271 (bkz. 2-3, 22-23. satırlar).

hemşirelik ve kadınların bilgili olduğu ve erkeklerin müdahale edemediği diğer şahitlik alanlarında bir kadının şahitliğinin hem kabul edilebilir hem de yeterli olduğu evrensel bir doktrindir.[62] Aynı şekilde, çoğu hukukçu, bir doktorun bedensel yaralanmanın boyutuna ilişkin tanıklığı veya bir inşaat ustasının bir yapının sağlamlığına ilişkin tanıklığı gibi uzmanlık gerektiren konularda tek bir kişinin şahitliğini kabul etmektedir. Hukukçuların büyük çoğunluğuna göre, kanunun gerektirdiğinden (*nisâb*) daha fazla sayıda şahit göstermek taraflardan birinin davasını güçlendirmez, ancak bazı Mâlikî hukukçular ilave şahitliklerin daha fazla destekleyici olduğunu düşünmektedir.[63]

Şahitlik için gerekli nitelikleri taşımayan bir şahidin tanıklığı, *kâdı* henüz hüküm vermemişse reddedilmelidir; ancak hüküm vermişse, hüküm iptal edilmez. Ancak, *hudûd* ve *kısas* gibi en ufak bir şüphenin öngörülen cezaların kaldırılmasını gerektirdiği konularda hüküm askıya alınır. Aksi takdirde hüküm uygulanır ve şahit, şahitliği nedeniyle zarara uğrayan tarafa tazminat ödemek zorundadır. Geçersiz şahitlik nedeniyle davayı kazanan tarafa herhangi bir sorumluluk yüklenmez. Şayet şahit, bir tarafa zarar vermek amacıyla kasten yalan söylerse, o zaman şahit uygun şekilde cezalandırılır. Ölüm cezasına yol açan yalan şahitlik, Hanefîler dışındaki tüm mezheplere göre yalancı şahidin aynı cezaya çarptırılmasını gerektirir. Onlara göre yalan şahitlikten kaynaklanan ölüm, kan parası ödenmesini gerektiren dolaylı bir cinayet fiilidir. Kararın uygulanmasından sonra iki şahitten biri ifadesini geri alırsa, mağdurun zararının yarısını tazmin etmekle yükümlüdür. Yalnızca iki şahit gerektiren bir davada dört şahitten biri ya da ikisi şahitliklerini geri alırlarsa, kusurlu sayılmazlar ve hüküm yürürlükte kalır. Şahitlerden üçü ifadesini geri çekerse, üçü de ifadelerinden olumsuz etkilenen tarafa zararın yarısının ödenmesinde eşit olarak pay sahibi olur. Bir *zina* davasında dört şahitten biri cinsel ilişkinin ayrıntılarıyla ilgili olarak diğer üç şahitten herhangi biriyle çelişkiye düşer ya da ifadesini geri alırsa, diğer şahitlerle birlikte iftira (*kazf*) ile suçlanır ve buna göre cezalandırılır.[64] Neredeyse tüm diğer durumlarda, yalancı şahit (*şâhidü'z-zûr*) ciddi bir suç işlemiş sayılır ve Cuma namazından sonra insanların toplandığı pazar yerinde aşağılayıcı bir *teşhir*le cezalandırılır.[65] Dayak, hapis ve *teşhir*

[62] İmâmiyye Şîası da bu doktrini bebeklerin emzirilmesi (*radâ'*) dışında benimser. Tûsî, *Hilâf*, II, 608–09. Ayrıca bkz. Shaham, "Women as Expert Witnesses," 44 vd.

[63] Nevevî, *Ravda*, VIII, 335; Mergînânî, *Hidâye*, III, 173; İbn Kudâme, *Muğnî*, XII, 176. İmâmiyye Şîası bazı durumlarda ilave şahitlere ağırlık verir. Tûsî, *Hilâf*, II, 636–37.

[64] Kazf ile ilgili olarak bkz. 10. Bölüm, 2, ii Kısım.

[65] Nevevî, *Ravda*, VIII, 129; Mâverdî, *Hâvî*, XVI, 320-21. Bununla ilgili daha detaylı bilgi için bkz. 10. Bölüm, 4. Kısım.

sırasında yüzün siyaha boyanması da öngörülmüştür. Ayrıca, yalancı şahit bir daha asla şahitlik yapamaz.[66]

Davacının belirli bir eşya veya mala sahip olduğuna dair şahitlik, başka bir kanıtla desteklenmediği takdirde, davalının zilyetlik (*sübûtu yed*) durumundan daha zayıf kabul edilir. Zilyetlik genellikle bunu kanıtlayan (veya bundan yararlanan) tarafın lehine bir faktördür,[67] çünkü her iki tarafın iddiaları (başka kanıtların yokluğunda) eşit değere sahiptir ve bu nedenle mülkiyetin herhangi bir şekilde belirlenmesinde işe yaramaz.[68] Üçüncü bir taraf ihtilaflı mala sahipse, ancak mülkiyet kanıtı yoksa ve iki taraf da mülkiyetleri konusunda eşit ağırlıkta kabul edilen kanıtlar sunarsa, üçüncü taraf çoğu ekole göre mülkiyeti elinde tutar (*sübûtu yed*'in üstünlük ilkesine uygun olarak), ancak Hanefîler kıymetini ikisi arasında paylaştırır.[69]

Bir şahit -örneğin hastalık nedeniyle- mahkemeye gelemediğinde, diğer iki şahit, şahitliğin içeriğini *kâdı*ya ileterek onun yerine tanıklık edebilir. Bu iki şahit ikincil (*şuhûd fer'*; tekil, *şâhid fer'*) olurken, asıl şahit (*şâhid asl*) asıl olarak kabul edilir. *Eş-şehâde 'ale'ş-şehâde* (şahitliği tasdik) olarak bilinen bu şahitlik nakli, genellikle mali sözleşmeler, evlilik, boşanma, azat etme vb. gibi hukukun cezai olmayan alanlarında kabul edilir. Hanefîler, *hudûd* ve *kısas* gibi en ufak bir şüpheyi dahi kabul etmeyen konularda bunu reddederler. *Kâdı*nın kendisi de başka bir mahkeme önünde ikinci şahit olarak bulunabilir. İkincil şahit, genel olarak şahitlerde aranan nitelikleri taşımalı ve buna ek olarak *istir'â'*, yani birincil şahidin ikincil şahitlere ifadenin içeriğini dikte etmesi eylemini gerçekleştirmelidir. Ancak, ikincil şahitlerin birincil şahidi başka bir *kâdı* huzurunda ifade verirken dinlemiş olmaları durumunda *istir'â'* gerekmez. Şâfiîler ve Hanbelîler ikincil şahitliğin geçerliliği için birincil şahidin bulunamama sebebinin *kâdı* hükmünü verene kadar devam etmesini şart koşar. Aksi takdirde, birincil şahidin bizzat mahkeme huzuruna çıkması gerekir ve bu durumda *eş-şehâde 'ale'ş-şehâde* kabul edilebilir olmaktan çıkar.[70]

3. Yeminler

*Beyyine*ye dayanmadan dava açan bir davacı, davalının yemin etmesini, yani bir şeyi yapıp yapmadığı ya da söyleyip söylemediği

[66] Mâverdî, *Hâvî*, XVI, 319-21
[67] Karâfî, *Furûk*, IV, 171.
[68] Tûsî, *Hilâf*, II, 635-36.
[69] Zilyetlik ile ilgili farklı yaklaşımlar için bkz. Sha'rânî, *Mîzân*, 274–75.
[70] İbn Ebü'd-Dem, *Edeb*, 295 vd.; Makdisî, *'Udde*, 633-36.

konusunda doğruyu söylediğine dair Allah adına yemin etmesini talep edebilir. Yeminler, manevi davalarda,[71] yemin sırasında Allah'a yapılan atıfların vurgulanması, örneğin Allah'ın sıfatlarının bir kısmına atıfta bulunulması ya da yemin eden kişinin yemin ederken Kâbe'ye yönelmesi gibi yollarla pekiştirilebilir (*tağlîz*).[72] Davalı kural olarak yemin eden kişidir, ancak bazı durumlarda yeminler davacılar tarafından da edilebilir. Bu gibi durumlarda, özellikle de kayıp kocalarından nafaka isteyen kadınlar veya ölen bir borçludan borcunu geri isteyen bir borç verenle ilgili konularda, bizzat *kâdı* tarafından talep edilir. Bazı durumlarda, özellikle de bir malın fiyatı, değeri, ölçüsü ya da özellikleri ile ilgili anlaşmazlıklarda, tarafların karşılıklı yemin etmeleri (*tehâlüf*) istenir (bu durumda, yeminler edildikten sonra sözleşme iptal edilir).[73] Yeminler, genellikle davacı tarafından ileri sürülen bir iddiayı ifade ettikleri ve buna karşı bir kanıt oluşturdukları için[74] delil olarak kabul edilirler. Hanefîler, davalının yemin etmeyi reddetmesi (*nukûl*) durumunda hakimin davacı lehine karar vermek zorunda olduğu görüşündedir. Dolayısıyla, yemin etmek bir suçlamayı çürütme gücüne sahip bir delil teşkil eder.

Davacı *beyyine* getiremediğinde yeminler devreye girdiğinden, en azından Mâlikîlere göre, yeminlerin ihtilafları kesin olarak sona erdirme gücüne sahip olduğu söylenir, çünkü yeminler bir kez edildiğinde davacının iddiasını iptal etme gücüne sahiptir. Ancak hukukçuların çoğunluğu, davacının yeni delillerle geri dönmesine ve tamamen yeni bir dava açmasına imkan tanır. Ancak Mâlikîler davalının yemin etmeyi reddetmesiyle davayı sona erdirmezler. Bunun yerine, Şâfiîler ve bazı Hanbelîler ile birlikte, yemin etme görevinin davacıya geri döndüğü fikrini benimserler (*reddü'l-yemîn* olarak bilinen bir prosedür).[75] Davacı yemin ederse lehine, etmezse aleyhine karar verilir; buradaki mantık davalının reddetmesinin davacının şahit göstermesi anlamına gelmesidir, çünkü bu hukukçulara/ekollere göre davacı normalde tek bir şahit ve tek bir yeminle davasını kazanır (yani mali sözleşmelerde). Dolayısıyla, davalının yemin etmeyi reddetmesi, davacının kendi yemini ile birleştiğinde, gerekli şahit-artı-bir-yemin ile aynı ağırlığı oluşturur.

---

[71] Cinayet, evlilik, talâk, azat etme, vekalet, velayet vb. dahil olmak üzere. Nevevî, *Ravda*, VIII, 310; Tûsî, *Hilâf*, II, 618-19.

[72] Nevevî, *Ravda*, VIII, 309-11; İbn Ebü'd-Dem, *Edeb*, 185-89.

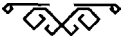
[73] İbn Ebü'd-Dem, *Edeb*, 180-82.

[74] Kâsânî, *Bedâi'*, VIII, 418; [Misrî, *Reliance*, 620-24; [Ibn Rushd, *Distinguished Jurist's Primer*, I, 488-515; II, 560-66].

[75] Nevevî, *Ravda*, VIII, 322-23; İbn Ebü'd-Dem, *Edeb*, 161-62.



Modernitenin Yayılması



Kavramsal Çerçeve: Giriş

On sekizinci yüzyıldan itibaren Avrupa devletleri, güçlerini yalnızca ritüel gösteriler ve dramatik teşhirlerle değil, aynı zamanda birçok alanda kapasitelerini tesis eden ve genişleten "resmileştirme" prosedürlerinin kademeli olarak yaygınlaştırılmasıyla görünür hale getirdiler. Mekanı tanımlayarak ve sınıflandırarak, kamusal ve özel alanlar arasında ayrım yaparak; mülk satışı gibi işlemleri kaydederek; nüfuslarını sayarak ve sınıflandırarak, dini kurumların doğum, evlilik ve ölümlerin kayıt memuru olarak yerini alarak; dilleri ve alfabeleri standartlaştırarak kontrolü ele geçirdiler. Devlet bazı faaliyetlere meşru ruhsatlar verirken, diğerlerini ahlak dışı ya da yasadışı olarak bastırdı. Kamusal eğitimin ve ritüellerinin büyümesiyle, her şeyin nasıl olduğuna ve nasıl olması gerektiğine dair resmi inanışları besledi. Okullar önemli uygarlaştırıcı kurumlar haline geldi ve ahlaklı ve üretken vatandaşlar yetiştirmeye çalıştı. Son olarak, ulus-devletler tarihin, toprakların ve toplumun doğal somutlaşmış halleri olarak görülmeye başlandı.

Bu ulus-devletlerin kurulması ve sürdürülmesi geçmişin belirlenmesine, kodlanmasına, kontrol edilmesine ve temsil edilmesine bağlıydı. Bu süreçte kullanılan belgeler, yönetme kapasitelerinin temelini oluşturan büyük miktarda bilgiyi yarattı ve normalleştirdi. Komisyon raporları ve soruşturmaları, finans, ticaret, sağlık, demografi, suç, eğitim, ulaşım, tarım ve sanayi ile ilgili istatistiki verilerin derlenmesi, saklanması ve yayımlanması - bunlar, yorumlamak için esrarengiz bir Sanskritçe metin kadar tefsir ve hermenötik beceri gerektiren veriler yarattı.[1]

[1] Cohn, *Colonialism and its Forms of Knowledge*, 3. Daha geniş bir tartışma için bkz. Thomas, *Colonialism's Culture*, 33–45

Henüz tatmin edici bir şekilde açıklanamayan nedenlerden ötürü, erken modern Avrupa[2] olarak adlandırılan Avrupa, önce Afrika'nın kuzeybatı kıyıları boyunca, daha sonra da Doğu Hint Adaları'nda ve başka yerlerde Müslümanların hakimiyet alanlarına tecavüz etmesini sağlayan benzeri görülmemiş askeri ve ekonomik güç biçimleri geliştirdi.[3] On dokuzuncu yüzyılın sonuna gelindiğinde Avrupa, dünya topraklarının yaklaşık onda dokuzuna boyun eğdirmiş[4] ve geriye bir dizi küçük ve o zamanlar önemsiz ve periferide kalan Müslüman topraklarını hegemonyası altına almamıştı. Her ne kadar on altıncı yüzyıl fetihleri, Haçlı selefleri gibi din adına başlatılmış olsa da altında yatan gerçek nedenler daha çok fethedilen bölgelerin zenginliklerini yağmalamakla ilgiliydi.[5] Maddi kâr temel güdü olduğu için, doğrudan ve dolaylı sömürgeciliğin, ilk etapta, hâkim olunan toprakların hukukunun sömürgeci ekonomik ve ticari zorunluluklara boyun eğdirecek şekilde dönüştürülmesini sağlayacak araçlarla ilgilenmesi doğaldı.[6] Bu, yüzyıllar boyunca İslam'ın egemenliği altında kalmış olanlar da dahil olmak üzere, sömürgeleştirilmiş tüm toprakların hukuk tarihini ele alırken akılda tutulması gereken ilk önemli konudur. Sırası gelince, Batılı hukukun yerli hukuk sistemlerine yaptığı ilk eklemelerden bazılarının, sömürgeleştirilmiş pazarların Avrupa şartlarında ekonomik alışverişe açılmasında etkili olan ticaret kanunları olduğunu göreceğiz.

Ticari müdahalelerle eş zamanlı olarak ya da hemen ardından, Avrupa ekonomisi ve siyasi hegemonyası tarafından dikte edilen yeni realitelerle orantılı bir "kanun ve düzen" durumu tesis etmek için Avrupa ceza kanunlarının oluşturulması gerekiyordu. Siyasi diyorum, çünkü birazdan ayrıntılı olarak göreceğimiz gibi, ekonomik ve ticari gündem, özellikle dolaylı sömürgecilik durumunda, sistematik ve agresif bir şekilde siyasi araçlar yoluyla takip edildi. Ceza

[2] "Adlandırılan" çünkü bu kullanıma kayıtsız bir anlam yüklemek, en başta bu ismin ortaya çıkmasına neden olan son derece önemli siyasi coğrafyayı geçersiz kılar. Bu sorunla ilgili olarak bakınız Hodgson, *Rethinking World History*, 3-34.

[3] Erken modern ve modern Avrupa'yı ortaya çıkaran "nedenler" üzerine yapılan ana akım çalışmalar, "tarım devrimi", "askeri devrim" veya "sanayi devrimi" gibi ikincil nedenleri ortaya çıkaran gizli sebepler gibi benim soybilimsel veya birincil sorular olarak adlandırdığım sorulara henüz yanıt vermemiştir. Bu perspektiften bakıldığında, Avrupa'nın son beş ya da altı yüzyıllık tarihi henüz yazılmamıştır. Arka plan için bkz. Glete, *Warfare at Sea*, 73-111; Tallett, *War and Society*, 9-13, 39-44, 65, 168-88; Parker, *Military Revolution*; Levenson, *European Expansion*, 43, 52-58.

[4] Headrick, *Tools of Empire*, 3–4.

[5] 3 nolu dipnotta atıfta bulunulan kaynaklara bkz.

[6] Roberts ve Mann, "Law in Colonial Africa," 3 vd., ve diğer bölümler. Örneğin, J. Fisch'in sömürgeci hukukun uygun bir araçtan ziyade kendi içinde bir amaç olarak kabul edilmesine ilişkin dolambaçlı argümanlarıyla karşılaştırın. Fisch, "Law as a Means," 15-16.

alanındaki yenilikler de son tahlilde farklı değildi. Avrupa ceza sistemi, ister kendi iç dünyasında ister sömürgelere ve yarı-sömürgelere (örneğin Osmanlı İmparatorluğu) ihraç edilen bir ürün olarak, artık sadece "bir sınıfın diğerine uyguladığı yasaklama ve baskı aparatı ya da hüküm süren sınıfın kanunsuz şiddeti için bir bahane" olmanın ötesinde, "yasal ve yasa dışı olanlar arasındaki farkı istismar eden bir siyasi ve ekonomik yönetim biçimi" olarak görülebilir.[7]

Sömürgeleştirme süreci başladıktan kısa bir süre sonra, tüm hegemonik güçler için, bir ülkenin zenginliği üzerinde sürekli bir hakimiyetin, siyasi ve kültürel alanları güvence altına almadan sürdürülemeyeceği, her ikisinin de sömürgeleri zenginliklerinden mahrum bırakmak için gerekli olduğu aşikar hale geldi. Kültür ve siyaset - en azından Avrupalıların gözünde - hukukla iç içe geçmişti. Bürokrasi ve Avrupa tipi yönetim - imparatorluğun siyasi yapısının bir parçası olarak - hem ticari hem de cezai alanları düzenlemeye çağrılmıştı. Ancak Batı çizgisindeki düzenleme, içinden çıktığı topraktan, Avrupa'da yarım bin yıldır işlenen ve artık modern projenin en önemli kurumu olan ulus-devlet olarak adlandırılan topraktan ayrılamazdı.[8] Başka bir deyişle, ticari kazanç için etkili bir sistem kurmanın temel şartının, bürokratik ve idari altyapının kritik desteği olmadan başarısızlığa mahkum olacağı kaçınılmaz hale gelmiştir ve bunların da kendilerini üreten, düzenleyen ve kuşatan sistem olmadan kolonilere ve himaye altındaki topraklara hiçbir şekilde getirilemezdi. Modern teknolojiyi en verimli şekilde kullanan bu sistem[9] ulus-devletti. Böylece, kolonilerin ekonomik sömürüsü için uzun vadeli ve etkili bir mekanizma kurmak için, tüm hukuki cephanesiyle ulus-devlet sisteminin ilk iş olarak ihraç edilmesi gerektiği kısa sürede anlaşıldı.

Üstelik bu ihracı daha kolay başarılabilir kılan şey, yerel sosyal ve siyasi sistemlerin genellikle şiddetli bir şekilde parçalanmasıyla (yıkıcı savaşlar veya ekonomik yıkım ya da her ikisinden kaynaklanan), sömürgecilerin kendileri tarafından desteklenen yerel elitlerin, iktidarı ele geçirmek için ortaya çıkan boşluğa adım atmaya

[7] Foucault, *Power/Knowledge*, 141.

[8] Tilly, *Coercion, Capital and European States*, 14–15.

[9] Aslında, modern teknoloji - tüm önemli iletişim araçlarından tıp bilimine kadar - devletin gelişimi ve sömürgeci hırslarıyla paralel olarak gelişmiştir. Dolayısıyla, devletin modern teknolojiyi kullandığını iddia etmek, birincisinin ikincisinden önce geldiğini ima eder ki bu da açık bir mantıksal yanılgıdır. Aksine, "devlet savaşı, savaş da devleti yarattığına" göre, teknoloji devletin yaratılmasında ne kadar etkili olduysa, devlet de teknolojinin gelişmesinde o kadar etkili olmuştur. Bkz. yukarıda dipnot 3'te atıfta bulunulan kaynaklar ve Mann, *States, War and Capitalism*, 75 ve devamı.

çok istekli ve hazır olmalarıydı; ve aniden kazanılan bir gücün, uzun ömürlü geleneksel toplumların karakteristiği olan "ekolojik" kontrol ve dengeleri geliştirecek zamanı olmadığı için mutlak bir güç olduğu söylenmelidir. Diktatörlüklerin ezici çoğunluğunun nispeten ani bir şekilde ortaya çıkmasının yanı sıra Üçüncü Dünya ülkeleri olarak adlandırılan bölgeleri saran ataerkilliğin eşi benzeri görülmemiş biçimleri de bundan kaynaklanmaktadır.[10] Bu nedenle modern Müslüman dünyanın hukuk tarihindeki en yaygın sorun, ulus devletin ortaya çıkışı ve Şeriat ile karşılaşması olmuştur.[11] Bu tarihte, tamamen yerli olan İslami/geleneksel yasalar ile ulus-devlet ve onun modern hukuk sisteminin kaçınılmaz bir sonucu olan Avrupa kökenli ithal yasalar arasında var olan kavramsal, yapısal ve kurumsal uyumsuzluktan kaynaklanmayan neredeyse hiçbir sorun ya da konu olmadığını söylemek abartı olmayacaktır.[12]

İslam hukuku ile ulus-devlet arasındaki uyumsuzluğun kavramsal analizi (esas olarak on dokuzuncu yüzyılın ortalarından sonra), hukuki değişimlerin tüm kronolojik açıklamalarının - sonraki bölümlerin konusu - önceden var olan *sistem* (büyük ölçüde Şeriat tarafından tanımlanan) ile onun yerini alan *sistem* (modern ulus-devlet) arasındaki analitik farkı varsaydığı ve buna dayandığı için oldukça önemlidir. Ancak konuya geçmeden önce bir uyarıda bulunmak yerinde olacaktır. Bundan böyle, devlete yapılan tüm atıflar, devleti birleşik, tek boyutlu ve uyumlu bir yapı olarak ele alan indirgemeci bir yaklaşım olarak anlaşılmamalıdır. Güç ilişkilerinin mekanı olarak devletin, rekabet eden ve çatışan gündemleri ve kurumları kapsaması temel bir özelliğidir. Çünkü bir iktidar ilişkileri alanı olarak - ki bu kitabın Giriş bölümünün ilk kısmında farklı bir bağlamda analiz etmiştik - "güç alanları" şeklinde nitelendirdiğimiz bu tür muhalif eğilimleri kapsaması kaçınılmazdır.[13] Devletin tek bir şey olmadığı, her biri devlet içindeki işlevlerini bireysel açıdan ve perspektivist bir mantıkla kavrayan ve ifade eden muhalif güçler,

[10] Aşağıdaki 16. bölümün konusunu büyük ölçüde bu mesele teşkil etmektedir.

[11] Modern devletin yapısı ve işlevinin (genel olarak ve özellikle İslam dünyasında) İslam çalışmaları alanındaki pek çok hukuk tarihçisi tarafından ciddi şekilde az araştırıldığını ve yanlış anlaşıldığını söylemek malumun ilamıdır. Bu sorunun etkileri sadece modern hukuk tarihi çalışmalarında değil, aynı ölçüde modern öncesi dönemin yorumlanmasında da görülebilir.

[12] Son zamanlarda moda olan "ulus inşası" projesinin başlıca sorunlarından birinin, Müslüman ülkelere ihraç edilen ulus-devletin Avrupa'da gelişmesi için en az beş yüzyıllık bir tarih gerektiği; ancak günümüzde Batılı olmayan ülkelerin birkaç yıl olmasa bile birkaç on yıl içinde tamamen entegre ulus-devletler haline gelmesinin beklendiği (Afganistan ve bir dereceye kadar Irak örnekleri dikkate değer örneklerdir) argümanında büyük bir haklılık payı vardır.

[13] Giriş, 2. Kısma bkz.

birimler, kadrolar, ajanslar ve bireyler topluluğu olduğu doğrudur. Şüphesiz birbirlerine karşıt olarak, ancak aynı zamanda birlikte ve verimli bir şekilde de çalışırlar.

Antropolojik ve diğer sosyal analizler açısından, devletin "güç alanındaki" ayrımlar son derece faydalıdır,[14] ancak bu ayrımlar, niteliksel olarak farklı bir başka sistemle karşılaştırıldığında devletin genel yasal ve hukuki işleyişindeki farklılıklar açısından gerekli değildir. Devletin rakip kurumları ne kadar güçlü ve çok sayıda olursa olsun, devlet, üyeleri belirli bir şekilde davranan, belirli bir mesafe ve zamanı belirli bir şekilde kat eden ve diğer tüm canlılar gibi avlarını belirli bir şekilde tüketen bir türdür. Elbette her devlet farklıdır, tıpkı her yılan ya da şahinin benzersiz bir canlı olması gibi. Ancak yılanlar ve şahinler, doğaları gereği, bireysel üyeleri güç, şekil veya saldırganlık bakımından ne kadar farklı olursa olsun, kendilerine özgü belirli işlevleri yerine getirir ve yaşarlar. Devlet de, kurumları ne kadar çatışırsa çatışsın ve bir devlet diğerinden ne kadar farklı olursa olsun, oldukça iyi tanımlanmış yönetişim ve hakimiyet işlevlerini (refah ve bir dizi hayır işi de dahil olmak üzere) yerine getiren belirli bir modern mahluktur. Devlet devlettir, tıpkı bir şahinin bir serçe değil de bir şahin olması gibi. İşte bu noktada, yasal bir organizma olarak devlet ile İslam hukuku arasında analitik ve işlevsel bir karşılaştırma yapmak yerinde olacaktır.

Bu iki yapıyı birbiriyle uyumsuz kılan ilk ve en bariz özellik, her ikisinin de aşağı yukarı aynı cinse ait olmalarıdır; zira her ikisi de - belirgin biçimde farklı şekillerde - yönetişim mekanizmalarıdır. Her ikisi de toplumu düzenlemek ve kendi düzenlerini bozmakla tehdit eden anlaşmazlıkları çözmek için tasarlanmıştır - bu düzenler ne kadar farklı olursa olsun ve bu düzenleri devreye sokma nedenleri ve yolları ne kadar ayrı olursa olsun.

İkincisi ve daha spesifik olarak, her ikisi de hukuki açıdan üretici mekanizmalardır ya da basitçe ifade etmek gerekirse kanun koyucudardır. Peki aynı uzmanlığa sahip organizmalar olarak bir arada var olamazlar mı? Kısa cevap olumsuz olmalıdır. Tarihsel deneyime bakılırsa (her türlü tanımı karmaşık hale getiren bir mekan), İslam hukuku siyasal iktidarın hukuki müdahalesini bir ölçüde barındırabilirdi ve barındırmıştır da, ancak bu, özellikle hukukun özünü belirleme açısından çevresel ya da marjinal olanı aşmayan bir ölçüde

[14] Starr, "When Empires Meet," 231 vd.

olmuştur.[15] (Bu göreceli hukuksal özerklik, İslam hukukunun oluşumunun bir dereceye kadar siyasi yönetim kurumlarından etkilendiği iddiasıyla karıştırılmamalıdır; bu iddia Şeriatın belirgin bağımsızlığını daha da dikkat çekici kılmaktadır). İslam'ın en devletçi hanedanı olan[16] Osmanlılar döneminde İslam hukukunun önemli ölçüde devlet aygıtları vasıtasıyla idare edildiği bir gerçek olsa da, uygulanan *hukuk külliyatı* ezici bir çoğunlukla *şer'î* kökenlidir. Dolayısıyla, İslam hukuku idari rekabete karşı hoşgörülü olsa da, maddi hukuksal müdahaleye karşı çok az hoşgörülüdür. Öte yandan ulus-devlet - tarihsel evrimi de göz önünde bulundurulduğunda[17] - yasama, yürütme ve bürokratik rekabete karşı daha da az tolerans geliştirmiştir. Katı merkeziyetçi yapısı, diğer sistemlere karşı hissedilir bir tolerans gösterilmesini büyük ölçüde engellemiştir.[18]

Üçüncü olarak, hem teoride hem de pratikte, her iki sistem de nihai hukuki egemenliği iddia eder. En azından fıkıh temelli siyasi teoriye göre, hükümet (siyaset) – modern ulus-devletin eksik ve kesinlikle "gelişmemiş" karşılığı – Şeriata tabi olarak varlığını sürdürmüştür. Siyasetin varlık nedeni (ki bu durum her zaman sivil nüfusun varlığını öngörmeli ve duyurmalıdır) hukuka hizmet etmektir, bunun tersi değil. Elbette, hükümdar sürekli olarak bu siyaseti kendi lehine manipüle etmeye çalıştı, ancak çok arzulanan meşruiyet ödülünün dayandığı oyun kuralları Şeriat tarafından belirlendi. Hem teoride hem de pratikte hukuki egemenliğin Şeriatın alanında kalması gerektiği gerçeği, öte yandan, modern ulus-devletin bu en üst düzey egemenlik biçimini tam anlamıyla sahiplenmesiyle pek uyuşmaz. Hukuki egemenliği olmayan bir ulus-devlet, hiç devlet sayılmaz.

Dördüncüsü, İslam hukuku ve ulus-devlet iki zıt yönde işliyordu; ulus-devlet münhasır ve nihai bir merkeze doğru zorluyor ve itiyor,

---

[15] S. Bölüme bkz.

[16] Osmanlı İmparatorluğu'nun on beşinci yüzyılın sonlarında ve on altıncı yüzyılın tamamında, Atlantik Avrupa'sının aynı dönemde geliştirdiği kadar etkin bir bürokrasi ve yönetim geliştirmiş olduğu tartışmaya açıktır. Bkz. Abou-El-Haj, *Formation of the Modern State*.

[17] Modern devletin yükselişine dair mükemmel, ancak farklı anlatılar için bkz. Mann, *States, War and Capitalism*; van Creveld, *Rise and Decline*; Tilly, Coercion, *Capital and European States*; ve özellikle Britanya bağlamında Corrigan and Sayer, *Great Arch*. Beni bu son çalışmaya yönlendirdiği için Nicholas Dirks'e teşekkür borçluyum.

[18] Bu, böylesi bir hoşgörüsüzlüğün "hukuki çoğulculuğu" ortadan kaldırdığını söylemek değil, özellikle modern İslam ülkelerinde devletin sistemik ve münhasır hukuki hakimiyetini ileri sürmektir. Hukuki çoğulculuk hakkında bkz. Merry, "Legal Pluralism," 869-79. Bu hakimiyetin kanıtı, hukuki çoğulculuğun akademik alanının odak noktasını teşkil etmesidir. Merry şöyle demektedir (874): "[Bu alanın] kaygısı, az ya da çok hukukun sembollerinden yararlanan, ancak onun gölgesinde, otoparklarında ve hatta sokağın aşağısındaki arabuluculuk ofislerinde faaliyet gösteren diğer sosyal düzenleme biçimlerini belgelemektir."

İslam hukuku ise açıkça merkezkaç yapıyordu. İslami yapılara özgü bir şekilde (toplumsal örgütlenme, kentsel ve kırsal ekonomik örgütlenme, cami mimarisi ve modern öncesi hanedan bürokrasilerinde açıkça görülür),[19] hukuk tabiri caizse yatay olarak işliyordu. Sembolik olmasa da nominal olarak hiyerarşik olan yargı atamaları dışında, adaletin idaresi büyük ölçüde kendi kendini yapılandırmış hukuk mesleğiyle sınırlıydı. Eğer bir hiyerarşi varsa, bu mesleğin kendi içindeydi ve doğası gereği siyasi ya da sosyal olmaktan ziyade bilgiye dayalı (epistemik) idi. Yine de İslam hukuku içindeki hiyerarşi,[20] sonuçta daha yüksek siyasi makamlara hesap veren bir hiyerarşi olan ulus devletin yargı sisteminde var olan hiyerarşinin aksine, büyük ölçüde genel ve kendi kendine yeterliydi. Bir *kâdı*nın referans mercileri diğer *kâdı*lar ve *müftî*lerdir. Zor davalar *müftî*nün hukuki desteğiyle karara bağlanırdı ve temyiz başvuruları genellikle hiyerarşide yukarı doğru çıkmaz, bir sonraki kâdı tarafından dinlenirdi.[21] Bazı şikayetler "devletin" en yüksek makamlarına yapıldığında bile (Osmanlı İmparatorluğu'nda olduğu gibi), doğrudan yapılır ve -açık bir niyetle- hükümdarın şahsi ilgisine mazhar olurdu. Bu kurumsal değil, kişisel bir adalet biçimiydi. Buna karşılık, ulus-devletin yargı sistemi içeriden hiyerarşiktir ve kendisini hem ayakta tutan hem de kuşatan harici devlet hiyerarşisine hesap verir.

Beşinci olarak, modern devlet kendisini soyut bir tüzel kişilik olarak temsil eder ve hakkındaki söylemde bu şekilde temsil edilir; bu onun ideolojik yapısının temel bir özelliğidir. Bu ideolojik yapının işlevi "siyasi ve ekonomik tahakkümü, tabiiyeti meşrulaştıracak şekilde çarpıtmaktır"; yani "kapitalist toplumların kendine özgü kolektif çarpıtmasıdır" ve bu "ideolojik proje", "meşrulaştırma egzersizi"dir.[22] Devlet, en azından Marksist analize göre, bir sınıfın diğerleri üzerindeki

[19] Osmanlıların kısmi istisnası dışında. Aşağıdaki 15. bölüme bkz.

[20] Bu, *mezâlim* kapsamına giren bir uygulama olan, hükümdara veya eyalet valisine ara sıra yapılan ancak gayri resmi olan şikayetlere izin vermek içindir. Bkz. 5. bölüm, 3-4. kısımlar.

[21] Powers, " Judicial Review." Halef-selef inceleme sistemi, yargıçların genellikle altı ay ile iki yıl arasında değişen nispeten kısa sürelerle görev yapmaları sayesinde uygulanabilir hale gelmiştir.

[22] Abrams, "Notes on the Difficulty of Studying the State," 75, 76. Abrams'a göre (76-77) devlet: Devlet her şeyden önce bir meşrulaştırma egzersizidir - ve meşrulaştırılan şey, varsayabiliriz ki, doğrudan ve kendisi olarak görüldüğünde gayrimeşru, kabul edilemez bir tahakküm olacak bir şeydir. Yoksa tüm bu meşrulaştırma çabaları neden? Özetle devlet, katlanılmaz ve tahammül edilemez olanı kendisinden başka bir şey, yani meşru, ilgisiz bir tahakküm olarak sunarak ona destek ya da hoşgörü sağlamaya yönelik bir girişimdir. Bu açıdan bakıldığında devlet incelemesi, devletin en temel faaliyeti ile başlayacaktır: gayrimeşru olanın meşrulaştırılması. Devlet sisteminin hali hazırdaki kurumları - ve özellikle de zorlayıcı işlevleri - bu görevin temel amacıdır. Görevin özü, bu kurumların, tüm sınıfsal çıkarlardan ve bunlarla ilişkili yapılardan (sınıf, kilise, ırk vb.) tamamen arındırılmış, ortak çıkarların bütünleşik bir ifadesi olarak yeniden kabul edilmesidir. Söz konusu kurumlar, özellikle de idari, adli ve eğitim kurumları, tarihsel olarak oldukça spesifik bir tabi kılma sürecinin parçası olarak devlet

tahakkümünü gizler,[23] buradaki "gizleme" eylemi onun en temel özelliklerinden biridir. Kendini "insan üzerindeki ilk ideolojik güç"[24] olarak sunması, toplum mühendisliğinin bu gündemi gerçekleştirme araçlarından biri haline gelen ajandasını gizler. Şeriat, *fıkh*ının yapısı gereği (ve aynı zamanda gerçek sosyoekonomik tarihi gereği) ne ekonomik sınıfları teşvik etmiş ne de kapitalist ya da sınıf egemenliğini desteklemiştir. Ancak daha da önemlisi, bu amaçtan uzak olan ve özel olarak hiçbir sınıfa hizmet etmeyen Şeriat, modern devlet örneğinde olduğu gibi, kendisini aşılmaz bir ideolojinin arkasına gizleme ihtiyacı duymamıştır.[25] (Şeriattaki bu "yokluğun", İslam'ın modern bir ekonomiye ve dolayısıyla "modern bir topluma" dönüşme konusundaki "başarısızlığını" en azından kısmen açıklayabileceği iddia edilebilir.)

Altıncı ve önceki iki hususta kaynaklanan asıl gerçek, İslam hukukunun sosyal çevre içinde şekillenen ve işleyen tabandan gelen bir sistem olduğudur; azalan bir hızla yukarıya doğru hareket ederek "devlet"in işleyiş tarzını çeşitli derecelerde ve biçimlerde etkiler. Hukukçuların kendileri de hizmet ettikleri toplumdan ve toplumsal kültürden neşet ederler; ideoloji ve doktrin olarak hukuk da böyle olmalarını gerektirir.[26] Doktriner ve hukuksal bir sistem olarak İslam hukukunun en çarpıcı özelliklerinden biri, uygulandığı toplumsal düzeyde üretilmiş olmasıdır. Bunun tam tersine, ulus-devletin hukuku (her ne kadar demokratik olarak "halkın iradesini" temsil etse de) merkezi bir yükseklikten aşağıya doğru, önce devlet aygıtının kudretli güçlerinden kaynaklanarak ve daha sonra - son derece yapılandırılmış ama kasıtlı olarak aşağıya doğru inen bir hareketle - ulusal vatandaşlar olarak dizginlenerek toplumsal düzeni oluşturan bireylere (ulusun ailelerindeki babalar ve anneler; ekonomik olarak üretken aktörler; vergi mükellefleri, askerler vb.) uygulanır.

---

kurumları haline getirilir; ve tam da bu sürecin alternatif bir okuması ve kılıfı olarak yapılır... O halde devlet, kelimenin tam anlamıyla bir gizleme zaferidir.

Ayrıca bakınız Mitchell, "Limits of the State," 91. Mitchell'in argümanı - toplumun devletin "tanımına" ve anayasasına katkıda bulunduğu gri bir bölge olduğu - bu bölgenin devlet pratiğinin ve yaşam biçiminin ayrılmaz bir parçası olduğu görüşünü (burada kendi görüşlerimin altında yatan) zayıflatmaz. Mitchell'in argümanının Althusser'in Baskıcı Devlet Aygıtları ile İdeolojik Devlet Aygıtları arasında yaptığı ayrımda olduğu gibi kabul edildiğinden emin değilim. Bkz. Althusser'in *Essays on Ideology*, 16-18, 27-30 ve diğer bölümler. (Örneğin Arjomand, "Islamic Constitutionalism", 116-37, özellikle 124-25'te görüldüğü üzere, İslam hukuku çalışmalarında bu "gizlemenin zaferi"nin farkında olunmaması şaşırtıcıdır. Ayrıca bkz. bu kitabın Giriş bölümü, 1. Kısım, no: 15).

[23] Althusser, *Essays on Ideology*, 13–14.

[24] Abrams, "Notes on the Difficulty of Studying the State," 64, Friedrich Engels'ten yararlanarak.

[25] Mitchell, "Limits of the State"; Abrams, "Notes on the Difficulty of Studying the State."

[26] Bkz. 1, 3, 4 ve 5. Bölümler.

İslam hukukuna tabi bir toplum, büyük ölçüde kendi kendini yöneten, hukukun ve onunla iç içe geçmiş ahlakın büyük oranda o toplumun çıkarları doğrultusunda işlediği bir toplumdur. Bunun aksine, ulus-devlete tabi bir toplum yukarıdan yönetilen bir toplumdur. Eğer erkekler (ve artık kadınlar) modern bürokrasiyi yönetiyor ve ulus devlet olan tüzel kişilik adına kanun yapıyorsa, o zaman M. Weber ve S. Kutub'un da yerinde gözlemlediği gibi, devlet adına kanun yapmak, doğası gereği kurumsal bir yönetim olsa da, insanın insan üzerindeki egemenliğinden biraz daha fazlasıdır.[27] Bu, modern ulus-devletin, yönettiği tebaayı göz ardı ederek güçlerini geliştirdiği ve kullandığı anlamına gelmez, ancak devletin sofistike sistemik yapıları aracılığıyla ulusal vatandaşlarını entegre ettiğini, onları yeni ideolojik biçimlerde şekillendirdiğini ve onları "çok özel bir dizi kalıba" boyun eğmeye zorladığını iddia etmek anlamına gelir.[28]

Yedinci ve son olarak, İslam hukuku ve ulus-devlet, toplumu organize etme ve anlaşmazlıkları karara bağlama genel hedefini paylaşsalar da, bunu önemli ölçüde farklı şekillerde yapmışlardır. Ulus-devlet, davranışının özünde sistemik ve sistematik olarak hem toplumsal düzenin hem de ulusal vatandaşın homojenleştirilmesine yöneliktir. Bu hedeflere ulaşmak için sistematik gözetim, disiplin ve cezalandırma faaliyetlerinde bulunur. Eğitim ve kültür kurumları, yasalara saygılı, düzen ve disiplin kavramlarına boyun eğen, çalışkan ve ekonomik olarak üretken "iyi vatandaş" üretmek üzere tasarlanmıştır. Disiplin-ceza, modern ulus-devletin ayrılmaz bir parçası ve benzersiz bir özelliğidir. Sonuçta ortaya çıkan "iyi vatandaş", herkesin babası -ve çok daha az sıklıkla annesi- olan devlete *etkin bir şekilde* hizmet edebilen kişidir. İtaati ve daha da önemlisi disiplini öngören hukuka itaat, devletin üzerinde durduğu temel dayanaktır. Hukuk ve onun gözetim ve cezalandırma araçları olmaksızın hiçbir devlet aygıtı var olamaz. Dolayısıyla, devletin tanımında ve konseptinde şiddet unsurunun ve bu unsuru kullanarak tehdit etme hakkının merkeziliği söz konusudur. Modern devlet, bildiğim kadarıyla, insanlık tarihinde kendisine bu münhasır hakkı veren tek kurumdur. Vatandaşın devletin bu hakkını (ki bunun önemli hukuki, ekonomik, siyasi, ideolojik ve kültürel sonuçları vardır) kabul etmiş olması ya da kabul etmeye

[27] Weber ile ilgili olarak bkz. Lassman, "Rule of Man," 83–98; Seyyit Kutub için bkz. *Milestones*, 94–95 ve devamındaki bölümler.

[28] Dreyfus and Rabinow, *Michel Foucault: Beyond Structuralism*, 214. Devletin ulusal vatandaşının oluşumunda ve hukuk yoluyla üretiminde ideolojinin gücü hakkında bkz: Althusser, *Essays on Ideology*, 1-60; Abrams, "Notes on the Difficulty of Studying the State," 64-69 ve devamındaki pasajlar.

şartlandırılmış olması[29] belki de projenin başarısının en belirgin ölçütüdür. Buna karşılık İslam hukuku ne ulusal vatandaş ne de başka türden bir vatandaş yaratmakla ilgilenmemiştir ve bu açıdan devletin hiçbir özelliğini paylaşmaz. Şiddet tekelini kendinde görmediği gibi -modern devletle karşılaştırıldığında- toplumu ve bireyi daha yüksek bir siyasi düzenin sistemik kontrolüne tabi kılmaya da çalışmamıştır.

Neredeyse sonsuz uygulama biçimleri ve bölgesel/coğrafi çeşitlilikleri bir yana, keskin çoğulcu eğilimi ve hayatın neredeyse her alanına yönelik değişken tutumlarıyla Şeriat'ın homojenlik üretmesi beklenemezdi. Yüksek ulvi amaçlar bir yana, İslam hukukunun toplumsal düzenle, anlaşmazlıkları toplumsal düzeni en az bozacak şekilde çözmek dışında pek bir ilgisi yoktu; hem hukukçuların hem de yönetici hanedanların gözünde toplumsal uyum her şeyden önemliydi. Hanedanlar şüphesiz kendi çıkarlarını geliştirmek amacıyla yerleşik Şeriat sisteminden faydalanmaya çalışmışlardır, ancak modern devletin kurucu özelliklerinden (teknoloji, bürokrasi, yaygın yönetim, etkili iletişim araçları, vb.) yoksun olduklarından, Şeriatın hukuk kurallarının paradigmatik zorunluluklarına boyun eğmeye devam etmişlerdir. Gördüğümüz gibi Şeriat,[30] yöneticinin yürütme gücüne şüpheyle yaklaşmış ve yöneticinin (ya da yönetici sınıfın) değil, müminler topluluğunun çıkarlarına hizmet eden bir ekonomik ve sosyal sistemde ısrar etmiştir. İslam hukukunun genel amacının her zaman ve her yerde bireyleri -mümkün olduğu ölçüde- sosyal konumlarında tutmak olduğu, bu hukuk sistemi hakkındaki en geçerli genellemelerden biri olmaya devam etmektedir. (Rosen ve Starr'ın çalışmalarının da gösterdiği gibi, bu durum moderniteye kadar ulaşan kısımları için dahi geçerliliğini sürdürmektedir). Başka bir deyişle, vatandaşı toplumun geneliyle birlikte boyunduruk altına alarak yaratan devletin cezalandırıcı doğasının aksine, İslam hukuku toplumsal dokudaki kırılmaları onarmak için sürekli bir çaba içinde çatışmalara arabuluculuk etmiş ve anlaşmazlıklara hakemlik yapmıştır.

Toplumu ve yapılarını güçlendirmek İslam hukukunun yararınaydı, çünkü - bir hukuk sistemi olarak işleyişi, çalışması ve hatta hayatta kalması - topluma bağlıydı. Öngörülen sert cezalar, uygulandıklarında (ve çoğunlukla uygulanmadıklarında), neredeyse her zaman toplumsal uyumsuzluğa (ve elbette siyasi otoriteye karşı isyana) dönüşen yozlaşma güçlerini caydırmayı amaçlayan ibret verici cezalar

[29] Hatta devleti inceleme biçimi için dahi sonuçlar doğurur. Bkz. Abrams, "Notes on the Difficulty of Studying the State."

[30] Bkz. 4 ve 5. Bölümler ile II. Ana bölüm.

olarak düşünülmüştür. Ancak İslam hukuku hiçbir zaman zorlayıcı bir adalet mekanizmasının parçası olmadığından, öngörülen cezaların hukukun gitmeye hazır olduğu en ileri noktayı temsil ettiği de doğru görünmektedir. Bu, cezanın bir ihlalin gerçekleştiği her yerde uygulandığı anlamına gelmiyordu (örneğin, neden her büyük Orta Doğu şehrinin diğer "yakışıksız" özelliklerinin yanı sıra sağlam bir fahişe nüfusuna sahip olduğunu açıklar), ancak sınır, sosyal baskılar cezaların katı bir şekilde uygulanmasını gerektirdiğinde aşırılıklara karşı başvurulacak olası bir durum olarak tasarlandı. (Bu belki de ileride göreceğimiz gibi, İngiliz sömürgecilerin İslam ceza hukukunu neden gereğinden fazla yumuşak, cezalardan arındırılmış, verimsiz ve ne disiplinin yaygınlaştırılmasına ne de "kanun ve düzen"in uygulanmasına elverişli bulduklarını açıklamaktadır).[31]

Hem İslam hukuku hem de ulus-devlet, zorunlu olarak kanun koyucu yönetim organları olarak kurulmuş olsalar da *işleyiş tarzları* ve nihai hedeflerinin ifade edilişinde temel farklılıklara sahiptirler. Evrensel kanun koyucular olarak birbirlerini dışlamaktadırlar. Amaçları ve kültürel ve *sosyal dünya görüşleri* çok farklı olduğu için, böyle bir birliktelik *a priori* olarak mümkün değildir. Devlet ile İslam hukukunu karşı karşıya getiren de bu teleolojik farklılıktı. Bu rekabette İslam hukukunun, devletin maddi, bürokratik ve askeri güçlerine karşı hukuk savaşını kazanmak şöyle dursun, saldırıya dayanma şansı bile yoktu. Ulus-devletin zaferi sadece İslam hukukunu yerinden etmekle kalmadı, aynı zamanda Müslümanların ekonomik, siyasi ve sosyal yapılarının yeniden düzenlenmesini de gerektirdi. Müslüman mümin, bu dönüştürme projesi aracılığıyla "iyi ulusal vatandaşa" dönüştürüldü. Gerisi siyasetti.[32]

Daha spesifik bir analitik düzeyde, ulus-devlet İslam hukukunun karşısına tamamen yasamaya dayalı bir varlık olarak çıkmıştır. Ulus-devletin hukuk modeli, belirli bir yönetim aracının bilinçli bir şekilde kullanılmasını gerektiren bir yöntem olan kodifikasyondu. Başka bir deyişle, kodifikasyon, hukuki ve siyasi gücü kullanmak için bilinçli bir seçimdir; bu seçim aynı anda çok sayıda işlevi yerine

[31] Singha, *Despotism of Law*, 2, 49–75; Dirks, *Scandal*, 221. Ayrıca bkz. 14. Bölüm, 1. Kısım.

[32] Şeriat ve hanedan idaresi altında yaşayan dünyada neredeyse hiç bulunmayan bir siyaset söyleminin modern Müslüman dünyasında ortaya çıkması zengin bir araştırma alanıdır. Başka bir deyişle bu değişim, hukuk kültüründen modern devletin siyasi pratikleri etrafında dönen bir kültüre geçişi temsil etmiş ve bugün kanıksadığımız eşi benzeri görülmemiş bir siyasi söylem yaratmıştır. Bu durum, Şeriatı çevreleyen güncel tartışmaların neden hukukla değil de siyasetle ve siyasi kimlik göstergeleriyle dolu olduğunu kısmen açıklamaktadır. Bu konunun genel bir değerlendirmesi için bkz. Hallaq, "What is Sharia?"

getirir. Kanunun en temel özelliği düzen, açıklık, kesinlik ve otorite *üretmesi*dir.[33] Hukuk uzmanları, modern kanunların "önceki tüm tutarsız geleneklerin, adetlerin ve hukukun" yerini aldığı konusunda hemfikirdir.[34] Bu değişim aynı zamanda bütüncüldür, çünkü kanunlar aynı zamanda eksiksizlik ve münhasırlık gerekliliklerini de yerine getirmelidir. Düzenlediklerini iddia ettikleri alanı bütünüyle kapsamalıdırlar ki, bu da rakip yasaların hem maddi uygulamasını hem de - aynı derecede önemli olarak - yetkisini engelleyen bir eylemdir. Diğer (önceden var olan) hukuk biçimlerinin bir arada var olmasına izin veren bir istisna yapılacak olsaydı, buna da ancak kanunun izni sayesinde müsaade edilirdi.[35] Başka bir deyişle, modern kanunlar her zaman önceki tüm kanunların üzerinde ve üstünde münhasır ve üstün bir otorite iddiasında bulunur.

Hepsi bu kadar değil elbette. Kanunlar sistematik ve açık olmalı, rasyonel ve mantıklı bir şekilde düzenlenmeli ve avukatlar ve hakimler için kolay erişilebilir hale getirilmelidir.[36] Doğaları gereği, sadece kendi otoritelerini beyan ve ifade etmekle kalmazlar, aynı zamanda kuralların ifadesinde evrenseldirler; dolayısıyla kısadırlar. Ne belirli bir davaya ne de belirli bir kişiye doğrudan hitap ederler. Bu özelliğin bir uzantısı olarak, her zaman soyut, "nokta atışı" ve kasıtlı olarak somutu dışlayıcıdırlar. "Fransız ve Alman Medeni Kanunları'nın bir cildin içine sığdırılabilmesi bir erdem olarak kabul edilirken, örf ve adet hukukunu barındırmak için tam bir kütüphane gerekir".[37] Her zaman olduğu gibi ekonomik kaygılar her şeyden önemlidir. Ancak kanunun birincil özelliği, evrensel modernitenin homojenleştirici etiğine uygun bir nitelik olan yeknesaklık yaratma kapasitesidir. Bu aynı zamanda Afro-Asyalı reformcuların neden İngiliz örf ve adet hukukuna değil de Batı Avrupa medeni kanunlarına yöneldiğini de açıklar. Dolayısıyla, kanunlar sadece kendi içlerinde değil, uygulamalarında da yeknesaklık sağlamalıdır. Bu nedenle kanunun otoritesi kendi tanımının ötesine uzanır ve adaletin idaresi ve uygulanmasına müdahale eder.[38]

---

[33] Örneğin Stone, "Primer," 303-10, özellikle 303-04'te, kodifikasyonun devletin (ve reformcuların) "yeni bir ekonomik ve sosyal düzeni" hayata geçirme aracı olduğunu kabul etmesine rağmen, bu temel noktaya değinmektedir.

[34] Bayitch, "Codification," 161–91, özellikle 164.

[35] Açıkçası, common law bir istisnadır, ancak daha sonra İslam devletlerinin büyük çoğunluğu bu sistemi benimsememiştir; Mısır, Fransız esinli hukuku tercih eden bir İngiliz mandası olarak bunun iyi bir örneğidir.

[36] Stone'a göre ("Primer," 303-04) bu, kanunun varoluş nedenidir.

[37] Stone, "Primer," 306.

[38] Bkz. Bayitch, "Codification," 162–67.

Öte yandan İslam hukuku, kanunun niteliklerinin büyük çoğunluğuna ters düşmektedir. Birincisi, İslam hukuku hem teoride hem de pratikte *örf-adet* ve *siyâset-i şer'iyye* işbirliğine *dayanır*.[39] İslam hukuku hiçbir yerde tek başına işlememiş ve her yerde örfi hukuk uygulama alanında onunla iç içe geçmiştir. Bu bağlamda, İslam hukuku kendi kendini deklare eden bir hukuk da değildi, zira kendisini - en azından pratikte ve büyük ölçüde teoride - bu alanda diğerlerinin yerine geçen yegane otoritenin taşıyıcısı olarak ilan etmemişti. Yoruma dayalı ve son derece bireyselci doğası gereği İslam hukuku, her ne kadar bir uzman meseleyi tamamen farklı görebilse de Avrupa'nın dünya algısına göre sistematik değildi. Benzer şekilde, modern bir perspektiften bakıldığında, İslam hukuku "açık ve erişilebilir" kanunun aksine muğlak ve karmaşık olarak tanımlanabilir. Kanun, herhangi bir standartta çoğu *fıkıh* eserinden daha erişilebilir olsa da açıklık argümanı göreceli bir iddiadan öteye gitmez. Usta bir *fıkıh* uzmanı, modern bir hukukçunun kanunu açık bulduğu kadar açık bulabilir. Bununla birlikte, kuşkusuz, İslam hukukunun kendi içinde tekdüze olduğu söylenemez, çünkü *ictihadî* çoğulculuk olarak adlandırılan görüş çoğulculuğu onun *en mükemmel* belirleyici özelliğidir. İlginç bir şekilde, kendi doğasındaki çeşitlilik üzerinden gelişti (ve bunda ısrar etti) ve bu çeşitlilikte, aksi takdirde aynı kodifiye kuralın kapsamına girecek olan farklı durumları değişken hukuk normları aracılığıyla karşılayacak esnekliği buldu. Görüş çoğulculuğu sadece belirli ve özel durumların çokluğuna değil, aynı zamanda hukuki değişimin zorunluluklarına da cevap vermiştir.[40] Homojenleştirme büyük ölçüde gündeminde olmadığından, çoğulculuğu tekdüzelik ruhuna ters düşüyordu. Ve ana odağın, Allah'ın münferit bir kulu olarak bireye yönelik olduğundan, soyut ve evrenselleştirici bir dile ihtiyaç yoktu. Ancak en önemlisi, kanunun beyan edici niteliğinin yanı sıra, ulus-devletin yüksek makamlarından kaynaklanan bir iktidar iradesine işaret eden özü ve yasal etkisinin tekdüzeliğiydi; buna karşılık, İslam hukukunda böyle bir iktidar iradesi soyut ve teorik, yani metafizik ve teolojik düzey dışında mevcut değildi.

Kanunların sistematik, açık ve erişilebilir olması, bir yanda *fakîh*in diğer yanda modern avukat-hakimin oynadığı roller arasındaki farkın da bir gereğidir. Modern avukat-yargıç, ulus-devletin temsilcisi ve vekili, onun bir uzantısı ve bir teknokrat olarak kanunları inceleyen ve uygulayan kişidir. Ancak hukuk kurallarını (sivil nüfusun

[39] Bkz. 4 ve 5. Bölümler ve Hallaq, "Prelude to Ottoman Reform."
[40] Hallaq, *Authority*, 121–235.

neredeyse sadece çıkarlarını yansıtan) devletin ağır idari mekanizmasından bağımsız bir kurum aracılığıyla üretmez; bu da geniş kapsamlı etkilere yol açan bir gerçektir. Ulus-devletin kontrol ve gözetim aygıtı, devletin ve onun sistemik yapılarının emredici güçlerine tabi olan bir bağımlı avukat- hakim sınıfı üretti. Bir teknokrat ve hukuk alanında uzman olan avukat-hakim, diğer şeylerin yanı sıra, ulus-devletin ekonomik olarak üretken bir yurttaş kitlesini etkin bir şekilde yönetmek amacıyla kontrol ve düzeni sağlama aracı olan hukukun teknik incelemesine hapsolmuştur. (Birey, devletle çeşitli ilişkilere girse de vergilendirme ilişkisi bunların en mahrem olanıdır).[41] Öte yandan *fakîh*, çoğunlukla teknokrasinin sınırlarını aşan farklı bir amaca hizmet etmiştir. *Fakîh*ler arasında *kâdı*lar teknokrat olarak hizmet etme eğilimindeydi, ancak bu, hiçbir zaman *kâdı*ların hepsi için geçerli olmamış ve profesyonel kariyerlerinin tamamını kuşatmamıştır. Zira *kâdı*lar genellikle *müftî* ve müellif-hukukçu[42] gibi (hizmet ettikleri ve temsil ettikleri toplumla belirli bir ahlaki ilişki içinde olmalarını sağlayan) tabiri caizse "başka şapkalar da giymişlerdir." Dolayısıyla, büyük (ve komuta eden) *fakîh*lerin çoğunluğu olmasa da önemli bir kısmı, tarih, teoloji ve edebiyattan felsefe, mantık, tıp ve astronomiye uzanan diğer disiplinlerde düzenli olarak uzmanlaşmış çalışmalar yapan entelektüellerdi. Asıl amaçları hukukun keşfi ve ifade edilmesiydi ve disiplinler arası bilgilerini bu amaca ulaşmak için kullandılar. Hukuku ürettiler ve en yüksek otorite biçimlerini, yani epistemik ve ahlaki olanı biriktirdiler. Dolayısıyla onlar, *müctehid*ler ve önde gelen *müftî*ler olarak toplumsal ve dini ahlakı rehber edinerek iktidara hakikati söyleyen halk entelektüelleriydi. Kendi toplumlarıyla birlikte şekillendirdikleri bağımsız bir sistem içinde yaşadılar ve faaliyet gösterdiler. Bu, genel anlamda, modern avukat-hakimin bir özelliği olarak iddia edilemez ve bunun haklı bir nedeni vardır: modern avukat-hakimin gerçeği, hizmet ettiği ve içinden çıktığı *sistem*in ürettiği *gerçek*tir; ve bu sistem neredeyse tamamen her şeye gücü yeten devlet tarafından kontrol edilmektedir. İster Müslüman Doğu'da ister Batı dünyasında olsun, yasama, yargı ve yürütme güçleri arasındaki ayrım - her halükarda günümüz Müslüman ülkelerinin büyük çoğunluğunda pek etkili değildir - nihayetinde devletin *sistemik yapıları*na ve "bilgi sistemi"ne boyun eğmeye devam etmektedir.

[41] Bu durum Avro-Amerikan devletleri için kesinlikle doğrudur ve Mısır'daki son ulusal tartışmanın da gösterdiği gibi, giderek yoksul Müslüman ülkelerde bile devlet inşasının paradigması haline gelmektedir.

[42] Hallaq, *Authority*, 166–74.

Hindistan ve Güneydoğu Asya'nın Hukuki Sömürgeleştirilmesi

1. İngiliz Hindistanı

Hindistan'daki İngiliz varlığının ilk bir buçuk yüzyılı boyunca, sömürgeci hırs zorunlu olarak ticari sömürü ile sınırlıydı ve bu dönemin büyük bir kısmında ev sahibi Babür İmparatoru tarafından Doğu Hindistan Şirketi'ne (EIC) verilen özel ayrıcalıklara bağımlıydı. Ekber'in hükümdarlığının sonundan (1605'te) Evrengzîb'in hükümdarlığına (1658-1707) ve sonrasına kadar, EIC zorunlu olarak Babürlerin müttefiki olarak kalmıştır. Bu nedenle, 1750'lerin başına kadar, EIC yerli kişileri veya yerli kurumları ilgilendiren herhangi bir anlaşmazlığın çözümünde yerel hukuka ve geleneklere müdahale edemedi ve aslında bunlara bağlı kaldı.

EIC'nin tek olmasa da öncelikli hedefi ticari kârdı;[1] bu da çıkarlarının neden ticareti düzenli ve "nizami" bir şekilde yürütmek için gerekli olduğu kadar "kanun ve düzen" talep ettiğini açıklıyor.[2] Bu nispeten mütevazı hedefler, EIC'nin Babürlülerin topraklarında misafir rolünü oynamasına izin verdi; bu rol, yalnızca halef devletlerin savaşları sırasında Babürlülerin gücünün azalmasıyla değil, aynı zamanda Şirketin askerileşmesi ve artan saldırganlığıyla birlikte azalacak olan bir dostluk sergiledi. Çünkü EIC zaman içinde modern bir devletin pek çok özelliğini kazanmış ve savaşmayı, vergi toplamayı, çalışanlarına ve zamanla Hintlilere de adalet uygulamayı gerektiren artan bir egemenlik duygusuyla hareket etmişti.[3]

1757 yılına gelindiğinde ve Plassey Savaşı olarak bilinen savaşta Bengal Nevab'ı ile askeri bir çatışmaya girdikten sonra, EIC hakimiyetini ilan etti ve bundan böyle Hindistan'ı hem ekonomik hem de hukuki olarak sömürgeleştirme projesine girişti. İngilizlerin gözünde ekonomik ve ticari arzular, "açık" bir ekonomik pazarı barındıracak

[1] Cohn, *Colonialism and its Forms of Knowledge*, 61; Dutt, "Exploitation of India," 41–52.
[2] Kugle, "Framed, Blamed and Renamed," 260.
[3] Cohn, Colonialism and its Forms of Knowledge, 58.

şekilde yapılandırılmış ve düzenlenmiş bir hukuk sisteminin kendine özgü vizyonuyla yakından bağlantılıydı. Hukuk sistemi, ekonomik egemenliğin tonunu belirleyen ve ayarlayan bir şablondu ve öyle olmaya devam etti. Ancak İngilizler için en önemlisi, ülkeyi güç ve şiddet yoluyla kontrol etmenin ekonomik maliyetlerini azaltma arzusu - materyalist arzularıyla tamamen tutarlı ve ona bağlı olarak - hukukun rolünün en üst düzeye çıkarılmasıyla doğrudan ilişkiliydi. Hukuk, kaba güçten mali açıdan daha fazla kazanç sağlıyordu.[4]

Warren Hastings'in 1772'de Bengal Valisi olarak atanmasına kadar İngilizlerin Hindistan'a yönelik hukuki planlarında yeni bir aşama başlamamıştı.[5] Bu atama, ilk olarak Bengal'de uygulanacak olan ve Hastings Planı olarak adlandırılan planı başlattı. Plan, tepede yalnızca İngiliz idarecilerin bulunacağı, İslam hukukuna ilişkin konularda yerel *kâdı*lara ve *müftî*lere (*mulavi*) danışacak bir İngiliz yargıçlar kademesinin yer alacağı çok katmanlı bir sistem tasarlıyordu. Yargı idaresinin en alt basamağında ise Bengal, Madras ve Bombay'daki hukuk mahkemelerinde görev yapan sıradan Müslüman hakimler yer alıyordu. Plan aynı zamanda yerel gelenek ve kuralların "evrensel" (İngiliz olarak okuyun) hukuk idealleri tarafından düzenlenen İngiliz kurumsal adalet yapısına dahil edilebileceği varsayımına dayanıyordu.

Hastings'in vergi tahsildarları aynı zamanda Diwani ve Faujdari adlı iki tür mahkemenin baş yargıçları olarak da görev yapıyordu. Müslümanlara İslam hukukunu, Hindulara ise Hindu hukukunu uygulayan Diwani bir sivil mahkemeydi ama aynı zamanda vergi toplamakla da görevliydi. Cezai yargılama yetkisine sahip olan Faujdari'nin yargıçları, *pandit* ve *mulavi*lere danıştıktan sonra kendi anladıkları şekilde İslam hukukunu uyguluyordu.[6] Bu İngiliz sulh hakimleri ve tahsildarlarının, hem şaşırtıcı fikir çeşitliliği hem de İslam (ve Hindu) hukukunun esnekliği karşısında şaşkına döndükleri söylenir. Bu çeşitlilik ve esenkelik İngilizlerin sadakatleri şüpheli görülen bu yerli uzmanları tasfiye etmelerine yol açmıştır.[7]

---

[4] Aynı materyalist mantıkla ve "hukuki seçeneğin" sürdürülmesinin çok daha az maliyetli olması gerçeğine rağmen, sömürgeci güçler neredeyse her yerde yargı idaresinin kendi maliyetlerini bile azaltmaya çalıştılar. Bkz. Benton, "Colonial Law and Cultural Difference," 564.

[5] Menski, *Hindu Law*, 164 vd.

[6] Singha, *Despotism*, 1–35; Cohn, *Colonialism and its Forms of Knowledge*, 62; Anderson, "Legal Scholarship," 67.

[7] Sir William Jones'un kendi şüpheleri ile ilgili olarak bkz. Strawson, "Islamic Law and English Texts," 36–37.

İngilizlerin İslam (ve Hindu) hukukunun parçalı doğasını yirminci yüzyıl Batı biliminde gösterildiği kadar sorunlu bulup bulmadığı tartışmalıdır, zira common law sistemi sonuçta çok da farklı bir doğaya sahip değildi. İslam hukuku kesinlikle common law geleneğine, temelde kodifikasyona dayanan kıta hukuk sistemlerinden çok daha fazla benziyordu.[8] Yine de kontrol edilemez ve yozlaşmış bir bireysel hukuki görüşler yığını olarak görülen bu durumla başa çıkmak için, Oxford'lu klasikçi ve önde gelen oryantalist Sir William Jones (1746-94) Hastings'e kanunların ya da kendi deyimiyle "Hindu ve Müslüman hukukunun tam bir özetinin" oluşturulmasını önermiştir.[9] İslam (ve Hindu)[10] hukuku içinde böyle yabancı bir sistemin yaratılmasının gerekçesi, bu hukuku sistemsiz, tutarsız ve çoğunlukla keyfi olarak nitelendirerek sorunsallaştıran bir dille ifade edildi - bu nitelikler çok daha sonra Max Weber'in kendisi tarafından ustaca bir sosyolojik modelde detaylandırılacaktı.[11] (Weber'e -ve Weber'den önce tüm Oryantalizm alanına- gülünç *Kadijustiz* kavramını kazandıran, muhtemelen Jones'un Müslümanların hakim ve *mulavi*lerinin disiplinsiz ve kontrol edilemez hukuki yorumları fikriydi).[12] Dolayısıyla bu zorluk, yerli toplumun ekonomik olarak verimli bir şekilde nasıl anlaşılacağı ve hukuki olarak nasıl yönetileceği sorusunda kendini gösteriyordu ve bu da kısmen Jones'un "çeşitli kanunların yerli yorumcuları üzerinde tam bir kontrol" sunan bir sistem inşa etme arzusunu şekillendiriyordu.[13]

Özel olarak Jones'un ve genel olarak İngilizlerin İslam (ve Hindu) hukukunun doğasını gerçekten yanlış anlayıp anlamadıkları ya da yargı sistemi üzerindeki tam kontrollerini kolaylaştırmak için böyle bir yanlış anlama numarası yapıp yapmadıkları oldukça tartışmalıdır. Anglo Muhammadan hukukun mimarlarından biri olan Jones'un, kendi ifadesiyle "Arap ve İngiliz hukukçuların çalışmaları arasındaki harika analojinin"[14] tamamen farkında olması son derece

[8] Kodifiye hukuk ile İslam hukuku arasında kavramsal bir karşılaştırma için önceki bölüme bkz.

[9] Aktaran Cohn, *Colonialism and its Forms of Knowledge*, 69.

[10] İngilizler döneminde Hindu hukuku ve Anglo-Hindu hukukunun ortaya çıkışı hakkında bkz. Menski, *Hindu Law*, 156-85.

[11] Rheinstein, *Max Weber on Law*, 206-13 (ve n. 48). Weber'in İslam hukuku üzerine yazılarının bir eleştirisi için bkz. Gerber, *State, Society*, 25-57. Weber'in hukuk düzenleri sınıflandırmasının genel ama faydalı bir eleştirisi için bakınız Berman ve Reid, "Max Weber as Legal Historian," 225-37.

[12] Bu ifadenin Weber'e değil, R. Schmidt'e ait olduğu söylenmelidir. Gerth ve Mills, *From Max Weber*, 216-21'e ve önceki notta belirtilen kaynaklara bakınız.

[13] Aktaran Cohn, *Colonialism and its Forms of Knowledge*, 69; Anderson, "Legal Scholarship," 74.

[14] Aktaran Strawson, "Islamic Law and English Texts," 36 (Jones'un *Sirâciyye*'nin kendi çevirisine yazdığı girişten).

manidardır. Ancak bu tür benzetmeler, hukuken uygun olsa da, yerlilerin kültürel alışkanlıkları işin içine girdiğinde gücünü yitirmiştir. Cohn'un Jones'un Hindu hukukuna ve Hintli tebaasına yönelik tutumuna ilişkin derinlikli analizi, *a fortiori* olmasa da, İslam hukuku ve Hintli Müslümanlar için de geçerlidir:

> Jones'un Hindu hukukunun önemli yönleri olduğuna inandığı şeyleri düzeltme ve tercüme etme çabalarında bir tersine çevirme ve çelişki vardı. Jones, ilkeleri, mevzuatı, doğal hukuk fikirlerini ve hakkaniyet ve adalet kavramlarını bünyesinde barındırmasına rağmen, esasen ictihad hukuku olarak görülen İngiliz common law eğitimi almıştı. İctihad hukuku, emsal bulmaya dayalı tarihsel olarak türetilmiş bir hukuktu. Esnekti ve her şeyden önce yargıçlar ve avukatlar tarafından çoklu yorumlara tabiydi. Jones ve döneminin diğer hukukçuları, İngiliz common law'unun tarihsel değişime duyarlı olduğunu düşünüyordu. Bir ulusun davranış biçimleri - ya da bugün kültürleri diyebiliriz - değişebileceğinden, yasalar "adına çıkarıldığı halkın eğilimlerine, alışkanlıklarına, dini önyargılarına ve onaylanmış eski geleneklerine uygun olmadıkça" etkisiz olacaktır. Ancak görünen o ki Jones, davranışlar, alışkanlıklar, eğilimler ve önyargılar sabit veya değişmez olmasa da, Hindistan'daki Hinduların çok eski zamanlardan beri sabit olan adetleri olduğuna inanıyordu. Bir avukatın hem örf ve adetlerdeki hem de hukuktaki değişiklikleri izleyebildiği ictihad hukukuna sahip İngilizlerin aksine, Hindular bu nedenle zamansız bir varoluş yaşıyorlardı ve bu da panditlerin sunduğu farklılıkların ve yorumların cehaletten veya kötü niyetten kaynaklanmış olması gerektiği anlamına geliyordu.[15]

Hastings, Jones'un önerisinden etkilendiği kadar, bu önerinin dayandığı kültürel ve hukuki varsayımlardan da etkilenmiş görünmektedir. Zira çok geçmeden Mergînânî'nin *Hidâye*'sinin Farsçaya tercümesini yaptırmış, Charles Hamilton da bu tercümeyi kendi İngilizce tercümesinde (1791) kullanmıştır.[16] Bir yıl sonra Jones, *es-Sirâciyye*'yi bu kez doğrudan Arapça'dan çevirdi.[17] Miras hakkındaki bu

[15] Cohn, *Colonialism and its Forms of Knowledge*, 71. Hastings'in kendisi de Hinduların "en uzak antik çağlardan beri değişmeden devam eden yasalara sahip olduklarını" belirtmiştir. Aktaran *a.g.e.*, 66.

[16] Yakın zamanda Nyazee tarafından İngilizceye yeniden çevrilmiştir. Aşağıdaki Kaynakça'ya bakınız.

[17] *Al-Sirajiyah or the Mahomedan Law of Inheritance.* Sonraki yıllarda miras konusunda iki çeviri daha yapılmıştır: W. H. Macnaghten, *Principles and Precedents of Moohumudan Law* ve F. Elberling, *A Treatise on Inheritance, Gift, Will, Sale, and Marriage.*

risale, *Hidâye*'nin hukukun bu önemli dalı hakkındaki sessizliğini telafi etmek için tercüme edilmiştir.[18] Bu çevirilerin öncelikli amacı, İslam hukukunu, kendilerine hukuk konularında danışmanlık yapan yerli *mulavi*lere derin bir güvensizlik duyan İngiliz yargıçlar için doğrudan erişilebilir kılmaktı.[19]

Hidâye'nin seçimi tesadüfi değildi. Metin, Hindistan'daki Sünni Müslümanların büyük çoğunluğunun bağlı olduğu Hanefî mezhebinin en saygın hukukçularından biri tarafından kaleme alınmıştı. İngilizler bu metne atıfta bulunmanın, çok nefret edilen hukuki çoğulculuğun kaynağı olan hukuki anlaşmazlık ihtimalini azaltacağını düşünüyordu. Dahası, bir kanun olarak nitelendirilebilecek kadar kısaydı. Aslında, Hanefî hukukunun bu şekilde hizmet edebilecek en kısa otoriter el kitabıydı. Ve bu metnin kullanışlılığı da tam olarak burada yatıyordu. Kısalığı, Maveraünnehirli seçkin müellif-hukukçu Mergînânî'nin kabul ettiği şekliyle Hanefî mezhebinin otoriter doktrinini yansıtıyordu. Ancak bu metin, ekolün genel doktrinini, özellikle de Güney Asya'daki yayılımını özetlemiyordu; bu tür otoriter metinlerin yaptığı gibi, Mergînânî'nin sadece *kendi çağında ve bölgesinde* (on ikinci yüzyıl Fergana'sı ve daha yaygın olarak Maveraünnehir) ekolün yaygın olarak uygulanan ve kabul edilen doktrinleri olarak gördüğü şeyleri ifade ediyordu (bir doktrinin yaygın olarak kabul edilmesi ve uygulanması epistemik ve hukukî otoriteyi tesis eder).[20]

Hanefî mezhebinde *Hidâye*'nin önemi, kendi özündeki faziletlerinden ziyade, sonraki yüzyıllar boyunca ortaya çıkan çok sayıda şerhin derlenmesi için otoriter bir temel ve uygun bir zemin sağlamasında yatmaktadır. Hukuku değil, hukukun belirli bir zaman ve mekanda üzerine inşa edilebileceği yorumsal temeli oluşturmuştur. Hukukun uygulanması söz konusu olduğunda, pratikte hukuki açıdan arzu edilen şey *Hidâye*'nin kendisinden ziyade şerhti. *Hidâye*, bir medrese ders kitabı olduğu kadar bir şerh alt yapısı olarak da önemliydi ve öyle kaldı - ancak bu ikinci işlevinde bile müderrisin şerhine ihtiyaç duyuyordu. Dolayısıyla kendi içinde ve kendi başına, İngilizlerin varsaydığından çok daha az önemliydi, çünkü onların *Hidâye*'yi biçimsel kullanımı, yorumsal ve uygulamaya dayalı hukuk için bir dayanak olarak yerli, sezgisel kullanımından niteliksel olarak farklıydı.

---

[18] Ancak *Hidâye* vasiyetleri ele almaktadır. Bkz: Mergînânî, *Hidâye*, IV, 231 vd. Çeviri metindeki eksiklikler ve daha sonra sömürge eğitiminde kullanımı hakkında bkz. Strawson, "Islamic Law and English Texts," 27-28.

[19] Anderson, "Legal Scholarship," 74; Kolff, "Indian and British Law Machines," 213–14.

[20] Hallaq, *Authority*, 155–64.

Hidâye'nin tercümesi aslında onun kodifikasyonu anlamına geliyordu, zira *Hidâye*'yi Arap yorum ve şerh geleneğinden koparark, o zamana kadar yaptığı şekilde işlev görmesini engelledi. Dolayısıyla, *Hidâ*ye'nin (ve onun aracılığıyla genel anlamda İslam ahvâl-i şahsiyye hukukunun) "kodifikasyonu" en azından iki amaca hizmet etmiştir. Birincisi, İngilizlerin uzun süredir denediği şeyi, yani *kâdı*ların ve daha spesifik olarak mahkemelere yardımcı olan *mulavi* ve *müftî*lerin adli "takdir yetkisini" kısıtlamayı başarmıştır. İngilizlerin *mükemmel* bir adli takdir yetkisi olarak gördükleri *Kadijustiz*'i frenleme politikasında, İslam hukukunu, toplum temelli hukuk mesleğinin hukuki, yasal ve yargısal bağımsızlığının devletin kurumsal ve ultra-sosyal teşkilatı tarafından yerinden edileceği bir devlet hukukuna dönüştürmeye yönelik sistemik bir girişimi görmek de manidardır. Böylece, kanun metninin İngiliz yargıçların kullanımına açılmasıyla, Müslüman hukukçular hukuksal aracılar olarak ortadan kaldırılmış ve İslam hukuku adına hüküm verme yetkisi ve ayrıcalığı sadece İngilizlere bırakılmıştır. İkincisi - toptancı kontrole doğru bir adım daha - çeviri-kodifikasyon faaliyeti, yerel sistemin yorumlayıcı mekanizmalarının İngiliz hukukununkilerle değiştirilmesini ifade ediyordu. Dolayısıyla, görünüşte zararsız olan çevirinin kabulü, gerçekte "yık ve yerine yenisini koy" politikası olarak adlandırılabilecek bir şeydi.

Arap-İslam hukuk metinlerinin sabit bir forma, yani dilsel dönüşümü nedeniyle İslam'ın Arap hukuk ve yorum geleneğiyle organik bağını yitiren bir İngilizce tercümeye sokulmasıyla hizmet edilen üçüncü ve biraz da dolaylı bir amaç daha vardı. Bu amaç, sadece çok çeşitli olmakla kalmayıp aynı zamanda onsuz İslam hukukunun işleyemeyeceği örfi hukukun dışlanmasıydı. *Hidâye*'nin hem bir özet hem de bir ahvâl-i şahsiyye hukuk kodu olarak kullanılması, İngilizler için, bir ulus-devletin, o devletin iktidar iradesine dayanarak uygulayacağı hukuki kararnamenin muadilini temsil ediyordu. Tanımı gereği yazılı olmayan örfi hukuk, yazılı hukukla aynı statüye sahip değildi ve sürekli olarak "ilkel", "kabile", "geleneksel" veya "yerli"[21] olarak tanımlanıyordu ki bu terimler son derece aşağılayıcı ve küçümseyici çağrışımlar taşıyordu.[22] Örfün "resmi" hukuk kapsa-

[21] See Merry, "Legal Pluralism," 875 vd.; Hooker, *Legal Pluralism*, 119 vd.; Glenn, *Legal Traditions of the World*, 56–57; Fisch, "Law as a Means," 15.

[22] İngilizlerin yazılı olmayan hukuka karşı tutumu, Avrupa'nın sömürgeleştirilmiş kültürlere karşı genel tutumunun bir örneğini teşkil etmektedir. Konu belki de en iyi Arnold J. Toynbee (*A Study of History*, I, 36) tarafından ortaya konmuştur: "[B]iz Batılılar insanlara 'yerli' dediğimizde, onları algılayışımızdaki kültürel rengi dolaylı olarak ortadan kaldırmış oluruz. Onları kendimiz gibi tutkulu insanlar olarak değil, tesadüfen rastladığımız ülkeyi istila eden

mından çıkarılması değilse bile susturulması, ilk olarak İngilizlerin uğraşmak zorunda kaldığı karmaşık ve çetrefilli hukuksal formları düzene sokmayı (ya da homojenleştirmeyi), ikinci olarak da İslam hukukunu temel dayanaklarından biri olan ve uygulama düzeyinde Şeriat ile iç içe geçmiş olan toplumsal ve örfi hukuktan mahrum bırakmayı amaçlıyordu. Böylece çeviri faaliyeti, İslam hukukunu yorumlayıcı-hukuksal zemininden ve aynı zamanda içinde yer aldığı ve başarılı işleyişinin bağlı olduğu yerel toplumsal matristen söküp atmıştır.

Çevirilerin adalet sistemi üzerindeki etkisi bir sonraki yüzyılın başlarına kadar tam olarak fark edilmeyecekti. Ancak tercümeler, İslam'ın sömürgeci eklemlenmesinde dolaysız bir epistemolojik işlev gördüler; zira Michael Anderson'ın zekice tespit ettiği üzere, tercümeler yalnızca "özcü, statik ve içeriden değişime kapalı bir İslam" fikrini doğurmakla kalmadı, aynı zamanda tüm klasik Oryantalizmin temel söylemsel pratiğini, yani "klasik hukuk metinleri üzerinde ayrıntılı bir çalışma yapılmadan Hindistan ve Doğu'nun doğru bir şekilde anlaşılamayacağı" fikrini yarattı ve destekledi.[23]

Daha sonra Osmanlı İmparatorluğu'nda da yaşanacağı üzere, otoriter Arap hukuk metinlerinin başka bir dile aktarılması, hem hukuk kurumlarının ulusallaşması-sömürgeleşmesi hem de Arap epistemolojisinin ve ilahi hukukun yorumbiliminin zayıflamasına bağlı bir sebep-sonuç diyalektiğini yansıtıyordu. On dokuzuncu yüzyılın ilk yıllarına gelindiğinde, Hindistan mahkemeleri, sosyolojik ve yerel yorumsal bağlamlarından koparıldıklarında daha az anlam ifade etmekle kalmayıp, aynı zamanda yanlışlıklar ve açık hukuki-dilbilimsel hatalarla dolu olan bu çevirilere büyük ölçüde bağımlı hale gelmeye başlamıştı. Neil Baillie 1865'te bu çeviri metinler repertuarına *el-Fetâva el-Hindiyye*'nin kısaltılmış bir versiyonunun İngilizce çevirisini ekledi, ancak bu çabasında sömürge politikalarının hukuksal projesinin çehresini değiştirecek hiçbir şey yoktu. Aksine, sömürge hukukunun evrimini güçlendirdi. Anglo- Mohammadan hukuku olarak adlandırılan hukuk, bu İngilizceleştirilmiş metinler ve onların İngiliz yorumcuları olmadan ortaya çıktığı biçim ve içerikte ortaya çıkamazdı.

---

vahşi hayvanlar, yerel bitki örtüsü ve hayvanların bir parçası olarak görürüz. Onları 'yerliler' olarak gördüğümüz sürece yok edebiliriz ya da bugün daha muhtemel olduğu gibi evcilleştirebiliriz ve dürüstçe (belki de tamamen yanlışlıkla değil) ırkı geliştirdiğimize inanırız ama onları anlamaya başlamayız."

[23] Anderson, "Legal Scholarship," 74; ayrıca bkz. Kugle, "Framed, Blamed and Renamed," 258–59; Strawson, "Islamic Law and English Texts," 26.

Dolayısıyla Anglo-Muhammadan hukuku, İngilizlerin Hindistan kolonilerinde yarattıkları ya da yaratılmasına neden oldukları hukuktur. Bu tanımlama, İslami yargı ve hukuk bağlamında hukukun spesifik bir uygulamasını belirleyenin İngilizler olduğu gerçeğinden çok, Müslüman bireylere uygulanan İslam hukukuna ilişkin ağır bir şekilde çarpıtılmış bir İngiliz hukuk perspektifi olduğu gerçeğine işaret etmektedir. Hatta bazen Anglo- Mohammadan hukukunun, İngiliz hukukunun İslam hukuku olarak zorla uygulanmasını içerdiği bile ileri sürülebilir[24] - bunun sadece bir örneği *Abul Fata v. Russomoy Dhur Chowdhury* (1894) davasında Privy Council'in Ameer Ali'nin vakıf hukukuna ilişkin görüşünü kasıtlı olarak görmezden gelmesi ve bunun yerine meseleyi İngiliz tröst hukuku temelinde karara bağlamasıdır. (Bu karar ancak yirmi yıl sonra 1913 tarihli Mussalman Waqf Validating Act ile tersine çevrilmiştir). Yine de, bu melezliğin yaratılmasında saf İngiliz düzenlemelerinin sistematik olarak ithal edilmesi söz konusu değildi; daha ziyade, sömürgecilerin son derece sübjektif "adalet, hakkaniyet ve iyi vicdan" kavramlarına dayanan İngiliz hukuk ilkelerinin dayatılması söz konusuydu - bu kavramların İslam *fıkh*ının yapısını değiştirmesi kaçınılmazdı.

Dahası, Anglo-Mohammadan hukuku, kendileri de büyük ölçüde hukuk ve modern devlet arasındaki inatçı bağlantılardan türemiş olan İngiliz yönetim anlayışlarından daha az etkilenmemiştir. Örneğin, valiler Hastings ve Cornwallis (1786-93), başka yerlerdeki İngiliz meslektaşları gibi,[25] Şeriatın cinayet hukukunun (*dimâ'*) tüm ilkelerini, bu hukukun, uygun gördükleri cezayı (kısastan kan parası ödemeye ve affa kadar) verme ya da vermeme yetkisine sahip olan en yakın akrabaya özel, hukuk dışı ayrıcalıklar tanıdığı gerekçesiyle reddetmişlerdir. Onlara göre bu hak, tanımı gereği şiddet uygulama "meşru" hakkına sahip olan devletin tekelindeydi.[26] Yerleşik bir devlet kültürünün şiddet üzerindeki tekelini yansıtan Cornwallis ayrıca, İslam hukukunun egemenliği altında suçluların çoğu zaman cezadan kaçtığını ve bu durumun onun etkin bir devlet disiplini olarak öngördüğü bir ortamda gerçekleşmesine izin verilmeyeceğini savunmuştur.[27] Onun bu görüşü, Hastings'in İslam hukukunun düzensiz, yetersiz ve "en yumuşak ilkeler üzerine kurulu ve kan dökmekten nefret eden" bir hukuk olduğu yönündeki şikayetini yineliyordu.[28]

[24] Hooker, *Legal Pluralism*, 96.
[25] Örnek olarak bkz. Alon, "Tribal System."
[26] van Creveld, *Rise and Decline*, 155–70.
[27] Singha, *Despotism*, 2, 49–75.
[28] Dirks, *Scandal*, 221.

(İronik bir şekilde, İslam hukukuna ilişkin bu sömürgeci algılar son otuz kırk yılda taban tabana zıt bir hal almıştır).

Zaten sömürge politikasının ayrılmaz bir parçası olan bu görüşler, İslam ceza hukukunun yerini yavaş yavaş İngiliz ceza hukukunun aldığı 1790 ile 1861 yılları arasında hukuki bir gerçeklik halini aldı: adam öldürme tamamen kamusal bir suç haline geldi ve kurbanın yakınları kısas veya kan parası talep etme hakkından mahrum bırakıldı. Kısas devletin ayrıcalığı haline geldi ve kurbanın ailesinin normalde uğradığı kayıp, vatandaşın hukuk sınırları içinde devletin malı olduğu şeklindeki modern anlayışla geçersiz kılındı. Kasıtsız adam öldürme ve kusur olmaksızın adam öldürme suçları hiçbir tazminat gerektirmiyordu ve (İngilizlerin maddi hesaplarına göre hiçbir anlam ifade etmeyen) uzuv kesme cezaları tamamen kaldırılmıştı. 1861 yılına gelindiğinde, İslam ceza hukukundan hiçbir iz kalmamıştı.[29] Nicholas Dirks'in zekice belirttiği gibi, "[Hindistan'daki] İngiliz adaleti -prensipte olduğu kadar pratikte de- İslami adaletten çok daha acımasız oldu, idam cezasına sıkça başvururken toplum temelli yaptırım ve uzlaşma yöntemlerine çok daha az başvurdu. [Şirket] kamu düzeniyle ve kendi ticaretini ve otoritesini korumak için hukuku özel olarak kullanmakla eski rejime göre çok daha fazla ilgileniyordu."[30]

Dolayısıyla İslam hukukunun tercüme edilmesi ve kodifiye edilmesi, yalnızca Anglo- Mohammadan hukuku olarak adlandırılan hukukun üretimiyle değil, aynı zamanda Hindistan'ı (ya da başka herhangi bir toprağı) yönetmenin zorunlu olarak hukuksal işleyiş biçimini değiştirmeyi gerektirdiği şeklindeki sömürgeci düşünceyle de nedensel olarak bağlantılı görülmelidir. Ve bunu yapmak için, yalnızca yerel kurumların ne pahasına olursa olsun bastırılması değil, aynı zamanda yeni ve "geliştirilmiş" *yerel* (ama zorunlu olarak yerli olmayan) kurumların yetiştirilmesi de kaçınılmazdı. EIC'nin yönetim konseyinin bir üyesi olan Thomas Macaulay'ın belirttiği gibi, İngilizlerin amacı "kanı ve rengi Hintli, zevki, fikirleri, ahlakı ve aklı İngiliz" bir grup eğitimli adam yetiştirmekti.[31] Çoğunlukla İngiltere'de eğitim görmüş hukukçulardan oluşan bu grup, Anglo- Mohammadan hukukunu üretti, ancak bu hukukun nihai mimarları kuşkusuz İngilizlerdi. Bunlar arasında Sir Syed Mahmood[32] gibi seçkin ve nispeten etkili

[29] Peters, *Crime*, 109–19.
[30] Dirks, *Scandal*, 221.
[31] Macaulay, "Minute on Indian Education," 249.
[32] Syed Mahmood'un hukuk kariyeri ve hayatı ile ilgili olarak bkz. Guenther, "Syed Mahmood and the Transformation of Muslim Law."

"yerliler" de vardı ve belki de farkında olmadan bu hukuki melezliğin üretimine katıldılar. Şeriatı katı bir şekilde kodifiye eden sömürgeci proje (ve söylemsel pratik) bu yerel hukuk elitini bir paradoksa sokmuştur. Ülkelerinin yaşamı üzerindeki İngiliz tahakkümüne direnme mücadelelerinde, direnişlerini, engellemeye çalıştıkları Anglo- Mohammadan hukukunun mantığı ile haklı çıkarmak ve rasyonalize etmek zorunda kaldılar.[33] Bu durum, sömürgeleştirilmiş halkların en tipik ironilerinden birini temsil ediyordu: haksız işgal hukuku olarak gördükleri şey, işgalcilerine karşı pazarlık yapabilecekleri tek mevcut ve meşru araçtı. Pasif failler olmadıklarını belirtmeye gerek yok, ancak fail olma çabalarında sistematik ve sistemik olarak sömürgecinin yüksek irade gücüne ve özellikle de bu gücün dikte ettiği şartlara bağlıydılar. Yerli failler belli bir etkinlik alanına sahip olabilirlerdi, ancak özgür olmaktan uzak oldukları açıktı.[34]

Yerli failliğin sistematik olarak kısıtlandığını söylemek, aslında sömürgeleştirilen halkların yaşadıkları ve hayatlarını düzenledikleri sistemin, her şeyden önce üzerlerine bindirilmiş olması anlamına geliyordu. İkinci olarak da *doğası gereği* sömürgecinin çıkarlarına hizmet edecek şekilde yapılandırılmış olması nedeniyle onların aleyhine işleyen bir sistem olduğunu iddia etmektir. Yerli hukuk kültürünün kademeli olarak - ama sonuçta nihai olarak - yerinden edilmesi, böylece, sömürgecinin hukuk sisteminin kullanımının bazı noktalarda sömürgeleştirilmiş yerlilerin sömürgecinin bazı hak ve menfaatlerini savunmasına (ve çok daha az noktada bunlara sahip olmasına) izin vermiş olsa da, yerlilerin bunu sadece hegemonik düzenin kural ve şartlarına göre değil, sonuç olarak yeni yöneticilerin getirdiği yeni sosyal, ekonomik, siyasi, hukuki ve diğer gerçekliklere göre yaptığı anlamına geliyordu. Yerli hukukçular gerçekten de "yasal ortamdaki fırsatları çabuk algılamış"[35] olabilirler, ancak bu fırsatlar onların değil İngilizlerin dikte ettiği fırsatlardı ve bu fırsatlar onların özgürlüğünü değil İngilizlerin kısıtlamalarını içeriyordu. Sonuçta bu, sömürgeciliğin temel ve tanımlayıcı anlamlarından biridir.

Yine de İngiliz sömürgeciliği, toprak sahibi sınıfa, yerel hukuk kurumlarının ve bir bütün olarak hukuk sisteminin kademeli olarak

[33] Kugle, "Framed, Blamed and Renamed," 359 tarafından isabetli bir şekilde ortaya konan bir husus. Benton, *Law and Colonial Cultures* ve Brown, *Rule of Law*, 5 vd. tarafından yapılan yerli failliğe ilişkin abartılı iddialara bkz. Kısa bir teorik yanıt için bkz. yukarıda Giriş, 2. kısım.

[34] Tekrar bkz, Benton, *Law and Colonial Cultures*, sömürge yönetimi altında özgür irade görünümüne sahip bir yerli fail için paradoksal bir durum inşa ediyor gibi görünmektedir.

[35] Benton, "Colonial Law and Cultural Difference," 586.

yıkılmasıyla oluşan güç yapılarındaki çatlakları doldurma fırsatı verdi.[36] Ortaya çıkan Anglikanlaştırılmış hukuk sistemi yapısal olarak (ve dolayısıyla doğası gereği) *zamindar*ların kapitalist ve toprak ağalığına dayalı çıkarlarını geliştirmeye yönelikti; bu da bu çıkarların tarıma bağlı kırsal kesimin çıkarlarına karşı güçlendirilmesine ve zenginleştirilmesine katkıda bulundu. Ancak hepsi bu kadar değildi. Sömürgeleştirmeden önce ve neredeyse tüm Müslüman topraklarında, toprak üzerindeki haklar kullanım hakkı şeklindeydi, ancak İngiliz mülkiyet hukuku yeni bir zenginlik anlayışı yarattı ve bu sayede toprak mülkiyeti arzu edilen bir şey haline geldi. Yeni ortaya çıkan bu yasal zemin karşısında, güçlü aileler, Kur'ân hükümlerine göre miras bırakıldığında mülklerinin parçalanmasını önlemek için görünürde yeni olan aile vakıfları kurma yoluna başvuracaklardı.[37] Müslüman toplumun İngiliz mahkemelerine ve sömürgeci politikaya karşı siyasi direnişinin bir ürünü olan Mussalman Waqf Validating Act (1913), bu temsilin meyvelerinden biriydi, ancak bu temsilin bir yan ürünü de ekonomik sınıflar arasında giderek daha geniş bir uçurumun yaratılmasıydı. Sömürge hukukunun sosyo-ekonomik, siyasi ve diğer iktidar biçimlerinin oluşumuna müdahil olduğunu kanıtlamaya pek gerek yoktur. Toplumsal ve siyasi hiyerarşinin her düzeyinde bu hukukla temas edenleri de işe dahil ettiği daha da az tartışılmalıdır. Ancak farklı ve son derece yapılandırılmış bir siyasi ve kapitalist hiyerarşinin ürünü olan sömürge hukukunun (yoksullaştırılmış) Hint nüfusunun ezici çoğunluğuna temsil yetkisi verebileceğini söylemek, iktidarın yapılarını olduğu kadar işleyişini ve etkilerini de görmezden gelmektir.[38]

Üstelik, daha sonra tekrar göreceğimiz üzere,[39] İngiliz efendileri tarafından Hintlilere açılan "fırsat", kadınların haklarını ve ayrıcalıklarını önemli ölçüde törpüleyen yeni ve güçlendirilmiş bir ataerkilliğin kolayca ortaya çıkmasına izin veren bir fırsattı.[40] İngiliz sömürgeciye karşı mücadelede bir kazanç ya da kayıp olarak

[36] Toprak sahibi sınıfın güçlerini destekleme konusunda bkz. Saiyid, *Muslim Women of the British Punjab*, 13-19.

[37] Powers, "Orientalism, Colonialism and Legal History," 554–63.

[38] Bkz. yukarıda Giriş, 2. kısım

[39] Bkz. bölüm 16, kısım 2 ve devamı.

[40] Sadece 1832 gibi geç bir tarihte Büyük Reform Yasası "İngiltere ve Galler'de seçmen sayısını 280.814 erkeğe çıkarmıştır. 1833 yılında İngiltere ve Galler'de her beş erkekten biri, İskoçya'da her sekiz erkekten biri ve İrlanda'da her yirmi erkekten biri oy kullanabiliyordu. 1886'da İngiltere, Galler ve İskoçya'daki toplam seçmen sayısı 1.902.270 erkekti ve toplam nüfus (1891'de) yaklaşık 33 milyondu ve bu nüfusun yaklaşık 17 milyonu kadındı. Tam imtiyazlı demokrasi (bir yetişkin bir oy) ancak 1950'de gerçekleşti." Corrigan and Sayer, *Great Arch*, 17.

değerlendirilsin ya da değerlendirilmesin ve Hintliler gördükleri ya da kendilerine sunulan fırsatlardan ne anladıklarına bakılmaksızın, şartları, maddi olanakları ve gidişatı kendi seçimleri olmayan bir sistem ile çalıştılar.

Anglo-Mohammadan hukukunun ortaya çıkmasının etkilediği bir diğer göze çarpan sistemik değişiklik, İslam hukukunun katılaşmasıydı; bu, İslam hukukunu Avrupa hukuk anlayışının kısa, açık, erişilebilir ve kör-adalet eğilimine göre yeniden şekillendirme girişiminin bir belirtisiydi. İslam hukuku eserlerinden, bir tür katılaştırma ile sonuçlanan kanun benzeri metinlerin inşasını tartışma fırsatımız olmuştu. Bir başka katılaştırma süreci de Şeriat mahkemesinin *Stare Decisis* doktrinine, yani mahkemelerin yüksek mahkemelerin tartışmasız önceki yargı kararlarını takip etme yükümlülüğüne göre işleyen bir organa dönüştürülmesiydi.[41]

Bu sistem İslam'da gelişebilirdi, ancak haklı bir nedenden dolayı gelişmedi. Şeriat, hukuk uzmanlığını ve daha da önemlisi epistemik otoriteyi, İngiliz muadili ile aşağı yukarı aynı miktarda hukuk bilgisine sahip olmasına rağmen - *kâdı olarak*[42] - hukuk "yapmak" için yeterince nitelikli olmadığı düşünülen *kâdı*ya değil, *müftî* ve müellif-hukukçuya[43] vermiştir. *İctihadî* yorum, İslam hukukunu modern kodifiye hukuk sistemlerinden ayıran, bu hukukun Cava, Malabar, Horasan, Madagaskar, Suriye ve Fas'ta gelişen kültürler, alt kültürler, yerel ahlaklar ve örfi uygulamalar kadar çeşitli ve farklı kültürlerde hüküm sürmesine ve bunlara uyum sağlamasına izin veren bir özellikti. Ancak yargı pratiği söz konusu olduğunda, özellikle İngiliz emsal doktrinine göre bir kararın bağlayıcılığı, *kâdı*yı davada sunulan gerçekler ışığında seçim yapabileceği eskiden daha geniş olan görüşler yelpazesinden mahrum bırakmıştır. Bir İngiliz mahkemesinde olduğu gibi, belirli bir davadaki bir karar bağlayıcı hale getirildiğinde, Müslüman *müftî*-uzman-hukukçunun normalde aralıksız devam eden yorum faaliyetlerinin yargı hayatında hiçbir yeri kalmayacaktı; aslında, daha sonra hukuk topluluğunun hem hukuki hem de entelektüel hayatından kaybolacaktı.

Anglo-Mohammadan hukukuna bir *Stare Decisis* doktrininin yerleştirilmesi, hukuki otoritenin kaynaklarını tamamen değiştirmiştir. Anglo-Muhammadan hukukçu ve yargıçlar, ekol (*mezhebî*) ilkelerine

[41] *Stare Decisis* ile ilgili daha detaylı bilgi için bkz. 4. Bölüm, 4. Kısım.
[42] *Kâdı*nın *kâdı olarak* epistemik otoritesi hakkında bkz. Hallaq, *Authority*, 168–74.
[43] İki hukuki rol Hallaq, *a.g.e*, 166-235'de ayrıntılı olarak tartışılmıştır.

ve dayanakları metinsel kaynaklar ile bağlama özgü sosyal ve ahlaki zorunlulukların diyalektiği olan hukuk otoritelerine başvurmak yerine, yüksek mahkemelere ve yüksek mahkemeler de Delhi ya da Bombay'da değil Londra'da bulunan Privy Council'e başvurmak zorunda kaldı. Privy Council'in bir hukuk mahkemesi olarak kurulmamış olması, ancak kral ya da kraliçeye hukuki konularda danışmanlık yapan bir organ olarak işlev görmesi dikkat çekicidir. Koloniden gelen temyiz başvurularını da dinleyen üyeleri hem yargıç hem de siyasetçiydi, ancak 1876'dan sonra ağırlıklı olarak Hukuk Lordlarından seçildiler.[44] Daha da önemlisi, Konsey sadece coğrafi olarak değil - sömürgeleştirilmiş yerlilerin ve onların konuşlandırılmış sömürgecilerinin gerçek kaygılarından muazzam uzaklığı göz önüne alındığında - aynı zamanda ve belirgin bir şekilde hukuki bir perspektiften, epistemik olarak da uzaktı. İslam hukuk otoritesinin İngiliz muadili tarafından bu epistemik ikamesi, İslam hukukunun Anglo-Mohammadan versiyonunda kademeli olarak kuruyup gitmesini sağladı. Bu durum, Hindistan'daki İslam hukukunu, bir yandan sömürgecinin "medeni" hukuk standartlarının gerisinde kalan, diğer yandan da hizmet etmesi gereken gelenek ve toplumun çıkarlarını savunmakta sefil bir şekilde başarısız olan iktidarsız bir meleze dönüştürme etkisi yarattı.

Stare Decisis doktrini mahkemelerin çalışma biçiminde de geniş kapsamlı değişikliklere yol açmıştır. Yoğun bir "defter tutma"[45] kültürünün ürünü olan *Stare Decisis* mantığı, on dokuzuncu yüzyılın ilk on yıllarında Hindistan'ın bazı bölgelerinde başlayan ve 1875 tarihli Hindistan Hukuk Raporları Yasası ile tüm koloni için sistematik hale getirilen bir faaliyet olan hukuk raporlarının sistematik bir şekilde kaydedilmesini gerektirmiştir. Bu sürecin bir yan ürünü - ki bu sürecin özelliklerinden biri de verilerin kaydedilmesine yönelik fiziksel faaliyete yapılan sarsılmaz vurgudur - dürüstlük, ahlak ve doğruluğa dayalı sözlü tanıklığın esas alındığı İslami ispat hukukunda köklü bir değişikliğe yol açmıştır. 1875 Yasası'ndan çok önce İngilizler, bir kez mahkeme kayıtlarına geçtikten sonra sabit bir şekil alan ifadeleri kaydetme uygulamasına başlamışlardı. Ancak bu geçici bir gelişmeydi, çünkü İngilizler 1861 ve 1872'de daha ileri reformlar yaptılar ve

[44] Anderson, "Legal Scholarship," 75–76.

[45] Modern kapitalizmin temel bir özelliği olarak defter tutma konusundaki tartışmalar için bkz. Yamey, "Accounting and the Rise of Capitalism." Ayrıca bkz. Goody, East in the West, 49-81. Goody'nin çift girişli defter tutmanın Avrupa rasyonalitesinden kaynaklandığı tezini çürüten argümanları ikna edicidir. Bununla birlikte, bu defter tutma yöntemlerinin uygulandığı (ve onlara kendi başlarına bir hayat veren) yoğunluğun, Avrupa'da yeni kapitalizm biçimlerinin yükselişiyle ilgili olduğu tartışılabilir.

böylece İngiliz usul hukuku hem İslami hem de Anglo-Mohammadan muadillerinin yerini tamamen aldı.

Anglo-Mohammadan hukuku, tek tek bileşenleri ve ayrılmaz bütünüyle, Hindistan'daki İngiliz egemenliğine bir yüzyıldan fazla bir süre aracılık eden geçici bir sömürgeci çözüm gibi görünmektedir. Hint hukuk geleneklerine Anglikanlaştırıcı unsurlar aşılamaya yönelik embriyonik fikirler, Hastings tarafından ortaya atılan yeni bir doktrinin, yerel yasaların bir konuda sessiz kaldığı her yerde İngiliz "adalet, hakkaniyet ve iyi vicdan" ilkelerinin uygulanacağını ilan ettiği 1772 gibi erken bir tarihte başladı. Ancak, özellikle 1857 İsyanı'nın dönüştürücü etkilerinden sonra, Anglo-Muhammadan hukukunun büyük ölçüde ortadan kalkması yaklaşık bir yüzyıl sonra gerçekleşecekti. 1860'lar ve 1870'ler köleliğin kaldırılmasının yanı sıra İslam usul, ceza ve ispat hukuklarının da kaldırılmasına tanıklık etti. Tüm bunların yerini, tüzükle yürürlüğe konulan İngiliz yasaları almıştır. Yüzyılın sonuna gelindiğinde, aile hukuku ve mülkiyet işlemlerinin bazı unsurları dışında, tüm yerel yasaların yerini İngiliz yasaları almıştı. Ancak tüm bunlar, özellikle 1857 olaylarından sonra ve Londra'nın EIC (o yıl feshedildi) aracılığıyla değil de doğrudan yönettiği bir dünyada, İngilizlerin Hintli tebaaları üzerinde kontrol sahibi olmak için artan kaygılarına *geçici* ve genellikle aşamalı bir şekilde cevap vererek parça parça uygulamaya kondu. Bu tabloda Anglo-Mohammadan hukuku, ekonomik, siyasi ve hukuki güç üzerindeki kolonyalist hakimiyetin sağlamlaştırılmasına izin veren ara bir aşamadan fazlasını temsil etmiyordu.

Yine de, hem müşterek hem de bilinçaltında işleyen temel bir korelasyon süreci olmaksızın, hukuki sömürgeciliğe - ya da herhangi bir sömürgeciliğe - hiçbir başarı atfedilemez. Nicholas Dirks'in çarpıcı bir şekilde gözlemlediği gibi, İngiliz -ve diğer- hukuki sömürgeciliğini ayakta tutan ve güçlendiren, bir yığın "kültürel teknolojinin" Avrupalı olmayan dünyaya kanalize edilmesiydi. Zira bu teknolojiler olmadan ne Anglo-Mohammadan hukuku ne de onun halefleri başarılı olabilirdi. "Sömürgeciliğin kültürel etkileri çoğu zaman göz ardı edilmiş ya da modernleşme ve dünya kapitalizminin kaçınılmaz mantığı içinde yer değiştirmiştir; ancak bundan da öte, sömürgeciliğin kendisinin kültürel bir kontrol projesi olduğu yeterince kabul edilmemiştir. Sömürgeci bilgi hem fethi mümkün kılmış hem de fetih tarafından üretilmiştir."[46]

[46] Bkz. Nicholas Dirks'in Cohn'un *Colonialism and its Forms of Knowledge* kitabına yazdığı giriş, ix.

2. İngiliz Malayası

Malay Yarımadası'nın (ve Cava'nın) çoğu bölgesinde, İslam'ın hukuki uygulamaları on dokuzuncu yüzyılın sonlarına kadar etkili olmayı başaramamıştı.[47] Penang, Singapur ve Malakka'yı kapsayan Boğaz Yerleşimleri'nde İslam hukuku birçok yerel hukuki uygulamadan yalnızca biriydi.[48] İslam hukukunun metinsel kültürü ve "devlet"e bağlı yargısı bu geç tarihe kadar kendini kabul ettirememişti. Muteber *fıkıh* metinlerine atıfta bulunulmaya başlanması[49] ve *hadîs* çalışmalarının *pesantren* müfredatına girmesi ancak bu dönemde gerçekleşmiştir. Federe (Selangor, Perak, Pahang ve Negri Sembilan) ve Federe Olmayan (Johor, Trengganu, Kelantan ve Kedah) Bölgelerde İslam hukuku biraz daha yerleşmişti, ancak yerel racalar ve sultanlarla bağlantılı olarak adli işleyiş biçimleri Hint ve Orta Doğu'daki muadillerinden farklıydı.

On dokuzuncu yüzyıla kadar, normatif davranış ve yargılama kuralları büyük ölçüde Malaya ve Endonezya dünyasının tamamını idare eden örfi kanunlara dayanıyordu. Başta Boğaz Yerleşimleri olmak üzere başka yerlerde de Hindu, Siyam ve Çin yasalarının unsurları mevcuttu. Ancak genel olarak doğru davranış anlamına gelen *adat*[50] yaygındı. Malaya Yarımadası'nda *adat* genel olarak iki türden oluşuyordu: *adat temenggong* ve *adat perpateh*.[51] Hindu "hukuku" altında gelişen ve İslami etkiyle bezenen ilk adat, kısmen ve belirli bölgelerde on yedinci yüzyılın başlarında (daha erken olmasa da) yazıya geçirilmişti ve *siyâset-i şer'iyye*ye çok benzer şekilde hükümdarın haklarıyla ilgiliydi.[52] Hükümdar kafirlere savaş açabilir, zina yapanları, hırsızları ve kaçak kölelerin barındırılması da dahil olmak üzere diğer kamu suçlarını

[47] Peletz, *Islamic Modern*, 25-59. Büyük ölçüde tüccarlar ve tebliğciler tarafından temsil edilen İslam, Malay Yarımadası'na on dördüncü yüzyılda ulaşmaya başlamış, Malakka ve hükümdarları dinin Malay Devletleri'nde yayılması için önemli bir merkez olmuştur. Ayrıca bakınız Federspiel, *Sultans*, 18-21, İslam'ın yavaş yayılmasının "Müslüman tüccarların misyoner değil, kendilerini ticari girişimlere adamış insanlar" olmasından kaynaklandığını savunmaktadır.

[48] Federspiel, *Sultans*, 50–51.

[49] Hooker, *Islamic Law in South-East Asia*, 84.

[50] Minattur, "Nature of Malay Customary Law," 327. Bir buçuk asır önce Sumatra'dan bahseden William Marsden şu gözlemde bulunmuştur: "Adanın dilinde tam ve kesin olarak hukuk anlamına gelen hiçbir kelime yoktur; Rejanglar arasında düzenli olarak yasama yetkileriyle donatılmış herhangi bir kişi veya sınıf da yoktur. Çeşitli anlaşmazlıklarında, atalarından kendilerine intikal eden ve otoritesi teamül ve genel rızaya dayanan bir dizi köklü gelenek (adat) tarafından yönetilirler. Liderlerin, kararlarını açıklarken, 'yasa böyle emrediyor' dedikleri duyulmamıştır, ancak 'gelenek böyledir' dedikleri duyulmuştur." *A.g.e.*, 328'de alıntılanmıştır.

[51] Hooker, *Adat Laws in Modern Malaya*, 71 vd., 209 vd.

[52] Minattur, "Nature of Malay Customary Law," 329.

cezalandırabilirdi; terk edilmiş pirinç tarlalarının doğal sahibiydi ve münhasıran vergi toplama hakkına sahipti. Ana hatlarıyla bu özellikler, Malay dünyasının geniş topraklarında ortaya konan tüm *adat temenggong* kanun kitaplarında ortaktı. Ancak ayrıntılarda, özellikle de cezalarla ilgili olarak, bir bölgeden diğerine farklılık gösteriyordu. Örneğin bazı bölgelerde zina para cezası ya da halkın önünde ayıplanmayı gerektirirken, diğerlerinde yüz kırbaç cezası öngörülüyordu. Batı Sumatra'daki anaerkil Minangkabau'da zina yapan iki kişinin birbiriyle evlendirilmesi gerekiyordu. Hırsızlığın cezası el kesmekten deveyle ödemeye ve ölüme (Malakka'da) kadar uzanıyordu.

Adat temenggong, Malay örfi hukukunun İslam öncesi biçimleriyle - büyük olasılıkla İslam öncesi versiyonlarında yazılı olmayan - Şeriat hükümlerinin bir karışımını veya bunlar arasında bir uzlaşmayı temsil ediyordu. Bunların çeşitli biçimleri ve her birinin *şer'î* değerleri ne ölçüde barındırdığı, bu değerlerin farklı Malay toplumlarına nüfuz etme ve onlar tarafından özümsenme derecelerini de yansıtmaktadır.[53] Ancak İslam hukuku aynı zamanda *adat*ı da bilinçli bir şekilde benimsemiş ve adaletin sağlanmasında örfi adetlerin daima dikkate alınması gerektiği yönündeki evrensel ilkeyi her zaman olduğu gibi korumuştur.[54]

Öte yandan *adat perpateh*, büyük ölçüde toprak mülkiyeti ve bunun anasoyundan gelen soy hatları boyunca devredilmesiyle ilgili bir grup geleneksel uygulamayı temsil ediyordu.[55] Bu anasoylu ve anaerkil gelenekler manzum ve atasözü formlarında (*perbilangan adat*) özetlenmiş ve bir nesilden diğerine sözlü olarak aktarılmıştır. *Adat temenggong*un aksine, *adat perpateh* daha yüksek bir siyasi gücün iradesi olan zorlayıcı bir uygulama alanı olarak düşünülmemiş ya da öyle olması amaçlanmamıştır; daha ziyade, ihlal edenin çoğunlukla kendi toplumunun ahlaki yaptırımlarını hesaba katmak zorunda olduğu bir ahlak ve iyi davranış kodu olarak görülmüştür. Küçük suçlar ve aile reisleri (*mamak*) tarafından çözülemeyen küçük anlaşmazlıklar, *buapa*lar olarak bilinen klan reisleri tarafından çözülürdü. Daha önemli suçlar ve anlaşmazlıklar kabile reisleri olan *lembaga*lar tarafından karara bağlanırken, büyük suçlar etkin "vilayet" yöneticileri olan *undang*ların yargı alanına giriyordu.[56]

---

[53] Hooker, *Legal Pluralism*, 143–45, 150.

[54] Hooker, *Concise Legal History*, 150.

[55] Anasoylu *adat* hakkında ayrıntılı bir inceleme Hooker tarafından yapılmıştır, *Adat Laws in Modern Malaya*, 14-21. Ayrıca Minattur'un "Nature of Malay Customary Law" başlıklı değerli makalesine bkz.

[56] Minattur, "Nature of Malay Customary Law," 333–37.

Yine de *adat perpateh*in büyük kısmı yerel düzeyde işliyor ve yakın çevre tarafından yönetiliyordu. İslam hukukunun Orta ve Batı Asya'da benimsediği örfi sosyal uygulamalara çok benzer şekilde, *adat*ta da geniş aile kendi üyelerinden sorumlu tutulurdu; bu birimlerde sosyal uyumun sağlanması ne uzuv kesme ne de hapis cezasıyla sağlanabilirdi. Ahlaki ceza, ihlalleri kontrol altına almak için etkili bir araç olsa da, daha ciddi olan, mağdura - mümkün olan her yerde - kendi sosyal grubuyla birlikte çatışmadan önceki konumuna geri dönmesini sağlayacak şekilde tazminat ödemekti. Gerçekten de uyum ve barışın tesisi, "Adat sentosa di-dalam negeri" kaidesiyle ifade edilen *adat*ın *varoluş sebebiydi*.[57]

Adat aynı zamanda sosyal ve hukuki uygulamalar için bir rehberden daha fazlasını sunuyordu. *Perbilangan* (bu *adat*ların açıklandığı bir manzume) "gerçek dünyanın doğasını, insanın doğasını ve bu dünyayla olan ilişkisini açıklar ve ayrıntılı davranış kuralları ve ... tutarlı bir normatif sistem sağlar."[58] İngiliz sömürgeciler bu *adat perpateh*in "demokratik" bir sistemi temsil ettiğini düşünürken, *adat temenggong* hem aristokratik (hükümdardan kaynaklanan) hem de otokratik (onun cezalandırma ayrıcalıklarını onaylayan) olarak görülüyordu.[59] Bu durum, *adat perpateh*in en azından Negri Sembilan'da neden sonunda devlet mevzuatına dahil edildiğini kısmen açıklayabilir.[60] Ancak bu *adat* biçimi nispeten az sayıda bölgede mevcuttu ve tam anlamıyla anasoylu değildi, çünkü ölen kişinin sadece gayrimenkulleri -özellikle toprakları, evleri ve içindekiler- kız çocuklarına kalıyordu. Oğullar genellikle geriye kalan tüm malları (nakit para, mücevherler, aletler, balıkçı tekneleri vb.) miras olarak alsa da gayrimenkuller güç ve prestijin kalıntısı olarak kalır ve sadece kadınlar bunlara sahip olabilirdi. Yine de anasoylu ayrıcalık hiçbir şekilde göstermelik olmamasına ve bu *adat*ların İslam hukukundan pek çok açıdan farklılık göstermesine rağmen, iki sistem birbiriyle uyumsuz olarak görülmemiştir. Gerçekten de kırsal toplumlarda nüfusun çoğunluğu ikisi arasında neredeyse hiç ayrım yapmıyordu.

On dokuzuncu yüzyılın ikinci yarısı boyunca İngilizler hakimiyetlerini[61] yavaş yavaş adli formlar aracılığıyla genişlettiler. 1880'lere

[57] A.g.e. 349–50, devamındaki bölümler.
[58] Hooker, *Islamic Law in South-East Asia*, 162.
[59] Hooker, *Legal Pluralism*, 146.
[60] *A.g.e.*, 151; Hooker, *Islamic Law in South-East Asia*, 162.
[61] İngilizler 1786'da Georgetown'u aldı ve 1819'da Singapur'u bir İngiliz kolonisi olarak kurdu. 1824'te Hollanda ve İngiltere arasında yapılan bir anlaşmayla bölge iki taraf arasında paylaştırılmış, Hollanda şimdiki Endonezya'yı, İngiltere ise daha sonra (1895'te) resmi olarak "Korunan Devletler" olarak adlandırılacak olan Malay Yarımadası'nı himaye altına almıştır.

gelindiğinde, genellikle hukuk eğitimi almamış olan yargıçlarına "gerektiğinde Büyük Britanya yasalarıyla desteklenen Mahomedan Devletlerinde yaygın olan yasayı..." uygulamalarını emrediyorlardı. "...Yerel yasalara ve geleneklere gerekli haklar tanınmalıdır, ancak Yargıçların elinde uygulama için bir yerel yasa metni bulunmadığından, tamamen yerel geleneklere dayanan zor durumlarda merkeze başvurmalıdırlar."[62] Bu talimatlar Perak (1882'de), Selangor (1890'da) ve Sungai Ujung'da (1894'te) uygulanmış olsa da İngiliz müdahalesinin diğer yerlerdeki (Hindistan ve Afrika dahil)[63] genel şekli buna benzerdi. Ceza yargısı çoğunlukla İngilizlerin elindeydi ve aile hukuku ve mahkeme öncesi tahkim-arabuluculuk uygulamaları dışında, yerli Malayların yargı sürecine katılmaları büyük ölçüde engellenmişti. Bu engelleme, kısmen Malaylar tarafından işlenen suçların nadirliği,[64] ancak esas olarak ceza hukukunun kolonilerde "kanun ve düzeni" korumanın merkezi olarak görülmesi nedeniyle ceza yargılamasında özellikle belirgindi. Gördüğümüz gibi, bu durum sadece Hindistan'da değil, aynı zamanda İngiliz tropikal Afrika'sında da (Şeriat mahkemelerinin ceza davalarını karara bağlamasına izin verildiği, ancak aynı zamanda İngiliz idari memurlarının bu davaları istedikleri zaman İngiliz yargıçlarına devredebildiği) geçerliydi.[65]

1868 yılına gelindiğinde, aralarında Straits Settlements Yüksek Mahkemesi'nin de bulunduğu bir dizi İngiliz mahkemesi kurulmuştu. 1873 yılında Yüksek Mahkeme dört mahkemeye bölünmüş ve ceza mahkemesi olarak Quarter Sessions Mahkemesi kurulmuştur. Aynı yıl, İngiliz ticaret hukuku da Yerleşimlere getirildi. Bir Temyiz Mahkemesi'nin kurulmasıyla, yargı sistemi modern Malezya'da da varlığını sürdürecek özellikler kazandı. (Bu arada, 1956 yılında Medeni Kanun Yasasında yeniden yürürlüğe giren ve daha sonra 1972 yılında değiştirilen ticari hükümler de öyle). Ancak *adat*ın *Stare Decisis* doktrinine tabi tutulmasının genel etkisi - İngiliz kanunları, tüzükleri ve yönetmeliklerinden bahsetmeye gerek yok - dönüştürücü olmuştur; zira esnek *adat*, ilk olarak tek bir yoruma tabi tutularak ve ikinci olarak da yazılı hale getirilerek katı bir yapıya dönüştürülmüştür. Başka yerlerde İslam hukukunun başına geldiği gibi, Malay Devletlerinin çoğu bölgesinde hukuki hakimiyet yerel/aile/topluluk düzeyinden, nihai zorlayıcı otoritenin bundan böyle bulunacağı devlet

[62] Aktaran Peletz, *Islamic Modern*, 48.

[63] Anderson, "Colonial Law in Tropical Africa," 435.

[64] Suçluların büyük çoğunluğu Çinli ve nispeten daha az sayıda da Hintlidir. Peletz, *Islamic Modern*, 49 ve 293, no. 44.

[65] Anderson, "Colonial Law in Tropical Africa," 441.

düzeyine taşındı. Osmanlı İmparatorluğu[66] ve Hindistan'da olduğu gibi, bu yeni merkezileştirici düzen beraberinde -formlar, yazı ve kayıtlı prosedür yoluyla- bireylerin yaşamları üzerinde daha yüksek bir gücün iradesini dayatan bir bürokratikleşme sistemi getirdi.

Ancak, Malaya Yarımadası'nda sömürge hukukunun gelişmesiyle birlikte İslam hukuku da benzer bir yöne doğru evriliyordu. On dokuzuncu yüzyılın sonunda, İngiliz kontrolüne doğrudan bir tepki olarak, İslami normlar ve kurumlar daha önce hiç olmadığı kadar Yarımada'daki çoğu topluma sızmaya başladı. Sadece İslami ritüellerin uygulanması keskin bir şekilde artmakla kalmadı, aynı zamanda *kâdı*ların sosyal ve toplumsal hayatın yönetimine katılımı da yoğunlaştı.[67] Bu değişiklikler kısmen, Malakka, Singapur ve Yarımada'nın başka yerlerindeki faaliyetleri İslami normlara daha sıkı bir şekilde bağlanmayı teşvik eden Sumatralı ve diğer Müslüman reformcular tarafından teşvik edildi. Ancak Malezyalı yerel elitlerin, yerli yöneticilerin etkin siyasi ve hukuki gücünü azaltmaya yönelik İngiliz sömürge politikalarına tepkisi de daha az önemli bir faktör değildi. Bu kısıtlamalar, yerli yönetici eliti diğer geleneksel meşruiyet yollarını aramaya itmiş gibi görünmektedir ki bunların başında İslam hukukunun vurgulanması ve uygulanması gelmektedir.[68] Beslenme kurallarının sıkı bir şekilde uygulanması, oruç tutma, camiye gitme ve alkol tüketiminin yasaklanması, cinselliğe ve ensest ilişkiye yönelik açık bir yasak ve dar bir tanımla birleştirildi. *Kâdı*ların yetkilerindeki bu artış, geleneksel otoriteleri İslami norm ve uygulamaların nüfuz etmesiyle kısmen sarsılan yerel köy ve aşiret liderlerini endişelendirmekle kalmadı, aynı zamanda özellikle anasoylu bir yapıya sahip olan yerel kültürlerde mülkiyetin devrine ilişkin yerel düzenlemeleri de bozduğu için sorun oluşturdu. Ölüm ve boşanma üzerine mülkiyetin devri alanındaki kuralların çatışması, modern Malezya ve Endonezya'da avukatların, yargıçların ve reformcuların karşılaştığı en önemli sorunlardan biri olmaya devam edecekti. On dokuzuncu yüzyılın sonunda Malaya'da İslam hukukuna yapılan çağrı ve şiddetli vurgunun bir yüzyıl sonra sadece modern Malezya ve Endonezya'da değil, aynı zamanda ve hatta daha belirgin bir şekilde Müslüman dünyanın birçok köşesinde tekrarlanacak olması oldukça düşündürücüdür.

---

[66] Bkz. Bir sonraki bölüm.

[67] Bu tür tepkilerin diğer sömürgelerde de görülmesi dikkat çekicidir. Fas örneği için (Fransızlar döneminde dini duyguların çarpıcı bir şekilde artması ve medreselerin şaşırtıcı bir şekilde yayılması dahil), bkz. Bidwell, *Morocco under Colonial Rule*, 55 vd.

[68] Peletz, *Islamic Modern*, 52–53.

3. Hollanda Doğu Hint Adaları

Hollanda gemileri 1596'da Cava'ya vardıklarında, Hindu-Cava Krallığı Majapahit'i yerinden etme sürecinde olan Mataram Krallığı ile karşılaştılar. Malay ve Osmanlı topraklarında olduğu gibi, Majapahit'te de yargı sistemi ikili bir yapıya sahipti. *Pradata* hukuku hükümdarın yargı yetkisini temsil ediyordu ve zaman içinde Cava ortamına uyarlanmış olan Hint kraliyet kanunlarına dayanıyordu. *Pradata* mahkemelerinin en yüksek yargıcı olarak Kral, cinayet, isyan, vatana ihanet, kundaklama ve soygun davalarına bakıyordu. Egemen güçlerin eyaleti olarak *pradata* adaleti yerel kültüre nüfuz etmemiş, toplum içinde *padu* olarak bilinen farklı, yerli ve yazılı olmayan geleneksel adat yasalarının uygulanmasına açık geniş bir alan bırakmıştır. Mataram Krallığı bu ikili yargı idaresi şeklini sürdürdü, ancak özellikle Sultan Agung'un (hükümdarlığı 1613-45) tahta çıkmasıyla birlikte önemli değişiklikler meydana geldi. Agung, Krallığa Şer'i yargının önemli unsurlarını getiren ilk Mataram hükümdarıydı ve Hint-Cava yargısının çoğunu İslami hukuk uzmanlarıyla (daha sonra *penghulus* olarak bilineceklerdi) değiştirdi.[69] Böylece, Cava hukukunun belirgin bir şekilde İslamileştirilmesi ancak Hollandalıların gelişinden sonra başladı ve bazı sultanlardan sadece cılız bir destek görerek, çok daha sonrasına kadar genel kabul görmedi.

Yirminci yüzyılın ikinci on yılına kadar Endonezya Adaları'nın tamamını ya da çoğunluğunu kontrol altına alamadıkları[70] ve kısmen de çıkarları büyük ölçüde ticari kâra odaklandığı için, Hollandalılar on dokuzuncu yüzyılın ortalarına kadar yerel hukuk işlerine müdahale etmediler.[71] D. Lev'in isabetli bir şekilde ifade ettiği gibi, Hollanda Doğu Hindistan Şirketi en başından beri "ticari çıkarların söz konusu olduğu durumlar dışında yerel hukuka saygı göstermeye karar verdi - genel olarak daha az umursamadıklarını söylemenin başka bir yolu."[72] Napolyon savaşları sırasında Hollandalıları yerinden eden İngilizlerin Raffles'ı vali olarak atadığı ve onun da adli alanda bir dizi reforma giriştiği 1811 ya da o civarlarda kısmi bir istisna yaşandı. Raffles tüm toprakların devlet malı olduğunu ilan etti ve bu ilke Hollandalılar tarafından 1814'te koloniyi geri aldıktan sonra memnuniyetle benimsendi.[73]

---

[69] Ball, *Indonesian Legal History*, 37–47.
[70] Genel olarak Endonezya'daki Hollanda egemenliği hakkında bkz. Federspiel, *Sultans*, 96 vd.
[71] Hooker, *Legal Pluralism*, 252; Fasseur, "Colonial Dilemma," 240–42.
[72] Lev, "Colonial Law," 58.
[73] Hooker, *Concise Legal History*, 188.

Yüzyılın ortalarına gelindiğinde, köklü ancak gelişen Avrupa merkezileşme süreçlerinin bir ürünü olan Hollanda yönetim anlayışı ile çoğulcu ve yerelleşmiş bir hukuk kültürünün uygulamaları arasındaki uyumsuzluk giderek daha fazla dikkat çekmeye başladı. Hollanda'da *rechtsstaat* ilk olarak kendi sömürge yerleşimcileriyle başladı. 1848'den itibaren, yerel mahkemelerdeki hukuk (*Burgelijk Rechtşvordering*) ve ceza usulü (*Strafvordering*) ile ilgili kurallar hariç, hepsi Avrupalı yerleşimcilerle ilgili olan bir dizi kanun çıkarıldı. Bunlar pek çok açıdan Hollanda'daki kanunlarla aynı olsa da, halktan bir Endonezyalının tutuklanmasını, gözaltına alınmasını ve mahkum edilmesini Hollanda'daki bir Hollandalıya kıyasla daha kolay hale getirecek şekilde "basitleştirilmiştir".[74] "Halktan biri" burada uygun düşüyor çünkü kanun, amaçlanan çoğulculuğu içinde, tüm yerlilere eşit davranmıyordu. Cava aristokrasisine, üst düzey memurlara, bürokratlara ve askeri görevlilere Hollanda mahkemelerinde ayrıcalıklı bir statü tanınmış, böylece işbirlikçi olarak ve bağımsızlıktan sonra sömürgeciliğin bıraktığı güç boşluklarını siyasi açıdan dolduran bir sınıf olarak güçlendirilmişlerdir. Takımadalarda yaşayan ve Cava aristokrasisi gibi muamele gören Japon azınlık dışında, ticari olarak aktif olan diğer azınlıklar - Araplar, Hintliler ve özellikle Çinliler - ceza hukuku kapsamında Endonezyalılar, ticaret hukuku kapsamında ise Avrupalılar olarak muamele görmüştür.[75]

Öte yandan, sömürgeleştirilen nüfusa bir medeni kanun dayatma girişimleri - kolay olmasa da - hızla boşa çıkarıldı.[76] Yine de, medeni konularda kayda değer bir hukuki ve adli müdahalenin olmamasının yerlilere karşı bir iyilikseverlik -ya da sadece kayıtsızlık- göstergesi olmadığı, daha ziyade yerlilerin çeşitli yerel gelenekleri ve çok çeşitli hukuki alt kültürleri hakkında ciddi bilgi eksikliği olan isteksiz, hatta karışık bir politikanın sonucu olduğu açıktır. On dokuzuncu yüzyılın ortalarında (ve Java'yı iki yüzyıldan fazla sömürgeleştirdikten sonra) Hollandalıların kolonilerini etkili bir şekilde yönetecek kültürel ya da hukuki bilgiye sahip oldukları şüphelidir ve bu bakımdan kendilerinden bir şeyler öğrenmeye çalıştıkları İngilizlerden çok farklıydılar.

"Kanun ve düzen" sömürgeci yönetimin kavramsal ve maddi omurgasını oluşturduğundan, Hollandalılar bazı başarısız çabalardan sonra nihayet 1873 yılında yerliler için bir ceza kanunu

[74] Lev, "Colonial Law," 61.
[75] *A.g.e.*, 62.
[76] Hooker, *Concise Legal History*, 191.

çıkarmayı başardılar. Bu kanun, Hollanda milli kanununun neredeyse birebir kopyasıydı ve bu kanun da Fransız ceza kanunundan esinlenerek hazırlanmıştı. Hollanda'nın kendi ceza kanununu hazırlayıp yürürlüğe koyması 1886 yılını buldu, ancak Takımadalar için bir ceza kanunu hazırlama girişimleri kağıt üzerinde kaldı. Bununla birlikte, ceza yargı sisteminin idaresi büyük ölçüde yerli değil Hollandalıların elinde kalmıştır. Yerli bölge ve naip mahkemelerinin yanı sıra Şeriat ve adat mahkemeleri de küçük ve adli olmayan davalara baktığından, tüm ceza davaları ve büyük suçlar bir sonraki seviyede, yani yerlileri ilgilendiren önemli hukuk davalarına da bakan *Landraden* mahkemelerinde görülüyordu. Örneğin, tüm *vakıf* meseleleri ve çok önemli bir alan olan miras bu mahkemelerin yetki alanına giriyordu. 1920'lere kadar, bu mahkemelerin başkanları - mahkeme kürsüsündeki yerli meslektaşlarını devre dışı bırakabilen - sadece Hollandalılardan oluşuyordu. Ancak nihai yetki bu başkanların elinde bile değildi, çünkü temyiz başvuruları, yargı yetkisi sadece Hollandalı sömürge yerleşimcileriyle sınırlı olduğu anlaşılan yüksek Hollanda mahkemeleri olan *Raden van Justitie*'de (toplam altı adet) görülüyordu.[77]

Şeriat mahkemeleri *Landraden* ile iki şekilde bağlantılıydı: bir yandan *kâdı*lar *Landraden* yargıçlarına danışman olarak hizmet verirken, diğer yandan Şeriat mahkemesi kararlarının uygulanabilmesi için Hollanda mahkemelerinin onayına ihtiyaç duyuluyordu. (Yargı alanındaki bu bağımlılık Endonezya'da çok yakın zamana kadar devam etti).[78] 1882'de Hollandalılar İslami mahkemeleri (günümüzde "rahip mahkemeleri", *priesterraden* olarak adlandırılmaktadır) yeniden düzenleyerek Şeriat mahkemesinin üç yargıçtan (bazen daha fazla) oluşacağı bir sistem oluşturdu. Yeniden yapılanma, Şeriat görevlilerinin atanması ve görevden alınması üzerinde büyük bir etkiye sahip olan Cava aristokrasisinin nüfuzunu ortadan kaldırmayı amaçlıyordu. Ancak yeni mahkemeler yargı sistemine yeterince entegre edilmedi ve yaptırım güçleri de yoktu. Yargıçları atayacak bir sistem kurulmadı ve maaşlarını ödeyecek bir bütçe oluşturulmadı. Bu reformlara yönelik ciddi eleştiriler Hollandalıları 1930'larda Java'daki tüm dini mahkemelerden gelen temyiz başvurularını değerlendirmek üzere İslam Yüksek Mahkemesi'ni kurmaya zorladı. Madura ve Kalimantan'da da paralel bir sistem kuruldu.

[77] Lev, "Colonial Law," 59.
[78] Bkz. 16. Bölüm, 4 (E) Kısım.

Ancak Hollandalılar biri yerliler, diğeri de kendileri için olmak üzere ikili bir adalet sistemini resmen kabul etmişlerse, o zaman Hıristiyanlığı kabul eden ve baskın yerli kültür tarafından zulüm gören bir azınlık olarak (tamamen olmasa da çoğunlukla uydurdukları) kötü durumları ülkedeki güçlü Hıristiyan grupların dikkatini çeken yerliler ne olacaktı? Yerli Hıristiyanların vahşi kardeşlerinin kurbanları olarak resmedilmesi büyük ölçüde, bu konuda kışkırtıcı bir metin kaleme alan bir başka Hollandalı oryantalist olan L. W. C. van den Berg'in eseriydi.[79] (Bu yerli Hıristiyanlarla ilgili tartışmanın sonucu, din değiştirenlerin evlilik rejimlerine yeni bir temel sağlayan bir evlilik kanunundan başka bir şey olmadı). Van den Berg kendini sadece kendisinin teşhis ettiği sorunları çözmekle de sınırlamadı; sömürgeci bilgiyi başka şekillerde de "geliştirdi". Hollanda Hint Adaları hükümetinin teşvikiyle 1882'de Nevevî'nin *Minhâcü't-Tâlibîn*'inin bir çevirisini, sömürge yönetiminin işini kolaylaştırmak amacıyla yayınladı.[80] Bu kitabı seçmesi sadece Nevevî'nin Hollanda Doğu Hint Adalarındaki Şafiî geleneğindeki önemini yansıtmakla kalmıyor, aynı zamanda bu adaların standart hukukunun *adat* değil Şeriat olduğu görüşüne verdiği coşkulu desteği de güçlü bir şekilde ifade ediyordu.

Adat hukukunun başlangıçta sözlü olarak var olduğundan ve kısmen kayıt altına alınmış olmasına rağmen - muhtemelen İslami dönemde ve esas olarak Malay Yarımadası'nda - bu şifahiliğin onun ayırt edici özelliklerinden biri olarak kaldığından şüphe etmek için geçerli bir nedenimiz yok. Ancak sözlü kültürün - günümüzün "basit" toplumlarında bile - bir işlevi vardı ve hala da vardır. Sözlülük, örfi hukuka toplumsal katılımı ve bu hukukun anlaşılmasını gerektirir. Bu ortamda bilgi, *fakîh*ler ya da modern hukukçular gibi uzmanlaşmış bir sınıfa ait olmaktan çıkar. Bunun yerine, kendilerini belirli bir şekilde davranmakla mükellef görenler tarafından nispeten bu şekilde algılanan ortak davranış bilgisidir. Sonuç olarak, bu türden hukuki bilgi elit bir zümreye ait olmayıp toplumun geneline yayılmıştır, ancak bazıları, özellikle de yaşlılar bu bilgiyi diğerlerinden daha iyi biliyor olabilir.[81] Eğer yazı gerekmiyorsa, şerhlere de

[79] Fasseur, "Colonial Dilemma," 247.

[80] Van den Berg'in versiyonunun İngilizce çevirisi E. C. Howard tarafından yapılmış ve daha sonra Güney Yemen'e dönüşecek olan Aden topraklarında yine İngilizler tarafından kullanılmıştır.

[81] İronik bir şekilde, bu durum seçkin Şarkiyatçı ve Hollanda'nın Endonezya valisinin danışmanı Snouck Hurgronje tarafından çok iyi anlaşılmıştır, *Achehnese*, I, 10-12. Malaylar arasında geleneklerin sürdürülmesi hakkında bkz. Peletz, *Islamic Modern*, 34.

gerek yoktur; dolayısıyla hiçbir *şârih* ya da hukukçu ne hukuki ne de epistemik otoritenin merkezi haline gelemez. Dolayısıyla yazının engellenmesi, merkezi bir devlet otoritesinin temel araçlarından biri olan kodifikasyonun da dışlanmasını gerektirir. *Adat*ın yapısı ve oluşumu -ya da daha kategorik bir ifadeyle doğası- bir sözellik, bir akışkanlık hali içinde olmalarına bağlıdır. O halde, orijinal haliyle *adat* bir bütün olarak bir durum, bir uygulama, bir ruh hali, bir ahlak kodu ve bir kozmoloji oluşturur, ancak zorlayıcı bir devletin ya da hatta sevgi dolu bir Tanrı'nın hukuk organı olarak işleyen modern hukuk kavramlarımıza pek indirgenemez.

İslam hukuku gibi, *adat* da harfi harfine uygulanmak üzere tasarlanmamıştı, ancak doğru davranış için bir rehber ya da belirli bir yerel topluluk tarafından tolere edilebilecek şeylerin azami sınırını temsil ediyordu. *Adat* uygulamalarının yazıya dökülmesi bu uygulamaların akışkanlığını ciddi anlamda etkilememiştir, zira kayıtlar hem kısmi hem de gayri resmi kalmıştır; zira belirttiğimiz üzere *adat*ların yalnızca bir kısmı yazıya dökülmüştür ve kaydedilenler de modern anlamda bir kanun ya da kod olarak algılanmamıştır. Her halükarda, herhangi bir *fıkıh* kitabından daha fazla resmi bir hukuku temsil edemezlerdi. Böylece Hollanda sömürgesi altında *adat* başkalaşmaya başladı ve bu süreçte farklı ve daha önce görülmemiş özellikler kazandı. Bunların en önemlisi katı bir hale dönüşmesiydi.[82] Yine de, Hollandalıların neden *adat*ı yazılı olarak kaydetme konusunda ısrarcı olduklarını anlamak zor değildir. Kıta Avrupası hukuk geleneğinden gelen Hollandalılar, yazılı olmayan hiçbir hukuku tam anlamıyla hukuk olarak göremezlerdi ve eğer *adat*ların herhangi bir gücü olacaksa, yazılı hukuk tarafından onaylanmaları gerekirdi. Dolayısıyla, *adat* hukukunun bu şekilde onaylanması için öncelikle tanımlanması ve yazılı hale getirilmesi gerekiyordu.[83]

Hindistan'ın Sir William Jones'u varken, Endonezya'nın da *adat* -ya da onun zamanında bir diğer ünlü Hollandalı Oryantalist Christian Snouck Hurgronje tarafından ortaya atılan adıyla *adatrecht*- konusunda uzmanlaşmış etkili bir Hollandalı Oryantalist olan Cornelius van Vollenhoven'ı vardı. Bu çalışma alanı, Hollandalılar tarafından "keşfedilmiş" olan hukuki ikiliği doğrulamıştır. Bu ikiliğin Malay halkları tarafından zıt terimlerle yorumlandığına dair gerçek bir işaret yoktur; ne de biri ile diğeri arasındaki ilişki sorunsallaştırılmıştır.

[82] Hooker, *Concise Legal History*, 192–93.
[83] Fasseur, "Colonial Dilemma," 248.

Aksine, on dokuzuncu yüzyılın sonundan önce *adat* ve Şeriat birbirini tamamlayan ve iç içe geçmiş olarak görülüyordu.[84] Ancak Snouck'un *adat*ı "keşfi"[85] ve van Vollenhoven'ın bu keşfi bir "bilim"[86] haline getirmesi, Endonezya'nın siyasi ve hukuki yaşamında bugüne kadar kapanmamış bir Pandora'nın kutusunu açtı.

İslam'ı bir tehdit olarak gören (Fransızların Cezayir'de bu dini ve hukukunu gördükleri gibi)[87] Hollandalı bilginlerin soyundan gelen van Vollenhoven, Hollanda Hint Adaları'nın çoğulcu toplumlarını yönetmek için Şeriatın değil *adat*ın geçerli olması gerektiğini şiddetle savundu. Şeriat savunucularını eleştirerek,[88] *adat*ın Takımadalar'ın nüfusu üzerinde çok geniş bir etkiye sahip olduğunu ve İslam hukukunun bununla kıyaslandığında hem zayıf hem de neredeyse alakasız kaldığını savundu.[89] (Tüm bu bilgileri koloniye yaptığı iki kısa ziyaretten elde etmiş olması dikkat çekicidir). Ayrıca, *adat*ı zayıflatmaya yönelik herhangi bir girişimin, van Vollenhoven ve birçok Hollandalı tarafından yalnızca yerel bir siyasi birleşme aracı olarak değil, aynı zamanda yüzyıllardır Hıristiyanlığı tehdit eden bir din olarak görülen İslam'a kapıları açmak için davetten başka bir şey olmadığı[90] görüşünü benimsedi. Dahası, *adat*tan yana olmak, Avrupa'nın yeni dini olan laikliği desteklemek anlamına geliyordu.[91] Diğer girişimlerinin yanı sıra, her biri kendi *adat* versiyonuna (ya da versiyonlarına) sahip binden fazla adadan oluşan Takımadalar'ın aslında on sekiz versiyonunu tanımlayarak, normalde sözlü olan *adat*ı[92] yazıya döktüğü kapsamlı bir çalışma derledi. Ancak van Vollenhoven'ın eseri bunu yapan ilk çalışma değildi, çünkü kariyerinin başlarında Koloniler Bakanı'nı, yerel mahkemelerin başkanı J. H. Alting'i, Minahasa'nın *adat*ı üzerine büyük bir çalışma derlemesi için teşvik etmişti.[93] Böylece, tüm bu kümülatif çalışmalar, sadece

[84] Bu kadarını Snouck Hurgronje'nin kendisi de kabul etmektedir. Bkz. onun *Achehnese*, I, 13-14.

[85] "The Discovery of Adat Law" van Vollenhoven'in makalelerinden birinin başlığıydı. Bkz. Fasseur, "Colonial Dilemma," 239.

[86] Holleman, *Van Vollenhoven on Indonesian Adat Law*, L; Fasseur, "Colonial Dilemma," 240.

[87] Bir sonraki bölüme bkz.

[88] Van Vollenhoven öfkesini, daha önce de belirtildiği gibi, İslam hukukunun ve diğer dini hukukların *adatrecht* kadar "bağlayıcı" olduğunu söyleyen van den Berg'e yöneltmiştir. Snouck Hurgronje de benzer gerekçelerle van den Berg'i şiddetle eleştirmiştir. Bkz. onun *Achehnese*, I, 12-15.

[89] Holleman, *Van Vollenhoven on Indonesian Adat Law*, 7–8, 11.

[90] *A.g.e.*, 122 (son cümle); ayrıca bkz. Lev, "Colonial Law," 66.

[91] Lev, *Islamic Courts*, 9–10.

[92] Yani, *Het Adatrecht van Nederlansch-Indië*.

[93] Fasseur, "Colonial Dilemma," 247.

adat ve Şeriat arasında belirli, ancak benzeri görülmemiş bir ayrım ve ayrımı dile getirmede değil, aynı zamanda *adat*ı niteliksel olarak tanınmaz bir forma dönüştürmede de kalıcı bir etkiye sahip oldu. Bir zamanlar yazılı olan *adat*, "*adat* hukuku teorisinin temel ilkelerinden biri olan, *adat*ın yerel gelenek içinde yaşaması ilkesini ihlal ediyordu. Artık yazılı olarak, Hollandalı yargıçların ve yarım yüzyıl sonra Endonezyalı yargıçların birer kod gibi kullandıkları kitaplarda yaşıyordu."[94]

Bu bilimsel başarı, koloninin resmi hukuku olarak *adat* ve Şeriat arasında uzun süredir bocalayan sömürgeci politikanın tanımlanması, şekillendirilmesi ve uygulanmasında ilk adımdı. İngiliz Hindistanı'nda olduğu gibi, yerlilere uygulanacak hukukun biçim ve içeriğinin belirlenmesinde Oryantalizmin katkısı belirleyici oldu. Böylece, van Vollenhoven'in bilimsel çalışmalarının doğrudan etkisi ve öğrencilerinden oluşan etkili bir grubun tesiriyle,[95] Hollanda hükümeti 1927 yılında normatif hukukun Şeriat değil *adat* olduğunu ilan etti. Bu kararlı yaklaşım resmi politika haline geldikten sonra, kurumsal değişiklikler etkili olmaya başladı ve *adat*ı sistematik hale getirmeyi amaçlayan (özellikle Bernard Ter Haar tarafından) daha fazla akademik çalışma, bu politikayı daha güçlü bir şekilde desteklemeye başladı. Bundan böyle, Hollandalı akademisyenler ve onların yerli öğrencileri -ki bunlar çoğunlukla *prijaji* Cava aristokrasisinden geliyordu- ile sömürgeci danışmanlar ve yöneticiler resmi bir şekilde standart hukuk olan *adatrecht* konusunda eğitildiler. Hollandalı ve yerli elitlerin çıkarlarının kesişmesi, Şeriatın büyük ölçüde ikincil bir statüye indirgenmesini sağladı; Şeriat ancak belirli bir bölgede *adat*ı düzeltmesine geçici olarak izin verildiği ölçüde kabul görecekti (buna "resepsiyon teorisi" adı verildi).[96]

Daha sonraki bu adli ve hukuki gelişmelerle eş zamanlı olarak, Hollanda eğitim sisteminin Cava ve Madura'ya kademeli olarak girmesi, Osmanlı İmparatorluğu'nda ve başka yerlerde olduğu gibi[97] burada da sadece hukuki dönüşümü kolaylaştırmakla kalmadı, aynı zamanda bu dönüşümün yayılmasını hızlandırdı ve kültürel köklerini yeni Müslüman topraklarında daha da derinleştirdi. Başka bir deyişle, Batı tarzı okulların açılması, bilerek ya da bilmeyerek, Müslüman topraklarda eğitimin açıkça Batılılaşmasının yanı sıra bir dizi

[94] Lev, "Colonial Law," 66.
[95] Lev, Islamic Courts, 19–20.
[96] Lev, "Colonial Law," 64–65; Lev, *Islamic Courts*, 19–20.
[97] Bir sonraki bölüme bkz.

etki yaratma eğilimi göstermiştir. Osmanlı İmparatorluğu'nda, Batılılaşmış yeni elitin hazır tedarikiyle Şer'i hukukçuların devrilmesini kolaylaştırdı ki bu elitin çıkarı, bağımlı olduğu Batılı kurumları teşvik etmekti. Ancak daha da önemlisi, Batılı eğitim, onsuz hiçbir hegemonyanın yaşayamayacağı yeni kültürel teknolojinin hem ön şartı hem de doğallaştırılmasının aracıydı. Endonezya'da Osmanlı İmparatorluğu'ndakine benzer ölçekte bir *medrese* sistemi kurulamamıştı ve bu nedenle (1910'da sayıları bini aşan ve yerliler tarafından hızla taklit edilen)[98] Hollanda okulları aynı etkiyi yaratamadı. Bu okulların başlıca etkisi, yerli nüfusa yönetimin ve iktidarın merkezi olan Batı sisteminde yükselme fırsatı vermeleriydi. Cava'lılara ve diğer elitlere, Batavia'da ya da Leiden'de bulunan Batılı kurumlarda hukuk eğitimlerini sürdürmeleri için onları hazırlayan eğitim olanaklarını sağladı. Birçoğu resepsiyon teorisini savunan *adatrecht* öğrencileri de bu seçkinler arasından çıktı.

Öte yandan, daha önce Malaya'da olduğu gibi, sömürgeci güç koloni üzerindeki hakimiyetini pekiştirdikçe İslami tepki de arttı. Tıpkı Osmanlı İmparatorluğu ve Mısır'daki hukuki dönüşümlerin birbirini etkilemesi gibi, Güneydoğu Asya'daki dini hareketler de Hicaz-Mısır Müslüman hukuk bilimi ve dini düşünce dünyasından etkilenmiştir. Yirminci yüzyılın ilk on yıllarında, Avrupa buharlı gemileri Hint Okyanusu'nda hakim ulaşım aracı haline geldi ve bu olgu beraberinde Hicaz'da ve Kahire'deki El-Ezher Üniversitesi'nde okuyan Cava'lı alimlerin sayısında muazzam bir artışı da getirdi ki El-Ezher, Muhammed Abduh'un (ve daha sonra Şeltût'un) teşvikiyle önemli bir reforma tabi tutulmuştu.[99] El-Ezher'deki Müslüman eğitiminin modernizasyonu, teolojik eğilimli Necdî hukuk anlayışıyla birleşerek Cava bağlamına uyarlanacak ve tüm bunlar Takımadalar'da, özellikle Cava ve Madura'da (Kuzey Sumatra, Açe ve Malakka'dan bahsetmeye gerek bile yok) dini eğitim -ve dolayısıyla dini hukuk-anlayışı üzerinde önemli bir etki oluşturacaktı. Genel sonuç, hem kültürel kimliğin bir işareti hem de sadece sekülerleşmiş ulusal elite değil, aynı zamanda asırlık ve saygıdeğer *adat*a da direnç oluşturan bir karşı hareketin destekçisi olarak İslami bilincin artmasıydı.

[98] Shiraishi, *Age in Motion*, 28–29.

[99] Geri dönen bu öğrenciler hakkında bkz. Feener, *Muslim Legal Thought*, 13-18. Muhammed Abduh'un bazı görüşleri hakkında bkz. 17. bölüm, 1. kısım. Şeltût hakkında bkz. *The Oxford Encyclopedia of the Modern Islamic World*, III, 44-45.

Hegemonik Modernite: On Dokuzuncu Yüzyılda ve Yirminci Yüzyılın Başlarında Orta Doğu ve Kuzey Afrika

1. Arka plan

On altıncı yüzyılın sonunda üç Müslüman imparatorluk Asya, Avrupa ve Afrika'da geniş ve müreffeh topraklara hükmediyordu. Doğuda Babür İmparatorluğu, batıda güçlü Osmanlı İmparatorluğu ve ortada İran platosu boyunca uzanan Safeviler bulunuyordu. Osmanlılar 1709 ile 1739 yılları arasında Rusya ve Orta Avrupa devletlerine karşı askeri yeterliliklerini kanıtlar gibi görünen nispeten başarılı dört savaşa girdi. Sonraki otuz yıl boyunca hüküm süren barış dönemi de Osmanlıları askeri güçlerinin üstünlüğüne ikna etmiş gibi görünüyordu, hatta tam da bu dönemde Avrupa askeri teknoloji, askeri disiplin ve organizasyonda en hızlı ilerlemelerden birini gerçekleştiriyordu. Ancak Rusya ile 1774, 1792 ve 1812 yıllarında yapılan üç savaş, Osmanlıların ezici yenilgilerinin yanı sıra Karadeniz'in kuzey kıyılarının ve Kırım'ın kaybıyla sonuçlandı. Bu savaşların sonuncusunda Arabistan ve Mısır elden çıkmış, Arabistan Vehhâbîler, Mısır ise Mehmed Ali tarafından ele geçirilmişti. İmparatorluk parçalanmanın eşiğine gelmişti.

On sekizinci yüzyılın son üçte birinde başlayan şaşırtıcı askeri yenilgiler, önceki yüzyıllarda bazı Avrupa devletlerine verilen cömert kapitülasyonları devam ettirecek ve bunların üzerine inşa edilecek yeni bir Osmanlı *imtiyazları* dalgasını tetikledi. Ancak 1774 Rus-Osmanlı savaşının ve aynı yıl imzalanan Küçük Kaynarca Antlaşması'nın ardından Rusya ve Batı Avrupa devletlerine uzun vadeli bir dizi taviz verildi. Tüm bu devletler, İmparatorlukta ticaret yapan ve ikamet eden tebaaları ve gayrimüslim Osmanlılar için, Müslüman Osmanlı tebaasının bile sahip olduklarından çok daha üstün birtakım hak ve ayrıcalıklar elde etmeyi başardılar.[1] Zamanla artan ve

[1] Kapitülasyonların ayrıntılı bir değerlendirmesi için bkz: *Encyclopaedia of Islam*, s.v., "Imtiyâzât," III, 1178-95; van den Boogert, *Capitulations and the Ottoman Legal System*, 19-52, ve diğer kısımlar.

yoğunlaşan bu kapitülasyonlar, Osmanlı'nın kızgınlığını ve bu tavizlerin İmparatorluğun egemenliğini ciddi şekilde etkilediğine dair derin bir hissiyatı da beraberinde getirmiştir.

On sekizinci yüzyılda Avrupa ve Rusya'nın askeri gücünün artması, Osmanlılar için askeri harcamalarda ciddi ve aslında daha önce benzeri görülmemiş bir artış anlamına geliyordu.[2] Osmanlı merkezindeki askeri zayıflığı gidermek için ihtiyaç duyulan mali kaynaklar, gerekli geliri elde etmek için merkezi askeri kontrole gereksinim duyan eyaletlerde bulunuyordu. Para toplamak için güçlü bir orduya ihtiyaç olduğu ve güçlü bir ordu olmadan paranın verimli bir şekilde toplanamayacağı, on sekizinci yüzyılın ikinci yarısında Osmanlılar (ve birçok Asyalı hükümdar) için en temel ikilemi oluşturuyordu. Bu döngü her zaman var olmuş ve kural olarak nispeten başarılı bir şekilde yönetilmiştir. Ancak bu yüzyılda, Avrupa askeri teknolojisinin neredeyse hesaplanamaz yükselişi, Osmanlılar - ve tüm Afro-Asya hanedanları - için hızla değişen gerçeklere uyum sağlayamayacak kadar kapsamlı ve çok hızlıydı. Buna bir de sadece yüksek fiyatları değil, sayısız halk ayaklanmasını da beraberinde getiren yüksek enflasyonu ekleyin. Tam da mali ve maddi kaynaklara olan talep en yüksek seviyedeyken, üstelik eşi benzeri görülmemiş bir şekilde, eyalet gelirleri düşüşe geçmişti. Bunun sonuçları yıkıcıydı.

Merkezi güç ve otoritenin zayıflamasıyla birlikte, taşra valileri, Yeniçeriler ve vergi tahsildarları (*a'yân* ailelerinden bahsetmeye gerek bile yok)[3] on altıncı ve on yedinci yüzyılların karakteristik özelliği olan denetim ve denge mekanizmalarından yoksun kaldılar. Merkezi *siyasa* cezasından duydukları korku, suiistimallerine karşı caydırıcı bir unsur teşkil eden taşra memurları, artık sadece yerel halka karşı değil, aynı zamanda mahkemelere ve ülkenin kanunlarına karşı da ellerini kollarını sallayarak hareket ediyorlardı. Gasp, ağır vergilendirme ve sivillerin şiddet kullanılarak cezalandırılması giderek artan sıklıkta ve yüksek adli mahkemelere başvurma seçeneği olmaksızın gerçekleşmeye başladı. On sekizinci yüzyılın sonlarına doğru, eğitimli yargıçlar olmayan valiler, o zamana kadar Şeriat mahkemesinin ayrı bir alanı olan hukuk davalarını karara bağlamaya başladılar. *Kâdı*ların görevlerinin bu şekilde gasp edilmesinde, valilerin giderek güçsüzleşen halktan ve idari gözetim ağına yakalananlardan zorla alabilecekleri ağır para cezalarının cazibesi etkili olmuş gibi görünüyor. Cezalar

[2] Avrupa'nın askeri ilerlemesi hakkında bkz. Mann, *States, War and Capitalism*; Glete, *Warfare at Sea*; Tallett, *War and Society*; Parker, *Military Revolution*; Levenson, *European Expansion*.

[3] Bununla ilgili olarak bkz. McGowan, "The Age of the Ayans," 658–77.

zaman zaman Şeriat kurallarının ötesine geçecek şekilde bedenseldi, ancak neredeyse her zaman, yönetici taşra eliti için başka bir gelir kaynağı oluşturan maddi bir ceza içeriyorlardı. Gözdağı verme düzeyi önemli ölçüde arttı ve yargılama olmaksızın yerinde cezalandırmalar giderek daha sık hale geldi. Yine de kendisini *şer'î* olmayan bir yargıç olarak konumlandıran tek kişi vali değildi. Yeniçeri ağalarının yanı sıra mültezimler de kendi mahkemelerini ve hapishanelerini kurarak kendilerini bir tür yargıç olarak görüyorlardı.[4] Özellikle Yeniçeriler mahallelere zulmediyor, dükkanları yağmalıyor ve halktan ve lonca üyelerinden büyük miktarlarda para alıyorlardı.[5] Taşrada merkezi hükümetin otoritesinin varlığı neredeyse hiç fark edilmiyordu. Suç oranı arttı ve geçmiş yüzyıllar boyunca hüküm süren kamu düzeni, uzun sürmesi mümkün olmayan bir hatıradan öteye gidemedi.[6]

İmparatorluk neredeyse dağılmak üzereyken ve orduları Ruslar ve Avrupalılar tarafından yenilgiye uğratılmışken, Bâbıâli askeri sistemde reform yapmanın zorunlu hale geldiğini fark etti. Ancak Yeniçerilerin ve yandaşlarının inatçı direnişi nedeniyle III. Selim'in reform girişimleri başarısızlıkla ve 1808'de kendisinin idamıyla sonuçlandı. Halefi II. Mahmud (hükümdarlığı 1808-39) Saray'daki güç dengesinin farkındaydı ve 1826'da Yeniçeri Ocağı'nı tamamen ortadan kaldırmadan önce adımlarını yavaş ve dikkatli bir şekilde atmak zorundaydı. Bu nedenle ve daha sonra tartışılacak başka sebeplerden dolayı, 1826 yılı veya civarı, sadece hukukta gerçek ve geniş kapsamlı değişikliklerin ilk adımı değil, aynı zamanda modernleşme sürecinde önemli bir dönüm noktası olmalıdır.

Başkentteki Yeniçerilerin kaldırılması ve bunun sonucunda taşradaki Yeniçerilerin zayıflamasıyla, merkezi hükümet artık siyasi ve askeri güç üzerindeki hakimiyetini kuvvetlendirmekte serbestti. Ancak bu askeri reformun önemli bir ekonomik yönü de vardı. Yeniçeriler, askeri seferlere katıldıkları kadar zanaat ve mal üretimiyle de uğraşan lonca mensupları olduklarından, Osmanlı lonca sisteminin ve dolayısıyla genel olarak Osmanlı ekonomisinin demirbaşı olan ekonomik korumacılığı destekleyen müthiş bir güç oluşturuyorlardı.[7]

---

[4] Yargı dışı mahkemeler listesine, o zamana kadar yüzyıllardır Müslüman topraklarında kapitülasyon imtiyazlarından yararlanan Avrupalı konsoloslara tanınan haklar da eklenebilir. Bkz. Leibesny, "Development of Western Judicial Privileges," 312 vd.

[5] Marcus, *Middle East*, 73, 108, 114–15.

[6] On sekizinci yüzyılın sonunda adeta bir kaos yaşanması, Kanuni Sultan Süleyman'ın saltanatının idealist ya da en azından gerçekte olduğundan daha ideal olarak kurgulanmasını açıklayabilir. Bkz. İnalcık, "Suleiman the Lawgiver," 105-06.

[7] Quataert, "Age of Reform," 764.

Korumacılığın en güçlü savunucuları olan Yeniçerilerin ortadan kaldırılması, kapitalist Avrupalı güçlerin uzun süredir devam eden talep ve baskılarını karşılayan bir gelişme olan ekonomik liberalizme kapı açtı.

Yeniçerilerin ortadan kaldırılmasından bir süre sonra, İmparatorluğa nüfusunu ve pazarlarını Avrupa sömürüsüne açacak bir "reform" programını dayatmak için zemin yeterince hazırlanmıştı. Bâbıâli ile İngilizler arasında imzalanan 1838 Balta Limanı Antlaşması, önceki tüm kapitülasyon ayrıcalıklarını teyit etmekle kalmamış, aynı zamanda Osmanlı üreticilerini Avrupa rekabetine karşı koruyabilecek her türlü tekelin nihai olarak ortadan kaldırılmasını sağlamıştır. Aslında, yabancıların İmparatorluk içindeki dolaşımı üzerindeki tüm kısıtlamaları kaldırarak, şimdiye kadar korunan ve ayakta kalan Osmanlı ekonomik sektörlerini Avrupa pazarının yok edici rekabetine maruz bıraktı. Böylece, meşhur ıslahat yanlısı 1839 Gülhane Hatt-ı Hümâyunu, daha önce başlamış olan eğilimleri teyit ve tasdik etmiş oldu, ancak aynı zamanda gelecekte başka reformlar uygulanacağı zaman artık kesin olarak kabul edilecek bir durumu da resmileştirdi. Ayrılıkçı Mısırlı Muhammed Ali'ye karşı verdikleri destek için Osmanlı'nın süper güçlere (İngiltere, Avusturya, Prusya ve Rusya) ödediği bir bedel olan bu Ferman, geleneksel ekonomik biçimleri reddediyor ve maddi zenginliği bir zorunluluk olarak ilan ediyordu. Ekonomik kalkınmanın önündeki tüm yerel engeller kaldırılacak ve değişimin modeli Avrupa kültürü, bilimi ve sermayesi olacaktı.[8]

Osmanlı ekonomisinin gerilemesi, sözde reformları hızlandıran başlıca faktörler arasında yer alırken, reformlar da ekonomiyi yoksullaştırmayı ve sonuç olarak eski sosyal ve ekonomik yapılara zarar vermeyi başardı. Daha önceki dönemlerde korumacılık, ister yerel köylüler ve çiftçiler ister yabancı tedarikçiler olsun, hammadde tedarikçilerinin loncalara genellikle hükümet tarafından belirlenen ve *kâdı* tarafından onaylanan kontrollü fiyatlarla satış yapmak zorunda olmaları anlamına geliyordu. Korumacılığın kademeli olarak ortadan kaldırılması, hammadde fiyatlarındaki keskin artışla birleşince, on dokuzuncu yüzyılın ilk yarısında loncaların hepsi olmasa da çoğu neredeyse iflas etti ve bu durum kısa bir süre sonra yok olmalarına yol açtı. Örneğin, Osmanlı resmi makamlarının üniformalarını tedarik eden önemli ve büyük ipekli kumaş üreticileri loncası, uygun fiyatlı hammadde temin edemediği için böyle bir kaderle karşı karşıya kaldı.[9] Bu

[8] Bkz. Mardin, "Development of the Sharîa," 284. Ferman'ın tam metni için bkz. Hertslet, *Map of Europe*, II, 1002–05.

[9] Quataert, "Age of Reform," 890–91.

asırlık loncanın ortadan kalkması, sadece Batılı tarzda değil, aynı zamanda sömürgeleştirilmiş Hindistan'dan ucuza temin edilen pamukla İngiltere'de üretilen resmi kıyafetlerde de bir değişime yol açtı.[10] Reformlar yoluyla başlatılan ve teşvik edilen bu sürecin sonuçları, loncaların gerilemesi ve yok olması gibi sınırlı bir olgudan çok daha vahim olmuştur. Lonca teşkilatının bir piyasa aktörü olarak ortadan kalkmasıyla Osmanlı ekonomisi, Hint pamuğu gibi parasal ve piyasa değeri Avrupalı imalatçılar tarafından belirlenen bir hammadde tedarikçisine dönüştü.[11] Loncaların çöküşünün bir başka yıkıcı etkisi de çok önemli rol oynadıkları bir alanda, yani adli örgütlenme ve kent nüfusunun idaresinde (yukarıda 4. ve 5. bölümlerde ele alınmıştır) bıraktıkları boşluktur. Böylece loncaların ortadan kalkan idari işlevleri, yükselen modern devletin gözetim mekanizmalarıyla birlikte devralmak için fazlasıyla istekli olduğu bir boşluk bıraktı.

Osmanlı pazarlarını Avrupa kapitalizmine açmak, Gülhane Hatt-ı Hümayunu'nun hem doğrudan hem de dolaylı olarak gerçekleştirmeyi amaçladığı şeyin sadece bir parçasıydı, ancak belki de en önemli hedefiydi. Fermanın daha iyi bilinen ve bu hedeften tamamen ayrı olmayan bir başka yönü de dinlerine bakılmaksızın İmparatorluğun tüm tebaasına eşitlik sağlamaktı. Yeni özgürlüklerin, Avrupa'nın Osmanlı İmparatorluğu'ndaki dini azınlıklara yönelik gerçek demokratik çıkarlarıyla çok az ilgisi vardı ve daha çok Osmanlı nüfusunun hem ekonomik hem de siyasi alanda aracı olarak hareket edebilecek kesimleri arasında artan Avrupa çıkarlarıyla ilgiliydi. Hammadde kaynağı olarak Osmanlı ekonomik pazarını güvence altına alan ve saltanatın siyasi iş birliğini temin eden Avrupalı güçler, artık "Avrupa'nın hasta adamı" olarak adlandırılan İmparatorluğu parçalamayı gereksiz buldular. Hasta adamın hayatta kalması, İmparatorluğun aralarında nasıl paylaşılabileceği konusundaki potansiyel anlaşmazlıkları, en

[10] Bkz. Issawi, "De-industrialization and Re-industrialization," 470. Issawi burada 1820'ler ve 1830'larda Avrupa'daki fabrikalar için şunu söylemiştir: Fabrikalar "ucuz mal akıtıyordu ve Akdeniz'de barış ve artan güvenlik bu malların düşük maliyetle Orta Doğu'ya getirilmesini mümkün kılıyordu... Buna Orta Doğu ve Avrupa hükümetleri arasında imzalanan birkaç anlaşmanın, ithalat vergilerini çok düşük seviyelerde donduran ve Orta Doğu pazarını açan anlaşmaların etkileri de eklenmelidir... *Sonuç olarak, Türkiye ve İran'da yerli üreticiler tarafından ödenen iç vergiler, yabancılar tarafından ödenen ithalat ve diğer vergilerden çok daha yüksekti*... [Bu etki] limanlarla ve kıyı bölgesiyle sınırlıydı, ancak on dokuzuncu yüzyılın son on yıllarında demiryollarının geliştirilmesi ve karayolu taşımacılığının iyileştirilmesiyle birlikte bu durum yavaş yavaş iç bölgelere yayıldı. Tekstil ticaretinin etkisi felaketti... [İran, Irak ve Tunus'ta] benzer bir süreç devam ediyordu" (vurgu benim).

[11] Bilâd-ı Şam'daki bu gelişmelerle ilgili olarak Chevallier, "Western Development and Eastern Crisis," 205-22; Turgay, "British German Trade Rivalry," 168-87, özellikle 168-73'e bakınız.

azından I. Dünya Savaşı'nın ortalarına kadar böyle bir bölünmeyi uzak bir olasılık olarak tutan Rusya, İngiltere ve Fransa'nın rakip çıkarları tarafından da dikte edildi. İmparatorluğun "hasta" olduğu, Avrupa'nın askeri ve ekonomik üstünlüğü sayesinde apaçık bir gerçek haline geldi, "Avrupa'nın" hasta adamı olduğu ve onun tarafından doğrudan sömürgeleştirildiği ise inkar edilemez bir gerçekti.

Benzer gelişmeler Kaçarlar (1779-1924) döneminde İran cephesinde de yaşandı. Kaçarlar iktidara geldikten sonraki kırk yıl içinde Ruslar karşısında ezici askeri yenilgiler aldılar ve tıpkı Osmanlı İmparatorluğu'nda olduğu gibi, 1828'de İran Kafkasya'daki topraklarının çoğunu ve Hazar Denizi'ndeki tüm geçiş haklarını kaybetti. 1828 Türkmençay Antlaşması ve 1836 İran-İngiliz Antlaşması, yabancı tebaayı ve mülklerini İran yargı sisteminin dışında bıraktı ve yabancılar ile İranlıları ilgilendiren davaları karara bağlamak için özel mahkemeler oluşturdu. Osmanlı İmparatorluğu'nda olduğu gibi, bu mahkemelerin hiçbir yargı kararı, İran mahkemelerinin değil, konsolos veya büyükelçinin nihai onayı olmadan geçerli veya bağlayıcı sayılamazdı. Bu siyasi boyun eğdirmeye ek olarak, Rusya ve Osmanlılarla yapılan savaşlar İran'ın ekonomisi üzerinde yıkıcı bir etki yarattı ve büyük şehirlerinin nüfusunu normal büyüklüklerinin yarısına düşürdü. Aynı etkiler Maveraünnehir, Afganistan ve Kuzey Afrika'daki bağımsız Müslüman prensliklerde de kendini göstermeye başladı. Hive Hanlığı ve Mangıtlar kıta ticaretini kaybettiler ve yerel, küçük çaplı tüccarlardan öteye gidemediler. Deniz ticaretinin Avrupalılar tarafından gasp edilmesi ve Avrupa denizciliğinin eşi benzeri görülmemiş etkinliği, İran- Maveraünnehir ticaretinin belkemiği olan kara yollarının önemini büyük ölçüde azalttı. On dokuzuncu yüzyılın ortalarına gelindiğinde, siyasi ve hukuki güçlerini yabancı uyruklular ve özellikle de Avrupalı devletler lehine teslim etmekten kaçınan çok az Müslüman ülke vardı.

2. Osmanlı Hukuki Sisteminin Yeniden Yapılandırılması

1839'daki Gülhane Fermanı Osmanlı düşünce ve siyasi hayatına yeni fikirler getirdiği gibi, bir süredir devam etmekte olan temel dönüşümleri de resmen kabul etmiş ve onaylamıştır.[12] Örneğin, bir önceki yıl şer'î hakimler ve *Kazasker*lerle ilgili yeni bir ceza kanunu çıkarılmış ve önceki on yıl boyunca II. Mahmud'un yönetiminde

[12] Krş. Abu Manneh, "The Islamic Roots of the Gülhane Rescript."

zaten başlamış olan idari ve kurumsal reformlar gerçekleştirilmişti. Bir yıl önce, 1837'de, adli ve idari reformlar için bir dizi öneri hazırlamak, kanun taslakları oluşturmak ve bunların uygulanmasını yürütmek üzere bir imparatorluk komitesi oluşturulmuştu. Ancak tüm bunlar, daha önce olmasa bile, aşağı yukarı 1826'dan beri reformcuların aklındaydı. Çünkü İslam tarihinde ilk kez bu yıl Darüssade Ağası, Şeyhülislâm, Sadrazam ve diğer bazı önemli kişiler tarafından denetlenen *vakıf*lar, II. Mahmud'un yeni İmparatorluk Vakıflar Bakanlığı'nın kontrolü altına alındı ve böylece bu önemli devlet adamları bağımsız bir ekonomik kaynaktan mahrum bırakıldı. Kısa bir süre sonra, daha önemli *vakıf*ların gelirleri, "tüm devlet ileri gelenlerinin büyük *evkafı* ellerinden alınıncaya kadar" Bakanlık tarafından sahiplenildi.[13] On yıldan kısa bir süre içinde, Bakanlığın neredeyse sınırsız yetkileri,[14] İmparatorluktaki tüm büyük *vakıf*ların gelirlerine el koymasını ve bu süreçte vakıfları İstanbul adına yönetecek olan yerel eşraf için maaşlı kadrolar oluşturmasını sağladı.

Bakanlık ayrıca Su İşleri İdaresi'ne de el koydu, çünkü kamuya ait çeşmeler ve su şebekesi büyük ölçüde *vakıf* mülkü niteliğindeydi. Ancak bu kamulaştırmalarla ilgili en çarpıcı gerçek, söz konusu mülklerin hacmiydi. On dokuzuncu yüzyılın başında, İmparatorluktaki gayrimenkullerin yarısından fazlasının *vakıf* olarak tahsis edildiği tahmin edilmektedir.[15] Dolayısıyla hükümetin ekonomik ve siyasi kazançları muazzamdı: ekonomik olarak, *vakıf* gelirlerinin toplanması ve ardından *vakıf*ların asgari bakımı ve işletilmesi için maaşların ödenmesi sürecinde önemli kârlar elde eden "aracı" haline gelmişti. Hükümetin fonları kısmen askeri ve diğer projelere aktarması, kısmen de Bakanlık kademelerindeki yolsuzluklar nedeniyle,[16] eğitim ve diğer kamu vakıflarına yapılan bu maaş geri ödemeleri giderek azaldı ve yüzyılın ortalarında sıfır noktasına ulaştı. Merkezi *vakıf* idaresi, İstanbul'da tramvay ve askeri üniforma üretimi için iplik fabrikaları inşası gibi askeri ve kamusal projeleri, masrafları kendisine ait olmak üzere ve açıkça *vakıf* parasından finanse etmek

[13] Barnes, *Introduction*, 74: "Mahmud'un niyeti, toprak mülkiyeti ve çatılı mülk gelirlerinin çoğunun ... devlete ait mülk olarak asli durumuna dönmesiydi. Bu boş bir iddia değildi, çünkü Osmanlı hakimiyetindeki evkafın çoğunluğu arâzî-i emiriye-i mevkufe, yani vakıf haline getirilen mîrî (devlet) topraklardı; daha açık bir ifadeyle, mîrî toprakların vergileri vakıf haline getirilmişti ... Uygulanan ilke, başlangıçta devlete ait olan mülkün devlette kalmasıydı. Ve bu bakımdan bütün evkaf, evkaf-ı hümayûn (saray *vakıfları*) idi" (85-86). Ayrıca bkz. Çizakça, *History*, 84-85; Deguilhem, "Government Centralization of Waqf," 224-26.

[14] Çizakça, *History*, 81–82.

[15] Barnes, *Introduction*, 83.

[16] Çizakça, *History*, 82–83.

ve denetlemekle görevlendirildi;[17] bunların hepsi yeni ortaya çıkan modern devleti güçlendirmeyi amaçlıyordu ve gerçekten de güçlendirdi, ancak bunlar *vakıf* gelirlerinin klasik lehtarlarının zararı pahasına yapıldı.

Camiler ve onlarla birlikte *medrese*ler birçok gözlemciye tamamen çökmenin eşiğindeymiş gibi görünüyordu.[18] Kısmen maaşlı eşraf tarafından paylaşılan bu "aracı" kârları, böylece İmparatorluğun mali krizlerinin şiddetini anlık ve sınırlı bir ölçüde de olsa hafifletti. Siyasi olarak, *vakıf*ların merkezi imparatorluk idaresine dahil edilmesi, artık ortadan kalkmış olan Yeniçerilerin müttefiklerini, yani ilk reformlara karşı bir miktar direnç göstermiş olan ulema ve *softa*ları (hukuk öğrencileri) zayıflattı.[19] Böylece, agresif yeni bir bürokratikleşme biçiminin yükselişini yansıtan *vakıf* idaresinin yeniden düzenlenmesi, Yeniçerilerin kaldırılmasıyla birlikte, geleneksel hukuk mesleğinin İmparatorluktaki güçlü konumuna ilk büyük darbeyi indirdi. (İran tecrübesi de *vakıf*ların devletçi bir şekilde yönetilmesine yol açan kapsayıcı bir sistemik dönüşüme tanıklık etmektedir. 1826 yılında Evkâf-ı Hümâyun Nezâreti kuruldu ve on yıl sonra her *vakf*ın vakfiyesinin ve mütevellisinin kontrolleri altındaki tüm varlıklarının Bakanlığa kaydettirilmesi zorunlu hale geldi).

Vakıf idaresinin maaşa bağlanması, 1839 Fermanı'nın ardından yürürlüğe girecek olan tüm hukuk mesleğinin maaşa bağlanmasına yönelik ilk adımı teşkil etmiştir. Bu dönemde, giriş sınavları da dahil olmak üzere adli atamalar için yeni politikalar oluşturmayı ve Osmanlı uygulamasının ayırt edici özelliği olan yargının finansmanı için mahkeme harçlarının maaşlarla değiştirilmesini amaçlayan bir dizi küçük ama önemli yargı reformu yapıldı.[20] Diğer tüm devlet

[17] Barnes, *Introduction*, 127; Çizakça, *History*, 85; Öztürk, "Batılılaşma Döneminde Vakıfların Çözülmesine Yol Açan Bir Uygulama," 301–02. Bu kaynağı Selim Argun'a borçluyum.

[18] Barnes, *Introduction*, 118-20, Charles McFarlane, Piskopos Southgate ve İngiltere'nin Rodos adasındaki konsolosunun yorumlarına başvurmaktadır. Konsolos şöyle yazmıştır: "[E]ğitim ahlaki ve fiziksel olarak bir kenara bırakılmıştır. Rodos'ta yoksul Müslümanlara haftada üç kez çorba dağıtılan bir aşevi olmasına rağmen, adada başka hiçbir dini ya da hayri kurum bulunmamaktadır. Ne hastane ne revir ne de sığınma evi vardır; topallar, körler, deliler ve yaşlılar kendi kaderlerine terk edilmiştir." Aynı şekilde, McFarlane, kendi yurttaşlarına kıyasla istisnai bir şekilde, "açgözlü ellerini imparatorluğun neredeyse tüm *vakıf*larına uzatan reformcular"ı şu satırlarla sert bir şekilde eleştirmiştir: "Bu nedenle, çok az istisna dışında, camilerin ve medreselerin yöneticilerini sefalet içinde, [din] öğrencilerini paçavralar içinde, mabetlerin ve minarelerin en güzellerini utanç verici bir şekilde ihmal edilmiş ve çürümeye doğru hızla ilerlerken görüyoruz ... *Vakıf*lar hükümet tarafından idare edildiğinden beri kamu yararına olan eserlerin bakımı için hiçbir şey yapılmadığı bilinmektedir."

[19] Heyd, "Ottoman Ulema," 35.

[20] Hertslet, *Map of Europe*, II, 1005.

memurları gibi *kâdı*ların da miras taksimi ya da tapu veya mahkeme belgelerinin düzenlenmesi için harç toplamaları yasaklandı.[21] Aylık maaşları doğrudan, artık kendisi de tüm mahkeme gelirlerini toplamakla görevlendirilmiş olan maaşlı bir imparatorluk müfettişi (*muhassıl*) tarafından ödenecekti.[22] Ayrıca, yargı ve yürütme alanları arasında net bir ayrım yaratma çabasıyla, eyalet valilerinin yanı sıra sadrazam da mahkemelerinden mahrum bırakıldı[23] ve böylece giderek merkezileşen mahkeme sisteminin entegre bir parçası haline geldiler.

Bu köklü değişiklikler kurumsal yeniden yapılanma ile eşzamanlı olarak gerçekleştirilmiştir. Daha 1838'de II. Mahmud, sadece daha sonraki Nizâmiye mahkemelerine zemin hazırlamakla kalmayıp aynı zamanda yargının Şeriat alanından devlet alanına taşınmasının sinyalini veren bir organ olan *Meclis-i Vâlâ-yı Ahkâm-ı Adliyye*'yi kurdu. *Meclis-i Vâlâ* kendisini ülkedeki en yüksek mahkeme olarak belirledi ve tüm mahkemelerin yanı sıra eyalet valilerinin tüm yarı-yargısal meclislerinin faaliyetlerini kontrol edip denetledi.

1840 yılında, 1839 Fermanı'nın ruhuna uygun olarak, yine İslami ceza hükümlerine dayanan modern tarzda bir ceza kanunu çıkarıldı. *Mezâlim* yönetim anlayışını yakından takip eden bu kanun, kamu görevlilerinin suiistimalleriyle yakından ilgiliydi. Ayrıca, sivil eşraf, bir *kâdı*, bir *müftî* ve gayrimüslimler de dahil olmak üzere yerel toplulukların temsilcilerinden oluşan yeni yerel meclisler kurulmaya başlandı. Bu meclisler reformdan önce olduğu gibi medeni, adli ve mali konulardan sorumluydu, ancak yeni örgütlenmeleri ve resmi anayasaları geleneksel *kâdı* merkezli yönetimden bir kopuşu işaret ediyordu. *Kâdı*, reform öncesi meclislerde önde gelen adli ve idari memur iken, şimdi ikincil bir konuma ya da en azından diğerleri ile eşit öneme sahip bir konuma düşürüldü.[24] Yeni liderler hükümet çalışanları, idareciler ve yakında bürokrat olacak kişilerdi. Bu kişiler, toplumun farklı kesimlerini temsil eden ileri gelenlerle birlikte, *kâdı* mahkemesine getirilen önemli davalara bakmakla görevliydi. Reformdan önce *hukuki meselelerde kâdı*ya yardımcı olan "mahkeme meclisi" alimlerden (*ehlü'l-ilm*) oluşurken, şimdi bunlar toplumun çıkarlarını resmi ve devlet tarafından belirlenmiş bir sıfatla temsil eden Şeriat dışı şahsiyetlerdi. Bu görevliler daha önce olduğu gibi

[21] Bkz. 5. Bölüm, 4. Kısım.
[22] İnalcık, "Application of the Tanzimat," 100.
[23] Heyd, "Ottoman Ulema," 51.
[24] İnalcık, "Application of the Tanzimat," 108.

toplumun içinden çıkıyordu, ancak nasıl, ne zaman ve hangi koşullar altında hizmet edeceklerine karar veren artık toplumsal ekoloji[25] ve yerel uzlaşmacı ve toplumcu liderlik algısı değil, merkezi hükümetti. H. İnalcık'ın haklı olarak belirttiği gibi, bu yetki değişimi "taşra yönetimini yerel *ulema* ve eşrafın etkisinden bir ölçüde kurtararak merkezi hükümet tarafından daha sıkı kontrol altına almayı amaçlıyordu."[26]

Ancak, vergi toplama yöntemini iyileştirmeyi amaçlayan modern bir sistem kurmanın yanı sıra,[27] Gülhane Hatt-ı Hümâyunu'nun ardından gelen en ciddi değişiklik, Yeni Düzen (Nizâm-ı Cedîd; dolayısıyla Tanzimat) olarak adlandırılan Nizâmiye mahkemelerinin kademeli olarak yükselişidir. Yeni mahkemeler, yeni yasalar, yeni bir yargı süreci ve yüzyılın sonunda yeni bir hukuk kültürü üreten bu düzen, İmparatorluğun (ve bir bütün olarak İslam'ın) tarihinde ilk kez kendisini ve bürokratik yasama konseyini Şeriat'ın üzerine yerleştiren sultanın resmi talimatıyla işliyordu. Padişahın, Şeriatı ve *fıkh*ını tamamlayan ve destekleyen ama asla geçersiz kılmayan *kanun*ları yürürlüğe koyma yetkisi artık kapsayıcı ve evrensel hale gelmişti.

Bu süreç elbette bir gecede gerçekleşmedi ve Gülhane Fermanı'ndan sonra birkaç on yıl sürdü, ancak sultanın yasama gücündeki yapısal ve maddi dönüşümler on dokuzuncu yüzyılın ilk yarısı sona ermeden gerçekleşmeye başladı. Bu nedenle, Sultan'ın Yeni Düzen fermanlarının *siyâse şer'iyye* yetkilerinin (*kanun*ları ihdas eden) doğal bir uzantısı olduğunu ve bu yetkileri temsil ettiğini iddia etmek, yalnızca bu Düzenin getirilmesindeki bariz niteliksel farklılıkları gözden kaçırmak değil, aynı zamanda İmparatorluğun işlerini yürütme tarzını şekillendiren ve belirleyen muazzam dış güçleri de görmezden gelmek anlamına gelir.[28] Ancak bu güçler, İstanbul'un Batılılaşmış bürokratlarının, ipleri fiilen ellerine almasalar da sultanın hamlelerinin arkasında sıkı sıkıya duran yerli desteğine bağlıydı. Osmanlı'nın Londra ve Paris büyükelçisi Reşid Paşa, 1830'larda İstanbul'un Fransız reformunun baş aktörüydü. Mahmud'dan sonraki sultanlar bu konuya biraz daha az ilgi gösterdiler. Ancak modernleşme çabaları, birkaç kez sadrazamlık ve iki kez de Hariciye Nazırlığı yapmış olan nüfuzlu Reşid Paşa'nın Osmanlı İmparatorluğu'nu "Avrupa'ya göre" yeniden şekillendirme arzusunu miras alacak reform

[25] Bkz. 4. Bölüm, 3. Kısım.
[26] İnalcık, "Application of the Tanzimat," 108.
[27] İnalcık tarafından sürekli tartışılan bir nokta, *a.g.e.*, 102-16, ve devamı.
[28] Krş. Abu Manneh, "The Islamic Roots of the Gülhane Rescript."

yanlısı kişileri terfi ettirmeye ve yetiştirmeye başlamasıyla daha da yoğunlaştı.[29] 1840'lar ile 1860'ların sonları arasındaki reform hikayesi büyük ölçüde Reşid Paşa'nın ve onun iki halefi ve "müridinin" eseriydi: Ali Paşa (1815-71) ve Fuad Paşa (1815-69).

Büyük ölçüde bu üç adamın iktidar iradesini temsil eden ve İmparatorluk üzerindeki muazzam Avrupa ve Rus baskılarını yansıtan sultan, yetkilerini kullanarak, ilk etapta dini hukuka dışarıdan müdahale etmeye başladı. Yani Şeriatın doğrudan düzenlemediği ve hükümdarın *siyâse şer'iyye* görevlerinin bir parçası olarak ilave kanunlar çıkarmasını gerektiren alanlardan müdahaleye başladı. İlk olarak İstanbul'da, Osmanlı tebaası ile Avrupa vatandaşları arasındaki anlaşmazlıklara bakmakla görevli bir ticaret Nizâmiye Mahkemesi kuruldu. Farklı uyruklara sahip kişiler arasında aynı yargı yetkisine sahip bir ceza mahkemesi ise 1847 yılında kuruldu. Mahkeme heyetine hakim olan çoğulcu yargılama yapısına ek olarak, bu mahkemeler şahitliğin ağırlığının dini statüye göre belirlenmediği yeni bir prosedür mantığı getirdi; böylece Osmanlı olsun ya da olmasın Hıristiyanlar ve Yahudiler Müslüman tebaalarına karşı şahitlik yapabileceklerdi. Ancak bu yeni mahkemelerin, özellikle de ceza mahkemesinin yetkileri konusunda dikkat çekici olan şey, Avrupa devletlerinin yabancı konsoloslarının ve konsolosluk temsilcilerinin, mahkemenin kendi vatandaşları aleyhine verdiği kararları veto etme hakkına ve böylece mahkeme kararlarını istedikleri zaman tamamen etkisiz hale getirme yetkisine sahip olmalarıydı.

Bariz Fransız etkisi altında hazırlanan ilk Batılılaştırılmış ticaret kanunu 1850 yılında ilan edildi. Ertesi yıl, Şeriat mahkemeleri ile yeni ceza mahkemeleri arasındaki yetki sınırlarını daha spesifik ayrıntılarla tanımlayan ikinci bir ceza kanunu çıkarıldı. 1854 yılında Meclis-i Âlî, Meclis-i Âlî-i Tanzîmât'a dönüştürüldü ve ilk icraatlarından biri, bu kez 1810 tarihli Fransız ceza kanununa büyük ölçüde bağımlı olan yeni bir ceza kanununun (1854) ilan edilmesi oldu. Meclis-i Âlî'nin yeni adı, reformlarını "düzen", "nizâm" ve "kanun"u gerçekleştirmenin bir aracı olarak gören Osmanlı modernleşmecilerinin dünya görüşünü özetliyordu; bunların hepsi, bu konularda eksik olarak algılanan ve giderek azalan Şeriat kültürüne taban tabana zıttı. Bir bütün olarak "*nizâm*", "*nizâmiye*" ve "*tanzimât*", Foucaultcu disiplin, yasa, denetim ve hapsetme kavramlarını yansıtan hizaya getirici bir söylemsel pratik oluşturuyordu. Gerçekten de bu kavramlar

[29] Cleveland, *History*, 82.

sadece gelişen yargı kurumları ve kodlarında (raporlama,[30] istatistik,[31] merkezi denetim ve gözetimin yanı sıra) değil, aynı zamanda Nizâmiye hukuk düzeninin - kendine özgü bir hukuk kültürünün yanı sıra - bu kültürün bir parçası olan ve mahkumları yirmi yıla kadar barındırabilen eşi benzeri görülmemiş devasa bir hapishane sistemi üretmesi gibi önemli bir olguda da ifadesini bulmuştur. Bunu, bu tür hapis sürelerinin ve hapishane sistemlerinin Şeriata tamamen yabancı olduğu gerçeğiyle karşılaştırın.

1853-56 Kırım Savaşlarının sona ermesiyle birlikte Osmanlılar, Fransa ve İngiltere'ye hem siyasi (Ruslara karşı verdikleri askeri destek için) hem de mali (İngilizlerin İstanbul'a verdikleri büyük krediler için) olarak daha fazla borçlandı.[32] Bu borçlar Bâbıâli üzerinde daha yoğun bir hegemonik baskıya dönüştü ve 1856 tarihli Hatt-ı Hümâyun'nda somutlaşan bir dizi tavizle sonuçlandı. 1856 Hatt-ı Hümâyun'u, Osmanlı üst düzey devlet adamları tarafından hazırlanan 1839 tarihli Tanzimat Fermanı'ndan farklı olarak Fransız, İngiliz ve Avusturya büyükelçilerine yoğun bir şekilde danışılarak hazırlandı. İslami yönetim ilkelerinden daha da uzaklaştı, örneğin Kur'ân'dan veya Şeriattan bir kez bile bahsetmedi. Avrupa tarzı temsili hükümeti vurguladı ve gayrimüslim azınlıklara İmparatorluğun Müslüman tebaasının sahip olduğu haklara eşit haklar (yine Batılı yönetim anlayışları tarafından tanımlanan) tanıdı.[33] Bu sadece bir Avrupa dayatması değil, aynı zamanda taşrada kendini hissettiren milliyetçi duyguları yatıştırmayı ve bunları hafifletmeyi amaçlayan bir Osmanlı stratejisiydi. Yeni Nizâmiye mahkemelerinin yapısı, bu yeni gerçekliği en az ispat ve usul hukuklarındaki yapısal değişiklikler kadar yansıtıyordu.

Ticaret, ceza ve hatta hukuk mahkemeleri, bu mahkemelere "karma mahkemeler" sıfatını kazandıran karışık milliyetlerden yargıçlarla kurulacaktı. Daha 1868'de, reformist ama seküler olmayan Ahmet

---

[30] Burada, modern kitlesel baskı ve iletişim teknolojisi sayesinde merkezi olarak üretilen ve İmparatorluk genelinde yargı uygulamalarını homojenleştirmeyi amaçlayan bir hukuk özeti olan *Cerîde-i Mehâkim*'den bahsetmek yeterli olacaktır. Hukukun tek tip uygulanması için bir temel olarak kullanılabilecek ve kullanılmış olan zor davaların bir kaydını sağlıyordu. Muhtemelen *Cerîde*, Hindistan'daki Anglo-Muhammadan Hukuku bağlamında tartıştığımız *Stare Decisis* kavramını desteklemiştir (bkz. önceki bölüm). *Cerîde* ve onun Osmanlı hukuk tarihi yazımında bir kaynak olarak kullanımı hakkında bkz. Rubin, "Ottoman Modernity." Matbaa teknolojisinin reformdaki rolü hakkında bakınız Opwis, "Changes in Modern Islamic Legal Theory," 33-36 ve orada atıfta bulunulan kaynaklar.

[31] Müge Göçek and Hanioğlu, "Western Knowledge, Imperial Control."

[32] Örnek olarak bkz. Hertslet, *Map of Europe*, II, 1234–36, ve devam eden bölümler.

[33] *A.g.e.*, II, 1243–49.

Cevdet Paşa çeşitli kanunları kodifiye etmeye başlamış olan Dîvân-ı Ahkâm-ı Adliyye'ye başkanlık etmek üzere seçilmişti. Bu, 1858 Ceza Kanunu'nun ve aynı yıl Arazi Kanunu'nun ilan edilmesiyle sonuçlanan bir çabaydı. Aynı şekilde, yeni mahkemelerin yararlanması için bir deniz ticaret kanunu da dahil olmak üzere Fransız etkisinde bir dizi ticari kanun çıkarıldı. Bu kanunların her biri, merkezi hükümeti güçlendirmek ve gelirlerini artırmak gibi güçlü bir gündem çerçevesinde şekillenen bir dizi koşulun ortasında uygulamaya konmuştur. Avrupalı kredi verenlere olan borçların giderek artan baskısı altında, ceza ve ticaret kanunları, İstanbul için çok güçlü hale gelen taşradaki sosyal ve ekonomik düzeni tanzim etmek amacıyla yürürlüğe kondu.

Benzer şekilde, 1858 tarihli Arazi Kanunu, devlet arazilerini (*mîrî*) işleyenlerin topraklarını kendi adlarına kaydettirmelerini zorunlu kılarak, vergilerin merkezi hükümete doğrudan ödenmesini sağlamayı ve böylece geleneksel olarak gelirden pay alan aracıları ortadan kaldırmayı amaçlayan bir adım olmuştur. Mısır'da süreç daha erken başlamıştı, ancak her durumda arazi kanunu, her iki çeşidinde de köylüleri toprağa bağlamayı amaçlayan bir politikayı uygulamak için tasarlanmıştı.[34] Bu modernleştirici kanunların özel mülkiyetin ortaya çıkışına bir katkı olarak tasarlandığı iddia edilse de[35] köylüler (nüfusun büyük bir kesimi) üzerindeki etkileri birçok açıdan felaket oldu. Zorunlu askerlikten ve aşırı vergilerden korktukları için, işledikleri toprakları ölen aile üyeleri, şehrin ileri gelenleri ya da kırsal eşraf adına kaydettirdiler. Bunun sonucu olarak da toprakları kontrol eden konumlarından, istenildiği zaman tahliye edilebilen kiracılara dönüştüler. Bazı bölgelerde ortaya çıkan bir başka sonuç da toprakların aniden ellerinden alınmasıydı, çünkü toprak ağaları köylülerin sahip oldukları hakları dikkate almadan büyük arazileri satabiliyordu ve sattılar da (Siyonist teşkilatların toprakların çoğunu ülke dışında yaşayan eşraftan satın aldığı Filistin'de ortaya çıkan durumla aynı).[36]

Yeni toprak kanunu (hem Osmanlı İmparatorluğu'nda hem de Mısır'da) yüzyılın sonuna doğru, siyasi ve maddi güç açısından dini

[34] İlk kez 1846'da kurulan Ziraat Nezâreti'nin ilan edilmiş amaçlarından biri Bedevileri iskân etmek ve onları toprağı işlemeye ve vergi ödemeye zorlamaktı. Bkz. Karpat, "Land Regime," 86.

[35] Kanunun bir başka işlevi daha. Bu bağlamda yukarıdaki 13. bölüme bkz. İslam ve Batı hukukundaki özel mülkiyet kavramlarına ilişkin kapsamlı bir analiz için bkz. Akarlı, "Gedik," 168-69.

[36] Khoury, *Urban Notables*, 26–28; Karpat, "Land Regime," 69–90. Mısır için bkz. Mitchell, *Rule of Experts*, 54–79. Filistindeki arazi satın alımları için bkz. Shafir, *Land, Labor and the Origins of the Israeli–Palestinian Conflict*, 22–36 ve devamındaki pasajlar. Bu son kaynağı Gabi Piterberg'e borçluyum.

elitlere rakip olan bir toprak sahibi sınıfın ortaya çıkmasında dikkate değer bir etki yarattı. Yeni toprak ve diğer kanunlar ile ortaya çıkan bürokratik ve idari yapıların getirdiği değişikliklerden kazançlı çıkan aileler seküler eğilimli ailelerdi. Yine de bazı dindar aileler de geniş arazilere sahipti, güçlü konumlarını korumaya devam ettiler ve bu arazi kanunlarının üst sosyal tabakaların üyeleri için yarattığı avantajlardan yararlanmayı başardılar. Ve yeni ekonomik gerçeklikler piyasasında rekabet edebilmek için, kendilerini devletin seküler bürokrasisine yerleştirerek, ayrıcalıklı bir dini kurumun üyeleri olarak "uzmanlıklarını" ve kimliklerini yavaş yavaş değiştirdiler.[37] Yüzyılın sonuna gelindiğinde hem seküler hem de aslen dindar olan bu ailelerin çocukları, ilçe, il ve ulusal düzeylerde devlet bürokrasi mekanizmasına ve siyasete büyük ölçüde entegre olmuşlardır. Dini elitin bu toplumsal dönüşümü, üst ulema sınıfının, diğer hususların yanı sıra hukuk sisteminde meydana gelen büyük değişikliklere karşı neden ciddi bir direnç göstermediğini de büyük oranda açıklamaktadır.[38]

Bu temel ve yapısal değişikliklerin ortasında, Avrupa'nın İstanbul üzerindeki baskıları çarpıcı bir şekilde artmaya devam etti. Kırım Savaşlarından sonra borç batağına saplanan Osmanlılar, 1860 yılında İngiltere'den önemli miktarda kredi aldılar, ancak İngilizler bu kredi yi bazı siyasi ve ekonomik şartlara bağladılar. Kapitülasyonlar ve yabancı uyruklular lehine verilen imtiyazlar yetmezmiş gibi, İngilizler İmparatorluk'ta gayrimenkul satın alınmasına ilişkin başka kolaylıklar da talep etti ve bunları güvence altına aldılar. Gayrimenkul mülkiyetini büyük ölçüde özelleştiren arazi kanunlarının yürürlüğe konması bu yönde atılmış bir adımdı. Ancak kâr fırsatlarını en üst düzeye çıkarmak için, birçok gayrimenkulün açık pazara girmesine mani olan *vakıf* sisteminin kaldırılmasını da talep ettiler ve bunun sözünü aldılar.[39]

Sonraki yirmi yıl boyunca bu baskı, hem İngilizler hem de Fransızlar tarafından daha da güçlü bir şekilde devam ettirildi. Bu ülkelerin ikiye katlanan sömürgeci subayları, *vakıf*ların sadece ilkel bir varoluş tarzını yansıtmakla kalmayıp aynı zamanda artık kötülenen "'kilisenin' çökmüş tarihine ait olduğu ve ekonomik kalkınmayı ve dolayısıyla çok arzulanan 'ilerleme'"yi engellediği fikrini yaymaya

[37] Khoury, *Urban Notables*, 28.

[38] Bu konuyla ilgili daha fazla bilgi için bkz. aşağıdaki 4. kısım. Bu dönüşümün sömürgeci bilgi bilinciyle uyumu hakkında bkz. Massignon, "Résultats sociaux," 565.

[39] Çizakça, *History*, 80; Öztürk, *Türk Yenileşme Tarihi Çerçevesinde Vakıf Müessesesi*, 192. Bu son kaynağı Selim Argun'a borçluyum.

başlamışlardı.[40] Bu baskılar, İstanbul'un Batı kültürünün üstünlüğüne olan inancıyla birleşince, reformist bürokratlar arasında, *vakıf*ları kültürel bozulmanın ve maddi gerilemenin nedeni olarak gösteren büyük bir ideolojik kampanyaya dönüşen bir ruh hali yarattı. Reformcular 1909'da *vakf*a karşı agresif bir şekilde harekete geçerek, sonunda Türkiye Cumhuriyeti'nde ve başka yerlerde kaldırılmasına yol açacak bir süreci başlattılar. Ancak bu hamlenin ideolojik hazırlığı bir önceki yüzyılın ortalarından beri devam ediyordu.

1864 yılında, Vilayet Nizâmnemsi ile, il düzeyinde yargının yeniden düzenlenmesi ve yapılandırılmasına yönelik önemli, ancak kısa ömürlü bir girişimde bulunuldu ve biri ilk derece diğeri temyiz olmak üzere iki kademeli bir mahkemeler grubu (aslında "meclisler" olarak adlandırıldı) oluşturuldu. İkinci derece mahkemesi olan temyiz mahkemesi, üç Müslüman ve üç gayrimüslim (hepsi Osmanlı vatandaşıydı) yargıçtan oluşuyordu. İlk derece mahkemenin heyetinde eşit sayıda şeriat hakiminin yanı sıra kamu hizmetinin seçilmiş üyeleri de yer alıyordu ki bu da sivil memurların ve teknokratların *kâdı*ların yargı yetkilerini paylaşmaya başladığı sürecin resmileştirilmesinde bir adım daha atıldığına işaret ediyordu.[41] Buna karşılık, yeni mahkemelere Şeriat hakimlerinin atanması, geleneksel ve yeni hukuk meslekleri arasında, iki sistem arasında kesin ayrım çizgilerinin çizilmesini engelleyen bir kaynaşma olduğunu göstermektedir. Bu birliktelik, yargı yetkileri giderek ahvâl-i şahsiyye ve *vakıf* alanlarıyla sınırlı hale gelse de şer'i mahkemelerin kendilerinin de modernleştirici bir idari ve prosedürel yeniden yapılanmaya tabi tutulmasıyla daha da artmıştır. *Nâib*ler (taşra *kâdı*ları) beş dereceye ayrıldı ve *nâib*in kendi memleketi olmayan herhangi bir yerdeki görev süresi iki yılla sınırlandırıldı.[42] Eski rotasyon ilkesi (zaten çoğunlukla bir Osmanlı uygulamasıydı) büyük ölçüde güçlendirildi ve taşranın köy ve kasabaları, kendine has yerel geleneklere her zaman aşina olmayan yargıçların eline bırakıldı (sonuçta bölgesel farklılıkların homojenleşmesine ve devletin düzenli vatandaşının yaratılmasına katkıda bulunan süreç pekiştirildi).

Bu merkezileştirme politikasına bir yenisi daha eklendi: Artık Şer'iyye ve Nizâmiye yargısının tüm kademe ve rütbeleri İstanbul tarafından atanmaktaydı ve asırlardır süregelen adlî temsil ilkesi

[40] Aşağıdaki 6. Kısma bkz.

[41] Birazdan göreceğimiz üzere, esasen Hanefî *Mecelle*'nin uygulama alanlarına entegre edilmesi de buna dahildir.

[42] Agmon, "Social Biography," 88.

tamamen sona ermişti. Bu idari tasarruf, maaşların doğrudan İstanbul'dan ödenmesiyle birlikte, merkezi kontrolü daha da pekiştirdi ve Şer'iyye mahkemesini doğrudan devletin emrine verdi. Yargısal merkezileşme, Nizâmiye mahkemelerinin bir parçası olarak, merkezi İstanbul'da bulunan ve hem hukuk hem de ceza dairelerinden oluşan Temyiz Mahkemesi'nin (Mahkeme-i Temyîz) kurulmasıyla kendini gösterdi. İstanbul Adliye Nezâreti'nin denetimi için de tüm mahkemelere, karara bağladıkları davaları üç ayda bir rapor etmeleri emredildi.[43]

Devletin artan müdahalesi 1868'de Meclis-i Vâlâ-yı Ahkâm-ı Adliyye'nin ilk kez biri yasama diğeri yargı olmak üzere iki organa ayrılmasıyla daha da ivme kazandı. Birincisi, açık bir Fransız etkisiyle "Şûrâ-yı Devlet" adını alırken, ikincisi Dîvân-ı Ahkâm-ı Adliyye olarak anılmaya başlandı. Böylece, daha önce hukukçular tarafından yapılan ve uygulanan hukuk, artık sadece yargısal değil, aynı zamanda münhasıran yasama olarak kabul edilen devlet organlarından gelmeye başladı; bu, devletin sadece hukuku uygulama değil, aynı zamanda onun ne olduğuna karar verme hakkını da kendinde görmeye başladığını söylemenin başka bir yoludur.

İslam hukukunun, fakîhlerin oldukça bağımsız ve gayri resmi alanından devletin oldukça resmileşmiş ve merkezileşmiş kurumuna devredilmesi, en azından bu konuda güçlü Batıcı Ali Paşa'ya karşı mücadeleyi kazanan Şeriat hukukçusu Ahmet Çevdet Paşa başkanlığındaki bir komite tarafından hazırlanan *Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye*[44] başlıklı derlemede tezahür etti. Ali Paşa 1804 tarihli Fransız *Medeni Kanunu*'nun (*Code Napoléon* olarak bilinir)[45] benimsenmesi çağrısında bulunmuş, ancak Ahmet Cevdet Paşa kanunun İmparatorluğun kültürel yapısına sadık olması gerektiğinde ısrar etmiştir. 1870 ve 1877 yılları arasında *Mecelle*'yi oluşturan on altı kitap (1.851 Türkçe madde içeren) yayımlandı ve bunların hepsi evlenme ve boşanma hariç medeni hukuk ve yargılama usulü ile ilgiliydi. *Mecelle*'nin amaçlarından biri hem Şer'iyye hem de Nizamiye mahkemelerinin yararlanması için, Arapça hukuk yorum geleneğiyle bağını koparmış profesyonel bir elite yönelik bir açıklama olarak, bir kod

[43] Ancak uygulamada mahkemeler, özellikle başlangıçta, bu düzene tam olarak uymamıştır. Bkz. Rubin, "Ottoman Modernity," 56. Şeriat mahkemelerinde ayrıntılı *mahdar*ların bulundurulması hakkında ayrıca aşağıya bkz.

[44] Daha sonra birçok şerhe konu olmuştur. Örnek olarak bkz. Bâz, *Şerh*; Haydar, *Düreru'l-Hükkâm*; ve Kâşif el-Gitâ', *Tahrîrü'l-Mecelle*.

[45] Bu Kodun yeni bir patriyarkanın gelişimindeki rolü hakkında bkz. 16. bölüm, 2. kısım.

tarzında,[46] hukukun açık ve sistematik bir ifadesini sunmaktı. Yine de bu kodifikasyonun kaynağı Hanefi mezhebi *külliyat*ıydı, özellikle de bu külliyatta yer alan ve metni hazırlayanlara -özellikle yeniden oluşturulmuş haliyle- Ahmet Cevdet Paşa'nın kendisinin de "günümüz koşullarına uygun" olduğunu düşündüğü modernize edilmiş bir İslam hukuku versiyonunu sunuyor gibi görünen görüşlerdi.[47] Seçilen görüşler Hanefi mezhebinin muteber görüşlerini yansıtmak zorunda olmadığı gibi, tam anlamıyla hepsi Hanefi mezhebine ait de değildi; zira bazıları sonraki Hanefiler tarafından genel olarak onaylandıktan sonra diğer mezheplerden ithal edilmişti.[48]

Mecelle, kadrosu giderek daha fazla fıkıh dışı hukuk eğitimi alan Nizâmiye mahkemelerinde uygulanacaktı. Ancak hükümdarın müdahalesi olmaksızın hiçbir hukuki görüş herhangi bir yargıç için gerçekten bağlayıcı olamayacağından, *Mecelle* tamamıyla yayımlandıktan sonra bir padişah kanunu olarak ilan edildi (devletin yüce otoritesini kesin olarak onaylayan ve Şeriatınkini bastıran önemli bir adım). Ancak *Mecelle*, yapısı ve görünüşü itibariyle kanunnameye benzemekle birlikte, gerçekte kanunnameler gibi eşsiz ve münhasır bir otoriteye sahip değildi.[49] Uygulamada, fakîhlerin kitaplarıyla ya da yavaş yavaş ortadan kaybolan *kâdı*ların tezgahlarında bu kitaplardan geriye kalanlarla birlikte var olmaya devam etti. Ve çok geçmeden, yine Fransız örneğinden esinlenerek hazırlanan 1880 tarihli Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunuyla (Usul-i Muhâkemât) kuvvetli bir rakibe sahip olacaktı. Yüzyılın sonlarına doğru muhakeme usulü, tüm modern hukuk sistemlerinde olduğu gibi, hukukun belkemiği olarak görülmeye başlanarak, istikrarlı ve hızlı bir şekilde daha fazla önem kazanmaya başladı. Oldukça resmileşmiş ve karmaşık muhakeme usul süreçleri, Şeriatın neredeyse tamamen yerini aldığı geniş bir alanı temsil ediyordu.

Mecelle girişiminin Şeriatı yürürlükteki bir kanun olarak kurtarmaya yönelik son bir çaba olduğu reformcular ve hatta muhalifleri için de aşikârdı, ancak bu aynı zamanda ortaya çıkan bir soruna yönelik bir çözüm arayışıydı. Yeni okullarda eğitim dili olarak Arapçanın yerine Türkçenin sistematik bir şekilde ikame edilmesi,[50] İmparatorluğun çeşitli etnik gruplara bölünmesini engellemek için bir

[46] 13. Bölüme bkz.
[47] Onar, "Majalla," 295.
[48] Anderson, "Law Reform in Egypt," 217.
[49] 13. Bölüme bkz.
[50] Bu yeni okullarla ilgili detaylı bilgi için aşağı bkz.

araç olarak kullanılan milliyetçi duyguların kasıtlı olarak yayılmasının ayrılmaz bir parçasıydı. Şeriat sadece modernitenin getirdiği hızla değişen ekonomik ve maddi koşullara değil, aynı zamanda yeni kurumların ve bu kurumlarda çalışan hukuk personelinin geleneksel hukukun dili olmayan bir dilde iletişim kurduğu dilsel bir merkezsizleşmeye de uyum sağlama sorunuyla karşı karşıya kalmıştır.[51]

Dolayısıyla, Şeriatın rakibi sadece modern devlet değil, aynı zamanda devletin çok etkili bir şekilde kullandığı milliyetçilikti.[52] Dolayısıyla *Mecelle* hukuki olduğu kadar dilbilimsel (yani milliyetçi) bir çözüm girişimiydi (her ne kadar *Mecelle*'nin üretimi bir yandan hukukun merkezinde yer alan Arap geleneğine dair bilginin zayıfladığı, diğer yandan da *Mecelle* benzeri bir çaba ile ekonomik ve siyasi düzenlerin talepleri arasındaki uçurumun kapatılmasında başarı şansının büyük ölçüde azaldığı başka bir diyalektik yaratmış olsa da). Ancak sonuçta *Mecelle*, bu tür dilsel-milliyetçi meselelerden ziyade, *hukuki* gücün ihtiyatlı bir şekilde siyasi olarak ortaya konmasıyla ilgiliydi. Artık merkezileşmiş olan Şeriat mahkemeleri gibi, *fıkh*ın da bundan böyle fakîhlerin değil, devletin alanı olduğunu kesin bir dille ifade ediyordu. Reformlar işe yarayacaksa, yönetim, hukuk ve kanunlar arasında hiçbir ayrım yapılamazdı: her şey merkezileştirilmeliydi. Ve üst düzey Osmanlı bürokratları, Avrupa hükümetleri hukuka ve yargı sistemine hükmederek başarıya ulaştıysa, biz de ulaşmalıyız diye düşündüler.

On dokuzuncu yüzyıl boyunca Osmanlı merkezi yönetimi giderek güçlendi. Evet, Avrupa'nın sunduğu ve kendisinin de takip ettiği siyasal model bunda önemli bir faktördü. Ama aynı zamanda Avrupalı güçlerin İstanbul'da güçlü bir merkezi hükümet inşa etmek için ne gerekiyorsa yapmaya hazır olmaları da önemli bir etkendi; çünkü şüphesiz çok sayıda taşra hükümetinden ziyade güçlü bir merkezden ayrıcalıklar elde etmeyi tercih ediyorlardı. Bankalar (1856), demiryolları (1854) ve telgraf art arda sultanlara tanıtıldı, ancak sultanlar bu modern teknikleri kendi topraklarına yerleştirme konusunda her zaman o kadar istekli davranmadılar. Örneğin Mors Telgrafı ilk olarak 1847'de Abdülmecid'e gösterilmiş, ancak çok daha sonrasına kadar benimsenmemiştir.

---

[51] Dilin milliyetçiliğin inşasında bir araç olarak kullanılmasına ilişkin küresel hareket hakkında Anderson, *Imagined Communities*, özellikle 67-82'deki derinlikli analize bkz.

[52] Devletin sekülerleştirilmiş dini olarak milliyetçilik hakkında bkz. Asad, *Formations of the Secular*, 187-94.

Yine de genel olarak, Avrupa'nın merkezi devlet modeli, Osmanlı topraklarının giderek kaybedilmesi ve bürokratların modern teknolojinin yardımıyla genişliği daralan bir İmparatorluk üzerindeki hakimiyetlerini artırmalarına izin vermesi nedeniyle istikrarlı bir şekilde gerçekleştiriliyordu. Aynı zamanda, bürokratik mekanizmanın boyutu, Avrupa'daki muadilleri gibi devasa boyutlara ulaştı ve yüzyıl sona ermeden onu işletmek için yarım milyon devlet memuruna ihtiyaç duyuldu.[53] Bürokratik merkezileşme, daha önce hep sivil toplum alanına ait olan şeylere el konulmasıyla kendini gösterdi. Örneğin 1847 ile 1869 yılları arasında eğitim alanında önemli bir değişim dalgası yaşandı.[54] 1845'te Meclis-i Maârif-i Muvakkat kuruldu ve 1851'de, başka işlerin yanı sıra, devlet okulları için ders kitapları hazırlamak amacıyla Encümen-i Dâniş ihdas edildi. On buçuk yıldan fazla bir süre sonra, 1869'da, Fransız Eğitim Bakanı'nın rehberliğinde hazırlanan Maârif-i Umûmiyye Nizamnâmesi,[55] İmparatorluktaki farklı okulları tek bir kapsamlı sistem altında topladı ve doğa bilimlerini diğer tüm bilgi alanlarından (İslam kültüründe tüm bilimlerin kraliçesi olarak kabul edilen fıkıh dahil)[56] üstün ilan etti. İlk kez her okul, eğitim yöntemlerinin ve konularının merkezi olarak belirlendiği ve böylece dini alandan mümkün olduğunca uzaklaştırıldığı İstanbul'daki Bakanlığa rapor verecekti. Bu politika, Benedict Anderson tarafından milliyetçiliğin icadı bağlamında usta-ca tanımlanan neredeyse evrensel bir eğilimi temsil ediyordu:

> Her zaman mahalli ve kişisel kurumlar olan geleneksel, yerel okulların tam aksine (her ne kadar iyi Müslüman tarzına uygun olarak, öğrencilerin özellikle saygın ulema-öğretmenden diğerine yatay hareketleri olsa da), devlet okullarının devasa, son derece rasyonelleştirilmiş, sıkı bir şekilde merkezileştirilmiş, yapısal olarak devlet bürokrasisinin kendisine benzeyen bir hiyerarşi oluşturduğunu unutmamak gerekir. Tek tip ders kitapları, standartlaştırılmış diplomalar ve öğretmenlik sertifikaları, sıkı bir şekilde düzenlenmiş yaş grupları, sınıflar ve eğitim materyalleri, kendi içinde tutarlı, müstakil bir deneyim alanı yaratıyordu. Ancak hiyerarşinin coğrafyası da daha az önemli değildi. Standartlaştırılmış ilkokullar köylere ve küçük ilçelere dağılmıştı... ortaokullar ve

[53] Quataert, "Age of Reforms," 765. Ayrıca bkz. Heyd, "Ottoman Ulema," 47. Bürokrasinin modern ulus-devletin inşasındaki önemi hakkında bkz. Gerth and Mills, *From Max Weber*, 196-244; van Creveld, *Rise and Decline*, 128-43.

[54] Eğitim sisteminin yeniden yapılandırılması konusunda bkz. Fortna, *Imperial Classroom*.

[55] Somel, *Modernization of Public Education*, 4, 86; Fortna, *Imperial Classroom*, 15, 27, 113.

[56] Kelam bu başlık için rekabet etmiş olsa da. Bkz: Hallaq, "Logic, Formal Arguments," 333.

> liseler büyük kasabalarda ve il merkezlerindeydi; yükseköğretim (piramidin tepesi) ise sömürge başkentiyle sınırlıydı... [Öğrenciler] nereden gelmiş olurlarsa olsunlar aynı kitapları okuduklarını ve aynı işlemleri yaptıklarını biliyorlardı. Ayrıca... tüm bu yolculukların "anlamını" başkentten aldığını, aslında neden "burada" birlikte "olduğumuzu" açıkladığını da biliyorlardı.[57]

Bu hukuk ve eğitim alanındaki değişiklikler başkentte ve çeşitli eyaletlerde *aynı şekilde* uygulandı. Irak, reformların çoktan başlamış olduğu 1843 gibi geç bir tarihte Kaçarlardan alınmış olması nedeniyle bir dereceye kadar istisna teşkil ediyordu. Osmanlılar yerel Şiî nüfusa ve *müctehid*lerine hiçbir istisna tanımadı. İşgal, Şiî camilerinde Sünnî ibadet biçimlerinin dayatılması ve Kerbela ile Necef'teki türbelerin ele geçirilmesiyle başladı. Bu politika büyük ölçüde mali kaygılardan kaynaklanıyordu ve 1826'da Osmanlı topraklarında zaten uygulanmış olan *vakıf* reformlarının türbe şehirlerine ve büyük *vakıf* gelirlerine uygulanması gibi yollarla ifade edildi. En önemlisi, Osmanlılar Şiî muadillerinin yerine Hanefî mahkemelerini getirerek, Şiî mahkemelerinden çıkan tüm kararları geçersiz ilan ettiler (bildiğim kadarıyla bu İslam tarihinde eşi benzeri görülmemiş bir uygulamaydı).[58] Bu değişiklik sadece -uzun zamandır en küçük idari birimi Hanefî hukuk mahkemesi olan- yeni efendilerin hakimiyetine ve egemenliğine dair bir işaret olmakla kalmadı, aynı zamanda Şiî dini hiyerarşisini mahkeme harçlarından (*vakıf* ve *zekât* gelirlerinden bahsetmiyorum bile) elde ettiği mali faydalardan mahrum bırakarak zayıflattı ve aynı zamanda Osmanlı taşra hazinesini destekleyip zenginleştirdi.

Yine de reformların etkileri, Midhat Paşa'nın 1869'da vali olarak atanmasına kadar Irak'ta ciddi bir şekilde hissedilmedi. Paşa, aşiretlerin iskanından şehir meclislerinin kurulmasına (İmparatorluğun başka yerlerinde olduğu gibi) ve Sünni Irak'ta laik okullar inşa edilmesine kadar birçok modernleştirici tedbiri uygulamaya başladı. Eğitim reformları Şiî nüfusu kayda değer bir şekilde etkilemedi. Aksine, Şiî *medrese* öğrencilerinin askere alınması Irak dışına kitlesel göçlere neden oldu ve büyük *müctehid* ailelerinin İran vatandaşı olarak kaydedilmesiyle sonuçlandı. Şiîlerin dışlanması, onların ve

[57] Anderson, *Imagined Communities*, 121–22.

[58] İran'ı baskın bir Hanefî fıkhından Şiî fıkhına dönüştüren Safeviler (907-1145/1501-1732) bile bu işi, modernleştirici Osmanlıların daha sonra Irak'ta yapacağı gibi baskıcı bir hukuki kolonizasyonla değil, aşamalı bir süreçle gerçekleştirmiştir. Bu Safevi projesinin güzel bir anlatımı için bakınız Abisaab, *Converting Persia*.

dolayısıyla Irak vilayetinin İmparatorluk içinde barınmasına asla izin vermeyecek büyük bir çatlak oluşturdu.[59]

Osmanlı devletinin hukuki yetkilerini sağlamlaştırmayı amaçlayan son büyük kanunlar dizisi 1879'da başladı ve Jön Türkler dönemine kadar sürdü. Şeriat ve Nizâmiye mahkemelerini kanatları altına alacak Adliye Nezâreti 1870'de kuruldu ve böylece şimdiye kadar oldukça heterojen olan bir sistem birleştirildi. Mahkemelerin yetkisi, yargı mensuplarının maaşları, savcılık, hukuk ve ceza usulü ile ilgili çeşitli kanunlar çıkarıldı. 1879 yılına kadar İstanbul'da hala bir Temyiz Mahkemesi vardı ve ilk derece mahkemeleri ile temyiz mahkemelerinin yetki alanları arasındaki sınır çizgileri her zaman net değildi. Bu nedenle, köylerde bir dizi tahkim mahkemesi de dahil olmak üzere üç kademeli bir mahkeme sisteminin kurulması gerekiyordu, ancak bunlar çok sonraya kadar fiilen oluşturulmadı ve daha sonra sadece kademeli bir şekilde kuruldu. Eyalet başkentlerinin her birinde, ilk derece mahkemelerinden kendilerine gönderilen hem ceza hem de hukuk davalarına bakacak bir temyiz mahkemesi kuruldu. Şeriat mahkemelerinin aksine, tüm yeni mahkemelerde, sayıları bir mahkemeden ya da mahkeme düzeyinden diğerine değişen bir yargıçlar heyeti görev yapıyordu. Ancak 1908 yılına kadar taşradaki Şeriat hakimleri, özellikle de taşra temyiz mahkemesinin hukuk bölümüne de başkanlık eden taşra Şeriat Başhakimi yeni mahkemelerde görev yapmaya devam etti.[60]

On yıl sonra, 1888'de, yargıçların atanması için yeni bir sınav sistemi ve kuralları oluşturuldu. Yeni sistemde yargıçlar Adalet Bakanlığı tarafından atanıyor ve daha önce uygulanan seçim politikası yürürlükten kaldırılıyordu. 1888 tarihli bir başka kanun, Bakanlığın - modern devletle mükemmel bir uyum içinde - yargı sisteminde çalışan her memur hakkında sistematik kayıtlar tutmasını gerektiriyordu. Şeriat mahkemelerine de belge yelpazelerini genişletmeleri, sadece davanın geleneksel *mahdar*ını (tutanak) değil, her davanın ayrıntılı bir dökümünü, yasal işlemlerini ve yargılama sürecinde sunulan tüm devlet ve resmi belgeleri kaydetmeleri talimatı verildi. Bu kayıtların tutulması, Batı mahkeme usulüne uygun olarak, temyiz edilen davanın tam olarak incelenmesinin kapsamlı belgesel kanıtların sunulmasına bağlı olduğu temyiz mahkemelerinin kurulmasına

[59] Litvak, *Shi'i Scholars*, 150–64.

[60] Bu okullardan ilki *Mecelle*, arazi kanunu, ceza kanunu, deniz hukuku ve usul hukuku alanlarında hukuk eğitimi vermek amacıyla bir yıllık bir program sunmuştur. Bkz. Rubin, "Ottoman Modernity," 65.

neden olmuştur. Bu noktada, sözlü şahitlik ve buna dayanan geleneksel yargılama usulü kuralları büyük ölçüde geçerliliğini yitirmiştir. Bununla birlikte, devletin *kâdı*ların performansını ve çalışma yöntemlerini denetlemesine duyulan ciddi ihtiyaç daha az önemli değildi.[61]

İstanbul'daki modernleşmeci elitin, İmparatorluğu bir gün Avrupa hegemonyasından kurtarabilecek etkin bir yönetim aracı olan son derece merkezi bir sistem inşa etmeye niyetli olduğu doğrudur. Ancak İstanbul'un maruz kaldığı baskılar, modernleşme arzusu ya da dürtüsüyle orantılı değildi; bu baskılar doğrudan işgal ve sömürgeleştirme dışında tüm müdahaleci boyutlara ulaşmıştı. Doğrudan sömürgeleştirme ile hegemonya arasındaki boşluk, onları bir miktar direnişe izin veren bir eylemlilikle donattı. İstanbul'un şer'i mahkeme sistemini ortadan kaldırma arzusunda kategorik olmadığını, çünkü bu yargı yetkisinin Avrupalı güçlerin aşırı ayrıcalıklarına elverişsiz bir hukuksal alanı yansıttığını belirtmek zorundayız. Dolayısıyla, bu mahkemelerin marjinalleştirildiği oldukça kademeli süreç, bu direnişin bir parçası ve egemenliğin savunulması olarak açıklanabilir.

Osmanlılar ayrıca, kapitülasyonların yarattığı tahribatı azaltmayı amaçlayan çeşitli yasalar da çıkardılar. 1865 yılında, yabancıların İmparatorluk'ta yayın yapmalarına ancak İmparatorluk yasalarına uymaları halinde izin veren bir basın kanunu çıkarıldı. İki yıl sonra, yabancıların İmparatorlukta toprak satın alma haklarını Osmanlı yasalarına uyma ve Osmanlı vergilerini ödeme şartına bağlayan bir toprak kanunu çıkarıldı. Bu yasalar sadece Avrupalı güçlerin ve vatandaşlarının sahip olduğu aşırı ayrıcalıklara değil, aynı zamanda bunların İmparatorluk içindeki korunan müttefiklerine, yani dini azınlıklara sağladığı ayrıcalıklara da darbe vuruyordu. 1869 tarihli tabiiyet ve vatandaşlığa kabul kanunu, İmparatorluk tebaasını dini değil milli terimlerle tanımlıyor ve Osmanlı vatandaşlarının başka bir tabiiyete sahip olmasını yasaklıyordu. Bu kanun, Rusya ve Batı Avrupa'nın işbirlikçi gayrimüslim Osmanlı vatandaşlarını kendi ülkelerinde vatandaşlığa kabul etme uygulamalarının kalbine darbe vurdu. Ancak son darbe 1914'te, İmparatorluğun kapitülasyonları kesin olarak sona erdirmesiyle birlikte, yabancı uyruklular ile Osmanlılar arasındaki anlaşmazlıkları karara bağlamak için kurulan özel Nizâmiye mahkemelerinin tüm yapısının feshedilmesiyle geldi.

[61] Agmon, "Social Biography," 88–89.

Reform olarak adlandırılan girişimlerin getirdiği modernleşme, bürokratikleşme ve sekülerleşme süreçleri, Osmanlı dini kurumlarında ne açık ne de kararlı bir tepki oluşturmuştur. Şeyhülislâmlık (Bâb-ı meşîhat) ve iki *Kazasker*lik (Rumeli ve Anadolu) makamlarının III. Selim ve özellikle de agresif reformcu II. Mahmud tarafından güçlendirilmesi dikkat çekicidir. II. Mahmud, bu üç makamı, özellikle de Şeyhülislâmlık makamını, hukukta ve hükümette reform yapma kampanyasının tam ortağı haline getirmiştir,[62] zira o dönemde bu makamların onayı herhangi bir ciddi değişikliğin uygulanması için hala elzemdi. Üçü arasında en güçlüsü olan Şeyhülislâm, II. Mahmud'un yeni kabinesinde daimi bir sandalyeye sahip oldu; bu, bir yandan bu prestijli makamı her zamankinden daha fazla ele geçirirken, diğer yandan İmparatorluktaki kurucu çıkarlarını temsil etmeye devam etmesine izin veren iki ucu keskin bir hamleydi. Her halükarda, kabineye dahil edilmesi bu makamın sonunun başlangıcına işaret ediyordu. Yine de Şeyhülislâm'ın sahip olduğu bu geçici güç artışının önemi, makamın o dönemdeki sahipleri tarafından tam olarak kavranmış görünmemektedir. İstanbul'un hukuk elitinin, siyasi prestijlerinin yükselişini, sultan ve modernist bürokratlarının Şeyhülislâm'ı, nihayetinde Şer'î kurumların personeliyle birlikte ortadan kaldırılmasına yol açacak bir kampanyada kullanmalarına izin veren taktiksel bir hamle olarak algılamadıkları kesin görünüyor. Bu yok etme sürecinin bir göstergesi de Şeyhülislâmlık makamının yetkilerini hızla kaybetmesiydi. Şeyhülislâmlık makamının rolü, 1917'de artık devlet tarafından istenildiği zaman göz ardı edilebilecek *fetvâ*lar yayınlamakla sınırlı hale geldi ve birkaç yıl sonra halifelikle birlikte bu makam da tamamen kaldırıldı.

Taşradaki hukukçular da kendilerini uzun vadede derin ve hayati şekillerde etkileyecek olan süreçleri anlamış görünmemektedir; bunun başlıca nedeni reformun kademeli olarak gerçekleştirilmesidir. Kısmen de olsa, Şeriat adamlarının büyük ölçüde eskisi gibi aynı ya da benzer görevlerde hizmet vermeye devam etmeleri ve görevden alınmalarının, bütün bir mesleğin tasfiyesinden çok, profesyonel bir neslin yok olmasıyla ilgili bir durum gibi görünmesinden kaynaklanıyordu. Laik okulların kurulması, bu okullarda giderek zayıflayan Şeriat eğitimi veren kurumlara kıyasla daha fazla fırsatlar -ve potansiyel olarak daha yüksek ücretler- bulan bir sonraki nesli cezbetmeye başladı. Böylece, genellikle iktidar konumunda olan ulema aileleri,

[62] Heyd, "Ottoman Ulema," 83–86; Kushner, "Place of the Ulema," 55.

çocuklarını yeni kurulan laik mahkemeler ve bürokrasideki kariyerlerine hazırlamak için yeni okullarda okumaya yönlendirdiler, çünkü ne de olsa eğitim geçmişleri onları bu tür kariyerleri başkalarından daha iyi takip edebilecek şekilde donatmıştı. Merkezileşme politikalarının bu ulema ailelerini zayıflattığı doğru olsa da bu politikaların yıpratıcı etkileri aniden değil uzun vadede hissedildi ve kesinlikle tek bir meslek ya da tek bir nesil içinde olmadı.

Bâbıâli'nin bu tedrici ve kuşaklar boyu süren tasfiyeyi ne ölçüde bilinçli olarak planladığını söylemek zordur, çünkü Osmanlı rejiminin kaçınılmaz gerçeği, her halükarda *ilmiye* sınıfını, sadece eleman yetersizliği nedeniyle hızla laik bürokratlar ve hukukçularla ikame edemeyeceğiydi. Şeriat eğitimi almış *kâdı*ların Nizâmiye mahkemelerindeki hukuk dairelerinin kürsülerinde de görev yapmaya devam ettiklerini biliyoruz. Ancak Bâbıâli'nin onlara ihtiyaç duyması ve yerlerini doldurmanın çok zor olması, Bâbıâli'nin onların kendi başlarına faaliyet göstermeye devam etmelerine izin vereceği anlamına gelmiyordu.

Şer'î meslek elitinin kademeli olarak tasfiyesi, belki de on dokuzuncu yüzyıl reform sürecinin yaklaşık ortalarında kurulan Mekteb-i Nüvvâb'ın tarihinden daha iyi anlatılamaz. Yetmiş yıla yayılan tarihi, sadece dini bir kurumun gerilemesini değil, aynı zamanda yeni merkezi devletin disiplin ve gözetim uygulayarak dini kurumu değiştirmeyi ve nihayetinde ortadan kaldırmayı başarırken, seküler alternatifleri ilerletme şeklini de yansıtmaktadır.

1854-55 yıllarında yargıçların eğitimi için Mekteb-i Nüvvâb'ın kurulması, yalnızca gerçekleşmekte olan kurumsal yasal değişiklikleri değil, aynı zamanda özelde mahkemede ve genelde yargıda milliyetçi ve gözetimci bir kültürü hayata geçirme eğiliminin arttığını da göstermektedir. Reformist Şeyhülislam Meşrepzâde Mehmed Ârif Efendi'nin teşvikiyle kurulan bu okul, bir camide değil, laik bir binada yer alıyordu. Açık bir şekilde sarayda gerçekleştirilen hukuk uygulamalarına yönelikti ve *fıkıh* kitaplarının akademik çalışmalarıyla pek ilgilenmiyordu.[63] Önde gelen hukukçuların otoritesine dayanan "kapalı" metinlerin incelenmesi etrafında dönen *medrese*nin aksine, Mekteb-i Nüvvâb, her birinin tamamlanması yaklaşık on ay süren üç dereceli sınıftan oluşuyordu. Diplomalar kurumsal bir varlık olarak Mekteb adına veriliyordu ve öğretmenler - bağımsız

[63] Bu mektebin yükselişi ve tarihi hakkında mükemmel bir değerlendirme için bkz. Akiba, "New School for Qadis," 125-63, özellikle 134.

pedagojik otoriteler olarak *icazet* vermek yerine - artık kurumsal görevliler konumuna indirgeniyor, böylece giderek merkezileşen bir devlet adına bu kurumsal kişilik tarafından kontrol altına alınıyor ve içine çekiliyorlardı. Bir yoklama defteri tutuldu ve devamsızlık cezalandırıldı. Mısır "reformlarında" olduğu gibi, disiplin ve gözetim Mekteb'in ayrılmaz özellikleri olarak kabul edildi.[64]

1876 tarihli İdâre-i Umûmiyye-i Vilâyât Hakkında Talimnâme'yle modernleşme hareketi, Mekteb'in Türk karakterini daha da vurgularken, aynı zamanda Arap bilimlerinin ve metinlerinin rolüne yapılan vurguyu da azaltmıştır. Milliyetçi olduğu kadar hukukçu bir hamle de olan bu vurgu azaltma, 1874'te ilk modern ve tam teşekküllü hukuk okulunun kurulması ve kodifiye edilmiş *Mecelle*'nin Mekteb müfredatına girmesi gibi bir başka önemli hukuki-siyasi politikayla eşzamanlıydı. Yeni okul, yeni Nizâmiye mahkemelerinde görev yapacak hukukçu ve yargıçlar yetiştirmeyi, kodifiye edilmiş *Mecelle* ise bu mahkemelerde kullanılmayı amaçlıyordu. Modern hukukçuların yetiştirilmesi, aynı yıl İstanbul'da geçerli olan ve bu mesleği Adalet Bakanlığı'nın tamamlayıcı bir parçası olarak düzenleyen Avukatlık Kanunu'nun çıkarılmasını da hızlandırdı. Bu kanun 1880 yılında tüm vilayetler için de geçerli hale getirilmiş ve giriş sınavı şartı getirilmiştir.[65] Bu dönüşümü pekiştiren bir başka özellik de *medrese* eğitimini ve onu üreten tüm kültürü karakterize eden ezberleme yöntemine taban tabana zıt yeni bir fikir ve uygulama olan, bilgiyi muhafaza etme ve olgu ve delilleri kaydetme yöntemi olarak Türkçe yazının teşvik edilmesiydi. Dolayısıyla 1870'lerin sonlarına gelindiğinde, mütevazı Mekteb-i Nüvvâb örneğinde de görüldüğü gibi, milliyetçi bir devletin embriyosu oluşmuştu bile; bu embriyo, kodifikasyon yoluyla hukuka el koyan ve yazılı kayıtların gözetimi yoluyla tebaasını-yurttaşını kontrol eden tam teşekküllü bir devlet gücüne dönüşecekti.

Mecelle ve yeni -artık çok önemli olan- usul ve ispat kanunları, 1880'lerde Mekteb-i Nüvvâb'ta öğretilen başlıca konular arasında görünmektedir. Mekteb mezunları hem Şer'iyye hem de Nizâmiye mahkemelerinde görev alacaklardı, ancak bu mahkemelere girmek için doğrudan Adliye Nezareti'nin onayı gerekiyordu.[66] Ancak, bu yargıçların eğitiminin Nizâmiye mahkemelerini yönetmek için gereken becerilerle orantılı olmadığı giderek daha açık hale geliyordu.

[64] Mitchell, *Colonizing Egypt*, 68–79.
[65] Rubin, "Ottoman Modernity," 65–66.
[66] Akiba, "New School for Qadis," 146.

Bu nedenle 1908'de İstanbul'daki Mekteb-i Hukûk-ı Sultanî'nin çoğunlukla şer'î olmayan müfredatı Mekteb-i Nüvvâb'ın ders programına eklendi. Bu program arazi hukuku, medeni ve ceza usulü hukuk, ticaret hukuku, deniz hukuku ve uluslararası hukuk derslerini içeriyordu.[67] Ancak Şeriat konularının programda tutulması, Mekteb-i Nüvvâb'ı giderek artan seküler hukuk akımı içinde daha da marjinalleştirdi. Müfredatını ve işleyişini reforme etmeyi ve muhtemelen iyileştirmeyi amaçlayan yeni kararnamelere rağmen, 1914'te yaklaşık yüz olan mezun sayısı iki yıl sonra on ikiye düştü. Cazibesinin azalması, yeni hukuk fakültelerinin sağladığı çok daha umut verici kariyer fırsatlarına bağlanabilir. 1924 yılında, şaşırtıcı olmayan bir şekilde, Mekteb-i Nüvvâb, Şeriatın genel bir tasfiyesinin bir parçası olarak yeni Cumhuriyet tarafından tamamen kaldırıldı.

3. Mısır Hukukunun Modernleştirilmesi

Osmanlı İmparatorluğu ile özerk Mısır vilayeti arasındaki iç içe geçmiş karmaşık ilişkiler, belki de Avrupalı güçlerin dolaylı sömürgeleri olarak (Mısır, her halükarda, on dokuzuncu yüzyılın çoğu için) inişli çıkışlı hukuk alanındaki genel benzerliklerini açıklamaktadır. III. Selim ve II. Mahmud'un çabalarının büyük ölçüde Mısır'ın ilk modernleştirici yöneticisi olan Mehmed Ali'nin projesiyle birleştiği söylenebilir. Onlar gibi Mehmed Ali'nin de en ciddi sorunu Avrupa'nın askeri ve deniz üstünlüğü bilmecesini çözmekti. Napolyon'un "seferi" başarısızlığa uğramış olsa da Avrupa egemenliği tehdidi, özellikle de İngiltere tarafından güçlü bir şekilde yenilenmişti. Bu tür işgallere yenik düşmekten kurtulmanın yolu modernleşmekti; bu da Mehmed Ali için savunma amacıyla güçlü bir ordu ve donanma, yerel tarım ve sanayi tarafından üretilecek ihracat için de bir deniz ticareti inşa etmek anlamına geliyordu.[68] Üstlendiği ilk projelerden biri, 1811'de Memlük elitinin ortadan kaldırılması ve eski iltizam sisteminin sistematik olarak tasfiye edilmesiydi. Tarım reformunun ayrılmaz bir parçası, çoğunlukla olmasa da sıklıkla *vakıf* idaresi altında olan topraklara el koymaktı (her ne kadar toprak müsaderesi politikası daha sonra kısmen tersine çevrilecek olsa da). Böylece, İstanbul *vakıf*lara el koymaya karar vermeden çok önce, Mehmed Ali bunu çoktan yapmış ve *vakf*a bağımlı olanlara devlet aracılığıyla bir gelir vaat etmişti.[69] Başka bazı idari reformlar da

[67] *A.g.e.*, 150.
[68] Mehmed Ali'nin politikalarının faydalı bir anlatımı için bkz. Marsot, *Short History*, 54-66.
[69] Baer, "Waqf Reform," 61–76.

yapıldı, ancak bunların ne net bir yönü ne de ortak bir amacı olduğu görülüyordu. Dört hukuk ekolünden *Kazasker*lerin başkanlık ettiği bir Yüksek Konsey (ed-Dîvânü'l-Âlî), diğer pek çok konunun yanı sıra yabancıları ilgilendiren ticari anlaşmazlıklarla ilgilenmek üzere kuruldu. Bu Konsey, (a) Avrupalıların Mısır'da sahip olduğu geniş ekonomik hegemonyadan kaynaklanan yargı dışı ticari davalara bakmak ve (b) yargıya merkezileştirici unsurlar eklemek gibi iki amaç doğrultusunda kurulmuş gibi görünmektedir. Ancak alt mahkemeler düzeyinde çok az şey değişti.

Mehmed Ali Mısır'ın fiili yöneticisi olarak hareket etse de 1830'lar boyunca Bâbıâli'nin 1839 Kararnamesi'ne kadar uzanan politikalarında temsil edilen reformist gündeminin lafzına olmasa da ruhuna bağlı kaldı.[70] Ancak modernleşmeye olan ilgi Mısır'da da aynı derecede yoğun olduğu için bu tür talepleri yerine getirmek zor değildi. Ancak yerel hususlar buna belirli bir biçim ve süreç kazandırmıştır. Mehmed Ali'nin daveti üzerine 1836 civarında Fransız uzmanlar Mehmed Ali'ye askeri ve ekonomik alanlardaki iyileştirmelerle ilgili bir dizi tavsiyeyi içeren bir rapor sundular. Tavsiyelerin özü, ordu ve loncalardan şehir trafiği ve su tedarikine kadar Mısır'daki yaşamın neredeyse her yönünü düzenleyebilecek merkezi bir yönetimin oluşturulmasıydı. Daha önce hiç bu kadar üst düzey bir denetime tabi tutulmamış yaşam alanlarına nüfuz eden bu düzenlemeler, Osmanlıların ve diğer tüm modernleştirici rejimlerin olduğu gibi Mehmed Ali'nin rejiminin de alamet-i farikası haline geldi.

Mehmed Ali, Fransız uzmanların tavsiyelerini izleyerek 1837'de, tıpkı o günün yeni idari ve adli tedbirleri gibi, bilinçli bir şekilde Avrupa'yı ve Avrupa'daki yönetim pratiğini örnek alan bir reform planı olan ve *siyâsetnâme* olarak adlandırılan belgeyi yayınladı.[71] *Siyâsetnâme*, önümüzdeki birkaç on yıl boyunca gerçekleştirilecek değişikliklerin genel temellerini attı.[72] 1839'daki Osmanlı Fermanı uygulanmak üzere İstanbul'dan kendisine gönderildiğinde, gerekenlerin çoğunu zaten yapmış olduğunu teyit edebilirdi. Bu, diğer şeylerin yanı sıra, *şer'î* suç hukukunu büyük ölçüde *şer'î* olmayan kendi kodifikasyonuyla değiştirmeye yönelik bir referanstı.[73] Daha 1837'de ve *siyâsetnâme*nin emirlerini takiben, ülkenin ve vilayetlerinin (bu arada özerkliğini kazanmış olan Suriye hariç) yönetimini

[70] Anderson, "Law Reform in Egypt," 209.
[71] Ziadeh, *Lawyers*, 18–19.
[72] *Siyâsatnâme*nin muhtevası hakkında faydalı bir açıklama için bkz. Hamed, "Siyasatname".
[73] Anderson, "Law Reform in Egypt," 210; ayrıca bkz. Baer, "Tanzimat in Egypt," 29–31.

merkezileştirmek amacıyla yedi meclis (*dîvân*) oluşturuldu. Ancak, 1839 tarihli Osmanlı Fermanı'nda olduğu gibi, bu Meclisler içindeki idari, yürütme ve yargı alanları net bir şekilde ayırt edilmemiştir. Örneğin, 1837 tarihli Bâbıâli'nin özel bir işlevini temsil eden Meclis-i Ahkâm-ı Adliye, askeri ve bahriye mahkemelerinin idaresinden ve devlet memurlarının disiplin işlerinden sorumluydu. Başka bir deyişle, bu, çeşitli hukuki ve siyasi erkler arasındaki ayrımların henüz net bir şekilde tasarlanmadığı geleneksel *mezâlim* adalet sisteminin yeniden düzenlenmesinden başka bir şey değildi.

Bu reformlara paralel olarak Mehmed Ali, 1828'de ilk öğrenci grubunu, başka şeylerin yanı sıra hukuk eğitimi almaları için Paris'e göndermişti. Bu öğrenciler üç yıllık bir eğitimden sonra Mısır'a döndüler ve hemen Ezherli Şeyh Tahtavî'nin yönetiminde Fransız kanunlarını ve hukuk kitaplarını tercüme etmekle görevlendirildiler. Tahtavî ile birlikte bu öğrenciler 1860'ların sonlarında hem medeni hem de ticari Fransız kanunlarının Arapça çevirisini hazırlayacaklardı. Kısa süre sonra diğer ceza ve hukuk usulü kanunları da tercüme edildi.

Reform yönünde önemli bir adım 1845 yılında Kahire ve İskenderiye'de yerel ve Avrupalı yargıçların başkanlık ettiği tüccar konseylerinin kurulmasıyla atıldı. Bu konseyleri düzenleyen kanun aynı zamanda Mısır'da modern avukatlık mesleğinin doğuşunun tohumlarını atan bir adım olan hukuki temsil uygulamasını da başlattı.[74] Yine de bu meclislere ciddi bir egemenlik yetkisi verilmemişti. Mısırlılara karşı işledikleri suçlar da dahil olmak üzere Avrupalıları ilgilendiren cezai konular yerel yargı yetkisinden çıkarıldı ve ülkede bulunan ilgili Avrupalı güçler tarafından düzenlenip karara bağlandı.[75] 1853 yılında Hidiv Said, bu tüccar konseyleri tarafından takip edilen kanun olan, büyük ölçüde Fransız kökenli 1850 Osmanlı Ticaret Kanunu'nu kabul etti. Ancak Mısır'daki Avrupa ticaretinin hızla genişlemesi -ki bu genişleme hükümetin mali krizleri ve devasa borçlarıyla yakından ilişkiliydi- 1861'de yeni bir reform yapılmasını gerektirdi. Bu tarihte, Şeriat mahkemelerinin yetki alanına bırakılan arazi hariç tüm hukuki alanlarda yabancıları ilgilendiren meselelerle ilgilenmek üzere Kahire Komisyonu kuruldu. Yine bu Komisyon, İstanbul'daki bürokratlar tarafından zaten benimsenmiş olan Fransız modeli kanunları uyguladı. Mısırlı ve Avrupalı yargıçlardan oluşan komisyonda ayrıca bir Ermeni, bir Avrupalı, bir Rum ve bir Yahudi de yer alıyordu.

[74] Ziadeh, *Lawyers*, 14.
[75] Anderson, "Law Reform in Egypt," 211.

Bu arada, Şeriat mahkemeleri teorik olarak genel yargı yetkisine sahip olmaya devam etti, ancak yeni mahkemelerin artan etkisi ve kapsamıyla birlikte, alanları giderek daraldı. Zaten genel olarak arazi ve gayrimenkul mülkiyeti, ahvâl-i şahsiyye meseleleri ve kan parası içeren ceza davaları ile sınırlıydılar.[76] Daha sonra 1880'lerin başlarında, büyük ölçüde yeni mahkemelerin gelişimine bağlı olarak, yetkileri daha da ciddi bir şekilde kısıtlandı.

1861 Komisyonu'nun önemi, 1876 yılında Karma Mahkemelerin doğmasına yol açmış olmasında yatmaktadır.[77] Bu mahkemelerin "karma" yapısı, diğerlerinin yanı sıra Fransa ve İngiltere'nin Mısır'ın işlerine artan müdahalesini yansıtıyordu. Avrupalılar bu mahkemeler aracılığıyla etkilerini sadece yabancıların işlerine değil, aynı zamanda ülkenin ticari hayatının tüm alanlarına da yaydılar.[78] Ayrıca, Kahire, Mansura ve İskenderiye'de ilk derece mahkemelerinin kurulduğu ve İskenderiye'de tek bir temyiz mahkemesinin bulunduğu yargı hiyerarşisi kavramını da getirdiler. Bu mahkemelerin kurulmasından bir yıl önce, Medeni Kanun, Ceza Kanunu, Ticaret Kanunu, Deniz Ticaret Kanunu, Hukuk ve Ticaret Usulü Muhakemeleri Kanunu ve Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu olmak üzere, çoğunlukla Fransız hukukuna dayanan[79] bir dizi kanun çıkarıldı.

Fransız kanunlarıyla düzenlenen ve kendi ülkeleri tarafından atanan Avrupalı yargıçların çoğunlukta olduğu Karma Mahkemeler, Mısır'ın mali ve hatta siyasi hayatının kontrol edildiği hukuki-ekonomik bir sistem oluşturdu. "Yaklaşık kırk bin yazılı görüş" üreten ve 'Mısır hükümetini ... onların yargı yetkisine ve kararlarına tabi kılan' bu mahkemelerin 'yargı yetkisine girmeyen büyük ya da genel öneme sahip hemen hemen hiçbir dava' yoktu.[80] Ve sanki yerel Şeriat mahkemelerinin ve mensuplarının yabancılaşmasını arttırmak istercesine, hukuk alanlarının çoğunu hızla ele geçiren Karma Mahkemeler, mahkemede dava açmak için bir önkoşul olarak avukatlığı şart koşmaya başladılar. Karma Barolar Birliği ilk toplantısını yaptığı 1877 yılında, hiçbiri Mısırlı olmayan yetmiş dokuz üyeye sahipti.[81]

---

[76] Ziadeh, *Lawyers*, 16.

[77] Hill, "Courts and Administration," 100.

[78] Karma Mahkemeler için bkz. Brinton, *Mixed Courts of Egypt*, 11–39 ve devamındaki pasajlar; Hoyle, *Mixed Courts of Egypt*, 1–21, 31 vd.

[79] Fransız temelli bu kanunlar, maraz-ı mevt, gayrimenkulde sebepsiz zenginleşme, *vakıf*ların kiralanması ve bir mülkün paylaşımı ve önalım (*şüf'a*) ile ilgili bazı konularda Şeriattan küçük bölümler içeriyordu. Anderson, "Law Reform in Egypt," 217; Anderson, "Shari'a and Civil Law," 29-46.

[80] Brinton, *Mixed Courts of Egypt*, xxiii–xxiv.

[81] Ziadeh, *Lawyers*, 29.

Öte yandan, 1880 tarihli Usul Kanunu, Şeriat mahkemelerinin yargı yetkisini ahvâl-i şahsiyye, miras, *vakıf*, hibe ve suç konularıyla sınırlandırdı.[82] 1896'ya gelindiğinde, bu son yargı alanı mahkemelerin yetkisinden çıkarılarak, mahkemelerin hareket alanı geniş bir şekilde tanımlanan aile hukuku ile sınırlandırılmıştır. Ayrıca, Şer'iyye mahkemelerinin gayrimenkullerle ilgili tüm işlemlerini Karma Mahkemelere bildirmeleri emredilmiş, ancak Karma Mahkemelerin buna karşılık verme zorunluluğu getirilmemiştir.[83]

Şeriat mahkemelerinin giderek sınırlanan yargı yetkisi bir yana, Karma Mahkemeler hakimiyet alanlarını genişletti ve hukuk sistemini daha önce hiç olmadığı kadar birleştirmeyi başardı. Bu katı merkezileşme eğilimi hem Hidiv'in hem de yabancı güçlerin işine geliyordu. İronik bir şekilde, modern ulus-devletin mekanizma ve araçları hem sömürgeciler hem de sömürgeleştirilenler tarafından kullanıldı, çünkü bu modern yönetim araçları aracılığıyla sömürgeciler sömürgeleştirmeyi amaçlarken, sömürgeleştirilenler ise ya sömürgecilikten kurtulmayı veya en azından bundan zarar görmeden kurtulmayı istiyordu. Yine de Karma Mahkemelerin güçlendirilmesi Hidiv'in çıkarlarından çok Avrupalı Güçlerin çıkarlarına hizmet ediyordu. Yargı organları sıfatıyla giderek artan ayrıcalıkları ve yargıçlarına verilen olağanüstü maaşlar ve ömür boyu atanma yetkileri,[84] bu mahkemeleri Avrupa'nın ekonomik çıkarlarına etkin bir şekilde hizmet eder hale getirmek için tasarlanmıştı. Avrupalı yargıçların çoğunluğunun serbest piyasa odaklı kanunları uygulamasıyla, Mısır'ın açık bir pazar olarak dizginlenmesi daha kolay hale geldi.

Pek çok sömürge projesinde olduğu gibi, Karma Mahkemeler de rakip Avrupalı güçler arasında bir çekişme konusu haline geldi. İngiltere 1882'ye kadar, sömürgeci rakipleri güç dengesini değiştirmek için böyle bir fırsatı değerlendirmesin diye yetki alanını ya da nüfuzunun boyutlarını genişletmeyi reddetti. Ancak İngiltere 1882 Urâbî İsyanını bastırdıktan sonra Mısır'ı işgal ettiğinde, Mısır hükümetinin sözde ulusal mahkemeleri kurmasına izin verecek kadar kendini güvende hissetti. Bakanlar Kurulu bu mahkemelerin yeniden kurulmasını görüşmeye başladığında, bu yeni mahkemelerin heyetlerinde bir miktar Avrupalı varlığını kabul ederek, ulusal olarak nefret edilen Karma Mahkemelere daha hızlı bir son vermenin mümkün

[82] On dokuzuncu yüzyılın sonraki yıllarında Mısır ceza hukuku hakkında bkz. Peters, "Islamic and Secular Criminal Law", özellikle 76 vd.

[83] Muhammed Abduh buna itiraz etmiştir. Bkz. Abduh, *Takrîr fî İslâhi'l-Mehâkim*, 24–25.

[84] Brinton, *Mixed Courts of Egypt*, 45, 89.

olabileceği düşünüldü. Böylece ulusal mahkemelerin her ilk derece mahkemesinde bir yabancı yargıç ve her temyiz mahkemesinde iki yabancı yargıç bulundurması kararlaştırıldı. Yeni mahkeme sistemi Mart 1884'te Kahire'de sadece bir temyiz mahkemesi ile çalışmaya başladı (1925'te Asyut'ta ikinci bir mahkeme kurulana kadar bu mahkeme takviye edilmeyecekti). Modern devlet sisteminin amaçları ve işleyiş biçimiyle uyuşmayan çeşitliliği ortadan kaldırmak için Yargıtay (Mahkemetü't-Temyîz) kaldırılmış, böylece yeni sistem iki kademe ya da düzeyle sınırlandırılmıştır; bu da ulusal mahkemelerin modellendiği Karma Mahkemeler yapısıyla uyumlu bir düzenlemedir.[85] Bununla birlikte, yeni mahkemeler, yerel koşulların taleplerine uygun olarak hazırlanacak olan hazırlık soruşturması kanunu ve ceza kanunu dışında, Karma Mahkemelerde uygulanan (ve 1883'te yeniden yayımlanan) esas kanunları da benimsedi.[86] 1883'teki kodifikasyon dalgasında muhafaza edilen diğer Şeriat unsurları, önalım (*şüf'a*), borçların devri (*havâle*), sözleşmeyi iptal etme hakkı (*hiyârü'ş-şart*) ve vadeli teslim sözleşmesi (*selem*) kanunlarıydı.[87] Bu istisnalar dışında, yeni bir ticaret kanunu da dahil olmak üzere çeşitli kanunlar Avrupalı hukukçular tarafından derlenmiş ve ilk olarak Fransızca yazılmış, daha sonra da Arapçaya tercüme edilmiştir.[88]

Öte yandan, Şeriat ve mahkemeleri, İslam hukukunun kendisini değiştirerek değil, onu uygulamadan kaldıran prosedürel değişiklikler yoluyla giderek marjinalleştirildi. Örneğin, 1870'lerde başlayıp 1911'de[89] doruğa ulaşan bir dizi prosedürel kısıtlama ile mahkemelerin yazılı delil olmadan davalara bakması açıkça engellenmiştir. Şeriat mahkemelerinin işleyişinin temel taşı olan sözlü şahitliğin sistematik olarak ortadan kaldırılmasını, devletin sayım, muhasebe, gözetim ve kontrol amacına hizmet eden yazılı -sözlüden farklı olarak- bir geleneği yansıtan yeniden oluşturulmuş bir usul hukuku izledi. Şeriatın marjinalleştirilmesi bu nedenle sadece bir tasfiye eylemi değil, aynı zamanda devlete hizmet eden bir mahkeme ve hukuk sisteminin inşasıydı. Yazı, bireysel yurttaşlar hakkında kayıt tutmanın bir aracı olarak, düzenin vazgeçilmez bir bileşeniydi ve düzen, hukukun *varlık nedeni* haline gelmişti. Ancak kontrolün etkili olabilmesi için, mahkemelerin ve hukukun dayandığı sistemde yer

[85] Ziadeh, *Lawyers*, 34.
[86] Anderson, "Law Reform in Egypt," 218–19.
[87] Bu *fikhî* konular ile ilgili olarak 7. Bölüm, 2, 3 ve 7. Kısımlara bkz.
[88] Ziadeh, *Lawyers*, 35.
[89] Yani, 1897 tarihli Şer'iyye Mahkemeleri Teşkilat ve Usul Kanunu'nda 1910 yılında yapılan değişiklik (31 sayılı), - bir yıl sonra, 1911'de yürürlüğe girdi.

alması gerekiyordu. İstanbul Mekteb-i Nüvvâb'ının yeni müfredatı ve yapısı da dahil olmak üzere Osmanlılar tarafından getirilen yeni eğitim sisteminin izinden giden Mısır, ilk kez hem yargı hem de eğitim sistemlerinin temel özellikleri olarak benimsenen iki teknik olan disiplin ve gözetime tabi tutularak[90] bedeni ve zihni şekillendirilen yeni bir birey kavramı icat etmeyi amaçlayan bir okullar ve hukuk mektepleri sistemi de getirmiştir.

4. Tepkisizlik

Elbette, Osmanlı ve Mısır Tanzimat ve Tanzimat sonrası reformları, alt kademedeki Şeriat hukukçularının zaman zaman direnişine neden olmuştur,[91] ancak üst kademedeki meslektaşlarının reformlara gösterdiği hoşgörü uzun süre açıklama gerektirmiştir. Başka bir deyişle, reformlar neden ulemanın aktif ya da sonuç getiren direnişine yol açmadı?

İlk olarak, 3. ve 5. bölümlerde ayrıntılı olarak gösterildiği üzere, Osmanlı'nın yönetim politikası, hukukçu eliti mümkün olan en üst düzeyde bürokratik ve idari kademelere dahil etmekti. İstanbul merkezli imparatorluk *medrese*lerinin kurulması, başkentteki birkaç ailenin daha kazançlı ve nüfuzlu pozisyonları tekelinde tuttuğu ve binlerce *softa*nın, yani hukuk öğrencisinin, hiçbiri en üst düzeyde olmayan çok sınırlı sayıda pozisyon için yarıştığı, son derece tabakalaşmış bir hukuk/dini mesleği yarattı. Bu yüksek rütbeli görevler, hukuk aristokrasisi olarak adlandırılan seçkin *ilmiye* ailelerinin çocuklarına ayrılmıştı. Dahası, başkentteki düşük rütbeli hukukçular ve *softa*lar fırsat ve güç açısından marjinalleştirildiyse, taşradaki, özellikle de Arap periferisindeki ulema, herhangi bir güçlü pozisyonu doldurma fırsatından iki kat mahrum bırakıldı. Bu durum, yapısı gereği, ulema arasında başkent içinde ve başkent ile taşra arasındaki bölünmeleri yansıtıyordu; bu da bir yandan on sekizinci ve on dokuzuncu yüzyıllar boyunca Arap vilayetlerindeki ulemanın sergilediği sürekli hoşnutsuzluğu, diğer yandan da İstanbul'daki *softa*ların ve daha düşük rütbeli ulemanın isyanlarını, ayaklanmalarını ve sert direnişlerini açıklayan bir hususdur.[92]

[90] Mitchell, *Colonizing Egypt*, 81–85, 101–04.

[91] Alt kademedeki ulemanın (aynı zamanda *ağa*ların ve taşralıların) reformlara muhalefeti için bkz. İnalcık, "Application of the Tanzimat," 111. Diğer ayaklanmalar ve 1909 ihtilali için bkz. Heyd, "Ottoman Ulema," 35-36; Kushner, "Place of the Ulema," 72-73; ve Ahmad, *Young Turks*, 14-46.

[92] Heyd, "Ottoman Ulema," 35–36.

Ancak Osmanlı'nın ulemayı yönetime dahil etme politikasında daha fazlası da vardı: Bâbıâli'nin hukukçuları ve hukuk aristokrasisini, büyükelçilerden antlaşma müzakerecilerine ve barış konferansı delegelerine kadar her türlü görevi yerine getirmek üzere diplomatik hizmete dahil etmeyi başardığı fazlasıyla belgelenmiştir.[93] Başka bir deyişle, on sekizinci yüzyılın ortalarında ve reformlar başlamadan çok önce, seçkin ulema aileleri, diğer devlet memurlarınınkinden çok da farklı olmayan bir şekilde, yeni ortaya çıkan devlet mekanizmasına dahil edilmişti. Örneğin, görevi önemli hükümet ve siyasi meseleleri müzakere etmek olan siyasi elit, Devlet Şurası, önemli ölçüde, genellikle Şeyhülislâm Konağı'nda toplanıyordu. Bu kurulun diğer üyeleri iki *Kazasker*, İstanbul Kâdısı, imparatorluk cami *medrese*lerinin Baş Müderrisleri ve "ciddi ve sevilmeyen kararların sorumluluğunu paylaşmalarını sağlamak ve daha sonra hükümetin politikasını açıkça ya da gizlice eleştirmelerini önlemek için gerekli görülen" "diğer birçok ulema" idi.[94] (Benzer bir içe alma süreci Fransızların yönetimindeki Fas'ta da yaşanmış, Fransızlar muhalefeti önlemek için ulemaya kendi toplumlarında ayrıcalıklı bir statü sağlamışlardır).[95]

Bu hukuk elitinin, güçlü yönetim mekanizmasının ayrılmaz bir parçası olarak, İmparatorluğun refahında pay sahibi olduğu çok açık bir gerçek olarak ortaya çıkmaktadır. Çıkarlarının korunmasının, bu seçkinleri, daha sonra hukukun yeniden yapılandırılmasına zemin hazırlayan (ve bunun için zihinleri eğiten) öncü (ama bu nedenle çok önemli ve riskli) reform programına yalnızca katılmaya değil, aynı zamanda bu programı teşvik etmeye ve meşru göstermeye de zorladığı gerçeği de böyledir. Sultanlar ve daha sonra bürokratlar bu hukuk aristokrasisinin yetkilerini kırmaya başladıklarında, selefleri-nin Bağdat, Kahire, Semerkant ve Buhara'da sahip oldukları gibi gerçek bir halk desteğine sahip değillerdi. Manevi sermaye ile birlikte, bu aristokrasiye karşı onarılmaz bir kızgınlık geliştirmiş olan İmparatorluğun tabanındaki hukukçuların desteğini de kaybetmişlerdi. "Sultan'ın adamları" haline gelen bu aristokratlar, eski *müsadere* uygulamasının[96] ruhuna uygun olarak, kendilerini kraliyetin isteğine göre gözden çıkarılabilir hale getirmişlerdi. Tıpkı *varlık sebepleri* olan hukuku siyasi kazanç için sattıkları gibi, Bâbıâli de onları kendi amaçları için satmıştı.

[93] *A.g.e.*, 45-47.
[94] *A.g.e.*, 44.
[95] Eickelman, *Knowledge and Power*, 165–66.
[96] 5. Bölüm, 3. Kısma bkz.

İkincisi ve bu hukuk aristokrasisiyle yakından bağlantılı olarak, erken -ve yine kritik- dönemdeki reformlar İmparatorluk tebaasına yenilikler ya da Batı'yı örnek alan bir dizi taklitçi hamle olarak değil, İslam'ı ve İmparatorluğu korumak için gerekli adımlar olarak sunuldu. "Kafirlere karşı durmak", İslam'ın korunması ve muhafaza edilmesini amaçlayan dini bir görev olarak ilan edildi. Bu görevleri yerine getirmek için atılması gereken her türlü adım, belirli koşullar altında yasak olan şeyleri mubah kılan önemsiz bir hukuk ilkesi olan *zaruret*[97] kavramıyla meşrulaştırıldı. Devlet memurlarının ikinci kademeleri de dahil olmak üzere tebaanın, bin yılı aşkın bir süredir toplumun vicdanı ve koruyucusu olan hukuk otoritelerinin, laik bir hükümetle - Mâverdî'nin sultanî iktidarı (*şevke*) - uzlaşmaya ve nihayetinde İmparatorluğu ve medeniyetini ortaya çıkaran dinin sonunu getirmeye hazır bir işbirliği yapacağından şüphelenmek için geçerli hiçbir nedeni yoktu.

Üçüncü olarak, bu bölümde de gösterildiği üzere, Osmanlı ve Mısır bağlamında reforma yönelik genel yaklaşım, Şeriat ile yan yana Batılı bir hukuk sisteminin benimsenmesi olmuştur. Tamamen yeni ulus-devlet tarafından kontrol edilen yeni mahkemeler ve kanunlar, en azından başlangıçta, geleneksel Şeriat yapılarını kökünden söküp atmak gibi bir amaç gütmemiş, sadece paralel çizgiler boyunca uyumlu bir şekilde işlemiştir. Aslında, on dokuzuncu yüzyıl boyunca, Avrupalı güçler tarafından fiilen dayatılan Nizâmiye mahkemelerinin kapitülasyonlara yol açtığı ve bunun da Osmanlı egemenliğini zayıflattığı düşüncesinden başka bir nedenle olmasa da, Şeriat ve onun mahkemeleri sürekli olarak savunulmuştur.[98] Şer'iyye mahkemeleri, her ne kadar zayıflamış olsalar da, Avrupa'nın ekonomik ve hukuki kurallarına göre oynamadıkları için bir direniş kalesini temsil ediyordu. Ancak zamanla ve yeni hukuk sistemi ve reformlar aracılığıyla devlet, iki hukuk sistemi arasındaki etki alanlarını yeniden müzakere ettiği kademeli bir süreç başlattı; ilk olarak yeni Nizâmiye sistemini mali ve diğer açılardan güçlendirerek, ikinci olarak da yargı yetkisini ve uygulama alanlarını genişleterek.

Reformun oldukça kademeli yapısı, *şer'î* kurumların işlevindeki yapısal bir dönüşümle de birleşmiştir. İlk olarak, füru fıkhın kapsamı daraltıldı ancak tamamen ortadan kaldırılmadı, bu anlamda

[97] Bu kavramın modern hukuk düşüncesindeki kullanımı için bkz. 17. Bölüm.

[98] Nizâmiye mahkemelerinin şer'î mahkemeler aleyhine teşvik edilmesinde Avrupalı güçlerin oynadığı rol ile ilgili olarak bkz. Rubin, "Ottoman Modernity," 103-11, ve devam eden bölümler.

Mecelle bir tür ara deney niteliğindeydi. Bu yavaş dönüşümler sinsi ama etkili bir değişim yöntemini temsil ediyordu. Toplumdaki tüm bireyleri doğrudan ilgilendiren aile hukuku, en azından göstermelik olarak muhafaza edildi; ancak kodifiye edilmiş bir forma sokularak, bir akademisyenin yerinde ifadesiyle, bir "süreç" olarak Şeriatın bir parçası olmaktan çıkarıldı.[99] Aynı zamanda bu alanın uzmanları da değişmiş, devlet bu rolü üstlenmiştir. Ancak Şeriatın kodifiye edilmiş bir biçimde de olsa muhafaza edilmesinin etkisi, tamamen ortadan kaldırılmasına kıyasla daha az sarsıcı ve daha az sert görünüyordu. İkinci olarak, hukukun ve hukuk teorisinin (*fıkıh usûlü*) içeriği yavaş yavaş daraltılıp marjinalleştirilirken, geriye kalanlar modern terimlerle yeniden şekillendirildi ve yeni kurulan Şeriat mektepleri ve modern üniversitelerde akademik disiplinler olarak ve hatta yeni Batı tarzı hukuk fakültelerinde okutulan müfredatın bir parçası olarak öğretilmeye devam etti. Mısır'daki el-Ezher ile Necef ve Kum'daki Şiî *havza*ları gibi belli başlı geleneksel *medrese*ler olduğu gibi muhafaza edildi, ancak bunların önemi yargısal olmaktan çıkıp eğitimsel bir rolle sınırlandırıldı. Örneğin el-Ezher, o zamandan beri Adalet Bakanlığı'nın değil, Eğitim ve Vakıf Bakanlıklarının sorumluluğu altına girmiştir.

Yine de bu dönüşümler yaşanırken, çok az sayıda Şeriat alimi ve kadısı kariyerini kaybetti, çünkü bir yandan aile hukuku alanında (Nizâmiye mahkemelerinin hukuk daireleri de dahil olmak üzere) görev yapmaya devam ederken, diğer yandan devletin gücünün artmasıyla birlikte hızla genişleyen bürokratik pozisyonları doldurmaya devam ettiler. İmparatorluğun yönetici ve "memurlarının" çoğunluğunu oluşturdukları için, en azından başlangıçta, sürekli genişleyen bu bürokraside öne çıkan istihdam fırsatlarından yararlandılar. Zaman içinde, daha önce de işaret edildiği üzere, erken Tanzimat nesli bir sonraki nesli -çoğunlukla Şeriat eğitimi alarak büyümesi gerekirken bunu yapmayan çocuklarını- bürokratik memurlar olarak yetiştirecek, böylece geleneksel hukuk mesleğinin büyük bir kısmını Şeriat dışındaki devlet hizmetinin değiştirilmiş bir biçimine sokacaktı. Elimizde ampirik veri yok ama yüzyılın sonuna doğru devasa bürokratik mekanizmayı işleten yarım milyon memur[100] arasında çok sayıda ulema da vardı.[101] Dahası, içerik olarak hukuk, söylemsel ve yargısal uygulama alanından eğitim alanına aktarıldı. Şeriat üzerine çalışmak akademik

[99] Brown, "Shari'a and State," 363–65.

[100] Quataert, "Age of Reforms," 765. Bürokrasinin modern ulus-devletin inşasındaki önemi hakkında bkz. yukarıda dipnot 53'te alıntılanan kaynaklar.

[101] Kushner, "Place of the Ulema," 66–69.

bir merak ve teorik bir disiplin haline geldi. Ancak şu ya da bu şekilde, kendi başarısı olmasa da yine de ayakta kalmayı başardı. Şeriat, reformun ilk aşamasında yavaş ve istikrarlı bir şekilde marjinalleştirildi, sonrasında daha somut ve kurumsal olarak etkisizleştirildi ve daha sonra da yapısal ve sistematik olarak hukuk sisteminin ana akımından çıkarıldı - paçavralar halinde periferide kalmaya terk edildi.

5. Kaçarların Reform Girişimleri

Türkmen Kaçarlar, Safevi seleflerinin sahip olduğu ve Peygamber'in ailesinden gelme iddialarına dayanan dini otoriteden yoksundular. Kaçarlar, kısmen bu dini-politik meşruiyet eksikliğini telafi etmek için dini kurumlara büyük yatırımlar yapmış ve *vakıf* yoluyla çok sayıda mülk tahsis etmişlerdir.[102] Ancak bu jest, ulemayı iktidardaki hanedanın güç yapılarına dahil etmekte başarısız oldu ve aralarındaki ilişki Sünni muadilleri ile onuncu/on altıncı yüzyıldan önceki yöneticiler arasında olduğundan daha yakın olmadı ve kesinlikle daha az güven vericiydi. İktidarlarını kurduklarında, (Nâdir Şah'ın [hükümdarlığı 1736-47] Sünniliği yeniden yerleştirmeye çalışmasından sonra)[103] sadece İmâmiyye Şîası yeniden güçlenmekle kalmamış, Usulîlik de Ahbarîliğe karşı kesin bir zafer kazanmıştı.[104] Böylece, Avrupa'nın istilası sırasında, dini kurumlar ve personeli (büyük bağışların ve dini vergilerin alıcıları),[105] on altıncı yüzyıl öncesi Sünni seleflerine ve tabii ki Osmanlı muadillerine (güçleri açık bir şekilde siyasi iktidara bağlıydı) kıyasla siyasal düzen karşısında daha güçlü bir konumdaydı.

İran'ın siyasi ve askeri sorunları Osmanlı İmparatorluğu ve Mısır'la hemen hemen aynı zamanda başlamıştı ve başka yerlerde olduğu gibi Rus-Avrupa askeri teknolojisinin üstünlüğüyle doğrudan ilişkiliydi. Kilit olaylar, 1790'lar ile 1820'ler arasında Ruslar karşısında alınan ve 1828 Türkmençay Antlaşması ile sonuçlanan iki büyük askeri yenilgiydi. Bu antlaşmaya göre Ruslar İran'da ticaret yaparken kapitülatör muamelesi görecek ve İran topraklarında Kaçar tebaasıyla aralarında çıkan anlaşmazlıklar Rus hukukunu uygulayan karma bir mahkeme tarafından karara bağlanacaktı.[106] Yüzyıl boyunca başta Ruslara ve İngilizlere olmak üzere çok sayıda başka imtiyaz da

[102] Bu konuda genel olarak bkz. Halm, *Shi'a Islam*, 115 vd.
[103] Cole, *Sacred Space*, 69.
[104] 2. Bölüm, 9. Kısma bkz.
[105] Bu vergilerden elde edilen gelirler ile ilgili olarak bkz. Halm, *Shi'a Islam*, 91 vd., 108-109.
[106] Floor, "Change and Development," 133–34.

tanındı.[107] Hemen ardından, Rus tüccarlara tanınan özel ayrıcalıklar tüm yabancıları kapsayacak şekilde genişletildi - bu, yabancıları ilgilendiren tüm ticari anlaşmazlıkların Şeriat mahkemesi tarafından karara bağlandığı önceki uygulamalardan bir kopuşa işaret ediyordu. Ayrıca, Osmanlı İmparatorluğu'nda olduğu gibi Rusya da İran'daki *zimmî*ler için özel haklar elde etmeye çalıştı, ancak bu girişimler Osmanlı Balkanlar'ındaki muadillerinin elde ettiği başarıya ulaşamadı.

Bu "dertlere" çare bulmayı amaçlayan "reformlar", 1828 anlaşmasına yol açan yenilgilerden de önce başlatıldı. Mısır'da Muhammed Ali ve Osmanlı İmparatorluğu'nda Sultan III. Selim'de olduğu gibi, İran'da da 1809 yılı ve sonrasında İngiltere'nin yardımıyla askeri reformlar yapılmaya çalışıldı. Ancak bu reformlar hiçbir zaman büyük ölçekte gerçekleşmedi. Bunun yerine, değişiklikler parça parça gerçekleşti ve başlangıçta, 1828 civarında, çeşitli yeni disiplinlerdeki dersleri almaları için Avrupa'ya öğrenci gönderilmesi gibi adımlarla kendini gösterdi. Batılı eğitime, Avrupa eserlerinin Farsçaya çevrilmesine yönelik bir çaba eşlik etti. 1851 ve 1853 yılları arasında, Sadrazam Emîr Kebîr'in girişimiyle, Dârülfünun olarak bilinen yeni, Avrupa tarzı bir okulun kurulmasıyla sonuçlanan bir eğitim reformu yapıldı. Kebîr'in tam desteğini alan Nâsırüddin Şah (hükümdarlığı 1848-96) da tüm mahkemeleri bir *divanhâne*nin yetki alanına sokarak hukuk sistemini merkezileştirmeye çalıştı, ancak çok hırslı görülen girişimleri kısa sürede engellendi. *Divanhâne* teorik olarak dava yerini belirleme ve Şeriat mahkemelerinin kararlarını onaylama hakkını elinde tutuyordu. Ayrıca bu yüksek mahkeme, Müslümanlar ve İmparatorluğun gayrimüslim tebaası arasındaki davalarla ilgili Şeriat mahkemelerin tüm kararlarını gözden geçirme ve bozma hakkını da kendinde saklı tutuyordu.

Ancak, tıpkı 1839 Osmanlı Gülhane Hatt-ı Hümâyunu'nu örnek alan ve Reîsülküttâb Mirza Nuri tarafından sunulan 1851 tasarısının kategorik olarak reddedilmesi gibi, bu reformların çok azı gerçek anlamda etkili oldu. Başarısızlık, yeni kurulan Meclis-i Vükelâ'nın yargıyı merkezileştirmeyi amaçlayan taşra adalet dairelerini kurduğu 1858'de başlayan bir dizi reformu da beraberinde getirdi. Kaçarların İstanbul elçisi olarak on yıldan fazla bir süre görev yapmış olan Mirza Müşîrüddevle'nin girişimiyle Şah'a bir hukuk reformu planı sunuldu, ancak bu da aynı kaderi paylaştı.

[107] *A.g.e.*, 119, 133-36.

Bir başka ciddi plan da 1871 yılında Mirza Müşîr tarafından Sadrazam sıfatıyla hazırlandı. Şah'ın onayını alan bu plan, diğer hususların yanı sıra, Batı tarzı, hiyerarşik mahkemeler ve bu mahkemelerde uygulanacak özel kanunlardan oluşan bir sistem kurulmasını öneriyordu. Sadece bunlar değil, Nâsırüddin Şah ve halefinin uzun hükümdarlıkları boyunca diğer tüm reform girişimleri de başarısız oldu ve 1906'ya kadar çok az şey gerçekleştirildi.[108] Aynı yıl kurulan Milli Müşavere Meclisi bile Şeriatın üstünlüğünü teyit eden bir Kânûn-ı Esâsî'den fazlasını üretemedi ve bu üstünlüğü sağlamak amacıyla beş *molla*dan oluşan bir komite kuruldu. Bununla birlikte, Kânûn-ı Esâsî kuvvetler ayrılığı fikrini ortaya atmış ve hukukun üstünlüğü kavramını geliştirmek amacıyla yargıçlara ömür boyu görev süresi tanımıştır. Yüzyılın başında yetişen reform yanlısı entelektüeller, İran'ın karşı karşıya olduğu krizler ve Mirza Melkum Han, Abdurrahim Talebov ve Mirza Yusuf Han gibi isimlerin çok daha önce dile getirdikleri sert çağrılar ışığında bu gelişmeleri "çok az, çok geç" olarak değerlendirdiler.[109]

Elbette Kaçar hukuk reformları -eğer böyle adlandırılabilirlerse- yavaş ilerledi. Mısır ve Osmanlı reformlarıyla karşılaştırıldığında, Rıza Şah (1925-42) dönemine kadar ciddi bir şekilde başladıkları söylenemez, bu da açıklanmaya muhtaç bir olgudur. Özetle, temel engel İran'ın merkezileşme ile uyumsuzluğuydu. Safevilerin 1732'deki çöküşü ile Kaçarların 1794'teki konsolidasyonu arasında ülke, genel kontrolü ele geçirmek isteyen çok sayıda rakip kabile reisinin eline düşmek için yeterli zamana sahipti. Kaçarlar bu sahnenin ortasında geldiler ve reisleri kendi buyrukları altına alamayacak kadar zayıftılar. Mali sistemleri de iltizam dairelerini en yüksek teklifi verene satmak gibi menfur bir uygulamayı benimsedi ve yüksek ücretleri geri almak için yerel kaynakları tüketme pahasına vergi toplamak zorunda kaldı. Köylüler ve vergi ödeyen tüm tebaa hükümdara karşı büyük bir kızgınlık ve güvensizlik duymaya başladı.

Ademi merkeziyetçilik ve ciddi hükümet kontrolü eksikliği sorunu, sadece reislerin değil, boşluğu doldurmak için devreye giren güçlü Şiî *müctehid*lerin yükselişiyle daha da ağırlaştı.[110] Zira Şah İsmail'den (hükümdarlığı 1501-24) itibaren Safevi şahları, daha önce de belirttiğim gibi, kendilerini gaib İmamların temsilcileri ilan etmiş,

[108] Ringer, "Negotiating Modernity," 41.

[109] Anayasa tartışmaları ışığında genel bir bağlam için bkz. Sohrabi, "Revolution and State Culture".

[110] İmâmiyye Şiâsındaki Usulîlik ile ilgili olarak bkz. 2. Bölüm, 9. Kısım.

böylece kendilerine hem siyasi hem de hukuki alanları kapsayan yanılmazlık ve ilahi otorite sıfatları yüklemişlerdi. Ne Kaçarlar ne de onların geçici rakiplerinden herhangi biri bu tür dini veya hukuki iddialarda bulunmadı, bu da bir boşluk yarattı. Safevi şahlarının dini güçlerinin yerini alan Usulî *müctehid*ler devreye girerek İmamlar adına kendi ilahi temsillerini ilan ettiler ve böylece Kaçarların sadece geçici yetkilerini tamamladılar. Safevilerin gerilemesinden sonra, ama kesinlikle Kaçarların yükselişiyle birlikte, İmâmiyye Şiîliği hükümdar ve onun hükümetinden ayrı duran bir taban hareketi haline geldi. Bu nedenle büyük *müctehid*lerin *fetvâ*ları herhangi bir imparatorluk fermanını dokunulmaz bir şekilde geçersiz kılabilirdi ve bu tür davranışlar için *müctehid*lerin takipçilerinden, yani aşırı vergilendirme ve kötü muamele nedeniyle ağır yük altında olan nüfusun çoğunluğundan büyük destek alması kolaydı.[111]

Böylece ulema yargı ve eğitim üzerindeki kontrolünü büyük ölçüde sürdürdü ve yeni Dârülfünun -yeni Osmanlı ve Mısır okullarının aksine- reform için bastıran bir kadro oluşturan Batılılaşmış bir elit üretmekte etkisiz kaldı.[112] Osmanlı ve Mısır merkezileşme politikalarının uygulanması sırasında yüz binlerce yeni bürokratik pozisyon açılırken (böylece reform yanlısı yeni nesillerin oluşmasına izin verilirken), Kaçar bürokrasisi -ki başkentin varoşlarına ancak ulaşabiliyordu- Dârülfünun'un görece az sayıdaki mezununu bile barındıramayacak kadar küçüktü. Dolayısıyla gerçek reform için yirminci yüzyılın ilk çeyreğinin sonunu beklemek gerekiyordu.

6. Droit Musulman-Algérien

Temmuz 1830'da bir Fransız donanma birliği Cezayir'i ele geçirerek en az bir çeyrek yüzyıl sürecek olağanüstü acımasız bir işgali başlattı. Bu fetihten sonraki on yıl boyunca işgal kuvvetleri güçlerini kıyıların ilerisine ve bugün Cezayir olarak bilinen bölgenin içlerine kadar genişletmeyi başardılar. Ancak Fransızlar, hukuku bir işgal aracı olarak kullanmakta çok hızlı davrandılar ve Cezayir deneyimi, sömürgeci hedeflere ulaşmak için saf hukuki gücün kullanımına dair üstün bir model sunmaktadır. Cezayir örneğini özellikle yoğun bir sömürge deneyimi haline getiren önemli hususlar şunlardır: (1) Fransızlar kendilerini, hiçbir zaman hükümran bir statüye sahip olmamış bir koloninin efendileri olarak Osmanlıların yerine geçmiş

[111] Keddie, *Qajar Iran*, 17; Cleveland, *History*, 111–12.

[112] Ulemanın Dârülfünun'un kuruluşuna tepkisi hakkında bkz. Ringer, "Negotiating Modernity," 42-45.

olarak görüyorlardı;[113] aslında Osmanlılara ait olan artık onlara aitti; (2) büyük ve zamanla güçlenen bir Fransız nüfusu bu koloniye kalıcı yerleşimciler olarak yerleşti ve buranın kendi toprakları olduğunu iddia etti;[114] (3) Fransa, zamanla, ülkeyi bir koloni olarak değil, Fransa'nın ayrılmaz bir parçası olarak sahiplenmeyi planlamaya başladı;[115] ve (4) Fransız yerleşimciler, kendilerine toprak vererek veya yerlilerden büyük ölçekte gayrimenkul satın almalarına izin vererek ticari hedeflerini gerçekleştirmek için Paris hükümeti üzerinde on yıllar boyunca muazzam bir baskı kurmaya devam ettiler.

Dolayısıyla, Osmanlı İmparatorluğu'nda sömürgecilerin çıkarı yerel tüketici pazarlarına nüfuz etmek iken, Cezayir'de Fransızların çıkarı ülkenin tarım ve maden kaynaklarına doğrudan el koymak ve sömürmekti. Fransızlara göre sorun, ülkede çok fazla Müslüman'ın yaşaması ve dahası, bu yerlilerin bir şekilde ticari sömürü için istenen tüm topraklara sahip olmasıydı. Sömürge yetkilileri için 2 milyondan fazla yerliyi kapsayan bir soykırım -en azından o dönemde- pratik bir seçenek olmadığından,[116] toprağı yerlilerin elinden başka yollarla almak, en az siyasi alanda olduğu kadar hukuki alanda da tüm düşüncelere hakim oldu.

Göz dikilen arazi, tümü İslam hukuku tarafından düzenlenen çeşitli mülkiyet türleri altındaydı. Serbest mülkiyet (*milk*) ve devlet arazisinin (*mîrî* veya *beylik* topraklar) yanı sıra, tek başına ekilebilir arazinin en az yarısını oluşturan çok önemli *vakıf* arazisi (Kuzey Afrika'da *hubus*) vardı.[117] *Vakıf* arazisi, Müslüman dünyanın başka yerlerinde olduğu gibi, özellikle dini ve eğitim kurumları ile meskenler olmak üzere, arazi dışı gayrimenkullerin de önemli bir bölümünü oluşturuyordu. Hile ile ya da sahtekarlıkla, Fransız yerleşimciler vakıf alanından gelen mülklerin büyük bir kısmını biriktirmeyi başardılar ve sonuç olarak, *vakıf*ların lehtarları olan birçok yerli için, el konulan mülkün orijinal vakıf durumuna geri döndürülmesi için dava açmak yaygın bir uygulama haline geldi.

---

[113] Christelow, *Muslim Law Courts*, 12.

[114] Cezayir'de 1901 yılı istatistiklerine göre 364.000 Fransız yerleşimci bulunmaktaydı. Bkz. Abun-Nasr, *History*, 256. Koloni nüfusu, yerli Müslümanlara ait toprakları yağmalama pahasına elde ettikleri maddi zenginlik sonucunda muazzam bir siyasi servet biriktirdi. Bkz. Christelow, *Muslim Law Courts*, 15.

[115] 1848 Fransız Anayasası'nda Cezayir bir Fransız toprağı olarak ilan edilmiştir. Abun-Nasr, *History*, 249-50. Ayrıca bakınız Massignon, "Résultats sociaux," 559-68.

[116] Her ne kadar Fransa bu koloniden çekildiğinde yüz binlerce Cezayirli (bazı tahminlere göre bir milyona yakın) Fransız işgali sonucu ölmüş olsa da. Modern bir olgu olarak soykırım hakkında bkz. Bauman, *Modernity and the Holocaust*.

[117] Powers, "Orientalism, Colonialism and Legal History," 537.

İşgalin ilk yılında Fransa, *hubus* veya *vakıf* arazileri de dahil olmak üzere tüm koloninin devlete ait olduğunu ilan etmişti. 1844 yılında *hubus*lara el konuldu ve yönetim dini ve eğitim *vakıf*ları ile çalışanlarını finanse etmekle görevlendirildi.[118] (Bu merkezileştirme hamlesi - aynı zamanda bu *vakıf*ların gelirlerini de tüketiyordu - 1826 ve sonrasında II. Mahmud'un Osmanlıda *vakıf*ları merkezileştirme politikasıyla neredeyse aynıydı). Ayrıca, yasadışı olarak el konulan *vakıf* mülkleri üzerindeki anlaşmazlıklar, 1840 yılında bir kararnameyle geriye dönük olarak, kanuni olarak edinilmiş olsun ya da olmasın, *sömürgeci*lerin elindeki tüm mülklerin yasal olarak sömürgeci gaspçılara ait olduğunun ilan edilmesiyle çözülmüştü. *Vakıf* gelirlerinden ve desteklerinden mahrum bırakılan gerçek Müslüman hak sahipleri kendi başlarının çaresine bakmak zorunda bırakıldı. 1844 yılına gelindiğinde, Şeriattaki mülkiyet hukukunun tüm unsurları, yerleşimcilerin ticari ihtiraslarını kolaylaştırmak üzere tasarlanmış olan Fransız hukuku ile değiştirildi. Bu hedefe ve özellikle de *vakıf* mülklerini açık pazara zorlamaya yönelik daha ileri adımlar, İslam hukukundaki her ilkeye aykırı olarak, tüm *vakıf* mülklerinin yasal olarak devredilebilir olduğu kabul edildiğinde atıldı. Bununla birlikte, Müslüman yerliler genellikle *vakıf* mülklerini satmayı veya satın almayı reddederek bu politikayı bir ölçüde etkisiz hale getirdiler.

*Hubus*a el konulmasına paralel olarak ortaya çıkan hukuki kargaşa ve bu kargaşanın altında yatan siyasi ve askeri politikalar sadece siyasetçilerin alanı değildi. Kuzey Afrika hakkında bir şeyler bilen (ve bazıları çok az şey bilen) Fransız avukatlar, hukukçular ve akademisyenler hukuki ve diğer konularda konuşmaya başladılar. Bunların çoğu hem akademisyen hem de devlet memuru olan ve sıklıkla kolonyalist yargı yönetimine dahil olan *sömürgeci*lerdi. Yüzyılın ortalarından sonra, Kuzey Afrika bağlamında İslam hukuku, özellikle de hakim Mâlikî ekolünün teori ve pratiği hakkında devasa bir hukuk literatürü üretmeye başladılar. (Bu literatürün, Batılıların İslam hakkındaki çalışmalarının ve dolayısıyla İslam hakkındaki Batılı bilginin ayrılmaz bir parçası haline geleceğini belirtmek gerekir).[119] Bu yazılardan bazıları akademik bir kisveye bürünmüş olsa da *Code Morand* olarak adlandırılan eserde olduğu gibi, bazıları mevzuat niteliğindeydi. Bu hukuki ve yasamaya ilişkin söylemler bütünü *droit musulman-algérien* olarak bilinmeye başlandı; bu kavram İngiliz sömürgeciliğinin

[118] Christelow, *Muslim Law Courts*, 23.

[119] Örneğin, Sautayra and Cherbonneau, *Droit musulman du statut personnel*; Mercier, *Le habous ou ouakof*. İtalyan perspektifi için bkz. Santillana, *Instituzioni di diritto musulmano*.

Anglo-Muhammedan Hukuku kavramıyla bir şekilde akraba olmakla birlikte, kapsam ve akademik ilgi açısından ondan daha genişti.

İngiliz ve Hollandalı muadilleri gibi, İslam hukuku çalışmaları alanının kurucularından olan Fransız Oryantalistler[120] de hükümetin ve yerleşimcilerin politikalarının uygulanmasında oldukça yardımcı oldular.[121] Örneğin *hubus* konusunda, Fransız yönetimi bir dizi hukuki düzenlemeyle dini *vakıf*ları kontrol altına almaya çalıştı ve bu süreçte "Cezayirliler arasında bu kurumu itibarsızlaştırmak için kampanya yürüten" Fransız Oryantalistlerden yardım aldı.[122] "Zihinleri fethetme" kampanyası, buna mücadele demesek bile, sömürgeciler için en az maddi fetihler kadar önemli bir projeydi. Ve bu projenin büyük bir kısmı kültürel ve akademik söylem üretimi etrafında dönüyordu. Aile ve hayır *vakıf*ları arasında temel bir ayrım olduğu yönünde bir tartışma seli başladı - bu kavram Müslüman kültürlerde hiçbir zaman bu anlamı kazanmamıştı. Fransız akademisyenler o zamana kadar İslam'da kurucu vahyin önemini ve ilk muhatapları ile aktarıcılarının epistemik merkeziliğini anladıklarından, aile *vakf*ının bu kuruluş ve temel aşamadan sonra meydana gelen bir gelişme olduğunu savunmaya başladılar ve bunun otantik olmayan bir eklenti, deyim yerindeyse bir *bid'at* olduğunu açıkça ifade ettiler. Daha sonra, aile *vakıf*larının sonradan icadının, pay ilkesine göre işleyen Kur'ân miras hukukunun mirası bölüştürme hükümlerinin etkilerini bertaraf etmeyi amaçladığı şeklinde bir nedensellik bağı kurdular.[123] Dolayısıyla, aile *vakfı* ile Kur'ân miras hükümlerinin birbirini dışlayan şeyler olduklarını - Müslümanlar adına - ilan ettiler. Onlara göre, aile *vakıf*larının varlık nedeni Kur'ân'ın miras emirlerinden kaçmak olduğu için, aile *vakıf*larını hem ahlak dışı hem de gayrimeşru saydılar. Bu argümanı, aile *vakıf*larının mülkiyeti doğal olarak sınırladığı ve "verimli" bir şekilde sömürülmesini engellediği, bunun da kaçınılmaz olarak ekonomik durgunluğa yol açtığı argümanıyla birlikte ileri sürdüler. Buradan hareketle, bu durgunluğu kültürel bozukluk ve aslında medeni ilerlemenin durması ile ilişkilendirmek kısa ve kolay bir yoldu.

Aile *vakıf*larının suç olarak görülmesi, 1850'lerde Cezayir'in dini birliğini inşa etmek amacıyla İslam hukukunun merkezileştirilmesi

[120] Yukarıdaki Giriş 1 ve 2. Kısımlara bkz.

[121] Kuzey Afrika bağlamında bakınız Buskens, "Islamic Commentaries," 66-67, 71, 76-77; Powers, "Orientalism, Colonialism and Legal History," pasajları. Ayrıca meşhur oryantalist Massignon'un sömürgeci tavsiyelerine de bkz., "Résultats sociaux."

[122] Powers, "Orientalism, Colonialism and Legal History," 536.

[123] 8. Bölüm, 6. Kısma bkz.

gerektiği yönünde *sömürgeci*ler ve onların hükümeti tarafından yapılan alışılmadık derecede liberal bir çağrıya paralel bir hareket olarak ortaya çıktı. Aile *vakıf*larının yasaklanması, Kur'ân'ın bütünlüğünün altını çizerken -ki bu İslam'ın "gerçek" şeklini koruma çağrısının bir parçasıydı- Kur'ân'ın miras kurallarının uygulanmasına kapıları açmayı amaçlayan ikisi bir arada bir saldırı oluşturuyordu ki bu da zorunlu olarak ortak mülkiyetteki mülkleri parçalayacaktı. Bu maddi hırs, İslam hukukunun tamamen ortadan kalkması ve asimilasyonun tam anlamıyla işlemesi halinde Cezayirli Müslümanların her türlü siyasi hakkı talep edeceği korkusuyla birleşti.[124] Bir yandan hukuku ve yerli tebaayı sindirme ve kontrol etme ihtiyacı ile diğer yandan bu sömürgeleştirilmiş tebaayı siyasi güç kullanımından uzak tutma arasındaki çelişkiler, Fransızların sömürge politikasının büyük bir kısmının temelini oluşturuyordu. Ancak yine de aynı anda birkaç amaca hizmet ediyordu. İslam hukuk sistemi kabul edildi, ancak merkezileştirildi ve bürokratikleştirildi, böylece ona yabancı bir Avrupa rasyonalitesi biçimi dayatıldı. Ve bunu sürdürmek sadece muazzam ekonomik çıkarlara hizmet etmekle kalmadı, aynı zamanda Osmanlılara tebaalarına Fransız Devrimi'nin özgürlük ve eşitliğini sağlamaları için bir örnek sundu.

Aile *vakıf*larının vazgeçilebilirliğini söylemsel olarak ortaya koyan *sömürgeci*ler ve onları destekleyen Oryantalistler, tartışmanın bir sonraki aşamasına geçtiler; bu aşama yeni bir gerçeklik tarafından yaratılmıştı. Yüzyılın sonlarına doğru, ekilebilir arazilerin muazzam bir bölümü *sömürgeci* girişimcilerin eline geçmiş, bunun sonucunda da Kur'ân'ın bütünlüğü argümanını sürdürme ihtiyacı büyük ölçüde ortadan kalkmıştı. Böylece, Kur'ân'ın miras hukukunun parçalı olduğu iddiasını zaten kabul etmiş olan (ve en başta Müslümanların kendilerinin bu hukuku çiğnemesine neden olan) Oryantalistler, şimdi de İslami veraset hukukunu en azından ilmî risaleler şeklinde ele alarak reforme etmeye koyuldular. Ancak "zihinleri fethetme" çabalarında, çeşitli Arap bölgelerinden kendileriyle çalışmak için gelen Ortadoğulu öğrencilerinin emeklerini de kullandılar. Örneğin, Faculté de Droit d'Alger'in başkanı Profesör M. Morand, Kur'ân miras hukukunun yeniden düzenlenmesi ya da tamamen ortadan kaldırılması çağrısında bulunan bu öğrencilerin doktora çalışmalarını yönetti. (Bu kampanyanın söyleminin - özelde *vakıf*lara karşı ama genelde Şeriata karşı - Fransız kültürel modellerinden ilham alan Osmanlı söyleminin ayrılmaz bir parçası olduğu vurgulanmalıdır).

[124] Christelow, *Muslim Law Courts*, 20, 131.

Başka bir cephede, 1859'da Fransız ceza kanunu ilan edilirken, 1873'te *Loi Warnier* adı verilen kanunla Cezayir'deki tüm toprakların Fransız kanunlarına göre düzenleneceği ve ayrıca Müslüman mahkemelerin bundan böyle miras da dahil olmak üzere ahvâl-i şahsiyye ile ilgili davaları karara bağlamakla sınırlı kalacağı hükme bağlandı. Ceza sisteminin sistematik olarak ortadan kaldırılması, 1881'de sivil idarecilere belirtilen kırk bir suçtan herhangi biriyle suçlanan Müslüman tebaaya karşı adil yargılama olmaksızın sert cezalar verme yetkisi veren baskıcı *Code de l'Indigénat*'ın ilan edilmesiyle zirveye ulaştı. Bu cezalar arasında yargılama olmaksızın gözaltı, toplu cezalandırma ve isteğe bağlı olarak mallara el koyma yer alıyordu. Kanun 1927 yılına kadar yürürlükte kalmıştır.

Ancak Fransızlar dikkatlerini ceza ve ticaret konularıyla sınırlamadılar. "Medenileştirme" misyonunun savunucuları olarak, kendilerini doğal kaynakların ve emeğin verimli bir şekilde sömürülmesinin ötesine geçen amaçların savunucuları olarak gördüler. Müslüman dünyanın diğer bölgelerinde ister yerli ister yabancı olsun, hiçbir hükümet medeni hukukta herhangi bir değişiklik yapma riskini göze almazken, Fransızlar defalarca ilerici olmayan, hatta medeni olmayan olarak gördükleri kuralları değiştirecek bir medeni hukuku uygulamaya çalıştılar. On dokuzuncu yüzyılın ortalarından itibaren ve sonraki on yıllar boyunca, hiçbir zaman uygulanmayan 1916 tarihli ünlü *Code Morand* da dahil olmak üzere birçok kanun ve kararname yayımladılar ve geri çektiler. Diğer bazı kararnameler gibi, bu *Code Morand* da ahvâl-i şahsiyye konusunda bir takım temel değişiklikler yapmaya çalışmıştır. M. B. Hooker'ın da uygun bir şekilde belirttiği gibi, bu kanun ve kararnamelerin göze çarpan bir özelliği, kanunların uygulanmasındaki çeşitlilikte örf ve adetlerin rolünü kökten yanlış anlamalarıdır.[125] İslam hukukunda tamamen anlaşılmış ve benimsenmiş olan yerel özgünlük ve çeşitlilik, Fransız hukuk anlayışında neredeyse hiç bulunmayan kavramlardı; bu anlayış, tebaanın eşit olduğu ve bu nedenle kanun önünde birbirlerinden ayırt edilmeyecek bir şekilde yer almaları gerektiği varsayımından yola çıkıyordu.

1871'e gelindiğinde Cezayir ulema sınıfı, içlerinden bazılarının Fransızlarla iş birliği yaparak ahlaki otoritelerini kaybetmeleri nedeniyle dağılmış durumdaydı. Bu iş birliği, Fransızların yerel siyasi örgütlenmeyi yeniden düzenlemesinin kaçınılmaz bir sonucuydu;

[125] Hooker, *Legal Pluralism*, 209–10.

bu yeniden düzenleme, Osmanlı'nın belediye meclislerini yeniden yapılandırmasını anımsatıyordu. Bu meclislerde görev yapan ulemanın çoğu Müslüman kardeşlerinin çıkarlarını temsil ederken, eşraf ve toprak sahibi aristokrasiyle birlikte Fransızlarla uygun görülen sınırların ötesinde işbirliği yapan ya da işbirliği yapıyor gibi görünen başkaları da vardı.[126] Ancak statülerinin ve güçlerinin azalmasının daha önemli bir nedeni, *vakıf*ların merkezileştirilmesi ve geniş çaplı müsaderenin ardından eskiden ellerinde olan ve şimdi büyük ölçüde Fransızların eline geçen kaynakların tükenmesiyle ilgiliydi. *Hubus* sistemindeki bu dönüşümler sadece ekonomik statülerini değil, aynı zamanda hem ilköğretim hem de hukuk mektebi düzeyinde eğitim alanındaki hakimiyetlerini de etkiledi. Kendilerinden önceki Osmanlılar gibi Fransızlar da Müslüman hukukçu ve *kâdı*ların yetiştirilmesinde bir eğitim tekeli oluşturdular. Cezayir, Telemsen ve Konstantin *medrese*leri, geleceğin *kâdı*larının seçileceği resmi okullar haline geldi. Ancak bu *medrese*lerin yetersiz (artık merkezi) finansmanı, diğer faktörlerin yanı sıra, hukuk eğitimi standartlarının ve dolayısıyla *kâdı*ların ve hukuk profesörlerinin kalitesinin ciddi şekilde düşmesine neden oldu (günümüz Müslüman ülkelerinin büyük çoğunluğunda devam edecek bir olgudur bu). Eş zamanlı olarak, eğitimin modernize edilmesi, Fransızların bu kişilerin hukuk eğitimine sömürgecilik yanlısı bir okuma enjekte etmesine olanak sağladı;[127] bu da "zihni fethetme" projesinin bir başka aşamasıydı. Fransız yargıçlar aynı zamanda *kâdı*ların ve dini mahkemelerin yerini almaya başladı ve gayrimenkul ve suçla ilgili tüm davalar, davanın taraflarının tamamı Müslüman olsa dahi, Şeriat mahkemelerinin yetki alanından çıkarıldı. Şeriatın alanına tecavüz etme yönündeki genel eğilimin etkisi, ülkedeki Müslüman mahkemelerinin sayısının 1870'te 184'ten 1890'da 61'e düşerek çarpıcı bir şekilde azalmasına yol açtı.[128]

7. Fas: Bir Ulus-Devlet Kanununun Doğuşu

1912'de Fransızlar tarafından bir himaye bölgesi olarak sömürgeleştirilen Fas, Cezayir'de olduğu gibi doğrudan işgale maruz kalmadı. Bunun yerine Fransızlar, iş birliği yapmaya istekli yerli yapılar ve yerli elitler aracılığıyla kontrolü sağladı. Diğer sömürgecilik örneklerinde olduğu gibi, Fransızlar kendi çıkarlarını ve hegemonyalarını

[126] Christelow, *Muslim Law Courts*, 14–15, 20.
[127] *A.g.e.*, 23; Christelow, "Transformation of the Muslim Court," 224.
[128] Abun-Nasr, *History*, 258.

etkilemeyen yerli alanlara müdahale etmekten kaçındılar; bu da ikili bir siyasi ve sosyal yönetim sistemi yarattı: bir yandan kamu yönetimini, ticari hayatı ve ceza hukuku alanını tekeline alan yeni bir Fransız sistemi ortaya çıktı - bu alan genel kontrolün ön şartı olarak "kanun ve düzenin"[129] dayatılabileceği bir alandı. (Uygulanması Şerîf Hanedanının yetkisinde olan İslam ceza hukuku, Fransız ceza hukuku ile değiştirildi ve bu durum milliyetçiler tarafından ilahi *had*lerin ihlali olarak değerlendirildi).[130] Diğer yandan aile hukuku Fransızların doğrudan ilgisini çekmiyordu ve bu yüzden en azından başlangıçta onu kendi haline bıraktılar.[131] Cezayir'de olduğu gibi Fransız hükümeti, seleflerinin Cezayir'deki başarılarından yararlanarak 1930'da Fas "projesini" ciddi bir şekilde başlatan Fransız Oryantalistlerin yeteneklerinden yararlandı.

1930'da *Dahir berbère*'in (başka şeylerin yanı sıra kabile örfi hukukunu ortadan kaldıran ve Berberiler ile Araplar için farklı okullar kuran) ilan edilmesi şiddetli protestolara yol açtı. Çünkü bu sadece Şeriatı ortadan kaldırmanın bir göstergesi olarak değil, aynı zamanda -ve çok daha önemlisi- Fransızların Araplar ve Berberiler arasındaki ulusal ve kültürel farklılıkları daha da keskinleştirerek onları bölmeye yönelik bariz bir girişimi olarak görüldü.[132] Muhalefetin itici gücünün "böl ve yönet" siyasi aygıtına karşı olduğu, *Dahir berbère*'in Fas ulusal bağımsızlık hareketini başlattığı gerçeğiyle kanıtlanmaktadır.

1956'da bağımsızlığın kazanılmasının ardından, yeni ulusal hükümet yasama çalışmalarına Berberi mahkemeleriyle birlikte *Dahir berbère*'yi kaldırarak başladı. V. Muhammed (hükümdarlığı 1927-53 ve 1957-61) ve hükümeti, Fransızların 1953'ten beri zaten düşündüğü bir reform olan aile hukukunun kodifikasyonu üzerinde de çalışmaya başladı. Ulusal hükümetin, aslen sömürgeci bir proje olan ahvâl-i şahsiyye kodifikasyonuna girişmesi, belki de ulus-devleti temsil eden yapıların köklülüğünün en açık göstergesidir (ve ahvâl-i şahsiyye ile ilgili Şeriat hukukunun dokunulmaz olmadığının da bir o kadar kanıtıdır). Bu reformun nedenleri, "steril" geçmişin birikimlerinin bir kenara atılması ve bozulmamış çağın "gerçek"

[129] Hoisington, "Cities in Revolt," 445.

[130] *Had*ler ile ilgili olarak bkz. 10. Bölüm, 2. Kısım.

[131] Modern Fas'ın hukuk tarihinin bir özeti için bkz. An Na'im, *Islamic Family Law*, 178-79; Bidwell, *Morocco under Colonial Rule*, 262-81.

[132] Bidwell, *Morocco under Colonial Rule*, 57; Hoisington, "Cities in Revolt," 434–36; Landau, *Moroccan Drama*, 144–45.

İslam'ının ihyası olarak sunuldu.[133] Ancak bu aynı zamanda çeşitliliğe ve *müftî*ler ile fakîhler tarafından kullanılan yorum özgürlüklerine karşı bir önlemdi. Sömürgeci Fransız hükümetinin yaptığı gibi, hukuk, devletin denetimine ve dolayısıyla kontrolüne ve gözetimine açılmalı, tüm hukuk camiası da bu devletin yüksek bilgeliğine ve bilgisine boyun eğmeliydi. Bu belki de sömürgeciliğin sömürgelere ve halklarına bahşettiği en güçlü siyasi ve hukuki gelenektir.

Aile hukukunun kodifiye edilmesinin ilan edilen amaçlarından birinin, Fransız hukuk sisteminde eğitim almış yeni Faslı hukukçular için Şeriatın kodifiye edilmiş hukukunun erişilebilir olacağı "birlik ve açıklık"[134] üretmek olması ibret vericidir. Osmanlı ve Mısırlı muadilleri gibi, Kuzey Afrika'nın Batılı eğitim almış hukukçularının da *fıkıh* eserlerine yorumsal erişimi sona erdi. Şeriat öylesine yabancılaşmıştı ki, artık bu hukukçularla kendi tarihleri ve hukuk kültürleri arasına girecek Batılı bir mekanizmaya (= kodifikasyona) ihtiyaç vardı. Artık bu "birlik ve açıklığın" antitezi olarak görülen *fıkıh* eserleri belirsiz, karmaşık, düzensiz ve ulaşılmazdır. Böylece yerel hukuk geleneği, düzen, açıklık ve kontrolün modern diline çevrilmesi gereken uzak ve erişilmez bir geçmişin parçası olarak egzotik ve yabancı olana indirgenmiştir. Açık olan, tanımı gereği entelektüel olarak erişilebilirdir; bu kadar erişilebilir olan anlaşılır; anlaşılan ise kontrol edilebilir ve yönetilebilir. Dolayısıyla modern İslam ülkeleri söz konusu olduğunda kodifikasyon iki katmanlı bir amaca hizmet etmektedir. Birincisi, ulus-devlet Avrupa'sında olduğu gibi, kanun, devletin hukuk mesleği ve yorumsal özgürlükleri üzerinde uyguladığı evrensel bir kontrol aracıydı. Temel bir merkezileşme aracı olarak kanun, sömürgecinin hukuk geleneği örfi hukuk olsa bile (örneğin İngiliz Hindistan'ı ve Malezya) sömürge sonrası devlet tarafından kolayca ve hızla benimsendi. İkinci olarak ve güç ilişkisinde daha alt düzeyde, kanun, yeni ulus-devletin yasal temsilcilerine sadece Şeriat sistemini ortadan kaldırma çabalarında değil, aynı zamanda ortaya çıkan ulus-devlet yapılarında kendilerine yeni bir güç alanı yaratmalarında da hizmet etti. Sömürgelerin yerli siyasi elitleri, Massad'ın "sömürgeci etkiler"[135] olarak adlandırdığı şeyin bıraktığı iktidar boşluklarına hemen atlarken, Batılı eğitim almış yerli hukukçular da aynı şeyi yaptılar ve bir zamanlar güçlü olan hukukçular sınıfının yerini aldılar.

[133] Buskens, "Islamic Commentaries," 88.
[134] Dönemin Veliaht Prensi Hasan II'nin konuşmasına göre. Buskens, *a.g.e.*'de alıntılanmıştır.
[135] Massad, *Colonial Effects*.

Yine de ulus-devletin modern gerçeklikleri kategorik olarak geçmişten koparılamazdı, çünkü geçmişin gerçeklikleri meşruiyetin kaynağı olarak görülürken, mevcut gerçeklik sömürgecilik ve onun yıkıcı etkilerinin gölgesinde kalmıştı. Bu nedenle yeni Fas hukuku, aynı anda hem ulus-devletin yeni yasama yetkilerini hem de Mâlikî geleneğini çağrıştıran ilginç bir ikiliği yansıtacak şekilde *Müdevvenetü'l-Ahvâli'ş-Şahsiyye* olarak adlandırılmıştır. *Müdevvene* (kayıt, yazılı belge) terimi, Kuzey Afrika Mâlikîliğinde, mezhebin isim babasının muteber görüşlerini kaydeden en otoriter derlemelerden birinin başlığı olması nedeniyle ün kazanmıştır.[136] Öte yandan "*el-ahvâlü'ş-şahsiyye*" tamlaması, Avrupa dillerindeki "kişisel statü" ya da daha doğru bir ifadeyle "*statut personnel*" kelimesinden Arapçaya geçmiş bir kavramdır.

Başlık, pek çok yönden, kanunun kendisinin melezliğini yansıtmaktadır. Kanunda yer alan hükümlerin büyük çoğunluğu Mâlikîdir, ancak önemli bir değişiklik söz konusudur. Klasik Mâlikîlik otorite[137] kabul edilen *mezhep* doktrinini takip ederken, Faslı kanun koyucular zaman zaman klasik ekolün standartlarına göre zayıf veya "daha az doğru" kabul edilebilecek görüşleri tercih etmişlerdir. Yine de bu görüşler modern ihtiyaçlara hizmet etmiştir; kadının modern dünyadaki konumunun iyileştirilmesini destekleyen bu görüşler kodifikasyon için toplanmış, böylece bir zamanlar neredeyse doktriner belirsizliğe itilmişken kanun haline gelmiştir.

Böylece gelenek geniş ölçüde sahiplenmeye açıldı, çünkü buradan elde edilen meşruiyet o kadar güçlüydü ki, tartışmalı kısımları bile devlet adına yayımlanan tebliğ veya kararnamelere tercih ediliyordu. Avrupa ulus-devletinin 500 yıllık geçmişi, ona büyük ölçüde meşruiyet kazanma ve böylece hukuki, ekonomik ve sosyal konularda söz söyleme imkanı verirken, yeni doğan (ya da ithal edilen) Müslüman devlet, Şeriatın en zayıf, en eski ve en tartışmalı kısımlarıyla bile rekabet edebilecek düzeyde bir meşruiyet kazanmayı hiçbir yerde başaramamıştır. Meşruiyet arzusu (ve şüphesiz toplumsal teamüller) Mâlikî geleneğinin muhafaza edilmesini zorunlu kılmıştır, ancak kodifiye edilmiş biçim, hukukun ulus-devlet gibi modern bir kurum tarafından temellük edilmesine tekabül etmektedir. Daha açık bir ifadeyle, ulus-devlet sadece bir kategori olarak hukuku ve her çeşidiyle İslam hukukunu değil, aynı zamanda

[136] Bkz. Sahnûn, *Müdevvene*.
[137] Otorite kabul edilme kriterleri ile ilgili olarak bkz. Hallaq, *Authority*, 133–52.

ima ve tevil yoluyla bu hukuku üreten tarihi de temellük etmiştir. Ulus-devletin münhasır hukuksal hegemonyası, kanunu hazırlayanların kimliği ışığında daha da çarpıcı hale gelmektedir. Ne de olsa, bu kanunun oluşturulmasına en çok katkıda bulunan kişi, en önde gelen milliyetçi lider olan Allâl el-Fâsî'ydi. Bir Selefî ve *fıkıh* uzmanı olan ve neredeyse hiç Frankofon olmayan bu kişi, bildiğim kadarıyla, hukukî bir ifade biçimi olarak "kod" hakkında herhangi bir endişesi olmadığını ifade etmiştir. Tam tersine, o ve kraliyet mensubu olsun olmasın diğer meslektaşları bu kanunu Fransızların ve onların *Dahir berbère*'lerinin bölücülüğüne karşı ulusal birliğin bir işareti ve aracı olarak görüyorlardı.[138] Bu konuda herhangi bir tereddüt olmaması sadece faydacı bir yaklaşımın değil, aynı zamanda yönetimin yeni ama normalleşmiş gerçeklerinin de bir sonucuydu. Fransız etkisi altında ve Fransız müdahaleleriyle Şerîf Hanedanı, merkezi devletlerin hem anlayışlarını hem de araçlarını benimsedi. El-Fâsî ve Fas, Tunus, İran ve başka yerlerdeki benzerleri, ulus-devleti sorunsallaştırmak bir yana, sorgulamak için bile bir neden görmüyorlardı.

[138] Johnston, "'Allâl al-Fâsî," 84 vd.; Maddy-Weitzman, "Women, Islam," 399.

Ulus-devletler Çağında Hukukun Modernleştirilmesi

1. Giriş

On dokuzuncu yüzyılın ilk yılları ile yirminci yüzyılın ikinci on yılı arasında, İslam'ın merkezi topraklarında bin yılı aşkın bir süredir ve diğer bölgelerde yüzyıllar boyunca hukuk alanına hakim olan Şeriatın uygulama alanının büyük ölçüde çocukların velayeti, miras, hibe ve bir dereceye kadar *vakıf* da dahil olmak üzere ahvâl-i şahsiyye alanına indirgendiği artık anlaşılmış olmalıdır. Malay Devletleri ve Endonezya Takımadalarında, kısmen bu bölgelerin bazılarında uzun süredir hüküm süren *adat* nedeniyle ve kısmen de bazı Şeriat kanunlarının İngiliz hukukuna dönüşmesi nedeniyle (*vakıf* hukukunda olduğu gibi) uygulama alanı daha da dardı. Bu bölüm, kabaca İkinci Dünya Savaşı'nın sonundan yirmi birinci yüzyılın başlangıcına kadar olan dönemde İslam hukukunun talihini (aslında talihsizliklerini) konu almaktadır.

Burada Müslüman ülkelerde yürürlüğe konan her yeni kanun ve tüzük hakkında bilgi vermenin, hele hele bunların ayrıntılarına ilişkin anlamlı bir analiz sunmanın imkansız olduğunu söylemeye dahi gerek yok. Bunun yerine, yirminci yüzyıl hukuk tarihinde merkezi rol oynamış olarak tanımlanabilecek eğilimleri, hareketleri ve temaları ve bunların İslam hukuku olarak algılanan şeyi (yeniden) tesis etmek için ortaya çıkan Müslüman iradeyi öngörme veya zemin hazırlama biçimlerini tanımlayacak ve analiz edeceğim. Ancak bu genel yaklaşımı akılda tutarak, öncelikle ortaya çıkan ulus-devletlerin bürokratik ve yasal yetkilerini güçlendirirken İslam hukukunun kapsamını ve etkisini kısıtlamak için kullandıkları yöntemleri tanımlamamız iyi olacaktır. Ayrıca, söz konusu dönemin tarihi büyük ölçüde ulusçu ve milliyetçi siyasi elitler tarafından belirlendiğinden ve bu elitler genellikle yerlerini aldıkları sömürgeci güçlerle aynı sistemik yönetim kalıplarını sürdürdüklerinden,[1] her iki rejimin de Şeriatı

[1] Pollard, "Learning Gendered Modernity," 249–51, 261 vd.

daraltmasının, daha "sofistike"[2] bir hukuk kültürüne veya onun "kaçınılmaz" biçimi olan "modern uygarlığa" doğru ilerlemeye yönelik teleolojik bir çabadan ziyade, gelişen modern devletin güç dinamiklerinin doğal bir parçası olarak görülmesi gerektiğini hatırlamakta fayda var. Söz konusu "uygarlaştırıcı" söylemlerin sömürgecilik, sömürgeci modernite ve sömürgecilik sonrası milliyetçi rejimlerin iktidarı devletin elinde toplama çabasında kullandıkları ideolojik araçlar olduğu gerçeğini sürekli aklımızda tutmamız daha da iyi olacaktır.[3] Her ne kadar bu söylemler hegemonik modernitenin ve dolayısıyla hegemonik milliyetçiliğin "kültürel teknolojisinde" güçlü bir aracı temsil etse de, bu hukuki yeniden yapılandırmanın gerçek nedenlerini oluşturdukları söylenemez.

Bu teknolojinin bir örneği, geçtiğimiz yüzyıl boyunca Müslüman dünyasında (ve daha uzun süre Hindistan'da) yasal değişiklikleri tanımlamak için Avrupalı Amerikalı akademisyenler tarafından yaygın olarak kullanılan "reform"[4] terimidir. Arapçadaki tam karşılığı "*ıslah*" olup, diğer İslami dillerde kullanılan eşdeğer terimlerin kavramsal temelini oluşturmaktadır; "reform" ve "*ıslah*" neredeyse aynı anlama gelmektedir: "gelişmiş bir forma dönüştürmek" ve 'değişim yoluyla iyileştirmek'. İngilizcede ise "bir kötülüğe başka bir yöntem uygulayarak veya getirerek son vermek" gibi bir nüansa sahiptir.[5] Dolayısıyla, yaygın "reform" ve "*ıslah*" terimlerine içkin ideolojik anlam yükü, kendisi de kültürel teknolojinin önemli bir bileşeni olan ilerleme yoluyla iyileştirme mitinin ayrılmaz bir parçasıdır. Dolayısıyla ele almamız gereken, belirgin ve karakteristik olarak İslami bir düzenden modern düzene geçişe izin veren değişikliklerdir. Bu dönüşümü "reform" olarak adlandırmak, kökenlerini sömürgeci ideoloji ve kültürel teknolojide bulan siyasi söylemlere dolaylı yoldan ve çoğu zaman bilinçsizce dahil olmak demektir.

Elbette "modern" terimini ve onun türevleri olan "modernite", "modernleşme" ve "modernizm"i benimseme konusunda da daha iyi durumda değiliz. Ancak "İslami reform" dilinde gizli olan ve şimdiye

[2] Örnek olarak bkz. Peters, "Administrators and Magistrates," 379.

[3] Devletin yükselişiyle bağlantılı "kültürel devrim" hakkında bkz. Corrigan and Sayer, *Great Arch*. Ulusal kimliğin ifade edilmesinde hukukun rolü üzerine bkz. Massad, *Colonial Effects*, özellikle 18-49.

[4] Bu terimin kavramsal sorunları hakkında, bu çalışmanın genel Giriş bölümünün 1. Kısmına bkz.

[5] *Merriam-Webster Eleventh Collegiate Dictionary*. Bu, İslami inanç ve uygulama sisteminin ayrılmaz bir parçası olarak görülen ve yüzyıllardır süregelen *tecdîd* (yenileme) anlayışıyla keskin bir tezat oluşturmaktadır. Bkz. Hallaq, "On the Existence of Mujtahids."

kadar akademik eleştirel yorumlardan büyük ölçüde kaçan sorunların aksine, "modernite" ve "modern", en az Batılı aydınlar kadar Doğulu analistler (özellikle Subaltern Okulu)[6] tarafından da sistematik olarak eleştirilmiştir. Bu çok yönlü eleştirinin ortaya koyduğu anlayış çerçevesinde "modern" teriminin her türlü olumlu kullanımı temkinli olmalıdır.

Yine de genel olarak "reform"un ve özellikle de aile hukuku "reformu"nun nihai kültürel dayanağı, "reform"un tek mantıklı çözüm olduğu bir İslam hukuku tarihsel anlatısı inşa eden çok daha geniş bir kültürel bilgi hegemonyasının ayrılmaz bir parçasını oluşturmaktadır. İslam hukukunun tanımı gereği dini ve idealist olduğu, hizmet etmesi gereken toplumdan olduğu kadar bireyin kaygılarından da uzak olduğu söylenmiştir. "Ceza hukuku" ve "kamu hukuku" -sanki İslam'ın kelime dağarcığında bu tür tanımlamalar varmış gibi- başlangıçtan itibaren önemsizdi. Modern ulus-devletin Oryantalist bir izdüşümü olan "devlet"in İslam hukuku yerine gerçekçi olmayan bir şekilde marjinal olarak tasarlandığı ve suçluların, işlevini Avrupa hukukunun (cezaya öncelik verilen) "etkili" tarzıyla yerine getirmekte son derece başarısız olan bir hukuk sistemi tarafından serbest bırakıldığı gerçek dünyanın ihtiyaçlarıyla ilgilenmediler.[7]

Böylece hukuk, dini ibadetler ve ahvâl-i şahsiyye dışında tüm dallarıyla devlet ve toplumdan ayrılmış oldu. Ancak İslam hukuku ile "toplum ve devlet" arasındaki bu "boşanma", büyük ölçüde paradigmatik olan bu anlatıda, İslam hukukunun "doğasında var olan" bir başka temel özelliğin, yani değişememesinin sonucuydu. Bu boğucu durgunluk, onuncu yüzyıldan bu yana İslam hukuk tarihini özetlemek için tasarlanmış bir ifade olan "*İctihad* Kapısının Kapanması" sloganıyla damgalandı. Bir yanda sömürgecilerin yerli halkları yönetme ve idare etme isteği ile diğer yanda İslami "kamu hukukunun" gerçeklikle bağını kopardığı iddiası arasında kapsamlı bir nedensellik ilişkisi olduğu, ancak doğrudan sömürgeci sömürünün hem kendisini hem de sömürgeleri tükettiği ya da tükenmiş gibi göründüğü son yarım yüzyılda fark edilen bir meseleydi. Meşhur Kapı'nın kapatılmasının bir efsaneden, hem de merkezi bir efsaneden başka bir şey olmadığının keşfedilmesi için de aşağı yukarı aynı zamanda dilimi belirlenebilir.[8] Bu kültürel bilginin etkileri sadece sömürge ve yeni

[6] Bu okul ve eleştirileri hakkında bkz. Lal, "Subaltern Studies," 135-48; Young, *White Mythologies*, 199-216 ve devamındaki pasajlar.

[7] Örnek olarak 14. Bölüm, 1. Kısımdaki tartışmaya bkz.

[8] Yeniden değerlendirme için bkz. Hallaq, "Was the Gate of Ijtihad Closed?"

sömürge politikaları ve siyasetinde değil, çok daha önemlisi yerel bilginin şekillenmesinde de yoğun bir şekilde mevcuttu. Avrupalı sömürgeciler İslami ahvâl-i şahsiyye hukukuna stratejik bir önem atfetmediklerinde (çünkü bu kurallar başka şeylerin yanı sıra maddi sömürü amacıyla sistemik (yeniden) düzenleme süreçlerine müdahale etmiyordu), onların akademisyenleri bu hükümetlerin Müslümanların ahvâl-i şahsiyye hukuklarına gösterdikleri kutsal saygıdan dolayı "reform" yapmaktan kaçındıkları fikrini yaydılar.

Elbette bu duyarlılık, hukukun geri kalanının, ibadetler hariç, gerçek modern dünyada hiçbir yeri olmadığı halde, bu hukukun bireysel Müslüman için önemini ve merkeziliğini göstermektedir. İslam hukukunun bu oldukça yeni kurgusu, tıpkı modern hukukun kendisi gibi, niteliksel olarak farklı bir yerel hukuk sisteminin ve aynı derecede farklı bir yerel tarihsel anlatının yerinden edilmesi olarak ortaya çıktı. Yasal değişikliklerin kendisi, "reformlar", üst üste bindirilmiş modern anlatının geçerliliğinin ve ulemanın yetersizliğinin, "yozlaşmasının" ve "gelişme" ve "ilerleme" arzusundan tamamen yoksun olduğunun kanıtı olarak sunuldu. Böylece, İslam'ın hukuki yapılarını yıkmak için gerekçe-makulleştirme teşkil eden anlatının kendisi, zorla, Müslümanların genel olarak kendi tarihlerine ve özel olarak hukuk tarihlerine dair edindikleri bilgi haline geldi (hukuk tarihinin kendisi yeni bir icattı). "Zorla" diyorum çünkü bu bilgi vazgeçilmez bir mantıksal mesele, hukuki dönüşümlerin gerçekleşmesi için bir ön koşuldu. Bu kültürel bilgi aslında zihnin fethi anlamına geliyordu ve sömürgeci güçlerin çok iyi anladığı gibi bu özel fetih, bedenin fethinden daha önemliydi: çünkü bedenin fethi kısmi bir kontrol sağlarken, zihnin fethi topyekûn bir hâkimiyet sağlıyordu.[9]

Müslümanların kendi (hukuk) tarihlerine ve dolayısıyla tarihsel benliklerine ilişkin *modern* bilgileri, hâkim söylemlerin şimdiki ve gelecekteki hukukun şeklini belirlediği bir alandır. Ahvâl-i şahsiyye hükümlerinin kutsallığı ve hassasiyeti, bir kez bu şekilde işaretlendikten sonra, modern kimlik siyaseti için referans noktası olarak alınmıştır. Eğer aile hukuku "İslami kimliğin tercihli sembolü"[10] olarak ortaya çıktıysa, bu sadece Müslümanların bilgi dağarcığına hassasiyet göstermeleri gereken bir alan olarak yerleştiği için değil, aynı zamanda modernleşmenin tahribatından kurtulacak son Şeriat kalesini temsil ettiği içindir.

[9] Bu bağlamla ilgili olarak bkz. Yeğenoğlu, *Colonial Fantasies*, 95–120.

[10] Hélie-Lucas, "Preferential Symbol," 391–407; Moors, "Debating," 150.

Şeriatın düzenlemesi için geriye kalan şey, artık evlilik ve boşanmanın yanı sıra miras, çocuk velayeti ve bağışlar gibi alanları da içerdiği görülen ahvâl-i şahsiyyeydi. Bugün bile popüler Müslüman muhayyilesi, Şeriatın bu kalıntılarını *fıkhî* aile hukukunun otantik ve gerçek bir ifadesi olarak görüyor gibi görünse de işin aslı, bu hukuk alanının bile nihayetinde hem klasik *fıkh*ın özünden hem de *fıkh*ın işlediği metodolojiden kopmasıyla sonuçlanan yapısal ve temel değişiklikler geçirmiş olmasıdır. Zira bu metodolojiyi sürdürmek, yalnızca Arap hermenötiğini değil, aynı zamanda bu karmaşık epistemik geleneğin insani ve kurumsal taşıyıcılarını da sürdürmek anlamına geliyordu. Başka bir deyişle bu, *vakıf* ve *medrese* kurumları da dahil olmak üzere tüm hukuki bilgi sosyolojisini üreten sistemin sürdürülmesini gerektiriyordu. Ancak bu bağımsız kurumların doğmakta olan devletin önünde durduğunu, yani mali, hukuki ya da başka türlü merkezileşmenin önünde bir engel teşkil ettiklerini gördük. Dolayısıyla, ahvâl-i şahsiyyenin kendi yerel hukuk *sistem*inden, kendi ekolojik ortamından koparılması, ulus-devlet sürecinin hem zorunlu hem de kaçınılmaz bir sonucuydu.

Bu ayrılık hem idari hem de yorumlayıcı teknikleri içeren çeşitli araçlar vasıtasıyla gerçekleştirilmiştir. İslam geleneği ve tarihindeki belirsiz kökenlere atfedilen bu araçlar, daha önce hiç düşünülmemiş sonuçlar elde etmek için geliştirildi ve artırıldı. Bu araçlardan ilki, hukuktaki her türlü değişikliği meşrulaştırmak için genellikle üstü kapalı olarak kullanılan bir kavramdı. Modern öncesi *fıkıh*ta, hukukun ihlali anlamına gelse bile kişinin kendisine zarar vermekten kaçınmasına izin verilirdi, örneğin açlık tehdidiyle karşı karşıya kalındığında dinen necis olan yiyeceklerin tüketilmesi gibi. Bir *fürû fıkıh* ilkesi olan "gereklilik" (*zaruret*) kavramı,[11] modern hukukçular tarafından iki şekilde temelden dönüştürülmüştür: birincisi, *fürû fıkıh* alanından (nispeten az sayıda vakayı düzenlediği) hukuk teorisi alanına aktarılmış ve bu da genel olarak pozitif hukukun inşasını ve işleyişini düzenlemeye başlamıştır. İkincisi - ve kısmen ilkinin türevi olarak - ilkenin kapsamı tanınmayacak kadar genişletildi, böylece "*zaruret*in" sınırlarını hukukun sınırları içinde belirlemek yerine, hukuk bütünüyle faydacı zaruret ilkeleri içinde (yeniden) tanımlandı. Böylece hukuk ilkesi, hukukun daha büyük gerekliliklerine tabi olmaktan, hakim ve her şeyi kapsayan bir ilke olmaya doğru baş aşağı çevrilmiştir.

[11] Bu kavramın *fıkıh usûlü* bağlamındaki geniş bir tartışması için bir sonraki bölüme bkz.

İkinci araç ise prosedüre ilişkindi,[12] yani İslam pozitif hukukunun belirli kısımlarını değiştirmeksizin, bu araç sayesinde belirli iddiaları yargı uygulamasının dışında bırakmak ve böylece *fıkhî* hukuku tozlu kağıtlar üzerinde sadece mürekkep olarak bırakmak mümkündü. Örneğin, dini duygulara saygı gösterilerek çocuk yaşta evlilikler açıkça yasaklanmamış, ancak bu *fıkhî* hukukun etkilerini ortadan kaldırmak için, artık neyin yasal olup neyin olmadığını belirleme yetkisine fiilen sahip olan nüfus memurluğuna, yalnızca tarafları reşit olan sözleşmeleri tescil etmesi talimatı verilmiştir. Benzer bir değişiklik sözlü şahitlik ve sözlü deliller alanında da yapılmış, mahkemelere yazılı ve belgesel delilleri olmayan davalara bakmamaları talimatı verilmiştir. Aynı şekilde, hükümdarın *siyâset-i şer'iyye*sinin geleneksel yetkisi tanınmayacak kadar genişletilmiş, modern devlete maddi hukuku kontrol ettiği gibi usul hukukunu ve yasal idareyi de kontrol etme konusunda mutlak bir ayrıcalık tanınmıştır.

Fıkhın fiilen dağıtılıp yeniden yapılandırılmasından yeni pozitif hukukun yaratıldığı en etkili yöntemlerden biri olan üçüncü araç, iki düzeyde işleyen eklektik bir yaklaşımdan oluşuyordu: *tehayyür* ve *telfîk* (sözlük manası olarak "seçme" ve "birleştirme"). İlki, sadece ekolün "zayıf" ve itibarsız görüşlerinin değil, aynı zamanda diğer ekoller tarafından benimsenen görüşlerin de dahil edilmesini içeriyordu. Bu yöntemin açtığı seçenekler sınırsız görünüyordu, zira Sünni ülkelerin kanunlarına dahil edilebilecek görüşler sadece İmâmiyye Şiâsının görüşleri değildi, aynı zamanda uzun süredir varlığını sürdürmeyen Zâhirî ekolün görüşleri de dahil edilebilirdi. *Telfîk* daha da cüretkar bir teknik içeriyordu. *Tehayyür*, çeşitli ekollerden tek bir kanun için görüşlerin toplanmasını gerektirirken, *telfîk* ekolün içindeki ve dışındaki çeşitli kaynaklardan tek bir görüşün unsurlarını bir araya getirmek anlamına geliyordu. Bunun ürünü tamamen yeniydi, çünkü şimdi birleştirilen görüşler aslında tamamen farklı ve belki de uyumsuz öncüllere aitti.[13] Her iki yöntemin de İslam hukukunda hem fakîhler hem de "devlet yetkilileri" için yasaklanmış olduğu belirtilebilir. Modern öncesi Şeriatta, Müslüman birey, mezhepler arasında tamamen ya da kısmen seçim yapma özgürlüğüne sahipti, ancak bir muamele için hangi mezhebi seçmişse ona bağlıydı (o muamelenin tüm etkileri tükenene kadar, örneğin Şâfiî

[12] Aşağıdaki dört araç Norman Anderson tarafından tanımlanmıştır, ancak benim sözleşme şartlarının belirlenmesine ilişkin açıklamam onunkinden farklıdır. Bkz. onun Law Reform, 42-82. Anderson'ın tartışmasının bir özeti H. Liebesny, *Law of the Near and Middle East*, 136-39'da bulunabilir. Ayrıca Anderson'ın "Eclipse of the Patriarchal Family," 224-25.

[13] Bkz. Liebesny, *Law of the Near and Middle East*, 138; Hallaq, *History*, 210, 261.

bir evlilik Mâlikî hukuku tarafından feshedilemeyeceği gibi, Hanbelî bir ortaklıkla ilgili bir anlaşmazlık da Hanefî hukukuna göre karara bağlanamazdı). Bu çift katmanlı yöntemin örnekleri, Müslüman kocalar tarafından söylenen *talak* lafızlarının sonuçlarına getirilen ciddi kısıtlamalar ve yemin etmekten ya da tehdit içeren beyanlarda bulunmaktan kaynaklanan şartlı feragatlerdir. Başta Mısır ve Irak olmak üzere bazı ülkelerde bu yöntem miras hukukunda bile köklü değişiklikler yapmak için kullanıldı; örneğin, miras bırakılan malın toplamının terekenin üçte birini geçmemesi şartıyla bir mirasçı lehine vasiyette bulunmak yasal hale getirildi. Ayrıca diğer mirasçıların rızası da artık gerekli değildi.[14]

Dördüncü araç ise neo-*ictihad* olarak adlandırılan ve burada Arap hermenötiği olarak adlandırdığımız yaklaşımdan büyük ölçüde uzak olan yorumlayıcı bir yaklaşımdır. Bir anlamda, *tehayyür* ve *telfîk* yöntemi bu genel yaklaşıma dayanır, zira bir görüşün farklı unsurlarını bir araya getirme eylemi bir ölçüde yorumsal özgürlük gerektirir. Ancak, evlilik dışı gebelikleri aile sınırları içinde tutmak için çok çalışan bazı yetkili klasik hukukçuların zaman zaman dört yıla kadar uzattıkları hamilelik süresini bir yılla sınırlamak gibi yeni bir yorum türünün başka örnekleri de vardır. Bir başka örnek de 1956 tarihli Tunus Ahvâl-i Şahsiyye Kanunu'dur. Bu kanun, Kur'ân'ın dört eşe kadar evlenme iznini açıkça erkeğin onlara tam bir adalet ve hakkaniyetle davranma kabiliyetine dayandırdığı gerekçesiyle çok eşliliği yasaklamaktadır ki bu şart, kanun koyucular tarafından esasen idealist ve ulaşılması imkansız olarak yorumlanmıştır.[15]

Beşinci ve son araç, ilkine çok benzer şekilde, Şeriat ile çelişmeyen her kanunun yasal kabul edilebileceği şeklindeki eski ancak sınırlı ilkenin yeni bir uygulamasını temsil etmektedir. Çocuk yaşta evliliğin yasaklanması ve kocanın tek taraflı boşanması bu kategoriye giren kanunlar olarak görülmektedir.

Bütünüyle bu araçlar hem doğrudan hem de dolaylı olarak, devletin İslami hukuk geleneğini kendi iyi tanımlanmış kodifikasyon yapılarına dahil etme görevini yerine getirmiştir. Ancak bu araçların en önemlileri üçüncü ve dördüncü yöntemler olup, bunlardan ilki hukukun büyük bir kısmını kelimenin tam anlamıyla tedarik ederek,

[14] Krş. 8. Bölüm, 6. Kısım.

[15] Bu Kanun'un Açıklayıcı Metni'nde devlet hâlâ ulemanın dini otoritesine başvurmaktadır; ulemanın bu konudaki "görüşü" muhtemelen Kur'ân'ın 4:129 ayetine dayanmaktadır: "Ne kadar isteseniz de eşleriniz arasında asla eşit davranamayacaksınız."

belirli, amaçlanan etkileri üretmek üzere yeniden şekillendirmiştir. Bu etkilerin en önemlilerini bir sonraki bölümde tartışacağız, ancak şimdilik bu yapısal farklılığın en göze çarpan yan ürününe, yani Şeriat ve kodifiye sistemlerde hukukun söylemsel olarak çözülmesi arasındaki farka dikkat çekmeliyiz. Bu kitabın I. Bölümünde, her bir ekolde otoriter bir görüş belirlemeye yönelik sistemik yorumsal eğilime rağmen, *ictihad*î çoğulculuğun engellenemediği gösterilmişti. Ve bu çoğulculuk sadece hukuki değişimden değil, aynı zamanda hukukun uygulanmasındaki esneklikten de kısmen kaynaklanıyordu.[16] Örneğin kadınlar herhangi bir mezhebe başvurabilir ve fiili uygulamada *kâdı*, belirli bir duruma uyum sağlamak için bu mezhebin herhangi bir görüşünü uygulayabilirdi. Öte yandan kodifikasyon, bu tür hukuksal ve yorumsal olasılıkların neredeyse tamamını ortadan kaldırarak hem davacıları hem de hakimi tek bir formülasyonla ve büyük olasılıkla tek bir yargısal uygulama biçimiyle baş başa bırakır.

2. Ahvâl-i Şahsiyye ve Yeni Ataerkillik

Bu araçların mühendisliği ve belirli etkiler yaratacak şekilde düzenlenmesi, hukukun sahibi ve uygulayıcısı olan modern devletin işiydi. Bu devletin İslam dünyasına girmiş en merkezi ve hakim modern kurum olduğu bir gerçektir. Avrupa modernitesinin birincil ve öncü kurumu olarak, temas ettiği neredeyse her varlığı sürekli olarak tanımladı, yeniden tanımladı ve etkiledi. Müslüman dünyaya ister dayatma ister taklit yoluyla dahil olsun, tanımlayıcı, kurucu ve temel özellikleri her yerde neredeyse aynıydı. Dışarıda savaş yürütme ve aynı ayrıcalıkla kendi sınırları içinde şiddet uygulama hakkını münhasıran kendine ait gördü; sistematik gözetim ve disiplin mekanizmaları geliştirirken kendini egemen ilan etti; vücudun dolaşan kanla yaşaması gibi milliyetçilikle yaşadı; kanun yapma ve uygulama hakkını münhasıran kendine mal etti; ve tüm bunlarda vatandaşın "babası" oldu. Bir erkeğin ailenin reisi olması gibi, devlet de toplumun reisiydi. Böylece ulus-devlet, nitelikleri arasında hükmetme ve boyun eğdirme gücü ile milleti, milliyeti, vatandaşlığı ve bunların öznesi olan vatandaşı savunma, geliştirme ve sahiplenme hakkı ve görevini birleştirdi.

Milliyetçilik her zaman dişil olanı ikincilleştiren eril bir anlayış olmuştur. Aynı zamanda, "bilimsel" bir öncül olmasa da kanın saflığına dair belirli bir varsayımdan kaynaklanan, belirgin bir

[16] Bu, Hallaq, *Authority*'deki ana bulgulardan biridir.

şekilde ırksal bir kavramdır. Fransız ulusunun İtalyan, Arap ya da Çinli spermlerin yardımıyla oluştuğu görülseydi, bu anlayış saçmalığa dönüşürdü. Çünkü sperm bu anlayışın merkezinde yer almaktadır. On dokuzuncu yüzyıl Avrupa'sında bir ulusun kanı sadece bir sembolizm ve semiyotik meselesi değil, aynı zamanda bilimsel bir projeydi. Aralarında Galton, Spencer, Darwin ve Gardner'ın da bulunduğu pek çok bilim adamı, insan vücudunun her parçasının ve kişiliğin her özelliğinin kan yoluyla spermin oluşumuna katkıda bulunduğunu ileri sürmüşlerdir.[17] Ve ulusların biricikliğini sağlayan da bu biyolojik ve evrimsel işleyişti. Bu mantıktan hareketle, ulusal nitelikleri belirleyenin kadın değil erkek olduğu anlayışı ortaya çıkmıştır ki bu da erkeğin - spermi aracılığıyla - devletin öznesi olarak ulusu tanımladığını ve tam anlamıyla oluşturduğunu söylemenin bir başka yoludur. Örnek teşkil eden bir figür olarak, aynı şekilde onu bir egemenlik nesnesi olarak oluşturmuştur. Bu tasarımda kadınlar üreme araçları haline gelirken, modern devlet de "kadınların üreme becerilerinin kullanımını" belirleme hakkına sahip oldu.[18]

Müslümanların karşılaştığı ulus-devlet maskülen bir varlıktı ve on dokuzuncu ve yirminci yüzyılın başlarındaki haliyle tam anlamıyla ataerkil bir düzendi ve öyle olmaya da devam ediyor.[19] Bu Bölümün önceki bölümlerinde gördüğümüz gibi, Ortadoğu (ve Afrika) ülkelerindeki sömürgecilik sahnesine hakim olan, Fransız modeliydi. Bir İngiliz himayesi olan Mısır bile bu modeli tercih etti.[20] Ve bunun neden böyle olması gerektiğini anlamak zor değildir. Ulus-devletin en belirgin özelliklerinden biri, hukuk alanını bütüncül bir şekilde sahiplenmesiydi; bu sahiplenme, hukuk sisteminin merkezileşmesini ve bürokratikleşmesini öngörüyordu. İngiliz ictihad hukuku sisteminin belirleyici bir özelliği olan hakimlerin kanun yapmasına yer yoktu. İctihad hukuku dağınık bir olgudur; merkezilikten, otoritenin net bir sesinden ve devletin yasalarını otoriter bir şekilde açık ve kesin bir şekilde telaffuz edebilecek metinsel bir homojenlikten yoksundur. Bu nedenle güçlü bir sömürgeci rejim (ve daha sonra milliyetçi yönetim) tam bir kontrol aracı olarak kanun, tüzük ve yasaya ihtiyaç duymuştur. İngilizler bile sömürgeleri hukuksal olarak yeniden yapılandırırken bu tür bir yasamaya başvurmuşlardır.

[17] Barker-Benfield, "Spermatic Economy," 65.
[18] Hatem, "Professionalization of Health," 67.
[19] Genel bir arka plan analizi için bkz. Sharabi, *Neopatriarchy*.
[20] Ghasûb, "al-Qawânîn al-Wad'iyya," 20–24.

Ulus-devletin amaçlarını temsil eden ve somutlaştıran bir araç olan kanunun,[21] aynı zamanda Doğu'nun hukuksal modellerinin yeniden tasarlandığı başlıca yöntem olması tesadüf değildi. Fransız modeli sadece ulus-devletin hegemonyasının siyasi biçimini sağlamakla kalmadı; aynı zamanda - ve daha da önemlisi - bu hegemonyayı destekleyen hukuki içerik ve özü de sağladı. Eğer spermin ulusu oluşturduğu düşünülüyorsa, devletin hukuku da öyleydi. Ancak ulusu oluşturması, şekillendirmesi ve temsil etmesi için hukukun da aynı derecede ulusal olması, ulusun iradesinin, özlemlerinin ve dünya görüşünün somutlaşmış hali olması gerekiyordu. Son tahlilde, hukuk, devletin iradesinin özlü bir ifadesidir ve öyle olmalıdır.

Hukuk, devletin ve onun iktidar iradesinin bir tezahürü olduğu ölçüde, ulusun bir prototipi olarak aile de ister Avrupa'da ister İslam dünyasında olsun, devletin yeniden oluşturulmuş bir icadıdır. İki ebeveynli bir haneden oluşan ideal aile, geniş aile ve klanın pek çok üyesi arasında ve bu üyeler içinde sadakati sağlayan karmaşık sosyal ağlardan yoksundu. Ulusal ideoloji ve kapitalist üretim tarzı (her ikisi de Avrupa ve diğer birçok devletin yapısına içkindir) tarafından oluşturulan çekirdek aile,[22] bu nedenle toplumsal mühendislik projesinin nesnesiydi; aslında devlet tahayyülünün ve onun ideolojik ve siyasi uygulamalarının özüydü. Ve bu rolü yerine getirmekle görevlendirilen aile, evlilik, boşanma ve miras düzenlemelerinin yanı sıra aileyi üreten ilişkileri tanımlayan ve dikte eden bir dizi uygulamayla devletin hukuku tarafından şekillendirilir.[23] Yine de ailenin kendisi tartışmalı bir şekilde devletle karşılıklı inşa edici bir konumda durmaktadır: devletin evliliğe izin verme ve evliliği feshetme gücü, kendi egemenliğini dayandırdığı bir dizi uygulama olarak tezahür ederken, aile de modern devletin şekillenmesine katkıda bulunmuştur; ancak bu, devlete ve onun sosyal düzeni yeniden yapılandırmaya (ya da önceden var olan parçalarını onaylamaya) yönelik sistematik ve sistemik programlarına uygun koşullarda gerçekleşmiştir.[24]

Ulus-devletin Avrupa'dan Müslüman dünyaya ithal edildiği sömürgecilik döneminde, sömürgeci güçlerin gündeminde Müslüman ailenin yeniden yapılandırılması yoktu, çünkü İslam topraklarında

[21] 13. Bölüme bkz.

[22] Bununla ilgili detaylı bilgi için bu kısmın son paragraflarına bkz.

[23] Bu oluşumun ilk olarak İngiltere'de nasıl geliştiği ile ilgili olarak bkz. Corrigan and Sayer, *Great Arch.*

[24] Joseph, "Kin Contract and Citizenship," 151–53; Joseph, "Public/Private," 83–88; Yilmaz, "Secular Law," 119. İngiltere için bkz. Corrigan and Sayer, *Great Arch*, 12, 36–37, 95–96, ve devam eden pasajlar.

devlet *olarak* devletlerin inşası sömürgecilerin başlangıçta başarmayı amaçladıkları şey değildi. Sömürgeciliğin en önemli projesi olan maddi sömürü, bu yeniden yapılandırmayı gerektirmiyordu ki bu durum (daha önce de gördüğümüz gibi) sömürgeci apolojistlerin buna ihtiyaç duymamayı bir erdem haline getirmelerine olanak sağlıyordu. İleride göreceğimiz gibi, birçok İslam ülkesi yirminci yüzyılın ikinci on yılı gibi erken bir tarihte dolaylı olarak aile hukukunu değiştirmeye girişti, ancak ailenin yasal mekanizmalar yoluyla yeniden yapılandırılması projesi, sömürgeler gerekli değişikliklerin yapılması şartıyla özerklik veya bağımsızlık kazanana kadar ciddi bir şekilde başlamadı. Bununla birlikte, daha önceki bölümlerde gördüğümüz gibi, sömürgeci güçler, doğrudan ya da dolaylı olarak, aile yaşamı ve bu yaşamı düzenleyen kanunlarla kuşkusuz birçok yapısal yönden bağlantılı olan *vakıf* kurumunun ortadan kaldırılmasına neden oldular. Üstelik Fransa, Cezayir'i Fransız ulusunun bir parçası haline getirme gibi eşsiz bir sömürge fikri geliştirdiğinde, defalarca Şeriatın medeni alanla ilgili hükümlerini değiştirmeye ve bunların yerine daha ilerici ve medeni kurallar olarak görülen yasaları koymaya çalıştı. On dokuzuncu yüzyılın ortalarından itibaren, başta *Code Morand*[25] olmak üzere, Müslüman aileyi Devrim sonrası Fransa'sının *état suprême*'i tarafından tasarlanan çizgide yeniden dizayn etmeyi amaçlayan birçok kanun ve kararnameyi yürürlüğe koymaya çalıştılar. Nihayetinde bu tür girişimlerin başarısızlıkla sonuçlanması Cezayirlilerin kararlı direnişinden kaynaklanıyordu ve kesinlikle Fransız çabalarının eksikliğinden değil.

Milliyetçi elitler yavaş yavaş sömürgecilerin yerini almaya başladıkça, yönetişim projesi artık tek boyutlu maddi sömürü hedefiyle sınırlandırılamazdı. Devlet aygıtının temel yapıları zaten mevcuttu ve artık hedef, tüm on dokuzuncu yüzyıl Avrupa devletlerinin kendi ülkelerinde zaten ulaşmış olduğu bir arzu olan mutlak yönetim olacaktı. Bu tür bir yönetim, Fransızların Cezayir'de yapmaya çalıştıklarıyla birlikte, yeni milliyetçi elitlerin başlıca hedeflerinden biri haline gelecekti. İslam dünyasındaki yeni bağımsız devletler, sömürgecilerin sömürgelerde sürdürmek için çok az nedene sahip oldukları bir yönetim projesini devam ettireceklerdi, çünkü bu proje tam anlamıyla sömürgeci hedeflere hizmet etmiyordu. Ancak siyasi bağımsızlık elde edildikten sonra, milliyetçi liderlik ciddi bir şekilde devlet inşasına girişti. Bu liderliğin sömürge yönetimi altında direndiği

[25] Bkz. 15. Bölüm, 4. Kısım.

şeylerde, bağımsızlıktan sonra ısrarcı olması dikkat çekiciydi. Örneğin, Fransızlar döneminde Tunuslu ve Cezayirli milliyetçiler ahvâl-i şahsiyye hukuku alanında herhangi bir değişikliğe şiddetle karşı çıktılar, ancak Fransızlar gider gitmez ve eski milliyetçiler iktidarı devralır almaz, muhtemelen hassas olan bu hukuki alanda derhal bir "reform" programına giriştiler.

Osmanlı'nın ahvâl-i şahsiyyeye ilişkin ilk ve gönülsüz kodifikasyonu ve daha sonraki milliyetçi kodifikasyon projeleri, ilham kaynağını mevcut tek yönetim modelinde buldu: genel olarak Avrupa ulus-devleti ve özellikle de bunun Fransız versiyonu. Osmanlı İmparatorluğu'nun, sömürge sonrası ulus devletlerin ve Afrika'nın büyük bir kısmının borçlu olduğu Fransız Medeni Kanunları (1804'ten yirminci yüzyılın ortalarına kadar), erkeği evdeki baskın figür olarak ilan etmekte tereddüt etmemiştir. 1804 tarihli Medeni Kanun'da ve daha sonra 1938 tarihli halefine kadar, "kocanın karısına koruma, kadının da kocasına itaat borcu olduğu" açıkça belirtilmiştir.[26] 1970 gibi geç bir tarihte bile Fransız hukukunda koca hala "ailenin reisi" konumundaydı. (Benzer şekilde, 1949 yılına kadar Batı Alman Medeni Kanunu kocaya "evlilikle ilgili tüm konularda karar verme" hakkı tanırken, 1957 tarihli Eşitlik Kanunu [madde 1356.I] "Kadının sorumluluğu evi idare etmektir" ifadesiyle başlamaktadır). Dolayısıyla sömürge sonrası milliyetçiliğin parametrelerini belirleyen, doğrudan ulus ve devletten kaynaklanan bu hukuk kültürü olmuştur. Partha Chatterjee'nin Hindistan bağlamına ilişkin yerinde tanımı diğerleri için de geçerlidir: Chatterjee'nin gözlemine göre milliyetçilik "kadınlara yeni bir toplumsal sorumluluk onuru vermiş ve kadınların özgürleşmesi görevini egemen ulus olma tarihsel hedefiyle ilişkilendirerek onları dar ama tamamen meşru bir itaate bağlamıştır."[27]

Bu tabiiyet, Osmanlı topraklarında İslam ahvâl-i şahsiyye hukukunun devlet destekli ilk kodifikasyonunu temsil eden bir kanun olan 1917 tarihli Osmanlı Hukûk-ı Âile Kararnâmesi'nin hükümlerinde geniş bir şekilde kendini göstermektedir. Bu kanunun önemi sadece bu türden ilk girişim olmasında değil, daha da önemlisi zaman-mekan bağlamında yayılmasında yatmaktadır. Zira Türkiye 1926 yılında tüm İslam hukuku sisteminden ayrılırken, 1917 tarihli Kararnâme bugüne kadar Lübnan ve İsrail'in Müslüman dinî kanunu olarak yürürlükte kalmış, 1949 yılına kadar Suriye'nin ve 1951

[26] Bu ve sonraki iki cümle Glendon, "Power and Authority," 6-9'dan alınmıştır.
[27] Chatterjee, "Colonialism," 629–32.

yılına kadar da Ürdün'ün resmî kanunu olmaya devam etmiştir. Bu kanunun önemini arttıran şey, sadece Osmanlı sonrası dönemde Şeriatın hayatta kalan en önemli eseri olması değil, aynı zamanda Müslüman kadınların durumunu iyileştirmeyi amaçladığı iddiasıdır. Peki bunu başardı mı?

1917 tarihli Aile Kanunu genel olarak Şeriat hükümlerinden ayrılmadı, ancak onları kodifiye etti ve böylece *fıkh*ın sağladığı çoğulculuk ve çoklu hukuksal nüans ve varyasyonlardan yoksun tek bir doğrusal dilin katılığına maruz bıraktı. Bu kodifiye edici dönüşümün alamet-i farikası, defalarca belirttiğimiz gibi, hukukun ulus-devlet tarafından sahiplenilmesiydi; bu dönüşüm, hukukun hem özü hem de esası itibariyle Şeriata ait olsa bile, bu gerçeği ve hangi kısmının - ya da bunların hangi kombinasyonunun - hukuk olup olmadığını belirleyenin nihayetinde devlet olduğu mesajını açık bir şekilde veriyordu. Egemenliğin anlamı tam olarak budur ve egemenlik devletten başka kimseye ait değildir.

Yine de İslam hukukunun kodifiye edilmiş bir kurallar bütünü olarak yeniden düzenlenmesi sürecinde, dilsel sunum, odaklanma, kısalık, ayrıntı ve dikkat, kanunun yeniden biçimlendirilmesinde ve şekillendirilmesinde önemli bir rol oynamış, tüm bu faktörler kanunun ne gibi etkiler yaratması gerektiğinin hesaplanmasına katkıda bulunmuştur. Dolayısıyla, *fıkıh*, kadının kocasından çeşitli şekillerde nafaka alma hakkına ilişkin şaşırtıcı bir söylem bütünü sunarken,[28] 1917 tarihli Kararnâme bu söylemi, modern mahkemeyi bu hakların tümünü görmekten mahrum bırakan kısalıkta iki maddeye indirgemiştir. (Bunun aksine, modern öncesi Hanefi hukukunda kadının nafaka hakkı uzun uzadıya tartışılır ve genellikle onlarca sayfaya yayılır).[29] Modern öncesi hakların[30] çokluğundan ortaya çıkan tek şey "yasal ev"dir (*mesken-i şer'î*)[31] ve bu, modern yargıçlar tarafından örfi uygulama ışığında yorumlanabilecek (böylece bir ölçüde sürekliliği koruyacak) bir dildir. Ancak sürekli olarak yeni gerçeklikler lehine değişen bu örf ve adet, zamanla öncekilerin yerini alma, hatta onları hukuki hafızadan silme eğilimindeydi. "Yasal

[28] Bkz. 8. Bölüm, 5. Kısım.

[29] Örneğin, İbnü'l-Hümâm'ın Hanefî eserinde, kadının nafakasına ilişkin hükümlerin açıklanması 17.000'den fazla kelime gerektirmiştir. Bkz. onun *Şerh*'i, IV, 378-409. Benzer şekilde, Nevevî'nin Şâfiî eserinde de aynı tartışma neredeyse 10.000 kelimeyi bulmaktadır. Bkz. onun *Ravda*, VI, 449-89. Bu alan tahsisleri tüm mezheplerde ortaktır. Ayrıca bkz. Ek A, Bölüm no. 43.

[30] Bir önceki dipnottaki kaynaklara ve aynı zamanda 8. Bölüm, 5. Kısma bkz.

[31] Md. 70. Kararnâme *Mecmû'atü'l-Kavânîn*, 353-77'de yer almaktadır.

ev", kadının kocasının ailesiyle birlikte yaşamayı reddetme hakkını[32] vurgulayan hükümle (md. 72) birlikte, mahremiyetin ve eşli evliliğin artan öneminin tanınması gibi görünmektedir, ancak aynı zamanda, yine sessiz kalmak suretiyle, "kadını akrabaların, komşuların ve hatta ücretli çalışanların varlığıyla karşılanması gereken arkadaşlık ihtiyaçları olan sosyal bir varlık olarak inşa eden" modern öncesi hakları da ortadan kaldırmaktadır.[33]

Fakat evlilik ilişkisinin (eskiden geniş aile yapısı içinde karmaşık sosyal ilişkilere dayanan) yasal olarak eş evliliğine indirgenmesi, aynı zamanda, *fıkıh*ta hiçbir şekilde yer almayan bir kavram olan, kocanın (*rabbü'l-'âile*; sözlük anlamı, ailenin efendisi veya reisi) başkanlık ettiği bir aile biriminde kadının bir ev hanımı olarak inşa edilmesine yönelik bir adım teşkil etmiştir. Nitekim 1917 tarihli kanunun 73. maddesi kocanın karısına nazik davranmasını gerektirmekte, kadına da itaat yükümlülüğü getirmektedir.[34] *Fıkıh* mirasında cinsel elverişlilik açısından dar bir şekilde tanımlanan bu yükümlülük, artık kocanın da bağlı olduğu karmaşık bir yükümlülükler sisteminden ayrıştırılmıştır. "İtaat" soyutlama ve genişletmeye uğramış ve üstelik etkili bir tahakküm aracı üretmek için bir araya getirilen oldukça sınırsız Fransız medeni eş itaati kavramıyla birleştirilmiştir. Bu durum çok daha sonra bile pek az değişmiştir. Fas'taki 1957 tarihli aile hukuku üzerine yakın zamanda yapılan bir çalışma, bu ülkedeki sözde reformların gerçekten de Şeriatın yeniden yorumlanmış bir alanında sağlamlaştırılmış bir ataerkil hakimiyet ürettiğini ve aynı zamanda Şeriatın modernitenin ve ulus-devletin doğuşundan önce pratikte sağladığı karmaşık garantilerin ve çok katmanlı güvenlik ağlarının altını oyduğunu ikna edici bir şekilde savunmaktadır.[35]

Kadınların ikincilleştirilmesinin bir başka göstergesi de sömürge sonrası dönemde erkeğin/kocanın itaat edilmesi ve hatta saygı duyulması gereken aile reisi olarak öne çıkarılmasıyla ilgilidir. Modern öncesi Müslüman hukukçuların, kocanın evlilik görevlerini yerine getirememesini *nüşûz* (itaatsizlik) olarak kabul ettiklerini ve bu durumda kocanın karısına karşılıksız bir *hul'* vermesi gerektiğini

[32] Bu hak modern öncesi hukukçular tarafından tamamen kabul edilmiştir. Bkz. Mergînânî, *Hidâye*, II, 43.

[33] Tucker, "Revisiting Reform," 11.

[34] İran Medeni Kanunu'nun (1934) 1105. Maddesi şöyle der: "Eşler arasındaki ilişkilerde aile reisliği kocaya ait bir ayrıcalıktır." Benzer şekilde, Endonezya Medeni Kanunu'nun (*Kitab Undang-Undang Hukum Perdata*) 105. Maddesi "Her koca ailenin reisi olacaktır" hükmünü içermektedir.

[35] Mir-Hosseini, *Marriage*, 191–98; Sonbol, "*Tâ'a* and Modern Legal Reform."

hatırlıyoruz.[36] Başka bir deyişle, kocalar da eşler kadar *nüşûz* suçlamasına tabiydi, ancak sorumluluklarının farklı biçimler aldığı varsayılıyordu. Modern ulusal kanunlarda, *nüşûz* yalnızca kadının sorumluluğu haline gelmiş, kanun tarafından kendisine verilen çeşitli görevleri yerine getirmemesinin bir sonucu olmuştur. Dolayısıyla Cezayir kanunlarında kadın, kocasına aile reisi olarak saygı göstermediği için *nüşûz*la suçlanabilir; Libya ve Yemen'de *nüşûz*, evlilik evinin ihtiyaçları ve işleriyle ilgilenmediği için ortaya çıkar; Fas'ta ise kocanın ebeveynlerine saygı göstermediği için gündeme gelir.[37]

Bu *nüşûz* gerekçelerinin modern öncesi *fıkıh*ta bu kadar geniş kapsamlı olmadığı, esasen cinsel erişilmezlikle sınırlı olduğu açıktır. *Fıkıh*ta aile, akrabalığa dayalı bir sosyal grup olarak, üyelerinin hak ve ödevleri olan, ancak kimsenin *hukuken* reis olarak belirlenmediği bir grup olarak kurulmuştur. Maddi ve ekonomik olarak (geniş bir sosyal varlık alanı) kadınlar hukuken bağımsızdı ve erkeklerle aynı haklara sahipti. Kocalar eşlerinin mallarını yasal olarak kontrol edemezdi. Kadının, kocasının anne babasına saygı göstermesi gerekmediği gibi, kocasının da kendi anne babasına saygı göstermesi gerekmiyordu.[38] Dahası, kanunen kadının evlilik evinin işleriyle ve günlük ihtiyaçlarıyla ilgilenmesi de gerekmiyordu, bu açıkça kocanın görevi olarak belirtilmişti. Ancak hepsi bu kadar değildi. *Fıkıh*ta kadınların sahip olduğu birçok hak modern hukukta tamamen kaybolmuştur; bunlardan en önemlileri kocanın kendi çocuklarını emzirme, evlilik evinin temizlik ve yemek masraflarını karşılama ve karısının kişisel ihtiyaçlarını karşılaması için hizmetçilere ödeme yapma sorumluluğudur.[39]

Bu mahrum edici ve bariz bir şekilde cinsiyete dayalı dönüşümler, farklı yerlerde çoklu etkiler üretmek üzere bir araya gelen ve her zaman kadınların tabiiyetini artırmaya hizmet eden çeşitli faktörler tarafından mümkün hale getirilmiştir. En önemli faktörlerden biri, on dokuzuncu yüzyılda Müslüman dünyasının çoğu ülkesinde yerel pazarların çöküşüydü; bu, söz konusu ülkelerde yeni yaratılan açık pazarlardaki Avrupa hakimiyetiyle nedensel olarak bağlantılı geniş kapsamlı bir olguydu. Alternatif ekonomik üretim biçimlerinin

[36] Bkz. 8. Bölüm, 3. Kısım; 'Aynî, *Binâye*, V, 510-11.

[37] Bunu, geleneksel olarak Mâlikî olan ülkelerde bile büyük ölçüde terk edilmiş olan modern öncesi Mâlikî doktrini ile karşılaştırın. Welchman, *Beyond the Code*, 283-92, ve devamındaki pasajlar. İsrail bağlamında bir ataerkil düzeni diğeriyle değiştirmenin bir aracı olarak *nüşûz* hakkında bkz. Abou-Ramadan, "Islamic Legal Reform," 29-69, özellikle 63-66.

[38] Bildiğim kadarıyla bu konu *fıkıh* eserlerinde hiç gündeme gelmemiştir.

[39] Hısnî, *Kifâye*, II, 146; İbnü'l-Hümâm, *Şerh*, IV, 378–79; Mâverdî, *Hâvî*, XI, 427, 431–32; İbn Kudâme, *Kâfî*, III, 251.

yükselişine yol açan bu ekonomik dönüşümün ayrılmaz bir parçası da kadınların sadece önemli bir rol oynamakla kalmayıp, aynı zamanda ekonomik performansları sayesinde bunun sağladığı mali bağımsızlıktan da faydalandıkları ev ekonomisinin (başka birçok şeyin yanı sıra dokuma ve iplik eğirme) ortadan kalkmasıydı.[40]

İkinci bir faktör de yeni devlet sisteminin inşası için gerekli olan ya da bu sistemin yapılarına tabi olan yeni siyasi, hukuki, ekonomik ve bürokratik elitlerin yükselişiydi. Yeni Müslüman seçkinler (neredeyse tamamı erkek olan), kadınlarına (oy hakkı ya da evlilikte mülk sahibi olma anlamında) tam kişilik hakkı tanımaya henüz başlamış olan on dokuzuncu yüzyıl sonu Avrupa'sını model alarak, değişen iktidar yapılarındaki boşlukları taklit yoluyla doldurdular.[41]

Üçüncüsü ve ikinci faktörden kaynaklananı, yeni ulusal elitin, kadınlara geleceğin ulusal vatandaşını yetiştirme rolünü veren Avrupa eğitim sistemlerini ve felsefelerini ithal etmesiydi. Başarılı ve üretken bir ulusun yaratılmasındaki rolleri ne kadar önemli ve yüce olursa olsun, kadınlardan yine de evde çocuklarıyla birlikte kalmaları bekleniyordu.[42] Bir başka faktör de değişen iktidar yapılarının yarattığı boşluklardı ki bu boşluklar, her zaman zamansal olmasa da mantıksal olarak, az önce özetlediğimiz faktörlerin ortaya çıkmasının ön koşuluydu. Çünkü ulus-devlet mekanizmasının yükselişi bir yerinden etme eylemiydi ve ekonomik dönüşümün yanı sıra bu yerinden etme, hukuksal yapıları, bunların Arapça hermenötiğini ve o zamana kadar toplumsal düzene ve uygulamalarına kazınmış olan tüm yasal kontrol ve denge sistemini etkiledi. 1917 Kararnâme'sinin dili, sadece bu denge ve denetleme mekanizmalarının kaybının değil, aynı zamanda bu farklı faktörler arasındaki etkileşimin de tam bir yansımasıydı.

Bu olumsuz dönüşümü pekiştiren bir diğer faktör de geniş ailenin sürekli olarak küçülmesi ve çekirdek ailenin öneminin artmasıyla eş zamanlı olarak büyüyen yeni ve anomik bir psiko-sosyal düzenin kademeli olarak yükselmesiydi.[43] Bu sosyo-ailesel dönüşümün

[40] Quataert, *Ottoman Manufacturing*, 2–3. Bölümler; Tucker, *Women in Nineteenth Century Egypt*, 3. Bölüm.

[41] Yine de Avrupa'nın teknolojik, maddi ve kültürel hegemonyasına demir atmış bir taklit. Bu bağlamda, fakat Avrupa perspektifinden, bkz. Fuchs, *Mimesis and Empire*. Modern bürokratik prosedürün kentli olmayan Müslüman bir toplumda sorunlu bir şekilde kabul edilmesine ilişkin edebi bir anlatı için bkz. Al-Hakim, *Maze of Justice*.

[42] Bu konuyla ilgili genel bir bilgi için bkz. Abu-Lughod, *Remaking Women*.

[43] Bu argüman, çekirdek ailenin yalnızca modern bir tasarım olduğu varsayımını gerektirmez, ki öyle değildir.

- daha sonra tekrar döneceğimiz üzere- değişen ekonomik üretim biçimlerine bağlı olduğu açıktır, ancak yeterince dikkate alınmayan şey, bu sosyal ve ekonomik dönüşümler ile yeni bireycilik kavramı arasındaki diyalektik ilişkidir. Geniş aile üyelerinin gelirleri, genellikle gruba ait olarak algılanan ve nakit paranın yanı sıra mal ve ürünlerden oluşan ayırt edilemez bir mali havuza aitti. Buna karşılık, ortaya çıkan çekirdek ailede ve büyük bir bürokratik elitin yükselişi nedeniyle, erkeğin maaşlı geliri bireyselleştirilmiş bir ücretlendirme faaliyeti, başka hiçbir aile üyesinin katılmadığı dar bir şekilde tanımlanmış bir iş yoluyla kazanılan bir gelirdi. Artan bireysellik duygusu, erkek odaklı bir ulusal devlet, erkek odaklı yeni bir ekonomi ve bürokrasi ve kadınların münhasır alanı olan ev ekonomilerinin toptan çöküşüyle birleşerek, modernlik bayrağı altında kadınları özgürleştirmekten ziyade ikincilleştirme eğiliminde olan hukuki kodlar ve hukuki kültürler üretti.

Aynı derecede önemli olan ve aynı şekilde analiz edilebilen bir diğer husus da 1917 Kararnâme'sinin kadına tanınan evliliğin feshi yöntemlerini ele alışındaki şaşırtıcı kısalıktır. Kararnâme, kocanın *talak*[44] yoluyla boşanmayı gerçekleştirme konusundaki mutlak hakkını sessizce onaylarken, aynı zamanda, eskiden kötü bir evlilikten kurtulmak isteyen kadınlar için yaygın bir başvuru yolu olan *hul'*[45] hakkındaki açıklamaları ciddi bir şekilde kısıtlamıştır.[46] Madde 116, bununla ilgili maddi veya usule ilişkin herhangi bir hukuki durumu açıklamadan kısaca bahsetmektedir. Bir araştırmacının isabetle belirttiği gibi, "Kararnâme'yi dikkatli bir şekilde okuyan ancak böyle bir boşanmanın yasal bir dayanağı olduğunu fark edebilir."[47] Buna karşın, hatırladığımız üzere, *fıkıh* bu tür bir evlilik feshini tartışmaya sayfalarca yer ayırmıştır.[48] Ayrıca, *fıkıh* uygulamada bir kadının evliliğin feshi için dava açmasına ancak kocasının nafaka vermemesinden (başka şeylerin yanı sıra iflas, terk veya ortadan kaybolma nedeniyle) bir yıl sonra izin verirken,[49] 1917 Kanunu bu süreyi

[44] Kadının sözleşmeden doğan çok eşliliğe karşı kendini koruma hakkı için (ki bu hak 1917 Kararnâme'sinden çok daha öncesine dayanmaktadır), bu bölümdeki çok eşlilikle ilgili aşağıdaki tartışmaya bkz.

[45] Bkz. 8. Bölüm, 2-3 Kısımlar.

[46] Tucker, "Revisiting Reform," 11–12; Zilfi, "We Don't Get Along," 272; Rapoport, *Marriage*, 4; Jennings, "Women," 82–87.

[47] Tucker, "Revisiting Reform," 12.

[48] Bkz. 8. Bölüm, 3. Kısım.

[49] Bazı hukukçulara göre kadın, altı ay geçtikten sonra kocasının cinsel olarak kendisine uygun olmaması durumunda fesih davası açabilir. Bkz. Necdi, *Hâşiye*, VI, 437-38. Bir yıllık süreyi esas alan Suriye ve Filistin uygulaması için bkz. Tucker, "Revisiting Reform," 16.

dört yıla çıkarmış (md. 127), böylece kadının durumunu daha da kötüleştirmiştir. Genel olarak, 1917 Kararnâme'si kadınların çoklu ve çok katmanlı fıkhî haklarını genişletmek yerine daraltmıştır. Yine de yeni yasa erkeğin kadın karşısındaki hukuki ayrıcalıklarının birçoğunu korurken, aile hayatı üzerinde daha yakın devlet kontrolü ve gözetimi sağlamak amacıyla erkeğin haklarını başka açılardan kısıtlamıştır.[50] Ancak sonuçta ortaya çıkan şey, kadınları kurallara bağlanmış bir ev içi alana hapsetmek oldu ve tüm bunlar, bir zamanlar hem özel hem de kamusal alanda ekonomik faaliyetlerin son derece serbest olduğu, büyük ölçüde açık bir toplumsal kamusal alanın yıkıntıları üzerinde gerçekleşti.[51]

Ancak taklit, Avrupa hegemonyasının başlangıcından beri olduğu gibi, modernitenin ayrılmaz bir özelliği olarak devam etmek zorundaydı. Aslında modernite taklidi yeniden icat etti ve cephaneliğinin bir parçası olarak kullandı. Yirminci yüzyılın ilk yarısında Avrupa-Amerika'da proto-feminist hareketlerin yükselişi, sömürgeci kültürel teknolojinin söylemlerini yeniden tanımladı ve bunun sonucunda feminist gündemi teşvik etmek Müslüman dünyasının genelinde hemen yankı buldu. "Tecrit edilmiş Müslüman kadın" on dokuzuncu yüzyılda Avrupalı ve Amerikalı yorum ve eleştirilerin odak noktasıyken, yirminci yüzyılda bu eleştirel yorumlarda kurtarılması gereken acımasız bir ataerkilliğin kurbanı haline gelmişti. Yine de ataerkilliğin yeni biçimlerinin biraz önce özetlenen yer değiştirmelerden/dönüşümlerden doğrudan kaynaklandığına dair çok az kabul vardı. Tahakkümün kültürel teknolojisinin bir parçası olarak bu eleştiri, Müslüman devletlerin yönetici elitlerinin gündemiyle örtüşüyor ve bu devletlerin hukukun özünde yaptıkları değişikliklere yansıyordu. Kadınlar yeni ulusun şekillendirilmesinde bir öncelik haline gelmişti ve hukukun yeniden dizayn edilmesi bu amaca ulaşmanın bir başka yoluydu.

3. Aile Hukuku Mühendisliği

Sosyal mühendislik projesinin ayrılmaz bir parçası da hanımların sözleşmeye dayalı seçeneklerini artırmaya yönelik özel bir çabaydı. Çoğu devlet, *tehayyür* ve *telfîk* yöntemleriyle, evlilik sözleşmesini Hanbelî doktrini doğrultusunda yeniden oluşturdu; bu doktrin, sözleşmenin amaçlarına aykırı olmadığı sürece tarafların diledikleri

[50] Asad, "Conscripts of Western Civilization," 341–42.
[51] Bkz. 4. Bölüm, 4. Kısım.

kadar şart koymalarına izin veriyordu.[52] Bu yeniden yapılandırma, ima yoluyla, şart ve koşulların hukukun yerleşik ilkelerini ya da sözleşmenin kendisi tarafından güvence altına alınan tarafların çıkarlarını ihlal edemeyeceği anlamına da geliyordu. Yaygın olarak benimsenen bu sözleşme doktrini, kadınların evlilik içinde kendi çıkarlarını korumaya hizmet eden hükümler koymalarına izin vermiştir; örneğin, evlilik evi dışında çalışma hakkı; kocasını boşama; kocasının ikinci bir eş almasını yasaklama; ya da boşanma cezası olarak, kocasının evlilik evini kadının rızası olmadan başka bir yere taşımasını yasaklama gibi.

Hatırladığımız üzere,[53] ilki hariç bu şartlar, Hanefî ve Mâlikî mezheplerine göre akdedildiklerinde bile evlilik sözleşmelerine sıklıkla dahil edilmiştir. Elimizdeki kanıtlar çoğunlukla Mısır'dan geldiği için, bu tür eklemelerin kapsamının zaman ve mekana göre değiştiğini tahmin edebiliriz. Yirminci yüzyıl devletinin bu konuda başardığı şey, bu kapsayıcı hakları sistematik hale getirmek ve böylece kadın haklarının asgari ölçeğini yükseltmek olmuştur. Yine de Müslüman kadınlar yeni sözleşme seçeneklerinden yararlanmak için acele etmediler.[54] Bu oranı artırmak amacıyla devlet, kadınların bu tür seçenekleri kullanmasını aktif bir şekilde teşvik etmeye başladı. Örneğin 1995 yılında Mısır Adalet Bakanlığı, çiftlerin model olarak kullanabilecekleri ve kendi istek ve ihtiyaçlarına göre değiştirebilecekleri bir evlilik sözleşmesi taslağı hazırlamıştır - bu sözleşmenin amacı, tüm hukuki olasılıkları ortalama bir vatandaşa duyurmaktı.[55] Ayrıca, hüküm ve koşulların her yerde bulunabilen ve standart bir belgede yer almasıyla, koşullar rutin bir nitelik kazanacak ve böylece kadınların müzakere ya da pazarlık etmek zorunda kalacakları bir eklenti olmaktan ziyade kanunun ayrılmaz bir parçası haline gelecekti. Benzer, standart bir sözleşme 1975 yılında İran'da hazırlanmış ve 1982 yılında İslam Cumhuriyeti döneminde yeniden düzenlenmiştir. Pozitif hukuktaki değişiklikleri yansıtan yeni model sözleşme, kocanın herhangi bir kusuru olmaksızın kadını boşaması halinde, kadının kocasının evlilik süresince biriktirdiği mal varlığının yarısını alma hakkı da dahil olmak üzere bir dizi standart koşul içeriyordu. (1982 Kanunu ayrıca, evliliğin sona ermesinde kusurlu olmadığının mahkeme tarafından tespit edilmesi halinde, kadına evlilik süresince

[52] Buhûtî, *Keşşâf*, III, 216–26.
[53] 4. Bölüm, 5. Kısım ve 8. Bölüm.
[54] Örnek olarak bkz. Welchman, "Special Stipulations"; Welchman, *Beyond the Code*, 163–82.
[55] Moors, "Debating," 161.

harcadığı tüm emeğin değerini alma hakkı da tanımaktaydı). Model sözleşme hükümlerine göre kadın, kocasının kendisini terk etmesi, kötü davranması, başka biriyle evlenmesi ya da nafakayı ödememesi halinde boşanma hakkına da sahip olacaktı. Bu standart(laştırılmış) sözleşmenin *şer'î* bir görünümü vardı, çünkü koca bu koşulları kabul ederek - ki artık kabul etmek zorundaydı - öngörülen koşullardan herhangi birini yerine getirmemesi halinde karısına kendisini boşama yetkisi verdiği söylenebilirdi.[56] (Bu arada, bu devredilmiş boşama yetkileri [*talâku tefvîz*] *fıkıh*ta tamamen tanınmış ve ayrıntılı bir şekilde ele alınmıştır, ancak hiçbir zaman standart bir sözleşmeye dahil edilmemiştir, bu ilk etapta bilinmeyen bir uygulamadır).[57]

Daha önce de söylediğimiz gibi, bu şartların eklenmesi yeni bir şey değildi ve neredeyse tüm mezheplerin geleneksel Şeriat mahkemeleri, uygulamada bu tür koşulların eklenmesini kabul etmiştir. Ancak bu şartların eklenmesi, kadının özel imtiyazı ve bir koruma meselesi olarak kendisine verilen bir koz olmuştur. Bununla birlikte, kısmen kadın ve erkek haklarını eşitleme kaygısıyla yapılan pek çok modern "reformda", bu koşul ekleme ayrıcalığı artık pek çok Müslüman ülkede erkeklere tanınmış ve böylece eşitlik adına kadınların tabi kılınması pekiştirilmiştir.

Ulus devlette evlilik, sözde kadınların konumunu güçlendirmek için mali açıdan yeniden yapılandırılacaktı. Artık yasal evlilik kurumuna, herhangi bir anlaşmanın parçası olarak öngörülmemiş olsa bile, kanunun işleyişi gereği kadınların hak sahibi olduğu nafaka garantileri entegre edilmiştir. Bu, yasalaşmış klasik doktrindir. Daha önce de belirttiğimiz gibi, nafaka giyecek, barınak ve yiyecek temininden ibaretti. Reformlar bunu, fıkhın yüzyıllardır yaptığı gibi, kocanın karısının geçimini sağlama yükümlülüğünü ortadan kaldırılamaz bir görev haline getirmiş ve nafaka masraflarının karşılanması için kocanın mal varlığının herhangi bir kısmına mahkeme tarafından el konulmasını mümkün kılmıştır. Aynı şekilde, kadının da sözleşmeye dayalı olarak *mehir* alma hakkı vardı. Bu hem yasal bir gereklilik hem de toplumsal ve geleneksel bir uygulama olarak kaldı. Her ne kadar Hindistan ve Pakistan'da *mehr*in abartılı bir şekilde şart koşulması bu alandaki suiistimallere karşı yasal düzenlemeler yapılmasına neden olmuşsa da (tarafları makul miktarlarda *mehir* şart koşmaya zorlayarak), birçok devlet, özellikle de Arap dünyasında,

[56] Mir-Hosseini, *Marriage*, 55–58.

[57] *Talâku tefvîz*in farklı biçimleri için bkz. İbn 'Âbidîn, *Hâşiye*, III, 314 vd., 325 vd., 331 vd.; Nevevî, *Ravda*, VI, 44-50; İbn Kudâme, *Muğnî*, VIII, 298 vd.

evlilik sözleşmesinin bu özelliğini geliştirmeye devam etmiştir. Örneğin Mısır'da, *mehir* yalnızca evlilik sözleşmesinin geçerliliği için kanunun işleyişinden kaynaklanan temel bir özellik olmaya devam etmekle kalmamış, aynı zamanda kadın kocanın mal varlığına karşı diğer tüm borç talepleri konusunda öncelik hakkını da elinde tutmuştur. Kadının *mehir* hakkı ortadan kaldırılamaz ve kocanın bunu ödememesi onu hapse attırabilir. Ayrıca, kocanın *mehir* miktarını hanımına teslim etme kabiliyetini arttırmak için, ödeme yapmaması halinde eşit derecede sorumlu olacak bir kefil göstermesi gerekmektedir. (Bu hakların son derece cinsiyetçi bir mantık ve dile göre ifade edilmeye devam etmesi dikkat çekicidir. Günümüzde giderek artan sayıda Müslüman kadının, belki de işsiz olan kocalarından daha kazançlı işlere sahip olduğu bir dünyada, kadınların evin geçimini sağladığı durumlarda dahi, kanun, kocanın haklarını yansıtacak şekilde dilini nötralize etmeyi henüz başaramamıştır).[58]

Müslüman devletlerin büyük çoğunluğunda, özellikle de geleneksel olarak Mâlikî mezhebine bağlı olanlarda, 8. bölümde de gördüğümüz gibi normatif olarak velisinin kiminle evlenip evlenmeyeceğine karar verme konusunda önemli yetkilere sahip bir erkek akraba olarak tanımlanan evlilik velisinin yetkilerine çeşitli kısıtlamalar getirilmiştir. Bu erkek ayrıcalıklarından bazıları yirminci yüzyılın ortalarına kadar korunmuş, ancak o zamandan beri giderek daha fazla saldırıya uğramıştır. Örneğin Fas hükümeti, feminist grupların baskısı altında, velayetle ilgili bazı kabulleri değiştirerek bunu "kadının hakkı" olarak ilan etmiştir ki bu aslında hakların tersine çevrilmesini yansıtan bir değişikliktir. *Fıkıh* kitaplarında, büyük erkek akrabanın velayeti, ailenin ve grubun menfaatlerinin velayet altındaki kişinin medeni menfaatleriyle birlikte değerlendirildiği bir temsil hakkı anlamına geliyordu. Fas yasama organı, evliliğin "kadının rızası olmadan" yapılamayacağını öngörerek bu hakkı garanti altına almayı amaçlamıştır, ancak Fas toplumunun, neredeyse diğer tüm Müslüman toplumlar gibi, aileye ve aileler arası ilişkilere önem verdiği gerçeğini de görmezden gelmenin imkansız olduğunu düşünmüşlerdir. Dolayısıyla, Ahvâl-i Şahsiyye Kanunu'nun 12. maddesi, evliliğin içinde yer aldığı sosyal ağın sözleşme sürecinde mutlaka rol oynaması gerektiği konusunda, veli tarafından temsil edilen aile için bir güvence sunmaktadır. Kadının rızası vazgeçilmez olmakla birlikte, bu maddeye göre veli "evliliği onun adına akdeder." Ancak,

[58] Husseini, "UNIFEM Launches 'Progress of Arab Women 2004'"; Halpern, "Jordan's New Female Workforce."

kadının istediği bir evliliği velisinin akdetmeyi reddetmesi ihtimaline karşı da güvenceler getirilmiştir. Bu nedenle bazı devletler, evlenme çağındaki kadınların, erkek veliler de dahil olmak üzere akrabalarının itirazlarına rağmen evlenme izni almak için mahkemelere başvurmalarına izin vermektedir. Öte yandan, Pakistan ve Hindistan yasalarına göre, babası ya da büyükbabası tarafından evlendirilen reşit olmayan bir kızın evliliğinin yargı yoluyla feshini talep edebilmesi için on sekiz yaşına kadar beklemesi gerekmektedir.

Fas örneği, geleneksel toplum normlarının modern bireycilik anlayışıyla bir arada var olduğu, ancak aynı zamanda bu anlayışa karşı çıktığı modernleşen toplumların geçiş dönemi sorunsalları olarak adlandırılabilecek durumu örneklemektedir. Bireyin özgürlüğünün, onu çevreleyen grubun çıkarları çerçevesinde genişletilmesi - bu çıkarlar ne kadar değiştirilmiş olursa olsun - daha fazla bireyciliğe ve daha az toplumsallığa doğru geçişte yeni bir aşamayı temsil ediyor gibi görünmektedir. Hukukun, geniş aile ve topluluğun en azından hukuki amaçlar bakımından geçersiz ilan edilebileceği salt bireycilik alanına geçmesi an meselesi olabilir. Velayet kurumunun - uygulamada bile - belirli bir ataerkillik gücünü temsil etmesine rağmen, modern araştırmaların sıklıkla ifade ettiği gibi sadece bu güçle ilgili olmadığını her zaman akılda tutmakta fayda var. Hatırlanacağı üzere, veli aynı zamanda çekirdek ve geniş ailenin ve hatta mahalli topluluğun da sesi konumundaydı.[59] Çünkü geçmişte ve günümüzde Müslüman toplumlarda evlilik hiçbir zaman sadece çiftleri ilgilendiren bir mesele olmamıştır.

Topluluk ve bireysellik kavramlarının değişmesiyle birlikte, yetişkinliği tanımlayan toplumsal değerlerde de bir başka dönüşüm meydana geldi; bu dönüşüm büyük ölçüde ekonomik yapılar ve üretim biçimlerindeki büyük değişimlerden kaynaklandı. Yirminci yüzyılın başlarında Müslüman devletlerin çoğu evlilik yaşını yükseltmiş, bazıları ise reşit olmayanların evlendirilmesini suç saymıştır. 1929 Hindistan Çocuk Evliliklerini Engelleme Yasası, damadın on sekiz, gelinin ise on beş yaşını doldurmadığı evlilikler için cezalar öngörüyordu. Pakistan'ın 1961 tarihli Müslüman Aile Kanunları Yönetmeliği'nde bu yaş sınırı on altıya çıkarılmıştır. Mısır gibi diğer ülkelerde ise (henüz) hiçbir kanun[60] reşit olmayanların evlenmesini açıkça yasaklamamaktadır, ancak sıkı kayıt gereklilikleri getirilerek (bkz.

[59] Bkz. 8. Bölüm, 2. Kısım.

[60] Her iki cinsiyet için de evlenme yaşını 18'e çıkaran yasa teklifi kabul edilirse bu durum yakında değişebilir. Mevcut evlilik yasası hakkında bakınız Guindy, "Family Status Issues."

önceki bölüm) bu tür uygulamalara ciddi kısıtlamalar getirilmiştir. Orta Doğu'daki tüm ülkeler artık damatlar için on sekiz yaşını öngörmektedir, ancak gelinler söz konusu olduğunda yaş değişmektedir: Irak on sekiz, Ürdün ve Suriye on yedi, Cezayir on altı, Tunus ve Fas ise on beş yaşı şart koşmaktadır.

Ancak hukukun bu alanlarından hiçbiri çok eşlilik kadar siyasi içerikli değildi. Bu uygulamanın kapsamını daha da sınırlandırmak için atılan ilk adım,[61] evlilik sözleşmesinde bir kadının, kocasının bir kuma alması halinde adli boşanma talebinde bulunma hakkına sahip olduğunu şart koşabilmesini öngören 1917 tarihli Osmanlı Kanunu olmuştur. Yüzyıllar öncesine dayanan bu uygulama, Müslüman dünyasında daha sonraki mevzuatta yaygın hale gelmiş, ancak evliliklerinde bazı olumsuz durumların ortaya çıkması halinde eşlere fesih davası açma yetkisi vermek için genellikle - yine yüzyıllar öncesine dayanan - başka yöntemlerle birleştirilmiştir. Bu yöntemler (a) *talak*ın belirli şartların oluşmasına bağlanması (*ta'lîk*) ve (b) kocanın *talak* yetkisinin (*tefvîz*) üçüncü bir şahsa veya kadının kendisine devredilmesinden oluşmaktaydı; bu yetki, kocanın kuma alması da dahil olmak üzere, kadın tarafından kendisi için dezavantaj olarak yorumlanan belirli şartların oluşması halinde kullanılacaktı.

Çok eşliliğin engellenmesine yönelik bir başka girişim de 1920'lerde Mısır'da bir dizi yasa teklifinde yer aldı, ancak bunlar 1950'lere ve 1960'lara kadar yasa haline gelmeyecek ve Mısır'dan önce Suriye ve Tunus gibi ülkelerde uygulanacaktı. Kuma almak isteyen bir erkeğin izin için mahkemeye başvurmasını gerektiren bu düzenleme idari nitelikteydi. Pakistan'ın 1961 tarihli Müslüman Aile Hukuku Yönetmeliği, mahkemenin izninin yanı sıra kadının rızasını da şart koşmuştur. Ancak mahkeme yine de kadının isteğinden bağımsız olarak ve iki gerekçeden birine dayanarak kocanın talebini reddedebiliyordu: kocanın iki eşe bakacak maddi gücü olmaması ya da iki eşe eşit derecede adil davranamaması. Bu gerekçeler, özellikle de ikincisi, bir kocanın eşlerine adil davranmasını emreden Kur'an 4:3 ayetine dayanmaktadır. Suriye gibi bazı ülkeler, kararın temel gerekçesi olarak mali mülahazaları tercih ederken, diğer bazı ülkeler adalet kavramını (en geniş yorumuyla mali mülahazaları dışarıda bırakmayan) esas kabul etmiştir. Adalet konusunda alınan en

[61] Bu uygulama geçmişte ya da günümüzde Müslümanlar arasında yaygın değildir. Bakınız Tucker, "Marriage and Family," 165-79; Zilfi, "We Don't Get Along," 269 ve burada dipnot 15'te belirtilen kaynaklar; Yilmaz, "Secular Law," 124; Gerber, "Social and Economic Position," 232; Jennings, *Christians and Muslims*, 29, 36, 385.

sert tutum Tunus'a aittir. 1956 tarihli Ahvâl-i Şahsiyye Kanunu'nda çok eşlilik ceza gerektiren bir suç olarak ilan edilmiş ve bir erkeğin, Kur'ân'ın öngördüğü şekilde iki eşe karşı aynı şekilde adil olmasının mümkün olmadığı gerekçesiyle kategorik olarak yasaklanmıştır.

Babalık konusunda da kanunda aynı derecede köklü değişiklikler yapılmıştır. Sosyal uyumu ve ailenin bütünlüğünü korumak amacıyla Şeriat, çocukları mümkün olduğunca "evlilik yatağına" atfetmek amacıyla gebe kalma ve hamilelik sınırlarını esnetmiştir. Temel ve birincil hukuki varsayım (*el-berâetü'l-asliyye*) "çocukların evlilik yatağına ait olduğu" (*el-veledü li'l-firâş*) idi. *Fıkıh* ekolleri, evlilik başladıktan sonra çocuğun meşru sayılabileceği asgari süre ve evlilik sona erdikten veya anne dul kaldıktan sonraki azami süre konusunda farklılık göstermiştir. Bu sürelerden ilki, minimalist doktrinde altı ay olarak sabitlenmişken, ikincisi, mezhebe bağlı olarak iki ila beş yıl arasında değişmektedir. Sayıca ve doktrinel olarak azınlıkta olmalarına rağmen, İmâmiyye Şîası bu süreyi on ay olarak belirleyerek bir istisna teşkil etmişlerdir. Bu nedenle, genel olarak, Şeriat çocukların aile birimlerine entegrasyonunu teşvik etmiş ve çocukları gayrimeşru olarak ayırma eğilimlerini engellemiştir. Bir çocuğun gayrimeşru olduğunu ispatlamak için kanıtların her türlü şüphenin ötesinde olması gerekiyordu, "makul *şüphe*" yeterli değildi. Başka bir deyişle, en ufak bir şüphe bile bulunmamalıydı. Ayrıca, ebeveynlerin fiziksel birlikteliği doğumdan altı ay öncesine kadar herhangi bir süre boyunca imkansız olsa bile, babanın çocuğun kendisinden olduğunu kabul etmesi (*ikrar*) kesin kabul edilirdi.

Bunların çoğu, ilk olarak meşruiyetin kapsamının sınırlandırılması ve ikinci olarak babalık iddialarının ve beyanlarının özelleştirilmemesi yönünde değiştirilmiştir. İngiliz hukukunu takip eden Hindistan ve Pakistan'da, evlilik gerçekleşmeden önce anne ve baba arasında fiziksel birliktelik mümkün değilse ve çocuk bu evlilikten sonraki 280 gün içinde doğmamışsa babanın ikrarı kabul edilmemektedir. Arap devletleri *fıkıh* doktrininin bazı unsurlarını muhafaza ederken, aynı zamanda öngördüğü ve aksi takdirde ortaya çıkabilecek anlaşmazlıkların çözümüne önemli ölçüde katkıda bulunmuş olması gereken son derece hoşgörülü sınırları reddetmiştir. Bu nedenle, 1929 tarihli Mısır yasası, boşanmadan sonra veya kocanın ölümünden sonra meşruiyetin belirlenmesine bir yıllık bir sınır koymakta ve gebelik süresinin bir yıldan fazla olmadığını ilan etmektedir.

On dokuzuncu yüzyıldan önce *talak* evliliği sona erdirmenin en yaygın biçimi olmamasına rağmen, modernitenin kültür endüstrisi talakı erkek egemenliği, kapris ve düpedüz baskıyla ilişkilendirilen ahlaki açıdan iğrenç bir uygulama haline getirmiştir. Erkeğin ayrıcalıklı çok eşlilik hakkıyla (oldukça seyrek görülen bir başka uygulama)[62] ilişkilendirilen ve bir araya getirilen *talak*, bir yandan Doğulu erkeğin tiranlığını, diğer yandan da Müslüman kadının sefil varlığını sembolize eder hale gelmiştir. Bu nedenle erkeğin mutlak boşanma hakkı tamamen ya da bunun imkansız olduğu kanıtlanırsa en azından kısmen engellenmeliydi. Bu reformların en önemlisi, baskı altında, öfkeyle, sarhoşken ya da -bazı ülkelerde- kadının adet döneminde yapılan her türlü boşanma beyanının geçersiz ilan edilmesiydi. Artık yalnızca sorunlu bir evliliği sona erdirme niyetiyle yapılan beyanlar geçerli sayılıyordu, ancak bu beyanlar mutlaka boşanmaya yol açmayabilirdi. Ayrıca çoğu Müslüman ülkede "üçlü boşanma" olarak adlandırılan ve her biri kadının adet görmediği bir dönemde yapılması gereken üç talak beyanını tek bir ifadeye indirgeyen bir formül de kaldırılmıştır.

Çoğu Müslüman ülkede, mahkemede kayda geçirilmeyen *talak* beyanının geçersiz olduğu kabul edilmiştir. Örneğin Fas'ta kocanın *talak* için mahkemeye dilekçe vermesine ya da herhangi bir gerekçeyle bunu kanıtlamasına gerek yoktur, ancak bunu kayda geçirmesi gerekir. Öte yandan, çoğu Müslüman ülkede, adli boşanma talebinde bulunan kadınlar mahkemeye dilekçelerinin gerekçelerini açıklamak zorundadır. Ancak mahkeme zorunlu hale getirilmiştir, çünkü mahkeme *talak*ı uygulama hakkını münhasıran ele geçirmiş, tescil edilsin ya da edilmesin *talak*ı kocanın hakkı olmaktan çıkarmıştır. Bazı ülkelerde koca herhangi bir gerekçe belirtmek zorunda kalmadan talak başvurusunda bulunabilirken, diğer ülkelerde her iki taraf da taleplerinin gerekçelerini eşit şekilde belirtmekle yükümlüdür. Şah dönemi (1967) İran hukukunda, her iki taraf da aynı prosedürel yükümlülükle muhatap olsa da kadınların bu gerekçelere ilişkin alanları kocalarınkinin ilerisine geçecek şekilde genişletilmiştir. İran İslam Cumhuriyeti döneminde 1967 tarihli Kanun yürürlükten kaldırılmış, ancak bazı unsurları Özel Hukuk Mahkemeleri Kanunu'nda varlığını sürdürmüştür. Kocanın mahkemeye başvururken boşanma isteğine ilişkin gerekçeler sunmasına gerek kalmamasına rağmen, kadının *talak* için rızası bir zorunluluk olmaya devam etmektedir. Müslüman

[62] Bkz. 4. Bölüm, 5. Kısım.

ülkelerin büyük çoğunluğunda, kadınların artık iki ek gerekçeyle, yani kocanın eşine veya ailesine nafaka sağlamaması ya da başka bir eş alması nedeniyle evliliğin sona erdirilmesi için dava açabilecekleri söylenmektedir. Ancak bu, yirminci yüzyıldan önce bu tür hakların kadınlar için mevcut olmadığı anlamına gelmemektedir; zira daha önce de gördüğümüz üzere,[63] ilk gerekçede (yani nafaka vermeme) hem mahkemelerin hem de toplumun ortak teamülü, ikinci gerekçede ise (yani başka bir eş alma) kadınların bu tür haklarını garanti altına alan sözleşmeye dayalı bir seçenek mevcuttu. Aradaki fark, yasanın devlet tarafından ilan edilmiş, açık hale getirilmiş ve yaptırıma bağlanmış olması ve prosedürünün bürokratikleştirilerek resmileştirilmiş olmasıdır. Belki de en önemlisi, devlet yetkililerinin kendilerini reform cübbesine büründürmelerine olanak tanımasıdır, ancak özünde kayda değer bir değişiklik olmadığı kesindir.

Aynı şekilde, Şeriatın evliliğin sona erdirilmesine ilişkin hükümlerinin büyük bir kısmı reform adına Müslüman devletlerin medeni kanunlarına entegre edilmiştir, ancak bu reform *fıkh*ın kapsamlı bir şekilde sağladığı karmaşık kontrol ve denge sisteminden yoksun bırakılmıştır. Kanun koyucular bir önceki paragrafta sıralanan iki adli boşanma gerekçesine ek olarak şunları da eklemişlerdir: evlilik hayatını çekilmez ya da tehlikeli hale getiren bedensel ya da zihinsel kusur; normal cinsel ilişkileri imkansız kılan iktidarsızlık; - belirli bir devletin tanımına bağlı olarak - fiziksel istismardan başka bir eş almaya kadar her şeyi içeren zulüm ve kötü muamele; uzun bir süre boyunca gaiplik; ve son olarak, evlilikte geçimsizlik. Bazı Müslüman ülkelerde, bir kadın bu gerekçelerden herhangi birine dayanarak boşanma davası açabilir ve boşanabilirken, kocasına mahkeme tarafından kararlaştırılan bir bedel ödemekle yükümlüdür. Yine, bu gerekçelerin hiçbiri Avrupa'nın Müslüman dünyaya girmesinden önce yürürlükte olan hukuk için yeni değildir. Hatırladığımız üzere, bir kadın, yukarıda sayılanların yanı sıra "çirkin görünüşü nedeniyle kocasından hoşlanmaması veya aralarındaki geçimsizlik" gibi nedenler de dahil olmak üzere pek çok nedenle evliliğinin sona erdirilmesi için *kâdı*ya başvurabiliyordu.[64] Mısır'da 1929 tarihli kanuna göre, "eğer bir kadın kocasının kendi sosyal sınıfından insanların evlilik ilişkisini sürdürmesini imkansız kılacak şekilde kendisine zarar verdiğini iddia ederse, evliliğin feshedilmesi için hakime başvurabilir,

[63] Bkz. 4. Bölüm, 5. Kısım ve 8. Bölüm.

[64] Şîrâzî, *Mühezzeb*, IV, 253–54. Benzer bir şekilde bkz. Hanefî 'Aynî, *Binâye*, V, 506. Ayrıca bkz. 8. Bölüm, 3. Kısım.

bunun üzerine hakim, istismarın kanıtlanması ve onları uzlaştırmada başarısız olması kaydıyla, kadına tek ve geri alınamaz bir boşanma hakkı verir. Ancak, hakim kadının talebini reddeder ve kadın daha sonra iddiasını yineler ancak istismarı kanıtlayamazsa, hakim iki hakem tayin eder."[65] Dolayısıyla, modern sistemde, bir kadının kötü bir evlilikten kurtulabilmesi için kötü muamelenin kanıtlanmasına ilişkin prosedürel şartın gerçekleşmesi gerekmektedir. Buna karşılık fıkıh, kadının birlikte yaşayamamasını fesih için içsel bir gerekçe olarak kabul etmiş, ancak nihai bir karardan önce tahkim ve uzlaşma sağlanması zorunlu bir şart olarak ileri sürülmüştür.[66]

Modern Müslüman kanunları, bir evliliğin sona erdirilmesinden önce gerekli bir adım olan karı koca arasındaki arabuluculuk (*tahkîm* veya *sulh*) şeklindeki *fıkhî* kuralın önemini teyit etmeye devam etmektedir.[67] Arabuluculuk yirminci yüzyıl kanunlarında, hemen hemen her ülkede resmileşmiş ve homojenleşmiş ve -belki de özellikle- *talak* da dahil olmak üzere her türlü boşanmadan önce yerine getirilmesi gereken resmi bir gereklilik haline getirilmiştir. Söylemeye bile gerek yok ki, modern öncesi hukukta arabuluculuk, hem *kâdı* bakımından hem de evlilik anlaşmazlığının yaşandığı toplumsal ortam açısından normatif bir zorunluluktu. *Talak*ın sosyal bağlamına arabuluculuğun dahil olup olmadığını bilmiyoruz, ancak büyük olasılıkla talak *kâdı*ya resmi yargıç sıfatıyla ulaşmıyordu ve bu nedenle *kâdı*nın resmi arabuluculuğunun (doğrudan veya vekaleten) nasıl işin içine girdiğini görmek zordur.[68] Öte yandan, günümüz medeni kanunlarında arabuluculuk, belirli prosedürel gerekliliklerle resmileştirilmiş, her yerde bulunan bir şart olarak karşımıza çıkmaktadır.[69]

Tehayyür yöntemi, Hanefîlere göre erkek çocuklar için yedi, kız çocuklar için dokuz yıla kadar süren annenin velayet hakkına ilişkin kanunda değişiklik yapmak için de kullanılmıştır. Geleneksel olarak Hanefî ülkeleri bu çıtayı bir dereceye kadar yükseltmiştir. Örneğin, 1929 Mısır yasası erkek çocuklar için on, kız çocuklar için on iki yaşını öngörmüş ve 2005 yasası (No. 4) her ikisi için de bu yaşı on beşe çıkarmıştır.[70] Ancak bu ülkeler daha önemli bir değişikliği

[65] Bkz. 1929 tarihli Kanun Madde 6, aktaran Naveh, "Tort of Injury," 22, not 16.

[66] İbnü'l-Hâcib, *Câmi'*, 287 vd.

[67] Welchman, *Beyond the Code*, 283 vd.

[68] "Resmi arabuluculuk", etkili bir toplumsal şahsiyet olarak *kâdı*nın "özel" katılımına izin vermeyi amaçlamaktadır.

[69] Modern hukukta (İsrail örneğinde) arabuluculuğun değişen mahiyeti ve boşanmayı kolaylaştırmaya katkısı hakkında bkz. Abou Ramadan, "Divorce Reform," 255-74.

[70] Kosheri ve diğerleri, "Egypt," 247.

benimseyebilirdi, çünkü Mâlikî ekolü anneye ergenliğe kadar erkek çocukların, evlenene kadar da kız çocukların velayetini alma hakkı tanıyordu. Kuzey Afrika ve Sudan'ın çoğu bu Mâlikî hukuk anlayışını benimserken, geleneksel olarak Mâlikî bir ülke olan Tunus, Hanefî doktrinine daha uygun bir politika izlemeyi tercih etmiştir.[71] İran'da 1382/2003 tarihli Medeni Kanun'da yaş hem erkek hem de kız çocukları için yediye çıkarılmıştır ve bu durum İmâmiyye Şiî *fıkh*ındaki azınlık görüşüne dayanmaktadır.[72] Aynı zamanda, diğer birçok Müslüman ülke velayetle ilgili kararları çocuğun yüksek yararı doğrultusunda *kâdı*nın takdirine bırakmıştır. Yine de çocukların nerede yaşadığına bakılmaksızın, baba onların nafakasından ve bazı ülkelerde eğitimlerinden sorumlu olmaya devam etmektedir. Bu bağlamda, *fıkıh* kurallarında çok az bir değişiklik olmuş ya da hiç olmamıştır.

Öte yandan, miras alanında da önemli değişiklikler yaşandı. Sünni veraset sistemi, aslında baba tarafından genişletilmiş akrabalık ilişkilerinin, yani topluluğun devamını sağlayan ve ölenin mirasına hak kazanmaları, hayatta olduğu sürece miras bırakana ve onun yakın akrabalarına sağladıkları teminat için bir tür geri ödeme işlevi gören modifiye edilmiş bir kabile sisteminden doğmuştur. Kur'ân bu sisteme annelerin, kızların, eşlerin, kız kardeşlerin ve oğulların kızlarının çıkarlarına hizmet edecek pek çok şey eklemiştir. Ancak sistem, belirli bir şekilde, büyük ölçüde ataerkil kalmaya devam etti ve vurgu, grubun güvenliğini garanti altına alan akraba ilişkilerine odaklanmayı sürdürdü. Bu ilişkilerin oluşturduğu zincirleme bağlantı, Bedevilerin yanı sıra kentsel ortama da yayılan geniş aileye dönüştü. Başka bir deyişle geniş aile, hem klan hem de kasaba ya da şehir mahallesi (*hâra*) içindeki sosyal ve ekonomik desteğin temel birimiydi.[73]

Kapitalizmin modern biçimlerinin ortaya çıkışı ve buna bağlı olarak üretim biçimlerinde meydana gelen köklü değişiklikler, başka şeylerin yanı sıra, sadece daha önceki üretim biçimlerinin çöküşüne değil, aynı zamanda toplumsal yapının dönüşümüne de yol açmıştır: tipik aile yapısı geniş aile olan bir toplum, yaygınlaşan ve büyüyen çekirdek aile olgusuyla karakterize edilir hale gelmiştir. Artık babalara, amcalara ve bir zamanlar ailenin muhtaçları, hasta ve güçsüzleri, yetimleri ve boşanmışları için gerçek bir güvence ağı oluşturan diğer

[71] An-Na'im, *Islamic Family* Law, 182–83.

[72] Ansari-Pour, "Iran" (2003-04), 270. 2003 yılından önce anne, kız çocuklarında ilk iki yıl, erkek çocuklarda ise yedi yıl boyunca velayet hakkına sahipti. An-Na'im, *Islamic Family Law*, 110.

[73] Bkz. 4. ve 5. Bölümler.

"aile büyüklerine" sadakat gösterilmemektedir. Her bir aile birimi bundan böyle "kendi başınaydı"; birim, ebeveynler, onların çocukları ve torunları ve tüm bunlar bir arada olduğunda babaları ve anneleri haline gelmiştir. Modern devlet tarafından teşvik edilen "model aileyi" yansıtan bu birim, sadece baskın Avrupa modeli -bu devletin ihracatçısı- olduğu için değil, aynı zamanda yeni "İslami" ulus-devlet, iyi vatandaşın tanımlanmış ve ifade edilmiş alanı olarak böyle bir çekirdek ailenin sadakatini kolayca güvence altına alabildiği içindir. Klanlar ve kabileler içindeki bağlılıklar, yarı-siyasi olduklarından, çok zor bölünebilir. Dolayısıyla, kapitalizmin yeni formlarına ve yeni ekonomik üretim biçimlerine temelden angaje olan ve bunlarla iç içe geçen modern ulus-devletin, modern aileyi belirgin bir şekilde çekirdek olan bir aile olarak yeniden biçimlendirmeye derin bir ilgisi vardı.

Modern devletin yasa koyucuları, miras hukukunu yeniden yapılandırırken, *fıkıh* sistemi altında düşünülemeyecek sonuçlar elde etmek için çeşitli ekollerden unsurları birleştiren *tehayyür* yöntemine büyük ölçüde dayanmışlardır. Yasa koyucuların yararlandığı önemli bir maddi kaynak, yüzyıllar boyunca Sünni doktrin ve pratiğe aykırı ve hatta karşıt kabul edilen İmâmiyye Şiî hukukuydu. İmâmiyye Şiî veraset sistemi, Sünni *fıkh*ı tarafından öngörülen nesep düzenlemelerinden büyük ölçüde ayrılmaktadır. Sünni ve İmâmiyye Şiî hukuk anlayışları arasındaki en büyük farklılığı temsil eden Şiî veraset sistemi, modern çekirdek ailenin gerçeklerine ve taleplerine Sünni muadilinin üretebileceği herhangi bir düzenlemeden daha uygundur. Bu doğrultuda, birçok unsuru çeşitli Sünni ülkelerde uygulamaya konmuş ve Irak'ta Sünniler ve Kürtler de dahil olmak üzere tüm nüfusun kanunu haline getirilmiştir. Daha önce gördüğümüz üzere,[74] İmâmiyye Şiî hukuku çekirdek aile anlayışını desteklemekte ve aile içindeki kadınlara özel bir önem vermektedir. Dolayısıyla, babasının ölümünden sonra, bir kız çocuğunun amcasıyla birlikte hayatta kalması durumunda, Sünni *fıkh*ında babanın terekesi iki mirasçı arasında iki eşit hisseye bölünecektir. İmâmiyye Şiî hukukunda ise kız çocuğu, modern aile mülkiyeti devretme yöntemlerine uygun bir şekilde, mirasın tamamına sahip olur.

Tunus'taki gibi bazı kanun yapıcılar, diğer Sünni hukuk ekollerinin ilkelerinden yararlanarak Mâlikî veraset sistemini değiştirmeyi ve genişletmeyi tercih etmiştir. Mâlikî mezhebinde o zamana kabul edilmeyen *red* (iade)[75] prensibini uygulamaya koyarak, eşlerin bir-

[74] Bkz. 8. Bölüm, 6. Kısım.

[75] Red ile ilgili olarak bkz. Mûsılî, *İhtiyâr*, V, 99–100; Nevevî, Ravda, V, 45 vd.; Liebesny, *Law of the Near and Middle East*, 181. Ayrıca bkz. 8. Bölüm, 6. Kısım.

birlerine mirasçı olabilmeleri için hükümler getirmişler ve bir kızın ya da oğlun kızının "erkek kardeş ya da amca gibi kendi soyundan biri bulunsa bile terekenin kalanını *red* yoluyla almasını"[76] sağlamışlardır. Ortaya çıkan sonuç, kız evlatların erkek evlatlara göre öncelikli olması bakımından, İmâmiyye Şiî sisteminde ortaya çıkanlarla hemen hemen aynıdır. Ayrıca Mısır, Irak ve Sudan'da benimsenen, vasiyetin vasiyeti yapanın toplam miras bırakılabilir servetinin üçte birini geçemeyeceği, ancak vasiyeti yapanın normal payı üçte bir oranında artırılacak bir mirasçı seçebileceği şeklindeki sınırsız ilke de İmâmiyye Şîa'sından esinlenmiştir.

"Varise vasiyette bulunma"nın modern cevazı, *fıkıh* kurallarına göre dedesinin mirasından tamamen mahrum bırakılan önceden ölmüş bir oğlun oğlu sorununa da bir çözüm getirmiştir. Geniş aile içindeki destek dinamiklerinin doğası gereği, yetim kalan bir toruna genellikle büyükanne ve büyükbabası, amcaları ve teyzeleri bakar, bu da *fıkh*ın neden ölen babanın payını hayatta kalan oğluna temsilen tahsis etmek için geçerli bir neden görmediğini açıklar. Yetimler rutin olarak ve doğal bir şekilde ebeveynlerinin yaşadığı aile bireyleri tarafından himaye edilirdi; bu da akrabaların yüzyıllar boyunca neden ölenin terekesinden pay almaya devam ettiklerini açıklamaktadır. Modernitede çekirdek ailenin bir model olarak ortaya çıkması ve nüfus hareketliliğinin katlanarak artmasıyla birlikte, eskiden onlara bakan geniş aile büyük bir düşüşe uğradığı için (birçok bölgede tamamen ortadan kalktığı için) bu tür yetimlerin korunmaya ihtiyacı olmuştur. Yetim torunu İslami miras denklemine dahil etmek tüm sisteme zarar vereceğinden, *fıkıh* içinden bir çözüm gelmedi.[77] Bunun yerine Mısırlı yasa koyucuların öncülük ettiği çözüm, yetim torunları olan her dedenin, dedenin toplam mal varlığının üçte birini aşmamak kaydıyla, hayatta olsaydı babalarının miras bırakacağı miktarı onlara tahsis eden bir vasiyetname hazırlamasını öngören kanun hükmünde kararnameden ibaretti. Büyükbabanın böyle bir vasiyette bulunmaması ya da vasiyetinin kararname kuralına uymaması durumunda, mahkeme vasiyeti buna göre düzeltmek zorundaydı.

2000 yılına gelindiğinde Orta Doğu'da en az sekiz ülke, büyük babanın mirasını yetim torun lehine miras bırakma yükümlülüğü altına sokmuştur.[78] Ancak bu çözüm tüm Müslüman ülkelerde hoş

[76] Anderson, *Law Reform*, 151 (Anderson'un tercümesini biraz değiştirdim).

[77] Anderson'un ortaya koyduğu üzere. Bkz. Onun *Law Reform*, 154.

[78] Carroll, "Pakistan Federal Shariat Court," 75. Bu hararetli konunun Pakistan'daki durumu için ayrıca bkz. Carroll, "Orphaned Grandchildren in Islamic Law," 409–47.

karşılanmamış, Pakistan böyle bir yasanın Kur'ân'ın özgürce seçilmiş bir fiil olarak öngördüğü bir şeyi zorunlu hale getirdiği gerekçesiyle güçlü bir muhalefet sergilemiştir.[79]

Miras ve vasiyet kanunları, özellikle Orta Doğu ve Kuzey Afrika'da *vakıf* hukukunun yeniden yapılandırılmasıyla yakından ilişkiliydi. Bir önceki bölümde, *vakıf*ların hem sömürgeci güçler hem de yerli milliyetçi elitler tarafından başlatılan modernleşme projesinin başlıca saldırı hedeflerinden biri olduğunu görmüştük. Fransız Oryantalistler tarafından 1840'larda üretilen söylem, Osmanlı topraklarına ve daha sonra da halef devletlere sirayet etmiştir. Bu söylem - hem milliyetçi elitlerin hem de Avrupalı Oryantalistlerin dizinin dibinde eğitim görmüş yerli akademisyenlerin yardımıyla - Müslüman kültürlerin yapmadığı bir ayrım olan aile ve kamu *vakıf*ları arasında bir ayrım üretti.[80] Ayrıca milliyetçi ideolojiye, aile vakfının İslam tarihinde oluşum döneminden sonraki bir gelişme olduğu ve bu nedenle ne Nebevi *hadis*lere ne de Sahabeye (*selef*) dayandığı için meşruiyetinin olmadığı fikri de enjekte edildi; buradaki ima, modern olanlar da dahil olmak üzere sonraki gelişmelerin de diğerleri kadar iyi olduğu, özellikle de "modern" gelişmelerin "medeniyetin sofistikasyonu" açısından öncekileri aştığı yönündeydi. Daha da dikkat çekici olan, bu söylemde aile vakıflarının "icadı" ile Müslüman toplumların yüzyıllar boyunca Kur'ân'ın pay ilkesine göre işleyen ve bu nedenle mülkiyetin bölünmesine yol açan miras hukukunun hükümlerini aşma girişimi arasında nedensel bir bağ kurulmasıdır. Yirminci yüzyılın ortalarındaki ulus devletler bağlamında bu söylemin dikkat çekici yanı, *vakf*ın Kur'ân'ın ruhuna "ihanetinin" -ironik bir şekilde- çekirdek aileyi teşvik etmek ve farkında olmadan Şiî hukukuna uymak için tasarlanmış yeni ruhla çelişmesidir.

Fransız sömürgeciler, Osmanlı yönetici eliti ve onların halefi olan ulus-devletlerdeki muadilleri, *vakıf*lara saldırmak için yeterince mühimmat bulamamış gibi, bir de ekonomik kötü gidişattan *vakf*ı sorumlu tuttular, çünkü aile *vakıf*larının doğaları gereği mülkiyeti ebediyen bağladıklarını ve mülkiyetin serbest piyasa ekonomisinde verimli bir şekilde gelişmesini engellediğini ileri sürdüler. Ekonomi modern kalkınma için vazgeçilmez olduğundan, maddi ilerlemeyi engellemek medeniyete doğru ilerlemeyi durdurmak anlamına

[79] Carroll, "Pakistan Federal Shariat Court," 76. Bununla beraber bu konunun imkanı etrafındaki tartışmalar halen devam etmektedir.

[80] Tipik hukuki tartışmalar için bkz. Şîrâzî, *Mühezzeb*, III, 671–702; Şa'rânî, *Mîzân*, II, 136–37; İbnü'l-Hâcib, *Câmi'*, 448–50.

geliyordu. Böylece, bin yılı aşkın bir süredir İslam medeniyetinde sivil toplumun ana dayanağı ve sosyal refah ve güvenlik ağının başlıca aracı olan *vakıf*,[81] medeniyetin yavaşlaması ve geri kalmasıyla eş anlamlı hale geldi. Kemalist Türkiye'de aile *vakfı* kurumu 1926 yılında tümüyle kaldırılırken, aile dışı hayır *vakıf*ları kamu refah kurumları olarak kamulaştırıldı.

Ancak *vakıf*ların ortadan kaldırılması süreci hiçbir yerde Türkiye'de olduğu kadar ani olmadı. Diğer bazı Müslüman ülkelerde aile *vakıf*larının tamamen ortadan kaldırılmasından önce, milliyetçi hükümetler "model (çekirdek) aile"yi yeniden şekillendirme politikalarıyla uyumlu hale getirerek Şer'î *vakıf* hukukunun kapsamını kısıtlamaya çalıştılar. Ancak bunu başarmak için, *vakıf* mütevellisinin eski bağımsız uygulamalarına göre devam etmesine izin verilmedi. Bu özel mütevelli, her ne kadar *kâdı*lar tarafından genellikle denetlense ve ara sıra teftiş edilse de "devletten" bağımsız hareket ediyordu. *Vakıf*lar, bakanlıklar bünyesinde merkezileştirilmeleriyle birlikte, daha önce benzeri görülmemiş kurallara tabi tutuldu; bunların başında herhangi bir *vakf*ın kurulması, iptali, yenilenmesi veya gelir dağılımının değiştirilmesiyle ilgili her türlü işlem için kayıt zorunluluğu geliyordu. Mısır, Orta Doğudaki gelişmelere öncülük etmiştir. Mısır, 1946 yılında dini *vakıf*ların, özellikle de camilerin, bundan böyle Şeriatta olduğu gibi ebedi olarak tayin edileceğini ilan etti; ancak artık altmış yılla (Lübnan'da olduğu gibi) veya iki nesil lehtarın yaşam süresiyle sınırlı olan özel veya aile *vakıf*ları böyle değildi. *Vakf*ın feshedilmesi halinde, yasanın her durum için belirlediği özel koşullara bağlı olarak, mülkün ya lehtarlara ya da kurucuların mirasçılarına geri dönmesi gerekiyordu. Ancak, hem Mısır hem de Lübnan'da, *vakıf* kurucularının değeri miras kalan mallarının üçte birinden daha fazla olan bir *vakıf* kurma özgürlüğüne yönelik bir başka önemli sınırlama daha vardı. *Vakf*ın üçte bir sınırlamasını aşması durumunda, üçte birin üzerindeki fazlalığın varisler arasında bu mülkteki miras paylarına göre paylaştırılması gerekiyordu. Bu sınırlama kısa süre içinde yaygın bir mevzuat haline gelmiş ve 1992 gibi yakın bir tarihte Yemen'de kabul edilmiştir.

1949'da Suriye daha da ileri giderek tüm kamu *vakıf*larının yönetimini bir bakanlıkta merkezileştirdi ve lehtarları tamamen veya kısmen

[81] Aile ve yakın çevre de bir o kadar önemliydi. Ayrıca, yöneticiler sosyal refaha (hastaneler, aşevleri, halka açık çeşmeler, hamamlar, vb.) yatırım yaptıysa, bu neredeyse her zaman *vakıf* kurma yoluyla olmuştur. Yöneticilerin sosyal refah yatırımları hakkında daha fazla bilgi için bkz. van Leeuwen, *Waqfs and Urban Structures*, 9 vd., 86 vd. ve diğer pasajlar; ve yukarıdaki 3. ve 4. bölümler.

bir ailenin üyeleri olan tüm *vakıf*ları kaldırdı. Aynı sert önlem 1954 yılında Mısır'da da yürürlüğe kondu ve 1957 yılında Nasır'ın millileştirme programının bir parçası olarak *vakıf* olarak kurulmuş tüm tarım arazilerine el konuldu. Benzer bir toprak kamulaştırma programı 1971 yılında Cezayir'de de uygulanmıştır. Diğer bazı ülkeler de aile *vakıf*larının kaldırılması konusunda aynı yolu izlemiştir; bunlardan sonuncusu 1973'te Libya ve 1980'de Birleşik Arap Emirlikleri'dir.

Aile *vakıf*larını ortadan kaldırmak için geliştirilen bir diğer yöntem de *fıkıh* kurallarına göre sürekliliği sağlayan bazı kısıtlamaların kaldırılması olmuştur. 1991 Cezayir kanunu (aile *vakıf*larını kaldırmanın yanı sıra) bir kurucunun kendi *vakıf* senedini iptal edebileceğini veya şartlarından herhangi birini değiştirebileceğini öngörmüştür. 1992 tarihli Yemen kanunu, bir aile *vakf*ının lehtarlarına tapuyu iptal etme ve mülkü mirastaki paylarına göre dağıtma hakkı verecek kadar ileri gitmiştir.

Güneydoğu Asya'da *vakıf* hukukunda daha az değişiklik oldu, çünkü yirminci yüzyılın başlarında Hint alt kıtasında olduğu gibi bu bölgede de hukukun temelleri çoktan değişmişti. Malay Eyaletleri ve Boğaz Yerleşimleri'nde, *vakıf*ların büyük bir kısmı gerçekte İngiliz tröstlerine dönüştürülmüştü; bu durum bağışçıların ilgisini önemli ölçüde azaltmış, bu da aile ve hatta kamu *vakıf*larının boyutunu büyük ölçüde küçültmüştü. Endonezya'da *vakıf*ları düzenleyen temel kanun 1937 yılında Hollanda sömürge yönetimi altında çıkarılmıştır, ancak bu kanunun *vakıf*lar ve bunların idaresi üzerindeki etkileri tamamen prosedürel olmuş, *vakıf*ların kurulması ve tescil edilmesine ilişkin usulleri düzenlemiştir. Genel olarak, Güneydoğu Asya'da *vakf*ın ekonomik işlevi Orta Asya, Orta Doğu ve Kuzey Afrika'da olduğu kadar merkezi bir rol oynamamış gibi görünmektedir; bu da *vakf*ın büyük bir kısmının kaldırılmasına yönelik sömürgeci baskıların neden Müslüman dünyanın diğer bölgelerinde olduğu gibi Güneydoğu Asya'da ortaya çıkmadığını açıklamaktadır.

4. Devlet, Ulema ve İslamcılar

A. Tanımlar: devlet, ulema, sekülerler ve İslamcılar

Tarihin dönemselleştirilmesi düzgün bir anlatı ve olayların düzenli bir şekilde açıklanmasını sağlar ve tam da bu nedenle, ne kadar cazip olursa olsun buna direnilmelidir. Söz konusu dönem ne kadar kısaysa, dönemselleştirmeye o kadar karşı çıkılmalıdır ve bu durum

modern dönem için, özellikle de Birinci Dünya Savaşı sonrası için son derece geçerlidir. Bu bölümde hukukun modernleşme süreçlerini ve bu dönüşümlerin altında yatan kültürel ve diğer unsurları ele aldık. Kayda değer Batılılaşma eğilimleri on sekizinci yüzyılın sonunda Hindistan'da ve on dokuzuncu yüzyılın başında Orta Doğu'da başlamış, 1940'lar ve 1950'lerde doruğa çıkmıştır. Gördüğümüz gibi bu değişimler, Şeriat hukuk sisteminin yapısal olarak parçalanmasını içeren ve geride çarpıtılmış ve giderek azalan bir İslami ahvâl-i şahsiyye hukuku cilası bırakan büyük çaplı değişimlerdi. Bir noktada, dini bir güç, bir değer olarak İslam'ın gözden düştüğü, modernistlere ve onların yeni devletlerine kesin olarak yenildiği görülüyordu. Ancak 1970'ler ve 1980'lerin başları bu dini gücün çöküşünü durduracak gibi görünen güçlü olaylara sahne oldu. O halde önümüzde duran sorular şunlardır: 1970'lerde ve sonrasında ortaya çıkan yeniden İslamileşme eğilimlerinin kaynakları nelerdir? Dönemlendirmeye ilişkin uyarımız ışığında, bu kaynakların kökenleri ne kadar geriye uzanmaktadır? Modern öncesi İslami eğilimlerin yeniden canlandırılması mıdırlar yoksa tam manasıyla modernist midirler? Sekülerist hukuki değişiklikleri, toplum mühendisliği ürünü hukuku, İslamileştirilmiş bir hukuk anlatısına dönüştürme konusunda neyi başardılar? Bu amaca ulaşmak için hangi yöntem ve araçları, nerede ve ne zaman izlediler?

1970'lerden bu yana hukuk alanındaki gelişmelerin anlaşılabilir bir açıklamasını yapmak için, ilgili "aktörler" hakkında birtakım varsayımlarda bulunulmuştur. Hukuk sahnesinde birbirinden her zaman net bir şekilde ayırt edilemeyen dört ana aktörün, yani devlet, "seküler" modernistler, ulema ve İslamcıların olduğunu makul ölçüde geçerli bir önerme olarak kabul ediyorum. Bölüm III boyunca, İslam dünyasında ulus-devleti zorunlu olarak *modern* bir varlık haline getiren bazı hususlara işaret ettik. Yani İslam topraklarındaki yönetim, milliyetçi elitlerin sadece doğrudan ve dolaylı Batı sömürgeciliğine meydan okumaları için değil, aynı zamanda bu görevi yerine getirmeye çalışırken kendi halklarını etkin bir şekilde yönetebilmeleri için modernist yapıları mecburen benimsemek zorundaydı. Ancak bu gidişat bir absürtlük içeriyordu: Batı'nın siyasi ve askeri hegemonyasına direnmek için devletin modern teknolojiyi, modern kültürü ve modern kurumları, kısacası ihtiyaca göre ithal edilebilecek veya asimile edilebilecek kadar olgun ve eksiksiz bir moderniteyi benimsemesi gerekiyordu. Ancak, tüm temel özellikleriyle kapitalist bir ekonomiye ve/veya teknolojiye bağlı olmak zorunda kalan

modernleşme süreci, ekonomik ve diğer alanlarda şu ya da bu Batılı ülkeye (ve 1950'lerde ve 1960'larda Sovyetler Birliği'ne) bağımlılığa yol açtı. Böylece Müslüman devletler kendilerini sömürgeciliğin (modernitenin özünde ve doğasında var olan bir olgu) pençesinden kurtarmak için modern kurumları ve kültürleri benimsemiş ve bu da onları yeni sömürgeci tuzaklara sürüklemiştir.

İkinci aktör, genellikle seküler-modernist olarak tanımlanan kamptır. 1940'lar ve 1950'lerde önemli bir aktör olan bu kamp, sonraki otuz yıl boyunca yavaş yavaş gerilemiş ve 1990'ların başından sonra nispeten azınlık haline gelmiştir. O zamandan bu yana elde edebildiği güç, genel anlamda eğilimleri başından beri laik olan (Suudi Arabistan ve daha sonra İran gibi ülkeler hariç) devletle olan ilişkisinden kaynaklanıyor gibi görünüyor.

Sekülerlerden (en azından yakın zamana kadar) nispeten daha güçlü olan ulema, genellikle çeşitli Müslüman ülkelerin hepsinde olmasa da bir kısmında gruplar halinde varlıklarını sürdürmektedir. Güneydoğu Asya, Pakistan, İran ve Mısır ulemanın daha güçlü olduğu yerler olarak öne çıkmaktadır; özellikle İran'da 1979'dan bu yana ulema devlete hükmetmektedir. Suudi Arabistan'da ise iç siyasette ve özellikle hukuk sisteminde güçlü bir aktördürler. Yine de şimdiye kadar hiçbir Sünni ülkede İran'daki ayrıcalıklı ulema yönetimi deneyimi tekrarlanmadı. Mısır ve Pakistan'da, birazdan göreceğimiz gibi, ulema devlete karşı azımsanmayacak bir rol oynamakta, zaman zaman devletle gerilim, zaman zaman da uzlaşma içinde olmaktadır.

Sonuncu ama açık ara farkla en önemli aktör olan İslamcı kamp, daha az öneme sahip diğer aktörlerin yanı sıra kendisini ulemadan iki temel noktada ayırmaktadır: Birincisi, ulemanın, kesin bir ifadeyle, "geleneksel" hermenötiklerini ya da buna benzer bir şeyi sürdürmeye devam etmeleri, yani hukuk kaynaklarının, risalelerin, *mezhep* ekollerinin, önde gelen fakîhlerin ve öğretim yollarının otoritesini benimsemeye devam etmeleridir (her ne kadar bu alanların hiçbiri gerçek tarihsel pratiğin tam bir kopyası olmasa da). İkinci önemli fark, uzmanlık alanlarına mesleki sadakatleri: ya talebe olarak öğrenerek ya da öğretmen, profesör, *müftî* veya vaiz olarak aktararak kendilerini dini bilgiye adamaya devam ettiler. Her ne kadar artık işlevleri neredeyse sadece eğitim olsa da (yani on dokuzuncu yüzyıldan önceki anlamıyla yasal olmasa da), diğer teknik mesleklerden büyük ölçüde uzak kalmaya devam etmektedirler. (Ancak bu, El-Ezher gibi dini üniversitelerin bilimler alanında eğitim programları sunmadığı anlamına gelmez).

1970'lerden bu yana İslamcılar, tüm Müslüman dünyada yayılan, sosyal düzenin ve ekonomik sınıfların tüm yelpazesini kapsayan etkili ve yaygın bir kampı temsil eder hale gelmiştir. Genel olarak, geleneksel disiplinlerde eğitim almadıkları gibi (kısmen bunun bir sonucu olarak) klasik kaynakları da ulema ile aynı perspektiften okumazlar. Mühendislik ve tıptan muhasebe, işletme ve "seküler" okullarda öğretmenliğe kadar uzanan çok çeşitli modern teknik disiplinlerde eğitim görmektedirler. İslamcılardan dini ve hukuki konularda söylem geliştirenler, her türlü modern hermenötik terkibi kullanmaya istekli görünüyorlar. Hermenötikleri - yani söyledikleri her şey ve bunları nasıl ve neden söyledikleri - karmaşık bir melezlikten oluşuyor. Ulemanın genellikle yaptığı gibi, Kur'ân ve Nebevi Sünnet'in yerleşik ya da verili bir okumasına bağlı değillerdir. Göreceğimiz üzere, bu kaynakları yorumlama teknikleri sosyal veya doğa bilimlerinden çok çeşitli ilkelere başvurabilir.[82] Başka bir deyişle, geleneksel fıkhi ve yorumsal otorite örtüsünden kurtulan İslamcılar, kendilerini İslam entelektüel ve hukuk tarihi boyunca geliştirilen kültürel ve epistemik sistemlere bağlı hissetmemektedir. Son zamanlarda internette, yazılı basında ve video kayıtlarında *fetvâ*ların çoğalması, herhangi bir otorite ekseninden daima yoksun olan çok yönlü bir "dini bilgi" üretimini göstermektedir. Yazıları dünya çapında önemli sayıda Müslüman okuyucunun ilgisini çeken Pakistanlı Mevdûdî ve Mısırlı Seyyid Kutub'un yanı sıra birkaç tali yazar dışında, İslamcılar dini-hukuki otorite açısından şimdiye kadar saflarını açıkça tanımlanmış herhangi bir bayrak veya ideoloji altında birleştirmediler; bu da kamplarının - eğer bu terim uygunsa - oldukça çeşitli olduğu anlamına geliyor.

Ancak bu otorite dağınıklığı, daha az ölçüde de olsa, ulema ve sözde seküler modernistler arasında da yaygındır. Seküler modernistler tek tip bir sınıflandırmaya tabi tutulamazlar çünkü ateistlerden (ki sayıları nispeten azdır) Tanrı'ya inanan ancak dinin devlette, siyasette ya da kamusal alanda herhangi bir rol oynamasını istemeyenlere kadar geniş bir yelpazede yer alabilirler. Öte yandan, Mısır'ın ünlü El-Ezher'inin alt kademelerindeki bazı mensuplarında olduğu gibi, bazı ulema resmen olmasa da fiilen İslamcı kampa katılmıştır. Bu ulemanın İslamcı olduğu sadece benimsedikleri siyasi pozisyonlarla değil, aynı zamanda artık Ezher'in hukukçu hermenötiğine sadık kalmayan melezleşmiş yorum mekanizmalarıyla

[82] Bir sonraki bölüm 9. kısımda ele alınacak olan Muhammed Şahrûr bunun önemli bir örneğidir.

da kanıtlanmaktadır. Muhtemelen bunun tersi de doğrudur, yani İslamcılar Ezher'in alt kademelerine nüfuz etmiş ve etmeye devam etmektedir. Sınırlar hiçbir zaman net değildir, hatta devlet müdahalesi düzeyinde bile.

Bu bölümün geri kalanında, eğilimlerin belirlendiği ve bu dört kamp arasındaki gerilimlerin ve uzlaşmaların fark edilebilir ancak çeşitli etkilere sahip olduğu bir takım kilit Müslüman ülkelerdeki hukuki-politik gelişmelerin ana hatlarını tartışıyorum. Bu bölümün giriş paragrafında da belirtildiği üzere, burada -hatta daha kalın bir kitapta- elli kadar Müslüman ülkenin tamamını detaylı bir şekilde ele almak mümkün değildir, zira bizim kaygımız hareketler ve belirleyici akımlardır. Bu nedenle tartışmamı birkaç Müslüman ülkeyle sınırlandırırken, mukayese amacıyla diğer birkaç ülkeye de kısaca değineceğim.

B. Mısır

Mısır'la başlıyoruz, çünkü İngiliz Hindistan'ından sonra (bizim için önemi artık Pakistan'la sınırlıdır) en uzun süreli hukuki modernleşme deneyimini ve aynı zamanda şu ya da bu İslami ideoloji adına hukuki sekülerleşmeye karşı çıkan belki de en sert eğilimlerden birini temsil etmektedir. Muhammed Ali'den bu yana Mısır görece güçlü bir devlete sahip oldu ve on dokuzuncu yüzyılın ortalarından itibaren koyu laik eğilimlere sahip üst sosyal sınıflar yetiştirmeye başladı. Ancak Mısır hiçbir dönemde etkili İslami gruplardan yoksun değildi. Ezher ve uleması, on dokuzuncu yüzyıl "reformlarının" yorucu etkilerinden sonra bile hâlâ hesaba katılması gereken bir güçtü. Aslında, yirminci yüzyılın ortalarında Nasır'ın kurumsal ve idari mühendisliğinin yıpratıcı etkilerine rağmen, Ezher olağanüstü bir şekilde büyüdü ve 1963'te 212 olan enstitü sayısını 1993'te 3.161'e çıkardı. Öğrenci sayısı da aynı dönemde yaklaşık 65.000'den neredeyse bir milyona çıktı.[83] Ancak çok daha etkili ve yaygın hale gelecek olan başka bir dini hareket daha da olağanüstü bir büyüme gösterdi. Mısır, 1928 yılında Arapça öğretmeni Hasan el-Benna (1906-49) tarafından kurulan bir dernek olan Müslüman Kardeşler'in doğuşuna tanık oldu. 1950'lerde Ürdün, Suriye, Sudan, İran, Pakistan, Malezya ve Endonezya'ya yayılan hareket, 1966'da Nasır rejimi tarafından idam edildikten sonra şehit kabul edilen Seyyid Kutub gibi etkili bir ideoloğa sahip olması sayesinde Mısır'da olduğu kadar Mısır dışında da önemli bir güç kazandı.

[83] Zeghal, "Religion and Politics," 379.

Ezher ve Müslüman Kardeşler tarafından temsil edilen bu iki İslami kamp, farklı Şeriat vizyonlarını savunmakla birlikte, bunun toplumsal düzende uygulanmasını ilkesel bir mesele olarak görmektedir. Kendilerini *fıkh*i yorumun ve *şer'î* geleneğin koruyucuları olarak gören Ezherliler, genel anlamda, büyük ölçüde okulların *fıkh*ından türetilen geleneksel bir Şeriat versiyonunu savunmuşlardır.

Öte yandan Müslüman Kardeşler, hukuksal olasılıklar konusunda daha geniş bir bakış açısına sahipti ve dünyanın değişen gerçeklerini yansıtacak şekilde değiştirilebilecek bir İslam hukukuna, yorumsal olasılıklara nispeten çok daha açık bir şekilde izin veriyordu. Ancak bu değişim Batılı sömürgecinin dikte ettiği türden bir değişim olmamalıydı, çünkü bu tür bir değişim tam da direnilmesi ve başa çıkılması gereken şeydi. Sömürgecinin yarattığı değişim, Müslüman Kardeşler'in şiddetle karşı çıktığı Ezher ulemasının muhafazakarlığı kadar Müslümanların manevi ve toplumsal yaşamına zarar vericiydi. Müslüman Kardeşler'in söyleminde Batılılaşmadan farklı görünen modernite[84] özel bir sorun teşkil etmiyordu, yani modernite olarak modernitenin -en azından- Benna ve Kutub'un düşüncesinde bilinçli olarak entelektüel bir özne olarak kendisini ortaya koyduğu varsayılırsa. Ancak bu belki de aşırı bir varsayımdır, çünkü bu iki ismin düşüncesinde bilim, teknoloji ve sanayinin etkileri sosyal ve ahlaki alanlarda pek dikkate alınmamış gibi görünmektedir. Banna ve Kutub'un da aralarında bulunduğu Müslüman Kardeşler, yeni ve öncü Müslüman toplumunda Şeriatın hangi biçiminin benimsenebileceğini hiçbir zaman tam olarak açıklamamış olsalar da dini ahlakın toplumsal düzenin merkezinde yer almasının beklendiği açıktır. Ahlak, yeni bir Müslüman toplumu yeniden inşa etme projesinin temelini *mükemmel bir şekilde* temsil eder ve bu nedenle uygulanacak Şeriatın ahlaki bir sosyal düzene dayanması gerekir. Ahlaki bir yaşam sürmek, herhangi bir *şer'î* emrin uygulanmasının ön koşulu olarak ortaya çıkmakta ve 1980'lerde Mısır genelinde yerel tabandan gelen İslamcı toplulukların oluşum sürecini en azından kısmen açıklamaktadır. Bölüm 4'te anlattığımız modern öncesi *hâra*lara benzeyen bu çoğunlukla kentli, alt orta sınıf topluluklar, kendilerini okullar, hastaneler, camiler, vaizler, karşılıklı mali destekler için "bankacılık" işlemleri ve diğer sosyal-toplumsal hizmetleri kapsayan kendi sistemlerine sahip uyumlu mahalleler olarak şekillendirdiler. (Benzer olgular Gazze ve

[84] Örneğin, Batılı gelenekleri ve sosyal değerleri zararlı olarak gören ancak Batı'nın teknoloji ve bilimdeki parlak başarılarını, sanki bunlar tarihsel olarak birbirinden farklı ve organik olarak ayrı şeylermiş gibi, kollarını açarak karşılayan Seyyid Kutub'a bkz. Onun *Milestones*, 8-9.

Güney Lübnan'da da ortaya çıkmıştır; Hamas ve Hizbullah'ın kurduğu yapılar bunun başlıca örnekleridir). Mısır'daki bu mahallelerin çoğunda İslamcılar (çoğu zaman siyasi aktivist olmayanlar) yaşamaktadır, ancak daha düşük kademedeki tekno-Ezherliler[85] de bu yaşam alanlarını paylaşmaya başlamıştır.[86] Dolayısıyla, dini hareketin büyümesi nihayetinde halkın Şeriatı uygulama talebini ciddiye alması için hükümet üzerinde eşi benzeri görülmemiş bir baskı yaratacaktı. Peki devlet sonunda bu baskılara nasıl boyun eğdi?

Beşinci bölümde tartıştığımız hukuk siyasetinin temelleri, yirminci yüzyıl boyunca Mısır sahnesinde en yalın haliyle, büyük ölçüde işlemeye devam etti. Rejim, başka yerlerde olduğu gibi, toplumsal düzeni maddi ve kültürel olarak üretken, adil, başarılı ve en önemlisi bağımsız ve özgür ideal ulus imgesinde yeniden yapılandırmayı amaçlayan milliyetçi ve sosyalist projelerini meşrulaştırmak için Ezher'e ihtiyaç duyuyordu. Öte yandan, devlete ve onun aygıtlarına her zamankinden daha fazla tabi hale gelen Ezher, buna boyun eğmekten başka bir şey yapamazdı. Nasır rejimi, önce 1952'de *vakıf* mallarının çoğunu kamulaştırarak, ardından 1955'te Ezher personelini ulusal mahkemelerden çıkararak Ezher'i dize getirdi. Ancak Ezher üzerinde hem daha fazla hem de daha az öngörülebilir şekillerde en sert etkiye sahip olan 1961 "reformu" oldu. İlk büyük değişiklik, mühendislik ve tıp gibi bilimsel konuların müfredata girmesiydi ki bu bir yandan tahmin edilebileceği gibi Ezher'i liberalleştirirken, diğer yandan da -öngörülemeyecek şekilde- 1970'lerde İslamcıların saflarında yer alan ve hatta onları güçlendiren bir tekno-Ezherliler sınıfı yarattı.[87] Cemal Abdünnasır ayrıca Ezher'in tüm yönetimini devlete bağladı ve Ezher'in başkanının (Şeyh El-Ezher) atanmasını ve görevden alınmasını doğrudan Başkanlık makamının sorumluluğuna verdi. Müslüman Kardeşleri acımasızca bastıran ve siyasi oluşumlarını yasadışı ilan eden, Ezher'i sistematik ve düzenli bir şekilde devlete tabi kılan Nasır ve rejimi, Şeriatın uygulanmasıyla ilgili endişelerini dile getiren tüm dini duyguları görmezden gelmeyi kolaylıkla göze alabiliyordu.

Arap rejimleri İsrail ile olan çatışmaları da dahil olmak üzere projelerinde daha başarılı olsalardı, bu endişeler kulak ardı edilmeye devam edebilirdi. 1967'deki ezici yenilgi nihayetinde Nasır'a diz

[85] Bu kavram, fen bilimleri okuyan, yorumlayıcı fıkıh geleneği hakkında kayda değer bir bilgiye sahip olmayan ve genellikle siyasi ve profesyonel olarak İslamcılarla ittifak kuran Ezherlileri ifade etmektedir. Aşağıdaki tartışmaya bkz.

[86] Genel bir bilgi için bkz. Zaman, *Ulama*, 148.

[87] Zeghal'in " Religion and Politics" başlıklı makalesinde de bu noktaya dikkat çekilmiştir.

çöktürdü ve Müslüman Kardeşler hapis, işkence ve hak mahrumiyetinden büyük bir öfkeyle geri döndüler. Ezher söylemini keskin bir şekilde değiştirdi, artık *tövbe* kavramına başvuruyor ve sözde Gerileme'yi (*Naksa*) Allah'ın bir dersi olarak göstererek Müslümanları, Nasır'ın sosyalizmi başta olmak üzere, hatalı yollarını yeniden gözden geçirmeye teşvik ediyordu. Nasır'ın kendisi bile Gerileme'den ilahi bir uyarı, bir arınma çağrısı olarak bahsetmiştir.[88]

İslamcı hareketin yükselişinde yeni bir aşamayı başlatan Sedat'ın liberalleştirici politikalarıydı. Müslüman Kardeşler'e yönelik baskıyı hafifleten ve grup üyelerini hapishanelerden salıveren Sedat, iktidarına yatıştırma politikasıyla başladı ve ayrıca Şeriatı uygulamanın yollarını düşünme sözü verdi. 1971 Anayasası'nın 2. Maddesi Şeriatı yasamanın "temel kaynağı" olarak tanımlıyordu. (1969 yılında bir Yüksek Mahkeme kurulmuş ve 1971 yılında bu mahkemenin adı, yasama ve yürütme organlarının ihlallerini engellemekle görevli Yüksek Anayasa Mahkemesi [AYM] olarak değiştirilmiştir).[89] Yasama meclisinden bir komitenin 2. Madde doğrultusunda yasalar hazırlaması ve Ezher'in bu yasaların hazırlanmasında yönlendirme ve yardım sağlaması gerekmesine ve bunu yapmasına rağmen, geriye dönüp bakıldığında rejimin göstermelik bir çabasından başka bir şey olmadığı anlaşılmaktadır.[90] Liberal ve laik bir çoğunluğun görev yaptığı bir yargı ve Parlamento ile 2. Madde, kural koyucu bir öneri olmaktan ziyade tanımlayıcı (hatta retorik) bir teklif olarak bir kenara itildi.[91]

Bu arada İslamcı hareket güç kazandı ve yönetici elit, İslamcılardan gelen artan baskıyla mücadele etmek için Ezher'e her zamankinden daha fazla ihtiyaç duydu. Ezher'e daha fazla ihtiyaç duyuldukça ve Ezher rejime daha fazla destek verdikçe, daha iddialı hale geldi ve Şeriatın uygulanması için daha fazla çağrıda bulundu. Rejim de İslamcıların siyasi baskısını bertaraf etmek için daha az zararlı olan hukuki alanda tavizler vermeye, müttefiki olan Ezher'in lehine tavizler vermeye hazırdı. Böylece 1980'de Anayasa değiştirildi ve 2. Madde Şeriatın "yasamanın temel kaynağı" (*el-masdar er-reîsî li'l-teşrî'*) olduğunu belirtecek şekilde değiştirildi.

---

[88] *A.g.e.*, 381-82.

[89] Brown, *Rule of Law*, 102. AYM hakkında bkz. Sherif, "Rule of Law," 1-34; Mahkeme'nin raportörü için bkz. *el-Mahkeme ed-Düstûriyye el-'Ulyâ*. 1969'daki mahkeme faaliyetlerinin bir eleştirisi için bkz. Bişrî, *el-Kadâ' el-Mısrî*, 18-25.

[90] Örneğin 1969 ve 1976 yılları arasında Ezher Şeyhi Abdülhalîm Mahmûd, aralarında bir *had* yasası ve İslami bir anayasanın da bulunduğu çeşitli metinlerin hazırlanmasında etkili olmuştur. Bkz. Zeghal, "Religion and Politics," 382; Zaman, *Ulama*, 146.

[91] Lombardi, "Islamic Law," 85.

Ancak pek de bir şey değişmedi. Hiçbir İslami yasa kabul edilmedi ve hiçbir yeni dava bu yönde bir adım atılmasını sağlamadı. Hükümetin yasama faaliyetlerinde bulunmamasından hayal kırıklığına uğrayan İslamcılar, Şeriata aykırı olduğunu iddia ettikleri (çoğu zaman haklı olarak) kanunlarla ilgili davalar açarak ve 2. Madde uyarınca bunların anayasaya aykırı olduğunun ilan edilmesini talep ederek AYM'ye başvurdular. Bu talepler arasında Cihan Kanunu olarak adlandırılan (boşanmış annelerin çocuklarının velayet süresini uzatan ve burada daha da önemlisi, bir kocanın ikinci bir eşle evlenmesini otomatik olarak ilk eşe zarar veren ve dolayısıyla kanunen boşanmaya yol açan bir unsur haline getiren) 1979 tarihli 44 sayılı Kanun da yer alıyordu. Ancak bu Kanun ve incelenen diğer davalar, 2. Madde ile uyum(suzluk)larına atıfta bulunulmaksızın reddedilmiştir; bu da AYM'nin 2. Maddede geçen "Şeriat" terimiyle tam olarak neyin kastedildiğini kesin olarak tanımlamaktan kaçınmasının bir yoludur (diye düşünülmüştür). Cihan Kanunu, anayasaya aykırı yollarla çıkarıldığı gerekçesiyle iptal edildi[92] ve davalar geriye dönük olmadığı gerekçesiyle reddedildi. Madde 2'deki Şeriat kavramı ise tanımsız bırakılmıştır.

AYM'nin kendi görüşüne göre Şeriatın ne anlama geldiğine dair bir tanım yapması yirmi yılı aşkın bir süre aldı. 1993 yılında, İslamcıların yoğun baskısı altında, Şeriatın, yüzyıllar boyunca hukukçuların fikir birliği ile tanımlandığı şekliyle, Kur'ân'da ortaya konan geniş hukuki ilkeler anlamına geldiğini açıkladı. Bunlar belirli kurallar değil, temel ilkeler olarak tanımlanmıştır ve genel ve evrensel ilkeler olarak her çağda her toplum için geçerlidir. Buna örnek olarak hukukun Müslümanlara zarar vermemesi gerektiği ilkesi gösterilebilir. Buna göre, bu ilkelerden herhangi birini ihlal etmeyen herhangi bir kanun, Şeriat ile çelişmeyen bir kanundur. Ancak bu genel ilkelerin tespitini kim ve nasıl yapacaktır? Kanunların zarar verme ya da fayda sağlama gücü ya da potansiyeli nasıl belirlenecektir?

Bu sorulara cevap olarak AYM, ulusal mahkemelere başkanlık eden herhangi bir hakimin bu genel Şeriat ilkelerinin meşru bir yorumlayıcısı olabileceği gibi cesur bir yaklaşım benimsedi; bu da aslında bu ilkelerin çok genel olduğu ve "İslam *fıkhı*" hakkında temel bilgilere sahip - ancak modern hukuk konusunda yeterince eğitim almış - herhangi bir kişinin bu ilkeleri Kur'ân'dan ve önceki on iki

[92] Bu Kanunun yerini 1985 tarihli 100 sayılı Kanun almış ve kocası başka bir kadınla evlenen kadının ikinci evliliğin kendisine zarar verdiğini kanıtlamasını şart koşmuştur. Bakınız Naveh, "Tort of Injury," 16-41.

veya on üç yüzyıl boyunca fakîhlerin fikir birliğine dayanan uygulamalarından çıkarabileceği anlamına geliyordu. AYM'nin cevabı, devlet ile İslamcılar arasında yeni bir anlaşmazlık konusu haline geldi. İslamcıların ileri sürdüğü itiraz, siyasi olduğu kadar hukuki bir itirazdı. Şâfiî'nin on iki yüzyıl önce Hanefîlere yönelttiği eleştiriyi yineleyen İslamcılar, ideologları Kutub'un yarım yüzyıl önce yaptığı gibi, bu tür yorumsal çabaların insanların birbirlerine hükmettiği bir sistem üreten beşeri yasalardan başka bir şey olmadığında ısrar ediyorlardı.[93] Ulusal mahkeme yargıçlarının seküler eğitimleri, en iyi niyetle bile olsa, onları en genel ilkelerden başka bir şey çıkaramayacak şekilde donatmıştı. *Fıkıh*, Kur'ân tefsiri, *hadîs* (AYM'nin geçerli bir hukuk kaynağı olarak büyük ölçüde göz ardı ettiği)[94] ve hatta klasik hukuk Arapçasındaki temel bilgiler konusunda neredeyse hiç bilgi sahibi olmamaları, Şeriatın *fıkh*ının ne anlama geldiği ve hatta teknik olarak ne ifade ettiği konusunda gerçek bir bilgiye sahip olmalarını büyük ölçüde engellemiştir. Modern Arap hukuk mesleğine aşina olan herkes, bu meslek mensuplarının *fıkh*ı genellikle kültürel açıdan uzak, hukuksal açıdan karmaşık ve yargısal açıdan belirsiz bir kurallar sistemi olarak gördüğünü ve İslamcılara çok az sempati duyan üyeler için fıkhın düpedüz ilkel, aşırı muhafazakar ve anti-modern olduğunu bilir. AYM'yi "gerçek" bir Şeriata karşı daha hassas bir tutum benimsemeye zorlayan İslamcılar, bu tür aşırı geniş ilkeler türetmenin mahkemeyi sadece hukuk ve toplum hakkında faydacı bir akıl yürütmeye yöneltmekle kalmayıp, aynı zamanda dini ve hukuki metinler hakkında neredeyse hiçbir şey bilmeyen yargıçların Allah'ın kanunları hakkında ahkam kesebilecekleri keyfi bir dünyaya sürüklediğini ısrarla ve haklı olarak dile getirmişlerdir. Gerçekten de AYM'nin karara bağladığı bazı davaların yakından incelenmesi bunu göstermektedir.[95] Şimdiye kadar, en azından Mısır tecrübesinde, popüler ve çoğunluğun meşruiyetini kazanabilecek bir Şeriat tanımı hâlâ bulunamamıştır.

C. Pakistan

Kanunların İslamileştirilmesi yönünde önemli bir çabaya tanıklık eden bir diğer ülke olan Pakistan, sömürge karşıtı milliyetçiler tarafından bağımsızlıklarının dayanağı olarak ifade edilen belirgin bir İslami kimlikle İngiliz Hindistan'ının yıkıntıları arasından çıkmıştır.

[93] Kutub, *Milestones*, 46-47, 94-95, 130, ve devam eden pasajlar. Max Weber'in benzer görüşü için bkz. Lassman, "Rule of Man", 83-98.

[94] Lombardi, *State Law*, 262.

[95] Bkz. örneğin Lombardi'nin *State Law*, 218-53, özellikle 234, 239, 251'deki analizi.

Pakistan'ın varoluş nedeninin ne coğrafi ne de etnik olduğu, daha ziyade dini bir nitelik taşıdığı vurgulanmıştır. Mart 1949 Hedefler Kararnâmesi'nde Allah, Evren'in tek egemeni olarak ilan edilmiş ve bu egemenlik "Pakistan Devleti'ne devredilmiştir." Bu iddia, bağımsızlığın şafağından itibaren, Allah'ın egemenliği ile devletin egemenliği arasındaki gerilime tanıklık etmiştir; zira Pakistan'ın hukuk tarihi, "devredilmiş" egemenlik iddialarına sinmiş güçlü bir gerilimle karakterize edilmiştir. Muhammed Ali Cinnah'ın da aralarında bulunduğu siyasi yönetici elit, modernist ve Batılılaşmacıydı ve her yönüyle bir ulus-devlet olan Pakistan'ın siyasi, idari ve bürokratik çıkarlarını destekliyordu. Yine de Hedefler Kararnâmesi, tamamen Batılı yönetim kavramlarında ısrar ederken, "Müslümanların hayatlarını ... Kur'ân-ı Kerîm ve sünnette belirtildiği üzere İslam'ın öğretileri ve gerekliliklerine göre düzenlemelerine olanak sağlanacağı" sözünü veriyordu.[96]

1949 Hedefler Kararnâmesi, 1956 yılına kadar ilan edilmeyecek olan anayasanın Önsözü olarak kabul edildi. Bu arada ulema, Kararnâme'de verilen sözlerin yerine getirilmesi için hükümet üzerinde örgütlü ve sürekli bir baskı oluşturmaya devam etti. Üzerinde ısrarla durdukları somut önerilerden biri, hükümetin Pakistan mevzuatını gözden geçirerek Şeriata aykırı olan tüm yasaları kaldırmasıydı. Şeriatın, daha sonra Mısır AYM'si tarafından savunulan türden genel ilkelerden değil, tarihi mezhepler tarafından benimsenen geleneksel kurallar dizisinden oluştuğu fikri yaygındı. Anayasa nihayet 1956 yılında ilan edildiğinde, 198. Madde "Kur'ân-ı Kerîm ve Sünnet'te belirtildiği üzere İslam'ın Emirlerine aykırı hiçbir kanun çıkarılamaz" hükmünü getirmiştir.[97] Ancak, bu maddenin potansiyel etkileri, 2. ve 3. fıkraların kısıtlayıcı hükümleri ile daha baştan azaltıldı. Bu iki madde birlikte değerlendirildiğinde, geçici bir danışma komitesinin Şeriata aykırı herhangi bir kanunun düzeltilmesi için Millet Meclisine bir teklif sunmasını gerektirmekteydi, ancak mahkemelerin 198. Madde ile ilgili herhangi bir davaya bakmasını etkili bir şekilde engellemekteydi.

Anayasanın lağvedilmesine yol açan 1958 krizi herhangi bir komitenin atanmasını engellemiş ve bu nedenle Ulusal Meclis 198. Madde hükümlerini hiçbir zaman yerine getirmemiştir. O yılın sonunda Eyyûb Han iktidarı ele geçirmiş ve bir modernleşme politikası uygulamaya başlamıştı. Bu tür geniş kapsamlı yasalardan biri, o

[96] Collins, "Islamization of Pakistani Law," 550; Zaman, *Ulama*, 88.
[97] An-Na'im, *Islamic Family Law*, 230.

zamanlar Orta Doğu'da tipik olan ancak nispeten güçlü bir Pakistan ulema tabanının isteklerine ters düşen 1961 tarihli Müslüman Aile Hukuku Yasası'ydı. Pakistan'daki yasal gerginliklerin bir göstergesi de daha önce ele aldığımız, ölen bir erkek çocuğun çocuklarına ilişkin miras sorunuydu.[98] Temsil ilkesini kabul eden 1961 Yasası, önceden ölmüş bir çocuğun çocuğunun, ebeveyninin hayatta olması halinde alacağı miras payını alma hakkına sahip olduğuna hükmetmiştir. Bir sonraki yıl, sadece Pakistan'ın bir "İslam Cumhuriyeti" olduğundan (1956 Anayasası'nda olduğu gibi) bahsetmekle kalmayan, aynı zamanda Şeriata aykırılık maddesinin tamamını da çıkaran, modernist bir yapıya sahip yeni bir Anayasa yürürlüğe girdi. Ancak, halkın hoşnutsuzluğu ve baskısı Eyyûb Han'ı her iki hükmü de geri getirmeye zorladı, ancak bu değişiklikler yüzeysel kaldı ve bir tür yatıştırmadan öteye geçmedi.

Aykırılık maddesi fiilen yürürlükten kalktı ve Pakistan hukuku 1970'lerin sonuna kadar Anglo-Mohammadan şeklini korumaya devam etti; mahkemeler de hukuku common law ictihad yöntemine göre uygulamayı sürdürdü. 1971'deki iç savaş, bunun sonucunda meydana gelen siyasi değişiklikler ve yeni 1973 Anayasası hiçbir değişiklik getirmemiştir, ancak bu Anayasa'da da yine hiçbir etkisi olmayan bir aykırılık maddesi yer almıştır.

Ancak Orta Doğu ve İslam dünyası 1970'lere gelindiğinde değişmişti. Daha önce de belirtildiği gibi, 1967 Arap yenilgisi, İslam'ın siyasi bir güç olarak yeniden keşfedilmesiyle birlikte büyük bir öz eleştiriye neden olmuştu. İslami bilinçteki kademeli ama güçlü artış Arap dünyasının dışına taşarak her ülkenin yerel ve ulusa özgü sorunlarını artırdı. 1979 İran Devrimi bu bilinci ateşleyen bir kıvılcım değil, 1967'den beri bölgeyi ve genel olarak İslam dünyasını etkileyen akımların güçlü bir belirtisiydi. 1970'li yıllar İslami kuluçka dönemi olarak adlandırılabilir. 1979'da Ziyâülhak iktidarı ele geçirdi ve büyüyen dini seçmen kitlesinin artık görmezden gelinemeyeceği ya da yasama yoluyla susturulamayacağı anlaşıldı. Sedat'ın Mısır'ında olduğu gibi, rejimin siyasi meşruiyeti doğrudan bu seçmen kitlesini tatmin etmeye dayanıyordu. Ziyâülhak, rejiminin bir İslamileştirme programı izleyeceğini hemen açıkça belirtti ve sözünü tutarak dini vergi (*zekât*), faiz (*ribâ*) ve *hudûd* ile ilgili İslami yasaları yürürlüğe koydu, bu yasaların çoğu *fıkıh* sistemini büyük bir sadakatle takip ediyordu.

[98] Getirilen başka değişiklikler yukarıdaki 3. Kısımda ele alındı.

Bu noktaya kadar somut bir anayasal statüye sahip olmayan 1949 tarihli Hedefler Kararnâmesi, resmi olarak Anayasa'nın Giriş Bölümü'ne dahil edilmiş ve aykırılık konularına ilişkin hukuki dil güçlendirilmiştir.[99] Ayrıca, her Yüksek Mahkemenin bir Şeriat Kürsüsü olması gerekiyordu, ancak bu 1980 yılında tek bir Federal Şeriat Mahkemesine (FŞM) dönüştürüldü. Bu mahkeme hangi yasaların Şeriata aykırı olduğuna karar verecekti ve bir kanunun Şeriata aykırı olduğu tespit edildiğinde, o kanunun hükmü yürürlükten kaldırılacaktı. Ancak FŞM'nin gücü yapısal ve diğer sınırlamalarla kısıtlanmıştı. İlk olarak, Yüksek Mahkeme'ye yapılan temyiz başvuruları FŞM'nin kararlarını bozabiliyordu. İkincisi, FŞM hukukun tamamını karara bağlayamıyordu: Anayasa, mali hukuk, usul hukuku ve ahvâl-i şahsiyye hukuku tamamen yetki alanının dışında bırakılmıştı. Üçüncüsü, ilk dönemlerinde FŞM'de görev yapan beş hakimin hepsi ulusal mahkemelerden geliyordu, yani hiçbiri ulema sınıfına mensup değildi.[100] Bu durumda FŞM'nin kararlarının her zaman General Ziyâülhak tarafından ilan edilen Şeriat yönetmelikleriyle tutarlı olmaması ya da geleneksel *fıkıh* kurallarına uygun olmaması şaşırtıcı değildi.

Ancak zamanla FŞM'nin heyeti ulema sınıfı üyeleri tarafından doldurulmaya başlandı ve General Ziyâülhak siyasi meşruiyet pazarlığının bir parçası olarak İslam'a olan bağlılığını yeniledi. Bu pazarlığın bedeli, Şeriatın "Pakistan'daki hukukun en yüce kaynağı ve devlet tarafından politika yapımına rehberlik eden Kılavuz Norm" olduğuna karar veren 1988 tarihli Şeriatın Uygulanması Kararnâmesi oldu. Ancak, bu mahkemenin yetki alanından daha önce çıkarılan esaslı istisnalar ve kararlarının Yüksek Mahkeme'de temyiz edilmesi, günün sonunda gerçek yasal gücün nerede olduğunu gösterecek şekilde varlığını sürdürdü.[101]

Söz konusu istisnalara 1981 yılında Peşaver Şeriat Mahkemesi tarafından itiraz edilmiş ve bu mahkeme istisnaların devletin ahvâl-i şahsiyye hukukna ilişkin yasama beyanlarıyla değil Şeriatın kendisiyle ilgili olduğu yorumunu yapmıştır. Buna göre, 1961 Müslüman Aile Hukuku Yasası'nın 4. bölümünde öngörülen miras haklarının Şeriata aykırı olduğuna ve yetim torunun, hayatta olsalardı ebeveyninin payını alma hakkına sahip olmadığına karar vermiştir. Karar Hükümet tarafından temyiz edilmiş ve bir üst mahkeme, Peşaver

[99] Carroll, "Orphaned Grandchildren in Islamic Law," 437–38.
[100] Collins, "Islamization of Pakistani Law," 569–70.
[101] Zaman, *Ulama*, 89.

Mahkemesi'nin böyle bir karar verme yetkisine sahip olmadığını ve bu konunun yalnızca yasama organının (İslami İdeoloji Danışma Konseyi de dahil olmak üzere) yetkisinde olduğunu belirterek kararı yetkisizlik gerekçesiyle bozmuştur.

1961 Kararnâmesi'nin varlığını sürdürmesi,[102] Pakistan'da İslamlaşmanın ne kadar mütevazı boyutlarda gerçekleştiğinin bir göstergesidir. Aynı zamanda kurucu liderlerin ve sonraki siyasetçilerin Şeriatı nasıl kullandıklarının da bir göstergesidir.[103] Ancak son birkaç yılda bu alanda meydana gelen birkaç değişiklik, birazdan göreceğimiz gibi daha büyük bir eğilimin göstergesidir. FŞM, Mart 2000'den itibaren yetim torunların mirasta temsil edilmesine izin veren 4. maddenin artık geçerli olmayacağını ilan etti ve bu kararla kendi başlarının çaresine bakmak zorunda kalan torunlar için bir çözüm bulma görevini yasama organına verdi.[104] Mahkeme, İslami İdeoloji Konseyi'nin, yetim kalan çocukların teyze ve amcalarına, onlara kendi ailelerinin bir üyesi gibi bakma yükümlülüğü getirilmesi önerisini kabul etmiştir. Ancak Mahkeme, sosyal ve ahlaki koşulların böyle bir yükümlülüğün yerine getirilmesi için henüz hazır olmadığını kabul etmiştir. Her ne kadar ahlaki bir topluluk harici bir müdahaleye ihtiyaç duymasa da (bunun bir biçimi de yasal düzenlemedir), böyle bir düzenlemenin hem kabul edilmesi hem de ahlaki topluluğun ortaya çıkması ve tam olarak oluşması üzerinde yapıcı bir etkiye sahip olması için bu topluluğun en azından temel bir biçiminin var olması gerekir. Mahkeme kararında şu ifadelere yer vermiştir: "İslami Sosyal Düzenin ön koşulu olan dindarlık yaygın olsaydı, bu [yani amca ve halalara yükümlülük getirilmesi] iyi bir çözüm olabilirdi, ancak içinde bulunduğumuz durumda, daha iyi çözümün yetim torunlar lehine Zorunlu vasiyet yapılması olacağı görüşündeyiz."[105]

Peki neden örf ve adetin öteden beri bildiği bir şey olan akrabalara bakım yükümlülüğü yüklenmesi değil de Şeriatın yabancı olduğu zorunlu bir vasiyet? Belki de bunun nedeni, üçte bir vasiyet kuralının, küçük bir değişiklikle amaca hizmet edebilecek mevcut

[102] Lau, "Pakistan" (2002–03), 375.
[103] Ali, "Sigh of the Oppressed?," 109, 121.
[104] Carroll, "Pakistan Federal Shariat Court," 80; An-Na'im, *Islamic Family Law*, 234.
[105] Carroll, "Pakistan Federal Shariat Court," 75 vd. Zorunlu sistemde, vasiyet, ölen ebeveyn hayatta olsaydı onlara miras kalacak olana göre paylaştırılmalıdır, ancak bu paylaştırma büyükbabanın toplam terekesinin üçte birini geçmemelidir. Büyükbabanın böyle bir vasiyette bulunmaması halinde, mahkeme büyükbabanın bunu yaptığını varsaymalıdır. Yukarıdaki 3. bölüme bkz.

bir İslam hukuku uygulaması olmasıdır. Ancak akrabalara bir yükümlülük getirme konusundaki isteksizliğin arkasında - böylece Mahkemeyi tek bir seçenekle baş başa bırakmanın ardında - toplumdaki modernleşen değişimler ve ahlaki bir topluluğun neredeyse yok olması sebebiyle, dayatmanın yalnızca başarısızlıkla sonuçlanacağı değil, aynı zamanda sert bir halk direnişiyle karşılaşacağı inancı da olabilir. Kutubçu terimlerle ifade edecek olursak, toplumsal düzen Şeriatın uygulanmasına hazır olmadan önce ahlaki karakterini geliştirmelidir. Mahkeme davanın ahlaki-hukuki sonuçlarını bu terimlerle ifade etmiş olsun ya da olmasın, kararı en azından Şeriat içindeki ahlaki, toplumsal ve hukuki alanlar arasındaki işlevsel ve organik karşılıklı bağa dair sezgisel bir kavrayışa ulaştığını kesinlikle göstermiştir. Ancak 1961 Kararnâmesi'nin inatçılığı ve Pakistan'ın yönetici elitinin - büyük ölçüde uluslararası hegemonik güçler tarafından dikte edilen - "modernleştirici" politikalarla iç içe geçmesi, Mahkeme'yi, İslamcıları ve ulemayı, İslam'ı ne kadar farklı ifade ederlerse etsinler, etkin bir şekilde azınlık konumunda bırakmıştır.[106]

D. İran

Daha önce de belirtildiği gibi, 1925 yılında Rıza Şah yönetiminde iktidara gelen ve 1941 yılına kadar hüküm süren Pehlevi hanedanlığına kadar Şeriatta önemli değişiklikler yapılmadı. Rıza Şah yönetiminin ayırt edici özelliği, asıl hükümdara karşı rekabeti bastırmada etkili bir yönetim metodu olan merkezileşme konusunda şiddetli bir endişe duymasıydı. Ancak merkezileşme için teknoloji gerekiyordu ve Pehlevi İran'ı söz konusu olduğunda İngilizler bunu sağlamaya fazlasıyla istekliydiler. Sadece (Kaçarları neredeyse etkisiz hale getiren) aşiret reislerini bastırmakla kalmayan Şah, ulemayı ve kurumlarını ortadan kaldırma projesine girişti ve sonunda onları önemli ölçüde zayıflatmayı başardı. *Vakıf*larına el koydu ve idarelerini Eğitim Bakanlığına devretti. İdari ya da eğitim personeli olarak tutulan ulemanın maaşları artık hükümet tarafından ödeniyor ve geleneksel bağımsızlıklarından mahrum bırakılıyorlardı. Bu, Osmanlı'daki muadilinin yaklaşık yetmiş beş yıl gerisinde kalan bir devlet zaferiydi.

Pehlevi rejimi, Osmanlıların uzun zamandır gerçekleştirdiği değişikliklere paralel olarak, derhal iki yeni ve önemli kanun çıkardı: Adli Teşkilat Kanunu ve Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu (her

[106] Bu durum, çoğu alanda kendilerini memnun edecek yasal düzenlemeleri gerçekleştirememelerinden de anlaşılmaktadır. Bkz. Lau, "Pakistan" (2001-02), 325-26. Eyalet hükümetinin Federal mevzuatın ötesine geçememesi konusunda bkz. Ali, "Sigh of the Oppressed?"

ikisi de 1927'de). Böylece hakim ve savcıların devlet memuru olduğu yeni bir devlet mahkemeleri sistemi kuruldu. Daha önce de gördüğümüz üzere, devletin aile hayatının yeniden yapılandırılmasına yönelik artan ilgisini yansıtan değişiklikleri hayata geçiren Evlilik Kanunu 1931 yılında yayımlandı.[107] Bu Kanun, ulema ve Avrupa'da eğitim görmüş hukukçulardan oluşan bir komisyon tarafından yürütülen hazırlık çalışmalarının sonucuydu. Miras ve hibe de dahil olmak üzere aile hukukuna ilişkin mevzuatın geri kalanı 1935 yılında yürürlüğe girmiştir. 1967 ve 1975 yılları aile hukukunda iki yeni değişiklik dalgasına daha tanıklık etmiştir; 1975'te, kocanın tek taraflı boşanma (*talak*) hakkının kaldırılmasıyla damgasını vuran Ailenin Korunması Kanunu çıkarılmıştır. Söylemeye gerek yok, aile hukuku alanı, ne kadar zayıflamış olursa olsun, Şeriatın tek rezerv alanıydı. Tüm istek ve amaçlar için hukukun geri kalanı ve yasal sistem tamamen Batı kaynaklıydı ve Fransız etkisi açıkça hakimdi.[108]

1979'daki muazzam İran devrimi, İran içinde ve dışında büyük siyasi ve kavramsal kırılmalara yol açtı. Yine de ilginç bir şekilde, İslam Cumhuriyeti'nin alamet-i farikası olan hukuk alanı, Devrim'in gerçekleşmesinden sonraki yıllar boyunca nispeten küçük, hatta sembolik bir İslamlaşma süreci yaşadı.

Daha önce gördüğümüz üzere, Usûlî ekolden[109] gelen Velâyet-i Fakîh (Farsça: Vilayat-i Faqih) kavramı, yeni İslam Cumhuriyeti'nde yönetimin teorik zemini haline geldi. Humeynî (Devrimin karizmatik lideri ve teorisyeni), üç asırdan fazla bir zamandır süregelen İmâmiyye Usûlî doktrine uygun olarak, ama aynı zamanda yoğun bir sömürgecilik karşıtlığı ile yüklü bir şekilde,[110] İmam gizli kaldığı sürece (*gaybet*), Baş Fakîh'in, Merci-i Taklîd'in, tüm dünyevi ve manevi işlerde İmam'ın görevlerini temsil ederek siyasi ve dini yönetici rolünü yerine getirmesi gerektiğini savundu. Aslında bu doktrin yeni Cumhuriyet'in 1979 Anayasası'nda resmen yer almıştır. Anayasa'nın 5. Madde'sine göre, İmam'ın *gaybet*i devam ettiği sürece, her biri *ictihad*[111] niteliklerine sahip bir hukukçu ya da bir grup hukukçu liderlik yapma hakkına sahiptir.[112] Fakîh'in yetkilerinin siyasi, askeri ve diğer dünyevi alanlara genişletilmesi, Humeynî'nin söyleminde, bir

[107] Yukarıdaki 2-3. Kısımlara bkz.

[108] İran aile hukuku tarihine ilişkin faydalı bir genel değerlendirme Yassari, "Iranian Family Law in Theory and Practice," 43-64'te bulunabilir.

[109] Usûlî/Ahbarî ihtilafı için 5. Bölümün son kısmına bkz.

[110] Örnek olarak onun *el-Hükûmetü'l-İslâmiyye* kitabının giriş kısmı, 7-22 bkz.

[111] Bkz. 2. Bölüm, 9. Kısım, 8. Nokta.

[112] Schirazi, *Constitution of Iran*, 13.

İslam devletinin Şeriata gerçekten uygun olarak yönetilebilmesi için, hukukun en üst düzey uzmanı olan Merci-i Taklîd tarafından denetlenmesi ve yönetilmesi gerektiği düşüncesiyle temellendirilmiştir.[113]

Bu makamın, Devrim'den önceki on yıl boyunca geliştirdiği doktrinin bir uzantısı olduğu belirtilmelidir. Daha önceki versiyonda Merciiyye, 1906 Anayasası'nda öngörülene çok benzer bir şekilde, Hukukçu ya da Hukukçuların kanunların Şeriat kurallarına uygunluğunu sağlamak amacıyla tüm mevzuatı değerlendirdiği bir denetim rolü oynamaktadır.[114] Az önce gördüğümüz gibi, bu makam 1979'dan kısa bir süre önce revize edilerek, siyasi iktidarın en üst düzeyde kullanımı da dahil olmak üzere yönetimin yalnızca Merciiyyenin elinde olmasını sağlamıştır. Doktrinin her iki versiyonunda da Merciiyye, Ümmetin ve Devletinin karşılaşabileceği benzeri daha önce görülmemiş durumlarda *ictihad* yapmakla sorumludur, ancak bunun dışında Merci, Şeriatın yerleşik hukukunu, en azından genel hatları ve temel ilkeleri itibariyle, değişmez olarak görmeli ve ele almalıdır.[115] Hukukun yapı ve ilkeler olarak bu kalıcılığı, İslam hukukunun üstünlüğünün[116] özünü oluşturmaktadır ve bu özellik bugün İslamcıların çoğunluğu tarafından savunulmaya ve el üstünde tutulmaya devam etmektedir.

Ancak hayatının sonlarına doğru Humeynî doktrinini ikinci kez değiştirdi. Artık İslami Fakîh-Hükümdarın Şeriat ve yasaları ile ne bağlı ne de tanımlı olduğunu ve yasanın ne olduğu konusunda kendi kararını verebileceğini savunuyordu. Hukukçu(lar), "İslam ülkesinin çıkarları" tehdit altındaysa, başka şeylerin yanı sıra, hac gibi İslam'ın temel rükünlerini bile iptal edebilir ve camileri yıkabilirdi. Modern devlet kendisini - ve icraatlarını - işlevi, kendi koyduğu normdan herhangi bir sapmayı düzeltmek amacıyla disiplin yaratmak ve dayatmak olan bir sistem olarak görür.[117] Humeynî, modern devletin ruhuna çok uygun bir şekilde, hukukun işlevine dair bu modernist algıyı tamamen özümsemiştir. Humeynî, sahip olduğu modernist siyasi çağrışımlar nedeniyle modern öncesi İslam hukukçuları tarafından bilinmeyen şu görüşü benimsemiştir: "İslam, hukuku kendi başına bir amaç olarak değil, bir araç olarak görür. Hukuk, toplumda

[113] Humeynî, *el-Hükûmetü'l-İslâmiyye*, 45-52, 76; Khomeini, *Islam and Revolution*, 59–60; ayrıca genel olarak bkz. Halm, *Shi'a Islam*, 139 vd.

[114] Arjomand, "Islamic Constitutionalism," 118.

[115] Khomeini, *Islam and Revolution*, 79.

[116] See Hallaq, *Origins*, 8. Bölüm.

[117] Bu argüman için bkz. Zaman, *Ulama*, 105–06. Krş. Humeynî, *el-Hükûmetü'l-İslâmiyye*, 41-44.

adaletin tesisi için bir araçtır, insanın entelektüel ve ahlaki reformu ve arınması için bir araçtır."[118] Qasim Zaman, Fakîh-Yönetici'ye hukukun üstünde ve üzerinde mutlak bir otorite tanıyan bu doktrinin Sünni ulemanın en çok korktuğu şey olduğunu ileri sürmüştür. Çünkü "devlet, İslam'ı koruma kisvesi altında onu kendi amaçlarına tabi kılabilir ve nihayetinde kendi içinde eritebilirdi."[119] Kendini laik ilan eden bir devlet ile kendini İslami ilan eden bir devlet arasındaki yüzeysel farkı belirleyen, ince bir ciladan başka bir şey olmayan bu "kılıftır". Sünni ve Şiî İslamcılar kadar ulema da son tahlilde devletin devlet olduğunu henüz keşfedememiştir.[120]

Yine de Humeynî'nin doktrininin çok azı hemen uygulamaya geçirilebildi; hatta Hukukçu-Yöneticinin kendisi, yani Dini Lider bile Şah'ın devletini istediği hızda elden geçiremedi ve nitekim hukuk alanındaki ideolojisinin büyük bir kısmı uygulamaya geçirilemeden öldü. Bunun bir nedeni, Şeriatın hukukun üstünlüğü ilkesine dayanan İslami yönetimin, modernist bir yönetim anlayışı karşısında giderek kaybolmakta olduğu yönündeki anlayışının paradoksunda yatıyor olabilir (bu değişim, Şah yönetiminde sofistike bir gözetim ve bürokrasi sistemi geliştirmiş olan modern bir devletin siyasi lideri olarak edindiği deneyimin ağırlığıyla açıklanabilir). Yine de Humeynî'nin paradoksu İslam Cumhuriyeti'nin de paradoksuydu, çünkü modernize edilmiş haliyle bile İslami ideal ile modern devletin gerçekliği arasındaki gerilim ağır basıyordu ve böyle olmaya da devam ediyor.

Bu gerilim Cumhuriyet'in çeşitli özelliklerinde kendini göstermektedir. Örneğin 1979 İslam Anayasası'ndaki sınırlamaları ele alalım. Madde 4'e göre "Tüm medeni, cezai, mali, ekonomik, idari, kültürel, askeri, siyasi kanunlar ve diğer kanunlar veya düzenlemeler ... kesinlikle ve tamamen İslami ilkelere dayanmalıdır."[121] Ancak, yasaların İslamileştirilmesini uygulamak için oluşturulan mekanizma mutlak İslami şartlarda programlanmamıştır. Anayasada altı Şeriat hukukçusu ve altı Batı eğitimi almış hukukçudan oluşan bir denetleme konseyi öngörülmüştür ve bu konseyin görevi Parlamentoya sunulan tüm yasa tasarılarının İslam hukukuna uygun olmasını sağlamaktır. Batı eğitimi almış üyelerin hukuki nitelikleri, en azından *fıkıh* ve *fıkh*ın yorumsal temellerine aşina olmadıkları gerekçesiyle

[118] Khomeini, *Islam and Revolution*, 80.

[119] Zaman, *Ulama*, 107.

[120] Bu konuyla ilgili olarak Zubaida, Islam, the People and the State, bölüm 6, özellikle s. 172-81'deki faydalı analize bkz.

[121] Rezaei, "Iranian Criminal Justice," 57; Schirazi, *Constitution of Iran*, 10; Fatemi, "Autonomy and Equal Rights," 287.

sorgulanabilir. Ayrıca, 167. Maddeye göre, mahkeme yargıçlarının her davayı kodifiye edilmiş kanun temelinde karara bağlaması ve böyle bir kanunun bulunmaması halinde kararlarının bilgili bir Şeriat hukukçusu tarafından verilen *fetvâ*ya uygun olması gerekmektedir.[122] Bu madde Pehlevi hukuk sisteminin büyük bir kısmını etkin bir şekilde korumaktadır, zira ilgili tüm taraflarca kapsamlı, sistemik ve sistematik bir İslamileştirme gerektiren çeşitli maddelerde amaçlanan dönüşümün parça parça bir süreç dışında elde edilemeyeceği anlaşılmıştır. Ve aslında olan da budur. Yirmi yıl kadar sonra, 2000 yılında, Genel ve Devrim Mahkemeleri Usulü (PGRCC) bu şartların çoğunu tekrarlayarak, herhangi bir kanunun yetersiz veya belirsiz olması ya da söz konusu davayla ilgili olarak mevcut olmaması durumunda, mahkemenin İslam hukuku ilkelerine dayanan bir *fetvâ*ya başvurması veya *kâdı*nın kendisinin *ictihad* yapması gerektiğini belirtmiştir. Ancak, hakim tarafından kanunun devletin yürürlükteki kanunuyla çeliştiği tespit edilirse, dava karara bağlanmak üzere başka bir mahkemeye gönderilmelidir.[123] Aşağıda daha detaylı göreceğimiz üzere, devlet en üstün hükümdar olmalıdır; bu durum Humeynî'nin kendi iddiasıyla pek uyuşmamaktadır: "[İslam] hukuku tek başına ... topluma hükmeder. En Yüce Peygamber'e ve ondan sonra yönetimde bulunanlara verilen sınırlı yetkiler bile Allah tarafından ... ilahi yasaya itaat etmeleri için verilmiştir."[124]

Devrimin ilk aylarında, Şeriatın hassas görüntülerini yansıtan semboller ilk dikkati çeken unsurlar oldu. Çünkü burası bir test alanıydı. Bir İslam devleti, bir İslam Devrimi, kutsala saygısız Şah'ın dinsiz yasalarını korumaya nasıl devam edebilirdi? Böylece gece kulüpleri, içki dükkanları, müzik (video ve kasetler dahil), dans ve domuz eti satışı derhal yasaklandı. Kısa bir süre sonra Anayasa faizi ismen zikrederek yasakladı (Madde 43). Ve yeni Cumhuriyet'in doğuşundan sonraki dört ay içinde, 1816 Fransız Ceza Kanunu'na dayanan Şah'ın ceza kanununun yerine *had, kısas* ve *ta'zîr* de dahil olmak üzere İslami suçlar[125] kanunu getirildi. Ancak bu ceza hukuku düzenlemesi bile zayıftı ve somut ve daha eksiksiz bir biçim kazanması için 1982, 1988, 1989, 1992 ve 1996 yıllarında ek kanunlar çıkarılması gerekti. *Ta'zîr*i modern bir devlet sistemi içine yerleştirme sürecinde, hükümet çeşitli suçlar için cezaları belirleme

[122] Rezaei, "Iranian Criminal Justice," 58. 1979 İran Anayasa'sına şuradan ulaşılabilir www.iranchamber.com/government/laws/constitution.

[123] Ansari-Pour, "Iran" (2000–01), 355–56; Ansari-Pour, "Iran," (2005–06), 421.

[124] Algar, *Islam and Revolution*, 56–57.

[125] Bu suçların *fikh*ı için bkz. 10. Bölüm, 3-4. Kısımlar.

zorunluluğu hissetti[126] ve aslında *ta'zîri ta'zîr* yapan en karakteristik özelliği, yani hakimin her davanın temsil ettiği belirli ve kendine özgü durumu sosyal, ahlaki ve hukuki olarak değerlendirmesini ortadan kaldırdı. *Ta'zîr*e kendine has özellikler kazandıran ve onu *had*lerden ayıran, kadıların bu üç husus ve diğer unsurlar arasında kurdukları özel dengedir. *Ta'zîr*in kuramsal temellerinin daima her bir vakanın kendine özgü ahlaki koşullar içerdiğini varsaydığının farkına varılamaması, yalnızca ahlaki toplumun zarar görmesinin değil, aynı zamanda modern devletin bağımsız Şeriatı bir devlet hukuku biçimine dönüştürmedeki doğal rolünün de bir yansımasıdır. Aynı suçlar için farklı cezalar uygulama fikrine ve uygulamasına direnen bu tekdüzeliği yaratmanın ardındaki mantık, modern devletin heterojenlik karşısında sergilediği kaçınılmaz rahatsızlığı ortaya koymaktadır: Özne her zaman tekdüze olmalıdır.

Devletin üstünlüğü sadece İslami yönetim biçimleri üzerindeki modernist etkilerin kavramsal bir kalıntısı değil, İslami İran deneyiminin ya da en azından nüfuz sahibi Humeynî ve çevresindeki diğer Ayetullahların[127] kendi siyasi modernite kavramını nasıl ifade ettiklerine dair bilinçli bir tercihti. Humeynî'ye göre İslam hukuku sadece belirli sosyal ve ahlaki hedeflerin gerçekleştirilebileceği bir araç değil, Allah'ın temel emri olan devletin türevi olan bir vasıtadır. "Devlet, Allah'ın emirlerinin en önemlisidir ve Allah'ın diğer tüm emirlerine göre önceliğe sahiptir."[128] Devlet, hukukun çerçevesi içinde faaliyet göstermez; aksine, devlet içinde faaliyet gösteren hukuktur. "Eğer devletin yetkileri [sadece] Allah'ın emirleri çerçevesinde işliyor olsaydı, Allah'ın egemenliğinin kapsamı ve Peygamber'e verilen mutlak emanet içerikten yoksun anlamsız bir olgu olurdu."[129]

Bu devlet vizyonu, Humeynî'nin, "ülkenin" çıkarları gerektiriyorsa, Fakîh-Yönetici'nin devlet adına büyük ya da küçük Şeriat kurallarını cezasız bir şekilde askıya alabileceği yönündeki diğer açıklamalarıyla tamamen örtüşmektedir.[130] Bu vizyonda, hem Batılı hem de İslami kurumsallaşmış denetim ve denge mekanizmaları yoktur. Weber'in devlete hukuksal ve kurumsal kişiliğini veren bürokratik rasyonalitesi, teoride ve pratikte neyin İslami olduğu, yani neyin

[126] Schirazi, *Constitution of Iran*, 223–26.

[127] Ayetullah Azerî Kumî gibi. Bkz. Schirazi, *Constitution of Iran*, 230, 240.

[128] Bu nedenle, Arjomand'ın yaptığı gibi Humeynî'nin İran'ında Şeriatın "intikamla geri döndüğünü ve modernleşmiş devleti ve anayasasını yuttuğunu" iddia etmek çok önemli bir noktayı gözden kaçırmak olacaktır. Bkz. Arjomand, "Islamic Constitutionalism," 125.

[129] Humeynî'nin konuşması (1988), aktaran Schirazi, *Constitution of Iran*, 230.

[130] Zaman, *Ulama*, 105–06. Krş. Humeynî, *el-Hükûmetü'l-İslâmiyye*, 41-44.

hukuka uygun olup neyin olmadığı konusunda son sözü söyleyen Hukukçu-Yönetici ve belki de Koruyucular Konseyi tarafından terk edilmiştir. "Ülkenin çıkarının" ne olduğuna karar verenler sadece onlar gibi görünüyor. Aynı zamanda devlet adına hukuku belirleme yetkileri hiçbir şekilde Şeriat geleneğini yansıtmamaktadır. Çünkü bu gelenekte hukukun istikrarı ve üstünlüğünün birbirine bağlı etkileri, "devletin" her zaman hukukun üstünlüğü altında işlediğini garanti eder ve bu gerçekten de öyle olmuştu.

Bu arada İslamlaştırma yolunda çok az şey gerçekleştirildi. Humeynî'nin 1982'de yaptığı bir konuşmada dile getirdiği hayal kırıklıkları bunu açıkça ortaya koyuyordu.[131] Bu konuşmadan sonra Meclis, Cumhuriyet'te yürürlükte olan ve uygulayıcı devlet kurumu tarafından İslami olmadığı düşünülen tüm yasaların incelenmek üzere Koruyucular Konseyi'ne sunulması gerektiğini ilan ederek ciddi bir şekilde İslami yasalara yönelmeye başladı. Ancak Konsey buna derhal karşı çıkarak, bir kanunun resmi olarak İslami olmadığı ilan edilmediği sürece, bir sonraki duyuruya kadar geçici olarak uygulanması gerektiğini, bu duyurunun da muhtemelen Koruyucular Konseyi'nin kanunun içeriğini gözden geçirmesinden sonra yapılacağını belirtti. Anlaşılacağı üzere, 1982'deki bu tutum, Cumhuriyet'in sonraki yirmi beş yıl boyunca İslamlaşmaya yönelik kademeli yaklaşımını ifade ediyordu. Bu yaklaşım, pragmatik bir politikayı benimseyen, sahadaki hukuki gerçeklerin göz önünde bulundurulmasının, siyasi sistemde felç edici veya zararlı kırılmalara yol açabilecek her türlü İslamlaşma düşüncesinin önüne geçtiği bir yaklaşımdı.

Bu pragmatik politikanın ilk tezahürü, radyo ve televizyondaki müziğin, video ve kaset ticaretinin, satrancın ve diğer eğlence biçimlerinin yeniden yasallaştırılması oldu.[132] Humeynî'nin yayınladığı bir *fetvâ*da yer alan gerekçede, zararlı ve faydalı eğlence biçimleri arasındaki hukuki ayrıma başvuruluyor ve geri getirilenin ikinci tür eğlence olduğu söyleniyordu. Ancak "caiz" eğlencenin yeniden yasallaştırılmasının ardındaki gerçek, 1979 yasağının etkisizliğini ve hükümetin popüler uygulamaları yasaklama konusundaki yetersizliğini gözler önüne sermesiydi. Bu durum kamuoyuna bir geri adım olarak değil, kamu yararı (*maslahat*) lehine işleyen bir politika olarak sunulsa da dini liderlik için, *fetvâ*larının da işaret ettiği gibi, modernitenin zararlı etkileri karşısında hafifletilmiş bir tavizdi,

[131] Schirazi, *Constitution of Iran*, 163–64.
[132] *A.g.e.*, 241-42.

çünkü böyle bir mevzuat en azından İslami televizyon programlarının ve klasik İran müziğinin Batılı emsalleriyle rekabet etmesine izin verecekti. Bu, daha az kötü olanı seçme tavrıydı. Her türlü müziğin yasaklanması sadece karaborsanın ve dolayısıyla Batı müziğinin satın alınması anlamına gelecekti.

Bu geri çekilme, daha önce de belirttiğimiz gibi cezaları devlet tarafından belirlenen *ta'zîr* kanunu ile paralellik arz etmektedir. Ayetullahlardan bazılarının (*ta'zîr*in takdire bağlı niteliğinin esas olduğu gerekçesiyle) eleştirileriyle karşı karşıya kalan hükümet, bu cezaları ne yürürlükten kaldırabilir ne de takdire bağlı özelliklerini geri getirebilirdi. Bu nedenle kanun yürürlükte kalmak zorundaydı ancak - mollaların eleştirilerini bertaraf etmek için - bu cezaların Şeriat alanından çıkarıldığının ilanı anlamına gelen bir isimlendirme olan "devlet düzenlemeleri" adı verildi. "İslam hukuku"nun *modern* özünü sembolize eden ve yakalayan tüm *şer'î* unsurlar gibi, ceza hukuku da özel bir gayretle uygulandı, ancak diğer pek çok şey gibi, geleneksel sistemde modernleştirici bazı ayarlamalar yapılması gerekiyordu. Yargı içindeki diğer modern kurumlara uyum sağlanması ve *şer'î* bir görünüm kazandırılması gerekiyordu. Örneğin, "siyasi suçlar ve basın suçları"[133] davalarında gerekli olan jürinin, modern öncesi hukuk mahkemelerinde[134] *ehl-i ilm*in mutat katılımında temsil edilen *şer'î* bir kökene sahip olduğu iddia edildi; bu katılımın niyeti ve amacı hüküm vermek değil, "adil yargılama" ve adil duruşma sağlamaktı. (Görünüşe göre, jürinin hukuki bilgi ve eğitimi ile *ehl-i ilm*inki arasındaki muazzam uçurum da bu benzetmede önemli bir faktör olarak görülmemiştir). Benzer uyarlamalar hukuk mesleğini, avukatlık uygulamalarını ve ilgili konuları rasyonelleştirmek ve meşrulaştırmak için de yapılmıştır - ki bunların hepsi İran'a Batı'dan getirilmiştir. Son tahlilde, Devrimden önce ve *sonra* kabul edilen kanunların büyük çoğunluğu ilham ve içerik bakımından Batılıdır ve öyle de kalmaya devam etmektedir. Uluslararası yasalar, uluslararası sözleşmeler ve antlaşmalar, geleneksel *cihad* ahkamına rağmen, her yıl onaylanmaya[135] devam etmektedir.[136]

E. Endonezya

On dokuzuncu yüzyılın sonundan itibaren Hollanda'nın *adat* konusundaki yoğun baskıları -ki bu *adat* ve Şeriat arasında bir ayrımın

[133] Ansari-Pour, "Iran" (2003–04), 267–68.

[134] Bu mahkemelerin katılımcıları için bkz. 4. Bölüm, 3. Kısım.

[135] Bu tür son onaylamalardan bazıları hakkında, Bibliyografyada Ansari-Pour'un "İran" (2000-01), 362-63; (2002-03), 347; (2003-04), 274; ve (2004-05), 330-31 altındaki maddelerine bkz.

[136] Bkz. 10. Bölüm.

olduğunu varsayıyordu ve Şeriatın aleyhine yapılmıştı- büyük bir öfke yarattı, çünkü Hollandalıların her iki hukuk alanındaki meşru otoriteye müdahale ettiği düşünülüyordu.[137] Meseleyi daha da alevlendiren şey, 1950'deki nihai ayrılışlarından önceki son birkaç yıl boyunca İslam mahkemelerini ortadan kaldırma kararlarıydı. Sonuç olarak, Hollanda'nın 1882'den itibaren ve ayrılana kadar izlediği politikaların Endonezya halkının dinlerine ve hukuk kurumlarına bağlılıklarını sürdürme kararlılığını güçlendirmekten başka bir işe yaramadığı rahatlıkla söylenebilir. Öte yandan, Hollandalılar tarafından büyük ölçüde seküler yerli elite miras bırakılan siyasi ve hukuki iktidar yapıları, bu elitin sömürge yönetimine muhalefetine rağmen, her zamanki gibi işlemeye devam etti. Genel olarak konuşmak gerekirse, bağımsızlıktan sonra sömürgeci yargı kurumları, nüfusu ekonomik ve siyasi güç hatları üzerinden bölmeye yönelik kasıtlı politikalarıyla birlikte sürdürüldü.[138] Endonezyalılar için geçerli olan tüm *adat* yasaları gibi tüm ticari yasalar ve sınai mülkiyet ve patent yasaları da korundu. Şeriat, sınırlandırılmış aile alanlarında başlangıçta olduğu gibi muhafaza edildi ve Endonezyalı Hıristiyanlar kendi Evlilik Kanunları ile yönetilmeye devam etti. Hollandalıların Avrupalılara uyguladığı yasalar şimdi Çinlilere uygulanıyordu, ancak bu yasaların bazı kısımları tüm Endonezya vatandaşlarına genelleştirildi. Cumhuriyet'te hukuki değişimin neredeyse hiç olmaması, 1945 Anayasası'nın 2. Maddesinde "Devletin mevcut tüm kurumları ve düzenlemeleri, Anayasa'ya uygun olarak yenileri oluşturulmadığı sürece işlemeye devam edecektir." hükmü ile resmi bir yaptırıma bağlanmıştır.[139]

Hollandalıların ayrılmadan önce vermek zorunda kaldıkları siyasi tavizin bir sonucu, Japon işgalinin sona ermesinin ardından 1946 yılında bir Din Bakanlığı kurulması oldu. Bu kısmen, Japonların nüfusu kontrol etmenin bir aracı olarak İslam'ı yaymak için harcadıkları çabalara karşılık vermek üzere hesaplanmış rekabetçi bir önlemdi. Birçok İslami kurum bu Bakanlığın idaresi altına alındı. Dini Adalet Başkanlığı, Bakanlığın Müslüman mahkemelerinin idaresinden sorumlu birimi haline geldi. Uzun vadede bu Bakanlık, hem mahkemelerinin ve adli uygulamalarının yaygınlaştırılması hem de Endonezya dini-hukuki kimliğinin geliştirilmesine elverişli bir eğitim sisteminin oluşturulması açısından İslam hukukunun

[137] Lev, Islamic Courts, 28. Genel bir bağlam için bkz. 14. Bölüm, 3. Kısım.
[138] Lev, "Colonial Law."
[139] Aktaran Lukito, "Law and Politics," 17.

teşvik edilmesinde önemli bir rol oynamaya başladı. Bu Bakanlık, o zaman da şimdi olduğu gibi, Hollandalıların ülkeye miras bıraktığı üst Batılılaşmış elit kesimden gelmeyen kişiler tarafından yönetilme eğilimindeydi ki bu, Şeriatın ne ölçüde benimseneceğini belirleyecek olan güç dinamikleri açısından önemli bir hususdu.

İslamcı partilerin desteğini alan Din Bakanlığı (daha sonra Diyanet İşleri Bakanlığı), büyük ölçüde İslam karşıtı, laik milliyetçi elit tarafından desteklenen nüfuzlu İçişleri Bakanlığı'na rağmen Endonezya'nın çeşitli adalarında İslam mahkemeleri kurulması için baskı yaptı. 1957 yılına gelindiğinde Sumatra ve Cava'da Şeriat mahkemeleri (Mahkamah Syariah) toplanmış ve Cava'da diğer adalar için dini temyiz mahkemeleri kurulmuştur. Ancak tüm bu gelişmelerde Hollanda'nın sömürgeci mirası kayda değerdi, çünkü bu mahkemeler sadece yargı yetkileri açısından çok az şey yapmakla kalmadı, aynı zamanda bu yargı yetkisinin kapsamı da zaman zaman bir yerden diğerine oldukça farklılık gösteriyordu. Cava ve Madura (ve daha sonra Kalimantan) için 1882 ve 1937 yılları arasında oluşturulan Hollanda yargı politikaları, bu adalardaki Şeriat mahkemelerini evlilik[140] ve özellikle de boşanma ile ilgili davalara bakmakla sınırlandırmıştır; öte yandan Sumatra ve diğer yerlerdeki daha yeni mahkemeler *vakıf*, kamu fonları (*zekât* dahil), hibeler, vasiyetler ve miras gibi çok çeşitli alanlarda hüküm vermiştir. Bu nedenle yargı sisteminin birleştirilmesi bağımsız devlet için büyük bir zorluk teşkil ediyordu, çünkü Cava mahkemeleri başta miras olmak üzere daha geniş bir yargı yetkisi elde etmek isterken,[141] diğer mahkemeler, özellikle de Sumatra'dakiler, büyük bedeller ödeyerek elde ettikleri yetkilerden vazgeçmeye direniyordu.

Resmi bağımsızlığı müteakip ilk yıllarda Şeriat mahkemeleri birçok faktörden etkilenmiştir. İç idari ve prosedürel tutarsızlıklar, hem mahkemelerin idaresi hem de memur ve yargıçlarının eğitimi için yetersiz finansman ile birleşince, yıllarca zayıflatıcı bir sorun olarak kaldı. Ancak daha da önemlisi, bu mahkemeler, devletin titizlikle homojenleştirmeye çalıştığı daha geniş bir etnik, dini, hukuki ve kültürel çeşitliliğin sadece bir parçasıydı. Elit kesimin hukukun güçlü bir toplum mühendisliği mekanizması olduğunu bilmesi, Yargıtay ve Cumhuriyet Başsavcısını hukuk sisteminde otoritenin zirvesine

[140] Hooker, "State and Shari'a," 35.

[141] "Miras sorunu" hakkında Lev, *Islamic Courts*, 187-205'e bkz.; burada ayrıca Cava Şeriat mahkemelerinin uygulamada miras meseleleri üzerindeki tüm yargılamalardan feragat etmediklerini belirtmektedir.

yerleştiren 1947 tarihli 7 sayılı kanunun çıkarılmasına yol açtı. Aynı yıl çıkarılan 23 sayılı Kanun, Hollandalılar döneminde kendi kendilerini yerel olarak idare eden Cava ve Sumatra'daki örfi mahkemeleri kaldırdı. Ulus-devletin gelişen hegemonyası, Hollanda'daki Hollandalılarınkine benziyor ama Endonezya kolonisi ile daha az benzeşiyordu ve bu durum gözden kaçmadı. Bu kanunun, yeni Cumhuriyet'in egemenliğini savunmacı bir dille ortaya koyması ve Cumhuriyet'in "sadece Hollanda-Yerli Yönetimin halefi" olmadığını belirtmesi önemlidir.[142] Birleşme süreci hız kesmeden devam etti. Bir yıl sonra, 1948'de, 19 sayılı Kanun üç kademeli bir mahkeme sistemi getirdi (ilk derece, temyiz ve yüksek mahkeme) ancak bu düzenlemelerde *adat* ve Şeriat mahkemelerine yer verilmedi. Şeriat ve *adat* mahkemeleri bu mahkemelerin bünyesinde birleştirildi.[143]

Dini mahkemeleri organize etmeye yönelik bir girişim 1957 yılında merkezi hükümetin bu mahkemelerin işlevlerini ve memurlarının atanma usullerini tanımlamasıyla gerçekleşti. Burada Şeriatın hiçbir ilkesi ya da kuralı belirtilmemişti ve sivil mahkemeler örnek alınarak kurulan bu mahkemeler, bir başka Hollanda mirası olan yüksek mahkemelerdi. İspat hukuku, *fıkıh* değil, hukuk mahkemelerinde kullanılan hukuktu ve davaların tanımlanması ve raporlanması da böyleydi. Hollanda politikasını takip eden yeni ulus-devlet, daha önce de belirtildiği gibi hukuk mahkemelerine devredilen mülkiyet ve mali konularla şer'î mahkemelerin ilgilenmemesi ilkesini benimsedi. Söylemeye gerek yok ki, boşanma ve mülkiyet yargı yetkisinin bu şekilde ikiye ayrılması yapaydır ve toprak sahibi kırsal topluluklarda bu iki alan birbirinden ayrılamaz olduğu için sorunlu olduğu ortaya çıkmıştır.

1950'lerdeki ulusal tartışma, adat ve Şeriatın ülkenin hukuk sistemindeki yerlerine ilişkin söylemi hatırlatıyordu. Adatın çoğulculuğu, *adatı* geri kalmış ve anti-modern olarak gösterme stratejisine sahip olan seküler milliyetçilerin taleplerine ters düşüyordu. Aynı şekilde, bu seküler-milliyetçi kamptaki daha zayıf sesler de Şeriata karşı aynı argümanları kullandı. Yine de *adat* taraftarları, 1960'larda Tarım İşleri Esas Kanunu'nun adat hukukunun Cumhuriyet'te sömürge hukukunun yerini alan bir hukuk kaynağı olduğunu ilan etmesiyle bazı tavizler elde edecek kadar güçlüydü. Ancak bu imtiyaz, bu tür örfi kanunların kullanımının adil ve müreffeh bir toplumun

[142] Lev, "Judicial Unification," 20.
[143] Lukito, "Law and Politics," 21, 25.

inşasını engellememesi gerektiği yönündeki şartların getirilmesiyle keskin bir şekilde sınırlandırılmıştır. Bu arada, sömürge hukuku milliyetçi bir kisve altında sessizce devam etti.[144]

Öte yandan Şeriat mahkemeleri, kısmen İslam'ın sağladığı meşruiyet havası, kısmen de tabi oldukları hukuki "kod"un (çoğunlukla Şâfiî kökenlidir) çoğulcu *adat*tan farklı olarak ulusal birleşme projesinin amaçlarıyla tutarlı olması nedeniyle bu tartışmadan daha başarılı bir şekilde kurtuldu. Hükümetin bu mahkemelerin kırsal nüfusun günlük yaşamıyla ilgisini fark etmiş olması da muhtemeldir. Hiçbir laik mahkeme arabulucu rolü oynayamazken, Şeriat mahkemeleri - Malezya'da ve başka yerlerde de - resmi yargılama aşamasına gelmeden *önce* anlaşmazlıkları tahkim etme ve arabuluculuk yapma konusunda önemli bir rol üstlenmiştir.[145] Böylece, 1970 tarihli 14 sayılı Kanun, Şeriat mahkemelerinin adli yetkilerini onaylayarak, mevzuatın sadece hukuki bir tasarruf değil, aynı zamanda sembolik ve siyasi bir düzenleme olduğunu göstermiş ve böylece vatandaşların çoğunluğunu yatıştırmıştır. Öte yandan, yürürlükteki kanun, *şer'î* kararların yürürlüğe girebilmesi için laik mahkemelerin onayının gerekli olduğu şeklindeki "sessiz" sömürgeci ilkenin teyit edilmesiyle frenlenmiştir. 1974'te çıkarılan dini Evlilik Yasası da uygulamada aynı sınırlamalara tabiydi.

Ancak zaman içinde bu sınırlamalar kaldırılmıştır. Endonezya'da İslamileşmenin ve İslamcıların artan baskıları ve güçlü sivil İslami hareketlerin ortaya çıkması sonucunda,[146] buna karşılık "seküler" ve gayrimüslim grupların sert muhalefetine rağmen, adalardaki Şeriat mahkemelerini birleştiren ve önemli ölçüde *executoire verklaring* olarak adlandırılan onaylama ilkesini tersine çeviren 7 sayılı Kanun (1989) kabul edildi. Bundan böyle Şeriat mahkemelerinin kararları kendi kendini onaylıyor, laik mahkemelerin tasdikine ihtiyaç duymuyordu. 1991'den itibaren bu mahkemeler kararlarını, İslam hukukunun modernize edilmiş bir versiyonunu yansıtan ve aynı zamanda ülke içinde daha fazla tutarlılık ve yeknesaklık yaratmayı amaçlayan Endonezya'daki yeni İslam Hukuku Derlemesi'ne dayandırmaya başladı. Bu Derleme'de çok eşlilik belirli koşullar altında yasal kalmaya ve dinler arası evlilik yasaklanmaya devam etmiştir.

---

[144] *A.g.e.*, 23-24.

[145] Bkz. Peletz, *Islamic Modern*, 30; Hanna, "Administration of Courts," 54; Raymond, "Role of the Communities," 39–40; Starr, "Pre-Law Stage," 120; Marcus, *Middle East*, 109. Ayrıca 4. Bölüme bkz.

[146] Hefner, "Varieties of Muslim Politics," 136-51'de kısa ve faydalı bir analiz bulunmaktadır.

Suharto rejiminin 1998'de çökmesinin ardından, ademi merkeziyetçilik süreci (Otonomi Daerah olarak bilinir) yeni bir dinamik kazanmış ve hem federal hem de bölge düzeyinde, çoğu zaman birbiriyle çelişen birçok gelişmeye yol açmıştır. 2004 tarihli 10 ve 32 sayılı kanunlar Endonezya'nın bölgelerinin görece özerkliğini tanımış, federal hükümete ulusal ve uluslararası politikalar üzerinde özel yetkiler vermiş, ancak bölgelerin iç işlerini büyük ölçüde bölgelerin kendilerine bırakmıştır. Aralarında Açe, Padang, Banten, Cianjur, Tangerang, Jombang, Bulukumba ve Sumbawa'nın da bulunduğu on altı bölge, Şeriat Bölgesi Yönetmeliğini (Peraturan Daerah Sharia; kısaca Perda Sharia) imzaladı. Yönetmeliğin ana içeriği, değişik bölgeler tarafından farklı şekillerde anlaşılan ve ifade edilen Şeriat öğretilerinin uygulanmasıdır. Bazıları Müslüman kıyafeti giymeyi zorunlu kılan yasalar çıkarırken, diğerleri bunu devlet memurlarıyla sınırlandırmıştır; diğer bölgeler de fuhuş, alkol satışı ve tüketimini suç saymış ve *zekât* toplanmasını düzenlemiştir.[147] Öte yandan, 2004 yılında, uluslararası ve yerel insan hakları gruplarının baskısı altında, Diyanet İşleri Bakanlığı 1991 Derlemesi'nin yerine geçecek bir yasa tasarısı önerdi. Çok eşliliğin kesin olarak yasaklanmasını ve dinler arası evliliğin koşulsuz olarak yasallaştırılmasını öngören yasa önerisi ulusal düzeyde büyük bir tartışmaya yol açmış ve malum nedenlerle İslamcıların ve nüfuzlu ulemanın şiddetli muhalefetini celbetmiştir.[148] Tartışma halen devam etmektedir.

F. Türkiye

Türkiye örneği, yaklaşık bir asır boyunca Şeriat hukuk sisteminin yapısal, hatta radikal bir şekilde tasfiye edilmesine rağmen İslam hukuk değerlerine bağlı kalan bir toplumun özgün bir modelini temsil etmektedir. 1926 yılına gelindiğinde, vakıflara ve *medrese*lere[149] karşı ilk devlet tasarrufundan tam yüz yıl sonra, katı laik Kemalist rejim İslam hukukunu tamamen rafa kaldırarak yerine, en önemlileri İsviçre Medeni Kanunu, Alman Ticaret Kanunu ve İtalyan Ceza Kanunu olmak üzere bir dizi Avrupa kanununu getirdi. Amaç sadece Türkiye'yi Müslüman dünyanın algılanan "geri kalmışlığından", kültürel ve diğer sorunlarından uzaklaştırmak değil, aynı zamanda Türkiye'de "rasyonel", "bilimsel" ve nihayetinde modern olan yeni bir kültürel etik oluşturmaktı. Başka bir deyişle, dönüşüm hukuki, kültürel ve "uygarlık" alanında olacaktı. Türkiye Cumhuriyeti, diğer

[147] Candraningrum, "Perda Sharia"da farklı kanunlar listelenmiştir.
[148] Harisumarto, "Indonesia Draft Sharia Law."
[149] Bkz. 15. Bölüm, özellikle 2. Kısım.

İslam ülkelerinden daha az sert olmamak üzere, aileyi ve ulusal yaşam mozaiğini yeniden yapılandırmaya ve yeniden biçimlendirmeye çalıştı. Çok eşlilik ve evlilikle ilgili dini nikah gibi özellikler de dahil olmak üzere Şeriatın hiçbir kuralı varlığını sürdürmeyecekti. Din, eğer varlığını sürdürecekse, özel alana hapsedilecekti.

Ancak, yerel düzeydeki İslami uygulamalar, devletin toplumu sekülerleştirme yönündeki tüm girişimlerine rağmen varlığını sürdürmüştür.[150] İslami değer ve uygulamaların Türk toplumunda yaygınlığını koruması, Cumhuriyet elitinin dini özel bir inanç haline getirmedeki başarısızlığına işaret etmektedir.[151] Bu yaygınlığın bir göstergesi olarak, törensel dinî *nikah*, hem kırsal hem de kentsel alanlarda birçok Türk arasında hala tercih edilen bir evlilik şeklidir. Hukukun köklü bir şekilde Batılılaştırılmasından yarım yüzyıl sonra, 1970'lerde, Türkiye'deki tüm evliliklerin yarısı hem medeni devlet hukukuna göre hem de dini merasimle ve en az yüzde 15'i dini geleneklere göre yapılıyordu ve bu nedenle devlet hukukuna göre hiçbir geçerliliği yoktu. 1990'larda kentsel toplumlarda evliliklerin en az yüzde 82'si, kırsal toplumlarda ise yüzde 87'si hem medeni hukuka hem de dini merasime göre yapılmaktaydı. Popüler algıya göre evliliğin meşruiyeti yalnızca *dinî nikah*a dayanıyordu ve sadece resmi evliliklerden doğan çocuklar normatif olarak "veled-i zinâ" olarak kabul ediliyordu. 1926'dan beri suç sayılmasına rağmen çok eşlilik de ortadan kaldırılamamıştır. Yine, hem kırsal hem de kentsel bölgelerde, yasaktan önce olduğu gibi uygulanmaya devam etmektedir. Çok eşlilik, on dokuzuncu yüzyılın son çeyreğinde İstanbul'da tüm evliliklerin yüzde 2,5'i civarındayken (düzensiz geleneksel uygulamayı yansıtmaktadır), 1970'lerde ulusal düzeyde yüzde 2 gibi biraz daha düşük bir oranda devam etmiş ve son birkaç yılda kırsal alanlarda yüzde 4,4'ten az olmamak üzere, bazı yerlerde yüzde 10'a ulaşmıştır. İş dünyası, bankacılık, finans ve sigortacılık gibi hayatın diğer alanlarında da "devlet tarafından tanınmamasına rağmen birçok kişi tarafından İslam hukukuna atıfta bulunulmakta ve bu hukuka uyulmaktadır." Mısır, Endonezya ve modernleşmekte olan birçok Müslüman ülkede olduğu gibi, yerel topluluklar yaşamlarını İslam dini ve hukuki ahlakı olarak algıladıkları şeylere göre yeniden oluşturmaktadır. Onların ahlaki toplulukları, kapsayıcı devletin müdahaleci güçlerine karşı panzehir oluşturmaya çalışmaktadır.[152]

---

[150] Dumont, "Power of Islam," 88–94.

[151] Yilmaz, "Secular Law," 120. Bu paragrafta, özellikle 122-28'de yer alan bu faydalı makaleden yararlanılmıştır.

[152] Bu konu, bu yazarın 2008 yılı başlarında görüştüğü birçok Ezherli tarafından tekrar tekrar gündeme getirilmiştir.

Yeni bir Hukuk Metodolojisi Arayışı

1. Giriş

Muhtemelen yirminci yüzyılın ortalarına gelindiğinde Şeriat en iyi ihtimalle kendisinin bir parçasına, en kötü ihtimalle de yapısal olarak bir hiçliğe indirgenmişti. Şeriatın modern devlet tarafından yontulması şu sonuçlara yol açmıştır: Birincisi, hukuk alanını ve onun yeniden üretim mekanizmalarını ayakta tutan mali ve *vakıf* temellerinin çökmesi; ikincisi, bu alanın yeni yükselen burjuvaziden ve/veya dönüşen ulema ailelerinden gelen modern avukatlar ve hakimler sınıfı tarafından kademeli olarak ortadan kaldırılması; üçüncüsü, kurumsal hukuk yapılarının yerini modern hukuk fakültelerinin ve modern hiyerarşik hukuk mahkemelerinin alması; ve dördüncüsü, ya *fıkh*ın yerini alan ya da yeni ve açık uluslararası pazarlara (modern öncesi Müslüman ekonomilerini büyük ölçüde tanımlayan ticari ve tarımsal alt katmanlar değil, sanayileşme ve sürekli gelişen teknolojilerdi) maruz kalmanın bir sonucu olarak ortaya çıkan yeni hukuki ihtiyaçları karşılamak için ithal edilen büyük miktarda ticari, cezai, medeni ve diğer yasaların getirilmesi. Bu etkilerin toplamının, köklerini *fıkıh*ta bulan ancak işlev ve biçim olarak bir devlet hukukuna dönüşen ahvâl-i şahsiyye hukukun devam eden canlılığına rağmen,[1] Şeriatın etkili yapısal ölümü anlamına geldiğini başka bir yerde tartışmıştım.[2] Şeriatın işleyiş biçimi ve uygulanmasına imkan sağlayan ve onu besleyen ahlaki topluluk artık mevcut değildir.

Şeriatla birlikte, aralarında zanaatkarlık türleri, cemiyetler ve loncalar, akrabalık yapıları, ev zanaatları ve tüm yaşam biçimlerinin de bulunduğu birçok önemli kurum ve uygulama da yok oldu. Ancak hiçbiri, yok olan tüm bu yapılar arasında tek başına modern kimliğin tamamlayıcı bir göstergesi haline gelen Şeriat kadar Müslümanların çoğunluğu tarafından üzüntüyle karşılanmadı. Giderek artan bir çoğunluğun görüşüne göre İslam, Şeriatı (ya da en azından bir Şeriatı)

[1] Bu, bir önceki bölümün konusuydu.
[2] Hallaq, "Can the Shari'a Be Restored?"

olmadan İslam değildir ve geçen zaman onu yeniden tesis etme çağrısını daha da yoğun hale getirmiştir. Bu çağrı yeniden bir aciliyet kazanmışsa, bunu moderniteye - sekülerizmine, aşırı rasyonalizmine, materyalizmine, ekonomik yoksunluklarına, militarizmine, sömürgeciliğine, baskıcı ulus-devletlerine ve ahlaki toplumun adeta yok olmasına - bir yanıt olarak yapmıştır. Bu açılardan bakıldığında, özellikle neredeyse her yerdeki Müslüman gençler arasında şu anda çok güçlü olan Şeriatın uygulanmasına yönelik kitlesel çağrı, postmoderniteye yönelen bir hareket olarak kolayca analiz edilebilir.[3] Bu çağrının hukuki olduğu kadar siyasi bir şikayet olduğu, başka şeylerin yanı sıra, halifeliğin yeniden tesis edilmesi talebiyle birlikte kendini göstermektedir. Hilafet, müdahaleci ve her şeye hükmeden modern devlete karşı alternatif bir "İslami" yönetim biçimini temsil eden belirli bir siyasi/dinsel rejimdir.

Modern Müslüman entelektüellerin hukuki norm ve kuralların türetileceği yöntemlerin altında yatmasını bekledikleri teorik, metodolojik ve belki de hermenötik bir sistem, herhangi bir Şeriat tasavvurunun ayrılmaz bir parçasıdır. Başka bir deyişle, eski sistemin küllerinden yeni bir *fıkıh usulü*nün, modernitenin sürekli değişen koşullarına uygun bir *usul* teorisinin doğması beklenmektedir. Bir (neo) *fıkıh usulü*nün ortaya çıkmasına yönelik çağrının devam etmesi, hem gerekliliğin hem de tarihsel mirasın bir işlevi gibi görünmektedir. İlk olarak, her gelişmiş kültürde[4] hukuk öz bilince sahiptir ve mutlaka hukukun kurallarını, yöntemlerini, ilkelerini ve mantığını rasyonalleştiren ve meşrulaştıran teorik bir söyleme dayanmalıdır. İkincisi, tarihsel açıdan bakıldığında, Şeriatın bir biçimini yeniden tesis etme çağrısı, kaçınılmaz olarak onun bin yıl boyunca ayrılmaz bir parçası olduğu şeyi çağrıştırmaktadır. *Fıkıh* ve *fıkıh usulü* arasında da bundan daha dolaysız ve doğrudan bir bağ yoktur. Ancak modern öncesi *fıkıh usulü*, belirli bir evren tasavvurunu ve son derece bütünlüklü bir hukuki bilgiyi (*episteme*)[5] paylaşan hukuki toplulukların bir araya gelmesiyle ortaya çıkmışken, modern *usul* teorisi tasavvuru yerel, bölgesel, etnik, ulusal ve devletçi çizgiler üzerinden bölünme sorunuyla karşı karşıyadır - ki bunların hepsi Müslüman toplumun, en azından modern Müslüman tahayyülünde varlığını sürdüren toplumun anlamına ters düşmektedir.

---

[3] Bu önemli tema hakkında Euben'in mükemmel çalışması *Enemy in the Mirror*'a bakınız.

[4] Yani, antropolojik olarak konuşursak, bu "basit bir toplum" olarak nitelendirilemez.

[5] Bu terimi ve çağrışımlarını Foucault'dan ödünç alıyorum. Yukarıdaki Giriş, 1. ve 3. Kısımlara bkz.

Her ne olursa olsun, günümüz düşünürleri modern *usul*cü bir hukuk teorisine duyulan ihtiyaçtan bahsetmeye devam ediyorlarsa ve önerdikleri teoriyi "*fıkıh usulü*" olarak adlandırmakta ısrar ediyorlarsa, daha önce de belirttiğimiz üzere, bu isimlendirmeyi gerektiren şey teorilerinin içeriği değil, geleneğin gücüdür. Bu isimlendirmeden kurtulmanın bu kadar zor olması, *fıkıh usulü*nün muazzam ağırlığının bir göstergesidir. Ayrıca, sadece rasyonelleştirici bir söylem ve birçoklarına göre hukuksal bir hermenötik olarak değil, aynı zamanda dini ve siyasi meşruiyet meselesi olarak da gereklidir. Güçlü bir hukuki ve entelektüel alan olarak *fıkıh usulü*nün tarihsel hakimiyetinin bilinci, ancak Kur'ân ve Sünnet'i ve bu metinlerin iyi bir hayat için nasıl bir rehber olarak kullanılacağını zorunlu olarak kapsayan yöntemlerin taşıyıcısı olarak sahip olduğu güçle eşleşir. Başka bir deyişle, her türlü hukuk anlayışı, nihai olarak nasıl tanımlanırsa tanımlansın, bilinçli bir şekilde formüle edilmiş bir hukuk metodolojisine dayanmalı ve bunu gerektirmelidir.

Her yeni teorinin merkezinde, akıl ve vahyin herhangi bir hukuki düzenlemedeki rolleri arasındaki dengeye ilişkin yüzyıllardır süregelen bir soru yer almaktadır.[6] İslam'ın ilk dört yüzyılı kapsayan teşekkül dönemi, akla üstün bir konum atfedenlerden ona en sıradan rolleri bile layık görmeyenlere kadar, akıl ve vahyin çeşitli şekillerde bir araya geldiği çok farklı hareketler ve entelektüel akımlar ortaya çıkartmıştır. Sünni çevrelerde önemli ölçüde hakim olan ve modern öncesi hukuk *usul*ü teorilerinin çoğunda varlığını sürdüren Eş'arî hukuk teolojisi, insan aklının Allah'ın vahyinin ardındaki mantığı tespit etmekten büyük ölçüde aciz olduğunu savunmuştur. Bu teolojiye göre, Allah'ın mutlak hikmeti basit bir şekilde anlaşılamazdı. Dolayısıyla, hukuki kurallar ve yol göstericiliğin mantığı, vahyedilmiş metinlerin yapıları içindeki ima ve işaretlerde aranmalıydı ki bu da metinlerin üstün konumunu kolayca açıklayan bir olgudur. Dolayısıyla, bu metinsel işaretlerin ötesinde, Allah'ın mantığına ve niyetine hiçbir şey atfedilmemeliydi. Buna göre, insanın rasyonel üstünlüğünün reddedilmesi -ki bu da daha yüksek bir düzenin akli güçlerine teslim olmanın en büyük işaretlerinden biridir- *fıkıh usulü*nü, vahyedilmiş (= Kur'ân) ve yarı vahyedilmiş (= Sünnet) metinler dünyasında aranması gereken bir hukuk ve ahlak anlayışına bağlı hale getirmiştir. Ve bu metinlerin fıkhi anlamını ortaya çıkarmak için, herhangi bir hukuk teorisi çalışmasının üçte birini kaplayan Arapça bir yorum,

[6] Bununla ilgili daha detaylı bilgi için bkz. Hallaq, *History*, 255 vd.

gramer ve sentaks sistemi elzem hale geldi. Alçakgönüllü ve entelektüel (ve başka) kibirden yoksun olan insan ırkı - hem hukuk teorisinde hem de teolojide - dünyaya egemen olmadığını, tabiatın kuralları içinde yaşaması gerektiğini, bu tabiatın Allah'ın kendi varlığının en açık işareti ve kanıtı (*ayet*) olduğunu anlamalıydı.[7] İnsanların nasıl yaşamaları, işlerini nasıl düzenlemeleri ve yönetmeleri gerektiğinin belirlenmesi, Allah'ın tüm bilgeliğiyle insan aklını yaratmış ve ona en yüksek entelektüel yeteneği bahşetmiş olmasına rağmen, insani bir karar olamazdı. O halde insan aklı en iyi ihtimalle, sosyal bağlamlar içinde metinsel anlamları çözümleyen, ancak bağımsız olarak kendi başına anlamlar üretemeyen bir araçtır. Hobbes'un böyle bir sistemde yeri olmayacaktır. Dolayısıyla hukuk, akıl ve vahiy arasında, ancak vahyedilmiş metinlerin insan aklının kaprisleri tarafından tahakküm altına alınmasına izin vermeyen bir sentezdir.

Modernite, belirgin - hatta bazılarına göre kaprisli - rasyonalitesiyle karşımıza çıkmaktadır. Batı'da dinin marjinalleştirilmesi ve buna eşlik eden sekülerizmin zaferi, Müslümanların on dokuzuncu yüzyılın ikinci yarısından itibaren açıkça bilinçli bir şekilde mücadele etmek zorunda kaldıkları sömürgeci projede güçlü bir rol oynayan bir rasyonalizm biçimi üretti. Hümanizm, insanın tabiat da dahil olmak üzere dünya üzerindeki hakimiyetinin örtülü bir ifadesinden başka bir şey değildi. Tanrı'nın insan zihnini yaratması adıyla - teist Hobbesçu gelenekte bile - insan, dünyanın işlerine istediği gibi tasarruf eden bir tür genel vali haline gelir. Dolayısıyla Müslümanların teorik çıkmazı, modernitenin rasyonalitesini kendi geleneklerinin, metinlerinin, kültürlerinin ve en azından mevcut siyasi ve ideolojik kimliğin inşasında geleneğin varsayılan mirasının parametreleri içinde barındırma ihtiyacından kaynaklanıyordu ve kaynaklanmaya da devam ediyor. (Zira çıkmazın hukuki olduğu kadar siyasi ve ideolojik olduğunu söylemek kesinlikle malumu ilan etmektir).

Bu çıkmaza bir çözüm arayışı on dokuzuncu yüzyılın son çeyreğine doğru Mısırlı entelektüel Muhammed Abduh'un (ö. 1905) aktivist yazılarıyla başladı. Abduh'un katkısı yeni bir hukuk teorisi önermek değil, modern öncesi Eş'arî nedensellik ve rasyonalite anlayışından kısmen kopuşu teşvik eden bir kelam oluşturmak yönünde olmuştur. Mu'tezile düşüncesinden önemli ölçüde etkilenen (ve şüphesiz dolaylı bir Kantçı etkiyi yansıtan) bu teolojinin başlıca önermesi, sahih insan aklının kendi başına doğru ile yanlışı ayırt

[7] Örnek olarak bkz. Hallaq, "Ibn Taymiyya on the Existence of God," 58 vd.

edebileceği idi. Herhangi bir konuda akıl ile vahiy arasında bir çelişki varmış gibi görünüyorsa, bunun nedeni birinin ya da diğerinin yanlış anlaşılmış olmasıdır. Bu doktrin (*der'u te'ârudi'l-'akl ve'n-nakl* olarak da bilinir)[8] ana akım kelam ve hukuk çevrelerinde tam destek görmüştür, ancak Abduh aklın sadece vahyin bir ortağı olmadığını, aynı zamanda insan fiillerine rehberlik eden bir unsur olarak vahyin yerini alabileceğini savunarak bu doktrine daha ağır bir Mu'tezilî yorum getirmiştir. Yine de bir fiilin değerinin belirlenmesi aklın alanı iken, fiilin işlenmesinden veya ihmal edilmesinden kaynaklanan ceza veya ödül vahyin yetki alanıdır. Böylece, aklın kullanımı en üst düzeye çıkarılır, ancak dini ilke bir kenara bırakılmaz. Ancak bu ikisi arasındaki denge, materyalizme karşı eşi benzeri görülmemiş derecede olumlu bir yaklaşımı açık bir şekilde ortaya koymaktadır; bu yaklaşımda Müslümanlar, bir Müslüman olarak yaşamanın en iyi yolu maddi ilerleme peşinde gitmek olduğundan, dünya hayatlarına zarar verecek şekilde ahiretle aşırı derecede ilgilenmemeye çağrılmaktadır.[9]

Bu teoloji ile Abduh, modern öncesi kelamî ve fıkhî anlayışlardan bir kopuş sağlayarak, daha sonra dinî olandan seküler olana kadar değişen yaklaşımları ifade eden çok çeşitli teorilerin ortaya çıkmasının önünü açmıştır.[10] Aşağıda, ayrıntılı bilgi vermeksizin, modern *fıkıh usulü* anlayışları üzerinde en önemli ve etkili yazarlardan bazılarını ele alacağım.

2. Muhammed Reşîd Rızâ: Doğal Hukuk Teorisine Doğru

Abduh'un yeni kelamı, öğrencisi Rızâ'ya modernitenin materyalist zorunluluklarını rasyonalize etmek için kullanacağı bazı kavramları geleneksel hukuk teorisinden devşirmek için gerekli imkanları sağladı. Rızâ'nın ve ondan sonra gelen pek çok hukukçunun tezinin temel taşı, modern öncesi hukuk kuramcıları arasında önemli ama tartışmalı bir mefhum olan *maslahat* kavramına dayanıyordu.[11]

[8] Örneğin, bu ilkeyi en iyi açıklayanlardan biri olan İbn Teymiyye, *Der'u Te'ârudi'l-'Akl ve'n-Nakl* bkz.

[9] Kerr, *Islamic Reform*, 103–86.

[10] Bu, Abduh'a neden-sonuç ilişkisi üzerinden, önceki ana akım teolojilerden epistemik bir kopuş teşkil eden yeni bir ideolojinin "kurucusu" rolünü yüklemek değildir. Daha ziyade, çeşitli söylemleri ve sesleri tarihsel olarak temellendirilmiş bir meşrulaştırma ve rasyonalizasyona ihtiyaç duyan ve her ikisini de kendisinin sağladığı, geniş çapta ortaya çıkan bir hareketin *bir* temsilini ifade etmiş biri olarak görülmelidir.

[11] Hallaq, *History*, 112–13.

Rızâ, bu kavramı çağdaşları için kabul edilebilir kılacak ve aynı zamanda geleneksel teorik söylemin prangalarından kurtaracak şekilde ortaya koyma zorluğuyla karşılaştı, çünkü *maslahat* teorisi - 2. bölümde gördüğümüz gibi - hukuki nedensellik (*ta'lîl*) ile girift bir şekilde bağlantılı ve iç içe geçmişti. Rızâ'nın teorisi için gerekli olan şey, *maslahat*ın daha geniş teorik bağlamından çıkarılması ve kendi ayakları üzerinde durmasını sağlayacak şekilde güçlendirilmesinden başka bir şey değildi.

Böylece Rızâ'nın ilk adımı, Kur'ân, Sünnet ve sahabenin icmaından oluşan saf İslam formu olarak nitelendirdiği şeyde ısrar etmek oldu. Rızâ'ya göre bu form sahabe tarafından biliniyordu; bu form terk edildiğinde Müslüman toplum fırkalara ve mezheplere bölündü ve o zamandan beri devam eden bir ayrılık içine girdi.[12] Bu nedenle, modern öncesi hukukçular tarafından geliştirilen tüm hukuki konular bir kenara bırakılmalıdır. Ona göre sıradan Müslüman birey, bu hukukçular tarafından detaylandırılan zorlu ve karmaşık doktrinler karşısında çaresizdir, çünkü onların "kılı kırk yaran" söylemleri, anlaşılması zor ve uygulanması daha da zor olan son derece teknik bir hukukla sonuçlanmıştır. Günümüzde Batılı kanunların Müslüman ülkelere toptan ithal edilmesi, miras alınan bu karmaşıklığın sadece bir sonucudur. Şeriatta akıl yürütmenin aşırı kullanımını ve bunun sonucunda ortaya çıkan karmaşıklığı Müslüman dünyanın hukuken sömürgeleştirilmesine neden olmakla suçlayan yazar, sorunun bir diğer kısmının da Şeriatın her türlü gerçek ve hayali soruna cevap bulma arzusu olduğunu, bu özelliğinin de Şeriatın giderek ölçüsüz ve hoşgörüsüz hale gelmesine yol açtığını ileri sürmektedir. Kur'ân'ın Müslümanlara, Peygamber'in değinmediği hiçbir konuyu araştırmamalarını emrettiğini, zira bunun yalnızca hukuki yükümlülükler bütününün kabarmasına yol açabileceğini ve hukuka bağlılığı imkansız değilse bile zorlaştıracağını savunmaktadır.[13]

İslam, eserinin başlığından da anlaşılacağı üzere, bir zorluk değil, kolaylık ve hoşgörü dinidir.[14] Bu konuyu açıklarken, bir dizi "öncül" öne sürer; bunlardan ilki, İslam'ın daha önceki dinleri mükemmelleştirmek için geldiği şeklindeki iyi bilinen ilkedir. İkincisi, Kur'ân İslam'ın temelidir. Üçüncüsü, ibadetlerle (*ibâdât*) ilgili Nebevi rivayetler güvenilir olsa da, gündelik hayatın sosyal ve ekonomik işlemleriyle (*muâmelât*) ilgili rivayetler böyle değildir. Nebevi hadiste

[12] Opwis, "Maslaha," 200–01.
[13] Rızâ, *Yüsr*, 12-23.
[14] *Yüsrü'l-İslâm*, "İslam'ın hoşgörüsü" olarak tercüme edilebilir.

de belirtildiği üzere, Peygamber'in kendisinden başka hiç kimse bu konularda yanılmaz değildir. Dördüncüsü, Allah ibadetlerle ilgili tüm meseleleri mükemmelleştirmiştir, çünkü bunlar zaman ve mekana bağlı olarak değişmez. Fakat dünya işleri, yani *muâmelât*, zamandan zamana ve mekandan mekana değiştiği için, Allah bu meselelerin ele alınması için sadece geniş ve genel ilkeler koymuştur. Rızâ'nın buradaki iması, bu genellik düzeyi ve Nebevi rivayetlerin yanlışlanabilirliği sebebiyle, *muâmelât*ın farklı zaman ve mekanlarda ne anlama geldiğinin belirlenmesinin Allah'ın değil, insanların takdirinin sınırları dahilinde kaldığı şeklindedir. Beşincisi, her şeyin eşit olduğu ve dinin hoşgörülü olduğu genel ilkesidir, aksi kanıtlanmadıkça *muâmelât*ın caiz olduğu kabul edilir. Altıncı olarak, seleflerimiz sadece hukuki meseleler hakkında yersiz sorgulamalardan değil, aynı zamanda aşırı akıl yürütmeden ve rasyonel düşünceye aşırı düşkünlükten de uzak durmuşlardır; Rızâ'nın işaret ettiği nokta, Kemalist Türkiye'de olduğu gibi, Şeriatın tamamen ortadan kaldırılmasını isteyen seküler-akılcı "reformculara" karşı bir uyarıdır. Yedinci olarak, sahabe neslinden sonra toplumda çekişme ve bölünme yaşanmıştır ve Rızâ'ya göre bunun nedeni hukuki istinbat yöntemlerinin yanlış kullanılmasıdır. Toplumsal uyumsuzluk görüş birliğinin oluşmasını engellemiş, Müslümanları hukuk kaynağı oluşturabilecek tek güvenilir *icma* olarak sahabenin *icma*sıyla baş başa bırakmıştır.[15]

Bu öncülleri ortaya koyarken Rızâ, Şeriatın geleneksel konumunu ve işlevini savunan ulema kampı ile onu ortadan kaldırıp yerine devlet hukukunu ikame etmek isteyen sekülerler arasında orta bir yol tutturmak için zemin hazırlar gibidir. Bir yandan geleneksel ulemanın farazi ve spekülatif hukuki akıl yürütmenin önemsiz ayrıntılarına düşkünlüğünü eleştirirken, diğer yandan özgür düşünce ve aşırı rasyonaliteden uzak durarak, kendisini "Kitap, sahih sünnet ve dindar ecdadın (*selef*) rehberliğini takip ederek İslam'ı yeniden canlandırma ve gerçek kimliğini yenileme olasılığını onaylayan ılımlılar" olarak nitelendirdiği "vasat ümmet"in bir ferdi olarak ayırt ediyordu.[16]

Kıyas burada yoktur, Rızâ onu bir kaynak statüsünden çıkardığı için değil (ki muhtemelen bunu yapmanın eşiğindeydi), *kıyas*ı sorunlu olarak kabul ettiği için eksiktir, bu da onu sınırlandırıcı olarak görmesinin bir kılıfıdır.[17] Bununla birlikte, *kıyas*ın hangi yönlerini kısıtlarsa kısıtlasın, bu istisnaları kendi genişletilmiş *maslahat* kavramını

[15] Rızâ, *Yüsr*, 24-28.
[16] *A.g.e.*, 7.
[17] *A.g.e.*, 44-46.

açıklayarak telafi etmiştir. Basit bir hukuk tekniği değişimi olmaktan çok uzak olan bu telafi, Rızâ'nın yüzyıllardır süregelen ve son derece ilkeli hukuk yapma metodolojisini bir kenara bırakmasına izin verdiği için güçlü bir telafi olarak ortaya çıkar.

Rızâ, Kur'ân ve Sünnet'in, *ibâdât*ın açıkça belirgin ve ayrılmış kategorisi olan dinî işlerin ve ibadet hükümlerinin doktriner ilkelerini mükemmelleştirdiğini belirtmiştir. Ancak bu, zamana ve mekana göre değişme eğiliminde olan ve her seferinde yeniden ele alınmayı gerektiren *muâmelât*, yani "dünyevi işler" için geçerli değildir.[18] Bununla birlikte, söylemine meşruiyet kazandırma çabasında dikkatli davranarak, kendisini *fıkıh usulü*nde *maslahat*la ilgili ana akım doktrinin içine yerleştirmeye çalışır. Geleneksel usul teorisyenlerinin çoğunun *maslahat*ı tartışmalı bir hukuki kaynak olarak görmesinin yaygın bir yanılgı olduğunu savunur; aslında *maslahat*ın, uygunluk (*münâsebe*) ve elverişlilik (*mülâeme*) yoluyla illeti belirleme süreçlerinin ayrılmaz bir parçası olduğunu belirtir.[19]

*Fıkıh usulü*nde *münâsib illet*, fakîhin akli olarak elde ettiği bir *illet*tir. Eğer *illet* vahyedilmiş metinlerde bir dayanak buluyorsa geçerli kabul edilir; ancak metinlerin zahiriyle çelişiyorsa reddedilmelidir. Ayrıca, metinlerdeki belirli bir ifadeyle ne çelişen ne de uyuşan, ancak Gazzâlî ve Şâtıbî'nin *makâsıdü'ş-şerîa* olarak adlandırdığı, hukukun genel ruhu ve amacı tarafından tümevarımsal ve güçlü bir şekilde desteklenen üçüncü bir *illet* türü de kabul edilmektedir.[20] Rızâ, bu akıl yürütmenin, yüzyıllar boyunca Müslüman hukukçuların evrensel kabulünü kazanmış olan *maslahat* türüne mükemmel bir şekilde uyduğunu şiddetle iddia eder. Burada, bu tür bir *maslahat*ın evrensel olarak kabul edilebilirliğini dile getiren bu hukukçulardan bazılarına atıfta bulunur ve ayrıca, teşekkül döneminde *kıyas* yoluyla elde edilen fıkhın, *maslahat* yoluyla aynı sonuçlara ulaşmanın dolambaçlı bir yolunu temsil ettiğini ifade eder.[21]

Rızâ, yirminci yüzyılda İslam'ın değişen gerçeklerine bağlı olarak, *muâmelât*ın, ister siyasi, ister hukuki, ister medeni nitelikte olsun, beş farklı delil türünden biriyle belirlenmesi gerektiğini ileri sürer. Bunlardan ilki, hem delalet hem de nakil bakımından kesinlik arz eden ve bu nedenle de aynı şekilde kesin olan hükümler ve hukuki

[18] *İbâdât* ve *muâmelât* arasındaki bu modern ayrımın önemi hakkında bkz. Hallaq, "Fashioning the Moral Subject".

[19] Bkz. 2. Bölüm, 7. Kısım ve Hallaq, *History*, 88 vd.

[20] *Makâsıd* ile ilgili detaylı bilgi için bkz. Hallaq, *History*, 112-13, 168-74, 180 vd.

[21] Rızâ, *Yüsr*, 70-74; Kerr, *Islamic Reform*, 194–95.

değerler ortaya koyan vahyedilmiş lafızlardır. Aynı dilsel açıklık ve sağlam rivayet şartlarını karşılayan, ancak herhangi bir açıdan daha güçlü olan daha kuvvetli bir vahyedilmiş metin (*ercah*; *müracceh*) olmadığı sürece, başka hiçbir delil bu lafızları geçersiz kılamaz (örneğin, "daha kuvvetli" metin *lafzî mütevâtir* iken, "daha az kuvvetli" metin *manevî mütevâtir*dir).[22] İlginç bir şekilde Rızâ, Şâtıbî'nin "tümevarımsal doğrulama" olarak adlandırdığı, Şeriatın genel olarak incelenmesinden elde edilen bir ilkenin, bu tür açık ve sağlam bir şekilde aktarılan lafzın yerini alabileceğini de savunur.[23] Bu ilkelerden biri de, Rızâ'nın görüşüne göre, konuyla ilgili vahyedilmiş metinlerin bulunmadığı durumlarda diğer tüm hususları geçersiz kılan *zaruret* ilkesidir. Söylemeye gerek yok ki, *zaruret* kavramının tümevarımsal olarak çıkarılan bir ilkeye yükseltilmesiyle, Kur'ân ve Sünnet, *makâsıdü'ş-şerî*adan çıkarılan *maslahat* ilkelerine tabi kılınacaktır. Gazzâlî'nin ve Şâtıbî'nin *makâsıd*ı mevcut *fıkıh* külliyatından tümevarım yoluyla çıkarılırken, Rızâ'nın *makâsıd*ı, kademeli olarak, konusu, Rızâ'nın pozitif yasama alanına ait olarak anladığı bir kelime olan devletin *teşrî*'i olan bir tümevarıma indirgenecektir.

Aynı derecede bağlayıcı olan ikinci tür deliller, Sahabenin geçerliliği üzerinde *icma* ettiği kesin metinlerden oluşur. Ancak Rızâ'nın dili, bu delilin de birinci türde belirtilen zaruret ve tümevarımsal *maslahat* istisnalarına tabi olduğunu güçlü bir şekilde ima eder. Üçüncü tür, ilk iki tür için belirlenen standartları karşılamayan metinsel delillerdir. Yine de araştırma ve analizden sonra, bu metinler sahih ve hukukun temeli olarak uygun bulunabilir. Ancak her durumda, bunlar da aynı şekilde zaruret ve *maslahat* ilkelerine tabidir. Dördüncü tür, Müslümanların örfi uygulamalarına ilişkin diğer metinlerin, zorunluluk ve/veya kamu yararı onları bir kenara bırakmayı gerektirmedikçe, bağlayıcı olduğunu belirtir. Beşinci ve son delil türü, vahyedilmiş kaynaklarda metinsel destek bulamayan tüm meselelerin insan takdirine bırakılmasını ve iki öncelikli ilkeye göre karar verilmesini gerektirir. Abduh'u takip eden Rızâ, bu ilkeler esas alınarak oluşturulan her türlü kuralın geçerli olacağını, çünkü bu tür rasyonel değerlendirmelerin vahiyle çelişmediğini ileri sürer.[24]

Rızâ'nın bütün hukuku (yani, Batı hukuk standartları tarafından hukuka uygun hukuk olarak kabul edilen *muâmelât*ı),[25] *maslahat*

[22] 2. Bölüm, 5. Kısma bkz.

[23] Hallaq, *History*, 162–206, özellikle 180–89; daha genel bir bilgi için bkz., Hallaq, "On Inductive Corroboration," 6–31.

[24] Rızâ, *Yüsr*, 76-78.

[25] Bu modern ayırım için bkz. Hallaq, "Fashioning the Moral Subject."

ilkesi tarafından da tasdik edilen sınırlı bir zaruret kavramına dayandırması, son tahlilde, geleneksel hukuk teorisinin tamamen reddedilmesi anlamına gelir. Aslında, hukuk teorisinin geri kalanını bastırmak için son derece sınırlı bir uygulama alanı olan tali bir kavramdan geniş ölçüde faydalanmaktadır. Ayrıca, modern öncesi hukukçuların ana akımını temsil ettikleri pek söylenemeyecek olan Tûfî ve Şâtıbî'nin teorilerinden de yoğun bir şekilde yararlanır, onların söylemlerini kendi ihtiyaçları için kendine mal eder - yani tezlerini tarihsel bağlamlarından koparır. Her ne olursa olsun, vahyin sınırları içinde kalması gerektiğinde ısrar ettiği ibadet ve dini ritüel konularını bir kenara bırakırsak, Rızâ, hukuki bir külliyatın detaylandırılmasında insan ihtiyacı, çıkarı ve zaruret gibi mülahazaların hüküm süreceği, doğal hukuka sıkı sıkıya bağlı bir hukuk teorisini savunur. Herhangi bir vahyedilmiş metin, epistemolojik gücüne bakılmaksızın, bu hususlara aykırı olması halinde bir kenara bırakılabilir. O halde onun teorisi, vahiyle olan hermenötik bağlarını terk etmeksizin kendisini değişen toplumsal ihtiyaçlara uydurma konusunda uzun bir geçmişe sahip olan geleneksel Şeriattan radikal bir sapma teşkil etmektedir.

3. Abdülvehhâb Hallâf: Arada Kalmışlık

Şeriat yargıcı ve daha sonra Kahire Üniversitesi'nde hukuk profesörü olarak görev yapan Abdülvehhâb Hallâf (ö. 1956), Mısır'ın hukuk deneyimi içinde İslam ve Batı hukukunun karma yapısını tecrübe etmiştir.[26] Çok okunan eseri *Mesâdirü't-teşrî'i'l-İslâmî fîmâ lâ nassa fîh* (*Vahyedilmiş Metinlerin Kapsamadığı Konularda İslam Teşrî'inin Kaynakları*), yeni bir *fıkıh usulü*nün önünü açmaya çalışmaktadır (Rızâ'da ve konuyla ilgili son dönem düşünürlerin çoğunda olduğu gibi onda da bir olgu olarak modernlik asla sorunsallaştırılmaz).

Hallâf, doğru anlaşıldığı takdirde, hukukun kaynaklarının "esnek, zengin ve insanların çıkarlarına ve gelişen koşullara cevap vermeye uygun" olduğunu savunur.[27] Ancak başlıktan da anlaşılacağı üzere, açık metinlerin kapsadığı konular hukuki akıl yürütmeye tabi olmadığı gibi, daha önceki hukukçu nesillerin *icma*ına konu olan meseleler de değildir. Buna göre, Kur'ân'da yer alan ve çoğunlukla açık ve kesin olan miras hükümleri modern *ictihad*a tabi değildir. Bununla birlikte, Hallâf'ın işaret etmekte haklı olduğu üzere, diğer her şey

[26] Bkz. 15. Bölüm, 3. Kısım.
[27] Hallâf, *Mesâdir*, 5.

ictihad faaliyetine tabidir ve bunlar aslında hukuki külliyatın büyük bir kısmını oluşturmaktadır. Bu hükümler geçmişin ihtiyaçları ve koşulları ışığında formüle edildiği gibi, sonraki nesillerin de bunları kendi ihtiyaçları ve koşulları ışığında yeniden ele almaları gerekir. Bu nedenle, açık bir metin ya da *icma* bulunmadığı sürece, metinsel olarak düzenlenmemiş konulara ilişkin eski bir *ictihad*ın yerini, yeni ortaya çıkan koşullara dayanan yeni bir *ictihad* alabilir. Dahası, Şeriatın toplumun refahını ve iyiliğini teşvik ettiği bilinmektedir ve bunlar sübjektif değerler olduğu için farklı koşullar altında değişebilir.[28]

Hallâf'ın temel önermelerinden biri, Şeriatın genel amacı insan türünün refahını artırmak olduğundan, *kıyas* ve *maslahat* arasındaki farkın, *kıyas*ın belirli vahyedilmiş metinlere dayanması, *maslahat*ın ise dayanmamasından ibaret olduğudur. Bununla birlikte, görünüşe göre Rızâ'yı takip ederek, *maslahat*ın değişime uyum sağlayabilen daha esnek bir yöntem olması bakımından *kıyas*tan üstün olduğunu düşünür.[29] *Maslahat*ın gücü, *örf-adet* dikkate alındığında ortaya çıkmaktadır. Hallâf ilk olarak, vahyedilmiş metinlere aykırı olan herhangi bir örfün geçersiz sayılması gerektiğini savunuyor gibi görünür; bu argüman, daha önce kat'i ve sarih bir şekilde vahyedilmiş metinlerin (*nüsûs*) kesinliği konusunda ortaya koyduğu pozisyonla uyumludur. Ancak *maslahat*ın esnekliği üzerinde durmaya başladığında, örfün bu tür metinlerle çelişse bile meşru kabul edilebileceği ortaya çıkar. Örneğin, hayat sigortası gibi gayrimeşru bir sözleşme biçimi belirli bir toplumda yaygınlaşırsa, *maslahat*ın unsurları olan ihtiyaç ve zaruret, vahyedilmiş metinlerin emirlerine ağır basacaktır.[30]

Hallâf, eserinin sonuna doğru "İslami Yasamanın Kaynakları Esnektir ve İnsanların Çıkarlarını ve İlerlemelerini Dikkate Alır" başlığını verdiği bir bölüm açar.[31] Burada Hallâf'ın sadece "yasama" (*teşrî'*) kelimesini kullanması -ki bu devletin yasa yapmadaki baskın rolünü kabul eder- değil, aynı zamanda vahyedilmiş kaynakların kapsamını kısıtlamaya yönelik sistematik girişimi de dikkat çekicidir. *İbâdât* ve *muâmelât* arasındaki artık çok yaygın olan zıtlığa atıfta bulunarak, Kur'ân'ın *muâmelât* konusunda Müslümanlara bilinçli olarak sadece genel bir rehberlik sağladığını, yani Allah'ın, yasama organının değişen gerçeklikleri dikkate alabilmesi için hukukun ayrıntılarını düzenlenmemiş bırakmayı amaçladığını iddia eder (bu, Allah'ın modern

[28] *A.g.e.*, 8-11.
[29] *A.g.e.*, 40-42, 70 vd.
[30] *A.g.e.*, 70-80, 124-125. Ayrıca bkz. Opwis, "Maslaha," 211–13.
[31] Hallâf, *Mesâdir*, 131 vd.

ulus-devleti sadece öngörmekle kalmayıp, aynı zamanda bunu irade ettiği gibi benzeri görülmemiş bir teolojik ima taşır). Ayrıca, Kur'ân kesinlikle lafzına göre değil, ruhuna göre anlaşılmalıdır. Ancak Hallâf, bu veciz önerinin ötesine geçmez ve bu ruhun belirli bir mevzuat üretmek amacıyla nasıl çıkarılabileceğine dair -açık bir vizyon şöyle dursun- hiçbir ipucu vermez. Bağlayıcı olarak kabul ettiği Kur'ân hükümlerinin (örneğin miras) toplumsal değişime uyum sağlayacak şekilde nasıl yorumlanması gerektiğini de en ufak bir şekilde açıklamaz.

Aynı sorunlar Nebevi Sünnet tartışmalarında da ortaya çıkmaktadır. Sünnetin, metinsel olarak Kur'ân kadar güçlü bir hermenötik otoriteye sahip olan en sahih ve bağlayıcı kısmına, Kur'ân'a kıyasla daha da muğlak bir çözüm getirilmiştir. Hallâfbir yandan bu Sünnetin her zaman ve her yerde bağlayıcı olmaya devam etmesi gerektiğini savunur görünürken (geleneksel görüş), diğer yandan bağlayıcılığın Nebevî ahkamın *maslahat* mülahazalarıyla örtüşmesine bağlı olduğunu kuvvetle ima eder; yani *maslahat*a hizmet edilmediğinde bu kurallar uygulanmaz.[32]

Dolayısıyla Hallâf'ın yazıları, Rızâ'nınki gibi, bizi neredeyse sadece zaruret ve *maslahat* kavramlarına dayanmakla baş başa bırakır ve bu iki ilkenin (a) vahyin talepleri ve bu taleplerin metodolojik *ve* yöntemsel olarak nasıl açıklanabileceği konusunda yapılacak bir yorumun nasıl olacağına dair bir metodoloji ortaya koymaz; çünkü sonuçta ne Rızâ ne de Hallâf vahyedilmiş kaynakların önemsiz olduğunu ilan edebilirdi ve her ikisi de İslami bir hukuktan bahsettiğini iddia ediyordu;[33] ve (b) başka şeylerin yanı sıra, herhangi bir kamu yararı politikasının uyması gereken felsefi, ahlaki ve hermenötik kontrollerin neler olduğunu açıklamaz.

4. Muhammed Saîd el-Bûtî: Maslahatın Sınırları

1929 Suriye doğumlu Bûtî,[34] 1965 yılında el-Ezher Üniversitesi'nden şeriat doktoru unvanını aldı ve doktora tezi olarak, daha sonra *Davâbitü'l-maslaha fi'ş-şerî'ati'l-İslâmiyye* adıyla yayımladığı ve çok okunan kitabını sundu. Daha sonra Şam Üniversitesi'nde Şeriat Fakültesi Dekanı oldu ve burada yıllarca ders verdi. *Davâbit*, özellikle yirminci yüzyılın *maslahatçı* (*maslahavî*)[35] olarak adlandırılan

[32] *A.g.e.*, 139.

[33] Burada ele alınan eserlerinde ve başlıklarında da görüldüğü gibi

[34] Kısa biyografisi için bkz. Christmann, "Islamic Scholar," 58–60.

[35] Teorilerini genişletilmiş bir *maslahat* kavramına dayandıran düşünürlere atıfta bulunan nispeten yeni bir kullanım.

düşünürleri ve onların Avrupa'daki faydacı öncüleri tarafından işlenen aşırılıklar olarak gördüğü şeylere tepki olarak, geleneksel hukuki akıl yürütmede rasyonalitenin rolünün yeniden ifade edilmesini temsil eder.

Bûtî'ye göre *şer'î maslahat* kavramı bir dizi temel varsayıma dayanmaktadır. Bu varsayımların tümü, Bûtî'nin eserinin başında Jeremy Bentham ve J. S. Mill gibi isimlerin eleştirisi üzerinden kısaca açıkladığı Batılı faydacı ilkelerle çelişmektedir. Bu varsayımlardan ilki, *maslahat*ın ve zıddı olan *mefsedet*in (sözlük manası, zarar) yalnızca bu hayatla sınırlandırılamayacağı, ahireti de hesaba katması gereken aşkın bir hukuk ahlakı anlayışına dayanır. İkincisi, *maslahat*ın dar bir bakış açısıyla dünyanın maddi yönleriyle sınırlandırılamayacağı ve kesinlikle hazcılığa indirgenemeyeceği, ancak eşit derecede bedensel ve ruhsal insan ihtiyaçlarına dayanması gerektiğidir. Son olarak, üçüncü varsayım, din tarafından dikte edilen maslahatın dünyevi temellere dayanan maslahatların esasını teşkil ettiği ve bunun sonucunda dinî *maslahat*ın dünyevî *maslahat*lara göre önceliğe sahip olduğu ve onları kontrol ettiğidir. Dinî maslahatın bütünlüğü en üstün olduğu için, dünyevî *maslahat*ta dinî olarak dikte edilen *maslahat*la çelişen her şeyden vazgeçilmelidir.[36] Bûtî burada yine Batılı materyalist ve faydacı düşünürlere saldırarak onları ciddi bir metafizik miyoplukla suçlar. Aslında Bûtî'nin saldırısı, Müslüman *maslahat*çı (*maslahavî*) düşünürlerle ilgili olsa da onların "miyop" teorilerinin Batılı şeceresinin tamamen farkında olması bakımından olağanüstü derecede zekicedir. Müslüman dünyaya yayılan Abduh-Rızâ projesinin özünü doğru bir şekilde yakalar ve bu projenin savunucularını "*maslahat*ın, ilk [hak] dinden uygun gördüğü her şeyi iptal eden ve istediği her şeyi geçersiz ilan eden ikinci, kendi kendine yeterli ve bağımsız bir din olduğunu düşünenler" olarak eleştirir.[37]

Şeriat sadece *maslahat*a önem vermekle kalmaz, aynı zamanda *maslahat*la doludur. Ona göre, doğalarının gereği olarak insanlar, daha az önemli olanı daha önemli ve yüksek statülü olana tabi kıldıkları sürece, daha büyük hedeflere ulaşmak için belirli *maslahat*ları kullanırlar. Daha büyük *maslahat*ları elde etmek için daha küçük ve daha az önemli bir *maslahat*ı feda etmek *maslahat*ın temel bir ilkesidir. Ve bu büyük *maslahat*lar, din, hayat, akıl, aile ve mülkiyet

[36] Bûtî, *Davâbit*, 45, 54, 58.
[37] *A.g.e.*, 59.

başlıkları altında özetlenen beş evrensel form alarak Şeriatta her zaman mevcuttur.[38] Bunlardan herhangi birinin ötesine geçmek, hepsinin ötesine geçmek ve sonuç olarak hukukun anlamını ve işlevini anlamsızlaştırmak olacaktır. Burada, meseleyi tarif ederken "dakikliğin zirvesine ulaşmış" olan Şâtıbî'den alıntı yapar:

> Aklın vahiy kaynağını aşmasına izin verilirse, o zaman Şeriatın akıl yoluyla geçersiz kılınmasına izin verilmiş olur ki bu akıl almaz bir durumdur. Şeriatın anlamı, kullara fiilleri, sözleri ve inançları ile ilgili belirli sınırlar koymaktır. Bunlar Şeriatın muhtevasıdır. Aklın bu sınırlardan birini aşmasına izin verilirse, o zaman diğerlerini de aşabilir, çünkü bir şey için iyi olan, ona benzeyen şey için de iyidir (*li-mislihi*).[39]

Bu nedenle, beş küllînin ve bunlardan türetilen özel kuralların kapsamı dahilinde, Şeriat her zaman *maslahatı* gözetir ve kurallarının çoğunda görüldüğü gibi zorlukları hafifletir. Şeriat aynı zamanda, kendi kural ve kaidelerini ihlal etmediği sürece örfi uygulamaları da kabul eder ve bunlara yer verir; zira tüm örflerin iyi ve faydalı olduğu doğru değildir.

Bûtî, *ibâdât* ve *muâmelât* hükümleri arasındaki ayrımı ustalıkla reddeder; bu ayrımın işlevi dinî ve dünyevî olan arasında bir ayırım yaratmak ve aslında dünyayı (Hristiyan Avrupa'da temel bir uygulama haline gelen) bir ikiliğe bölmektir. Bûtî bu reddi desteklemek için ahlaki bir felsefe geliştirmez, ancak dinî ahlakın hukuka gönüllü teslimiyet üzerindeki etkilerini takdir ettiği açıktır. "Şeriatın akide, ibadet hükümleri ve dünyevî hukuki işlemler (*akâid, ibâdât,* ve *muâmelât*) bakımından içerdiği her şey, müminlerin *maslahatının*, dünyevi ve uhrevi olmak üzere her iki bölümde de gerçekleşmesini garanti eder." Zira bu akide ve hükümler bölünmeyi kabul etmez ve gerçekte "tek bir zinciri oluşturan çeşitli halkalar" oluşturur.[40] Doğrudan ve diğer dünyevi kaygılarıyla birlikte bunların toplamı, bireyin yaşamında bir amel setine (*amelen vâhiden*) yol açar. Dinin akidesi bireye Allah'ın varlığının, kanun koyucu olarak nihai otoritesinin ve anlamlı bir varoluşun kesinliğini verir. Başka bir deyişle, İslam akidesi, hukukun ahlaki temelidir; bu olmadan, ilahi bir mesaj olarak hukuka uymanın gerekliliğine dair kesinlik bir yana, hiçbir kanaat bile olamaz. Dolayısıyla, ibadete ve muamelata dair hükümlere uyma zorunluluğu

[38] Bkz. 2. Bölüm, 8. Kısım.
[39] Bûti, *Davâbit*, 64-65.
[40] *A.g.e.*, 85. Ayrıca bkz. Hallaq, "Fashioning the Moral Subject."

olmaksızın bu ilkelerin hiçbir anlamı ya da amacı yoktur. Bûtî burada -anlamlı bir insanî varoluşta- tek anlamlı kanunun, değişen faydacı iyi kavramları doğrultusunda bocalamayan bir dini ahlaka dayanan hukuk olduğuna dair ikna edici bir argüman ortaya koyar. Konuyla ilgili tüm Müslüman düşünürler arasında Bûtî'nin, hukukun olduğu kadar yaşamın da temeli olarak dinî ahlakın varoluşsal değerine dair en keskin farkındalığı göstermesi son derece dikkate değerdir. Bu temelle ilgili kaygısı, dolaylı da olsa, Seyyid Kutub'un modern durumun yarattığı ahlaki boşlukla meşguliyetini yansıtıyor gibi görünmektedir.[41]

Faydacı ilkelerin reddi, kaçınılmaz olarak, hukuki yapının temeli olarak insan aklına güvensizliğe yol açar. Akıl, belirli hukuki hükümlere bağımsız olarak karar veremez. "Gerçek *maslahat*" (*hakiki*) ile vahyedilmiş metinlerin emirleri arasındaki herhangi bir çelişki, tefekkür edenin düşüncesindeki bir eksiklikten kaynaklanan hayali bir çelişkidir (*mevhum*). Örneğin, *maslahat*ın *ribâ*nın (tefecilik/faiz) caiz olmasını gerektirdiği düşünülebilir, ancak Bûtî'ye göre bu, Allah'ın sözüyle çelişen hayali bir düşünceden başka bir şey değildir. Aynı şey *maslahat*ın tek eşlilik konusundaki ısrarı için de düşünülebilir. Ancak *ribâ*ya izin vermek ve çok eşliliği yasaklamak, modern toplumun anlık arzularının ötesine geçen bir amaç ve hikmete sahip olan Kur'ân'ın hükümlerine aykırıdır.[42]

Bûtî eserinin üçte ikisinden fazlasını *maslahat*ın, tamamı geleneksel *fıkıh usulü* teorisinden türeyen çeşitli metodolojik mülahazalarla sınırlandırıldığını göstermeye ayırır. *Maslahat*la ilgili tüm meselelerin temellendirildiği Gazzalîci-Şatıbîci beş evrensel ilke söylemine ayrıntılı bir şekilde değinir. Bununla birlikte, *maslahat*ın biri Kur'ân, Sünnet ve *icma*ya dayanan, diğeri ise *kıyas* ve diğer *ictihadî* çıkarım yöntemlerine dayanan iki tür olduğunu düşünür. Birincisi kalıcı ve değiştirilemezken, ikincisi hukukun sınırları dahilinde toplumun değişen koşullarına uyarlanabilir.[43] Bununla birlikte, bu tür değişikliklerin boyutu, hukukun hızlı sıçramalardan ziyade kademeli geçişlere izin verdiği modern öncesi bir bağlamda niteliksel olarak belirlenmiştir. Kur'ân ve Sünnet'in emirleriyle çelişen iyilik kavramlarında olduğu gibi, bu tür sıçramalar hukuk olarak kabul edilemez; çünkü hukuk, değişen insan tercihlerinin ve sürekli dönüşen haz ve iyilik kavramlarının keyfine göre değişemez ve değişmemelidir (bkz. J. S.

[41] Qutb, *Milestones*, 7, 141–60, ve devamındaki pasajlar.
[42] Bûtî, *Davâbit*, 117.
[43] *A.g.e.*, 276-77.

Mill). "Zamanın değişen [koşulları] hukuki hükümler üzerinde herhangi bir etkiye sahip olsaydı ve onları değiştirme kabiliyeti bulunsaydı, Şeriatın simgeleri uzun zaman önce silinirdi."[44] Bûtî sözlerini, işi *ictihad* etmek olanların omuzlarına yüklenen ahlaki sorumluluğu teyit ederek bitirir. Kendisini bir *müctehid* olarak konumlandıran kişi, *maslahat*ın doğru biçimlerini -Şeriata dayalı olanları- anlamalı ve bunları "modern uygarlığın ve maddi kültürün efendilerinin öne sürdüğü iyi kavramlarından ayırt etmelidir... Yakalandığımız hastalıkların çoğu, bu tür değerlerin ve iyi kavramlarının etiketleri altında hayatlarımıza sızmaktadır."[45]

5. Hasbi ve Hazairin: Endonezya Fıkhı ve Hukukun Özü

Hasbi Ash-Shiddieqy'nin (ö. 1975) düşüncesinin temel ikilemi - aslında yirminci yüzyılın ikinci yarısında Endonezyalı düşünürlerin büyük çoğunluğunda olduğu gibi - bir yandan Endonezya'da (ortaya çıkan) modern koşullar ile diğer yandan Kur'ân ve Sünnet tarafından ortaya konduğu kabul edilen hukuki ve dini emirler arasındaki ilişkinin nasıl yeniden kavramsallaştırılacağıdır. Dolayısıyla İslam'ın önemli bir normatif güç olarak başarısı, başta Ahmad Hassan (ö. 1958) olmak üzere daha önceki etkili düşünürler tarafından çağrıda bulunulduğu üzere "*ictihad* kapısının tamamen açılmasını" içeren bu yeniden düzenleme projesinin başarısına bağlı olacaktır.[46]

Hasbi'nin düşüncesinde esas olan, *ibâdât* ve *muâmelât* arasındaki genel ayrımdır; bu ayrımın onun için önemi, üstün Hukuk tarafından emredilenler ile beşerî alana bırakılanların birbirinden ayrılmasıdır. Rızâ gibi o da İslam tarihi boyunca *muâmelât* kapsamında ortaya konan her şeyin, yaşamları ve şartları modern Endonezyalı Müslümanlarınkinden farklı olan insanların eseri olan bir birikim olduğunu ileri sürer. Bunlar özellikle Arap müktesebatı veya genel *fıkıh* olarak aktarılan ve dünya çapındaki Müslümanlara uygulanabilirlik iddiasında bulunan "Arap *fıkhı*"dır.[47] Arap fıkhı ile Endonezya gerçekliği arasındaki mesafe bu nedenle iki yönlüdür: modern öncesi Arap kültürü ile Batı temelli modernite arasındaki çelişkilerin altında yatan tarihsel farklılığa ilave olarak, Endonezyalı toplumların

[44] *A.g.e.*, 412.
[45] *A.g.e.*, 413. Ayrıca bkz. Opwis, "Maslaha," 213 vd., özellikle 220; Christmann, "Islamic Scholar," 68–70.
[46] Noer, *Modernist Muslim Movement*, 85–88; Hassan, "Question and Answer," 360–64.
[47] Feener, "Indonesian Movements," 101.

kendine özgü kültürel, sosyal, örfi ve diğer değerlerinin ön plana çıkması ve baskın bir yabancı kültüre tabi olmaması gereken ulusal kimlik gibi önemli bir farklılık da vardır. Bu tahakkümü kabul etmek, Endonezya'nın Müslüman olduğu ilk günden itibaren Endonezya *taklid*inin belirleyici bir özelliği olmuştur.

O halde doğru bir tarih anlayışı, yalnızca seleflerin ve Arapların birikimlerini ilahi hükümlerden ayırt etmek için değil, aynı zamanda modern Endonezya koşullarını ilahi emirler karşısında doğru bir perspektife yerleştirmek için de vazgeçilmez hale gelmektedir. Hasbi'nin teorisinin biçim ve içeriğinin temelini oluşturan bu yaklaşım, - Hasbi ve diğer bazı Endonezyalılar söz konusu olduğunda - Muhammed Mustafa el-Merâgî (ö. 1945) ve özellikle Mahmud Şeltût'tan (ö. 1963) beslenen Orta Doğu reformist düşüncesine çok şey borçludur.[48] Hintli Şah Veliyullah'tan (ö. 1762) etkilenen Şeltût da diğerleri gibi bağlayıcı olan ve olmayan Nebevi Sünnet arasındaki ayrımı vurgulamıştır ki bu ayrım Hasbi'nin düşüncesinin merkezinde yer almaktadır. Öte yandan Hasbi, (Abduh'un öğrencisi olan) Merâgî'den, modern Müslümanların *mezhebî* hukuk ekollerinin sınırlarını aşmasını gerektiren yenilenmiş ve tarihsel olarak sınırlandırılmamış *ictihad* fikrini ödünç almış görünmektedir. Kur'ân ve Sünnet'in "doğru" bir şekilde anlaşılması sadece geçmişin prangalarından kurtulmaya yol açmakla kalmaz, aynı zamanda herhangi bir tarihsel hukuk ekolünden herhangi bir hukuki unsuru -*telfik*[49] tarzında- benimsemek için de uygun bir rehber oluşturur.

Hasbi, Kur'ân ve Sünnet'te, Müslüman okuyucu/yorumcunun etnik veya ulusal geçmişinden bağımsız olarak ve herhangi bir jeopolitik veya kültürel farklılık gözetmeksizin çıkarabileceği objektif bir hakikat çekirdeği bulunduğuna inanmış görünmektedir. Dolayısıyla reformcunun görevi, ilk olarak bu objektif çekirdeği geri kazanmak, ikinci olarak da bu ilahi hakikati kendi toplumunun özel koşulları ve uygulamalarıyla uzlaştırmak olarak tanımlanır. Bu formül belki de Hasbi'nin Endonezya'da bir *mezhep* yaratma planını en iyi şekilde özetlemektedir; bu mezhep, ülkenin ihtiyaçlarına geleneksel ekollerin, hatta tümüyle etkili olan Şâfiîliğin şimdiye kadar yaptığından daha iyi cevap vermektedir. Şâfiîlik de tıpkı muadilleri gibi *taklit*ten ve bunun sonucunda özgün ve etkin bir modern Endonezya *fıkh*ı olarak ortaya çıkması gereken şeyin tahrif edilmesinden sorumludur.

---

[48] Şeltût ile ilgili genel bir bilgi için bkz. Zebiri, *Mahmûd Shaltut and Islamic Modernism*; Meâgî ile ilgili olarak bkz. *Oxford Encyclopedia of the Modern Islamic World*, III, 44–45.

[49] *Telfik* ile ilgili olarak bir önceki bölüm 1. Kısma bkz.

Hasbi'nin ilahi iradeyi ortaya çıkarmanın hermenötik teknikleri üzerinde ayrıntılı olarak durmadığı söylenmelidir. Onun fikirleri, Fazlurrahman'ın otuz ya da kırk yıl sonra bazı ayrıntılarıyla benimseyeceği Çifte Hareket Teorisi'ne yakındır.[50] Çözüm bulunması gereken tüm güncel sorunlar, bu sorunlarla ilgili olarak Kur'ân ve Sünnetin tüm anlamlarını ortaya çıkarmak amacıyla Kur'ânî/Nebevî mesaja geri taşınır; ardından, çıkarılan Kur'ânî/Nebevî kurallar günün ilgili sorunlarına aktarılır. Ancak Hasbi, bu genellemelerin ötesine geçmez ve bu tür çıkarımların yapılacağı kesin hermenötik yapı ve yorumlayıcı sistem hakkında daha fazla yorum yapmayı askıya alır. Her ne olursa olsun, gerekli olan yorumlama becerileri, kolektif bir *ictihad* biçimi uygulayacak olan Devlet İslam Araştırmaları Enstitüleri'nde (DİAE) eğitim görenler tarafından sağlanacaktır. Kolektivizm, yeni Endonezya *fıkh*ını, klasik ve muteber *şûra* kurumunun modernize edilmiş bir versiyonu olan modern bir danışma organı politikasına rahatça yerleştirmektedir.[51]

Hasbi'nin fikirleri bir başka etkili Endonezyalı hukuk düşünürünün fikirleriyle ortak noktalar taşımaktadır. *Alim* yönelimli Hasbi'nin aksine Hazairin (ö. 1975), Endonezya Üniversitesi'nde *adat* hukuku profesörü ve Hollanda Doğu Hint Adaları'nın (DHA) kıdemli danışmanı olan Ter Haar'ın sekülerist entelektüel etkisi altında yetişmiştir.[52] Hocası gibi Hazairin de 1927'den sonra DHA'nın seçilmiş hukuku olan *adat* konusunda uzmandı. Başlangıçta Latin alfabesini öğrenmeyi bile reddeden Açeli Hasbi'nin aksine, Hazairin Felemenkçe öğrenmekte gecikmedi ve 1936'da *adat* üzerine doktora yaparak mezun oldu. Yine de gençliğinde belirgin bir dini eğitim almamış olmasına, *adat* alanındaki uzmanlığına ve Batılı eğilimlerine rağmen Hazairin, Endonezya'da siyasi ve hukuki meşruiyet için temel bir kaynak olduğunu anladığı İslam'a ve dini hukuka giderek daha fazla yöneldi. Hazairin, *adatı fıkh*ın değerlendirilmesinde kullanılacak standart haline getirmek yerine - ki bu, Hollanda Alımlama Kuramı'nın özüdür - teoriyi güçlü bir şekilde tersine çevirdi ve *adatı* Endonezya'daki yeni haliyle İslam hukukuna tamamen tabi kıldı. (Bağımsızlıktan sonra Endonezyalı hukukçular, çoğunlukla Batı'dan esinlenen birleştirici bir ulusal hukuk ve daha az oranda Şeriat lehine adata karşı çıktılar, çünkü *adat* her iki kesim tarafından da ulusal

[50] Aşağıdaki 8. Kısma bkz.
[51] Feener, *Muslim Legal Thought*, 59–69.
[52] Bkz. 14. Bölüm, 3. Kısım.

birliğe katkıda bulunmakta başarısız olarak görülüyordu ve bu nedenle doğası gereği parçalayıcı ve bölücü olarak kabul ediliyordu).[53]

Endonezya hukukunun oluşumuna katkıda bulunma çabasında - ki bu neredeyse her zaman İslam hukukunu o ülkenin kendine özgü koşullarına ve taleplerine uydurma meselesidir - ilk olarak, klasik *fıkıh* yapısını inşa ederek (ki o da bunu özünde "Arap" olarak görmektedir) haleflerini (ki biz burada modern Endonezyalılar olarak kabul ediyoruz) *ictihad* yoluyla doğrudan vahyedilmiş metinlerle karşılaşma hukuksal özgürlüğünden mahrum bırakmayı başaran ulemanın birikimli ve hala otoriter geleneğini yıkmak zorunda kalmıştır. Ona göre, bu yapı sadece hukuki yenilenmenin önündeki engeli değil, aynı zamanda Şeriatın modern çağın gereklilikleriyle başarılı bir şekilde başa çıkamamasının nedenini de teşkil ediyordu. Yine de Hazairin - ve Hasbi'nin - Arap hukuk hegemonyasını sorunsallaştırmadaki başarısı, modernitenin ve onun yarattığı koşulların sorunlarına dair farkındalıkla örtüşmüyordu. Hukuki moderniteye doğru arzu edilen sıçrama, geçmişin pençelerinden kurtuluş olarak düşünüldü, ancak kurtuluş eylemiyle bir dizi pranganın diğerinin yerine geçirilmesi olarak tasarlanmadı.

Hazairin, yeni bir Endonezya *ictihad*ı ve hukukunun temellerini oluşturan bir hukuk metodolojisini, bir neo-*fıkıh usulü*nü yeniden oluşturmayı amaçlayan eksiksiz bir plan sunmaktan genellikle kaçınır;[54] bunun yerine bu görevi, özel bir Endonezya *ictihad*ı türü tasarlayacak ve üretecek olan gelecek nesil hukuk uzmanlarına bırakır. Hasbi ve diğer birçok Endonezyalı entelektüel gibi o da Takımadalar'ın muazzam çeşitliliğini yansıtacak ve yarı resmi ve devlet konseylerinin himayesi altında organize edilecek kolektif bir *ictihad* biçimini benimsemiştir. Üyeleri yeni yetişen bu hukuk uzmanlarından oluşan bir Fetva Konseyi, hem halka hem de hükümete zamanın dini meseleleri hakkında tavsiyelerde bulunabilir ve modern devlet aygıtının ayrılmaz bir organı olarak yer alabilirdi. Ancak her durumda, yeni Endonezya *fıkh*ı, Hasbi'nin kabul ettiği ve aslında savunduğu *telfik*i kabul etmeyecek, tamamen yeni bir bağlama özgü bir tasarım (olduğu gibi sadece Endonezya'ya özgü bir ürün) olacaktı. İşte bu noktada iki düşünür arasında önemli bir fark, o zamandan beri Müslüman dünyadaki yenilenme hareketleri üzerinde derin etkileri olan bir fark, ortaya çıkmaktadır: *Telfik*in kabulü, değişimin hazır

[53] Lev, "Colonial Law," 69.
[54] Cammack, "Islam and Nationalism in Indonesia," 177 vd.

bir aracı olarak amaca uygunluğun benimsenmesi anlamına gelmektedir. Böylece hukukun ilkeleri, değişim hangi yönde olursa olsun, değişimin emirlerine tabi kılınmaktadır. Burada, yerel otorite her türlü iradeden, hedefe ilişkin her türlü kararlılıktan yoksun bırakılmakta ve kendisini bu yöne taşıyabilecek araçları bulmaya mahkum edilmektedir. Öte yandan, *telfîk*in reddi, bu tür bir boyun eğmeden kaçınmanın garantisi olmamakla birlikte, esaslı bir hukuk doktrini inşa etmenin bir aracı olarak amaca uygunluğun ötesine geçmenin ilk adımıdır. Gerçekten de Hazairin'in arzuladığı gibi bir hermenötik bağlamında *telfîk*in reddedilmesi, hukuk yapmanın bağımsız bir yolu olarak amaca uygunluğun reddedilmesi anlamına gelir. Dini metinlerden, ulusçu toplumsal ahlak ve gelenekten ve modern zorunluluklardan türetilen büyük ve küçük ilkeler, temsiliyeti ve çeşitli şekillerde bağımsızlığı onaylama eğilimindedir. Dolayısıyla bu reddediş, en azından, kanun yapma süreçlerinde yerli iradeyi yansıtma potansiyeline sahiptir.

Yine de yeni bir hermenötiğin sistematik bir açıklamasını yapma konusundaki büyük isteksizliğine rağmen Hazairin, en etkili başarılarından biri olarak kabul edilebilecek bir proje olan yeni bir metodoloji için belirli bir temel oluşturmaya çalıştı. Endonezya hukukunu ifade etme yönündeki çabalarında, Arap gelenekleri ve sosyal yapıları yoğun bir şekilde Şeriatla iç içe geçtiğinden ve yüzyıllar boyunca bu ikisinin bir ve aynı olduğu düşünüldüğünden, kesin olarak tanımlanmış Şeriat ile Arap müdahaleleri arasında temel bir ayrım yapılması gerektiğini savunmuştur. Ona göre bu miyopluk, "geleneksel *ulema*nın yöntemleri ile bin yıl öncesinin Arap sosyal uygulamalarının" zararlı "kör *taklîd*inin" önemli bir biçimini temsil ediyordu.[55] Dolayısıyla, bu uygulamaların "gerçek" Şeriattan soyutlanması, örneğin Hazairin'in teklif etmeye çalıştığı çok önemli miras hukukuna ilişkin yeni bir anlayışa yol açmaktadır.

Ölüm sonrasında mülkiyetin devrine ilişkin kilit Kur'ân ayetlerini yeniden yorumlarken, geleneksel Sünni miras hukukuna karşı çıkan ve İkili Teori olarak adlandırılan teoriyi formüle etmiştir.[56] Sünni *fıkh*ın mirasçıları sınıflandırmasını reddetmiş ve bunun yerine (a) Kur'ân'dan sabit bir pay alma hakkına sahip mirasçılar; (b) miras bırakanla belirli bir "ilişki" içinde olan mirasçılar ve (c) önceden ölmüş mirasçıların varisleri (Sünni *fıkıh* tarafından mirasçı olarak

[55] Aktaran Feener, "Indonesian Movements," 111.
[56] Bkz. 8. Bölüm, 6. Kısım.

tanınmayan) şeklinde bir başka sınıflandırma getirmiştir. Onun teorisinin yenilikçiliği, Sünni *fıkıh* için ayrı ayrı ve bir bütün olarak yeni olan (ancak İmâmiyye Şîası için tamamen değil) iki ilkeyi ortaya koymasında yatmaktadır: Kur'ân'ın temsil ilkesini tamamen içerdiği ve tasdik ettiği ve akraba sınıfları arasında bir öncelik sistemi olduğu. Bir yandan bu iki ilke arasındaki sentez, diğer yandan da Kur'ân'daki pay sahiplerinin yapılandırılması, erkek ve kadın mirasçılara eşit mülkiyet devri hakkı tanıyan yeni bir miras teorisi ortaya çıkarmıştır. Hazairin bunu, kelimelere sadece yeni anlamlar ve çağrışımlar vermekle kalmayıp aynı zamanda birbirleriyle yeni ilişkiler kurdukları ilgili Kur'ân ayetlerinin[57] yeni bir dilbilimsel ve yorumsal incelemesi yoluyla başarır.

Hazairin'in yeniden yorumlaması ne sosyolojik ne de antropolojik hermenötiğe dayanır, ancak asıl itici güç Endonezya toplumsal düzeninin kendine özgü yapısıdır. Ancak dilbilimsel yöntem baskın olduğu için, geriye kalan soru Endonezya toplumsal düzeninin vahiy metni ile Endonezya hukuksal gerçeklikleri arasındaki benzersiz ve bağlama özgü hermenötik bağlantıları organik ve yapısal olarak yansıtan belirli bir yorum metodolojisini nasıl dayattığıdır. Başka bir deyişle, yeni miras doktrini Hazairin'in genel "Endonezya *fıkhı*" teorisi için sunduğu tek spesifik uygulama olduğundan ve doktrin spesifik olarak "Endonezya temelli" bir hermenötikten ziyade genel bir hermenötiğe dayanıyor gibi göründüğünden, bu *fıkhı* yeniden yaratmanın usulleri açıklığa kavuşturulmayı beklemeye devam etmektedir.

Her ne olursa olsun, Hasbi ve Hazairin'in karşıt olmasa da farklı geçmişlerden gelmelerine ve entelektüel ve hukuksal yapıları ile yaklaşımlarındaki farklılıklara rağmen, her ikisi de tamamen milliyetçi, sömürge sonrası bir bağlamda faaliyet göstermiş ve pek çok ortak noktayı paylaşmışlardır. Arap hukukuna ve hegemonik etkisine karşı çıkışlarında görüldüğü gibi, projeleri son tahlilde Hollanda yönetiminin homojenleştirici eğilimlerini bile aşan ulusal bir Endonezya hukukunun savunulması anlamına geliyordu. Örneğin, Hollandalılar hala çok sayıda bölgesel *adat* biçimini geçerli kabul ederken, Hasbi ve özellikle de *adat* uzmanı Hazairin, bu çoğulculuğun, büyük Endonezya *ümmeti* olarak gördükleri şeyi birleştirmeyi amaçlayan (yenilenmiş bir Şeriat tarafından yönlendirilen) tek bir hukuk bütünü içinde birleştirilmesi çağrısında bulundu. Sömürgecilik karşıtı politikalarına rağmen, başka yerlerdeki Müslüman reformcular gibi onlar da

[57] Hazairin'in teorisinin oldukça detaylı bir açıklaması için Cammack'ın şu faydalı makalesine bakınız: "Islamic Inheritance," özellikle 298-304.

modernleştirici/sömürgeci dayatmalara boyun eğerek sadece homojenleştirici değil, aynı zamanda modern ulus-devletin pençesinden asla kurtulamayacak bir hukuku savundular.

6. Abdulkerim Suruş: Modernite İçinde Sıkışmışlık

Şimdiye kadar modern projenin temel öncüllerini sorgulamaksızın onun zorunluluklarının büyüsüne kapılan bir baş-modernist olan Suruş (doğumu 1945),[58] fıkıh usulünü ve fıkhı modern dünyanın şartlarına uyum sağlamaktan aciz oldukları gerekçesiyle büyük ölçüde reddeder. Suruş'un, "yapısökümcü" projesinin yıkmayı hedeflediği teorinin yerine geçecek alternatif bir teori sunmadığını baştan belirtmek gerekir. Onun reformu, hukukun teorik ve metodolojik temellerine inmeyi, "eski" sistemin kökünü kazımayı ve yerine, şekli ve biçimi görünüşe göre ileriki bir tarihte belirlenecek olan "gerçekten" modern bir felsefe ve hukuk getirmeyi amaçlamaktadır.

Şeriatı özünde arkaik olarak görerek, işlevinin, dilinin ve mantığının modernite ile ilgisiz olduğunu savunur. "Benim kanaatim" diyor, "*fıkh*ımız, tam olarak geçmişin rezervleri boşaltılmış doğal kaynaklarına benzer."[59] Bunun neden böyle olduğu ve modernitenin bu duruma nasıl katkıda bulunduğu, bildiğim kadarıyla kendisinin asla cevaplamaya çalışmadığı bir sorudur. Bunun yerine denediği şey, Şeriatın eskimiş olmasının nedenlerini ifade etmek, Şeriatın zati ve arızi niteliklere bölünebilir olduğu şeklindeki bilindik tezi, belirgin bir şekilde Aristotelesçi olan bir tipolojiyi yeniden ifade etmektir. Ancak Şeriatın özü, tüm zamanlar ve mekanlar için uygun olan belirli bir hukuki formdur.[60] Suruş'un projesinde bu form, Avrupa sosyal ve doğa bilimlerine uygun olarak rasyonel bir şekilde tasarlanmalıdır. Geriye kalanlar, dilsel ve kültürel arazlar, sistemin inşasında kullanılan "önermeler", "teoriler" ve "kavramlar"; vahyedilmiş metinlerin yorumlanmasına giren tarihsel olaylar ve anlatılar; fakîhlerin *fetvâ*ları ve hukuki yazıları ve son olarak "kafirlerin dine ilişkin formüle ettikleri sahtecilikler, yaklaşımlar ve değişiklikler" de dahil olmak üzere Şeriata yapılan Arapça eklemelerdir.[61] Başka bir deyişle, din ve dini bilgi arasındaki ayrım, ilki ilahi, mükemmel ve değişmez, ikincisi ise dünyevi, değişken, zamana bağlı ve göreceli olan bilindik ayrımdır.

---

[58] Kısa biyografik bilgiler için bakınız Cooper, "Limits of the Sacred," 39-44; Jahanbakhsh, "Islam, Democracy," 242-46; Suruş, *el-Kabd ve'l-Bast*, 15-17.

[59] Dahlén tarafından çevrildiği şekliyle, *Islamic Law, Epistemology and Modernity*, 236. Ayrıca Soroush, *Reason, Freedom, and Democracy*, 78-79'daki ifadelerinin sonuçlarına bkz.

[60] Mir-Hosseini, "Construction of Gender," 23–24.

[61] Dahlén tarafından çevrildiği şekliyle, *Islamic Law, Epistemology and Modernity*, 214.

Ve onun Daralma ve Genişleme Teorisini oluşturan ve temsil eden de bu ayrımdır.[62] Dolayısıyla, Şeriat bir kez herhangi bir sosyolojik, antropolojik veya tarihsel içerikten yoksun bir öze indirgendiğinde (bu tür bir analizde sosyal bilimlerin merkeziliği konusundaki kendi ısrarının tam karşıtı), onu Suruş'un entelektüel idealine uygun olarak yeniden şekillendirmek hiç de zor değildir: modern olan ve ilhamını bilimsel rasyonalizmde bulan pozitif bir hukuk.

Kimya, farmakoloji, Batı felsefesi ve bilim tarihinin yanı sıra İslam hukuku alanında da eğitim almış olan Suruş (tüm belirtilere bakılırsa bu alana son derece kısıtlı bir filolog gibi yaklaşıyor), hukukun tamamen yeni bir şekilde, ilhamını Batı sosyal bilimlerinden ve "rasyonel" felsefeden alan bir şekilde inşa edilmesi gerektiğini hararetle savunuyor. Yine de reform önerisi, İslam hukukunun moderniteyle olan uyumsuzluğu ve yeni hukukun seküler rasyonel felsefeyle temellendirilmesi ihtiyacı gibi iki ana tezi pek aşmıyor. Bu Suruş'un dinin ya da Şeriatın önemini reddettiği anlamına gelmiyor, zira bunları benimsemeyi seçen her toplumun, bunları uygulamasını o toplumun temel hakkı olarak gördüğüne şüphe yok. Ne de olsa kendisi bir demokrasi savunucusudur. Ancak dini hakikatin genel bilginin ayrılmaz bir parçası olduğunu düşünmekte ve böylece dini rasyonel felsefi sorgulamanın altına sokmaktadır. Diğer yandan *fıkh*ı, *iman*la zıt ama özdeş olmayan, harici bir unsur olarak görür. *İman* içsel bir durumken, *fıkıh* bir uygulama meselesi, bir amel alanıdır. *Fıkıh* temelli bir devlet otoriter bir devlettir, hukukun dinsel ve teknik yönlerini ön plana çıkarır.[63] Bu kaderden kurtulmak için hukukun inanç temelli olması gerekir. Ancak Suruş, *fıkh*ın imandan ayrı durduğuna dair temel varsayımını sorgulamaz; oysa geçmişten günümüze Sünni ve Şiî İslam geleneğinin tamamı bu ikisini asla birbirinden ayırmamıştır.[64] *İman*, temelde fiziksel, psikolojik ve manevi yollarla *iman*ı ortaya çıkaran ahlaki pratiği oluşturan *fıkh*ın sarsılmaz temeliydi.

Suruş'un fıkhı, modern devletlerde insan yapımı kanunların uygulandığı gibi insan eliyle yürürlüğe konan hukuki bir koddan ne daha fazlası ne de daha azı olarak gördüğü ortaya çıkmaktadır.[65] Suruş,

[62] Arapça'ya el-*Kabd ve'l-Bast fi eş-Şeri'a* olarak çevrilen *Qabd wa-Bast-i Ti'urîk-i Shari'at* adlı eserinin konusu, özellikle 29-48, 75-78, 97-99, 119-25, 157 vd.; Jahanbakhsh, "Islam, Democracy," 247-51; Cooper, "Limits of the Sacred," 43.

[63] Jahanbakhsh, "Islam, Democracy," 258.

[64] Hallaq, "Fashioning the Moral Subject."

[65] Dahlén, *Islamic Law, Epistemology and Modernity*, 227-28 ve 234, yazar burada Suruş'un dinin (ve dolayısıyla İslam hukukunun) ahiretle ilgilenmesi ve bu dünyaya ilişkin tüm meseleleri devletin yönetimine bırakması gerektiği yönündeki argümanını tartışmaktadır.

fıkıh kavramını pozitif hukuka indirgeyerek, onu ahlaki içeriğinden (eskatolojik gücünden bahsetmeye bile gerek yok) boşaltmaktadır ki bu da *fıkh*ı neden imandan farklı harici bir unsur olarak gördüğünü ve neden "ahlakın hukukun önüne geçtiğini" açıklamaktadır.[66] Ancak onun hukuk ve ahlak arasındaki kopukluğu tekrarlaması şaşırtıcı değildir, zira dinin büyük ölçüde özel alana indirgendiği ve neyin hukuk sayılacağının sınırlarının, asıl kaygısı kamusal alan olan hegemonik bir devlet tarafından çizildiği bir sistemde bu kaçınılmazdır.[67] *Fıkh*ın pozitif hukukla özdeşleştirilmesi Suruş'un fıkıh anlayışına da ihanet etmektedir; bu anlayış hem modern "İslam hukuku"nu[68] anlamlandırma süreçleri hem de aynı şekilde bu hukukun devlet eliyle kavramsal dönüşümü tarafından derinden şekillendirilmiştir.[69] Dolayısıyla bu anlayışta eksik olan sadece ahlaki yükümlülük değil, aynı zamanda modern hukukun genel olarak ısrar ettiği ve Suruş'un da kolayca kabul ettiği ya hep ya hiç çözümlerine[70] karşıt bir sistem olarak Şeriatın toplumsal işlevidir.

Ancak Suruş'un düşüncesinde tespit edilebilen tek Doğululaştırılmış anlayış bu değildir. İslam hukukunun *taklid* üzerine kurulu olduğu, Tasavvufi ve (Batılı) felsefi araştırmaların karakteristik bir özelliği olduğunu iddia ettiği *tahkîk* (eleştirel, rasyonel araştırma)[71] özelliğinden yoksun bir kavram ve uygulama olduğu yazılarında tekrar eden bir konudur. Bu nedenle, İslam hukuku rasyonalite ve rasyonalist temellerden yoksundur.[72] *Taklid*i, hukukun hukuki ve yargısal sürekliliğinin, öngörülebilirliğinin ve normatif hukuksal değerlere uygunluğunun (ki bunlar olmaksızın herhangi bir hukuk, hukuk olmaktan çıkar)[73] en temel şartı olarak görmek yerine, hukukçu olmayan birinin yapabileceği gibi, onu entelektüel üretkenliğin karşıtı, yani yargı pratiğinden mahrum ve hakim bir ontolojiden yoksun, düşünce temelli bir kavram olarak ele alır.[74] *Fıkh*ın, antropoloji, sosyoloji ve hatta doğa bilimleri de dahil olmak üzere modern bilimlerin paradigmatik varsayımları ve araştırma çerçeveleri içinde sabitlenmesi

[66] Soroush, "Ideal Islamic State," 2; Soroush, *Reason, Freedom, and Democracy*, 146–47.
[67] Zubaida, Law and Power, 216.
[68] Hallaq, "What is Shari'a?"
[69] *A.g.e.*, ile 13 ve 16. Bölümler.
[70] Bkz. 4. Bölüm, 2. Kısım.
[71] *Taklid* ve işlevi hakkında detaylı bilgi için bkz. Hallaq, *Authority*, 86–120.
[72] Dahlén, *Islamic Law, Epistemology and Modernity*, 223-24. Bu ilginç *taklid* nitelemesi, Weber'in *Kadijustiz* olarak adlandırdığı çarpık görüşünün dallanıp budaklanmış bir biçimi olarak görülebilir. Ayrıca bkz. yukarıdaki 14. Bölüm, 1. Kısım.
[73] Hallaq, *Authority*, ix, 57–120.
[74] Cooper, "Limits of the Sacred," 48.

gerektiğini savunacak kadar ileri gider.[75] Dolayısıyla adalet, dinde veya dini epistemolojide temellendirilmez ve temellendirilemez;[76] aksine din, hümanizm tarafından tanımlanan ve hümanizmde temellendirilen bir adalet nosyonunda temellendirilmelidir. Bu nedenle adalet, sosyal bir araç olarak, entegre bir şekilde iç içe geçmesi gereken *fıkıh* ile aynı zeminde temellendirilmelidir. Kısacası, hukuk, dini olsa bile, dinin kendisi gibi sosyal olarak belirlenir ve inşa edilir, yani mutasyona uğrar ve süresiz olarak değişime uğrar. Dolayısıyla *ictihad*, herhangi bir çağda hüküm süren rasyonalitenin doğal bir ürünü olmalıdır ve bizim çağımız modernitedir.[77] Suruş, Müslümanların -en azından belirli bir ülkede- hukuklarını inşa etmeleri gereken kesin bir hukuk metodolojisi önerisinden uzak durarak bu genel çözümü sunmaktan memnun görünmektedir. Bu bir eksiklikten ziyade, metinlerin olduğu kadar yorum ilkelerinin de sürekli olarak yeniden yorumlanması ihtiyacını teyit eden bilinçli bir tutum olabilir.

7. Muhammed Said 'Aşmâvî: Bağlamsal Çıkarımlar

Bûtî gibi 'Aşmâvî'nin (ö. 1932) parlak kariyeri de akademik ve hukuki meslekleri kapsamakla birlikte, hukuk mesleğine katılımı Batılı hukuk uygulamalarından ziyade Şeriat bağlamında olmuştur. Mısır Temyiz Mahkemesi'ndeki görevinin yanı sıra, Devlet Yasama Komitesi üyeliği, Ceza Mahkemesi Başsavcılığı ve Kahire Üniversitesi'nde İslami ve karşılaştırmalı hukuk profesörlüğü yapmıştır.

Suruş ve Hazairin gibi 'Aşmâvî de saf bir fikir, bir tür öz olarak hukuk ile bu fikrin sosyal bir inşası veya detaylandırılması olarak hukuk arasında ayrım yapar. İlki, hukukun Allah katında bulunan anlamını temsil ederken, ikincisi toplumun Allah nezdindeki saf anlama pratik ve somut bir anlam verme çabası olan hukuk sistemlerinin tarihsel yapılarında ve birikimlerinde somutlaşır. Buna göre, birincisi yanılmazken, ikincisi bir insan ürünü olarak hataya açıktır; birincisi objektiflikle donatılmıştır ve bu nedenle değişim veya dönüşümden etkilenmezken, ikincisi öznelliğin insani zayıflığını içerir ve bu nedenle belirli bir sosyal gerçeklikten ve belirli bir tarihten ayrıştırılamaz; birincisinin geçerliliği, özetle, ebedidir, buna karşılık ikincisi yalnızca belirli bir zaman ve mekanda geçerlidir.[78]

[75] Dahlén, Islamic Law, Epistemology and Modernity, 228.
[76] Jahanbakhsh, "Islam, Democracy," 268.
[77] Dahlén, *Islamic Law, Epistemology and Modernity*, 294, 352.
[78] 'Aşmâvî, *Usûl*, 52-53.

Saf hukuk ile toplumsal, kümülatif hukuki yapı arasındaki farkları ortaya çıkarmanın zorluğu, Ashmavi'nin "şeriatın genel ilkeleri" olarak adlandırdığı dini hukukun kurucu ilkelerini belirlemekte yatmaktadır.[79] Dikkat çekici bir şekilde, ilk ilkesi Kutub'un söylemini yansıtmakta ve modern öncesi toplumlarda İslam hukukunun işleyişine dair antropolojik görüşleri takdir eder gibi görünmektedir: En önemli ilke, Şeriatın bir halet-i ruhiye olduğudur. Topluma ve üyelerine nüfuz eden cömert ve sevgi dolu bir ruhun varlığını kabul eder. Bu ruh olmadan hukuk, ilahi emrin hem lafzına hem de yüce amaçlarına uymaya yönelik samimi bir iradeyi ifade eden gönüllü itaati emredemez. Dolayısıyla Şeriatın anlamlı ve gerçek bir uygulama alanı bulabilmesi için topluma bu ruhun nüfuz etmesi gerekir.[80]

İkinci olarak, ilahi metinler ile metnin kendisi için ve içinde vahyedildiği insani gerçeklik arasında diyalektik bir ilişki vardır. Bu ilişkinin doğru bir şekilde anlaşılması çok önemlidir, çünkü Kitap, ilk Müslüman neslin dünyevi deneyimleri ve sosyal dokusuyla dinamik bir şekilde etkileşime giren "canlı bir varlıktan" başka bir şey değildir. 'Aşmâvî'ye göre, modern öncesi hukukçuların son derece yanıldıkları nokta, metinleri içinde ve kendileri için vahyedildikleri belirli insani gerçeklikten soyutlayarak yorumlamalarıdır. Bunun en çarpıcı örneği, Mâide Suresi 3. ayetin ("Bugün sizin için dininizi kemale erdirdim"), Kur'ân'ın Müslüman bireyin iyi bir Müslüman olarak yaşaması için ihtiyaç duyduğu her şeyi içerdiği, başka bir deyişle İslam'ın mükemmel hale geldiği şeklinde anlaşılmasıdır. Daha da önemlisi, bu ayet evrensel olarak tüm durumlar ve zamanlar için geçerli kategorik bir ifade olarak anlaşılmıştır. Ancak 'Aşmâvî, tarihsel bağlamın dikkatli bir şekilde incelenmesinin, bu ayetin belirli bir olayla bağlantılı olarak indirildiğini ve böylece uygulanabilirliğinin sınırlı olduğunu gösterdiğini savunur. Peygamber ve Ashabı Mekke'ye girip hac ibadetini yerine getirdiklerinde, Kur'ân yalnızca İslam'ın bir din olarak mükemmelleşmesi için gereken tüm ibadetlerin bu ibadetle nihayet tamamlandığını kastetmiştir.[81] Mükemmellik dini ibadetlerden biriydi, başka bir şey değildi.

Üçüncü olarak ve yukarıdaki ilkeyle bağlantılı olarak, Kur'an ve Sünnet, indirildikleri ve kendileri için vazedildikleri toplumun normları, uygulamaları ve değerleriyle olan yakın bağları çerçevesinde anlaşılmalıdır. İslam, diğer tek tanrılı dinlerin ardından ortaya

[79] *A.g.e.*, 55-56.
[80] *A.g.e.*, 56-60.
[81] *A.g.e.*, 59, 70.

çıktığı gibi, aynı zamanda belirli bir ilişkiye sahip olduğu ve İslam öncesi hırsızın elinin kesilmesi cezası gibi kendisinden bazı hükümleri aldığı belirli bir toplumun içinden çıkmıştır. 'Aşmâvî'nin burada savunduğu şey, Şeriatın modern toplum da dahil olmak üzere düzenlediği toplumlarla yakından bağlantılı olması ve bu toplumların değer ve normlarını yansıtması gerektiğidir.

Dördüncüsü, düzenlediği gerçeklikle yakından bağlantılı olan Şeriat, değişen koşullara ve şartlara göre değişme kabiliyetine sahiptir. 'Aşmâvî, başka şeylerin yanı sıra, şarap tüketimine getirilen tedrici yasağa ilişkin Kur'ân delillerinden yola çıkarak, vahyin kendisinin de gerçekliğin dayattığı talepler doğrultusunda değiştirildiğini, zira şaraba başlangıçta izin verildiğini, daha sonra çirkin ilan edildiğini ve nihayet kategorik olarak yasaklandığını, bu sürecin de şarap tüketiminin Peygamber'in sosyal çevresinde yol açtığı artan sorunları yansıttığını ileri sürmektedir. Yüzyıllar önce yaşamış bazı Müslüman hukukçuların bu olguyu anladıklarını ve Şeriat kurallarının toplumsal ve diğer adetlerdeki değişikliklerle uyumlu olarak tadilata uğradığını ve değiştiğini teyit ettiklerini belirtmektedir.

Son olarak, beşinci ilke - ikinci, üçüncü ve dördüncünün sonuçlarını daha da ileri götürerek - Şeriatın mükemmelleştirilmesinin ancak sürekli bir değişim halinde olan sosyal ve beşeri gerekliliklere sistematik bir şekilde uygulanmasıyla mümkün olacağını belirtir. Farklı toplumlara farklı hukuk sistemleri bahşeden ilahi tasarrufun (Mâide Suresi 48'de ifade edilir), her topluma kendi özel yapısına ve ihtiyaçlarına uygun bir hukuk verme iradesinden başka bir anlamı yoktur. Ve eğer Allah *vahyin indiği zamanda* her toplumun ihtiyaçlarını göz önünde bulundurmuşsa, o zaman her toplum kendi değişen ihtiyaç ve koşullarına göre kendi hukukunu uygulayarak bu ilahi emre uymalıdır. Bütün bunlardan hareketle 'Aşmâvî Şeriatın ilerleme ile uyumlu olduğu sonucuna varır.

'Aşmâvî, bu ilkelerin spesifik hukuki hükümlerin üretilmesinde nasıl uygulanması gerektiğini göstermek için ilk olarak *cihad* hukukuna yönelir. Belirttiği genel ilkeleri hatırlatarak, ilk Müslüman toplumların somut gerçekleriyle kaçınılmaz bir şekilde iç içe geçmiş olan vahyin doğru bir şekilde anlaşılması gerektiğini vurgular. Kur'ân inanmayanlara karşı savaşmayı emrettiğinde, bu durum doğrudan Peygamber'e karşı savaşmakla ilgilidir ve hiçbir yerde, önce Peygamber'e saldırmadıkları sürece gayrimüslimlere karşı şiddeti tavsiye etmez. Yine de Kur'ân Müslümanlara gayrimüslimleri

İslam'a döndürmek amacıyla onlara savaş açmalarını emretmez, çünkü Allah'ın muradı tüm insanların İslam'ı benimsemesini sağlamak olsaydı, (bazı ayetlerde de belirtildiği gibi)[82] daha en başta hepsini Müslüman yaratırdı. O halde gerçek Şeriat sadece Müslümanlar saldırıya uğradığında savaşmayı emreder. Hukuk bu tür sert önlemleri yalnızca nefsi müdafaa için gerekli görür. 'Aşmâvî'nin da belirttiği gibi, Şeriat açık bir şekilde barışı teşvik eder: "Eğer onlar barışa yanaşırlarsa, siz de ona yanaşın" (Enfâl Suresi 61).[83]

'Aşmâvî, vahyedilmiş metinlerin benzer bir bağlamsal yorumunu kullanarak tefeci faizini (*ribâ*) ele alır. Kur'ân'ın *ribâ* ile ilgili hükümleri, borçlulardan kümülatif büyüklüğü nispeten kısa bir süre içinde anaparayı aşacak aşırı yüksek faiz oranlarının alınmasının kural olduğu bir topluma vahyedilmiştir. Dolayısıyla, Kur'ân'ın hitap ettiği Arap toplumunda, tefecilik işlemleri borçlunun alenen sömürülmesi anlamına geliyordu. Allah, İslam medeniyetinin üstün olduğu ticari ve kârlı işlemlere değil, bu insanlık dışı uygulamaya son vermeyi amaçlamıştır. Günümüzde, modern bir ekonomide faizin işlevi borç verenlerin haksız zenginleşmesi değil, paranın değerinin korunması olduğundan, faiz gereklidir, çünkü borç verenler korunmazsa, borç verme olmayacak ve bu da ihtiyaç sahipleri için daha da fazla sıkıntıya yol açacaktır. Ayrıca, modern ekonomilerde borç vermenin büyük kısmı şirketler düzeyinde gerçekleşir ve bunun ardındaki neden, ihtiyaç değil, yatırım yapma ve şirket kârlarını artırma arzusudur. 'Aşmâvî, böyle bir ekonomide faizin sömürü aracı olarak nitelendirilemeyeceğini düşünmektedir. Ancak tüm bunlar İslam hukuk ahlakındaki en önemli borçlanma türüne, yani Kur'ân tarafından fazlasıyla takdir edilen yoksulların, muhtaçların ve yeryüzünün sefillerinin borçlanmasına değinmemektedir. 'Aşmâvî, günümüzde kimin gerçekten mali yardıma ihtiyacı olup olmadığını belirlemenin zor olduğunu söyler. Ticari olmayan krediler için makul bir faiz oranı belirlemek, örneğin evlilik için asgari bir yaş belirlemek kadar haklı olacaktır. Ancak Mısır'daki yoksulluğun ciddiyetinin farkında olarak, devletin cenaze masraflarının karşılanması gibi bazı temel ihtiyaçlar için faizsiz kredi vererek ihtiyaca göre bir borç verme sistemi kurmayı düşünebileceğini de önermektedir. 'Aşmâvî'nin bu bağlamdaki temel vurgusu, sağlam bir tarihsel-metinsel analizin, erken dönem Müslüman toplumunun özel koşullarında faizin acımasızca sömürü aracı olduğu için anlaşılır bir şekilde yasaklandığı, ancak

[82] Örnek olarak En'âm: 35; Bakara: 62, 256; Mâide: 96.

[83] 'Aşmâvî'nin *cihad* teorisiyle ilgili detaylı bilgi için bkz. 11. Bölüm, 3. Kısım.

günümüzdeki borçlanmanın böyle olmadığı ve bu nedenle faize hukuken izin verilmesi gerektiği sonucuna götürdüğüdür.[84]

Kur'ân'ın faiz yasağını, Kureyş'in iktisadi aristokrasisine karşı olduğu kadar modern kapitalizmin sömürücü mantığına da taban tabana zıt ilkesel bir ahlaki-felsefi *dünya görüşü* olarak görmek 'Aşmâvî'nin aklına gelmemiş gibi görünüyor. Böyle bir yaklaşım, başlangıçta ortaya koyduğu ilkelerin sonuçlarını pekala değiştirebilir, çünkü vahyedilmiş metinlerin bağlamsal yorumunun, Kur'ân'ın sömürü yasağının, yedinci yüzyıl Arabistan'ının zengin ve güçlülerinin nispeten küçük ihlalleriyle olduğu kadar, hatta daha fazla, liberal ve yerleşik modern kapitalizmle de ilgili olduğu oldukça ikna edici bir şekilde iddia edilebilir. Dolayısıyla, bizzat 'Aşmâvî'nin ortaya koyduğu ilkelere göre, faiz yasağı ya da en azından faiz üzerindeki ciddi kısıtlamalar, ilahi hikmetin gerçek amacını temsil edebilir ve dahası, dünya çapındaki büyük bir soruna, yani yoksulların daha yoksul ve sayıca daha fazla, zenginlerin ise daha zengin ve sayıca çok daha az hale gelmesine ahlaki (hatta post-modern) bir çözüm teşkil edebilir. Ancak 'Aşmâvî'ye hak vermek gerekirse, bu tür post-modern eleştirilerin henüz yeni ortaya çıktığı bir zamanda bu konuyu yazmıştır.

'Aşmâvî'nin ilkelerinin uygulanması, sarhoş edici maddeler, bunların tüketimine ilişkin *şer'î* yasaklar ve bunlara ilişkin cezalar söz konusu olduğunda daha da az ikna edici görünmektedir. Öncelikle, bunların kesinlikle yasaklanması mı yoksa sadece kaçınılması mı gerektiği, yani emrin ahlaki mi yoksa hukuki bir yasak mı olduğu konusunda net değildir. Dahası, Kur'ân'da geçen *hamr* terimine getirdiği tanım yapay bir şekilde kısıtlayıcıdır; zira (azınlık görüşüne atıfta bulunarak) bu terimin mayalanmış üzüm suyu anlamına geldiğini ve Kur'ân'daki yasağın diğer alkollü içecekler için değil, sadece bu içecek için geçerli olduğunu savunmaktadır. Bu literalizm, 'Aşmâvî'nin bağlamsal analiz çağrısı yapan kendi ilkeleriyle çelişmektedir: bir yandan toplumun normları ve değerleri ile diğer yandan vahyedilen metinlerin niyeti arasındaki ilişkiyi anlamak bakımından çelişkilidir. Genel olarak bakıldığında,[85] 'Aşmâvî'nin metodolojisi bazen aşırı kısıtlayıcıdır, bazen de büyük bir İslamcı çoğunluk tarafından ahlaki ve diğer sınırlardan yoksun olarak görülebilir. 'Aşmâvî'nin fikirlerine 1980'lerde şiddetle karşı çıkılmıştı ve şu anda da daha iyi bir konumda görünmüyor.

[84] 'Aşmâvî, *Usûl*, 110-16.

[85] Bu ve ele aldığı diğer konuların ayrıntılı bir analizi için bkz. Hallaq, *History*, 236-41.

8. Fazlur Rahman: İlahi İradenin Önceliği

Fazlur Rahman (ö. 1988)[86] hem vahye geleneksel literal yaklaşıma hem de hukukun gereklilik ve *maslahat* temelinde sübjektif olarak belirlenmesine karşı çıkmıştır.[87] Geçmiş bir dönemin ürünü olan ilk yaklaşım katı ve moderniteye uyum sağlayamazken, ikincisi öncülleri, sonuçları ve akıl yürütme hatlarını kontrol eden ve dikkatlice ifade eden bir metodolojiden yoksun kavramlara dayandığı için son derece izafidir. Rahman, geleneksel hukuk teorisini ve müelliflerini, vahyedilmiş metinlere parçalı bir bakış açısıyla yaklaşmakla suçlar. Hem hukuk teorisyenleri hem de tefsirciler Kur'ân ve Sünneti atomcu bir anlayışla ele almış, ayetlere ve her bir *hadîse* bağımsız analiz birimleri olarak yaklaşmışlardır. Dolayısıyla, kaynaklara bütüncül bir bakış açısının eksikliği, "bir bütün olarak yaşam için tutarlı ve anlamlı" bir dünya görüşünün bulunmamasından sorumluydu.[88] Kur'ân ve Sünnet mesajının bir bütün olarak doğru anlaşılması için, bu metinlerin altıncı ve yedinci yüzyıl Arap toplumunun ekonomik, siyasi, sosyal ve kabile kurumlarının arka planı çerçevesinde analiz edilmesi çok önemlidir. Bu yaklaşım, Rahman'ın vahyin önemi, Suruş'un hukukun özü ve 'Aşmâvî'nin Allah'ın saf Şeriatı olarak adlandırdığı şeyin doğru bir şekilde değerlendirilmesinin tek garantisidir. Modern bağlama aktarım amacıyla çıkarılması gereken şey bu anlam, bu özdür.

Ancak bu bağlam nasıl ortaya çıkarılacaktır? Rahman, fıkıh tarafından Mâide Suresi 90-91 ayetlerine dayanılarak yasaklandığı ilan edilen şarap örneğini verir. Ancak daha önce, Nahl Suresi 66-69'da Kur'ân şarabı süt ve balla birlikte Allah'ın nimetleri arasında sayar. Bu iki ayet arasında, Mâide Suresi 90-91'deki nihai yasağa götüren bir ara pozisyonu ifade eden iki ayet[89] daha gelmiştir. Müslüman hukukçular tüm bunlardan, Kur'ân'ın Müslümanları bazı kökleşmiş alışkanlıklardan ani ve keskin bir yasağa başvurmaksızın tedrici bir şekilde vazgeçirmeyi amaçladığı sonucuna varmış ve buna Tedric Yasası adını vermişlerdir. Ancak Rahman'a göre bu yasa, genel bağlamı, özellikle de çeşitli ayetler arasında çelişki gibi görünen hususların önemini açıklamakta yetersiz kalmaktadır. Ona göre, Mekke döneminde Müslümanlar azınlıktaydı ve alkol tüketiminin sorun yaratmadığı küçük, kontrol edilebilir bir topluluk oluşturuyorlardı.

---

[86] Rahman, Pakistanlı bir entelektüel ve çoğunlukla Kuzey Amerika üniversitelerinde ders veren üretken bir İslam alimiydi. Biyografik bilgi için bakınız Sonn, "Fazlur Rahman," III, 408.

[87] Rahman, "Toward Reformulating," 223.

[88] Rahman, "Interpreting the Qur'an," 45.

[89] Bakara Suresi 219 ve Nisâ Suresi 43.

Ancak Mekkeliler daha sonraki dönemlerde İslam'ı kabul ettiklerinde, aralarında içki içme alışkanlığı olan pek çok kişi vardı. Bu azınlığın Medine'de bir topluluğa ve daha sonra da siyasi bir yapıya dönüşmesi, alkol tüketimi sorununun büyümesiyle aynı zamana denk gelmiş ve Kur'ân'ın nihai yasağına yol açmıştır. Dolayısıyla, Tedric Yasası, Kur'ân ayetlerini ve doğası gereği parçalı görünen Nebevi hadisleri bir araya getirerek, hükme bağlanan hukuki değeri çevreleyen olaylarla birlikte ele alınmalıdır. Bağlamın doğru bir şekilde anlaşılmasına imkan tanıyan ve dolayısıyla söz konusu hukuki değerin veya hükmün ardındaki mantığı somutlaştıran genel bir ilkenin çıkarılmasını mümkün kılan, yalnızca bu değerlendirmelerin toplamıdır.

Rahman'a göre, geleneksel hukukçuların birbirinden kopuk gibi görünen ilahi söylemden birleştirici bir ilke çıkarma ve böylece onu kavrama konusundaki başarısızlıkları kaosa yol açmıştır. Bu kaosu örneklemek için Rahman hassas bir konu olan çok eşliliği ele alır. Kur'ân Nisâ Suresi 2'de vasilerin suiistimallerinden ve kendilerine emanet edilen yetim çocukların mallarına hukuksuzca el koymalarından şikayet eder. Kur'ân Nisâ Suresi 127'de bu vasilere, reşit olduklarında vesayetleri altındaki kadınlarla evlenmelerini öğütler. Buna göre, Nisâ Suresi 2-3'te Kur'ân, vasilerin zimmetlerine geçirdikleri malları iade edememeleri ve vesayetleri altında bulunanlarla evlenmeleri durumunda, onlara adil davranmaları şartıyla dörde kadar evlenebileceklerini, aksi takdirde sadece bir tanesiyle evlenmeleri gerektiğini söyler. Öte yandan, Nisâ 127'de Kur'ân, çok sayıda eş arasında adaletli davranmanın imkansız olduğunu beyan eder ve böylece şarapta olduğu gibi bir çelişki görüntüsü sergiler. Ancak Rahman, bu konudaki tüm Kur'ân tartışmasının yetim kadınlarla sınırlı bir bağlamda gerçekleştiğinin unutulmaması gerektiğini ileri sürmektedir. Geleneksel hukukçular bu sınırlamayı göremediler ve bunun doğrudan sonucu olarak dört eşle evlilik genel olarak caiz hale geldi ve adaletli davranma emri sadece bir tavsiyeye indirgendi. Geleneksel hukukçular bunu yaparken, belirli bir ayeti bağlayıcı, genel ilkeleri ise tavsiye niteliğinde kabul ederek çok eşlilik meselesini tam tersine çevirmişlerdir. Burada esas olan genel ilkedir, özel hükümler değil. Rahman, ikincisinin birincisinin altında yer alması gerektiğinde ısrar etmektedir.[90] Adalet ayetine tanınması gereken öncelik, yalnızca çok eşliliğe ilişkin ilahi söylemin bağlamı tarafından değil, aynı zamanda adalet ihtiyacına ilişkin güçlü Kur'ân vurgusu tarafından da belirlenmiştir.

[90] Rahman, "Interpreting the Qur'an," 49.

Daha da önemlisi, belirli hükümlerden genel ilkelerin çıkarılması, bu hükümleri *üreten sosyolojik etkenler*in tam olarak göz önünde bulundurulmasıyla gerçekleştirilmelidir. Kur'ân belirli hükümlerin gerekçesini verdiğinden ya da en azından bunlara işaret ettiğinden, bu gerekçelerin anlaşılması genel ilkelerin çıkarılması için elzem hale gelir. Vahyedilmiş metinleri oluşturan çok yönlü unsurlar, vahyin bağlamı ve arka planıyla bağlantılı olarak, "Kur'an ve *sünnet*e doğrudan dayanan birleşik ve kapsamlı bir sosyo-ahlaki teori elde etmek için bir araya getirilmelidir."[91]

Genel ilkelerin ortaya çıkarılması süreci, Rahman'ın Çift Hareket Teorisi ismini verdiği metodolojisinin ilk adımı olan ve Birinci Hareket olarak nitelendirdiği süreci temsil etmektedir. Birinci Hareketin yörüngesi tikelden genele (genel ilkelerin ortaya çıkarılması) doğru ilerlerken, İkinci Hareket genelden tikele doğru ilerler, yani vahyedilmiş kaynaklardan çıkarılan genel ilkeler Müslüman toplumlardaki mevcut şartlara uygulanır. Bu durum, vahyedilmiş metinleri arka planlarıyla birlikte anlamak için gerekli olanla eşit ölçüde, bu koşulların derinlemesine anlaşılmasını gerektirir. Ancak mevcut durum açık bir şekilde asla Nebevi geçmişle aynı olamayacağından ve "bazı önemli açılardan" ondan farklılık gösterebileceğinden, "bu genel ilkeleri ... benimsemeye değer olanı kabul ederek ve reddedilmesi gerekeni reddederek mevcut duruma uygulamamız" gerekmektedir.[92] Bazı "önemli hususları" reddedip diğerlerini reddetmemenin kriterlerinin ne olduğu, Rahman'ın kesin bir şekilde yanıtlamadığı çok önemli bir sorudur. Zira eğer bu hususlar önemliyse ve yine de nötr hale getirilebiliyorsa, o zaman temel Kur'ân ve Sünnet unsurlarının ve hatta ilkelerinin bir kenara bırakılmayacağının hiçbir garantisi yoktur. Bu nedenle Rahman'ın teorileştirmesindeki zayıf nokta, İkinci Hareket'in, yani vahyedilmiş metinlerden ve bağlamlarından türetilen sistematik ilkelerin şimdiki zamanda verili bir duruma uygulanmasının tam olarak açık olmayan işleyişinde yatmaktadır.

Üstelik, teorisine örnek olarak sunduğu durumlar sayıca azdır ve hukuki problemlerin tamamını temsil etmemektedir. Bağlamsal bilgi olmaksızın sadece metinsel bir ifadenin bulunduğu durumlar ne olacak? Metinsel bir ifade bulunmadığında modern Müslümanlar toplumlarının karşı karşıya olduğu temel sorunları nasıl ele alacaktır? Vahiy metinleri tarafından öne sürülen hukuki ahlakın modern

[91] Rahman, "Toward Reformulating," 221.
[92] Rahman, "Interpreting the Qur'an," 49.

ahlaka ve modern hukuki ilkelere zıt ya da aykırı olması durumunda ne olacak? Vahyedilen metinlerin -İlk Hareket'in ilkelerine sadık kalınarak uygulandığında- modern emir ve arzuların ışığında sübjektif bir şekilde okunmayacağına dair ne gibi garantiler vardır? 'Aşmâvî'de olduğu gibi, Rahman da modern projeye musallat olan daha büyük felsefi ve ahlaki sorulara, Çift Hareket'in içeriğinin belirlenmesinden önce sorulması ve cevaplanması gereken sorulara girmeyi kendine dert edinmez. Belki Bûtî'ninki hariç, şu ana kadar ele aldığımız tüm düşünürlerin projelerinde modernite Müslümanların bir sorunu olarak ortaya konur, ancak kendi içinde sorunsallaştırılmaz.

9. Muhammed Şahrûr: Teorik bir Paradigma Değişimi

Suriyeli entelektüel Şahrûr, 1992'de yayımlanan tartışmalı çalışmasında,[93] ilhamını mühendislik eğitiminin yanı sıra matematik ve fizik okumalarından alan yenilikçi ve özgün bir hermenötik geliştirir. Suruş İslami meseleleri rasyonalizm ve bilimin kontrolüne tabi kılarken, Şahrûr vahyedilmiş metinleri hayata geçirmek amacıyla doğa bilimlerinin tekniklerini kullanır ve daha önce duyulmamış bir dille konuşur.[94]

Şahrûr, Kur'ân'ın ebedi olduğu ve Müslümanların ilk nesilleri için olduğu kadar sonraki nesiller için de bir rehber olduğu şeklindeki temel argümanla başlar.[95] Herhangi bir çağda metin ile okuyucuları arasında var olan ilişki, bu okuyucuları kendi yaşamları ve meseleleri için vahyin anlamını kavramaya en ehil kişiler haline getirmektedir. Başka bir deyişle, her çağın kendine özgü bir hermenötiği olduğundan, önceki yüzyılların tefsir geleneği artık yorumlama üzerinde tekel iddiasında bulunamaz ve modern Müslümanlar vahyin anlamlarına giden yolu kendileri bulmalıdır. Hatta daha da ileri giderek, modern Müslümanların daha "sofistike" bir kültüre sahip oldukları için Kur'ân'ı anlamak konusunda seleflerinden daha donanımlı olduklarını savunmaktadır. Burada, bedevilerden sadık kafirler olarak bahseden Kur'ân ayetine (Tevbe: 97) atıfta bulunmakta ve bunun nedeninin onların "kültür"den yoksun olmaları olduğunu

[93] Şahrûr, *el-Kitâb ve'l-Kur'ân*. Şahrûr'a yönelik bir eleştiri için bkz. Müftâh, *Hadâsiyyûn*, 88–95, 103–06, 126–29, 249–60, ve devamındaki pasajlar.

[94] Yorum ve otorite bağlamında Şehrur hakkında bkz. Eickelman, "Islamic Religious Commentary," 124-28, 140-46.

[95] Şahrûr'un düşünce sisteminde Kur'ân'ın yeri ile ilgili faydalı bir tartışma için bkz. Browers, "Islam and Political *Sinn*," 57–72.

ileri sürmektedir. Modern Müslümanlar, seleflerinin sahip olduğundan daha yüksek bir kültür ve bilimsel bilgi seviyesine sahip olduklarından, vahyi anlamak için bu seleflerin hepsinden daha donanımlıdırlar.[96]

Şahrûr'un teorisindeki kilit ayrım, Hz. Muhammed'in bir Nebi ve bir Resul olarak üstlendiği görevlerle ilgilidir. Hz. Muhammed bir Nebi olarak din ve inançla ilgili bir bilgi bütünü alırken, bir Resul olarak buna ilaveten bir hukuki talimatlar külliyatının da alıcısıydı. O halde Nübüvvet rolü dini-manevi bir görev iken, Risalet rolü hukuki bir görevdir. Şahrûr'un Sünnet içindeki ayrımı, Vahiy Metni ile ilgili bir diğer ayrımla paralellik gösterir: Metin, amaçlanan işleve bağlı olarak ya Kur'ân ya da "Kitap" olarak görülebilir. Nebevi bilgi - metinsel olarak muğlak kabul edilen ve farklı yorumlara açık olan - Kur'ân'dır. Öte yandan "Kitap"ta hukuki konular tek anlamlıdır, ancak yine de *ictihad*a tabi tutulabilirler. Ancak Şahrûr'un *ictihad*ı bildiğimiz *ictihad* değildir, çünkü *ictihad* ile yorum arasında açık bir fark vardır. Yorum, çeşitli (muğlak) ifadelerdeki iki veya daha fazla anlamı görebilme yeteneğini kapsarken, *ictihad* geleneksel anlamda yorum içermez, daha ziyade hukuk dilinin belirli bir yer veya zamana uygun olarak belirli bir hukuki etki doğuracak şekilde kullanıldığı bir süreci ifade eder. Dolayısıyla, yer veya zamanın değişmesi *ictihad*ın sonuçlarını da değiştirecektir.

Hukuki mesajın somutlaşmış hali olan Kitap, "düzlük" ve "eğrilik" olmak üzere iki çelişkili, taban tabana zıt ancak birbirini tamamlayan nitelikle karakterize edilir. Her iki özellik de Mesajın ayrılmaz bir parçasıdır ve birbirleriyle karşılıklı bir ilişki içinde var olurlar. Doğal düzenin ayrılmaz bir parçası olan eğrilik, insan doğasına özgüdür ve maddi, objektif dünyada mevcuttur. Galaksilerden elektronlara kadar evrendeki her şey doğrusal bir şekilde değil, eğrisel olarak hareket eder. Hukuk dünyası, eğriliğin belirli bir toplumla uyum içinde var olan, ancak bir toplumdan diğerine ve belirli bir toplum içinde diyakronik olarak değişen sosyal adetler, alışkanlıklar ve gelenekler tarafından temsil edilebildiği doğal dünyanın önemli bir parçasını oluşturur. Ancak bu eğrilik kuvvetleri, eğriliğin boyutunu yumuşatmak için çalışan diğer karşıt kuvvetlerle, yani düzlükle karşı karşıya gelir. Hukuki düzen bu iki güç arasındaki diyalektiğin sonucudur.

Eğrilik doğal bir güç iken, düzlük Tanrı'nın bilinçli tasarımıdır. Bu nedenle Şahrûr'un düşüncesinde Deizm'in yeri yoktur. Eğrilik

[96] Şahrûr, *el-Kitâb ve'l-Kur'ân*, 44–45, 472.

her zaman düzlüğe muhtaçtır, ama tersi söz konusu değildir. Doğal bir durum olarak insanın eğriliği aramasına gerek yoktur, çünkü eğrilik onun doğasına içkindir.[97] Sabitlerin ve değişkenlerin iç içe geçtiği bu diyalektik, hukukun tüm zaman ve mekanlara uyarlanabilirliğine meydan okur. Peki ama eğrilik ve doğruluk arasındaki bu diyalektikteki dengenin doğası nedir? Bu sorunun cevabı, Şahrûr'un Sınırlar Teorisi'nin büyük bir kısmını oluşturur; bu teori tüm insan eylemlerine bir Alt ve Üst Sınır koyar. Alt Sınır, belirli bir durumda hukukun gerektirdiği asgari düzeyi temsil ederken, Üst Sınır azami düzeyi belirler. Asgarinin altındaki hiçbir şeye hukuken izin verilmediği gibi, azaminin üzerindeki hiçbir şey de hukuka uygun kabul edilemez. Bu Sınırlar aşıldığında ihlaller meydana gelir ve buna göre cezalar uygulanır.

İki Sınır bu teoride ayrı ayrı işlev görebilir ve görmektedir, ancak toplam altı Sınır üretmek için şu veya bu şekilde birleşebilirler.[98] İlk olarak, bağımsız bir şekilde duran Alt Sınır vardır. Kan bağı olan akrabalarla (anneler, kız kardeşler, kızlar vs.) evlenmeye ilişkin Kur'ân yasağı, diğerlerinden, yani hukuken evlenilebilecek olanlardan bir istisna teşkil eder. Bu istisna Alt Sınırdır. İkincisi, hırsızlığın (*serika*) cezası olarak elin kesilmesi[99] örneğinde olduğu gibi, bağımsız bir şekilde duran Üst Sınır vardır. Üst Sınırı temsil eden ceza aşılamaz, ancak hafifletici koşullar altında azaltılabilir. Üçüncü olarak, iki Sınırın bir arada olduğu durumlar vardır. Örneğin Nisâ Suresi 11'de Kur'ân, mirasta erkeğin payının iki kadının payına eşit olduğunu belirtir. Burada, kadının gelir getiren bir kişi olup olmadığına bakılmaksızın, erkekler için Üst Sınır ve kadınlar için Alt Sınır belirlenmiştir. Kadının payı terekenin üçte birinden az olamaz; erkeğinki ise üçte ikisinden fazla olamaz. Eğer kadın terekenin beşte ikisini, erkek ise beşte üçünü alırsa, ne Üst Sınır ne de Alt Sınır ihlal edilmiş olur. Her birine tahsis edilen oran, belirli bir zaman ve yerde geçerli olan özel koşullara göre belirlenir. Her halükarda bu örnek, düzlüğü temsil eden Sınırlar içinde eğriliğin hareketini ve aynı zamanda belirli bir topluma ve onun ihtiyaçlarına uygun olarak algılanan hukukun amacını fazlasıyla ortaya koymaktadır. Bu nedenle hukuk, yüzyıllar öncesine ait dini metinlerin modern koşullara doğrudan uygulanmasına indirgenmemelidir; zira bu, hukukun temel niteliği olan eğriliği ortadan kaldırmak anlamına gelecektir.

[97] *A.g.e.*, 449-50.
[98] *A.g.e.*, 453-66.
[99] Bununla ilgili hükümlerin açıklaması için bkz. 10. Bölüm, 2. Kısım, iv.

Dördüncüsü, iki Sınırın bir noktada buluştuğu, yani cezanın hafifletilemediği, azami ve asgari cezaların bir ve aynı olduğu bir durum söz konusudur. Kur'ân'ın zina eden erkek ya da kadına "acımaksızın" yüz kırbaç vurulması konusundaki ısrarı (Nûr Suresi 2) buna bir örnektir. Beşinci örnek, eğriliğin iki Sınır arasında hareket ettiği ancak ikisine de ulaşmadığı durumdur. Erkekler ve kadınlar arasındaki cinsel temas bu türün örneğidir. İki cinsin birbirine dokunmaması gereken Alt Sınır'ın üzerindeki bir noktadan başlayan eğrilik, kişilerin zina yapmaya yaklaştıkları ama yapmadıkları Üst Sınır yönünde yukarı doğru hareket eder. Son olarak, altıncı türde, eğrilik pozitif bir Üst Sınır ile negatif bir Alt Sınır arasında hareket eder. Üst Sınır faiz alınan borçlarla, Alt Sınır ise sadaka-vergi ödemesiyle temsil edilebilir. Bu Sınırlar pozitif ve negatif olduğundan - biri para almayı, diğeri para vermeyi içerdiğinden - arada, örneğin faizsiz bir kredinin bulunabileceği sıfıra eşdeğer bir nokta vardır.

Altıncı türde verilen örnek, Şahrûr'un faiz (*ribâ*) konusunda ayrıntılı bir tartışma yapmasına yol açar. Birçok Kur'ân ayetini inceledikten sonra, İslam'da faiz yasağının ne kesin ne de kategorik olduğu sonucuna varır.[100] Kur'ân'ın *zekâtı* muhtaçlara tahsis etmesi (Tevbe Suresi 60), Şahrûr tarafından, bırakın bu borçların yarattığı faizi, borçlarını geri ödeyemeyeceklerinin bir göstergesi olarak alınır. Tam da toplumun bu yoksul kesimi için "Allah faizi haram kılmış ve sadaka vermeyi bereketlendirmiştir."[101] Ve toplumun genelinin hiçbir karşılık beklemeden desteklemesi gereken kesim de bunlardır. Bununla birlikte, toplumda borçlarını ödeyebilen, ancak bu borçların faizlerini ödeyemeyen başka bir kesim daha vardır. Bu durumda insanlar sadece borç aldıkları miktarı geri ödemek zorundadır; bu da pozitif Üst Sınır ile negatif Alt Sınır arasındaki orta noktadır. Toplumun geri kalan kesimleri, daha müreffeh çoğunluk, bu istisnalardan yararlanamaz, çünkü borçlarını ve borçlarının faizini ödedikleri takdirde kendilerine hiçbir zarar gelmeyecektir. Ancak hiçbir durumda faiz anaparayı aşmamalıdır, çünkü bu fazlalık Kur'ân'ın tanımladığı ve şiddetle yasakladığı tefecilik (*ribâ*) olacaktır.[102]

Sınırlar Teorisi'nin uygulanmasının bir parçası olarak, Şahrûr bir başka çetrefilli meseleyi ele alır: çok eşlilik. Geleneksel hukukçuları (kendi özel bakış açılarından kaynaklandığını kabul ettiği) bu konuda vahyi yanlış anlamakla suçlayan Şahrûr, tıpkı 'Aşmâvî gibi, bu

[100] Şahrûr, *el-Kitâb ve'l-Kur'ân*, 464–68.
[101] Bakara Suresi 276.
[102] Âl-i İmrân 130: "Ey iman edenler! [Anaparayı] kat kat artırarak faiz yemeyin."

hukukçuların dinin Peygamber'in ölümü sırasında mükemmelliğe ulaştığını düşündüklerini ileri sürer. İslam kadının statüsünde ciddi reformlar getirmiştir, ancak Şahrûr bunların sadece ilk adımlar olduğunu ve birinci/yedinci yüzyıldan sonra da devam etmesinin amaçlandığını savunur. Başka bir deyişle, yeni din sosyal, ekonomik ve diğer yapılarda kırılmaları önlemek için kademeli değişiklikler getiriyordu. Fakîhlerin kurgusu bu reformu devam eden bir süreç olarak değil, zaman içinde donmuş, eksiksiz bir model olarak algılamıştır. Şahrûr'a göre tam da bu noktada Sınırlar Teorisi önem kazanmaktadır, çünkü çok eşliliği saygın bir uygulamaya dönüştürmektedir.

Çok eşlilik için belirlenen Sınırlar, daha önce Rahman'ın metodolojisi ile bağlantılı olarak tartışılan, Nisâ Suresi 2-3 ile belirlenmiştir; Şahrûr'un bu metodoloji ile birçok ortak noktası vardır ve bu ortak noktaları daha etkili bir şekilde keskinleştirir.[103] Açıkça görüldüğü üzere, Alt Sınır tek eşlilik, Üst Sınır ise dört eşle evliliktir. Şahrûr'a göre geleneksel hukukçuların sorunu, "kadınlarla" evlenme iznini tüm kadın sınıfını kapsayacak şekilde almalarıdır; oysa ayet metni bu genellemeye hiçbir şekilde izin vermemektedir. Birden fazla eşle evlilik açıkça ve birbirinden ayrılmaz bir şekilde çocuklu dul kadınlarla bağlantılıdır, herhangi bir kadınla değil. Allah'ın ikinci, üçüncü ve dördüncü eşe izin vermesi ve birincisinden bahsetmemesi, birincisinin bu iznin dışında tutulan farklı bir kategoriye ait olduğunu göstermektedir. Dolayısıyla, ilk eş herhangi bir kadın olabilir, ancak ikinci, üçüncü ve dördüncü eşler öyle değildir, bunlar dul olmalı ve evliliğe küçük çocuklarıyla gelmelidir. Öte yandan, kocanın çok eşli bir evliliğe girmesi, yalnızca kendisinden beklenen bakım yükümlülüğü ile gerekçelendirilir. Şahrûr, aksi takdirde Kur'ân'ın çok eşliliği onaylamasının bir anlamı olmadığını ısrarla vurgular. Kitap, erkeklere, dul anneleriyle evliliğe gelen genç yetimlere tam bir eşitlik ve tarafsızlıkla davranamayacaklarsa birden fazla eşle evlenmemelerini emreder. Kitabın çok eşlilikle ilgili söyleminin özü, bu evlilik ilişkisine giren erkek ve kadınlarla ilgili değil, daha ziyade Nebevi ve Kur'ânî söylemin odak noktası olan yetimlerle ilgilidir.[104]

Şahrûr'un teorisinin temelini Kitap oluştursa da Sünnet de aynı derecede önemlidir. Kitap gibi, ancak geleneksel *fıkıh usulü* metodolojisinden farklı olarak, Sünnet de spesifik ve somut olaylara çözüm getirmeyi değil, bir hukuk sistemi inşa etmek için metodolojik bir

[103] Şahrûr bu konuyu daha sonra kaleme aldığı *Nahve Usûlin Cedîde*, 301-11 isimli eserinde daha geniş bir şekilde açıklamıştır.

[104] Şahrûr, *el-Kitâb ve'l-Kur'ân*, 598–600.

yol (*minhâc*) sunmayı amaçlar; bu yol Sınırlar Teorisi aracılığıyla belirlenir. Ve bu teori bir kez geliştirildiğinde, başka hukuki kaynaklara ihtiyaç kalmayacaktır. Dolayısıyla *kıyas*ın bu teoride yeri yoktur, zira *kıyas* sadece tikel vakalarla ilgilenmekle kalmaz (ki bu, Sınırlar Teorisi'ne uygun olmayan bir yaklaşımdır), Şahrur'a göre düpedüz zulümdür. Aynı şekilde, Sınırlar Teorisi *icma* kavramını da geçersiz kılmaktadır çünkü bu Teori, tanımı gereği kesinlik gerektirmeyen bir epistemolojiye dayanmaktadır; gerçekten de Alt ve Üst Sınırlara riayet edildiği sürece, hukuk sürekli değişmektedir.

10. Bûtî (yeniden) Merzûkî'ye Karşı: Krizin Kanıtlanabilirliği

Yeni hukuk düşüncesinin şekillendirilmesinde, özellikle *maslahat*, *makâsıd* ve *zaruret* temaları etrafında belirli eğilimler tespit edilebilse de yukarıdaki tartışmalar, modern öncesi fıkıh usulünün çöküşünden kaynaklanan boşluğu dolduran tutarlı bir teoriden ziyade, birleştirilmiş birtakım ilkeler üzerinde neredeyse hiç anlaşamayan daha geniş bir yönelim çeşitliliğini göstermektedir. Çeşitli yaklaşımlar arasındaki uyumsuzluk, Bûtî ile Ebû Ya'rub lakabını kullanan Tunuslu, Fransız eğitimli bir filozof olan 1947 doğumlu Muhammed Habîb el-Merzûkî arasındaki diyalogda açık bir şekilde ortaya çıkmaktadır. Bu diyaloğun en belirgin özelliği, fıkıh usulünde kriz olgusunun en şiddetli şekilde tartışıldığı ortak bir kabul zemininin tamamen bulunmamasıdır. Diyalog 2006 yılında *İşkâliyyetü Tecdîdi Usûli'l-Fıkh* (*Fıkıh Usulünün Yenilenmesi Sorunsalı*) adıyla basıldı. Lübnanlı-Suriyeli Dârü'l-Fikr yayınevi, bu kitabın, önemli yazarları birbirleriyle diyaloga sokarak "önemli güncel meselelerin" anlaşılmasını teşvik etmeye yönelik daha geniş bir çabanın parçası olduğunu belirtmektedir. Merzûkî tartışmayı başlatıyor, Bûtî yanıtlıyor ve ardından ikinci bir turda birbirlerine cevap veriyorlar. İki düşünürün pozisyonlarının farklılığı sadece bu krizin varlığını değil, aynı zamanda dallanıp budaklanan anlamını da göstermektedir. İki düşünür, mevcut İslami ve İslamcı hukuk düşüncesi yelpazesinin zıt uçlarında yer almaktadır; bu taban tabana zıtlık, bir yörüngenin yokluğunun ve henüz dayanaklarını bulamamış düzensiz söylemlerin ısrarlı varlığının bir göstergesidir. Eğer on dokuzuncu yüzyılda Şeriat sistemlerinde epistemik bir kırılma olduysa, ki kesinlikle oldu, o zaman bu diyalog bu kırılmanın yarattığı kalıcı felci göstermektedir.

Modern Avrupa şekillenirken, Avrupa'nın geçmişi, kilisenin, feodalizmin, toprak sahibi soyluların, aristokrasinin ve diğer pek çok

şeyin suiistimalleri hakkında genel bir mutabakat vardı ve bunlar geçmiş "karanlık çağlara" ve Aydınlanma öncesine havale edilmeliydi. Ancak bu durum, (her ne kadar önemli olsalar da) burada bizi ilgilendirmeyen nedenlerden dolayı Müslüman dünyasında gerçekleşmemiştir.[105] Bu bağlamda asıl önemli olan, Müslüman entelektüeller arasında bu konudaki temel anlaşmazlığın farklı dünya görüşlerini ve dolayısıyla tarihteki hukuki mirasa ve bu mirasın modernleşmenin ardından epistemik kopuşun yol açtığı sorunları çözebilecek bir hukuk teorisinin oluşturulmasındaki rolüne ilişkin farklı tutumları etkilemiş olmasıdır. Suruş, 'Aşmâvî ve diğerleri gibi Merzûkî de ulemaya, hukuk ekollerine ve onların isimlerini taşıyan imamlara karşı şiddetli saldırılarda bulunur. Ona göre mezhepler ve onların kurucuları, Müslüman yöneticilerle birlikte, ümmete ait olması gereken yasama yetkilerini gasp etmişlerdir; Merzûkî'nin söyleminde bu terim anakronik olmasa da muğlak görünmekte ve geleneksel dini cemaat ile modern ulus kavramları arasında gidip gelmektedir. Bu ekoller "halk efsanesini yasallaştırmaktan" başka bir şey başaramamış, böylece kendilerini hukuksuz bir şekilde Allah ile Ümmeti arasına yerleştirmişlerdir.[106] Bûtî, diğer pek çokları gibi, *fıkıh usulü*nü "yenileme" girişimlerinin dayanması gereken temel olarak okulların mirasını görerek bu saldırılar için herhangi bir gerekçe bulamamaktadır. Daha sonra bu "yenilenme" kavramına ve ona yüklediği anlama döneceğiz.

Merzûkî çoğunlukla post-modern, soyut bir üslupla yazıyor ve bunu belirgin bir felsefi perspektiften yaklaştığı uzun bir hukuk tarihine dayandırıyor. *Kıyas*, *maslahat* ve *makâsıd* teorilerine şiddetle saldırarak, bunların savunucularını hem vahyedilmiş metinlerin gerçek anlamından hem de yasama yetkisinin gayrimeşru bir şekilde gasp edildiği Ümmetin mutabakatından sapmakla ve bunları dolanmakla suçlar. En iyi ihtimalle ahlak dışı olan sapma ve saptırma, yaygın tarihsel gelenekleri meşrulaştırmaktan başka bir şey yapmayan ve böylece vahyedilmiş metinleri bu geleneklerin emirlerine tabi kılan dilbilimsel analiz yöntemleri (*tahlîl lisânî*) tarafından da temsil edilmektedir.[107] Ancak sorumluluk burada bitmez. *Makâsıd* teorisinin, bu dünyaya dair bilgiyi reddeden, dahası bu bilgiyi ilk etapta etkisiz kılan aşkın açıklamalara tabi kılınan teleolojik bir felsefeye

[105] Her ne kadar hem İslamcıların hem de Müslüman tarihçilerin ilgisini çekmeyi bekleyen bu araştırma konusunun övgüye değer pek çok yanı olsa da.

[106] Merzûkî ve Bûtî, *İşkâliyye*, 39, 45–47.

[107] *A.g.e.*, 50, 88, 93.

dayandığı söylenir.[108] Bu gaspın nihai sonucu, Ümmetin aklını tamamen kaybetmesi (*fikdânü'r-rüşd*), davranışlarının insanlardan çok sürülere (*kut'ân*) benzemesine neden olan bir kayıp olmasıdır.[109] Merzûkî'ye göre şimdi ihtiyaç duyulan şey, fakîhlerin arabulucu otoritesinin (*es-sulta el-vasîta*) ortadan kaldırılabileceği bir çabadır.[110]

Merzûkî'nin atıfta bulunduğu çaba, ona göre hem epistemolojide hem de ontolojide "bir devrim gerçekleştiren" İbn Teymiyye ve İbn Haldûn tarafından zaten gerçekleştirilmişti. İbn Teymiyye'nin "devrimi", hukukun üzerine kurulduğu felsefe ve nazarî kelama karşı gerçekleştirilmiştir.[111] İbn Haldûn'un "devrimi" ise hem "bilimsel" hem de tarihseldi ve felsefi ve pratik bilgide yeniliğe yol açtı (*felsefe târihiyye ve 'ameliyye*). Bu devrimler nihayetinde dört Sünni hukuk ekolü tarafından kullanılan yöntem ve araçların yeniden gözden geçirilmesine, bunların otoritesinden vazgeçilmesine ve bunların yerine "yasamanın kaynağına" (*neb'ü't-teşrî'*) doğrudan erişim sağlanmasına yol açmıştır.[112]

Bu yasanın özü, her Müslüman bireyin iyiliği emretme ve kötülükten sakındırma görevidir (*farz-ı ayn*). Merzûkî'nin bu bireysel görev üzerindeki ısrarı, "ümmetin iradesini gasp eden" ulemanın aracılık rolünü ortadan kaldırmaya yöneliktir.[113] Bu bireysel sorumluluğun toplamı, hukuka meşruiyet sağlayan ve hukukilik ruhunun aktığı pınar olan kolektif, toplumsal bir ahlak ve etik (*ahlâkü'l-cemâ'a*) oluşturur.[114] Bununla birlikte, yasama ya doğrudan ya da yerleşik kurallara göre işleyen temsili organlar aracılığıyla gerçekleştirilebilir. Bu kurumlar arasında ilk ve en önemlisi, vahyedilmiş metinlerin rehberliğinin yokluğunda bile kanun koyma yetkisine sahip olan yasama otoritesinin başı olan halifeliktir.[115] Ancak Merzûkî hiçbir yerde bireysel görevler ile kanun yapma veya "bulma" konusundaki kurumsal/halifelik yetkileri arasındaki sınırları tanımlamaz. Ümmet içindeki bireyler hangi hukuki ve ahlaki yasaları üretmelidir? Hangileri halifenin ve "diğer" yasama kurumlarının koruması altında kalmalıdır? Bu "diğer"

[108] *A.g.e.*, 95-100.
[109] *A.g.e.*, 90.
[110] *A.g.e.*, 64-65.
[111] Merzûkî, İbn Haldûn'un *Mukaddime*'sine ve İbn Teymiyye'nin reddiyelerine atıfta bulunur. Birincisi için Rosenthal'in *Mukaddime* çevirisine, ikincisi için Hallaq'ın *Ibn Taymiyya Against the Greek Logicians* adlı eserine bakınız.
[112] Merzûkî ve Bûtî, *İşkâliyye*, 53–54.
[113] *A.g.e.*, 190.
[114] *A.g.e.*, 118.
[115] *A.g.e.*, 64.

kurumlar nelerdir? Görevleri nedir? *Farz-ı ayn*ın objesi olan sorumlu birey ile nasıl etkileşime girmelidirler? Bu kurumlar, Halifelik makamına karşı nasıl düzenlenmeli ve yönetilmelidirler? Yasama yetkisine sahip olan tüm bu kurumlar, modern şartlar ve vahyedilmiş kaynaklarla karşılaştıklarında hangi yorumlama yöntemlerini kullanmalıdır? Ve hiçbir vahyedilmiş kaynak belirli bir konuda rehberlik sağlayamadığında, hangi varsayımlar ve hukuki akıl yürütme yöntemleri benimsenmelidir? Merzûkî tüm bu konularda neredeyse sessizdir ve kendi önerisinin ortaya attığı temel sorulara kapsamlı cevapları olmadığını itiraf etmektedir. Yine de sorar: Bir ümmet nasıl olur da kendi uygun gördüğü yasaları koyabilir ve nasıl olur da

> sürekli gelişen *ictihad*ına göre onları değiştirebilir? ... İşte mukaddes pozitif hukukun gerçek anlamı budur, çünkü vahiy kesildikten ve [muhtemelen vahyedilen metinler ile kitleler arasındaki] aracılık askıya alındıktan sonra yanılmazlık iddiasında bulunma hakkına sahip tek yasa koyucu olan Ümmet tarafından belirlenir.[116]

Yanılmaz olan Ümmet, vahyedilmiş metinlere dayanarak kanun koyabileceği gibi, bunların yokluğunda veya sessizliğinde de bunu yapabilir. Merzûkî'nin anlayışında, üyeleri ahlaklı bireylerden oluşan Ümmet, yasama iradesini ve gücünü temsil eder. Yine de Merzûkî, ümmet ve temsilcileri (görünüşe göre halife) tarafından metinlerin mevcut olduğu ve sessiz kaldığı durumlarda kanunun hangi araçlarla hazırlanması gerektiğini ana hatlarıyla bile açıklamaya yanaşmaz. Daha ziyade, gelecekteki Ümmetin ahlaki ve estetik yapısıyla yoğun bir şekilde ilgileniyor gibi görünse de, dili ve anlatımı - *fıkıh usulü* üzerine yazan modern Müslüman yazarların büyük çoğunluğunun tipik özelliği - en iyi ihtimalle muğlak ve belirsiz olan genellemelerin ötesine asla geçmez. Hukukun kaşifi olan "yasa koyucu", hem hukukçuların hem de yöneticilerin Ümmetin hukuksal ve diğer haklarını gasp ettikleri manevi ve maddi zorbalıktan mutlaka arındırılmış niteliklere sahip olmalıdır. Bu yapıcı nitelikler hem *müctehid* hem de *mücahid* için geçerli olmalıdır. "Hakikatin Savunucusu" olan *müctehid*, hukukun yapısının oluşmasına ve hukuk kurallarının tüm ayrıntılarıyla formüle edilmesine katkıda bulunan teorisyendir. *Mücahid* ise "Sabrın Savunucusu"dur ve Merzûkî bununla *ictihad* yoluyla ulaşılan bilgiyle uyumlu dünyevi pratiğin mükemmel sanatını kasteder. Üyelerinin toplamından oluşan Ümmette bu iki niteliğin

[116] *A.g.e.*, 125.

gerçekleşmesi, sırasıyla bu nitelikleri oluşturmaktan sorumlu olan Teymiyyeci ve Halduncu "devrimlerin" başarılmasıyla eşdeğerdir.

Merzûkî kesinlikle elitizmle suçlanamaz. *Müctehid/mücahid*in nitelikleri Ümmetin her ferdi tarafından paylaşılmalıdır ve hukukun temeli "iyiliği emretme ve kötülükten menetme" düsturu olduğu için, bu düsturun uygulanması bu iki zirve niteliğe uygun olarak yürütülmesi gereken bir *farz-ı 'ayn* haline gelir. Tahmin edilebileceği üzere, bu güzel nitelikler, bu amaçlara ulaşmak için özel olarak tasarlanmış bir eğitim sistemi aracılığıyla geliştirilmelidir. Bir kez *müctehid/mücahid* yetiştirildiğinde ve o da Ümmetin diğer üyeleriyle birlikte bu görevi üstlendiğinde, sivil toplum da zorunlu olarak ortaya çıkacaktır. Ve sistem tarafından üretildiği için, bu toplum da sistemin yeniden üretimi için vazgeçilmez hale gelecektir. Ancak, sivil toplum kültürünün ürettiği makbul bireyin, bu bireyi ürettiği varsayılan toplumun üretimine nasıl iştirak edeceği bize anlatılmamaktadır. Söylemeye gerek yok, öngörülen süreç yapısı itibariyle döngüseldir.

Bu toplum, "insanlığın [gerçek] anlamlarını koruyan insanı yaratan" değerler tarafından üretilir ve bu değerleri üretir.[117] Geleneksel *fıkıh usulü*nün beş hukuk normunun *fıkıh* sistemini tanımladığı ve yansıttığı gibi, Merzûkî'nin de öngördüğü sistemi tanımlayan, *müctehid*in/*mücahid*in niteliklerinin altında yatan bir dizi temel değer olduğunu -yine döngüsellik kaygısı olmaksızın- düşünmek zorunda bırakılıyoruz. Beş türden oluşan bu değerler şunlardır: (a) sanatla ve görünüşe göre hayatın estetik yönleriyle ilgili olan zevk; (b) ekonomi ve maddi kâr ve refah dünyasıyla ilgili olan geçim; (c) bilim ve bilgiyi de içeren entelektüel düşünce; (d) yönetim, siyaset ve etik alanlarında geçerli olan uygulama; ve (e) felsefe, din, maneviyat ve dini inançla ilgili olan varoluş. Bu değerlere nasıl ulaşılacağı, hangi mekanizmalar veya hermenötik - veya diğer - yöntemler aracılığıyla ve Ümmet bünyesindeki hangi insan unsuru veya unsurları tarafından ulaşılacağı konusunda elimizde çok az ipucu bulunmaktadır. Bununla birlikte, yasama sorumluluğunu kim taşırsa taşısın, gerçek "İslami değerlere ve etiğe" sadık olması gerektiği ve ulemanın, kendi alanlarında uzman olan (örneğin mühendisler, doktorlar vb.) "diğer danışmanlar gibi" teknik danışmanlar (*müsteşârun fenniyyun*) olarak olası işlevlerinin ötesinde herhangi bir rol oynamasına izin verilmemesi gerektiği açıktır.[118]

[117] *A.g.e.*, 129.
[118] *A.g.e.*, 191.

Merzûkî ile Bûtî'yi birbirleriyle tartışmaya sokmayı amaçlayan bir kitapta, Bûtî'nin Merzûkî'ye ne şahsen hitap etmesi ne de onun fikirlerini doğrudan çürütmeye çalışması, Merzûkî ile Bûtî arasındaki kapatılması imkansız uçurumun bir göstergesidir. Merzûkî'nin adı bile geçmez. Bûtî'nin kaygısı daha ziyade "yenilenme"nin (*tecdîd*) anlamı etrafında dönen temel mesele ve bu tür 'yenilenme" kavramlarının *fıkıh usulü*ne nasıl yansıdığıdır. Bûtî, haklı olarak, isimsiz muhatabının "yenilenme" ile *fıkıh usulü*nün tamamen yerinden edilmesini kastettiğini varsayıyor görünmektedir ki bu yerinden edilme Bûtî tarafından şiddetle reddedilmektedir. Bûtî, hukukun türetildiği hermenötik ve diğer kuralların objektif olduğunu, "Arap dilinin semiyotik kurallarından" ortaya çıktığını söyler. Bir kişi Allah'a inandığında, bu dil kurallarını ve tefsirin temel yöntemlerini kabul etmek zorundadır, çünkü tüm bunlar Müslümanlara inandıkları Allah tarafından verilen kaynaklar aracılığıyla dikte edilmektedir. Bir kimsenin bu kuralları değiştirmesine, Şeriat'ın kaynakları ve çıkarım yöntemlerini düzeltmeye çalışmaktan daha fazla izin verilmez, "bu yöntemler nihayetinde Allah'ın Kitabı'ndan türetilmiş veya çıkarılmıştır."[119] Kaprisler, arzular ve istekler Şeriatın hükümlerini değiştirmek ya da onun yerine geçmek için yeterli gerekçeler değildir, çünkü hüküm yalnızca Allah'ındır (*el-hâkimiyyetü hiye lil-Lâhi vahdehu*).[120] Somut Şeriat hukuku, Allah'ın kullarına gönderdiği kelamın (*hitâb*) "meyvesidir". Bûtî ayrıca, böylesine köklü bir "yenilenme "yi (=yer değiştirme) savunanların, hem Şeriatın iptalini hem de yeni bir hukukun inşasını gerçekleştirmeyi amaçlayan bir yöntemi (*menhec*) gerekçelendirme yükümlülüğü altında olduklarını ileri sürer. Gerekçelendirme de gerekçelendirilmelidir; ta ki nihai gerekçelendirme, ilahi irade ve kudrete olan kusursuz inancın kesinliğine özdeş olmasa da benzer şekilde, sarsılmaz, sabit bir temel üzerine oturtulana kadar. Böyle bir gerekçe sunmayı reddetmek "mutlak amaçsızlıktan" başka bir şey değildir; bunun ardında bir ihtiras dili ve kültürü, şehvet dolu içgüdüler ve kısacası hazcılık gizlidir.

Merzûkî, Bûtî'ye verdiği cevapta haklı olarak tartışmanın anlamlı bir şekilde ilerleyebileceği ortak bir zemin bulamaz. Bûtî'nin "krizleri" toptan inkar etmesi karşısında şaşkınlığını ifade eden Merzûkî, bu tür iddiaların "*fıkh*ın günümüzde Müslümanların hayatında

[119] *A.g.e.*, 162-63, 170.
[120] *A.g.e.*, 163.

marjinal hale geldiği", laik ve pozitivist yasamanın "nominal" ve "uzak bir gerekçesini" temsil etmekten öteye gitmediği şeklindeki inkar edilemez gerçeklikle açıkça çeliştiğini belirtmektedir. Bu keskin gerçekliği kabul etmeyi reddetmek, Merzûkî'ye göre, çifte bir krizin varlığına işaret etmektedir: Şeriatın marjinalleşmiş varlığının krizi ve böyle bir krizin var olduğunu kabul etmedeki başarısızlığın krizi.[121] Yine de Merzûkî'nin konumu kendi açmazlarını üretmektedir. Eğer Teymiyyeci ve Halduncu devrimler gerçekten de onun iddia ettiği gibi "başarılı" olduysa ve dört ekolün akıl yürütme yöntemlerinin yeniden gözden geçirilmesine yol açtıysa, o zaman neden devletin laikçi ve pozitivist yasama ile sonuçlanan gaspından değil de ulemanın ümmetin yasama yetkilerini tarihsel olarak "gasp etmesinden" (ki bu devrimlerle yeniden tesis edildiğini varsaymamız mümkün değildir) bahsedilmektedir? Merzûkî'nin söyleminde bu açmazların hiçbiri ele alınmak şöyle dursun, tespit bile edilmiyor. İki devrime rağmen, ulema suçlu olmaya devam ediyor ve devletin varlığı verili kabul ediliyor.

Merzûkî'ye göre, Bûtî'nin krizi inkar etmesinin simgesi, hukuku oluşturan göstergeleri ürettiği söylenen geleneksel "Arap dili mekaniği" üzerindeki ısrarıdır. Merzûkî'ye göre yasama, hermenötik ve dilbilimsel analize indirgenemez; çünkü hukuk, aslında, kendi toplumlarının ve çağlarının sorunlarına çözüm sunmaya çalışan (*yectehidûn*) "uzmanların" bilgisinin aracılık ettiği sosyolojik bir süreçtir. Burada kastedilen, hukuk üretiminin önemli ölçüde dilsel süreçlere ya da bu süreçlere organik olarak bağlı olan akıl yürütme yöntemlerine dayanamayacağı görüşüdür. Yine de Bûtî'nin Arapça hermenötiğinden vazgeçmek, onun yerine geçecek bir yöntemin, yani hukukun formüle edildiği bir metodun bulunmasını gerektirir. Ancak ana hatlarıyla bile olsa hiçbir yöntem önerilmemiştir.

Tartışmanın son bölümünde Bûtî, Merzûkî'nin argümanını çok az anladığından yakınır. Şüphesiz bu itiraf hiçbir şekilde kendini küçümseme amacı taşımaz, daha ziyade Merzûkî'nin soyut kabullerine ve reddettiği Şeriat unsurlarının alternatifleri konusundaki muğlaklığına yönelik ince bir saldırıdır. Dahası, Teymiyyeci ve Halduncu "devrimleri" Merzûkî'nin çılgın hayal gücünün ürünü olarak reddeder, çünkü onların yazılarında devrimi sadece kendisi görür. (Böyle bir suçlama olasılığı kitabın çok daha önceki bölümlerinde

[121] *A.g.e.*, 192, 194, 198, 222.

bizzat Merzûkî tarafından öngörülmüştü).[122] Merzûkî'nin yerinden etmek istediği geleneksel Şeriata alternatifler konusundaki sessizliği nedeniyle Merzûkî'yi defalarca eleştiren Bûtî, kendi hukuk teorisini, *Davâbit*'ta (yukarıda 4. bölümde ele alınmıştır) ana hatlarıyla ortaya koyduğu gibi, yeniden ifade etmeye devam eder.

İki yazarın tamamen farklı varsayımlardan yola çıktığını söylemek meseleyi hafife almak olur. Bakış açısındaki bu farklılığın, parçalanmış Müslüman hukuk kültürü içindeki daha büyük bir sorunun göstergesi olduğunu söylemek ise meseleyi daha da hafife almaktır. Bir kere, Merzûkî ve Bûtî iki farklı kampa aittir, ancak tamamen ayırt edilemez değillerdir: Merzûkî, belirgin vasıflarından biri geçmişin hukuki ve hermenötik otoritesini reddetmek olan İslamcı kampa ait olarak tanımlanabilir; Bûtî ise İslamcı bir dokunuşla ulema kampını temsil eder, çünkü İslamcı kampla belirgin bir şekilde ahlaki temellerde modernite eleştirisini paylaşır. Ulema ile de bir hermenötiği paylaşır. Merzûkî ise İslami temelli bir ahlaka duyulan ihtiyacı dile getirir, ancak bu ahlak ile modernitenin karşı-ahlakı arasındaki farkı ifade etmekte başarısız olur. Bu başarısızlık, daha doğrusu sessizlik, İslamcılığın sosyo-dini ve siyasi zeminindeki en önemli bileşenlerden biriyle ilgilenilmediğini göstermektedir. Bu bakımdan Bûtî, daha çok Kutub tipi bir İslamcı olarak karşımıza çıkmaktadır. Ancak ulemaya ayrıcalıklı bir statü tanımayan Kutub'un aksine Bûtî, geleneksel *fıkıh usulü*, *fıkıh* ve bunların savunucularının modern dünya için geçerliliğini sürdürdüğü konusunda ısrarcıdır. Yine de modernitenin hazcılığının ve materyalizminin en ateşli eleştirmeni olan Bûtî bile, tarihsel ve geleneksel Şeriatta bazı ayarlamalar yapmanın gerekliliğini, modern zorunlulukların dikte ettiği ayarlamaları inkar etmez. Ancak bu tür ayarlamalar gerekli olsa da bunlar Batı modernitesinin şartlarına göre yapılamaz; daha ziyade Şeriatın değişmeyen temel ilkelerine uygun olmalıdır. Bûtî'nin tek bir kampa yerleştirilememesi ve kısmen de olsa eş zamanlı olarak İslamcı ideolojik zeminlerde yürümesi, sınıflandırmanın tehlikelerine işaret etmektedir.

Yine de tüm tehlikelerine rağmen, sınıflandırma paradoksal bir şekilde faydalı olmaya devam etmektedir. Burada ele aldığımız tüm yazarlar arasında, Bûtî ve Suruş'un yelpazenin en uç noktalarında durduğunu, Hallâf ve Rızâ'nın (bu sırayla) Bûtî'nin yanında yer

[122] *A.g.e.*, 145.

aldığını ve Merzûkî ve Şahrûr'un (bu sırayla) Suruş'un yanında yer aldığını kategorik ama açık bir şekilde ifade etmekte herhangi bir risk yoktur. Yelpazenin ortasına ise Rahman, Hazairin, Hasbi ve 'Aşmâvî'yi yerleştirebiliriz. Tüm bu düşünürler arasındaki farklılıklar ve kesişen benzerlikler sadece düzgün bir sınıflandırmaya meydan okumakla kalmaz, aynı zamanda modernitenin yarattığı epistemik tahribata yerli çözümler sunmadaki başarısızlıklarını da ortaya koyar.

Yankılar: Son Notlar

Şeriatın, bin yılı aşkın bir süre boyunca, sosyal ve siyasi düzenlerin epistemik yapılarına nüfuz eden karmaşık bir sosyal, ekonomik, ahlaki ve kültürel ilişkiler kümesini temsil ettiği göz ardı edilemez. Bu ilişkilerin birbirleriyle kesiştiği, birbirleri üzerinde hareket ettiği ve birbirlerini çeşitli şekillerde etkilediği söylemsel bir uygulamaydı. Birbirine direnen, birbirini geliştiren ve diyalektik olarak birbirini etkileyen kurumları, grupları ve süreçleri içeren bu söylemsel uygulama, yargı sürecinde olduğu kadar yazma, çalışma, öğretme ve belgelemede de kendini göstermiştir. Şeriat, *şer'î* değerler adına siyasi bir temsili ve politik ve diğer suiistimallere karşı direniş stratejilerini içerdiği gibi, kültürel kategorilerin fıkıh, hukuki prosedür, ahlaki kodlar ve daha pek çok şeyle iç içe geçtiği uygulamada hukukun kültürel bir yorumunu da içeriyordu. Hukukun işleyişinde verili olarak kabul ettiği derin bir ahlaki topluluğu kapsıyordu, çünkü Şeriatın kendisinin, muhataplarının ve takipçilerinin başından beri ahlaki topluluklar ve ahlaki olarak temellendirilmiş bireyler olduğu varsayımı üzerine inşa edildiği bir gerçektir. Hukukçuların ve hukuk mesleği mensuplarının bir yandan tarihçi, mutasavvıf, ilahiyatçı, mantıkçı, edebiyatçı ve şair olan eğitimciler ve düşünürler olduğu, diğer yandan da bazen siyasi hakikat ve ideoloji yaratan, bazen de iktidara kendi hakikatiyle karşı koyan girift bir ilişkiler ağının kurulmasına katkıda bulunduğu karmaşık ve sofistike bir entelektüel sistemi içeriyordu. Tüm "sınıflar" ve sosyal katmanlara yayılan maddi ve kültürel yaşamların sürdürülmesinin vasıtasını oluşturan tarımsal ve ticari ekonomilerin düzenlenmesini içeriyordu. İçsel manevi yaşamları ve ilişkileri hukukla günlük temas halinde olan nüfusun dünya görüşünün çoğunu renklendiren ve yönlendiren teolojik bir alt tabaka içeriyordu. Gerçekten de bu teolojik alt yapı dünyevi mistik, batıni panteistik ve rasyonel felsefi olanı kapsıyor, böylece Şeriat ile içinde ve yanında yaşadığı ve faaliyet gösterdiği daha geniş manevi ve entelektüel düzenler arasında karmaşık ilişkiler yaratıyordu. O halde Şeriat, işlevi toplumsal ilişkileri düzenlemek, anlaşmazlıkları çözmek ve arabuluculuk yapmak olan bir yargı sistemi ve bir hukuk

doktrini olmanın yanı sıra, kendisini dikey ve yatay, yapısal ve doğrusal, ekonomik ve toplumsal, ahlaki ve etik, entelektüel ve manevi, epistemik ve kültürel, metinsel ve şiirsel ve daha pek çok şekilde etrafındaki dünyaya yapısal ve organik olarak bağlayan söylemsel bir uygulamadır.

Yine de, bu ilişkilerin tamamını oluştururken, Şeriat (4. ve 5. bölümlerde gördüğümüz gibi) kendisini ilk etapta hizmet etmek için geldiği toplumsal düzenin içinde geliştirmesi ve etik ve ahlaki temellerini buradan alması bakımından ayırt ediciydi. Metinsel ve teknik açıklamalarında zorunlu olarak elitist bir tona sahip olsa da, içinde çok az şey elitistti. Mensupları tüm toplumsal katmanlardan (özellikle de orta ve alt sınıflardan) geliyordu ve sosyal ve popüler alanlarda faaliyet gösterip çalışıyorlardı. *Kâdı*nın mahkemesinin, müderrisin sınıfının ve *müftî*nin meclisinin yeri caminin avlusu, bunun olmadığı zamanlarda ise pazar yeri ya da özel bir konuttu. Bu mekanların diğer sosyal ve dini-toplumsal işlevlerin birçoğuna hizmet etmesi, hukuki olanın toplumsal olanla kesişmesinin hukukun halka açıklığının ve toplumsallığının bir işareti olduğunu güçlü bir şekilde göstermektedir. Aynı şey, gördüğümüz gibi, toplumun tüm yelpazesinde daha yaygın olması pek mümkün olmayan hukuki bilgi için de söylenebilir. Şeriat, iyi bir şekilde (ve Tasavvuf ile birlikte) model kültürel bilgiyi tanımlamıştır. Şeriat yerel gelenekler, ahlaki değerler ve sosyal uygulamalarla iç içe geçmiş bir yaşam biçimiydi.

Hukuk doktrini (*fıkıh*), toplumsal ahlaka yön ve yöntem verir, ancak genellikle kendisini zorla dayatmazdı. *Kâdı* kendi sosyal ve ahlaki evreninin doğrudan bir ürünü olduğu için - işinin doğası gereği - *fıkh*ın aracılık ettiği ve sosyal uyumun zorunluluklarına hizmet etmesini sağlayan bir kurum olarak ortaya çıkmıştır. Usulen de mahkemenin işi, doğrudan toplumsal uygulamanın yerel alanından kaynaklanan ahlaki dürüstlüğün prekapitalist ve bürokratik olmayan sosyal yapılarına hitap ediyordu. Şahitlik kurumu, ahlaki değerlere, geleneklere ve sosyal bağlara dair yerel bilgi olmadan anlamsız olurdu. Böyle bir bilgi olmaksızın, hukuki sürecin temel dayanağı olan şahitliğin güvenilirliği ne denenebilir ne de gösterilebilirdi. Şahitliğin temelleri olan doğruluk ve güvenilirlik, sosyal bağlara yapılan kişisel ahlaki yatırımı oluşturuyordu. Bu testlerde başarısız olmak, sosyal konumu ve bununla bağlantılı ayrıcalıkları kaybetmek demekti. Böylece şeref, utanma, dürüstlük ve sosyo-dinsel erdem gibi toplumsal değerler, *fıkh*ın kuralcı varsayımlarıyla bir diyalektiğin parçası olarak yargı alanına girmiştir.

Ayrıca, *fıkh*ın çoğulculuğu (*ihtilâf*) gerçekte Şeriatın sosyo-politik boyutlarından birini oluşturuyordu. Çoğulculuk sadece güçlü bir yargısal görecelilik anlayışının göstergesi olmakla kalmıyor, aynı zamanda hukuku ve dolayısıyla tebaayı homojenleştirmenin bir başka modern aracı olan kodifikasyon ruhuyla da tam bir tezat oluşturuyordu. Fıkıh, ilahi iradenin hermenötik bir tezahürü olmakla da sınırlı değildi. Fıkıh aynı zamanda toplumsal olarak yerleşik bir sistem, bir mekanizma ve bir süreçti ve bunların hepsi toplumsal düzen için bizzat düzenin kendisi tarafından yaratılmıştı. Bu perspektiften bakıldığında, *fıkıh* ikili bir yapıda işliyordu: Birincisi, hukuku, İslam'ı kavramsal olarak tanımlayan daha geniş gelenek içinde kültürel olarak konumlandıran ve böylece bir yandan metafizik ve teoloji ile diğer yandan sosyal ve fiziksel dünya arasında teorik bir bağ oluşturan entelektüel bir üstyapı sağlıyordu; ikincisi, verili bir sosyal ve ahlaki düzen içinde hukuki kuralların aşılanmasını, bunu gerçekleştirme yönteminin de dayatmadan ziyade büyük ölçüde aracılık olduğu bir aşılamayı gizlice amaçlıyordu. Dolayısıyla, *fıkh*ıyla birlikte İslami yargılama süreci hiçbir zaman ihtilaflıların sosyal dünyasından kopuk olmamış, kazanan her şeyi alır mantığından ziyade dağıtıcı adalete dayalı ahlaki bir mantığı savunmuştur. Tarafları hukuki süreç öncesinde sahip oldukları sosyal konumlarına geri döndürmek, her bir tarafın kısmi bir kazanç elde etmesine izin verilen ahlaki bir uzlaşmayı gerektiriyordu. Sosyal düzenin korunması, hem mahkeme hem de sosyal ve ekonomik ayrımlar sistemine hassas bir şekilde uyum sağlayan esnek bir *fıkıh* gerektiriyordu. Çünkü sınıfsal ve diğer ayrıcalıklar da dahil olmak üzere farklılıkların sürekli olarak kendilerini göstermelerine rağmen, ahlak herkesin payına düşen ve aslında hakkı olan şeydi.

Üstelik *fıkıh*, uygulama alanında "hukuk"un totalleştirici bir söylemini temsil etmediği gibi, gerçekliği dönüştürmek ya da toplumu yönetmek veya kontrol etmekle de meşgul değildi. *Fıkh*a (Foucaultcu bir anlayışı andıran) kontrol ve yönetim rolleri atfetmek, belirgin bir şekilde modern bir yanılgı, hukuk tasavvurumuzun devletçi bir toplumsal mühendislik aracı olarak geriye yansıtılması olacaktır. Bu yanlış anlamlandırma belki de hukuki Oryantalizmin neden "İslam hukuku" ile toplumsal ve siyasi gerçeklikler arasında üçüncü/dokuzuncu yüzyılın başlarından beri bir "boşanma" olduğu konusunda ısrarcı olduğunu açıklar. Oryantalizmin boşanma olarak kabul ettiği şey, aslında hukuk sisteminin örf ve toplumsal ahlakın aracılığına izin verdiği düzenlenmiş bir durumdu. O halde *fıkh*ı modern anlamda hukukla bir tutmak hata olur.

Fıkıh, doktrini açıklama süreciydi; belirli bir olaya ilişkin tüm olası akıl yürütme ve yorumlama yöntemlerini anlamaya yönelik entelektüel bir uğraştı. Birincil öneme sahip olan olay ya da onun çoklu çözümleri değildi. Daha ziyade, ilkenin nasıl tanımlanacağı, belirleneceği, rafine edileceği, ifade edileceği, sınırlandırılacağı ve çok daha önemlisi, farklı bir dizi olayı ortaya çıkaran bir başka benzer ilkeden nasıl ayırt edileceği konusunda örnek teşkil eden bir grup meselenin ortaya koyduğu ilkeydi. Dolayısıyla, önemli olan *fıkıh* ilkesiydi, münferit vakalar ve görüşler değil; bunlar, dengeli bir şekilde, kural koyucu olmaktan ziyade açıklayıcıdır. Bireysel görüşler, açık konuşmak gerekirse, şu anda modern kanun, yönetmelik veya "*ictihad*" olarak anladığımız anlamda hukuk teşkil etmediği gibi, Müslüman hukukçuların herhangi bir şekilde gerçekleştirmeyi amaçladıkları şey de bir hükümdarın iradesini ifade etmenin "hukuki etkisi" değildi. Onların hukuku yorumlayıcı ve anlamaya yönelik bir projeydi, "[bir] denetleyici otorite tarafından belirlenmiş bir eylem ya da davranış kuralları bütünü"[123] değildi. "Devletin yüce gücünün iradesinin ciddi bir ifadesi"[124] de değildi, çünkü zaten ortada bir devlet yoktu. *Fıkıh*, otorite iddiası öncelikle epistemik, ama aynı zamanda dini ve ahlaki olan münferit kişilerin, hukukçuların entelektüel ve hermenötik eseriydi. Kelimenin modern anlamıyla siyasi değildi ve zorlayıcı ya da devlet gücü içermiyordu. Hakim bir sınıfın çıkarlarını yansıtan yasaların dalgalanmalarına da tabi değildi. Göklere çıkarılan modern muadili ile karşılaştırıldığında, kendine ait sabit yapısı içerisinde ancak katılıktan uzak bir şekilde, hukukun üstünlüğünün bulunduğu sağlam bir kaleyi temsil ediyordu.

Buna ilaveten, *fıkıh* bir soyutlama değildi ve "herkese" eşit şekilde uygulanmıyordu; çünkü bireyler, kör bir adalet makamı önünde kusursuz bir eşitlik içinde duran genel bir türün ayırt edilemeyen üyeleri olarak görülmüyordu. Her birey ve durum, bağlama özgü *ictihad* gerektiren özgünlükte kabul edilirdi. Bu, İslam'ın kör adalet kavramını neden hiçbir zaman kabul etmediğini açıklar; bu aynı zamanda hukukun neden günümüz hukuk kodlarında belirtildiği şekilde *ifade edilmesinin* bir anlamı olmadığını da açıklar. Hukuk daha ziyade *ictihadî* bir süreç, sürekli yenilenen bir hermenötik çalışmaydı. Hukukçuların insan varoluşunun belirli bir anında doğru olanı yapmalarını gerektiren, belirli yaşam durumlarında yer alan ilkeleri bir araya getirme çabasıydı. *Fıkıh*, en ayrıntılı ve kapsamlı

[123] (Batı) hukukunun standart tanımı. Bkz. *Black's Law Dictionary*, 795.
[124] *A.g.e.*

anlatımlarında bile, hâkimi ve sahadaki tüm hukuk mensuplarını bir durumu, içerdiği özgün olguları dikkate alarak çözmeye yönlendiren hukuksal bir rehberden başka bir şey değildi. *Fıkıh, şer'î* bir tezahür olarak, tamamen gerçekleştirilebilir ve hayata geçirilebilir dünyevi bir "hukuk" olarak, hukuk ilkeleri sosyal gerçeklikle iç içe geçene ve belirli bir olayda yer alan sayısız sosyal, ahlaki, maddi ve diğer insani ilişki türlerinin diyalektiği tam olarak ortaya çıkana kadar topluma tam olarak açıklanmamıştır.

Şeriat ve *fıkh*ına ilişkin yukarıdaki tanımlama, kısmi de olsa, büyük ölçüde ortadan kalkmış olan karmaşık bir gerçekliğe işaret etmektedir. Yaklaşık son iki yüzyılda Şeriat, dünyevi bir kurum ve kültürden, sadece modern öncesi organik yapı ile onun metinleştirilmiş versiyonu arasındaki eksiltilmiş farkı temsil etmekle kalmamış, aynı zamanda modern öncesi muadilinin bilmediği bir siyasette metinleştirilmiş olma özelliğini de içeren bir metinselliğe dönüştürülmüştür. Başka bir ifadeyle, hayatta kalan tortu, yani metne dönüştürülmüş biçim bile öylesine benzersiz modern şekillerde işlemektedir ki, bu tortu, özü ve işlevi itibariyle, herhangi bir muhtemel kökensel muadiline bile tamamen yabancılaştırılmıştır.

Son derece epistemik ve yapısal olan bu dönüşüm, Şeriatın, modernitenin ortaya çıkardığı ve aynı zamanda tanımladığı en önemli ve ağır kurum olan devlet ile karşılaşmasıyla beraber aralarında çıkan çatışmanın bir sonucuydu. Kavramsal, kurumsal ve tarihsel olarak devlet, Şeriat ile sürekli bir çatışma içine girmiş, başlangıçta onunla bir çelişki halinde bir arada var olmuş, ancak kısa süre sonra onu tamamen yerinden etmeyi başarmıştır. Hukuk üzerindeki bu hakimiyet mücadelesinin spesifik etkileri arasında, Şeriatın mali açıdan bağımsız medreseleri ve üniversiteleri de dahil olmak üzere kurumsal yapılarının ve Müslüman hukukçulara "profesyonel" bir grup olarak faaliyet gösterme ve gelişme fırsatı veren hukuk ortamının kurutulması ve nihai olarak ortadan kaldırılması yer almaktadır. Bu (geriye dönüp bakıldığında kaçınılmaz ve beklenen) parçalanma nihayetinde bu grubun bir zümre olarak yok olmasına, yeni bir hukuk anlayışının ortaya çıkmasına, kısacası yeni bir hukuki ve kültürel "bilgi"nin yükselmesine yol açtı. Şeriatın konusu, devletin iktidar iradesinden kaynaklanan pozitif hukuktan başka bir şey haline geldi. Bu dönüşüm, modern devletin yaratıcısı ve ihracatçısı olan sömürgeci modern Avrupa ile dünyanın dört bir yanındaki Müslüman (ve diğer) toplumlar arasındaki eşitsiz ilişkinin neredeyse her düzeyinde işleyen karmaşık bir süreçte somutlaştı ve bu süreç tarafından temsil edildi.

Dönüşümün arkasındaki güçler, diğerlerinin yanı sıra, merkezileşme, kodifikasyon (kelimenin en geniş anlamıyla), bürokratikleşme, hukuksal homojenleşme ve - toptancı uyumu sağlamak için - her yerde bulunan militarizasyondu; bunların hepsi aslında modern devlet projesinin dayanaklarıdır. Ve sistematik olarak konuşursak, tüm bu güçler, ister yasal ister başka türlü olsun, yerli unsurlara karşı birlikte işledi. Bu güçlerin çoğu zaman kendi aralarında rekabet halinde olması, sistemik yörüngelerini hiçbir şekilde zayıflatmadı veya çelişmedi.[125]

Gördüğümüz gibi, *fıkh*ın "metinleştirilmesi" ilk olarak Britanya Hindistanı'nda gerçekleşmiştir - yani *fıkıh*, kavramsal bir kodlama faaliyeti olarak metinlere *sabitlenmiştir*. Doğrudan sömürgecilik biçimlerine maruz kalan Britanya Hindistanı, kaba iktidar ve hegemonik söylemin süreç ve etkilerini, örneğin Osmanlı İmparatorluğu'ndan daha açık bir şekilde sergilemiştir, ancak Osmanlı İmparatorluğu da tüm yönleriyle hegemonik modernitenden doğrudan sömürgeleştirilen diğer yerlere nazaran daha az etkilenmemiştir. Hindistan deneyimi (ve aynı şekilde Osmanlı) İslam'ın sömürgeci bir şekilde ifade edilmesinde doğrudan epistemolojik bir işlev görmüştür. İslam hukuku uygulamalarının sabit metinlere indirgendiği büyük ölçekli bir operasyon anlamına gelen bu süreç, Hindistan'ı ve Müslüman dünyanın geri kalanını anlamanın yeni bir yolunu yarattı. Bu anlayışın ayrılmaz bir parçası, İslam'ı ve tarihini incelemenin toplumları, sosyal pratikleri veya sosyal düzenleri değil, metinleri incelemek olduğu şeklindeki yaygın düşünceydi. Dolayısıyla Şeriatı metinselleştirmek, tıpkı Avrupa'nın tarihsel tahayyülünde olayların "karanlık çağlara" ya da orta çağa gönderilmesi gibi, antropolojik ve sosyolojik hukuki geçmişle neredeyse tüm bağlarını koparma etkisine sahipti. Antropolojik geçmiş, bağlamından koparılmış bir Şeriat tarafından ayaklar altına alındığında, Şeriatın sahici bir değerlendirmesi ve "ekolojik" bir denge ve denetleme sistemi içinde işleyişi için gerekli içerik ve uzmanlıktan yoksun bırakılan *fıkh*ın anlamı, dönüştürülmese bile, ciddi biçimde kısıtlanmıştır. Ayrıca, bunun bir sonucu olarak, daha önceki geçerliliğinin büyük bir kısmı da ortadan kalkmıştır. Sömürgeci devlet yapılarının mirasıyla donanmış yeni milliyetçi elitler, Şeriatın antropolojik geçmişinden bu şekilde koparılmasını agresif bir şekilde sürdürdüler. İçselleştirme, ulus-devletin toplum mühendisliği projesine çok iyi hizmet etti.[126]

---

[125] Bu noktanın teorik bir açıklaması için bkz. yukarıda Giriş, 2. Kısım.

[126] Suudi Arabistan gibi Şeriatın uygulanmaya devam ettiği ülkeler hariç tutulduğunda bu kopuş büyük ölçüde gereksizdir. Yine de bu, modern Suudi devlet yapılarının Şeriat'ı başka temel yollarla dönüştürmediği anlamına gelmez. Şeriatın Suudi Arabistan Krallığı'ndaki yeri hakkında bkz. Vogel, *Islamic Law and Legal System*.

Bu kopuş, daha önce de belirttiğim gibi, metinselleştirilmiş Şeriatı yeni bir siyaset dünyasına, modern öncesi muadilinin bilmediği bir dünyaya dahil eder. Başka bir deyişle, kopuş eylemi, hayatta kalan *fıkıh* kalıntısı olan metinselleştirilmiş bedenin yeni bir ortama nakledildiği süreçle neredeyse mükemmel bir şekilde ilişkiliydi. O halde dönüşüm iki yönlüdür; metinselleştirme yoluyla hukuksal/yargısal katılık ve nakil yoluyla politikleşme. Modern öncesi Şeriat ve onun *fıkhı* büyük ölçüde hanedan yönetiminin dışında işlerken, metinselleştirilmiş ve nakledilmiş *fıkıh* artık devletin yapıları *içine* yerleşmişti. Bu dönüşümün *fıkhı* ve Şeriatı derin bir siyasallaşma sürecine tabi tuttuğunu söylemek sadece malumun ilamı olur. Şeriat, modern takipçileri tarafından nasıl algılanırsa algılansın, bugün siyasi çekişmelerin merkezinde yer almaktadır.

Siyasallaşmaya giden yol, sözde reformların devletin hukuku bir yasama aracı olarak benimsemesine izin verdiği ve tipik İslam proto-devletinin ne kendi yaptığı ne de hükümdarın iktidar iradesine tabi olan bir hukuku uyguladığı bin yıllık durumu kökten değiştirdiği anda başladı. Talal Asad'ın çarpıcı bir şekilde gözlemlediği gibi, "modern devlette hukuk, siyasi stratejilerin bir unsurudur - özellikle de eski seçenekleri yok etme ve yenilerini yaratma stratejilerinin."[127] Ayrı bir toplumsal birim olarak aileye, mülkiyete, suça, cezaya, belirli bir cinselliğe, belirli bir toplumsal cinsiyet anlayışına, haklara, ahlaka ve daha pek çok şeye odaklanan değerlerin hepsi hukuk aracılığıyla yaratılmış ve yeniden yaratılmıştır. Yine de toplumsal düzeni yeniden yapılandırma seçeneğini kullanan neredeyse tüm güce sahip olan devletin sarsılmaz varlığı, kendi parametreleri dışındaki her türlü yönetişim vizyonunu engellemiştir. Modern çağda hukuk icra etmek, devletin bir temsilcisi olmak demektir. Devlet olmadan hukuk olmaz ve kendi özel hukuku olmadan da devlet olmaz. "Hukuki çoğulculuk" şüphesiz var olabilir, ancak sadece devletin ve onun hukukunun onayıyla.[128] Devlet tarafından üretilmiş bir hukuk olmaksızın devlet egemenliği, egemenlik değildir.

Eğer hukuka giden yol devletten geçiyorsa, o zaman ne Şeriat ne de *fıkıh*, devlet aracılığı olmadan (İslamcılar veya herhangi bir ulema grubu tarafından) asla düzeltilemez, yeniden canlandırılamaz veya yeniden şekillendirilemez. Daha da önemlisi, bu onarıcı seçeneklerin hiçbiri devletin yozlaştırıcı etkisi olmadan gerçekleştirilemez ve

[127] Asad, "Conscripts of Western Civilization," 335; Zubaida, *Law and Power*, 153–56.
[128] Bkz. 13. Bölüm, dipnot 18.

modern öncesi Şeriatın devlet dışı, toplum temelli, aşağıdan yukarıya bir hukuk sistemi olarak ayırt edici özelliğini ortadan kaldırır. Bu ayırt edici özelliğin yeniden taklit edilmesi imkansız olacaktır. Modern devlette siyaset ve devlet politikası hukukla iç içe geçerek güçlü bir ideolojik ve kültürel teknoloji yaratır ve habitusu tam da vatandaşı üreten mekanizma olan toplumsal düzenin (yeniden) biçimlendirilmesinde devletin hizmetinde kullanılan başka güçlü araçlar üretir.

Dolayısıyla, örneğin 1979'da ve sonrasında İran'da olduğu gibi, Şeriat (nasıl hayal edilirse edilsin) herhangi bir Müslüman ülkede yeniden ortaya çıktığında, bağlamından koparılmış anlayış, devlet tarafından sahiplenilen başka bir hukuk anlayışıyla birleşerek, içerideki savunucuları (meşruiyet arayan) ve dışarıdaki düşmanları (İslami devrimci rejimlerin kınanmasını isteyen), tamamen farklı nedenlerle de olsa, ortaya çıkan şeyi "Şeriat" olarak adlandırmaktan aynı derecede mutlu olan bir anormallik üretir. Şeriat'ın antropolojik geçmişine epistemik erişimin yokluğu göz önüne alındığında, hem savunucuları hem de düşmanları karanlıkta dolaşmak zorunda kalmaktadır. Şah'ın devleti, Batı'daki ve Doğu'daki tüm devletler gibi, toplumsal düzenini fiilen yıkıp yeniden şekillendirdiği ve ahlaki dokusunu (pek başarılı olamadan) yeniden kurduğu için, yeni İslam Cumhuriyeti, tamamen kaçınılmaz bir devlet aygıtını miras aldı. Yeni Cumhuriyet, Şeriatı yeniden tesis etmeye ve algılanan ahlaki boşluğu devlet mühendisliğinin artık aşina olduğumuz araçlarıyla doldurmaya çalıştı. Şeriat devletin aracı haline geldi, çünkü sadece devlete tabi kılınabilirdi. Hırsızlık, eşcinsellik, evlilik dışı cinsel ilişki, müzik, Amerikan kültürel ikonları ve daha pek çok şey, Şeriat adına yapılan yeni yeniden yapılandırmanın retoriği olmasa da odak noktası haline geldi. Ancak bu yeniden yapılandırma, ahlak dersi veren bir devletin işiydi ve hiçbir şekilde Şeriatın geleneksel işleyiş biçimleriyle ilişkili mekanizmalar tarafından belirlenmiyordu. Günün sonunda Şeriat, tarihsel benliğinin takribi bir yeniden vücut bulmuş hali bile olmaktan çıkmıştır. Onu, varsaydığı ve sürdürdüğü toplumsal düzenle birlikte yeniden yaratmanın imkansız olduğu apaçık ortadadır. Bununla birlikte, modern ifadesinden tamamen vazgeçilebileceğini iddia etmek gerçekçi değildir. Şeriat, modern kültür ve siyaset kavramları (ancak ironik bir şekilde hukuk tarafından çok daha az) tarafından yutulan modern kimliğin bir simgesi haline gelmiştir. Bu simgenin bir süre daha varlığını sürdüreceğini iddia etmek durumu hafife almak olacaktır.

Ek A: Fürû' Fıkıh Eserlerinin İçeriği

Hukuk doktrini (*fıkıh*) üzerine yazılan eserler, konularının tertibi açısından birbirlerinden farklılık göstermektedir; ancak ibadetlerle ilgili bölümler bu eserlerde her zaman ilk sırada yer almakta ve sabit bir sıra izlemektedir (yani abdest, namaz, zekât, oruç ve hac). Diğer hukuki konuların ele alınış sırasındaki farklılıklar, zaman zaman büyük olsa da hukuk ekollerinin bir *fıkıh* konusu ile diğeri arasındaki mantıksal ve hukuksal bağlantıları farklı şekillerde tasavvur etmelerine bağlanabilir; yani *fıkıh* eserleri arasındaki en önemli tertip farklılıkları ekol aidiyetine ve her birindeki özel şerh ve yorum geleneğine atfedilebilir. Tertip çeşitliliği aynı ekol içinde yer alan farklı zamanlardaki gelişmelerde de kolaylıkla tespit edilebilir. Bu eserlerin hem aynı ekol içinde hem de ekoller arası tertiplerindeki senkronik ve diyakronik farklılıkların verimli bir araştırma konusu olmaya devam ettiği belirtilmelidir.

Aşağıda, dört Sünni ekolün başlıca fakîhleri arasındaki görünüşte büyük farklılıklara rağmen, hepsinin doktrinlerini meşru bir şekilde tek ve aynı "*şer'î* kaynak"tan aldıklarını göstermeye çalışan Mısırlı Şâfiî hukukçu Abdülvehhâb eş-Şa'rânî'nin (ö. 973/1565) nispeten daha geç tarihli eseri *el-Mizânü'l-Kübrâ*'da sunulduğu şekliyle *fıkıh* konularının şematik bir anlatımı yer almaktadır (I, 7-8, 11, 47, 54).

Genel olarak Müslüman hukukçular *fıkh*ın ana konularına *kitâb* adını vermişlerdir; örneğin *Kitâbü'l-Vekâle* (Vekâlet Kitabı), ki biz bunu modern tasnif şemamızda bölüm olarak kabul ediyoruz. Bir alt bölüm "*bâb*" olarak adlandırılırdı. Şa'rânî de bu terminolojiyi benimser. Daha uzun ve ayrıntılı eserlerde daha ileri bir bölümleme benimsenmiştir. *Bâb* bir dizi *fasl*a (kısım) ayrılır ve bunlar da *mes'ele*lere (sorular, meseleler) ve daha sonra da *fer'*lere (özel durumlar) bölünür. Uzun eserlerin bazı müellif-hukukçuları *kitâb*ı *fasl*lara bölerek *bâb* ismini kullanmazlar.

Birçok fakîh gibi Şa'rânî de fıkhı "dört çeyrek" (II, 80) olarak adlandırdığı dört ana alana, yani "ibadetler, alışveriş, evlilik ve zararlar"a ayrılmış olarak kabul eder. Bu bağlamda kendisi ve birçok

meslektaşı tarafından mecazi anlamda kullanılan bu terimlerin her biri, tek bir çeyreğe ait çok geniş bir konu yelpazesini ifade eder. Böylece, "alışveriş çeyreği" diğer birçok konunun yanı sıra ortaklıkları, kefaleti, hibeleri ve vasiyetleri kapsarken, "evlilik" çeyreği evliliğin feshi, çocukları büyütmek, velayet ve eş ve aile nafakası (*nafakât*) gibi çok çeşitli alanları kapsar. Aynı şekilde, "zararlar alanı" da diğer konuların yanı sıra cinayet, Kur'ân'daki *had*leri ve *cihad*ı içerir. Şa'rânî'nin *Mizân*'ında olduğu gibi *fıkıh* eserleri genellikle usul hukuku[129] olarak adlandırdığımız ve köle azat etme konusuyla tamamlanan alanla sona erer. Birçok Hanefî ve Mâlikî eser bunun yerine miras ve vasiyetlerle sona erer.

Şa'rânî 'nin konuların düzenlenmesine ilişkin açıklamasına ek olarak, bazı mezheplerde konuların farklı tasnifine ilişkin kısa bir yorum yapacağım. Ayrıca ana *"kitâb"* konularının iki yüzdeyle takip edildiği de fark edilecektir. Bunlardan ilki, hukuk doktrininin açıklanmasıyla doğrudan ilgisi olmayan giriş sayfaları (5-127) hariç tutulduktan sonra hesaplanan, Şa'rânî'nin eserinde konunun tartışılmasına ayırdığı alanın yüzdesini temsil eder. İkinci yüzde, Mansûr el-Buhûtî'nin (ö. 1051/1641) standart Hanbelî eseri *Şerhu Müntehe'l-İrâdât*'ta (3 cilt, toplamda yaklaşık 1.750 sayfadan oluşur; buna karşılık, Şa'rânî'nin *Mîzân*'ındaki geleneksel hukuk konuları yaklaşık 440 sayfadır) bu konulara ayırdığı alanı ifade eder. Şa'rânî'nin çalışması özellikle ekoller arasındaki ihtilaflarla ilgili olduğundan, konuların *fıkh*ın genel yapısı içindeki ağırlığını doğru bir şekilde yansıtmaz; zira nispeten küçük bir konu, ihtilafların daha az olduğu daha büyük bir konudan daha fazla tartışma yaratabilir (ve dolayısıyla daha fazla yer kaplayabilir).[130] Bu nedenle, yer tahsisi açısından daha temsili bir hesap vermek için, Buhûtî'nin eserindeki malzemenin oranlarını sunmayı seçtim; bu eserde -en azından benim kullandığım baskıda- editoryal dipnotlar ve yorumlar yer almamaktadır, zira bunlar, sayfalar sayılırken hesaplamaları bozmaktadır. Bu çalışma, her bir konunun *fıkıh*ta gördüğü yoğun ilgi hakkında *genel* bir fikir vermeyi amaçlamaktadır, ancak okuyucu burada verilen yüzdelerin yaklaşık olduğunu ve genellikle yuvarlandığını unutmamalıdır.[131]

---

[129] 51-53. Bölümlerde incelenmektedir.

[130] Bu oransızlığın bir örneği *salât* (2. *Kitâb*) ve Kur'ân'daki miras paylarıdır (30. *Kitâb*). Birincisi %23,4 ile tüm *fıkıh* konularının dörtte birine yakın bir oranda yer alırken, önemli olan Kur'ân miras payları %0,6 gibi cüzi bir oran teşkil etmektedir, zira Kur'ân'ın bu konudaki nispeten açıklığı hukuki ihtilafların önüne geçmiştir.

[131] Ayrıca, bağımsız olarak "kısımlar" (*ebvâb*) altında sınıflandırılan bazı münferit konular buraya dahil edilmediğinden, yüzdelerin toplamının yüze ulaşmadığı da anlaşılacaktır.

Mesele şu ki, Buhûtî örneğin namaza %13,8 ve vekâlete sadece %1,1 oranında yer ayırdığında, bu konuların genel tartışmalı hukuk geleneğindeki nispi ağırlığının genel bir temsilini verdiği söylenebilir.

A. Birinci Çeyrek

1. Temizlik Kitabı (*Tahâra*; %8.6, %6.1)
2. Namaz Kitabı (*Salât*; %23.4, %13.8)
3. Zekât Kitabı (*Zekât*; %4.3, %4.2)
4. Oruç Kitabı (*Savm*; %3.4, %2)
5. Hac Kitabı (*Hacc*; %6.8, %5.4)
6. Yiyecek ve İçecekler Kitabı (*Et'ima*; %1, %0.8) [birçok fıkıhçı bu ve sonraki kitabı Üçüncü Çeyreğin sonunda ele almışlardır]
7. Avlanma ve Hayvan Kesimi Kitabı (*es-Sayd ve-Zebâih*; %0.7, %0.5)

B. İkinci Çeyrek

[Mâlikîler ve Hanefîler, genellikle bu konuları Üçüncü Çeyrekte ele alırlar; miras ve vasiyet konularını ise genellikle eserlerinin sonuna bırakırlar.]

1. Satışlar Kitabı (*Büyû'*; %3.5, %4.9)
2. Rehin Kitabı (*Rehn*; %0.6, %1)
3. İflas ve Hacr Kitabı (*et-Teflîs ve'l-Hacr*; %0.7, %1.5)
4. Sulh Kitabı (*Sulh*; %0,35, %0,5)
5. Havâle Kitabı (*Havâle*; %0,2, %0,2)
6. Teminat Kitabı (*Damân, Kefâle*; %0,4, %0,6)
7. Ortaklık Kitabı (*Şerike*; %0,3, %0,4)
8. Vekalet Kitabı (*Vekâle*; %0,6, %1,1)
9. İkrar Kitabı (*İkrâr*; %0,5, %1,8)
10. Emanet Kitabı (*Vedî'a*; %0,2, %0,5)
11. Borç Kitabı (*'Âriye*; %0,2, %0,5)
12. Gasp Kitabı (*Gasb*; %0,8, %2)
13. Önalım Hakkı Kitabı (*Şüf'a*; %0,5, %0,9)
14. Mudârabe Kitabı (*Kırâd, Mudârabe*; %0,4, %0,8)
15. Tarımsal Kiralama Kitâbı (*Müsâkât*; %0,35, %0,4)
16. Kiralama ve Kiraya Verme Kitabı (*İcâre*; %0,8, %2)

17. Çorak Arazinin İşletilmesi Kitabı (*İhyâü'l-mevât*; %0,37, %0,6)
18. Hayır Vakıfları Kitabı (*Vakf*; %0,34, %1,6)
19. Hibe Kitabı (*Hibe*; %0,34, %1,2)
20. Buluntu Eşya Kitabı (*Lukata*; %0,34, %0,6)
21. Buluntu Çocuk Kitabı (*Lakît*; %0,1, %0,5)
22. Kaçan Köleleri Geri Getirme Ödülleri Kitabı (*Ci'âle*; %0,2, %0,2)
23. Miras Kitabı (*Farâ'id*; %0,6, %4)
24. Vasiyetler Kitabı (*Vesâya*; %0,9, %2,5)

C. Üçüncü Çeyrek

[Mâlikîler ve Hanefîler, genellikle bu konuları İkinci Çeyrekte ele alırlar.]

1. Evlilik Kitabı (*Nikâh*; %2.3, %3.4)
2. Mehir Kitabı (*Sadâk, Mehr*; %0.8, %1.3)
3. Evliliğin Anlaşmalı Feshi Kitabı (*Hul'*; %0.34, %0.7)
4. Evliliğin Koca Tarafından Tek Taraflı Feshi Kitabı (*Talâk*; % 1.1, %3.7)
5. Boşanmış Çiftin Yeniden Evlenmesi Kitabı (*Ric'a*; %0.3, %0.4)
6. Kocanın Karısıyla Cinsel İlişkiye Girmeyeceğine Dair Yemini Kitabı (*Îlâ*; %0.22, %0.4)
7. Kocanın, Karısını Nikahı Düşmeyecek Bir Yakınına Benzetmesi Kitabı (*Zıhâr*; % 0.36, %0.6)
8. Erkeğin Hanımını Kendisini Aldatmakla Suçlaması Kitabı (*Li'ân*; % 0.56, %0.52)
9. Yeminler Kitabı (*Eymân*; % 2, %1.7)
10. İddet Kitabı (*'İdde*; %0.6, %1.2)
11. Çocuğun Emzirilmesi Kitabı (*Radâ'*; % 0.2, %05)
12. Nafaka Kitabı (*Nafakât*; %0.57, %1.2)
13. Çocuğun Bakımı Kitabı (*Hadâne*; %0.2, %0.2)

D. Dördüncü Çeyrek

[Mâlikîler ve Hanefîler, genellikle bu konuları İkinci Çeyrekte ele alırlar.]

1. Haksız Fiiller Kitabı (*Cinâyât*; % 0.85, %1.8)
2. Diyet Kitabı (*Diyât*; % 2, %1.8)
3. Kur'ân'da Belirtilmiş Suçlar Kitabı (*Hudûd*; % 5.9, %3.3)
   a. Dinden Dönme Alt Bölümü (*Ridde*)
   b. İsyancılar Alt Bölümü (*Buğât*)
   c. Gayri Meşru Cinsel İlişkiler Alt Bölümü (*Zinâ*)
   d. Birini Gayri Meşru Cinsel İlişki ile Suçlama Alt Bölümün (*Kazf*)
   e. Hırsızlık Alt Bölümü (*Serika*)
   f. Yol Kesiciler Alt Bölümü (*Kutta'ü't-Tarîk*)
   g. Sarhoş Edici Maddeler Kullanma Alt Bölümü (*Şürbü'l-Müskir*)
4. Takdiri Cezalar Kitabı[132] (*Ta'zîr*; % 0.8, %0.1)
5. *Cihâd* Kitabı (*Siyer*; %0.8, %2) [Mâlikîler, bazı Hanbelîler ve İmâmiyye Şîası genellikle bu bölümü Birinci Çeyreğin sonunda inceliyorlar]
5. Ganimetlerin Taksimi Kitabı (*el-Fey' ve'l-Ganîme*; %1.9, %0.6)
6. Yargıçlar ve Yargılama Kitabı (*Akdiye*; %1.8, %3.4)
7. Davalar ve Kanıtlar Kitabı (*ed-Da'âvâ ve'l-Beyyinât*; %0.8, %0.9)
8. Şahitlikler Kitabı (*Şehâdât*; %1.5, %2)
9. Kölelikten Kurtulma Kitabı (*'Itk*; %0.5, %0.8)
10. Efendinin Ölümünden Sonra Kölelikten Kurtulma Kitabı (*Tedbîr*; %0.2, %0.2)
11. Ödeme Karşılığı Kölelikten Kurtulma Kitabı (*Kitâbe*; %0.35, %0.9)
12. Efendilerinden Çocuk Sahibi Olan Kadın Köleler Kitabı (*Ümmehâtü'l-Evlâd*; %0.35, %0.15)

[132] Şa'rânî bunu *kitâb* olarak değil, *bâb* olarak tasnif etmektedir.

Ek B: Kronoloji

Miladi tarihlerle hazırlanan bu kronoloji, yeni başlayanlara Şeriat tarihindeki dönüm noktalarını ve önemli tarihleri belirlemede yardımcı olmayı amaçlamaktadır. Hareketler ve tarihsel süreçler söz konusu olduğunda (örneğin, kişisel okullar, Akılcı-Gelenekselci Sentez, Ahbarîliğin düşüşü, vb), tarihler başlangıç ve/veya sonlarına dair kaba tahminler olarak alınmalıdır. Başka bir deyişle, bu kronoloji yalnızca genel bir rehber niteliğindedir ve bu kitap boyunca sunulan incelikli ve daha karmaşık açıklamaların yerini alamaz.

610	Hz. Muhammed'in ilk vahyi alması.
622	Hz. Muhammed'in Medine'ye göç etmesi.
632	Hz. Muhammed'in vefatı.
632-80'ler	Peygamber'in siyerinin ve Sünnetinin yükselişi.
632-34	Ebû Bekir'in halifeliği.
634-44	Ömer (I) b. el-Hattab'ın halifeliği.
635	Şam'ın fethi.
639	Bizans Mısır'ının fethi.
640	Sasani İran'ının fethi.
644-56	Osman b. Affân'ın halifeliği.
656-61	Ali'nin halifeliği.
661-749	Emevi hanedanlığı.
680'ler	Alimler ve ilk kâdıların Nebevî Sünnet üzerinde çalışmaya ve uzmanlaşmaya başlaması.
680'ler-90'lar	Şurayh'ın yargılamada aktif olması.
690'lar-730'lar	Bağımsız hukuk uzmanları sınıfının ve eğitim halkalarının (halakas) yükselişi.
711-13	Sind ve Maveraünnehir'in fethi.
717-20	Halife Ömer (II) b. Abdülaziz'in saltanatı.
740	Müslüman mahkemelerindeki çoğu görevin belirlendiği tarih.
740	Kişisel hukuk ekollerinin yükselişi.

749-1258	Abbasi Hanedanlığı.
750-1031	İspanya'da Emevi hanedanlığı.
750	Fıkhın (hukuk doktrini) sistematik olarak ortaya konulmaya başlanması.
762	Bağdat'ın kuruluşu.
765	Seçkin bir Kufeli hukukçu ve yargıç olan İbn Ebi Leyla'nın ölümü.
767	Hanefi mezhebinin isim babası ve baş lideri Ebû Hanîfe'nin ölümü.
773	Çevresinde kişisel bir hukuk ekolünün geliştiği önde gelen Suriyeli hukukçu Evzâ'î'nin ölümü.
777	Etrafında kişisel bir hukuk ekolünün geliştiği önde gelen Kufeli hukukçu Süfyan es-Sevrî'nin ölümü.
795	Önde gelen Medineli hukukçu ve Mâlikî ekolünün isim babası Mâlik b. Enes'in ölümü.
798	Önde gelen Kufe hukukçusu, İslam'ın ilk başyargıcı ve Hanefî ekolünün "kurucularından" Yakub Ebû Yusuf'un ölümü.
800	Hukuk doktrini tam teşekküllü şeklini aldı.
804	Önde gelen Kufe hukukçusu ve Hanefi ekolünün "kurucularından" Muhammed b. Hasan eş-Şeybânî'nin ölümü.
800-950	Büyük Akılcı-Gelenekselci Sentezin Gelişimi.
820	Şâfiî mezhebinin isim babası ve doktriner lideri İbn İdris eş-Şâfiî'nin ölümü.
820-900	Nebevi hadîslerin derlenmesi.
833-48	Mihne.
854	Çevresinde kişisel bir hukuk ekolünün geliştiği önde gelen Iraklı hukukçu İbrahim b. Hâlid Ebû Sevr'in ölümü.
855	Ünlü gelenekçi ve doktriner Hanbelî ekolünün isim babası Ahmed b. Hanbel'in ölümü.
860-900	Nebevi hadîslerin hadîs kitaplarında derlenmesi.
860-950	Doktriner kurumlar olarak hukuk ekollerinin (mezhepler) oluşumu.
868-905	Tulunoğulları'nın Mısır'ı yönetmesi.
880	Önde gelen Iraklı Hanefi hukukçu Muhammed b. Şücâ' es-Selcî'nin ölümü.
909-1171	Fatımî hanedanlığı.
918	Seçkin Şâfiî hukukçu ve kelamcı İbn Süreyc'in ölümü.
920-70	Tam teşekküllü bir hukuk teorisinin (fıkıh usulü) ilk büyük temsilcileri.
920-1000	Hâricîlerin en yoğun faaliyetleri (bkz. yukarıda 1. bölüm, 7. kısım).

923	Doktriner Hanbelî ekolünün oluşmasında etkili olan Ebû Bekir el-Hallâl'ın ölümü.
935-69	İhşidiler'in Mısır'ı yönetmesi.
939	Şiî hadîslerinin önemli bir derleyicisi olan Muhammed b. Yakub el-Küleynî'nin ölümü.
939	İmâmiyye Şîa'sında Büyük Gaybet'in başlangıcı.
945-1055	Büveyhiler'in Bağdat'ı yönetmesi.
945	Doktriner Hanbelî ekolünün oluşmasında etkili olan Ömer b. Hüseyin el-Hırakî'nin ölümü.
969	Fatımiler'in Mısır'ı fethi ve Kahire'yi kurması.
977-1186	Gazneliler'in Maveraünnehir ve Afganistan'ı yönetmesi.
991	Önemli bir Şiî muhaddis olan İbn Bâbeveyh el-Kummî'nin ölümü.
1000	Medrese kurumunun Irak'a girişi.
1012-55	Büveyhiler egemenliğinin tüm Irak'a yayılması.
1030-1120	Bir grup fakîh tarafından hukuk teorisi (fıkıh usulü) üzerine temel eserlerin yazılması.
1055-1157	Irak'ta Selçukluların egemenliği.
1065	Salçuklular'ın, vezirleri Nizâmülmülk aracılığıyla Bağdat'ta büyük medreseler kurması.
1067	Önemli bir İmâmiyye Şiî hukukçu ve hadisçisi olan ve Şiî hukuk teorisinin (fıkıh usulü) ilk temsilcilerinden biri olan Şeyhü Tâife et-Tûsî'nin ölümü.
1077-1307	Anadolu Selçuklu Devleti.
1092	Selçuklu veziri Nizâmülmülk'ün ölümü.
1169-1252	Eyyubiler'in Mısır'ı (ve 1260'a kadar Suriye'yi) yönetmesi.
1206-1526	Delhi sultanlığı.
1250-1517	Memlüklüler'in Mısır'ı yönetmesi.
1299-1922	Osmanlı İmparatorluğu.
1347-61	Memlük Sultanı el-Nasır Hasan'ın saltanatı, 1351 ve 1354 yılları arasında kesintiye uğradı.
1453	Osmanlılar İstanbul'u ele geçirdi.
1501-1732	Safeviler'in İran'ı yönetmesi.
1515-1872	Maveraünnehir'de Hive Hanlığı.
1526	Hindistan'da Moghal İmparatorluğu'nun başlangıcı.
1600	İngiliz Doğu Hindistan Şirketi kuruldu.
1600	İmâmiyye Şiî Usûlîleri ile Ahbarîler arasındaki çatışmanın başlangıcı.
1602	Hollanda Doğu Hindistan Şirketi kuruldu.

1757	Plassey Savaşı ve Bengal'in Doğu Hindistan Şirketi tarafından satın alınması.
1772	Warren Hastings Hindistan Genel Valisi oldu.
1779-1924	İran'da Kaçar Hanedanlığı 1794 yılında egemenliğini pekiştirdi.
1786	Charles Cornwallis Hindistan Genel Valisi oldu.
1791	Charles Hamilton Mergînânî'nin Hidâye'sinin İngilizce çevirisini yayınladı.
1800	Ahbârî ekolünün nihai çöküşü.
1804	Daha sonra birçok Müslüman ülkede etkili olacak olan Code Civil'in (Code Napoléon) Fransa'da ilan edilmesi.
1805-11	Muhammed Ali, Memlükleri ortadan kaldırarak ve önemli reformlara hazırlanarak Mısır üzerindeki hakimiyetini pekiştirdi.
1808-39	Reformcu Osmanlı Sultanı II Mahmud'un saltanatı.
1826	Yeniçeri ocağının İkinci Mahmud tarafından kaldırılması.
1826	Vakıflar, İstanbul'daki Evkâf-ı Hümâyun Nezâreti'nin kontrolü altına alındı.
1826	Boğaz Yerleşimleri Doğu Hindistan Şirketi'nin yönetimi altına girdi.
1828	Muhammed Ali ilk Mısırlı (hukuk) öğrenci grubunu Paris'e gönderdi. Osmanlılar ve Kaçarlar da aynı zamanda ya da bu tarihlerde aynı şeyi yaptılar.
1830	Fransızların Cezayir'i ele geçirmesi.
1830-80	Osmanlı İmparatorluğu, Mısır ve Fransız Cezayir'inde ulema sınıfının ciddi şekilde zayıflaması.
1837	Mısır'da Muhammed Ali tarafından siyasetnamenin ilanı.
1839	Osmanlı Gülhane Fermanı'nın ilanı.
1839-76	Osmanlı Tanzimat çağı.
1845	Kahire ve İskenderiye'de tüccar meclislerinin kurulması.
1847-69	Osmanlı İmparatorluğu'nda ilk büyük eğitim reformu dalgası.
1850	Osmanlı İmparatorluğu'nda Fransız temelli ticaret kanunu yürürlüğe girdi.
1853-56	Kırım Savaşları ve Osmanlı yenilgisi.
1854-55	İstanbul'da Mekteb-i Nüvvâb'ın kurulması.
1856	Islahat Fermanı'nın ilanı.
1857	Hindistan İsyanı.
1858	Osmanlı İmparatorluğu'nda Ceza Kanunu ve Arazi Kanunu'nun yürürlüğe girmesi.
1859	Cezayir'de Fransız ceza kanunu yürürlüğe girdi.

1860'lar	Mısırlı hukuk uzmanları Fransız medeni, ticaret, ceza ve usul kanunlarını Arapçaya çevirmeye başladı.
1860-80	Osmanlı İmparatorluğu ve Mısır'da Şer'î ahvâl-i şahsiyyenin uygulanmasının kademeli olarak kısıtlanması.
1864	Osmanlı İmparatorluğu'nda İl İdaresi Kanunu'nun yürürlüğe girmesi.
1867	Boğaz Yerleşimleri bir Kraliyet kolonisi haline geldi.
1869	Önde gelen Osmanlı reformcularından Fuat Paşa'nın (d. 1815) ölümü.
1870-77	Osmanlı Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye'sinin yayımlanması.
1871	Önde gelen Osmanlı reformcularından Ali Paşa'nın (d. 1815) ölümü.
1873	Fransız Cezayir'inde toprakla ilgili Loi Warnier ilan edildi.
1874	Osmanlı İmparatorluğu'nda Şer'i Yargılama Kanunu'nun ilan edilmesi.
1874-75	Mısır'da Medeni Kanun, Ceza Kanunu, Ticaret Kanunu, Deniz Ticareti Kanunu, Medeni ve Ticari Usul Kanunu ve Ceza Usul Kanunu'nun (hepsi Fransız hukukundan büyük ölçüde etkilenmiştir) ilan edilmesi.
1875	Hindistan Hukuk Raporları Yasası'nın yürürlüğe girmesi.
1875	Mısır'da Karma Mahkemelerin kurulması.
1876	İstanbul'da ilk modern hukuk fakültesinin kurulması.
1880	Osmanlı İmparatorluğu'nda Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu yürürlüğe girdi.
1880-1937	Endonezya'da Şeriat, Sumatra'daki vakıflar hariç, Hollandalılar tarafından aile hukuku ile sınırlandırıldı.
1881	Fransızlar Tunus'u işgal etti.
1881	Fransız Cezayir'inde Code de l'indigénat yürürlüğe girdi ve 1927'ye kadar uygulandı.
1890	İctihad kapısının kapatılması efsanesinin ortaya çıkışı.
1905	Mısır Baş Müftüsü ve önemli bir reformcu entelektüel olan Muhammed Abduh'un ölümü.
1906	İran'da yeni bir anayasanın kabul edilmesi.
1912	Fas Fransız himayesi altına girdi.
1916	Fransız Cezayir'inde Code Morand ilan edildi.
1917	Osmanlı Hukûk-ı Âile Kararnâmesi yürürlüğe girdi.
1920	Mısır'da 25 sayılı Aile Hukuku Yasası çıkarıldı.
1923	Türkiye Cumhuriyeti ilan edildi.
1924	Atatürk halifeliği kaldırdı.
1925-42	İran'da Rıza Şah Pehlevi'nin iktidarı ve büyük bir yasal reform dalgasının başlangıcı.
1926	Kemalist Türkiye'de Şeriat'ın son tasfiyesi.

1927	İran'da Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu ve Adli Teşkilat Kanunu yayımlandı.
1928	Mısır'da Müslüman Kardeşler hareketinin doğuşu.
1929	Hindistan'da Çocuk Evliliklerini Kısıtlama Yasası yürürlüğe girdi.
1929	Mısır'da 25 sayılı Aile Hukuku Yasası yayımlandı.
1930	Fransızlar Fas'ta Dahir berbère'i ilan etti.
1931	İran'da Evlilik Yasası yürürlüğe girdi.
1935	İran'da yeni bir medeni kanun.
1937	Hollandalılar Endonezya'da vakıfları düzenlemek için yeni yasalar çıkardı.
1945	Endonezya'da anayasanın kabul edilmesi.
1946	Mısır'da 48 sayılı (vakıflar hakkında) ve 71 sayılı (miras hakkında) kanunlar çıkarıldı.
1947	Pakistan bağımsızlığını ilan etti.
1948	Endonezya'da 19 sayılı Kanun (adli teşkilat) yürürlüğe girdi.
1949	Mısır'da karma mahkemeler kaldırıldı.
1949	Pakistan'da Hedefler Kararnâmesi'nin kabulü.
1949	Suriye'de yeni bir medeni kanun kabul edildi.
1949	Müslüman Kardeşler'in kurucusu Hasan el-Bennâ'nın ölümü.
1950	Müslüman Kardeşler etkilerini Ürdün, Suriye, Sudan, İran, Malezya ve İslam dünyasının başka yerlerine yaydı.
1951	Irak'ta yeni bir medeni kanun.
1951	Ürdün'de Aile Hakları Kanunu yürürlüğe girdi.
1952	Mısır'da 180 sayılı kanun (aile vakıflarını kaldıran) çıkarıldı.
1953	Libya'da yeni bir medeni kanun.
1953	Suriye Ahvâl-i Şahsiyye Kanunu yürürlüğe girdi.
1955	Mısır'da Şer'i mahkemeleri kaldıran 462 sayılı Kanun çıkarıldı.
1956	Tunus'ta Ahvâl-i Şahsiyye Kanunu yayımlandı.
1956	Pakistan'da Anayasa'nın ilan edilmesi.
1957-58	Fas'ta Ahvâl-i Şahsiyye Kanunu'nun (Müdevvene) yürürlüğe girmesi.
1959	Irak'ta Ahvâl-i Şahsiyye Kanunu yürürlüğe girdi.
1959	Kuveyt'te Yargıyı Düzenleyen Kanun yürürlüğe girdi.
1961	Pakistan'da Müslüman Aile Kanunları Yönetmeliği yayımlandı.
1963-93	El-Ezher önemli ölçüde genişledi.
1964	Cezayir'de yeni bir anayasa kabul edildi.
1966	Müslüman Kardeşler'in ideologu Seyyid Kutub, Nasır rejimi tarafından idam edildi.

1967	İran'da Aile Koruma Yasası yürürlüğe girdi.
1969	Mısır'da Yüksek Mahkeme'nin adı Yüksek Anayasa Mahkemesi olarak değiştirildi.
1973	Pakistan'da yeni bir anayasanın kabul edilmesi.
1973	Suriye'de anayasa kabul edildi.
1974	Endonezya'da evlilik yasası çıkarıldı.
1975	İran'da Ailenin Korunması Yasası değiştirildi.
1975	Suriye Ahvâl-i Şahsiyye Kanunu değiştirildi.
1979	İran'da İslam Devrimi; yeni bir anayasanın kabul edilmesi.
1979	Mısır'da 44 sayılı Kanun (Cihan Kanunu) yayımlandı.
1980-96	İran'da ceza kanununda bir dizi değişiklik yapıldı.
1980	Kuveyt'te Medeni Kanun yürürlüğe girdi.
1984	Kuveyt Ahvâl-i Şahsiyye Kanunu yürürlüğe girdi.
1984	Cezayir'de Aile Kanunu yürürlüğe girdi.
1985 1979	tarihli Cihan Kanunu'nun yerini alan 100 sayılı Kanun.
1989	Endonezya'da 7 sayılı Kanun çıkarıldı (Şeriat mahkemelerinin birleştirilmesi için).
1989	İran Anayasası değiştirilerek cumhurbaşkanının yetkileri genişletildi.
1991	Yemen Cumhuriyeti'nde anayasa kabul edildi.
1991	Endonezya'da İslam Hukuku Derlemesi'nin (Kompilasi Hukum Islam di Indonesia) yürürlüğe girmesi.
1992	Yemen'de Ahvâl-i Şahsiyye Kanunu (No 20) yürürlüğe girdi.
1996	Cezayir'de 1976 tarihli öncülünü yürürlükten kaldıran yeni bir anayasa kabul edildi.
2000	İran'da Genel ve Devrim Mahkemeleri Usulü yayımlandı.
2003	İran Medeni Kanunu yayımlandı.
2003-07	İşgal altındaki Irak'ta büyük bir yasal düzenleme dalgası.

Kaynakça

Kitap kayıtları sınıflandırılırken, ayın harfi, hemze ve Arapçadaki el- takısı dikkate alınmamıştır.

1. Arapça Kaynaklar

'Abduh, Muhammed, *Takrîr fî ıslâhi'l-mehâkimi'ş-şer'iyye* (Kahire: Matba'atü'l-Menâr, 1317/1900).

Ahmednegerî, 'Abdünnebî b. Ahmed, *Câmi'u'l-'ulûm fî ıstılâhâti'l-fünûn, el-Mülakkab bi-Düstûrü'l-'ulemâ'*, 4 cilt. (Tıpkıbs.; Beyrut: Mü'essetü'l-A'lemî li'l-Matbû'ât, 1975).

'Alemî, 'Îsâ b. Ali. *Kitâbü'n-nevâzil*, 3 cilt. (Rabat: Vizâretü'l-Evkâf ve'ş-Şu'ûni'l-İslâmiyye, 1983).

Ali, Cevâd. *el-Mufassal fî târîhi'l-Arab kable'l-İslâm*, 10 cilt. (Beyrut: Dârü'l-İlm li'l-Melâyîn, 1970-76).

'Âmilî, Muhammed b. Hasan el-Hür. *Vesâ'ilü'ş-Şî'a ilâ tahsîli mesâ'ili'ş-şerî'a*, 20 cilt. (Beyrut: Mü'essetü'l-A'lemî li'l-Matbû'ât, 1427/2007).

'Aşmâvî, Muhammed Sa'îd. *Usûlü'ş-şerî'a* (Beyrut: Dârü İkra, 1983).

'Askalânî, İbn Hacer. *Bulûğü'l-merâm min edilleti'l-ahkâm*, thk. Muhammed Emîn Kütübî. (Beyrut: Dârü'r-Râ'idi'l-'Arabî, 1407/1987).

Raf'u'l-isr 'an kudâti Mısr, Kindî'nin *Ahbâru kudâti Mısr* eseri ile beraber basılmış. thk. R. Guest. (Kahire: Mü'essetü Kurtuba, t.y.); Fransızca çev., Mathieu Tillier, *Vies des Cadis de Misr*. (Kahire: Institut Français d'Archéologie Orientale, 2002).

'Aynî, Ebû Muhammed Mahmûd b. Ahmed. *el-Binâye fî şerhi'l-Hidâye*, thk. Muhammed Ömer. 12 cilt. (Beyrut: Dârü'l-Fikr, 1990).

Bâ Alevî, 'Abdurrahmân b. Muhammed. *Buğyetü'l-müsterşidîn fî telhîsi fetâvâ ba'de'l-e'imme mine'l-'ulemâ'i'l-müte'ahhirîn* (Kahire: Mustafa Bâbî el-Halebî, 1952).

Bağdâdî, İbn Ğânim b. Muhammed. *Mecma'ü'd-damânât* (Kahire: el-Matba'atü'l-Hayriyye, 1308/1890).

Bağdâdî, el-Hatîb. *Târîhu Bağdâd*, 14 cilt. (Kahire: Matba'atü's-Sa'âde, 1931).

Bâcî, Ebü'l-Velîd. *İhkâmü'l-fusûl fî ahkâmi'l-usûl*, thk. 'Abdülmecîd Türki. (Beyrut: Dârü'l-Ğarbi'l-İslâmî, 1986).

Basrî, Ebü'l-Hüseyin. *el-Mu'temed fî usûli'l-fıkh*, thk. Muhammed Hamidullah *vd.*, 2 cilt. (Şam: Institut Français, 1964–65).

Bâz, Selîm Rüstüm. *Şerhu'l-Mecelle*, 2 cilt. (Tıpkıbs.; Beyrut: Dârü'l-Kütübi'l-'İlmiyye, 1305/1887).

Bişrî, Târık. *el-Kadâ'u'l-Mısrî beyne'l-istiklâl ve'l-ihtivâ* (Kahire: Mektebetü'ş-Şurûk ed-Devliyye, 1427/2006).

el-Vaz'u'l-kânûni'l-mu'âsır beyne'ş-şerî'ati'l-İslâmiyye ve'l-kânûni'l-vaz'î (Kahire: Dârü'ş-Şurûk, 1417/1996).

Buhûtî, Mansûr b. Yûnus b. İdrîs. *Keşşâfü'l-kınâ' 'an metni'l-İknâ'*, thk. Muhammed 'Adnân Dervîş, 6 cilt. (Beyrut: Dârü İhyâ'i't-Türâsi'l-'Arabî, 1999–2000).

er-Ravzu'l-mürbi' bi-Şerhi Zâdi'l-müstakni' (Beyrut: Dârü'l-Cîl, 1997).

Şerhu Müntehe'l-irâdât, el-Müsemmâ Dakâ'iku ülî'n-nühâ li-Şerhi'l-Müntehâ, 3 cilt. (Kahire: y.y., t.y.).

Bûtî, Muhammed Sa'îd Ramazân. *Davâbitu'l-maslaha fi'ş-şerî'ati'l-İslâmiyye* (Şam: el-Mektebetü'l-Ümeviyye, 1966–67).

Ayrıca bkz. Marzûkî.

Cemmâ'îlî, 'Abdülğanî b. 'Abdülvâhid. *el-'Umde fi'l-ahkâm*, thk. Mustafa 'Atâ. Beyrut: Dârü'l-Kütübi'l-'İlmiyye, 1986.

Cevzî, 'Abdurrahmân Ali. *Ahkâmü'n-nisâ*, thk. 'Abdülkadir 'Abdülkadir. (Şam: Dârü'l-Vesâ'ik, 1427/2006).

Cezîrî, Abdurrahmân. *el-Fıkhu 'ale'l-mezâhibi'l-erba'a*, thk. 'Abdüllatîf Beytiyye, 5 cilt. (Beyrut: Dârü İhyâ'i't-Türâsi'l-'Arabî, t.y.).

Cüveynî, İmâmü'l-Haremeyn. *el-Burhân fi usûli'l-fıkh*, thk. 'Abdülazîm Dîb, 2 cilt. (Kahire: Dârü'l-Ensâr, 1400/1980).

Dımaşkî, Ebû Zür'a. *Târîhu Ebî Zür'a ed-Dımaşkî*, thk. Şükrullah b. Ni'metullah el-Kevcânî (y.y., 1970).

Esterâbâdî, Muhammed Emîn. *el-Fevâ'idü'l-medeniyye* (y.y.: Dârü'n-Neşr li-Ehli'l-Beyt, 1984).

Ezherî, Ebû Mansûr. *ez-Zâhir fî ğarîbi elfâzi'ş-Şâfi'î*, Mâverdî'nin *el-Hâvî el-Kebîr*'inin 1. cildi olarak neşredilmiş. (Beyrut: Dârü'l-Kütübi'l-'İlmiyye, 1414/1994).

Ferec, Muhammed Abdüsselâm. *el-Ferîdatü'l-gâ'ibe*, çev. J. G. Jansen, *The Neglected Duty: The Creed of Sadat's Assassins and Islamic Resurgence in the Middle East* (New York: Macmillan, 1986).

el-Cihâd: el-Ferîdatü'l-Ğâ'ibe (y.y., t.y.).

el-Fetâva'l-Hindiyye, der. eş-Şeyhü'n-Nizâm *vd.*, 6 cilt. (Tıpkı bs.; Beyrut: Dârü İhyâ'i't-Türâsi'l-'Arabî, 1400/1980).

Gasûb, 'Abdülcemîl. "el-Kavânînü'l-vaz'iyye el-Feransiyye ve'ş-Şerî'ati'l-İslâmiyye: Tekârüb ve Tebâ'ud", içinde *Mâ'atay 'Âm 'alâ İsdâri't-Taknîni'l-Medenî fi'l-Feransî, 1804–2004* (Beyrut: Menşûrâtü'l-Halebî el-Hukûkiyye, 2005): 17–48.

Gazâlî, Ebû Hâmid Muhammed b. Muhammed. *İhyâ'u 'ulûmi'd-dîn*, 5 cilt. (Halep: Dârü'l-Va'y, 1425/2004).

el-Menhûl min ta'lîkâti'l-usûl, thk. Muhammed Hasan Haytû. (Şam: Dârü'l-Fikr, 1980).

Muhtasaru İhyâ'i 'ulûmi'd-dîn, el-Müsemmâ Lübâbü'l-ihyâ, thk. Mahmûd Beyrûtî. (Şam: Dârü'l-Beyrûtî, 1428/2007).

el-Mustasfâ fî 'ilmi'l-usûl, thk. Şeyh Muhibbullah b. Abdü'ş-Şekûr. (Bulak: el-Matba'atü'l-Emîriyye, 1322/1904).

el-Vasît fi'l-mezheb, thk. Ebû Amr el-Hüseynî, 4 cilt. (Beyrut: Dârü'l-Kütübi'l-'İlmiyye, 1422/2001).

Hallâf, 'Abdülvehhâb. *Mesâdirü't-teşrî'i'l-İslâmî fî mâ lâ nass fîh*. (Kahire: Dârü'l-Kitâbi'l-'Arabî, 1955).

Halebî, İbrâhîm b. Muhammed. *Mülteka'l-Ebhur*, thk. Vehbî el-Elbânî, 2 cilt. (Beyrut: Mü'essetü'r-Risâle, 1409/1989).

Haraşî, Muhammed b. Abdullah. *Hâşiyetü'l-Haraşî 'alâ Muhtasarı Sîdî Halîl*, 8 cilt. (Beyrut: Dârü'l-Kütübi'l-'İlmiyye, 1417/1997).

Hasenî, Abdülhay. *Tezhîbü'l-Ahlâk*, thk. Abdülmâcid el-Cevrî. (Şam: Dârü'l-Fârâbî, 1423/2002).

Hattâb, Muhammed b. Muhammed. *Mevâhibü'l-celîl li-şerhi Muhtasarı Halîl*, 6 cilt. (Tıpkıbs.; Beyrut?: Dârü'l-Fikr, 1412/1992).

Haydar, Ali. *Dürerü'l-hükkâm şerhu Mecelleti'l-ahkâm*, 3 cilt, 16 bölüm (Tıpkıbs.; Beyrut: Dârü'l-Kütübi'l-'İlmiyye, 1991).

Hillî, el-Muhakkik Necmüddîn Ca'fer b. Hasan. *Me'âricü'l-usûl*, thk. M. Radavî. (Kum: Matba'atü Seyyidü'ş-Şühedâ', 1403/1982.

Şerâ'i'u'l-İslâm fî mesâili'l-helâl ve'l-harâm, 4 cilt. (Beyrut: Dârü'l-Kâri, 1425/2004).

Hısnî, Takiyüddîn Muhammed. *Kifâyetü'l-ahyâr fî halli Gâyeti'l-ihtisâr*, 2 cilt. (Surabaya: Matba'atü'l-Hidâye, t.y.)

Huşenî, Ebû Abdullah Muhammed b. Hâris. *Usûlü'l-fütyâ fi'l-fıkh*, thk. Muhammed Mecdûb. (Beyrut: el-Mü'essetü'l-Vataniyye li'l-Kitâb, 1985).

Hümeynî, Âyetullah. *el-Hükûmetü'l-İslâmiyye*, thk. Hasan Hanefî. (Kahire: y.y., 1979).

el-İstişhâd. (İran: Mü'essetü'l-'Urûc, 1417/1996).

Hür el-Âmilî, *bk*. 'Âmilî, Muhammed b. Hasan.

Hüsâm eş-Şehîd, İbn Mâze Ömer b. 'Abdülazîz. *Şerhu Edebi'l-kâdî*, thk. Ebu'l-Vefâ el-Efgânî (Beyrut: Dârü'l-Kütübi'l-'İlmiyye, 1994).

İbn 'Abdilberr, Ebû Ömer Yûsuf. *Câmi'u beyâni'l-ilmi ve fazlihi* (Beyrut: Dârü'l-Kütübi'l-'İlmiyye, t.y.)

İbn 'Abdirabbih, Ahmed b. Muhammed. *el-'İkdü'l-ferîd*, thk. Muhammed el-'Aryân, 8 cilt. (Kahire: Matba'atü'l-İstikâme, 1953).

İbn Abdirrâfi', Ebû İshâk İbrâhîm. *Mu'înü'l-hükkâm 'ale'l-kadâyâ ve'l-ahkâm*, thk. Muhammed b. Kâsım b. Abbâd, 2 cilt. (Beyrut: Dârü'l-Ğarbi'l-İslâmî, 1989).

İbn 'Âbidîn, Muhammed Emîn. *Hâşiyetü Reddi'l-muhtâr 'ale'd-Dürri'l-muhtâr: Şerhu Tenvîri'l-ebsâr*, 8 cilt. (Beyrut: Dârü'l-Fikr, 1399/1979).

el-Ukûdü'd-Dürriyye fî tenkîhü'l-Fetâva'l-Hâmidiyye, 2 cilt. (Kahire: el-Matba'atü'l-Meymûniyye, 1893).

İbn A'sem, Ebû Muhammed Ahmed. *el-Fütûh*, 8 cilt. (Beyrut: Dârü'l-Kütübi'l-'İlmiyye, 1986).

İbn Bâbeveyh, Muhammed b. Ali el-Kummî. *Men lâ yahduruhu el-fakîh*, 4 cilt. (Beyrut: Dârü'l-Edvâ, 1985).

İbn Berhân, Ahmed b. Ali. *el-Vusûl ilâ ilmi'l-usûl*, thk. Abdülhamîd Ebû Zünayd, 2 cilt. (Riyad: Mektebetü'l-Ma'ârif, 1984).

İbn Ebi'd-Dem, İbrâhîm b. Abdullah. *Edebü'l-kadâ ev ed-dürerü'l-manzûmât fi'l-akdiye ve'l-hükûmât*, thk. Muhammed 'Atâ. (Beyrut: Dârü'l-Kütübi'l-'İlmiyye, 1987).

İbn Ebî Şeybe, Ebû Bekr Abdullah b. Muhammed b. İbrâhîm. *el-Musannef*, 9 cilt. (Beyrut: Dârü'l-Kütübi'l-'İlmiyye, 1416/1995).

İbnü'l-Ferrâ, Muhammed b. Ebî Ya'lâ. *Tabakâtü'l-Hanâbile*, thk. Muhammed el-Fıkî, 2 cilt. (Kahire: Matba'atü's-Sünneti'l-Muhammediyye, 1952).

İbn Hacer el-Heytemî. *el-Fetâva'l-kübra'l-fıkhiyye*, 4 cilt. (Kahire: Abdülhamîd Ahmed el-Hanefî, 1938).

İbnü'l-Hâcib, Cemâlüddîn b. Ömer. *Câmi'ü'l-ümmehât*, thk. Ebû Abdurrahmân el-Ahdarî. (Şam ve Beyrut: el-Yemâme li't-Tıbâ'a ve'n-Neşr, 1421/2000).

İbn Haldûn, 'Abdurrahmân. *el-Mukaddime: Kitâbu'l-'iber ve dîvânü'l-mübteda ve'l-haber fî eyyâmi'l-Arab ve'l-Acem ve'l-Berber ve men âsarahum min zevi's-sultâni'l-ekber*. (Beyrut: Dârü'l-Kütübi'l-'İlmiyye, t.y.); çev. Franz Rosenthal, *The Muqaddimah: An Introduction to History*, 3 cilt. (Londra: Routledge and Kegan Paul, 1958).

İbn Hallikân, Şemsüddîn Ahmed. *Vefeyâtü'l-a'yân*, 4 cilt. (Beyrut: Dârü İhyâ'i't-Türâsi'l-'Arabî, 1417/1997).

İbn Hazm, Ali b. Ahmed. *Merâtibü'l-icmâ' fi'l-ibâdât ve'l-mu'âmelât ve'l-mu'tekadât*. (Beyrut: Dârü'l-Âfâki'l-Cedîde, 1978).

Mu'cemü'l-fıkh, 2 cilt. (Şam: Matba'atü Câmi'ati Dımaşk, 1966).

İbn Hibbân, Muhammed. *Kitâbü's-sikât*. (Haydarabad: Abdülhâlik el-Afgânî, 1388/1968).

Meşâhîrü 'ulemâ'i'l-emsâr, thk. M. Fleischhammer. (Kahire: Matba'atü Lecnati't-Ta'lîf ve't-Terceme ve'n-Neşr, 1379/1959).

İbnü'l-Hümâm, Kemâlüddîn. *Şerhu Fethi'l-Kadîr*, 10 cilt. (Tıpkıbs.; Beyrut: Dârü'l-Fikr, 1990).

İbn Kesîr, Ebu'l-Fidâ. *Tefsîru'l-Kur'âni'l-'azîm*, thk. Hüseyin Zahrân, 4 cilt. (Beyrut: Dârü'l-Kütübi'l-'İlmiyye, t.y.).

İbnü'l-Lehhâm, Ali b. 'Abbâs el-Ba'lî. *el-Kavâ'id ve'l-fevâ'idü'l-usûliyye*, thk. Muhammed Ali Fıkî. (Beyrut: Dârü'l-Kütübi'l-'İlmiyye, 1403/1983).

İbn Manzûr, Cemâlüddîn Muhammed. *Lisânü'l-Arab*, 15 cilt. (Beyrut: Dârü's-Sâdır, 1972).

İbn Mâze, Burhânüddîn Sadrüşşerî'a el-Buhârî. *el-Muhîtü'l-Burhânî li-mesâ'ili'l-Mebsût ve'l-Câmi'ayn ve's-Siyer ve'z-Ziyâdât ve'n-Nevâzil ve'l-Fetâvâ ve'l-Vâkı'ât, Mudellele bi-delâ'ili'l-mütakaddimîn*, thk. Na'îm Ahmed, 25 cilt. (Karaçi: İdâretü'l-Kur'ân ve'l-'Ulûmi'l-İslâmiyye, 1424/2004).

İbn Mâze, Ömer. *bk. el-Hüsâm eş-Şehîd*.

İbn Miftâh, Abdullah. *el-Müntaza'ü'l-muhtâr mine'l-ğaysi'l-midrâr, el-Ma'rûf bi-Şerhi'l-Ezhâr*, 10 cilt. (Saada, Yemen: Mektebetü't-Türâsi'l-İslâmî, 1424/2003).

İbn Müflih, Şemsüddîn Muhammed. *el-Âdâbü'ş-şer'iyye*, thk. Şu'ayb el-Arnâvût ve Ömer el-Kayyâm, 4 cilt. (Beyrut: Mü'essetü'r-Risâle, 1418/1977).

Kitâbü'l-Fürû', 6 cilt. (Beyrut: Âlemü'l-Kütüb, 1985).

İbnü'l-Münâsif, Muhammed b. 'Îsâ. *Tenbîhü'l-hükkâm 'alâ meâhizi'l-ahkâm*. (Tunus: Dârü't-Türkî li'n-Neşr, 1988).

İbnü'l-Münzîr, Muhammed b. İbrâhîm en-Nîsâbûrî. *el-İknâ'*, thk. Muhammed Hasan İsmâîl. (Beyrut: Dârü'l-Kütübi'l-'İlmiyye, 1418/1997).

İbn Nakîb. *bk.* Mısrî.

İbnü'n-Nedîm. *el-Fihrist*. Beyrut: Dârü'l-Ma'rife li't-Tıbâ'a ve'n-Neşr, 1398/1978. çev. B. Dodge, *The Fihrist of al-Nadim: A Tenth-Century Survey of Muslim Culture*. (New York: Columbia University Press, 1970).

İbnü'n-Neccâr, Takiyyüddîn. *Münteha'l-irâdât*, thk. 'Abdülmuğnî 'Abdülhâlik, 2 cilt. (Kahire: Mektebetü Dâri'l-Ûrûba, 1381/1962).

İbn Nüceym, Zeynüddîn b. İbrâhîm. *el-Eşbâh ve'n-nezâ'ir*. (Beyrut: Dârü'l-Kütübi'l-'İlmiyye, 1413/1993).

İbn Kâdî Şühbe, Takiyyüddîn. *Tabakâtü'ş-Şâfi'iyye*, thk. Abdülalîm Han, 4 cilt. (Haydarabad: Matba'atü Meclisi Dâ'irati'l-Ma'ârifi'l-Osmâniyye, 1398/1978).

İbnü'l-Kâs, Ahmed b. Muhammed. *Edebü'l-kâdî*, thk. Hüseyin Cebbûrî, 2 cilt. (Taif: Mektebetü's-Sıddîk, 1409/1989).

İbn Kudâme, Muvaffaküddîn. *el-Kâfî fi fıkhi'l-İmâm Ahmed b. Hanbel*, thk. Sıdkî Cemîl ve Selîm Yûsuf, 4 cilt. (Beyrut: Dârü'l-Fikr, 1992–94).

el-Muğnî, 14 cilt. (Beyrut: Dârü'l-Kütübi'l-'İlmiyye, t.y.).

Tahrîmü'n-nazar fi kütübi ehli'l-kelâm, thk. ve çev. George Makdisi, *Censure of Speculative Theology*. (Londra: Luzac & Co., 1962).

İbn Kudâme, Şemsüddîn Ebü'l-Ferec 'Abdurrahmân. *eş-Şerhü'l-kebîr alâ metni'l-Muğnî*, Muvaffaküddîn İbn Kudâme, *el-Muğnî* içinde.

İbn Receb, 'Abdurrahmân. *el-Kavâ'id fi'l-fıkhi'l-İslâmî*, thk. Tâhâ Sa'd. (Beyrut: Dârü'l-Cîl, 1408/1988).

İbn Rüşd el-Hâfid, *bk.* Kaynakçada ikinci başlık.

İbn Rüşd, Muhammed b. Ahmed (el-Ced). *Fetâvâ İbn Rüşd*, thk. el-Muhtâr b. Tâhir et-Telîlî, 3 cilt. (Beyrut: Dârü'l-Ğarbi'l-İslâmî, 1978).

İbn Sa'd, Muhammed. *et-Tabakâtü'l-kübrâ*, 8 cilt. (Beyrut: Dârü Beyrût li't-Tıbâ'a ve'n-Neşr, 1958).

İbn Teymiyye, Takiyyüddîn. *Der'u te'âruzi'l-'akl ve'n-nakl*, thk. 'Abdüllatîf 'Abdurrahmân, 5 cilt. (Beyrut: Dârü'l-Kütübi'l-'İlmiyye, 1997).

Muhtasaru'l-Fetâvâ el-Mısriyye. (Kahire: y.y., 1949).

Nakdü Merâtibi'l-İcmâ', İbn Hazm, *Merâtibü'l-İcmâ'* içinde.

Risâle fi'l-İstihsân, *bk.* Makdisî, "Ibn Taymīya's Autograph Manuscript on *Istihsān*".

Kâsânî, 'Alâüddîn b. Mes'ûd. *Bedâi'u's-sanâi' fi tertîbi'ş-şerâi'*, thk. Ali 'Âdil ve Müevved 'Abdülmevcûd, 9 cilt. (Beyrut: Dârü'l-Kütübi'l-'İlmiyye, t.y.).

Kâşifülgıtâ, Muhammed Hüseyin. *Tahrîrü'l-Mecelle*, 3 cilt. (Kum: el-Mecma'u'l-'Âlemî li't-Takrîb beyne'l-Mezâhibi'l-İslâmiyye, 1422/2001).

Kerderî, Muhammed b. Şihâb İbnü'l-Bezzâzî. *el-Fetâva'l-Bezzâziyye el-müsemmâ bi'l-Câmi'i'l-vecîz, el-Fetâva'l-Hindiyye*'nin hamişinde basıldı, 4 ve 5. cilt (Tıpkıbs.; Beyrut: Dârü İhyâ'i't-Türâsi'l-'Arabî, 1980).

Kindî, Muhammed b. Yûsuf. *Ahbâru kudâtı Mısr*, thk. R. Guest. (Kahire: Mü'essetü Kurtuba, t.y.).

Küleynî, Muhammed b. Ya'kûb. *el-Kâfî*, thk. Muhammed Ca'ferî, 10 cilt. (Tahran: Group of Muslim Brothers, 1978).

Leknevî, Abdülhay. *el-Fevâ'idü'l-behiyye fi terâcimi'l-Hanefiyye*. (Varanasi: Mektebetü Nedvetü'l-Ma'ârif, 1967).

el-Mahkemetü'd-düstûriyye el-'ulyâ: el-Ahkâm elletî esdarethâ el-Mahkeme, 5 cilt. (Kalyub: Matâbi'u'l-Ehrâmi't-Ticâriyye, t.y.).

Mâlik b. Enes. *el-Muvatta'*. (Beyrut: Dârü'l-Cîl, 1414/1993).

Makdîsî, 'Abdurrahmân b. İbrâhîm. *el-'Udde: Şerhu'l-Umde fi fıkhi İmâmü's-Sünne Ahmed b. Hanbel eş-Şeybânî*, thk. Hâlid Muhammed Muharrem. (Sayda, Beyrut: el-Mektebetü'l-'Asriye, 1416/1995).

Mâverdî, Ali Muhammed b. Habîb. *el-Ahkâmü's-sultâniyye ve'l-vilâyâtü'd-dîniyye*. (Kahire: Dârü'l-Fikr, 1983).

el-Hâvî el-Kebîr, thk. Ali Mü'evvad ve 'Âdil 'Abdülmevcûd, 18 cilt. (Beyrut: Dârü'l-Kütübi'l-'İlmiyye, 1994).

Mecelletü'l-ahkâmu'l-'adliyye, *bk.* Bâz, Selîm Rüstüm.

Meclisî, Muhammed Bâkır. *Bihârü'l-envâri'l-câmi'a li-düreri ahbâri'l-e'immeti'l-ethâr*, 111 cilt. (Beyrut: Mü'essetü'l-Vefâ, 1983).

Mecmû'atü'l-kavânîn, *bk.* Ramazân.

Merğinânî, Burhânüddîn Ali b. Ebû Bekr. *el-Hidâye: Şerhu Bidâyeti'l-Mübtedî*, 4 cilt. (Kahire: Mustafa Bâbî el-Halebî, t.y.); çev. İ. Khan Nyazee, *Al-Hidaya: The Guidance*, I (Bristol: Amal Press, 2006). Ayrıca bk. Hamilton, Charles.

Merzûkî, Ebû Ya'rub ve Muhammed Sa'îd el-Bûtî. *İşkâliyyât tecdîd usûli'l-fıkh*. (Beyrut ve Şam: Dârü'l-Fikr, 2006).

el-Mevsû'atü'l-fıkhiyye, 45 cilt. (Kuveyt: Dârü's-Safve li't-Tıbâ'a ve'n-Neşr, 1990-).

Mevvâk, Muhammed b. Yûsuf. *et-Tâc ve'l-iklîl fi şerhi Muhtasarı Halîl*, Hattâb, *Mevâhibü'l-Celîl*'in hamişinde basıldı.

Misrî, İbn Nakîb. *'Umdetü's-sâlik*, thk. ve çev. N. H. M. Keller, *The Reliance of the Traveller*. (Evanston, IL: Sunna Books, 1991).

Musaylihî, Sâmiye Ali. "el-Biğâ fî Mısr fi'l-'asri'l-Memlûkî, 648-923 H/1250-1517AD," *Havlîyyâtü Âdâbı 'Ayn Şems*, 33 (2005): 108–63.

Müftâh, Cîlânî. *el-Hadâsiyyûnu'l-Arab fi'l-ukûdi's-selâse ve'l-ahîra ve'l-Kur'âni'l-kerîm*. (Şam: Dârü'n-Nehda, 1427/2006).

Mûsilî, Abdullah Mahmûd b. Mevdûd. *el-İhtiyâr li-ta'lîli'l-Muhtâr*, 5 cilt. (Beyrut: Dârü'l-Halebî, 1951).

Necdî, Abdurrahmân b. Muhammed b. Kâsım el-'Âsımî. *Hâşiyetü'r-Ravzu'l-Mürbi' Şerhu Zâdi'l-Müstakni'*, 7 cilt. (Beyrut: y.y., 1419/1998-99).

Nesâî, Ahmed b. Şu'ayb. *Kitâbu 'işreti'n-nisâ*, thk. 'Amr Ali Ömer. (Beyrut: Dârü'l-Cîl, 1412/1992).

Nevevî, Muhyiddîn Yahyâ b. Şeref. *el-Mecmû': Şerhu'l-Mühezzeb*, 12 cilt. (Kahire: Matba'atü't-Tedâmun, 1344/1925).

Ravzatü't-tâlibîn, thk. 'Âdil 'Abdülmevcûd ve Ali Mü'evvad, 8 cilt. (Beyrut: Dârü'l-Kütübi'l-'İlmiyye, t.y.).

Nizâm, Şeyh, *bk. el-Fetâva'l-Hindiyye*.

Kâdîhan, Fahreddîn Hasan b. Mansûr el-Özcendî. *Fetâvâ Kâdîhan*, *el-Fetâvâ el-Hindiyye*'nin hamişinde basıldı, 1-3.

Kadızâde, Şemsüddîn Ahmed. *Netâ'icü'l-efkâr fî keşfi'r-rümûzi ve'l-esrâr*, İbnü'l-Hümâm, *Şerhu Fethi'l-kadîr* içinde, 8-10. cilt.

Kaffâl, Ebû Bekr Muhammed, *bk.* Şâşî.

Kalkaşandî, Ahmed b. Ali. *Subhu'l-a'şâ fî sınâ'ati'l-inşâ*, thk. Muhammed Hüseyin Şemsüddîn, 14 cilt. (Beyrut: Dârü'l-Kütübi'l-'İlmiyye, 1987.)

Karâfî, Ebu'l-Abbâs Ahmed b. İdrîs. *el-Furûk, ev Envâru'l-burûk fî envâ'i'l-furûk*, thk. Halîl el-Mansûr, 4 cilt. (Beyrut: Dârü'l-Kütübi'l-'İlmiyye, 1418/1998).

Kârî, Ahmed b. Abdullah. *Mecelletü'l-ahkâmi'ş-şer'iyye 'alâ mezhebi'l-İmam Ahmed İbn Hanbel*. (Cidde: Matbû'âtü Tihâme, 1981).

Kutub, Seyyid. *Me'âlim fi't-tarîk*, çev. *Milestones* (Cedar Rapids, IA: The Mother Mosque Foundation, 2003).

Ramazân, Ârif Efendi. *Mecmû'atü'l-kavânîn: Tahtavî 'alâ câmi'i'l-kavânîni'l-ma'mûl bi-mucibihâ fî câmi'i'l-bilâdi'l-Arabiyye el-münseliha 'ani'l-hükûmeti'l-'Osmaniyye*. (Beyrut: el-Matba'atü'l-'İlmiyye, 1927).

Râzî, Fahruddîn Muhammed b. Ömer. *el-Mahsûl fî ilmi'l-usûl*, 2 cilt. (Beyrut: Dârü'l-Kütübi'l-'İlmiyye, 1408/1988).

Remlî, Hayrüddîn. *el-Fetâva'l-Hayriyye*, İbn 'Âbidîn, *el-Ukûdü'd-dürriyye*'nin hamişinde basıldı.

Remlî, Muhammed Şemsüddîn b. Şihâbüddîn. *Nihâyetü'l-muhtâc ilâ şerhi'l-Minhâc*, 8 cilt. (Kahire: Mustafa Bâbî el-Halebî, 1357/1938; Tıpkıbs. Beyrut: Dârü İhyâ'i't-Türâsi'l-'Arabî, 1939).

Rızâ, Reşîd. *Yüsrü'l-İslâm ve usûlü't-teşrî'i'l-âm*. (Kahire: Matba'atü Nahdatı Mısr, 1956).

Sahnûn b. Sa'îd et-Tenûhî. *el-Müdevvenetü'l-kübrâ*, thk. Ahmed Abdüsselâm, 5 cilt. (Beyrut: Dârü'l-Kütübi'l-'İlmiyye, 1415/1994).

Sâlim, es-Seyyid 'Abdülazîz. *Târîhu'l-Arab fî 'asri'l-câhiliyye*. (İskenderiye: Mü'essetü Şebâbü'l-Câmi'a, 1990).

San'ânî, Ebû Bekr 'Abdürrezzâk. *el-Musannef*, thk. Eymen Ezherî, 12 cilt. (Beyrut: Dârü'l-Kütübi'l-'İlmiyye, 2000).

San'ânî, Ahmed b. Kâsım el-Yemânî. *et-Tâcü'l-müzehheb li-ahkâmi'l-mezheb*, 4 cilt. (Sana: Dârü'l-Hikmeti'l-Yemâniyye, 1414/1993).

Secâvendî, Sirâcüddîn Muhammed b. Muhammed. *el-Sirâciyye or the Mahomedan Law of Inheritance*. (Kalküta: The Sanskrit Press, 1861).

Semerkandî, Ebü'l-Leys. *Fetâva'n-nevâzil.* (Haydarabad: Matba'atü Şemsü'l-İslâm, 1355/1936).

Semerkandî, Ebû Nasr. *Rüsûmü'l-kudât,* thk. M. Câsim el-Hadîsî. (Bağdat: Dârü'l-Hürriyye li't-Tibâ'a, 1985).

Serahsî, Muhammed b. Ahmed Şemsüddîn. *el-Mebsût,* 31 cilt. (Beyrut: Dârü'l-Kütübi'l-'İlmiyye, 1993-94).

el-Usûl, thk. Ebü'l-Vefâ el-Efgânî, 2 cilt. (Kahire: Dârü'l-Ma'rife, 1393/1973).

Sürûş, 'Abdülkerîm. *el-Kabd ve'l-bast fi'ş-şerî'a.* (Beyrut: Dârü'l-Cedîd, 2002).

Sübkî, Tâcüddîn. *Tabakâtü'ş-Şâfi'iyyeti'l-kübrâ,* 6 cilt. (Kahire: el-Mektebetü'l-Hüseyniyye, 1906).

Sübkî, Takiyüddîn. *Fetâva's-Sübkî,* 2 cilt. (Tıpkıbs.; Beyrut: Dârü'l-Ma'rife, t.y.).

Şâfiî, Muhammed b. İdrîs. *er-Risâle,* thk. Muhammed Kilânî. (Kahire: Mustafa Bâbî el-Halebî, 1969).

el-Üm, thk. Mahmûd Matarcî, 9 cilt. (Beyrut: Dârü'l-Kütübi'l-'İlmiyye, 1413/1993).

Şa'rânî, 'Abdülvehhâb b. Ahmed b. Ali. *el-Mîzânü'l-kübrâ eş-Şa'râniyye,* thk. 'Abdülvâris Ali, 2 cilt. (Beyrut: Dârü'l-Kütübi'l-'İlmiyye, 1418/1998).

Şâşî, Ebû Alî Ahmed b. Muhammed. *Usûlü'ş-Şâşî.* (Beyrut: Dârü'l-Kitâbi'l-'Arabî, 1402/1982).

Şâşî, Seyfüddîn Ebû Bekr Muhammed el-Kaffâl. *Hilyetü'l-'ulemâ fî ma'rifeti mezâhibi'l-fukahâ,* thk. Yâsîn Ahmed İbrâhîm Derârke, 8 cilt. (Amman: Dârü'l-Bâz, 1988).

Şâtıbî, Ebû İshâk İbrâhîm. *el-Muvâfakât fî usûli'l-ahkâm,* thk. Muhyiddîn Abdülhamîd, 4 cilt. (Kahire: Matba'atü Ali Subayh, 1970).

Şehîd-i Sânî, Hasan b. Zeynüddîn. *Me'âlimü'd-dîn ve melâzü'l-müctehidîn,* thk. Mehdî Muhakkık. (Tahran: Şirket-i İntişârât 'İlmî ve Ferhengî, 1985).

Şehrûr, Muhammed. *el-Kitâb ve'l-Kur'ân: Kırâ'a mu'âsıra.* (Kahire ve Şam: Sînâ li'n-Neşr, 1992).

Nahve usûl cedîde li'l-fıkhi'l-İslâmî: Fıkhü'l-Mer'e. (Şam: el-Ahâli li't-Tibâ'a ve'n-Neşr ve't-Tevzî', 2000).

Şeltût, "The Koran and Fighting", *bk.* Şeltût, kaynakça ikinci başlık.

Şevkânî, Muhammed b. Ali. *İrşâdü'l-fühûl ilâ tahkîki'l-hak min 'ilmi'l-usûl.* (Surabaya: Şirket-i Matba'at Ahmed b. Nebhân, t.y.).

es-Seylü'l-cerrâr el-mütedeffik 'alâ hadâ'iki'l-Ezhâr, thk. Mahmûd İbrâhîm Zâyid, 3 cilt. (Şam ve Beyrut: Dârü İbn Kesîr, 2000).

Şeybânî, Muhammed b. el-Hasan. *el-Asl,* 5 cilt. (Beyrut: Âlemü'l-Kütüb, 1990).

eş-Şeyh en-Nizâm, *bk. el-Fetâva'l-Hindiyye.*

Şirâzî, Ebû İshâk İbrâhîm. *el-Lüma' fî usûli'l-fıkh,* thk. M. en-Na'sânî. Kahire: Matba'atü's-Sa'âde, 1326/1908; çev. Eric Chaumont, *Kitâbü'l-Lüma' fî Usûli'l-Fıkh (Le livre des rais illuminant les fondements de la compréhension de la loi): théorie légale musulmane.* (Berkeley, CA: Robbins Collection, 1999).

el-Mühezzeb fî fıkhi'l-İmâm eş-Şâfi'î ve bi-zeyli sahâ'ifihi en-Nazmü'l-müsta'zeb fî şerhi Ğarîbi'l-Mühezzeb, thk. Zekeriyyâ 'Umeyrât, 6 cilt. (Beyrut: Dârü'l-Kütübi'l-'İlmiyye, 1995).

Şerhü'l-Lüma', thk. 'Abdülmecîd Türkî, 2 cilt. (Beyrut: Dârü'l-Ğarbi'l-İslâmî, 1988).

Tabakâtü'l-fukahâ, thk. İhsân 'Abbâs. (Beyrut: Dârü'r-Râ'idi'l-'Arabî, 1970).

Taberî, İbn Cerîr. *Tefsîrü't-Taberî el-müsemma Câmi'u'l-beyân fî te'vîli'l-Kur'ân*, 13 cilt. (Beyrut: Dârü'l-Kütübi'l-'İlmiyye, 1426/2005).

Tûfî, Necmüddîn Süleymân. *Şerhu muhtasari'r-Ravza*, thk. Abdullah el-Türkî, 3 cilt. (Beyrut: Mü'essetü'r-Risâle, 1407/1987).

Tûsî, Muhammed b. el-Hasan Şeyhu't-Tâife. *el-İstibsâr fî mâ ihtelefe mine'l-ahbâr*, 3 cilt. (Necef: Dârü'l-Kütüb el-İslâmiyye, 1376/1957).

el-Hilâf fi'l-fıkh, 2 cilt. (Tahran: Matba'atü'r-Rengîn, 1377 H.).

Tezhîbü'l-ahkâm, 10 cilt. (Necef: Dârü'l-Kütübi'l-İslâmiyye, 1959-62).

'Uddetü'l-usûl fî usûli'l-fıkh, thk. Ali el-Horâsânî, 2 cilt. (Bombay: Matba'at Dat Parsâd, 1312-18/1894-1900).

Vekî', Muhammed b. Halef. *Ahbârü'l-kudât*, 3 cilt. (Beyrut: Âlemü'l-Kütüb, t.y.).

Venşerîsî, Ahmed b. Yahyâ. *el-Mi'yârü'l-mu'rib ve'l-câmi'u'l-muğrib 'an fetâvâ 'ulemâ'i İfrîkiyye ve'l-Endelüs ve'l-Mağrib*, 13 cilt. (Beyrut: Dârü'l-Ğarbi'l-İslâmî, 1401/1981).

Vesâ'ikü'l-mehâkimi'ş-şer'iyye el-Mısriyye 'ani'l-câliyeti'l-Mağribiyye ibâne 'asri'l-Osmanî, thk. Abdal Rehim, *Documents of the Egyptian Courts Related to the Maghariba*, 3 cilt. (Zağvan: Centre d'Études et de Recherches Ottomanes, Morisques, de Documentation et d'Information, 1994).

Zehebî, Şemsüddîn. *Siyerü a'lâmi'n-nübelâ*, thk. B. Ma'rûf ve M. H. Serhân, 23 cilt. (Beyrut: Mü'essetü'r-Risâle, 1986).

Zerkeşî, Şemsüddîn Muhammed b. Abdullah el-Mısrî. *Şerhu'z-Zerkeşî 'alâ muhtasari'l-Hırakî*, thk. Abdullah b. Abdurrahmân el-Cebrîn, 7 cilt. (Riyad: Mektebetü'l-'Ubeykân, 1413/1993).

Zerkâ, Mustafa Ahmed. *el-Medhalü'l-fıkhi'l-âm*, 2 cilt. (Şam: Dârü'l-Kalem, 1998).

Zeyla'î, Osman b. Ali. *Tebyînü'l-hakâ'ik: Şerhu Kenzi'd-Dekâ'ik*, 6 cilt. (Bulak: el-Matba'atü'l-Kübra'l-Emîriyye, 1313/1895).

2. Diğer Dillerdeki Kaynaklar

Aaron, Richard Ithamar. *A Theory of Universals* (Oxford: Clarendon Press, 1967).

Abdal Rehim. Abdal Rehim. bkz. yukarıda *Vesâikü'l-Mehâkimi'ş-Şer'iyye*.

Abisaab, Rula Jurdi. *Converting Persia: Religion and Power in the Safavid Empire* (Londra: I. B. Tauris, 2004).

"The Ulama of Jabal 'Amil in Safavid Iran, 1501–1736: Marginality, Migration and Social Change," *Iranian Studies*, 27 (1994): 103–22.

Abou El Fadl, Khaled. *Rebellion and Violence in Islamic Law* (Cambridge: Cambridge University Press, 2001).

Abou-El-Haj, Rifaqat. *Formation of the Modern State* (Albany: State University of New York Press, 1991).

Abou Ramadan, Moussa. "Divorce Reform in the Sharîa Court of Appeals in Israel (1992–2003)," *Islamic Law and Society*, 13, 2 (2006): 242–74.

"Islamic Legal Reform: Sharîa Court of Appeals and Maintenance for Muslim Wives in Israel," *Hawwa*, 4, 1 (2006): 29–75.

Abrams, Philip. "Notes on the Difficulty of Studying the State," *Journal of Historical Sociology*, 1, 1 (1988): 58–89.

Abu-Lughod, Janet L. *Cairo: 1001 Years of the City Victorious* (Princeton, NJ: Princeton University Press, 1971).

Abu-Lughod, Lila. ed., *Remaking Women: Feminism and Modernity in the Middle East* (Princeton, NJ: Princeton University Press, 1998).

"The Romance of Resistance: Tracing Transformations of Power through Bedouin Women," *American Ethnologist*, 17 (1990): 41–55.

Veiled Sentiments: Honor and Poetry in a Bedouin Society (Berkeley: University of California Press, 1986).

Abu-Manneh, Butrus. "The Islamic Roots of the Gülhane Rescript," *Die Welt des Islams*, 34 (1994): 173–203.

Abun-Nasr, Jamil M. *A History of the Maghrib* (Cambridge&New York: Cambridge University Press, 1975).

Adams, Charles. "Mawdudi and the Islamic State," içinde John L. Esposito, ed., Voices of Resurgent Islam (New York: Oxford University Press, 1983), 99–133.

Agmon, Iris. "Social Biography of a Late Ottoman Shariqa Judge," *New Perspectives on Turkey*, 30 (2004): 83–113.

Ahmad, Ahmad Atif. *Structural Interrelations of Theory and Practice in Islamic Law: A Study of Six Works of Medieval Islamic Jurisprudence* (Leiden: Brill, 2006).

Ahmad, Feroz. *The Young Turks: The Committee of Union and Progress in Turkish Politics, 1908–1914* (Oxford: Clarendon Press, 1969).

Aijmer, G. ve J. Abbink. ed., *Meanings of Violence: A Cross Cultural Perspective* (Oxford: Berg, 2000).

Akarlı, Engin Deniz. "Gedik: A Bundle of Rights and Obligations for Istanbul Artisans and Traders, 1750–1840," içinde Alain Pottage ve Martha Mundy, ed., *Law, Anthropology, and the Constitution of the Social: Making Persons and Things* (Cambridge: Cambridge University Press, 2004), 166–200.

"Law in the Marketplace: Istanbul, 1730–1840," içinde M. Masud vd., ed., *Dispensing Justice in Islam: Qadis and their Judgments* (Leiden: Brill, 2006), 245–70.

Akiba, Jun. "From Kadı to Naib: Reorganization of the Ottoman Sharia Judiciary in the Tanzimat Period," içinde Colin Imber ve K. Kiyotaki, ed., *Frontiers of Ottoman Studies: State, Province, and the West*, I (Londra: I. B. Tauris, 2005), 43–60.

"A New School for Qadis: Education of the Shariqa Judges in the Late Ottoman Empire," *Turcica*, 35 (2003): 125–63.

Ali, Shaheen Sardar. "Sigh of the Oppressed? 'Islamisation' of Laws in Pakistan under Muttahida Majlis-e-Amal: The Case of the North West Frontier Province," *Yearbook of Islamic and Middle Eastern Law 2003–04*, cilt X (Leiden: Brill, 2006): 107–24.

Alon, Y. "The Tribal System in the Face of the State-Formation Process: Mandatory Transjordan, 1921–46," *International Journal of Middle East Studies*, 37 (2005): 213–40.

Althusser, Louis. *Essays on Ideology* (Londra: Verso, 1984).

Anderson, Benedict. *Imagined Communities: Reflections on the Origin and Spread of Nationalism* (Londra&New York: Verso, 2006).

Anderson, J. N. D. "Colonial Law in Tropical Africa: The Conflict between English, Islamic and Customary Law," *Indiana Law Journal*, 35, 4 (1960): 433–42.

"Eclipse of the Patriarchal Family in Contemporary Islamic Law," içinde J. N. D. Anderson, ed., *Family Law in Asia and Africa* (Londra: George Allen and Unwin, 1968), 221–34.

"Law Reform in Egypt: 1850–1950," içinde P.M. Holt, ed., *Political and Social Change in Modern Egypt* (Londra: Oxford University Press, 1968), 209–30.

Law Reform in the Muslim World (Londra: Athelone Press, 1976).

"The Sharī'a and Civil Law: The Debt Owed by the New Civil Codes of Egypt and Syria to the Sharī'a," *The Islamic Quarterly*, 1 (1954): 29–46.

Anderson, Michael R. "Legal Scholarship and the Politics of Islam in British India," içinde R. S. Khare, ed., *Perspectives on Islamic Law, Justice, and Society* (Lanham, MD: Rowman & Littlefield, 1999), 65–91.

An-Na'im, Abdullahi. Islamic Family Law in a Changing World (Londra: Zed Books, 2002).

Ansari, Zafar Ishaq. "Islamic Juristic Terminology before Šāfi'ī," Arabica, 19 (1972): 255–300.

Ansari-Pour, M. A. "Iran," *Yearbook of Islamic and Middle Eastern Law 2000–01*, VII (The Hague: Kluwer Law International, 2002): 349–63.

"Iran," *Yearbook of Islamic and Middle Eastern Law 2002–03*, IX (Leiden: Brill, 2004): 341–49.

"Iran," *Yearbook of Islamic and Middle Eastern Law 2003–04*, X (Leiden: Brill, 2006): 267–75.

"Iran," *Yearbook of Islamic and Middle Eastern Law 2004–05*, XI (Leiden: Brill, 2007): 321–31.

"Iran," *Yearbook of Islamic and Middle Eastern Law 2005–06*, XII (Leiden: Brill, 2008): 415–29.

Antoun, Richard T. "Fundamentalism, Bureaucracy, and the State's Co-optation of Religion: A Jordanian Case Study," *International Journal of Middle East Studies*, 38 (2006): 369–93.

"The Islamic Court, the Islamic Judge, and the Accommodation of Traditions: A Jordanian Case Study," *International Journal of Middle East Studies*, 12 (1980): 455–67.

Arjomand, S. A. "Islamic Constitutionalism," *Annual Review of Law and Social Science*, 3 (2007): 115–40.

Asad, Talal. "Conscripts of Western Civilization," içinde Christine W. Gailey, ed., *Civilization in Crisis: Anthropological Perspectives* (Gainsville: University Press of Florida, 1992), 333–51.

Formations of the Secular: Christianity, Islam, Modernity (Stanford, CA: Stanford University Press, 2003).

Ayalon, David. "The Great Yāsa of Chingiz Khan," içinde David Ayalon, *Outsiders in the Lands of Islam: Mamluks, Mongols, and Eunuchs* (Londra: Variorum Reprints, 1988): ch. IV.

Baer, Gabriel. "The Administrative, Economic and Social Functions of Turkish Guilds," *International Journal of Middle East Studies*, 1, 1 (1970): 28–50.

"Guilds in Middle Eastern History," içinde M. A. Cook, ed., *Studies in the Economic History of the Middle East* (Londra: Oxford University Press, 1979), 11–30.

"Tanzimat in Egypt: The Penal Code," *Bulletin of the School of Oriental and African Studies*, 26, 1 (1963): 29–49.

"Waqf Reform in Egypt," *St. Anthony's Papers: Middle Eastern Affairs* (Londra: Chatto & Windus, 1958): 61–76.

Ball, John. *Indonesian Legal History*, 1602–1848 (Sydney: Oughtershaw Press, 1982).

Ball, Warwick. *Rome in the East: The Transformation of an Empire* (Londra&New York: Routledge, 2000).

Barker-Benfield, B. "The Spermatic Economy," içinde M. Gordon, ed., *The American Family in Social-Historical Perspective* (New York: St. Martin's Press, 1973), 377–78.

Barnes, J. R. *An Introduction to the Religious Foundations in the Ottoman Empire* (Leiden: E. J. Brill, 1986).

Bassiouni, Cherif. "Evolving Approaches to Jihad: From Self-Defense to Revolutionary and Regime-Change Political Violence," *Chicago Journal of International Law*, 8, 1 (2007): 119–46.

Bauman, Zygmunt. *Liquid Modernity* (Cambridge: Polity Press, 2000).

Modernity and the Holocaust (Ithaca, NY: Cornell University Press, 1989).

Society under Siege (Cambridge: Polity Press, 2002).

Bayitch, S. A. "Codification in Modern Times," içinde A. N. Yiannopoulos, ed., *Civil Law in the Modern World* (Kingsport: Louisiana State University Press, 1965), 161–91.

Beeston, A. F. L. "The Religions of Pre-Islamic Yemen," içinde J. Chelhod, ed., *L'Arabie du Sud et Civilisation*, 3 cilt (Paris: Editions G.–P. Maisonneuve et Larose, 1984), I, 259–69.

Benton, Lauren A. "Colonial Law and Cultural Difference: Jurisdictional Politics and the Formation of the Colonial State," *Comparative Studies in Society and History*, 41 (2000): 563–88.

Law and Colonial Cultures: Legal Regimes in World History, 1400–1900 (Cambridge: Cambridge University Press, 2002).

Berkey, Jonathan Porter. *The Transmission of Knowledge in Medieval Kahire: A Social History of Islamic Education* (Princeton, NJ: Princeton University Press, 1992).

Berman, Harold ve Charles Reid. "Max Weber as Legal Historian," içinde Stephen Turner, ed., *The Cambridge Companion to Weber* (New York: Cambridge University Press, 2000), 223–39.

Bidwell, Robin. *Morocco under Colonial Rule: French Administration of Tribal Areas 1912–56* (Londra: Frank Cass, 1973).

Black's Law Dictionary, 5th edn (St Paul, MN: West Publishing Co., 1979).

Bourdieu, Pierre. "Rethinking the State: Genesis and Structure of the Bureaucratic Field," içinde George Steinmetz, ed., *State/Culture: State Formation after the Cultural Turn* (Ithaca, NY: Cornell University Press, 1999), 53–75.

Bowen, J. "Qur'ān, Justice, Gender: Internal Debates in Indonesian Islamic Jurisprudence," *History of Religion*, 38, 1 (1998): 52–78.

Bravmann, M.M. *The Spiritual Background of Early Islam* (Leiden: E. J. Brill, 1972).

Brinton, Jasper Yeates. *The Mixed Courts of Egypt* (New Haven: Yale University Press, 1930).

Brock, S. P. "Syriac Views of Emergent Islam," içinde G. H. A. Juynboll, ed., *Studies on the First Century of Islamic Society* (Carbondale: Southern Illinois University Press, 1982), 9–21.

Browers, M. "Islam and Political Sinn: The Hermeneutics of Contemporary Islamic Reformists," içinde M. Browers ve Charles Kurzman, ed., *An Islamic Reformation?* (Lanham, MD: Lexington Books, 2004), 54–78.

Brown, Nathan J. *Rule of Law in the Arab World: Courts in Egypt and the Gulf* (Cambridge: Cambridge University Press, 1997).

"Shariqa and State in the Modern Muslim Middle East," *International Journal of Middle East Studies*, 29 (1997): 359–76.

Bulliet, Richard W. "The Shaikh al-Islam and the Evolution of Islamic Society," *Studia Islamica*, 35 (1972): 53–67.

Buskens, L. "Islamic Commentaries and French Codes: The Confrontation and Accommodation of Two Forms of Textualization of Family Law in Morocco," içinde H. Driessen, ed., *The Politics of Ethnographic Reading and Writing: Confrontations of Western and Indigenous Views* (Saarbrücken: Breitenbach, 1993), 65–100.

Calder, Norman. "Doubt and Prerogative," Studia Islamica, 70 (1989): 57–78.
"Law," içinde Seyyed Hossein Nasr ve O. Leaman, ed., *History of Islamic Philosophy*, cilt I (Londra&New York: Routledge, 1996), 979–98.

"Legitimacy and Accommodation in Safavid Iran: The Juristic Theory of Muhammad Bāqir al-Sabzavārī (d.1090/1679)," *Iran*, 25 (1987): 91–105.

Cammack, Mark. "Islam and Nationalism in Indonesia: Forging an Indonesian Madhhab," içinde Peri Bearman vd., ed., *The Islamic School of Law* (Cambridge, MA: Islamic Legal Studies Program, 2005), 175–90.

"Islamic Inheritance Law in Indonesia: The Influence of Hazairin's Theory of Bilateral Inheritance," *Australian Journal of Asian Law*, 4, 1 (2002): 295–315.

Candraningrum, Dewi. "Perda Sharia and the Indonesian Women's Critical Perspective," erişim www.asienhaus.de/public/archiv/PaperPERDASHARIA.pdf.

Carroll, Lucy. "Orphaned Grandchildren in Islamic Law of Succession: Reform and Islamization in Pakistan," *Islamic Law and Society*, 5, 3 (1998): 409–47.

"The Pakistan Federal Shariat Court, Section 4 of the Muslim Family Laws Ordinance, and the Orphaned Grandchild," *Islamic Law and Society*, 9, 1 (2002): 70–82.

Chamberlain, Michael. *Knowledge and Social Practice in Medieval Damascus*, 1190–1350 (Cambridge: Cambridge University Press, 1994).

Chardin, Jean. *Voyages de Monsieur le Chevalier Chardin en Perse*, III (Amsterdam: Jean Louis de Lorme, 1709).

Chatterjee, Partha. "Colonialism, Nationalism, and Colonized Women: The Contest in India," American Ethnologist, 16, 4 (1989): 622–33.

The Nation and its Fragments (Princeton, NY: Princeton University Press, 1993).

Chevallier, Dominique. "Western Development and Eastern Crisis in the Mid-Nineteenth Century: Syria Confronted with the European Economy," içinde William Polk ve R. Chambers, ed., *Beginnings of Modernization in the Middle East* (Chicago: University of Chicago Press, 1960), 205–22.

Christelow, Allan. *Muslim Law Courts and the French Colonial State in Algeria* (Princeton, NJ: Princeton University Press, 1985).

"The Transformation of the Muslim Court System in Colonial Algeria: Reflections on the Concept of Autonomy," içinde A. Al-Azmeh, ed., *Islamic Law: Social and Historical Contexts* (Londra&New York: Routledge, 1988), 215–30.

Christmann, A. "Islamic Scholar and Religious Leader: Shaikh Muhammad Saqid Ramadan al-Buti," içinde John Cooper vd., ed., *Islam and Modernity: Muslim Intellectuals Respond* (Londra: I. B. Tauris, 2000), 57–81.

The Civil Code of Iran, trc. M. A. R. Taleghany (Littletom, CO: Rothman and Co., 1995).

Çizakça, Murat. *History of Philanthropic Foundations: The History of the Islamic World from the Seventh Century to the Present* (Istanbul: Bogaziçi University Press, 2000).

Cleveland, William L. *A History of the Modern Middle East* (Boulder, CO: Westview Press, 2004).

Cohen, Amnon. *A World Within: Jewish Life as Reflected in Muslim Court Documents from the Sijill of Jerusalem (XVIth Century)*, 2 cilt (Philadelphia: University of Pennsylvania Press, 1994).

Cohen H. J. "The Economic Background and Secular Occupations of Muslim Jurisprudents and Traditionists in the Classical Period of Islam (Until the Middle of the Eleventh Century)," *Journal of the Economic and Social History of the Orient* (Ocak 1970): 16–61.

Cohn, Bernard. *Colonialism and its Forms of Knowledge: The British in India* (Princeton, NJ: Princeton University Press, 1996).

Cole, Juan Ricardo. *Sacred Space and Holy War: The Politics, Culture, and History of Shiqite Islam* (Londra: I. B. Tauris, 2002).

Collins, Daniel P. "Islamization of Pakistani Law: A Historical Perspective," *Stanford Journal of International Law*, 24 (1987–88): 511–84.

Cooper, John. "The Limits of the Sacred: The Epistemology of qAbd al-Karim Soroush," içinde John Cooper vd., ed., Islam and Modernity: Muslim Intellectuals Respond (Londra: I. B. Tauris, 2000), 38–56.

Corrigan, Philip ve Derek Sayer. *The Great Arch: English State Formation as Cultural Revolution* (Oxford: Basil Blackwell, 1985).

Coss, Peter. *The Moral World of the Law* (Cambridge: Cambridge University Press, 2000).

Coulson, Noel James. *A History of Islamic Law* (Edinburgh: Edinburgh University Press, 1964).

Succession in the Muslim Family (Cambridge: Cambridge University Press, 1971).

Crecelius, Daniel. "Incidences of Waqf Cases in Three Cairo Courts: 1640–1802," *Journal of the Economic and Social History of the Orient*, 29 (1986): 176–89.

Crone, P. *Pre-Industrial Societies* (Oxford: Blackwell, 1989).

Crone, Patricia ve M. Cook. *Hagarism: The Making of the Muslim World* (Cambridge: Cambridge University Press, 1977).

Crone, Patricia ve M. Hinds. *God's Caliph: Religious Authority in the First Centuries of Islam* (Cambridge: Cambridge University Press, 1986).

Dahlén, Ashk P. *Islamic Law, Epistemology and Modernity* (New York&Londra: Routledge, 2003).

Davies, Wendy. "Local Participation and Legal Ritual in Early Medieval Law Courts," içinde Peter Coss, ed., *The Moral World of the Law* (Cambridge: Cambridge University Press, 2000), 48–61.

Deguilhem, Randi. "Consciousness of Self: The Muslim Woman as Creator and Manager of Waqf Foundations in Late Ottoman Damascus," içinde Amira Sonbol, ed., *Beyond the Exotic: Women's Histories in Islamic Societies* (Syracuse, NY: Syracuse University Press, 2005), 102–15.

"Government Centralization of Waqf Administration and its Opposition: The Syrian Example," *British Society for Middle East Studies (BRISMES)* (Temmuz 1991): 223–30.

Dirks, Nicholas B. *The Scandal of Empire: India and the Creation of Imperial Britain* (Cambridge, MA: Belknap Press, 2006).

Donaldson, Laura E. ve Pui-lan Kwok. *Postcolonialism, Feminism, and Religious Discourse* (New York&Londra: Routledge, 2002).

Donner, Fred. "The Role of Nomads in the Near East in Late Antiquity (400-800 C.E.)," içinde F. M. Clover ve R. S. Humphreys ed., *Tradition and Innovation in Late Antiquity* (Madison: University of Wisconsin Press, 1989), 73-88.

Dreyfus, Hubert ve Paul Rabinow. *Michel Foucault: Beyond Structuralism and Hermeneutics* (Chicago: University of Chicago Press, 1983).

Driesen, Heinrich, *The Politics of Ethnographic Reading and Writing* (Saarbrücken ve Fort Lauderdale: Verlag Breitenbach Publishers, 1993).

Dumont, Paul. "The Power of Islam in Turkey," içinde Olivier Carré ed., *Islam and the State in the World Today* (New Delhi: Hindustan, 1987), 79-96.

During Caspers, Elisabeth C. L. "Further Evidence for 'Central Asian' Materials from the Arabian Gulf," *Journal of the Economic and Social History of the Orient*, 37 (1994): 33-53.

Dussaud, René. *La Pénétration des Arabes en Syrie avant l'Islam* (Paris: Paul Geuthner, 1955).

Dutt, Palme R. "The Exploitation of India: A Marxist View," içinde M. D. Lewis ed., *The British in India: Imperialism or Trusteeship?* (Boston: D. C. Heath and Co., 1962), 41-52.

Edens, C. ve Graham Bawden. "History of Taymā' and Hijaz Trade during the First Millennium B.C.," *Journal of the Economic and Social History of the Orient*, 32 (1989): 43-67.

Eickelman, Dale F.. "Islamic Liberalism Strikes Back," *Middle East Studies Association Bulletin*, 27 (1993): 163-68.

Islamic Religious Commentary and Lesson Circles: Is There a Copernican Revolution, içinde C. E. Bosworth ed., *Commentaries - Kommentationen: Arabische und Islamische Religionsgeschichte* (Göttingen: Vandenhoeck and Ruprecht, 1999), 121-46.

Knowledge and Power in Morocco: The Education of a Twentieth-Century Notable (Princeton, NJ: Princeton University Press, 1985).

Elberling, F. *A Treatise on Inheritance, Giff, Wills, Sale, and Marriage* (Serampore: Serampore Press, 1844).

Eliash, Joseph. "The Ithnā-'Asharī-Shī'ī Juristic Theory of Political and Legal Authority," *Studia Islamica*, 29 (1969): 17-30.

Encyclopaedia of Islam, 2. edisyon (Leiden: E. J. Brill, 1960-2004).

Ephrat, Daphna. *Learned Society in a Period of Transition: The Sunni Ulama of Eleventh-Century Baghdad* (Albany: State University of New York Press, 2000).

Euben, Roxanne L. *Enemy in the Mirror: Islamic Fundamentalism and the Limits of Modern Rationalism* (Princeton, NJ: Princeton University Press, 1999).

Fadel, Mohammad. "The Social Logic of *Taqlīd* and the Rise of the *Mukhtasar*," *Islamic Law and Society*, 3, 2 (1996): 193–233.

"Two Women, One Man: Knowledge, Power, and Gender in Medieval Sunni Legal Thought," *International Journal of Middle East Studies*, 29, 2 (1997): 185–204.

Fahmy, Khalid. "The Police and the People in Nineteenth-Century Egypt," *Die Welt des Islams*, 39 (1999): 1-38.

Fasseur, C. "Colonial Dilemma: Van Vollenhoven and the Struggle between Adat Law and Western Law in Indonesia," içinde W. J. Mommsen ve J. A. De Moora ed., *European Expansion and Law* (Oxford: Berg, 1992), 237-57. Moor, ed., *European Expansion and Law: The Encounter of European and Indigenous Law in 19th- and 20th-Century Africa and Asia* (Oxford: Berg, 1992), 240-42.

Fatemi, S. "Autonomy and Equal Rights to Divorce with Specific Reference to Shii Fiqh and the Iranian Legal System," *Islam and Christian-Muslim Relations*, 17, 3 (Temmuz 2006): 281-94.

Fay, Mary Ann. "Women and Waqf: Toward a Reconsideration of Women's Place in the Mamluk Household," *International Journal of Middle East Studies*, 29, 1 (1997): 33-51.

Federspiel, Howard. *Suitans, Shamans, and Saints: Islam and Muslims in Southeast Asia* (Honolulu: University of Hawai'i Press, 2007).

Feener, Michael. "Indonesian Movements for the Creation of a 'National Madhhab'," *Islamic Law and Society*, 9, 1 (2002): 83-115.

Muslim Legal Thought in Modern Indonesia (Cambridge: Cambridge University Press, 2007).

Fiero, Maribel. "I11-Treated Women Seeking Divorce: The Qur'anic Two Arbiters and Judicial Practice among the Malikis in Al-Andalus and North Africa," içinde M. Masud vd., ed., *Dispensing Justice in Islam: Qadis and their Judgments* (Leiden: Brill, 2006), 323-47.

Firestone, R. *Jihad: The Origins of Holy War in Islam* (New York: Oxford University Press, 1999).

Fisch, Jorg. "Law as a Means and as an End: Some Remarks on the Function of European and Non-European Law in the Process of European Expansion," içinde W. J. Mommsen ve J. A. De Moor, ed., *European Expansion and Law: The Encounter of European and Indigenous Law in 19th- and 20th-Century Africa and Asia* (Oxford: Berg, 1992), 15-38.

Floor, Willem M. "Change and Development in the Judicial System of Qajar Iran (1800-1925)," içinde Edmond Bosworth ve Carole Hillenbrand, ed., *Qajar Iran: Political, Social, and Cultural Change 1800-1925* (Costa Mesa, CA: Mazda, 1983), 113-47.

Flynn, Thomas. "Foucault's Mapping of History," içinde G. Gutting, ed., *The Cambridge Companion to Foucault* (Cambridge: Cambridge University Press, 1994), 28-46.

Fortna, Benjamin C. *Imperial Classroom: Islam, the State, and Education in the Late Ottoman Empire* (Oxford: Oxford University Press, 2002).

Foucault, Michel. *The Archaeology of Knowledge*, trc. A.M. Sheridan Smith (Londra: Routledge, 1969).

Discipline and Punish: The Birth of the Prison, trc. Alan Sheridan (New York: Vintage, 1995).

Ethics, Subjectivity and Truth, ed. P. Rabinow, trc. Robert Hurley vd. (New York: The New Press, 1994).

The Foucault Reader, ed. Paul Rabinow (New York: Pantheon Books, 1984).

The History of Sexuality, 1, trc. Robert Hurley (Londra&New York: Pantheon Books, 1978).

Les mots et les choses (Paris: Gallimard, 1966).

Power: Essential Works of Foucault, 1954-1984, ed. James Faubion, trc. Robert Hurley vd. (New York: The New Press, 1973).

Power/Knowledge: Selected Interviews and Other Writings, 1972–1977, ed. Colin Gordon, trc. Colin Gordon vd. (New York: Pantheon Books, 1980).

"Society Must Be Defended" (New York: Picador, 1997).

"Truth and Juridical Forms," içinde *Foucault, Power: Essential Works of Foucault*, 1–89.

Fuchs, Barbara. *Mimesis and Empire: The New World, Islam, and European Identity* (Cambridge: Cambridge University Press, 2001).

Gerber, Haim. "Social and Economic Position of Women in an Ottoman City, Bursa, 1600–1700," *International Journal of Middle East Studies*, 12 (1980): 231–44.

State, Society, and Law in Islam: Ottoman Law in Comparative Perspective (Albany: State University of New York Press, 1994).

Gerth, H. H. ve C. W. Mills, ed. ve trc., *From Max Weber: Essays in Sociology* (New York: Oxford University Press, 1958).

Ghazaleh, Pascale. "The Guilds: Between Tradition and Modernity," içinde N. Hanna, ed., *The State and its Servants: Administration of Egypt from Ottoman Times to the Present* (Kahire: The American University in Cairo Press, 1995), 60–74.

Giddens, Anthony. *The Consequences of Modernity* (Stanford, CA: Stanford University Press, 1990).

Gleave, Robert. *Akhbārī Shī'ī Usūl al-Fiqh and the Juristic Theory of Yūsuf b. Ahmad al-Bahrānī* (Londra: I. B. Tauris, 1997).

Glendon, Mary Ann, "Power and Authority in the Family: New Legal Patterns as Reflections of Changing Ideologies," *American Journal of Comparative Law*, 23, 1 (1975): 1–33.

Glenn, Patrick H. *Legal Traditions of the World: Sustainable Diversity in Law* (Oxford: Oxford University Press, 2000).

Glete, Jan, *Warfare at Sea, 1500–1650* (London: Routledge, 2000).

Göçek, Fatma ve M. D. Baer. "Social Boundaries of Ottoman Women's Experience in Eighteenth-Century Galata Court Records," içinde M. C. Zilfi, ed., *Women in the Ottoman Empire: Middle Eastern Modern Women in the Early Modern Era* (Leiden&New York: Brill, 1997), 48–65.

Göçek, Fatma ve M. Hanioğlu. "Western Knowledge, Imperial Control, and the Use of Statistics in the Ottoman Empire," *Center for Research on Social Structures Working Paper Series* (1993): 105–16.

Goitein, S. D., "The Birth-Hour of Muslim Law," *Muslim World*, 50, 1 (1960): 23–29.

A Mediterranean Society: The Jewish Communities of the Arab World as Portrayed in the Documents of the Cairo Geniza, 3 cilt. (Berkeley: University of California Press, 1978).

Studies in Islamic History and Institutions (Leiden: E. J. Brill, 1966).

"A Turning Point in the History of the Islamic State," *Islamic Culture*, 23 (1949): 120–35.

Goody, Jack. *The East in the West* (Cambridge: Cambridge University Press, 1996).

Gradeva, Rissitsa. "On Judicial Hierarchy in the Ottoman Empire: The Case of Sofia from the Seventeenth to the Beginning of the Eighteenth Century," içinde M. Masud vd., ed., *Dispensing Justice in Islam: Qadis and their Judgments* (Leiden: Brill, 2006), 271–98.

Guenther, Allan M. "Syed Mahmood and the Transformation of Muslim Law in British India" (Doktora Tezi: McGill University, 2004).

Guindy, Adel. "Family Status Issues among Egypt's Copts: A Brief Overview," *Middle East Review of International Affairs*, 11, 3 (2007).

Gulliver, P. H. "Dispute Settlement without Courts: The Ndendeuli of Southern Tanzania," içinde Laura Nader, ed., *Law in Culture and Society* (Chicago: Aldine, 1969), 24–68.

"Process and Decision," içinde P. H. Gulliver, ed., *Cross-Examinations: Essays in Memory of Max Gluckman* (Leiden: E. J. Brill, 1978), 29–52.

Gutting, Gary. "Foucault and the History of Madness," içinde G. Gutting, ed., *The Cambridge Companion to Foucault* (Cambridge: Cambridge University Press, 1994), 47–70.

Haeri, Shahla. *Law of Desire: Temporary Marriage in Shi'i Iran* (Syracuse, NY: Syracuse University Press, 1989).

Hakim, Tawfik. *Maze of Justice: Diary of a Country Prosecutor*, trc. A. Eban (Austin: University of Texas Press, 1989).

Hallaq, Wael. "The Authenticity of Prophetic Hadith: A Pseudo-Problem," *Studia Islamica*, 89 (1999): 75–90.

Authority, Continuity and Change in Islamic Law (Cambridge: Cambridge University Press, 2001).

"Can the Shari'a Be Restored?" in Yvonne Y. Haddad and Barbara F. Stowasser, ed., *Islamic Law and the Challenges of Modernity* (Walnut Creek, CA: Altamira Press, 2004), 21–53.

"Fashioning the Moral Subject: Shari'a's Technologies of the Self" (*MS*), 35 sayfa.

"From *Fatwās* to *Furū'*: Growth and Change in Islamic Substantive Law," *Islamic Law and Society*, 1, 1 (1994): 29–65.

A History of Islamic Legal Theories (Cambridge: Cambridge University Press, 1997).

Ibn Taymiyya against the Greek Logicians (Oxford: Clarendon Press, 1993).

"Ibn Taymiyya on the Existence of God," *Acta Orientalia*, 52 (1991): 49–69.

"*Iftā'* and *Ijtihād* in Sunni Legal Theory: A Developmental Account," içinde Muhammad Khalid Masud vd., ed., *Islamic Legal Interpretation: Muftis and their Fatwas* (Cambridge, MA: Harvard University Press, 1996), 33–43.

"Logic, Formal Arguments and Formalization of Arguments in Sunni Jurisprudence," *Arabica*, 37 (1990): 315–58. Reproduced in Hallaq, *Law and Legal Theory in Classical and Medieval Islam* (Aldershot: Variorum, 1995), ch. III.

"Model *Shurūt* Works and the Dialectic of Doctrine and Practice," *Islamic Law and Society*, 2, 2 (1995): 109–34.

"Non-Analogical Arguments in Sunni Juridical *Qiyās*," *Arabica*, 36, 3 (1989): 286–306. Reproduced in Hallaq, *Law and Legal Theory in Classical and Medieval Islam* (Aldershot: Variorum, 1995), ch. II.

"Notes on the Term *Qarīna* in Islamic Legal Discourse," *Journal of the American Oriental Society*, 108, 3 (1988): 475–80. Reproduced in Hallaq, *Law and Legal Theory in Classical and Medieval Islam* (Aldershot: Variorum, 1995), ch. X.

"On the Authoritativeness of Sunni Consensus," *International Journal of Middle East Studies*, 18 (1986): 427–54. Reproduced in Hallaq, *Law and Legal Theory in Classical and Medieval Islam* (Aldershot: Variorum, 1995), ch. VIII.

"On the Origins of the Controversy about the Existence of Mujtahids and the Gate of Ijtihad," *Studia Islamica*, 63 (1986): 129–41. Reproduced in Hallaq, *Law and Legal Theory in Classical and Medieval Islam* (Aldershot: Variorum, 1995), ch. VI.

"On Inductive Corroboration, Probability and Certainty in Sunni Legal Thought," içinde N. Heer, ed., *Islamic Law and Jurisprudence* (Seattle: University of Washington Press, 1990), 3–31. Reproduced in Hallaq, *Law and Legal Theory in Classical and Medieval Islam* (Aldershot: Variorum, 1995), ch. IV.

The Origins and Evolution of Islamic Law, in W. Hallaq, series ed., *Themes in Islamic Law*, no. 1 (Cambridge: Cambridge University Press, 2004).

"A Prelude to Ottoman Reform: Ibn 'Ābidīn on Custom and Legal Change," içinde I. Gershoni vd., ed., *Histories of the Modern Middle East: New Directions* (Boulder, CO: Lynne Rienner, 2002), 37–61.

"Qādīs Communicating: Legal Change and the Law of Documentary Evidence," *al-Qantara*, 20 (1999): 437–66.

"The *Qādī's Dīvān* (*Sijill*) before the Ottomans," *Bulletin of the School of Oriental and African Studies*, 61, 3 (1998): 415–36.

"The Quest for Origins or Doctrine? Islamic Legal Studies as Colonialist Discourse," *UCLA Journal of Islamic and Near Eastern Law*, 2, 1 (2002): 1–31.

Review of *The Search for God's Law: Islamic Jurisprudence in the Writings of Sayf al-Dīn al-Āmidī*, by Bernard Weiss, in *International Journal of Middle East Studies*, 26, 1 (1994): 152–54.

"A Tenth–Eleventh Century Treatise on Juridical Dialectic," *Muslim World*, 77, 3–4 (1987): 198–227.

"*Usūl al-Fiqh*: Beyond Tradition," *Journal of Islamic Studies*, 3 (1992): 172–202. Reproduced in Hallaq, *Law and Legal Theory in Classical and Medieval Islam* (Aldershot: Variorum, 1995), ch. XII.

"Was the Gate of Ijtihad Closed?" *International Journal of Middle East Studies*, 16 (1984): 3–41. Reproduced in Hallaq, *Law and Legal Theory in Classical and Medieval Islam* (Aldershot: Variorum, 1995), ch. V.

"Was al-Shafi'i the Master Architect of Islamic Jurisprudence?" *International Journal of Middle East Studies*, 25 (1993): 587–605.

"What is Shari'a?" in *Yearbook of Islamic and Middle Eastern Law, 2005–2006*, XII (Leiden: Brill, 2007), 151–80.

Halm, Heinz. *Shi'a Islam: From Religion to Revolution*, trc. Allison Brown (Princeton, NJ: Markus Wiener, 1997).

Halpern, Orly. "Jordan's New Female Workforce," *Christian Science Monitor*, December 17, 2004.

Hamed, Raouf Abbas. "The *Siyasatnama* and the Institutionalization of Central Administration under Muhammad 'Ali," içinde Nelly Hanna, ed., *The State and its Servants: Administration in Egypt from Ottoman Times to the Present* (Kahire: The American University in Cairo Press, 1995), 75–86.

Hamilton, Charles. *Hedaya or Guide: A Commentary on the Mussulman Laws* (Lahore: New Books Company, 1957).

Hanna, Nelly. "The Administration of Courts in Ottoman Cairo," içinde Nelly Hanna, ed., *The State and its Servants: Administration of Egypt from Ottoman Times to the Present* (Kahire: The American University in Cairo Press, 1995), 44–59.

Construction Work in Ottoman Cairo (1517–1798) (Kahire: Institut Français d'Archéologie Orientale, 1984).

Making Big Money in 1600: The Life and Times of Isma'il Abu Taqiyya, Egyptian Merchant (Syracuse, NY: Syracuse University Press, 1998).

Hardisty, James. "Reflections on Stare Decisis," *Indiana Law Journal*, 55, 1 (1979–80): 41–69.

Harisumarto, Sukino. "Indonesia Draft Sharia Law Triggers Controversy," *United Press International*, October 23, 2004.

Hassan, Ahmad. "Question and Answer," içinde Charles Kurzman, ed., *Modernist Islam, 1840–1940* (Oxford: Oxford University Press, 2002), 360–64.

Hassan, Hussein. "The Promissory Theory of Contracts in Islamic Law," *Yearbook of Islamic and Middle Eastern Law 2001–02*, VIII (The Hague: Kluwer Law International, 2003): 45–72.

Hatem, Mervat F. "The Professionalisation of Health and the Control of Women's Bodies as Modern Governmentalities in Nineteenth Century Egypt," içinde M. Zilfi, ed., *Women in the Ottoman Empire* (Leiden: Brill, 1997), 66–79.

Haviland, William A. *Cultural Anthropology* (New York and Montreal: Holt, Rinehart and Winston, 1975).

Headrick, Daniel R. *The Tools of Empire: Technology and European Imperialism in the Nineteenth Century* (New York: Oxford University Press, 1981).

Hefner, Robert. "Varieties of Muslim Politics: Civil versus Statist Islam," içinde Fuad Jabali ve Jamhari, ed., *Islam in Indonesia: Islamic Studies and Social Transformation* (Montreal and Jakarta: Indonesia–Canada Islamic Higher Education Project, 2002), 136–51.

Hejailan, Hussam Salah. "Saudi Arabia," *Yearbook of Islamic and Middle Eastern Law 2000–2001*, VII (The Hague: Kluwer Law International, 2002): 271–81.

Hélie-Lucas, Marie-Aimée. "The Preferential Symbol for Islamic Identity: Women in Muslim Personal Laws," içinde Valentine M. Moghadam, ed., *Identity Politics and Women: Cultural Reassertions and Feminisms in International Perspective* (Boulder, CO: Westview Press, 1994), 188–96.

Hertslet, Edward. *The Map of Europe by Treaty: Showing the Various Political and Territorial Changes Which Have Taken Place Since the General Peace of 1814*, 4 cilt (Londra: Butterworths, 1875).

Heyd, Uriel. "The Ottoman Ulema and Westernization in the Time of Selim III and Mahmud II," içinde Albert Hourani, Philip S. Khoury ve Mary C. Wilson, ed., *The Modern Middle East: A Reader* (Londra: I. B. Tauris, 1993), 29–59.

"Some Aspects of the Ottoman Fetva," *Bulletin of the School of Oriental and African Studies*, 32, 1 (1969): 35–56.

Studies in Old Ottoman Criminal Law, ed. V. L. Ménage (Oxford: Clarendon Press, 1973).

Hill, Enid. "Courts and Administration of Justice in the Modern Era," içinde N. Hanna, ed., *The State and its Servants: Administration in Egypt from Ottoman Times to the Present* (Kahire: The American University in Cairo Press, 1995), 98–116.

Hirsch, Susan F. "Kadhi's Courts as Complex Sites of Resistance: The State, Islam, and Gender in Postcolonial Kenya," içinde S. Hirsch ve M. Lazarus-Black, ed., *Contested States: Law, Hegemony and Resistance* (New York: Routledge, 1994), 207–30.

Hodgson, Marshall G. S. *Rethinking World History: Essays on Europe, Islam, and World History* (Cambridge: Cambridge University Press, 1993).

The Venture of Islam, 3 cilt (Chicago: University of Chicago Press, 1974).

Hoisington, William. "Cities in Revolt: The Berber Dahir (1930) and France's Urban Strategy in Morocco," *Journal of Contemporary History*, 13, 3 (1978): 433–48.

Holleman, J. F. ed., *Van Vollenhoven on Indonesian Adat Law: Selections from Het Adatrecht van Nederlandsch-Indië* (The Hague: Martinus Nijhoff, 1981).

Hooker, M. B. *Adat Laws in Modern Malaya: Land Tenure, Traditional Government, and Religion* (Kuala Lumpur: Oxford University Press, 1972).

A Concise Legal History of South-East Asia (Oxford: Clarendon Press, 1978).

Islamic Law in South-East Asia (Singapore: Oxford University Press, 1984).

Legal Pluralism: An Introduction to Colonial and Neo-Colonial Laws (Oxford: Clarendon Press, 1975).

"The State and Shari'a in Indonesia," içinde A. Salim ve A. Azra, ed., *Shari'a and Politics in Modern Indonesia* (Singapore: Institute of Southeast Asian Studies, 2003), 33–47.

Hoyland, R. G. *Seeing Islam as Others Saw It: A Survey and Evaluation of Christian, Jewish and Zoroastrian Writings on Early Islam* (Princeton, NJ: The Darwin Press, 1997).

Hoyle, Mark S. W. *The Mixed Courts of Egypt* (Londra: Graham & Trotman, 1991).

Hurvitz, N., "Biographies and Mild Asceticism: A Study of Islamic Moral Imagination," *Studia Islamica*, 85 (1997): 41–65.

"The Mukhtasar of al-Khiraqī and its Place in the Formation of Hanbali Legal Doctrine," içinde R. Shaham, ed., *Law, Custom, and Statute in the Muslim World* (Leiden: Brill, 2007), 1–16.

Hussein, R. "UNIFEM Launches 'Progress of Arab Women 2004' Report," Temmuz 19, 2004. www.jordanembassyus.org/07192004004.htm. Son erişim Kasım 21, 2007.

Ibn Rushd, Muhammad b. Ahmad (al-Hafid). *The Distinguished Jurist's Primer*, trc. I. Khan Nyazee, 2 cilt (Reading: Garnet Publishing, 1994–96).

Imber, Colin. *Studies in Ottoman History and Law* (Istanbul: Isis Press, 1996).

İnalcık, Halil. "Application of the Tanzimat and its Social Effects," *Archivum Ottomanicum*, 5 (1973): 97–127.

"Suleiman the Lawgiver and Ottoman Law," *Archivum Ottomanicum*, 1 (1969): 105–38.

Indonesian Civil Code, trc. Rany Mangunsong (Jakarta: PT Gramecdia, 2004).

Issawi, Charles. "De-industrialization and Re-industrialization in the Middle East since 1800," *International Journal of Middle East Studies*, 12, 4 (December 1980): 469–79.

Ivanova, Svetlana. "The Divorce between Zubaida Hatun and Esseid Osman Ağa: Women in the Eighteenth-Century Shari'a Court of Rumelia," içinde Amira el-Azhary Sonbol, ed., *Women, the Family, and Divorce Laws in Islamic History* (Syracuse, NY: Syracuse University Press, 1996), 112–25.

Jacques, R. Kevin. *Authority, Conflict, and the Transmission of Diversity in Medieval Islamic Law* (Leiden: Brill, 2006).

Jahanbakhsh, Forough. "Islam, Democracy and Religious Modernism in Iran (1953–1997): From Bazargan to Soroush" (Doktora Tezi: McGill University, 1997).

Jennings, Ronald C. *Christians and Muslims in Ottoman Cyprus and the Mediterranean World, 1571–1640* (New York&Londra: New York University Press, 1993).

"Divorce in the Ottoman Sharia Court of Cyprus, 1580–1640," *Studia Islamica*, 78 (1993): 155–67.

"Kadi, Court and Legal Procedure in 17th C. Ottoman Kayseri: The Kadi and the Legal System," *Studia Islamica*, 48 (1978): 133–72.

"Limitations of the Judicial Powers of the Kadi in 17th C. Ottoman Kayseri," *Studia Islamica*, 50 (1979): 151–84.

Studies on Ottoman Social History in the Sixteenth and Seventeenth Centuries: Women, Zimmis and Sharia Courts in Kayseri, Cyprus, and Trabzon (İstanbul: Isis Press, 1999).

"Women in Early 17th Century Ottoman Judicial Records: The Sharia Court of Anatolian Kayseri," *Journal of the Economic and Social History of the Orient*, 18 (1975): 53–114.

Johansen, Baber. "Casuistry: Between Legal Concept and Social Praxis," *Islamic Law and Society*, 2, 2 (1995): 135–56.

The Islamic Law on Land Tax and Rent: The Peasants' Loss of Property Rights as Interpreted in the Hanafi Legal Literature of the Mamluk and Ottoman Periods (Londra&New York: Croom Helm, 1988).

"Legal Literature and the Problem of Change: The Case of the Land Rent," içinde Chibli Mallat, ed., *Islam and Public Law: Classical and Contemporary Studies* (Londra and Boston: Graham and Trotman, 1993), 29–47.

Johnston, David. "'Allal al-Fāsī: Sharī'a as Blueprint for Righteous Global Citizenship," içinde Abbas Amanat ve Frank Griffel, ed., *Sharī'a: Islamic Law in the Contemporary Context* (Stanford: Stanford University Press, 2007), 83–103.

Jones, William. *Al-Sirajiyyah or the Mahomedan Law of Inheritance* (Calcutta: The Sanskrit Press, 1861).

Joseph, Suad. "The Kin Contract and Citizenship in the Middle East," içinde Marilyn Friedman, ed., *Women and Citizenship* (Oxford: Oxford University Press, 2005), 149–69.

"The Public/Private – The Imagined Boundary in the Imagined Nation/State/Community: The Lebanese Case," *Feminist Review*, 57 (1997): 73–92.

Kamali, Hashim. *Principles of Islamic Jurisprudence* (Selangor: Pelanduk Publications, 1989).

Karpat, Kemal H. "The Land Regime, Social Structure, and Modernization in the Ottoman Empire," içinde William Polk ve Richard Chambers, ed., *Beginnings of Modernization in the Middle East: The Nineteenth Century* (Chicago: University of Chicago Press, 1968), 69–90.

Katz, Marion H. *Body of Text: The Emergence of the Sunni Law of Ritual Purity* (Albany: State University of New York Press, 2002).

Keddie, Nikki R. *Qajar Iran and the Rise of Reza Khan* (Costa Mesa, CA: Mazda, 1999).

Kelsay, John, *Arguing the Just War in Islam* (Cambridge, MA: Harvard University Press, 2007).

Kerr, Malcolm. *Islamic Reform: The Political and Legal Theories of Muhammad 'Abduh and Rashīd Ridā* (Berkeley: University of California Press, 1966).

Khan, Hamid. *Islamic Law of Inheritance* (Karachi: Pakistan Law House, 1999).

Khomeini, Ruhollah. *Islam and Revolution: Writings and Declarations*, trc. Hamid Algar (Berkeley, CA: Mizan Press, 1981).

Khoury, Philip. *Urban Notables and Arab Nationalism* (Cambridge: Cambridge University Press, 1983).

Kimber, Richard. "The Qur'anic Law of Inheritance," *Islamic Law and Society*, 5, 3 (1998): 291–325.

King, G. R. D. "Settlement in Western and Central Arabia and the Gulf in the Sixth–Eighth Centuries A.D.," içinde G. R. D. King ve A. Cameron, ed., *The Byzantine and Early Islamic Near East*, 3 cilt (Princeton, NJ: The Darwin Press, 1994), II, 181–212.

Knost, Steffen. "The Waqf in Court: Lawsuits over Religious Endowments in Ottoman Aleppo," içinde M. Masud vd., ed., *Dispensing Justice in Islam: Qadis and their Judgments* (Leiden: Brill, 2006), 427–50.

Kolff, D. H. A. "The Indian and the British Law Machines: Some Remarks on Law and Society in British India," içinde W. J. Mommsen ve J. A. De Moor, ed., *European Expansion and Law: The Encounter of European and Indigenous Law in 19th- and 20th-Century Africa and Asia* (Oxford: Berg, 1992), 201–35.

Kosheri, Rashed, vd. "Egypt," *Yearbook of Islamic and Middle Eastern Law 2004–05*, XI (Leiden: Brill, 2007): 241–47.

Kozlowski, Gregory C. "Imperial Authority, Benefactions and Endowments (Awqaf) in Mughal India," *Journal of the Economic and Social History of the Orient*, 38, 3 (1995): 355–70.

Kugle, Scott A. "Framed, Blamed and Renamed: The Recasting of Islamic Jurisprudence in Colonial South Asia," *Modern Asian Studies*, 35, 2 (2001): 257–313.

Kuhn, Thomas S. *The Structure of Scientific Revolutions* (Chicago: University of Chicago Press, 1970).

Kuran, Timur. "Islamic Influences on the Ottoman Guilds," içinde Kemal Çiçek, ed., *The Great Ottoman-Turkish Civilization* (Ankara: Yeni Türkiye, 2000), II, 43–59.

Kushner, David. "The Place of the Ulema in the Ottoman Empire during the Age of Reform (1839–1918)," *Turcica*, 19 (1987): 51–74.

Lal, Vinay. "Subaltern Studies and its Critics: Debates over Indian History," *History and Theory*, 40, 1 (2001): 135–48.

Landau, Rom. *Moroccan Drama, 1900–1955* (San Francisco: American Academy of Asian Studies, 1956).

Lapidus, Ira M. "The Arab Conquests and the Formation of Islamic Society," içinde G. H. A. Juynboll, ed., *Studies on the First Century of Islamic Society* (Carbondale: Southern Illinois University Press, 1982), 49–72.

A History of Islamic Societies (Cambridge: Cambridge University Press, 1988).

Lassman, Peter. "The Rule of Man over Man: Power, Politics, and Legitimation," içinde Stephen Turner, ed., *The Cambridge Companion to Weber* (New York: Cambridge University Press, 2000), 83–98.

Lau, Martin. "Pakistan," *Yearbook of Islamic and Middle Eastern Law 2001–02*, VIII (The Hague: Kluwer Law International, 2003): 312–28.

"Pakistan," *Yearbook of Islamic and Middle Eastern Law 2002–03*, cilt IX (Leiden: Brill, 2004): 372–78.

Leaman, Oliver. *An Introduction to Medieval Islamic Philosophy* (Cambridge: Cambridge University Press, 1985).

Lecker, Michael. "On the Markets of Medina (Yathrib) in Pre-Islamic and Early Islamic Times," içinde M. Lecker, *Jews and Arabs in Pre-and Early Islamic Arabia* (Aldershot: Variorum, 1998), 133–46.

Leiser, Gary. "Notes on the Madrasa in Medieval Islamic Society," *Muslim World*, 76, 1 (1986): 16–23.

Leonard, Jerry. "Foucault and (the Ideology of) Genealogical Legal Theory," içinde J. Leonard, ed., *Legal Studies as Cultural Studies* (Albany: State University of New York Press, 1995), 133–51.

Lev, Daniel S. "Colonial Law and the Genesis of the Indonesian State," *Indonesia*, 40 (October 1985): 57–74.

Islamic Courts in Indonesia: A Study in the Political Bases of Legal Institutions (Berkeley: University of California Press, 1972).

"Judicial Unification in Post-Colonial Indonesia," *Indonesia*, 16 (October 1973): 1–37.

Levenson, J., *European Expansion and the Counter-Example of Asia, 1300–1600* (Englewood Cliffs, NJ: Prentice Hall, 1967).

Levi, Giovanni. "On Microhistory," içinde Peter Burke, ed., *New Perspectives on Historical Writing* (Cambridge: Polity Press, 2001), 97–119.

Liebesny, H. "The Development of Western Judicial Privileges," içinde M. Khadduri ve H. J. Liebesny, ed., *Law in the Middle East* (Washington, DC: Middle East Institute, 1955), 312–27.

Law of the Near and Middle East (Albany, NY: SUNY Press, 1975).

Litvak, Meir. *Shi'is Scholars of Nineteenth-Century Iraq: The Ulama of Najaf and Karbala* (New York: Cambridge University Press, 1998).

Lombardi, Clark B. "Islamic Law as a Source of Constitutional Law in Egypt: The Constitutionalization of the Sharia in a Modern Arab State," *Columbia Journal of Transnational Law*, 37, 1 (1998): 81–123.

State Law as Islamic Law: The Incorporation of the Sharī'a into Egyptian Constitutional Law (Leiden: Brill, 2006).

Lowry, Joseph. "Does Shāfi'ī Have a Theory of Four Sources of Law?" in Bernard Weiss, ed., *Studies in Islamic Legal Theory* (Leiden: Brill, 2002), 23–50.

"Legal-Theoretical Content of the Risāla of Muhammad b. Idrīs al-Shāfi'ī" (Doktora Tezi, University of Pennsylvania, 1999).

Lukito, Ratno. "Law and Politics in Post-Independence Indonesia: A Case Study of Religious and Adat Courts," içinde A. Salim ve A. Azra, ed., *Shari'a and Politics in Modern Indonesia* (Singapore: Institute of Southeast Asian Studies, 2003), 17–32.

Lutfi, Huda. "A Study of Six Fourteenth Century Iqrārs from al-Quds Relating to Muslim Women," *Journal of the Economic and Social History of the Orient*, 26 (1983): 246–94.

Macaulay, Thomas Babington. "Minute on Indian Education," içinde John Clive ve Thomas Pinney, ed., *Selected Writings* (Chicago: University of Chicago Press, 1972), 237–51.

Macnaghten, W. H. *Principles and Precedents of Moohummudan Law* (Madras: Higginbotham, 1890).

Maddy-Weitzman, Bruce. "Women, Islam, and the Moroccan State: The Struggle over the Personal Status Law," *Middle East Journal*, 59, 3 (2005): 393–410.

Madelung, Wilferd. "The Early Murji'a in Khurāsān and Transoxania and the Spread of Hanafism," *Der Islam*, 59, 1 (1982): 32–39.

Maghen, Ze'ev. *Virtues of the Flesh: Passion and Purity in Early Islamic Jurisprudence* (Leiden: Brill, 2005).

Mahmood, Saba. *Politics of Piety: Islamic Revival and the Feminist Subject* (Princeton, NJ: Princeton University Press, 2005).

Makdisi, George. "Ash'arī and the Ash'arites in Islamic Religious History," *Studia Islamica*, 17 (1962): 37–80.

Censure of Speculative Theology: An Edition and Translation of Ibn Qudāma's Tahrīm an-Nazar fi Kutub ahl al-Kalām, with Introduction and Notes: A Contribution to the Study of Islamic Religious History (Londra: Luzac, 1962).

"Ibn Taymīya's Autograph Manuscript on *Istihsān*: Materials for the Study of Islamic Legal Thought," içinde G. Makdisi, ed., *Arabic and Islamic Studies in Honor of A. R. Gibb* (Cambridge, MA: Harvard University Press, 1965), 446–79.

The Rise of the Colleges: Institutions of Learning in Islam and the West (Edinburgh: Edinburgh University Press, 1981).

"The Significance of the Schools of Law in Islamic Religious History," *International Journal of Middle East Studies*, 10 (1979): 1–8.

Makdisi, John. "Legal Logic and Equity in Islamic Law," *American Journal of Comparative Law*, 33, 1 (1985): 63–92.

Mandaville, Jon. "The Muslim Judiciary of Damascus in the Late Mamluk Period" (Doktora Tezi, Princeton University, 1969).

Mann, Michael. *States, War and Capitalism* (Oxford: Basil Blackwell, 1988).

Marcus, Abraham. "Men, Women and Property: Dealers in Real Estate in Eighteenth-Century Aleppo," *Journal of the Economic and Social History of the Orient*, 26 (1983): 137–63.

The Middle East on the Eve of Modernity: Aleppo in the Eighteenth Century (New York: Columbia University Press, 1989).

Mardin, Ebülula. "Development of the Sharī'a under the Ottoman Empire," içinde M. Khadduri ve H. J. Liebesny, ed., *Law in the Middle East* (Washington, DC: Middle East Institute, 1955), 279–91.

Mardin, Şerif. "The Just and the Unjust," *Daedalus*, 120, 3 (1991): 113–29.

Marmura, Michael. "Some Aspects of Avicenna's Theory of God's Knowledge of Particulars," *Journal of the American Oriental Society*, 82 (1962): 299–312.

Marsot, Afaf Lutfi Al-Sayyid. *A Short History of Modern Egypt* (Cambridge: Cambridge University Press, 1985).

Massad, Joseph. *Colonial Effects: The Making of National Identity in Jordan* (New York: Columbia University Press, 2001).

Massignon, Louis. "Les résultats sociaux de notre politique indigène en Algérie," içinde *Opera Minora*, ed. Y. Moubarac, III (Liban: Dar-al-Maaref, 1963), 559–68.

Masud, Muhammad Khalid, Brinkley Messick ve David S. Powers. *Islamic Legal Interpretation: Muftis and Their Fatwas* (Cambridge, MA: Harvard University Press, 1996).

McGowan, B. "The Age of the Ayans, 1699–1812," içinde Halil İnalcık ve Donald Quataert, ed., *An Economic and Social History of the Ottoman Empire 1300–1914* (Cambridge: Cambridge University Press, 1994), 637–758.

Melchert, Christopher. *The Formation of the Sunni Schools of Law* (Leiden: E. J. Brill, 1997).

Menski, Werner, *Hindu Law: Beyond Tradition and Modernity* (Oxford: Oxford University Press, 2003).

Mercier, Ernest. *Le habous ou ouakof* (Alger: A. Jourdan, 1895).

Meriwether, Margaret L. "The Rights of Children and the Responsibilities of Women: Women as Wasis in Ottoman Aleppo, 1770–1840," içinde A. Sonbol, ed., *Women, the Family and Divorce Laws in Islamic History* (Syracuse, NY: Syracuse University Press, 1996), 219–35.

"Women and Waqf Revisited: The Case of Aleppo, 1770–1840," içinde Madeline C. Zilfi, ed., *Women in the Ottoman Empire: Middle Eastern Women* (Leiden: E. J. Brill, 1997), 128–52.

Merry, Sally Engle. "Legal Pluralism," *Law and Society Review*, 22, 5 (1988): 869–96.

Messick, Brinkley, *The Calligraphic State: Textual Domination and History in a Muslim Society* (Berkeley: University of California Press, 1993).

"Commercial Litigation in a Shari'a Court," içinde M. Masud vd., ed., *Dispensing Justice in Islam: Qadis and their Judgments* (Leiden: Brill, 2006), 195–218.

"Indexing the Self: Intent and Expression in Islamic Legal Acts," *Islamic Law and Society*, 8, 2 (2001): 151–78.

Miller, Larry Benjamin. "Islamic Disputation Theory: A Study of the Development of Dialectic in Islam from the Tenth through Fourteenth Centuries" (Doktora Tezi, Princeton University, 1984).

Miller, William Ian. *Eye for an Eye* (Cambridge: Cambridge University Press, 2006).

Minattur, J., "The Nature of Malay Customary Law," *Malaya Law Review*, 6, 2 (1964): 327–52.

Mir-Hosseini, Ziba. "The Construction of Gender in Islamic Legal Thought and Strategies for Reform," *Hawwa*, 1, 1 (2003): 1–28.

Marriage on Trial: A Study of Islamic Family law: Iran and Morocco Compared (Londra&New York: I. B. Tauris, 1993).

Mısrī, *The Reliance of the Traveller*, bk. Mısrī, yukarıda.

Mitchell, Ruth, "Family Law in Algeria before and after the 1404/1984 Family Code," içinde R. Gleave ve E. Kermeli, ed., *Islamic Law: Theory and Practice* (Londra: I. B. Taurus, 1997), 194–204.

Mitchell, Timothy. *Colonising Egypt* (Cambridge: Cambridge University Press, 1988).

"Limits of the State: Beyond Statist Approaches and their Critics," *American Political Science Review*, 85, 1 (1991): 77–96.

Rule of Experts: Egypt, Techno-Politics, Modernity (Berkeley: University of California Press, 2002).

Modarressi, Hossein. "Rationalism and Traditionalism in Shi'i Jurisprudence: A Preliminary Survey," *Studia Islamica*, 59 (1984): 141–58.

Mohanty, Chandra T. Ann Russo and Lourdes Torres, *Third World Women and the Politics of Feminism* (Bloomington: Indiana University Press, 1991).

Moors, Annelies. "Debating Islamic Family Law: Legal Texts and Social Practices," içinde M. L. Meriwether ve Judith E. Tucker, ed., *Social History of Women and Gender in the Modern Middle East* (Boulder, CO: Westview Press, 1999), 141–75.

"Gender Relations and Inheritance: Person, Power and Property in Palestine," içinde Deniz Kandiyoti, ed., *Gendering the Middle East* (Syracuse, NY: Syracuse University Press, 1996), 69–84.

Mottahedeh, Roy. *Loyalty and Leadership in an Early Islamic Society* (Princeton, NJ: Princeton University Press, 1980).

Motzki, Harald. *The Origins of Islamic Jurisprudence: Meccan Fiqh before the Classical Schools*, trc. Marion H. Katz (Leiden: Brill, 2002).

"The Role of Non-Arab Converts in the Development of Early Islamic Law," *Islamic Law and Society*, 6, 3 (1999): 293–317.

Mundy, Martha. "Ownership or Office: A Debate in Islamic Hanafi Jurisprudence over the Nature of the Military 'Fief,' from the Mamluks to the Ottomans," içinde Alain Pottage ve Martha Mundy, ed., *Law, Anthropology, and the Constitution of the Social: Making Persons and Things* (Cambridge: Cambridge University Press, 2004), 142–65.

el-Nahal, Galal H. *The Judicial Administration of Ottoman Egypt in the Seventeenth Century* (Chicago and Minneapolis: Bibliotheca Islamica, 1979).

Narayan, Uma. "The Project of Feminist Epistemology: Perspectives from a Nonwestern Feminist," içinde Sandra Harding, ed., *The Feminist Standpoint Theory Reader: Intellectual and Political Controversies* (New York: Routledge, 2004), 213–24.

Naveh, Immanuel. "The Tort of Injury and Dissolution of Marriage at the Wife's Initiative in Egyptian *Mahkamat al-Naqd* Rulings," *Islamic Law and Society*, 9, 1 (2002): 16–41.

Needham, Joseph, *Science and Civilisation in China*, 7 cilt (Cambridge: Cambridge University Press, 1954–).

Newman, A. "The Nature of the Akhbārī/Usūlī Dispute in Late Safawīd Iran. Part 1: 'Abdallāh al-Samāhījī's *Munyat al-Mumārisīn*," *Bulletin of the School of Oriental and African Studies*, 55, 1 (1992): 24–38.

"The Nature of the Akhbārī/Usūlī Dispute in Late Safawīd Iran, Part 2: The Conflict Reassessed," *Bulletin of the School of Oriental and African Studies*, 55, 2 (1992): 250–61.

Nietzsche, Friedrich. *Human, All Too Human*, trc. R. J. Hollingdale (Cambridge: Cambridge University Press, 1996).

"On Truth and Lies in a Nonmoral Sense," içinde Daniel Breazeale, ed. and trans., *Philosophy and Truth: Selections from Nietzsche's Notebooks of the Early 1870's* (Atlantic Highlands, NJ: Humanities Press, 1979), 80–86.

Noer, Deliar. *The Modernist Muslim Movement in Indonesia, 1900–1942* (Singapore and Kuala Lumpur: Oxford University Press, 1973).

Omar, Farouk. "Guilds in the Islamic City during the Abbasid Period (749–1258 A.D.)," içinde *The Proceedings of International Conference on Urbanism in Islam (ICUIT)*, cilt II (Tokyo: The Middle East Cultural Center, 1989), 198–217.

Onar, S. S. "The Majalla," içinde M. Khadduri ve H. J. Liebesny, ed., *Law in the Middle East* (Washington, DC: Middle East Institute, 1955), 292–308.

Opwis, Felicitas. "Changes in Modern Islamic Legal Theory: Reform or Reformation?" içinde M. Browers ve Charles Kurzman, ed., *An Islamic Reformation* (Lanham, MD: Lexington Books, 2004), 28–53.

"Maslaha in Contemporary Islamic Legal Theory," *Islamic Law and Society*, 12, 2 (2005): 182–223.

Ortaylı, İlber. *Studies on Ottoman Transformation* (İstanbul: Isis Press, 1994).

Oxford Encyclopedia of the Modern Islamic World, cilt III (New York: Oxford University Press, 1995).

Öztürk, Nazif. "Batılılaşma Döneminde Vakıfların Çözülmesine Yol Açan Uygulamalar," *Vakıflar Dergisi*, 23 (1994): 297–309.

Türk Yenileşme Tarihi Çerçevesinde Vakıf Müessesesi (Ankara: Türkiye Diyanet Vakfı, 1995).

Palme-Dutt, R. "The Exploitation of India: A Marxist View," içinde M. D. Lewis, ed., *The British in India: Imperialism or Trusteeship?* (Boston: D. C. Heath and Co., 1962), 41–52.

Parker, Geoffrey. *The Military Revolution: Military Innovation and the Rise of the West, 1500–1800* (Cambridge: Cambridge University Press, 1988).

Pearl, David ve Werner Menski. *Muslim Family Law* (Londra: Sweet & Maxwell, 1998).

Pedersen, Johannes, *The Arabic Book*, trc. Geoffrey French (Princeton, NJ: Princeton University Press, 1984).

Peirce, Leslie. *Morality Tales: Law and Gender in the Ottoman Court of Aintab* (Berkeley: University of California Press, 2003).

"'She Is Trouble ... and I Will Divorce Her': Orality, Honor, and Misrepresentation in the Ottoman Court of 'Aintab," içinde Gavin Hambly, ed., *Women in the Medieval Islamic World: Power, Patronage, and Piety* (New York: St. Martin's Press, 1998), 269–300.

Peletz, Micheal G. *Islamic Modern: Religious Courts and Cultural Politics in Malaysia* (Princeton, NJ: Princeton University Press, 2002).

Peters, Rudolph. "Administrators and Magistrates: The Development of a Secular Judiciary in Egypt, 1842–1871," *Die Welt des Islams*, 39, 3 (1999): 378–97.

Crime and Punishment in Islamic Law: Theory and Practice from the Sixteenth to the Twenty-First Century, içinde Wael Hallaq, series ed., *Themes in Islamic Law*, no. 2 (Cambridge: Cambridge University Press, 2005).

Islam and Colonialism (The Hague: Mouton, 1979).

"Islamic and Secular Criminal Law in Nineteenth Century Egypt: The Role and Function of the Qadi," *Islamic Law and Society*, 4, 1 (1997): 70–90.

Petry, Carl F. "Class Solidarity versus Gender Gain: Women as Custodians of Property in Later Medieval Egypt," içinde N. Keddie ve B. Baron, ed., *Women in Middle Eastern History: Shifting Boundaries in Sex and Gender* (New Haven, CT: Yale University Press, 1991), 122–42.

"Conjugal Rights versus Class Prerogatives: A Divorce Case in Mamlūk Cairo," içinde Gavin Humbly, ed., *Women in the Medieval Islamic World: Power, Patronage, and Piety* (New York: St. Martin's Press, 1998), 227–40.

Piotrovsky, Mikhail B. "Late Ancient and Early Medieval Yemen: Settlement, Traditions and Innovations," içinde G. R. D. King ve Avril Cameron, ed., *The Byzantine and Early Islamic Near East*, 3 cilt (Princeton, NJ: The Darwin Press, 1994), II, 213–20.

Pollard, Lisa. "Learning Gendered Modernity: The Home, the Family, and the Schoolroom in the Construction of Egyptian National Identity (1885–1919)," içinde Amira Sonbol, ed., *Beyond the Exotic: Women's Histories in Islamic Societies* (Syracuse, NY: Syracuse University Press, 2005), 249–69.

Potts, D. T. *The Arabian Gulf in Antiquity*, 2 cilt (Oxford: Clarendon Press, 1990).

Powers, David S. "Four Cases Relating to Women and Divorce in al-Andalus and the Maghrib, 1100–1500," içinde M. Masud vd., ed., *Dispensing Justice in Islam: Qadis and their Judgments* (Leiden: Brill, 2006), 383–409.

Law, Society, and Culture in the Maghrib, 1300–1500 (Cambridge: Cambridge University Press, 2002).

"Legal Consultation (futyā) in Medieval Spain and North Africa," içinde Chibli Mallat, ed., *Islam and Public Law: Classical and Contemporary Studies* (Londra and Boston: Graham & Trotman, 1993), 85–106.

"On Judicial Review in Islamic Law," *Law and Society Review*, 26 (1992): 315–41.

"Orientalism, Colonialism and Legal History: The Attack on Muslim Family Endowments in Algeria and India," *Comparative Studies in Society and History*, 31, 3 (Temmuz 1989): 535–71.

Studies in Qur'an and Hadith: The Formation of the Islamic Law of Inheritance (Berkeley: University of California Press, 1986).

Powers, Paul R. *Intent in Islamic Law: Motive and Meaning in Medieval Sunnī Fiqh* (Leiden: Brill, 2006).

al-Qattan, Najwa. "Dhimmis in the Muslim Court: Documenting Justice in Ottoman Damascus, 1775–1860" (Doktora Tezi, Harvard University, 1996).

"Dhimmis in the Muslim Court: Legal Autonomy and Religious Discrimination," *International Journal of Middle East Studies*, 31, 3 (1999): 429–44.

"Litigants and Neighbors: The Communal Topography of Ottoman Damascus," *Comparative Study in Society and History*, 44, 3 (2002): 511–33.

Quataert, Donald. "The Age of Reforms, 1812–1914," içinde Halil İnalcık ve Donald Quataert, ed., *An Economic and Social History of the Ottoman Empire 1300–1914* (Cambridge: Cambridge University Press, 1994), 759–943.

Ottoman Manufacturing in the Age of the Industrial Revolution (Cambridge: Cambridge University Press, 1993).

Rafeq, Abdul-Karim. "The Application of Islamic Law in the Ottoman Courts in Damascus: The Case of the Rental of Waqf Land," M. Masud vd., ed., *Dispensing Justice in Islam: Qadis and their Judgments* (Leiden: Brill, 2006), 411–25.

Rahman, Fazlur. "Interpreting the Qur'an," *Inquiry*, 3 (Mayıs 1986): 45–49.

"Towards Reformulating the Methodology of Islamic Law: Sheikh Yamani on 'Public Interest' in Islamic Law," *New York University Journal of International Law and Politics*, 12 (1979): 219–24.

Rapoport, Yossef. *Marriage, Money and Divorce in Medieval Islamic Society* (Cambridge: Cambridge University Press, 2005).

Raymond, A. "The Role of the Communities (Tawa'if) in the Administration of Cairo in the Ottoman Period," içinde Nelly Hanna, ed., *The State and its Servants: Administration of Egypt from Ottoman Times to the Present* (Kahire: The American University in Cairo Press, 1995), 32–43.

Rayner, S. E. *The Theory of Contracts in Islamic Law* (Londra: Graham & Trotman, 1991).

Repp, Richard Cooper. *The Mufti of Istanbul: A Study on the Development of Ottoman Learned Hierarchy* (Londra and Atlantic Highlands, NJ: Ithaca Press, 1986).

Rezaei, Hassan. "The Iranian Criminal Justice under the Islamization Project," *European Journal of Crime*, 10, 1 (Ocak 2002): 54–69.

Rheinstein, Max, ed. *bk.* Weber.

Ringer, Monica. "Negotiating Modernity: Ulama and the Discourse of Modernity in Nineteenth-Century Iran," içinde R. Jahanbegloo, ed., *Iran between Tradition and Modernity* (Lanham, MD: Lexington Books, 2004), 39–50.

Roberts, Richard ve Kristin Mann. "Law in Colonial Africa," içinde Kristin Mann ve Richard Roberts, ed., *Law in Colonial Africa* (Portsmouth, NH: Heinemann, 1991), 3–58.

Rosen, Lawrence. *The Anthropology of Justice: Law as Culture in Islamic Society* (Cambridge: Cambridge University Press, 1989).

"Justice in Islamic Culture and Law," içinde R. S. Khare, ed., *Perspectives on Islamic Law, Justice, and Society* (Lanham, MD: Rowman & Littlefield, 1999), 33–52.

The Justice of Islam: Comparative Perspectives on Islamic Law and Society (Oxford: Oxford University Press, 2000).

Rosenthal, Franz. *bk.* Ibn Khaldūn.

Rubin, Avi. "Ottoman Modernity: The Nizamiye Courts in the Late Nineteenth Century" (Doktora Tezi, Harvard University, 2006).

Rubin, Uri. "Hanīfiyya and Ka'ba: An Inquiry into the Arabian Pre-Islamic Background of Dīn Ibrāhīm," *Jerusalem Studies in Arabic and Islam*, 13 (1990): 85–112.

Sabahi, Hatim M. *Darb Zubayda: The Pilgrim Road from Kufa to Mecca* (Riyad: Riyadh University Libraries, 1980).

Sadka, Emily. *The Protected Malay States, 1875–1895* (Kuala Lumpur: University of Malaya Press, 1968).

Sagiv, David. *Fundamentalism and Intellectuals in Egypt, 1973–1993* (Londra: Frank Cass, 1995).

Said, Edward W. *Culture and Imperialism* (New York: Knopf, 1993).

Orientalism (New York: Vintage Books, 1979).

Saiyid, Dushka. *Muslim Women of the British Punjab: From Seclusion to Politics* (New York: St. Martin's Press, 1998).

Santillana, David. *Istituzioni di diritto musulmano Malichita*, 2 cilt (Rome: Pubblicazioni dell'Istituto per l'Oriente, 1925).

Sautraya, Edouard and Eugene Cherbonneau. *Droit musulman du statut personnel et des successions*, 2 cilt (Paris: Maisonneuve et Cie, 1873–74).

Schacht, Joseph. "From Babylonian to Islamic Law," *Yearbook of Islamic and Middle Eastern Law 1994*, I (Londra: Kluwer Law International, 1995): 29–33.

An Introduction to Islamic Law (Oxford: Clarendon Press, 1964).

The Origins of Muhammadan Jurisprudence (Oxford: Clarendon Press, 1950).

Schirazi, Asghar. *The Constitution of Iran: Politics and the State in the Islamic Republic*, trc. John O'Kane (Londra&New York: I. B. Tauris, 1997).

Seng, Yvonne J. "Invisible Women: Residents of Early Sixteenth-Century Istanbul," içinde Gavin Hambly, ed., *Women in the Medieval Islamic World: Power, Patronage, and Piety* (New York: St. Martin's Press, 1998), 241–68.

"Standing at the Gates of Justice: Women in the Law Courts of Early Sixteenth-Century Isküdar, Istanbul," içinde Susan Hirsch ve M. Lazarus-Black, ed., *Contested States: Law, Hegemony and Resistance* (New York: Routledge, 1994), 184–206.

Serjeant, R. B. "The Constitution of Medina," *Islamic Quarterly*, 8 (1964): 3–16.

Serrano, Delfina. "Twelve Court Cases on the Application of Penal Law under the Almoravids," içinde M. Masud vd., ed., *Dispensing Justice in Islam: Qadis and their Judgments* (Leiden: Brill, 2006), 473–92.

Shafir, Gershon. *Land, Labor and the Origins of the Israeli–Palestinian Conflict 1882–1914* (Cambridge: Cambridge University Press, 1989).

Shaham, Ron. "Women as Expert Witnesses in Pre-Modern Islamic Courts," içinde R. Shaham, ed., *Law, Custom, and Statute in the Muslim World* (Leiden: Brill, 2007), 41–65.

Shaltūt, Mahmūd. "The Koran and Fighting," trc. in R. Peters, *Jihad in Classical and Modern Islam: A Reader* (Princeton, NJ: Markus Wiener, 1996), 60–101.

Sharabi, Hisham. *Neopatriarchy: A Theory of Distorted Change in Arab Society* (New York: Oxford University Press, 1988).

Shatzmiller, Maya. *The Berbers and the Islamic State* (Princeton, NJ: Markus Wiener, 2000).

Sherif, Adel O. "The Rule of Law in Egypt from a Judicial Perspective: A Digest of the Landmark Decisions of the Supreme Constitutional Court of Egypt," içinde E. Cotran ve M. Yamani, ed., *The Rule of Law in the Middle East and the Islamic World: Human Rights and the Judicial Process* (Londra: I. B. Tauris, 2000), 1–34.

Shiraishi, Takashi. *An Age in Motion: Popular Radicalism in Java, 1912–1926* (Ithaca, NY: Cornell University Press, 1990).

Siddiqi, Muhammad Zameeruddin. "The Institution of the Qazi under the Mughals," *Medieval India*, 1 (1969): 240–59.

"The Muhtasib under Aurangzeb," *Medieval India Quarterly*, 5 (1963): 113–19.

Singha, Radhika. *A Despotism of Law: Crime and Justice in Early Colonial India* (Delhi: Oxford University Press, 1998).

Slemon, Stephen. "The Scramble for Post-colonialism," içinde Bill Ashcroft vd., ed., *The Post-colonial Studies Reader* (Londra: Routledge, 1995), 45–52.

Snouck Hurgronje, C. *The Achehnese*, trc. A. W. S. O'Sullivan, 2 cilt (Leiden: E. J. Brill, 1906).

Sohrabi, Nader. "Revolution and State Culture: The Circle of Justice and Constitutionalism in 1906 Iran," içinde George Steinmetz, ed., *State/Culture: State Formation after the Cultural Turn* (Ithaca, NY: Cornell University Press, 1999), 253–88.

Somel, Selcuk Akin. *The Modernization of Public Education in the Ottoman Empire, 1839–1908: Islamization, Autocracy, and Discipline* (Leiden: Brill, 2001).

Sonbol, Amira El-Azhary. "Tā'a and Modern Legal Reform: A Reading," *Islam and Christian–Muslim Relations*, 9, 3 (1998): 285–94.

Sonn, Tamara. "Fazlur Rahman," içinde John L. Esposito, ed., *The Oxford Encyclopedia of the Modern Islamic World*, 4 cilt (New York: Oxford University Press, 1995), III, 408.

Soroush, Abdolkarim. "The Ideal Islamic State: An Unattainable Quest," 2. Erişim için www.drsoroush.com. Son erişim Mayıs 9, 2007.

al-Qabd wal-Bast. bk. Arapça Kaynaklar

Reason, Freedom and Democracy in Islam (Oxford: Oxford University Press, 2000).

Spectorsky, Susan. "*Sunnah* in the Responses of Ishāq B. Rāhawayh," içinde Bernard Weiss, ed., *Studies in Islamic Legal Theory* (Leiden: Brill, 2002), 51–74.

Spivak, Gayatri Chakravorty. "Can the Subaltern Speak?" in P. Williams and L. Chrisman, ed., *Colonial Discourse and Post-Colonial Theory: A Reader* (New York: Harvester Wheatsheaf, 1993), 66–111.

Starr, June. "A Pre-Law Stage in Rural Turkish Disputes Negotiations," içinde P. H. Gulliver, ed., *Cross-Examinations: Essays in Memory of Max Gluckman* (Leiden: E. J. Brill, 1978), 110–32.

"When Empires Meet: European Trade and Ottoman Law," içinde Susan Hirsch ve M. Lazarus-Black, ed., *Contested States: Law, Hegemony and Resistance* (New York: Routledge, 1994), 231–52.

Strawson, John. "Islamic Law and English Texts," *Law and Critique*, 6, 1 (1995): 21–38.

Stol, M. "Women in Mesopotamia," *Journal of the Economic and Social History of the Orient*, 38, 2 (1995): 123–44.

Stone, Ferdinand F. "A Primer on Codification," *Tulane Law Review*, 29 (1954–55): 303–10.

Tallett, Frank. *War and Society in Early Modern Europe, 1495–1715* (Londra&New York: Routledge, 1992).

Thomas, Nicholas. *Colonialism's Culture: Anthropology, Travel and Government* (Princeton, NJ: Princeton University Press, 1994).

Thung, Michael. "Written Obligations from the 2nd/8th to the 4th Century," *Islamic Law and Society*, 3, 1 (1996): 1–12.

Tibawi, A. L. "Origin and Character of al-Madrasah," *Bulletin of the School of Oriental and African Studies*, 25 (1962): 225–38.

Tilly, Charles. *Coercion, Capital and European States: AD 990–1990* (Cambridge, MA: Blackwell, 1990).

Toulmin, Stephen. *Cosmopolis: The Hidden Agenda of Modernity* (Chicago: University of Chicago Press, 1992).

Toynbee, Arnold J. *A Study of History*, abridgement by D. C. Somervell, 2 cilt (New York: Oxford University Press, 1947).

Tsafrir, Nurit. *The History of an Islamic School of Law: The Early Spread of Hanafism* (Cambridge, MA: Islamic Legal Studies Program, 2004).

Tucker, Judith E. *In the House of the Law: Gender and Islamic Law in Ottoman Syria and Palestine* (Berkeley: University of California Press, 1998).

"Marriage and Family in Nablus, 1720–1856: Toward a History of Arab Marriage," *Journal of Family History*, 13, 1 (1988): 165–79.

"Revisiting Reform: Women and the Ottoman Law of Family Rights, 1917," *Arab Studies Journal*, 4, 2 (1996): 4–17.

Women in Nineteenth Century Egypt (Cambridge: Cambridge University Press, 1985).

Turgay, Üner A. "The British–German Trade Rivalry in the Ottoman Empire, 1880–1914: Discord in Imperialism," içinde J. L. Warner, ed., *Cultural Horizons* (Syracuse, NY: Syracuse University Press, 2001), 168–87.

Tyan, Émile. "Le notariat et le régime de la preuve par écrit dans la pratique du droit musulman," *Annales de l'École Française de Droit de Beyrouth*, 2 (1945): 1–99.

Udovitch, Abraham L. *Partnership and Profit in Medieval Islam* (Princeton, NJ: Princeton University Press, 1970).

Van Bruinessen, Martin. "Tarekat and Tarekat Teachers in Madurese Society," içinde H. de Jonge vd., ed., *Across Madura Strait* (Leiden: KITLV Press, 1995), 91–117.

van Creveld, Martin L. *The Rise and Decline of the State* (Cambridge: Cambridge University Press, 1999).

van den Boogert, Maurits H. *The Capitulations and the Ottoman Legal System* (Leiden: Brill, 2005).

van Leeuwen, Richard. *Waafs and Urban Structures: The Case of Ottoman Damascus* (Leiden: Brill, 1999).

van Vollenhoven, Cornelius. *Het Adatrecht van Nederlandsch-Indië*, 3 cilt (Leiden: E. J. Brill, 1918).

VerSteeg, Russ. *Early Mesopotamian Law* (Durham, NC: Carolina Academic Press, 2000).

Vikør, Knut S. *Between God and the Sultan: A History of Islamic Law* (Oxford: Oxford University Press, 2005).

Vogel, Frank. *Islamic Law and Legal System: Studies of Saudi Arabia* (Leiden: Brill, 2000).

Wakin, Jeanette A. *The Function of Documents in Islamic Law: The Chapters on Sales from Tahāwī's Kitāb al-Shurūt al-Kabīr* (Albany: State University of New York Press, 1972).

"Interpretation of the Divine Command in the Jurisprudence of Muwaffaq al-Dīn Ibn Qudāmah," içinde N. Heer, ed., *Islamic Law and Jurisprudence: Studies in Honor of Farhat J. Ziadeh* (Seattle: University of Washington Press, 1990), 33–53.

Wallerstein, Immanuel Maurice. *Uncertainties of Knowledge* (Philadelphia: Temple University Press, 2004).

Weber, Max. *Max Weber on Law in Economy and Society*, ed. Max Rheinstein (Cambridge, MA: Harvard University Press, 1966).

From Max Weber, see Gerth, H. H. and C. W. Mills.

Weiss, Bernard G. "Knowledge of the Past: The Theory of Tawātur according to Ghazālī," *Studia Islamica*, 61 (1985): 81–105.

"Language and Tradition in Medieval Islam: The Question of al-Tarīq Ilā Ma'rifat al-Lugha," *Der Islam: Zeitschrift für Geschichte und Kultur des Islamischen Orients*, 61, 1 (1984): 92–99.

The Search for God's Law: Islamic Jurisprudence in the Writings of Sayf al-Dīn al-Āmidī (Salt Lake City: University of Utah Press, 1992).

The Spirit of Islamic Law (Athens: University of Georgia Press, 1998).

ed. *Studies in Islamic Legal Theory* (Leiden: Brill, 2002).

Welchman, Lynn. *Beyond the Code: Muslim Family Law and the Shar'ī Judiciary in the Palestinian West Bank* (The Hague: Kluwer Law International, 2000).

"Special Stipulations in the Contract of Marriage: Law and Practice in the Occupied West Bank," *Recht van de Islam*, 11 (1994): 55–77.

Wichard, Johannes Christian. *Zwischen Markt und Moschee* (Paderborn: F. Schöningh, 1995).

Wikan, Unni. *Behind the Veil in Arabia: Women in Oman* (Chicago: University of Chicago Press, 1991).

Würth, A. "A Sana'a Court: The Family and the Ability to Negotiate," *Islamic Law and Society*, 2, 3 (1995): 320–40.

Yamey, Basil S. "Accounting and the Rise of Capitalism: Further Notes on a Theme by Sombart," *Journal of Accounting Research*, 2, 2 (1964): 117–36.

Yanagihashi, Hiroyuki. *A History of the Early Islamic Law of Property* (Leiden: Brill, 2004).

Yassari, Nadjma. "Iranian Family Law in Theory and Practice," *Yearbook of Islamic and Middle Eastern Law 2002–3*, IX (Leiden: Brill, 2004): 43–64.

Yeğenoğlu, Meyda. *Colonial Fantasies: Towards a Feminist Reading of Orientalism* (Cambridge: Cambridge University Press, 1998).

Yilmaz, Ihsan. "Secular Law and the Emergence of Unofficial Turkish Law," *Middle East Journal*, 56, 1 (2002): 113–31.

Young, Robert J. C. "Foucault on Race and Colonialism," *New Formations*, 25 (Yaz 1995): 57–65.

White Mythologies (Londra&New York: Routledge, 1990).

Young, Walter. "Defining Casuistry in Islamic Law" (Unpublished paper; presented at the 41st Annual Meeting of the Middle East Studies Association, Kasım 2007, Montreal), 107 pages.

Zaman, Muhammad Qasim. *Religion and Politics under the Early 'Abbāsids* (Leiden: Brill, 1997).

The Ulama in Contemporary Islam: Custodians of Change (Princeton, NJ: Princeton University Press, 2002).

Zantout, Mida R. "Khul' Between Past and Present" (MA thesis, McGill University, 2006).

Zarinebaf-Shahr, Fariba. "Women, Law, and Imperial Justice in Ottoman Istanbul in the Late Seventeenth Century," içinde Amira el-Azhary Sonbol, ed., *Women, the Family, and Divorce Laws in Islamic History* (Syracuse, NY: Syracuse University Press, 1996), 81–96.

Zebiri, Kate. *Mahmūd Shaltūt and Islamic Modernism* (New York: Oxford University Press, 1993).

Zeghal, Malika. "Religion and Politics in Egypt: The Ulama of al-Azhar, Radical Islam, and the State (1952–94)," *International Journal of Middle East Studies*, 31, 3 (1999): 371–99.

Ziadeh, Farhat Jacob. "Equality (Kafā'ah) in the Muslim Law of Marriage," *American Journal of Comparative Law*, 6 (1957): 503–17.

Lawyers, the Rule of Law and Liberalism in Modern Egypt (Stanford, CA: Hoover Institute, 1968).

Zilfi, Madeline C. *The Politics of Piety: The Ottoman Ulema in the Postclassical Age (1600–1800)* (Minneapolis: Bibliotheca Islamica, 1988).

"We Don't Get Along: Women and Hul Divorce in the Eighteenth Century," içinde M. C. Zilfi, ed., *Women in the Ottoman Empire: Middle Eastern Modern Women in the Early Modern Era* (Leiden&New York: Brill, 1997), 264–96.

Zubaida, Sami. *Islam, the People and the State: Essays on Political Ideas and Movements in the Middle East* (Londra&New York: Routledge, 1989).

Law and Power in the Islamic World (Londra&New York: I. B. Tauris, 2003).

Dizin

A

Abdest 138, 158, 274, 611
Abdulkerim Suruş 578
Abdurrahim Talebov 485
Abdülhalîm Mahmûd 392, 536
Abdülvehhâb eş-Şa'rânî 611
Abdülvehhâb Hallâf 566
Açe 175, 447, 555
Adalet 47, 51, 73, 82, 87, 148, 166, 173, 176, 208, 209, 211, 213, 240, 241, 242, 244, 245, 255, 257, 260, 261, 263, 368, 390, 391, 395, 413, 417, 421, 422, 424, 427, 428, 432, 434, 443, 468, 472, 475, 482, 484, 503, 515, 519, 551, 581, 587, 606
Adat 435, 436, 437, 438, 440, 442, 443, 444, 445, 446, 497, 550, 551, 553, 574, 577, 639, 645, 649
Adatrecht 444, 445, 446, 447, 645, 658
'ademu ta'ârudi'l-'akli ve'n-nakl 157
Afganistan 410, 453, 618
A fortiori 81, 82, 142, 424
Afrika 23, 44, 49, 51, 52, 61, 91, 151, 175, 183, 210, 225, 261, 408, 438, 448, 453, 487, 488, 489, 494, 495, 505, 508, 524, 527, 529
Âhâd 129, 130, 131, 133, 136
Ahbarî 155, 160, 162, 544
Ahlak 20, 21, 22, 24, 32, 33, 47, 63, 120, 121, 170, 176, 199, 200, 207, 208, 209, 210, 214, 227, 229, 237, 249, 270, 357, 368, 401, 407, 433, 436, 444, 489, 534, 559, 576, 580, 595, 596, 601, 605, 610
Ahmad Hassan 572
Ahmed Han 387, 388
Ahmed İbn Hanbel 101, 377, 629
Ahmet Cevdet Paşa 459, 463, 464
Ahvâl-i şahsiyye 426, 462, 476, 477, 491, 493, 497, 499, 500, 508, 530, 541, 557
Aile hukuku 53, 317, 358, 434, 438, 477, 482, 493, 499, 500, 510, 544, 620
Akit 33, 284, 290, 291, 292, 293, 294, 296, 303, 304, 310, 311, 318, 331, 332, 333
Akraba 323, 326, 334, 340, 341, 342, 359, 489, 517, 524, 577
'alel-fevr 282
'ale't-terâhî 282
Alexander Dow 255
Ali Paşa 458, 463, 620
Alkol 68, 439, 555, 586, 587
Allâl el-Fâsî 496
Allâme el-Hillî 155, 159
A maiore ad minus 82, 142
Ameer Ali 428
Amerika 9, 11, 15, 18, 19, 392, 514, 586
Amîdülmülk el-Kündürî 189
A minore ad maius 82, 142
Amman 392, 630
Anadolu 198, 210, 228, 233, 470, 618
Anadolu Selçuklu Devleti 198, 618
Anaerkil 436
Anayasa 485, 536, 539, 540, 541, 544, 547, 551, 621, 622
'Anbarî 170
Anglo-Muhammedan Hukuku 489
Arabistan 44, 61, 62, 64, 65, 67, 72, 244, 342, 448, 531, 585, 608
Arabuluculuk 48, 50, 199, 202, 203, 204, 209, 246, 250, 370, 412, 416, 438, 523, 554, 603
Arap 44, 49, 59, 60, 61, 62, 63, 65, 68, 69, 70, 72, 77, 79, 123, 161, 166, 167, 203, 241, 260, 262, 287, 293, 386, 391, 392, 423, 426, 427, 465, 472, 479, 490, 501, 503, 505, 516, 520, 529, 535, 538, 540, 572, 575, 576, 577, 584, 586, 599, 600
Araplar 66, 71, 73, 199, 392, 441, 493
A. Raymond 251
Araz 346
Arazi 62, 138, 243, 293, 305, 347, 352, 382, 460, 461, 468, 473, 475, 476, 487, 619
Arazi hukuku 473
Aritmetik 85, 100
Âriyet 312, 313
Asabe 340, 341, 342, 343
Ashab 80
Asyut 478
Ataerkil 20, 226, 227, 327, 505, 510, 511, 524
'avl 342

Avrupa 9, 10, 11, 12, 18, 19, 27, 28, 29, 31, 32, 33, 34, 36, 37, 39, 40, 41, 54, 121, 168, 186, 188, 198, 239, 240, 260, 261, 262, 357, 358, 374, 386, 407, 408, 409, 410, 412, 418, 419, 426, 432, 433, 441, 445, 447, 448, 449, 451, 452, 453, 457, 458, 459, 461, 465, 466, 469, 473, 474, 475, 477, 481, 483, 484, 490, 494, 495, 499, 504, 505, 506, 507, 508, 511, 512, 514, 522, 525, 544, 555, 569, 570, 578, 594, 607, 608
Avusturya 451, 459
'ayb 302
'azl-i devrî 310

B

Babalık 341, 520
Bâbıâli 256, 450, 451, 459, 471, 474, 475, 480
Bağdat 180, 181, 183, 190, 191, 192, 240, 480, 617, 618, 630
Bağy 360, 367
Bahreyn 154
Bakire 321
Bâliğ 284
Balkanlar 260, 262, 484
Balta Limanı Antlaşması 451
Banten 555
Basra 66, 76, 91, 172
Bâtıl 293, 303, 311
Bâtın 351, 369
Bedevi 60, 61, 62, 67
Benedict Anderson 466
Bengal 421, 422, 619
Berâe 396
Berâet 158
Berâet-i asliyye 158
Berberi 203, 493
Berberiler 493
Bernard Ter Haar 446
Beytü'l-mâl 339
Beyyine 327, 355, 396, 397, 399, 404
Bihbahânî 157
Bikr 321
Birleşik Arap Emirlikleri 529
Biyopolitika 187
Bizans 21, 59, 60, 263, 616
Bombay 422, 433, 631
Borç 54, 232, 276, 285, 290, 292, 299, 300, 301, 305, 306, 307, 308, 312, 313, 314, 316, 326, 333, 335, 337, 376, 404, 461, 517, 584, 592, 613
Buhara 181, 480
Buluğ 271, 400
Bulukumba 555
Bursa 181, 219, 640
Buyû' 292
Bürokrasi 187, 242, 261, 262, 263, 409, 412, 416, 461, 513, 546
Büveyhiler 189, 240, 618
Büyük Sentez 106

C

Câiz 290, 292, 297, 308, 310, 311, 312, 313, 315, 331
Cava 176, 432, 435, 440, 441, 442, 446, 447, 552, 553
Cehalet 115, 118, 289, 295
Cehâlet 289, 306
Cehl 115
Cehl-i mürekkeb 115
Cehr 367
Cemâatü't-tekfîr ve'l-hicre 392
Cemal Abdünnasır 535
Cenin 271
Cerîde-i Mehâkim 459
Ceza hukuku 32, 162, 243, 357, 358, 441, 477, 493, 499, 547, 550
Cezai 64, 66, 72, 75, 88, 120, 252, 316, 350, 351, 357, 369, 403, 409, 422, 475, 546, 557
Cezayir 53, 445, 486, 487, 489, 491, 492, 493, 507, 511, 519, 529, 619, 620, 621, 622
Charles Cornwallis 619
Charles Hamilton 424, 619
Christian Snouck Hurgronje 444
Cianjur 555
Cihad 374, 375, 376, 377, 378, 379, 380, 383, 384, 385, 386, 387, 388, 389, 390, 391, 392, 550, 583, 584
Cihan Kanunu 537, 622
Cinayât 360
Cizye 378, 383, 384
Code de l'Indigénat 491
Code Morand 488, 491, 507, 620
Code Napoléon 463, 619
Common law 219, 418, 423, 424, 540

Ç

Çeyiz 64, 228
Çifte Hareket Teorisi 574
Çin 59, 61, 186, 188, 435
Çoğulculuk 412, 419, 504, 509, 605, 609
Çok eşlilik 232, 325, 374, 519, 520, 521, 554, 556, 587, 592

D

Dahir berbère 493, 496, 621
Dâire-i Adalet 51, 240, 242, 255, 257, 368
Damân 290, 300, 303, 304, 305, 349
Dârü'l-Adl 244
Dârülfünun 484, 486

Dava 23, 86, 173, 202, 203, 205, 208, 209, 210, 211, 212, 214, 215, 216, 217, 230, 231, 232, 238, 243, 244, 250, 251, 295, 309, 315, 326, 332, 354, 364, 371, 393, 395, 396, 397, 398, 403, 404, 476, 484, 487, 513, 522, 537, 547
Davacı 103, 121, 202, 205, 214, 215, 230, 231, 232, 250, 396, 397, 403, 404
Davalı 121, 214, 215, 230, 231, 371, 396, 397, 398, 399, 404
Davud b. Halef ez-Zâhirî 324
Delhi Sultanlığı 192, 245
Delilik 271, 280, 308, 312, 328
Delîlü'l-'akl 156, 157
Deniz hukuku 468, 473
Devlet 12, 32, 33, 35, 50, 52, 53, 54, 59, 60, 68, 85, 87, 88, 104, 119, 164, 165, 168, 172, 186, 191, 192, 193, 195, 197, 199, 200, 204, 214, 242, 244, 245, 252, 254, 255, 256, 257, 259, 261, 357, 358, 359, 367, 368, 375, 377, 381, 382, 383, 384, 390, 396, 407, 409, 410, 411, 412, 413, 414, 415, 417, 420, 426, 428, 435, 437, 439, 440, 444, 454, 456, 459, 460, 461, 463, 465, 466, 468, 470, 472, 473, 475, 478, 480, 481, 482, 487, 488, 492, 494, 495, 499, 501, 502, 503, 504, 505, 506, 507, 508, 509, 512, 513, 514, 515, 516, 522, 525, 529, 530, 533, 535, 538, 539, 541, 543, 544, 545, 546, 547, 548, 549, 550, 552, 553, 555, 556, 557, 563, 574, 575, 579, 580, 581, 606, 607, 608, 609, 610
Deyn 299, 306
Dinden dönme 336, 367, 368
Divan 86, 244
Dîvân-e şah 245
Divanhâne 484
Diwani 422
Diyet 337, 349, 359, 362, 370, 371, 372, 615
D. Lev 440
Doğu Hindistan Şirketi 421, 440, 618, 619
Doğu Roma İmparatorluğu 59
Droit Musulman-Algérien 486
Du'âü'l-istiftâh 274

E

Ebû Bekir 68, 69, 71, 74, 92, 101, 169, 616, 618
Ebû Bekir el-Fârisî 92
Ebû Bekir el-Hallâl 101, 618
Ebû Bekir es-Sayrafî 92
Ebû Cafer el-Mansûr 172
Ebû Hâmid el-Gazzâlî 178
Ebû Hanîfe 97, 98, 99, 101, 102, 220, 281, 297, 323, 339, 350, 354, 381, 393, 399, 617
Ebû Şücâ es-Selcî 108
Ebû Yusuf 97, 98, 170, 220, 323, 351, 354, 617
Ecîr 303
Ecnebi 334
Edebü'l-kâdî 18, 375, 393, 627
Edebü'l-müftî ve'l-müsteftî 375
Edirne 181
Edward Said 17, 38
Ehl-i hadîs 89, 90, 92
Ehl-i ilm 211
Ehl-i Kitap 325, 381, 383, 390
Ehl-i re'y 89, 90, 92
Ehliyet 271, 291
Emân 384, 385
Emir 67, 125, 126, 127, 128, 140, 144, 190, 293, 377, 398, 589
Endonezya 46, 53, 59, 435, 437, 439, 440, 442, 443, 444, 445, 447, 497, 510, 529, 533, 550, 551, 552, 553, 554, 555, 556, 572, 573, 574, 575, 576, 577, 620, 621, 622
Endülüs 84, 91, 175, 225
Ergen 280, 281, 284, 321, 323, 362, 366, 367, 368, 369
Ergenlik 271, 280, 291, 321, 323, 334
Erkân 272, 282, 284, 320
Ermeni 475
Erş 359, 371
Eş'arî 189, 559, 560
Evkâf-ı Hümâyun Nezâreti 455, 619
Evliliğin feshi 326, 513, 612
Evrengzîb 421
Evzâî 97, 98
Eyyûb Han 539, 540
Eyyubiler 192, 240, 618
Ezher 392, 447, 482, 531, 532, 533, 534, 535, 536, 568, 621
Ezher Üniversitesi 447, 568

F

Faiz 138, 139, 258, 291, 316, 347, 540, 571, 584, 585, 592
Fakîh 47, 90, 96, 97, 110, 116, 132, 148, 151, 152, 153, 156, 161, 162, 165, 193, 258, 331, 332, 335, 339, 381, 420, 544, 545, 546, 548, 611, 618, 626
Farz-ı 'ayn 375, 400, 598
Farz-ı kifâye 349, 375, 376, 400
Fas 45, 46, 47, 53, 164, 200, 206, 256, 432, 439, 480, 492, 493, 495, 496, 510, 511, 517, 518, 519, 521, 620, 621
Fatımiler 618

Faujdari 422
Fazlur Rahman 586, 657
Fergana 425
Fesh 307
Fesih 291, 292, 294, 295, 297, 302, 310, 312, 313, 331, 513, 519, 523
el-Fetâva el-Hindiyye 427
Fetvâ 18, 149, 177, 178, 179, 218, 219, 220, 222, 225, 258
Fıkıh usulü 12, 13, 19, 107, 108, 109, 134, 151, 160, 178, 558, 559, 561, 571, 593, 597, 601, 617, 618
Filistin 201, 233, 235, 392, 460, 513
Fransa 453, 459, 476, 487, 488, 507, 619
Fransız 28, 284, 418, 442, 457, 458, 459, 460, 463, 464, 466, 474, 475, 476, 486, 487, 488, 489, 490, 491, 492, 493, 494, 496, 505, 506, 507, 508, 510, 527, 544, 547, 594, 619, 620
Fransız hukuku 284, 488
Frenkler 201
Friedrich Nietzsche 36
Fustat 66, 76, 104, 179, 180
Fuzûlî 291, 309, 395

G

Gabn 295, 349
Gaip 327
Garar 289, 290, 291, 295, 302, 303, 306, 309, 311, 316, 333
Garîb 140
Gasb 613
Gasp 94, 95, 143, 241, 290, 301, 348, 350, 351, 352, 353, 354, 391, 449, 453, 595, 596, 597, 600, 613
Gassaniler 60
Gaybet 153, 544, 618
Gazneliler 180, 244, 618
Gazze 534
Geometri 196
George Habaş 392
Gusül 282
Gülhane Hatt-ı Hümâyunu 451, 457, 484
Güneydoğu Asya 188, 202, 421, 447, 529, 531

H

Hac 129, 172, 270, 275, 281, 282, 283, 309, 356, 388, 545, 582, 611, 613
Hacb-i hırmân 341
Hacb-i noksân 341
Hâcib 244, 285, 296, 299, 302, 306, 307, 308, 311, 316, 324, 333, 334, 350, 352, 355, 376, 523, 527, 626
Hacr 284, 310, 613
Had 316, 317, 318, 360, 361, 362, 363, 364, 365, 366, 367, 372, 393, 395, 396, 401, 536, 547
Hadâne 334, 614
Hades 273
Hadîs 74, 77, 78, 79, 80, 81, 83, 89, 90, 91, 92, 100, 101, 125, 131, 132, 144, 148, 153, 159, 160, 161, 167, 177, 179, 185, 228, 435, 538, 617
Hadramut 61
Hakiki 344, 571
Halaka 50, 76, 163, 164, 174, 175, 176, 177, 178, 179, 181, 197, 223
Halep 200, 201, 217, 236, 237, 238, 254, 264, 326, 624
Halife 67, 68, 70, 71, 72, 73, 75, 77, 87, 104, 166, 167, 169, 170, 171, 172, 173, 597, 616
Halil İnalcık 650, 654
Halka 85, 104, 163, 184, 193, 248, 259, 323, 449, 528, 575, 604
Hamâle 304
Hamas 535
Hamr 359, 365, 585
Hanbelî 83, 91, 92, 95, 101, 102, 217, 230, 261, 286, 303, 334, 338, 339, 345, 384, 503, 514, 612, 617, 618
Hanbelîler 94, 144, 160, 277, 286, 295, 297, 299, 300, 301, 302, 311, 313, 315, 319, 320, 321, 322, 325, 328, 337, 351, 352, 353, 354, 361, 362, 363, 370, 397, 398, 399, 400, 403, 404, 615
Hanbelî mezhebi 91, 334
Hanefî 82, 83, 90, 91, 95, 97, 98, 121, 144, 154, 191, 217, 220, 230, 243, 258, 260, 261, 262, 298, 304, 305, 310, 314, 321, 323, 325, 334, 337, 339, 345, 346, 350, 353, 354, 368, 401, 425, 462, 467, 503, 509, 515, 522, 523, 524, 612, 617, 625, 626
Hanefîler 91, 92, 94, 273, 277, 278, 283, 284, 286, 290, 292, 293, 295, 296, 297, 298, 299, 300, 301, 303, 307, 308, 309, 312, 314, 320, 321, 322, 324, 328, 337, 338, 346, 351, 352, 353, 354, 355, 362, 363, 364, 369, 371, 397, 399, 400, 402, 403, 404, 613, 614
Hâra 200, 201, 524
Haram 80, 119, 125, 127, 138, 139, 142, 145, 283, 329, 331, 334, 387, 592
Harbî 338
Hasan b. Ziyâd 220
Hasan el-Benna 533
Hasbi Ash-Shiddieqy 572
Hasen 159
Havâle 305, 306, 307, 478, 613
Hazairin 572, 574, 575, 576, 577, 581, 602, 636

Hırâbe 367
Hıristiyan Araplar 392
Hıristiyanlar 63, 378, 458, 551
Hıristiyanlık 63
Hırz 82, 365, 366, 372
Hibe 285, 290, 291, 304, 309, 315, 320, 338, 345, 348, 477, 497, 544, 614
Hicaz 62, 76, 78, 79, 176, 225, 240, 447
Hidâye 220, 272, 273, 274, 275, 278, 279, 280, 281, 282, 283, 285, 287, 290, 291, 293, 294, 295, 305, 308, 310, 312, 313, 315, 321, 322, 323, 325, 330, 331, 333, 334, 402, 424, 425, 426, 510, 619, 623, 625, 628
Hilafet 558
Hindistan 24, 52, 53, 60, 61, 186, 188, 192, 213, 220, 245, 255, 386, 388, 421, 422, 424, 425, 427, 428, 429, 433, 434, 438, 439, 440, 444, 452, 459, 494, 498, 508, 516, 518, 520, 530, 533, 538, 608, 618, 619, 620, 621
Hindu hukuku 423
Hindular 424
Hîre 60
Hisbe 253, 396
Hive Hanlığı 453, 618
Hizbullah 535
Hobbes 560
Hodgson 52, 53, 64, 408, 644
Hollanda Doğu Hindistan Şirketi 440, 618
Hollanda Hint Adaları 443, 445
Homoseksüel 364
Horasan 76, 91, 104, 180, 189, 190, 192, 432
Hudûd 359, 360, 367, 372, 394, 399, 400, 401, 402, 403, 540, 615
Hufye 365
Hugh Clifford 373
Hukuk dili 100, 122
Hukuk eğitimi 44, 70, 96, 164, 174, 178, 180, 185, 193, 198, 213, 253, 261, 263, 438, 464, 468, 475, 492
Hukuk mahkemeleri 199, 263, 459
Hukuk normu 102, 312
Hul' 510
Humeynî 544, 545, 546, 547, 548, 549
Hüccet 157
Hüdne 383
Hüküm 29, 34, 42, 47, 50, 64, 65, 72, 111, 118, 119, 133, 137, 142, 151, 154, 160, 161, 183, 202, 205, 206, 219, 240, 241, 253, 254, 256, 294, 300, 301, 311, 338, 366, 367, 385, 386, 388, 394, 395, 402, 409, 426, 432, 448, 450, 497, 515, 543, 550, 552, 566, 581, 599

I

Îlâ 333, 334, 614
Irak 49, 59, 61, 66, 76, 79, 80, 144, 151, 154, 175, 225, 410, 452, 467, 468, 503, 519, 525, 526, 618, 621, 622
Islah 64, 359, 498

İ

İbadet 61, 63, 64, 65, 68, 70, 96, 152, 227, 269, 273, 274, 275, 356, 382, 467, 564, 566, 570
İbn Bâbeveyh el-Kummî 153, 618
İbn Ebî Leyla 98
İbn Haldûn 596, 626
İbn Hazm 66, 136, 626, 627
İbn Kudâme 62, 160, 287, 295, 302, 303, 312, 313, 319, 320, 321, 322, 324, 325, 328, 330, 334, 341, 375, 376, 377, 378, 379, 380, 381, 382, 383, 384, 394, 395, 398, 399, 400, 401, 402, 511, 516, 627
İbn Rüşd 219, 287, 627
İbn Süreyc 92, 93, 103, 617
İbn Tâvûs 159
İbn Teymiyye 18, 116, 136, 157, 351, 561, 596, 627
İbnü'l-Kâss 92, 102, 103
İbnü'l-Mukaffa' 170
İbrâ 306, 317
Hz. İbrahim 63, 369
İcap 64, 284, 287, 288, 291, 292, 297, 302, 304, 311, 314, 315, 320, 333
İcâre 285, 290, 292, 294, 299, 302, 303, 304, 308, 316, 400, 613
İcazet 178, 180, 472
İcma 75, 80, 110, 114, 116, 129, 131, 133, 134, 135, 136, 137, 140, 148, 156, 157, 160, 279, 281, 371, 563, 565, 567, 594
İctihad 13, 17, 18, 19, 82, 83, 104, 109, 117, 123, 147, 148, 149, 155, 160, 162, 259, 393, 424, 499, 503, 505, 540, 544, 545, 547, 567, 572, 573, 574, 575, 581, 590, 597, 606, 620
İctihad hukuku 424, 505
İddet 65, 232, 281, 330, 336, 361, 614
İflas 24, 230, 305, 326, 451, 513, 613
İftâ 159, 179, 197, 223
İftar 280
İhram 282
İhsân 631
İhtilâf 100, 112, 117, 156, 220, 393, 605
İhtisâb 396
İhtiyar 363
İkâle 290, 292, 304, 307
İkrâh 332, 364
İkrar 316, 341, 360, 396, 399, 520, 613
İlaç 280

İllet 137, 138, 139, 140, 141, 142, 143, 145, 146, 564
İlmiye 198, 471, 479
İmam 52, 100, 102, 103, 134, 152, 153, 154, 155, 156, 157, 159, 160, 162, 185, 368, 378, 544, 629
İmâmiyye Şîası 131, 150, 291, 298, 299, 304, 306, 307, 320, 321, 338, 342, 351, 354, 362, 363, 364, 369, 376, 380, 393, 394, 400, 402, 483, 520, 577, 615
İmâmü'l-Haremeyn el-Cüveynî 178
'inân 297, 298
İngiliz Hindistanı 31, 421, 446
İngiliz Malayası 435
İngiliz sömürgeciliği 388, 430
İntifa hakkı 288, 290, 303, 324, 333, 337
İnzâl 280
İran 12, 51, 53, 59, 66, 106, 151, 152, 154, 170, 175, 189, 199, 225, 240, 244, 245, 256, 319, 448, 452, 453, 455, 467, 483, 484, 485, 496, 510, 515, 521, 524, 531, 533, 540, 543, 544, 547, 548, 550, 610, 616, 618, 619, 620, 621, 622, 625
İrtidad 70, 368, 369
Hz. İsa 71, 369
İshak b. el-Furât 97
İskât 317
İskenderiye 181, 475, 476, 619, 629
İslamcılar 54, 386, 390, 529, 532, 533, 535, 537, 538, 546, 609
İsm 319, 351
İsnâd 159
İsrail 508, 511, 523, 535
İstanbul 14, 181, 195, 198, 212, 228, 229, 232, 233, 237, 238, 240, 252, 260, 261, 262, 263, 264, 454, 457, 458, 459, 460, 461, 462, 463, 465, 466, 468, 469, 470, 472, 473, 474, 475, 479, 480, 484, 556, 618, 619, 620, 646, 652
İstıslâh 137
İstısnâ' 289
İstibdâl 182
İsticrâr 296, 297
İstidlal 81, 82, 83, 100, 102, 110, 136, 142, 143
İstihsân 83, 92, 137, 144, 145, 627
İstilâ 351
İstishâbü'l-hâl 158
İstitaat 281, 283
İsviçre Medeni Kanunu 555
İsyan 360, 367, 368, 440
İşkence 167, 258, 379, 536
İvaz 302, 313, 333
İyaz el-Ezdî 72

J

Jeremy Bentham 569
J. H. Alting 445
Johor 435
Jombang 555
Jön Türkler 468
J. S. Mill 569, 571

K

Kabe 63, 125
Kabz 315
Kaçarlar 240, 245, 453, 483, 485, 486, 619
Kâdı 51, 69, 70, 72, 83, 85, 86, 87, 97, 120, 161, 164, 165, 171, 172, 179, 192, 193, 198, 202, 204, 205, 209, 210, 211, 212, 214, 215, 216, 219, 220, 223, 234, 235, 244, 247, 248, 250, 251, 252, 253, 254, 259, 260, 261, 262, 263, 264, 265, 321, 326, 354, 359, 362, 393, 394, 396, 398, 399, 401, 402, 403, 404, 413, 432, 451, 456, 504, 523, 604
Kadın 65, 190, 217, 227, 228, 229, 230, 231, 232, 235, 236, 237, 238, 239, 250, 255, 277, 278, 309, 318, 321, 322, 323, 324, 325, 326, 335, 336, 337, 340, 341, 361, 363, 379, 384, 397, 401, 505, 511, 513, 514, 515, 516, 517, 519, 522, 523, 577, 591, 593
Kadınlar 140, 141, 164, 208, 212, 225, 229, 230, 231, 232, 233, 234, 236, 237, 238, 239, 273, 280, 282, 323, 326, 330, 336, 341, 356, 383, 404, 415, 437, 504, 505, 511, 513, 515, 521, 522, 591, 592
Kadijustiz 423, 426, 580
Kaffâl eş-Şâşî 92
Kahire 45, 66, 181, 185, 192, 195, 201, 217, 218, 230, 236, 244, 247, 251, 254, 263, 264, 392, 447, 475, 476, 478, 480, 566, 581, 618, 619, 623, 624, 625, 626, 627, 628, 629, 630, 635, 640, 643, 644, 655
Kalimantan 442, 552
Kan parası 62, 66, 250, 362, 370, 372, 381, 402, 428, 429, 476
Kant 28, 30
Kanuni Sultan Süleyman 259, 450
Kapitalizm 36, 433
Kapitülasyonlar 449
Karahanlılar 240
Karine 124, 126
Karma Barolar Birliği 476
Karma Mahkemeler 476, 477, 478
Karz 290, 301, 312, 314
Kasâme 66, 250, 309, 370

Kassâm 85
Kataban Krallığı 62
Kat'i 152, 567
Kâtib 86
Kâtip 86, 170, 193, 216, 244, 265
Katl 360, 369, 370
Kayseri 45, 236, 326, 646
Kaza 144, 145, 280
Kazasker 480
Kazf 68, 359, 360, 361, 362, 363, 364, 365, 401, 402
Kedah 435
Kefâlet 304, 305
Kefâret 122, 125, 145, 280, 281, 333, 334
Kefil 304, 305, 306, 376, 517
Kelam 13, 101, 113, 114, 118, 560, 561
Kelantan 435
Kelime-i şehâdet 369
Kerakî 154
Kerbela 467
Kıbrıs 233
Kırbaç 68, 361, 365, 372, 436, 592
Kısas 66, 125, 175, 204, 359, 360, 371, 372, 393, 395, 400, 401, 402, 403, 429, 547
Kıyas 68, 82, 83, 90, 110, 114, 116, 128, 564, 567, 571, 594
Kıyemî 346, 351
Kilve 181
Kinâye 311
Kinde 61
Kitâbü'l-kâdî ile'l-kâdî 361, 398
Kod 444, 446, 463, 496, 554
Kodifikasyon 417, 426, 472, 478, 494, 495, 503, 504, 508, 605, 608
Konstantin 492
Köle 125, 140, 216, 233, 238, 265, 269, 284, 286, 305, 308, 315, 336, 338, 347, 355, 356, 363, 381, 382, 384, 612
Kölelik 339, 381, 386
Kudüs 63, 240, 392
Kufe 66, 91, 104, 617
Kum 482, 625, 628
Kumar 64
Kur'ân 21, 22, 62, 63, 64, 65, 67, 68, 70, 71, 72, 73, 74, 75, 76, 80, 82, 90, 96, 100, 110, 111, 114, 116, 117, 118, 124, 125, 126, 128, 129, 130, 132, 133, 135, 137, 138, 139, 140, 142, 145, 147, 153, 156, 158, 160, 161, 179, 185, 205, 237, 241, 272, 274, 275, 276, 281, 285, 291, 296, 300, 338, 339, 340, 341, 342, 343, 344, 345, 350, 359, 365, 368, 387, 388, 389, 390, 396, 398, 431, 459, 489, 490, 503, 520, 524, 527, 532, 537, 538, 539, 559, 562, 564, 565, 566, 567, 568, 571, 572, 573, 574, 576, 577, 582, 583, 584, 585, 586, 587, 588, 589, 590, 591, 592, 593, 612, 615, 626, 630, 631
Kuzey Afrika 49, 51, 52, 91, 151, 175, 183, 210, 225, 261, 448, 453, 487, 488, 489, 494, 495, 524, 527, 529
Küçük hac 281
Küleynî 153, 618, 628
Kürtler 525

L

Lahmîler 60
Lakît 355
Lâzım 290, 292, 302, 313, 315, 316
Li'ân 330, 395
Libya 511, 529, 621
Lihyân 62
Loi Warnier 491, 620
Lonca 201, 216, 247, 248, 249, 250, 251, 257, 450
Lübnan 154, 508, 528, 535

M

Madras 422, 649
Madura 176, 442, 446, 447, 552, 658
Mahalle 48, 52, 200, 201, 213, 247, 249, 250, 251, 254, 257
Mahkeme müzekkîsi 85
Mahkum 9, 32, 362, 381, 409, 441, 576
II. Mahmud 450, 453, 454, 456, 470, 473, 488
Makâsıdü'ş-şerîa 564
Mal 94, 101, 165, 182, 198, 221, 234, 255, 256, 277, 278, 288, 290, 292, 293, 295, 296, 301, 303, 304, 305, 310, 312, 313, 314, 326, 335, 337, 339, 343, 345, 346, 347, 349, 350, 351, 352, 353, 354, 358, 366, 367, 384, 395, 450, 452, 504, 513, 515, 516, 517, 526, 566
Malakka 181, 435, 436, 439, 447
Malay Yarımadası 372, 435, 437, 443
Malezya 181, 200, 438, 439, 494, 533, 554, 621
Mâlik b. Enes 146, 160, 617, 628
Mâlikî 14, 95, 134, 146, 183, 217, 218, 220, 230, 261, 287, 302, 305, 309, 315, 325, 328, 334, 336, 337, 338, 339, 341, 342, 345, 352, 354, 355, 398, 402, 488, 495, 503, 511, 515, 517, 524, 525, 612, 617
Mâlikîler 80, 273, 277, 285, 286, 287, 288, 290, 294, 295, 297, 298, 299, 301, 304, 306, 307, 312, 315, 316, 321, 323, 324, 325, 354, 360, 362, 363, 366, 369, 396, 398, 400, 404, 613, 614, 615

Mangıtlar 192, 453
Mansura 476
Mansûr el-Buhûtî 612
Marksist 391, 392, 413
Maslahat 141, 146, 377, 549, 561, 562, 563, 564, 565, 567, 568, 569, 571, 586, 594, 595
Mataram Krallığı 192, 440
Matematik 179, 185, 589
Maveraünnehir 91, 175, 181, 188, 198, 225, 425, 453, 616, 618
Mâverdî 52, 88, 206, 212, 218, 244, 253, 254, 269, 272, 274, 281, 283, 285, 288, 292, 294, 295, 296, 302, 306, 318, 320, 323, 324, 328, 337, 338, 360, 361, 362, 363, 364, 365, 368, 369, 370, 393, 394, 396, 402, 403, 481, 511, 624, 628
Max Gluckman 205, 641, 657
Max Weber 120, 423, 466, 538, 635, 640, 659
M. B. Hooker 491
Mebsût 324, 329, 331, 334, 626, 630
Mecaz 123
Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye 463, 620
Meclis 287, 288, 475
Medine 59, 63, 65, 67, 69, 76, 78, 79, 80, 91, 104, 134, 135, 157, 240, 387, 587, 616
Medine Anayasası 65
Medrese 50, 163, 164, 174, 180, 181, 183, 185, 190, 191, 192, 193, 194, 195, 196, 197, 222, 348, 349, 425, 447, 467, 472, 501, 618
Mehdi 170
Mehir 64, 217, 228, 232, 234, 305, 322, 324, 325, 332, 333, 361, 364, 397, 516, 517, 614
Mehmed Ârif Efendi 471
Mekke 59, 61, 62, 63, 64, 67, 76, 91, 119, 129, 172, 240, 282, 356, 387, 582, 586
Mekrûh 119, 120, 121, 161, 315, 329, 331, 334
Mekteb-i Nüvvâb 471, 472, 473, 479, 619
el-Melik el-Kâmil b. Kalavun 253
Memlükler 181, 192, 219, 240, 244, 253, 254, 256, 261, 263, 332
Menat 61
Mendup 119, 121, 126
Menfaat 314, 335, 336, 337, 346, 348, 355, 356, 393
Merce-i Taklid 152
Mergînânî 220, 272, 273, 274, 275, 278, 279, 280, 281, 282, 283, 285, 287, 290, 291, 293, 294, 295, 305, 308, 310, 312, 313, 315, 321, 322, 323, 325, 330, 331, 333, 334, 402, 424, 425, 510, 619
Mersûm 218
Meşhûr 131
Mevdûdî 390, 391, 532
Mezâlim 87, 88, 218, 244, 245, 252, 253, 254, 413, 475
Mezheb 12, 13, 50, 52, 93, 94, 95, 97, 98, 103, 105, 150, 151, 160, 178, 183, 220, 223, 262, 322, 332, 351, 355, 365, 495, 531, 573, 625, 629
Mezhep 12, 13, 50, 52, 93, 94, 95, 97, 98, 103, 105, 150, 151, 160, 178, 183, 223, 262, 322, 332, 351, 355, 365, 495, 531, 573
Mezopotamya 60, 62, 64
Mısır 44, 53, 60, 66, 72, 91, 151, 175, 180, 188, 192, 199, 210, 225, 233, 261, 262, 265, 388, 389, 418, 420, 447, 448, 460, 472, 473, 474, 475, 476, 477, 479, 481, 482, 483, 484, 485, 486, 503, 505, 515, 517, 518, 519, 520, 522, 523, 526, 528, 529, 531, 532, 533, 534, 535, 538, 539, 540, 556, 566, 581, 584, 616, 617, 618, 619, 620, 621, 622
Michel Foucault 36, 415, 638
Midhat Paşa 467
Mihne 90, 617
Milk 297, 344, 347, 348, 487
Milliyetçilik 187, 262, 358, 465, 508
Minahasa 445
Minangkabau 436
Minhâcü't-Tâlibîn 443
Miras 10, 64, 76, 87, 96, 122, 182, 216, 217, 228, 232, 237, 271, 297, 305, 318, 321, 325, 326, 336, 337, 338, 339, 340, 341, 342, 343, 358, 364, 368, 370, 395, 424, 431, 437, 442, 456, 457, 477, 489, 490, 491, 497, 501, 503, 506, 524, 525, 526, 527, 528, 540, 541, 542, 544, 551, 552, 562, 566, 568, 576, 577, 610, 612, 613, 614, 621
Mîrî 454, 460, 487
Mirza Melkum Han 485
Mirza Müşîrüddevle 484
Mirza Nuri 484
Mirza Yusuf Han 485
Mislî 286, 346, 351, 354
M. Morand 490
Mogadişu 175
Muâmelât 562, 563, 564, 567, 570, 572
Muâtât 302, 315
Muaviye 70
Mubah 119, 120, 122, 126, 481
Mudârebe 278, 290, 297, 300, 301
Mufâvada 297, 298
Muhâlea 234
Hz. Muhammed 63, 65, 71, 73, 77, 114, 116, 117, 152, 166, 368, 590, 616
V. Muhammed 493

Muhammed Abduh 21, 447, 477, 560, 620
Muhammed Ali 451, 484, 533, 539, 619, 626
Muhammed Ali Cinnah 539
Muhammed b. Nasr el-Mervezî 98
Muhammed Emin el-Astarâbâdî 154
Muhammed Habîb el-Merzûkî 594
Muhammed Mustafa el-Merâgî 573
Muhammed Said 'Aşmâvî 389, 581
Muhammed Saîd el-Bûtî 568
Muhammed Şahrûr 532, 589
Muharric 102
Muhassıl 456
Muhayyerlik 292, 294, 295, 313, 316
Muhkem 161
Muhsan 361, 362
Muhtâr 368, 625, 627, 628
Muhtasar 123, 222, 223, 344, 351
Muhtesip 248, 249, 250, 253, 254, 396
Mu'îd 177
III. Murat 196
Hz. Musa 369
Musannif 47, 51, 218, 220
Mussalman Waqf Validating Act 428, 431
Mut'a 68, 329
Mutasavvıf 603
Mutezile 90, 157
Müctehid 100, 103, 105, 109, 110, 117, 147, 148, 149, 160, 161, 162, 467, 572, 597, 598
Müddei 214, 396
Müdevvenetü'l-Ahvâli'ş-Şahsiyye 495
Müellif 47, 51, 162, 191, 193, 220, 221, 222, 258, 420, 425, 432, 611
Müftî 18, 47, 149, 160, 161, 162, 179, 191, 198, 218, 219, 220, 222, 223, 244, 375, 420, 432, 456, 531
Mükellef 270, 443
Mülâeme 320, 564
Mülâim 140
Mülâzım 197
Mülk 182, 217, 231, 233, 241, 269, 276, 297, 299, 326, 333, 347, 349, 350, 352, 353, 354, 355, 356, 407, 454, 483, 512
Mülkiyet 62, 94, 140, 182, 231, 233, 235, 237, 241, 305, 310, 316, 326, 333, 344, 345, 346, 347, 348, 349, 350, 355, 356, 366, 403, 431, 434, 460, 487, 488, 551, 553, 569, 577
Mültezim 250
Münâdî 85
Münâsebe 140, 141, 142, 146, 564
Münâzara 178
Müslüman Kardeşler 533, 534, 536, 621
Müstehap 161, 312, 363
Mütekavvim 302, 345, 346, 353
Mütevâtir 131, 133, 135, 137, 565
Mütevelli 183, 184, 528
Müvekkil 308, 309, 310
Müvessak 159

N

Nâdir Şah 483
Nafaka 217, 230, 232, 322, 326, 329, 332, 335, 336, 337, 358, 404, 509, 513, 516, 522, 614
Nâfiz 291, 297
Namaz 66, 119, 128, 138, 144, 158, 184, 185, 270, 271, 272, 274, 275, 282, 349, 355, 388, 393, 611, 613
Nass 123, 128, 625
Nayif Havatmeh 392
Nâzım 253
Necef 467, 482, 631
Necis 145, 146, 273, 501
Nefs 271, 341
Negri Sembilan 435, 437
Nehiy 128
Neil Baillie 427
Nesh 133, 148
Nesih 100, 132
Nevâzil 99, 221, 623, 626, 630
Nevevî 66, 182, 185, 212, 220, 221, 277, 278, 279, 280, 281, 282, 283, 285, 289, 290, 297, 299, 302, 304, 307, 308, 310, 311, 312, 313, 315, 316, 321, 322, 335, 336, 338, 341, 342, 351, 352, 353, 354, 355, 360, 361, 371, 376, 377, 379, 381, 382, 393, 394, 395, 397, 398, 399, 401, 402, 404, 443, 509, 516, 525, 629
Nicholas Dirks 412, 429, 434
Nikah 286, 318, 319, 320, 556
Nisâb 365, 366, 367, 402
Nizamülmülk 241
Nureddin Zengi 192
Nüşûz 234, 331, 332, 510, 511

O

Onur 51, 235, 372
Oruç 66, 128, 144, 269, 270, 272, 275, 279, 280, 281, 334, 355, 356, 388, 439, 611, 613
Oryantalizm 12, 17, 22, 25, 31, 38, 39, 423
Osman b. Affân 616
Osmanlı İmparatorluğu 52, 53, 195, 198, 228, 261, 409, 412, 413, 427, 439, 446, 447, 448, 452, 453, 457, 460, 473, 483, 484, 487, 508, 608, 618, 619, 620

Ö

Ölüm cezası 361, 364, 370, 371
Ömer b. Abdülaziz 72, 104, 169
Ömer b. Hüseyin el-Hırakî 101, 618
Örfî hukuk 52, 164, 419, 426, 494
Örf ve adet 68, 246, 293, 418, 509

P

Padang 555
Pahang 435
Pakistan 53, 516, 518, 519, 520, 526, 527, 531, 533, 538, 539, 540, 541, 542, 543, 621, 622, 633, 636, 647, 648
Palmira 61
Partha Chatterjee 508
Pehlevi 543, 547, 620
Penang 435
Perak 435, 438
Pesantren 435
Plassey Savaşı 421, 619
Porphyrios 116
Prijaji 446
Privy Council 428, 433
Profesör 13, 18, 96, 162, 531
Prusya 451

Q

Qasim Zaman 546

R

Rabbü'l-mâl 300
Rasyonalizm 35, 560, 589
Redd 342
Reform 33, 34, 35, 450, 451, 456, 457, 458, 470, 471, 474, 475, 480, 485, 486, 493, 498, 499, 500, 508, 522, 579, 620
Rehin 86, 285, 288, 309, 314, 315, 345, 350, 356
Reşid Paşa 457, 458
Reşîd Rızâ 388, 561
Re'y 72, 75, 77, 81, 82, 83, 89, 90, 91, 92, 144
Rıza 285, 287, 288, 293, 349, 485, 543, 620
Rıza Şah 485, 543, 620
Ribâ 313, 349, 540, 584, 592
Ridde 360, 367, 615
Roma İmparatorluğu 59, 60
Rosen 205, 206, 215, 416, 655
Rusya 448, 449, 451, 453, 469, 484
Rükn 284
Rüşd 219, 287, 308, 627

S

Sadaka 184, 278, 279, 592
Sadrazam 454, 484, 485
Sadrazam Emîr Kebîr 484
Safeviler 155, 186, 192, 240, 245, 448, 467, 618
Sahabe 79, 114, 562, 563
Sahih 80, 147, 148, 157, 160, 286, 291, 319, 560, 563, 565, 568
Sahîh 130, 159
Samaniler 180
Sarîh 161, 311, 328, 333, 362
Sa'y 283
Sefîh 284, 305
Selangor 435, 438, 646
Selçuklular 180, 189, 240
Selem 288, 289, 290, 296, 306, 478
Semâhicî 155, 156, 159, 160, 161, 162
Semûd 62
Serika 348, 365, 366, 591
Sevrî 97, 98, 617
Sevvâr 172, 173
Seyyid Ahmed Han 387
Seyyid Kutub 241, 391, 532, 533, 534, 571, 621
Sınırlar Teorisi 591, 592, 593, 594
Sîga 284, 320
Singapur 435, 437, 439
Sirâciyye 423, 424, 629
Siyâset-i şer'iyye 87, 242, 243, 244, 246
Siyâsetnâme 474
Siyer 167, 615, 626
Sömürgecilik 15, 19, 22, 107, 408, 492, 495, 498, 505, 506, 544, 608
Stare Decisis 219, 220, 432, 433, 438, 459, 643
Starr 202, 203, 411, 416, 554, 657
Subaltern Okulu 499
Sudan 524, 526, 533, 621
Suharto 555
Sulh 199, 203, 316, 317, 370, 422, 523, 613
Sultan Agung 440
Sultan III. Selim 484
Sultanlar 171, 194, 196, 236, 457, 465
Sumatra 176, 435, 436, 447, 552, 553, 620
Sumbawa 555
Sungai Ujung 438
Suriye 49, 60, 61, 66, 79, 80, 175, 192, 210, 233, 243, 253, 261, 262, 432, 474, 508, 513, 519, 528, 533, 568, 618, 621, 622
Suudi Arabistan 244, 531, 608
Sünen 72, 77, 165, 166, 175
Sünnet 72, 73, 74, 75, 78, 79, 80, 83, 91, 175, 281, 563
Sürgün 251, 361
Syed Mahmood 429, 641

Ş

Şâfiî 14, 65, 80, 82, 83, 91, 92, 93, 95, 97, 98, 99, 101, 102, 103, 108, 144, 145, 156, 217, 261, 281, 282, 294, 301, 302, 310, 315, 333, 337, 338, 339, 341, 345, 361, 368, 384, 397, 503, 509, 538, 554, 611, 617
Şâfiîler 156, 273, 277, 278, 286, 297, 299, 306, 313, 315, 319, 320, 321, 323, 324, 325, 328, 333, 351, 352, 353, 354, 360, 362, 363, 365, 370, 396, 398, 399, 400, 403, 404
Şah İsmail 485
Şahit 47, 211, 216, 286, 323, 362, 363, 364, 367, 400, 401, 402, 403, 404
Şah Veliyullah 573
Şam 45, 66, 76, 91, 192, 195, 218, 253, 261, 400, 452, 568, 616, 623, 624, 625, 626, 628, 630, 631
Şâtıbî 564, 565, 566, 570, 630
Şehâdet 369, 399
Şerh 86, 101, 178, 206, 212, 221, 222, 224, 234, 273, 284, 285, 287, 288, 289, 290, 291, 293, 296, 298, 299, 300, 303, 307, 315, 320, 321, 322, 323, 324, 331, 332, 335, 337, 345, 346, 349, 350, 377, 379, 380, 381, 382, 394, 395, 401, 425, 426, 463, 509, 511, 611
Şerîf Hanedanı 496
Şevkânî 110, 285, 351, 630
Şeybânî 98, 220, 350, 353, 617, 628, 630
Şeybaniler Hanlığı 192
Şeyh et-Tâife et-Tûsî 151
Şeyhülislâm 197, 198, 245, 454, 470, 480
Şiddet 29, 36, 234, 243, 261, 357, 358, 370, 372, 386, 415, 416, 422, 428, 449, 504
Şirket 24, 584
Şûra 574
Şurût 18, 214, 224, 291
Şurûtî 47
Şüf'a 355, 476, 478, 613
Şüreyh 75

T

Taaddî 298, 300, 308, 312, 354
Tâbûtu'l-kudât 85
Taharet 269, 272, 274, 276
Tahkik 155
Tahkîm 316, 523
Tahrîc 102, 103
Tahsiniyyât 141
Tahsis 64, 121, 164, 170, 184, 236, 237, 243, 245, 246, 265, 339, 343, 394, 396, 454, 483, 526, 591, 592
Tahtavî 475, 629
Taif 67, 627
Taklid 152, 580
Taksîr 298, 308, 354
Talak 232, 233, 234, 236, 281, 358, 503, 513, 519, 521, 523, 544
Talal Asad 609
Ta'lîl 562
Tangerang 555
Tanûh 60
Tanzimat Fermanı 459
Tashîh 111, 112
Tatavvu' 279
Ta'zîr 360, 365, 366, 372, 547, 548, 550, 615
Tazminat 72, 94, 125, 230, 251, 269, 295, 305, 310, 311, 313, 331, 332, 345, 346, 347, 348, 351, 352, 353, 354, 358, 359, 362, 364, 367, 369, 370, 371, 372, 374, 383, 402, 429, 437
Teberru 288, 290, 291, 301
Tecavüz 321, 334, 354, 362, 363, 364, 408, 492
Tefrik 114
Tehayyür 502, 503, 514, 523, 525
Tekbîretü'l-ihrâm 274
Teklîf 157
Telfîk 320, 502, 503, 514, 573
Temyiz 87, 88, 197, 198, 218, 271, 284, 334, 395, 413, 433, 438, 442, 462, 463, 468, 476, 478, 541, 552, 553, 581
Tendîd 301
Teoloji 25, 29, 160, 210, 420, 561, 605
Tevâtür 127, 129, 130, 131, 136
Thomas Macaulay 429
Ticaret hukuku 438, 441, 473
Timurlular 186
Töhmet 401
Trengganu 435
Tûfî 101, 566, 631
Tunus 452, 496, 503, 519, 520, 524, 525, 620, 621, 627
Türkiye 10, 11, 12, 14, 452, 462, 508, 528, 555, 556, 563, 620, 647, 653
Türkmençay Antlaşması 453, 483

U

'udvân 308, 350
Ulema 54, 176, 178, 228, 376, 455, 456, 457, 461, 466, 470, 471, 479, 480, 482, 486, 491, 529, 530, 531, 532, 539, 540, 541, 544, 546, 557, 563, 600, 601, 609, 619, 644, 647, 660
Ulus devlet 12, 32, 33, 415
Undang 510
Urfa 61

'urûz 299
Usul hukuku 121, 434, 468, 478, 541, 612
Usûlî 154, 155, 544

Ü

Ümmet 63, 65, 133, 136, 342, 371, 390, 563, 596, 597, 598
Ürdün 205, 212, 509, 519, 533, 621
Üvey 334, 336, 340, 341

V

Vacip 119, 121, 122, 126, 127, 128, 312
Vakıf 23, 52, 86, 164, 181, 182, 183, 184, 185, 190, 233, 236, 237, 238, 246, 256, 313, 348, 375, 383, 395, 428, 442, 454, 455, 461, 462, 467, 473, 477, 482, 483, 487, 488, 497, 501, 507, 527, 528, 529, 535, 552, 557, 653
Van den Berg 443, 445
Van Vollenhoven 444, 445, 446, 658
Vasiyet 86, 221, 288, 337, 338, 339, 343, 527, 542, 613
Vatana ihanet 440
Vedîa 290, 311, 313
Vehhâbîler 448
Vekalet 86, 201, 290, 297, 298, 300, 344, 401, 404, 613
Vekil 229, 283, 300, 301, 308, 309, 310, 321, 330
Velayet 322, 350, 358, 401, 404, 517, 518, 523, 524, 537, 612
Veli 141, 288, 320, 321, 322, 517, 518
Vergilendirme 35, 258, 266, 374, 420, 449, 486

W

Warren Hastings 422, 619
William Jones 422, 423, 444

Y

Yahudiler 63, 208, 375, 378, 458
Yahudilik 21, 63
Yaralama 258, 360
Yargıçlar 69, 320, 422, 424, 425, 432, 449, 468, 472, 492, 509
Yemen 59, 60, 61, 62, 63, 76, 225, 443, 511, 528, 529, 622, 627, 634, 653
Yemin 66, 121, 125, 214, 215, 287, 294, 333, 334, 363, 364, 371, 396, 399, 401, 403, 404, 503
Yeniçeriler 449, 450
Yerleşimci 487
Yetim 86, 238, 526, 541, 542, 587
Yezd 60

Z

Zabt 400
Zâhir 332, 397, 624
Zâhirî ekolü 99
Zâhirü'r-rivâye 98
Zannî 133, 136, 155, 156, 161
Zaruret 145, 146, 153, 481, 501, 565, 566, 567, 568, 594
Zaruriyyât 141
Ze'âme 304
Zecr 360
Zekât 64, 66, 270, 272, 274, 275, 276, 277, 278, 279, 309, 356, 388, 467, 540, 552, 555, 611, 613
Zend 245
Zerdüştler 375
Zıhâr 125, 333, 334, 614
Zimmet 304
Zimmî 345, 346, 362, 383
Zina 68, 119, 120, 127, 128, 139, 258, 316, 318, 319, 320, 321, 323, 332, 336, 359, 361, 362, 363, 364, 365, 369, 372, 385, 401, 402, 435, 436, 592
Ziyâülhak 540, 541
Züfer 350

ŞERİAT

TEORİ - UYGULAMA - DÖNÜŞÜM

Weal B. Hallaq'ın yarım asrı bulan akademik serüveninin bir muhassılası olan bu başyapıt, büyük oranda klasik oryantalizmin çizmiş olduğu günümüz İslam hukuku söylemini tersine çevirmiştir.

İslam hukukunu tarihi bir olgu olarak ele alan Oryantalist söylemin İslam hukukunun kökeni gibi konulardaki iddiaları her ne kadar Türkiye'de cılız bir karşılık bulsa da Şeriat'ın bugüne bir şey söyleyecek bir hukuk sistemi olmadığı açık veya kapalı, bilinçli veya bilinçsiz bir şekilde kabul edilmektedir. Türkiye'deki akademik ve entelektüel çevreler İslam hukukunu büyük oranda geçmişte uygulanmış ve bugün için bir anlam ifade etmeyen bir sistem olarak görmekte, ele almakta ve okutmaktadır. İşte tam bu noktada Hallaq'ın ortaya koyduğu resim önem arz etmektedir. Zira bu çalışmada Hallaq, İslam hukukunun derinlikli yaklaşımının, temel varsayımlarının, çok katmanlı söyleminin, geliştirdiği metodolojinin ve hepsinden önemlisi İslam metafiziği ile ilişkisinin bugün için çok önemli olduğunu, hatta sadece Müslümanlar için değil diğer insanlar için de anlam ifade ettiğini ortaya koymaktadır.

THQ
0499872
YEI

ekin
Fevzipaşa Cd. Kınalızade Sk. 13/2 Fatih-İST.
Tel.: 0212 524 10 28 ekinkitab@gmail.com

9 786258 484472