

İSLAM HUKUKUNUN DÜNÜ VE BUGÜNÜ

M. Âkif AYDIN*

I. ULUSLARARASI MUKAYESELİ HUKUK KONGRESİ

AÇILIŞ KONFERANSI

13-14 Ekim 2023 - Konya

Farklı ülkelerden ve farklı bilim dallarından akademisyenlerin, hukukçuların bir araya gelmiş olmasının ve farklı fikirlerin ortaya konmuş bulunmasının hukuk biliminin gelişmesine katkıda bulunacağına şüphe yok. Bu sempozyum böyle çok yönlü bir fikir alışverişine sağlamak üzere tertiplenmiş bulunmaktadır. Hazırlayanlara, emeği geçenlere teşekkür ederiz. Ben bir hukuk tarihçisiyim, İslam ve Osmanlı hukuk tarihiyle ilgilenmekteyim. Burada İslam hukukunun tarih içindeki yürüyüşü ile ilgili genel bir değerlendirme yapmak istiyorum.

Bugün İslam hukukunun İslam ülkelerindeki uygulamasının bir fotoğrafını çekecek olsak çok parlak bir fotoğrafın çıkacağını söyleyemeyiz. Türkiye gibi İslam hukukunu açıkça ve resmen terk etmiş ülkelerin yanı sıra bunu deklare etmemiş ama fiilen terk etmiş birçok ülke daha bulunmaktadır. Tatbik ettiklerini söyleyen ve bunu anayasalarında ilan eden ülkelerde de çoğu kere bu hukukun aile ve kısmen miras hukukunun uygulandığı, kalan alanlarda özellikle borçlar, ticaret ve şirketler hukuku alanlarında esas itibarıyla Batı hukukunun tatbik edildiği bilinmektedir. 1300

yıl gibi uzun bir zaman diliminde İslam hukukunu kesintisiz olarak uygulayan bir dünyanın bu zengin hukuk mirasını kısmen ve bütünüyle terk etmesinin altında yatan sebepleri irdelemek mecburiyetindeyiz. İslami değerlere dayanan ve günün ihtiyacına cevap veren bir hukuk ortaya konmadan İslam'ın din ve değerler bütünü olarak da varlığını uzun süre koruması mümkün olmayacaktır, kanaatindeyim. Bugün Kara Avrupası başta olmak üzere Hristiyan olarak bilinen ülkelerin hemen tamamına yakınında Hristiyanlık hakimiyetini kaybetmiş, yerini deizme ve ateizme bırakmıştır. Bunun altında birçok sebep bulunmaktadır. Süreç Kilise'nin ve Kilise hukukunun toplumun ihtiyaçlarına cevap vermemesiyle ve sosyal hayattan çekilmesiyle başlamıştır denebilir. Benzer bir akıbetten İslam dünyasının ve İslami değerlerin korunma altında olduğu söylenemez. O halde İslam hukukunu tarihî bir miras olarak tozlu raflarında bırakmanın İslam dini ve değerleri için de büyük bir tehlike teşkil ettiğini bilmeliyiz.

Öte yandan İslam hukukunun sınırlı da olsa İslam dünyasının belli bir kısmında bugün hala uygulandığından bahsettim. Hatta Türkiye

* Prof. Dr., İstanbul Medipol Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Hukuk Tarihi, İstanbul, Türkiye | Prof. Dr., Istanbul Medipol University, Law Faculty, History of Law, Istanbul, Turkey.

✉ maaydin@medipol.edu.tr • ORCID [0000-0003-4229-883X](https://orcid.org/0000-0003-4229-883X)

gibi resmen ve alenen terk ettiğini söyleyen ülkelerde dahi ferdi inisiyatifle İslam hukukunun belli bölümleri şahıslar tarafından uygulanmaktadır. Terkedilişinin üzerinden tam bir asır geçmesine rağmen bugün müftülüklerle, alo fetvaya İslam hukukuyla ilgili çok sayıda sorunun gelmesi bunun en açık göstergesidir. Bu yönüyle İslam hukuku ile Yahudi hukuku arasında bir paralelliğin bulunduğunu söylemek yanlış olmaz. Yahudiler de en azından dindar ve muhafazakâr Yahudiler bütün dünyada yaşadıkları ülkelerin resmi hukuklarının yanı sıra çok fazla açığa çıkarmadan özellikle aile hukuku alanında kendi hukuklarını uygulama çabası içerisindeyler.

Bu noktada İslam hukuku ile Yahudi hukuku arasında sivil inisiyatifle uygulanma açısından belli bir paralelliğin bulunduğu söylenebilir. Çünkü her iki hukukta da aile, miras, borçlar hukuku gibi özel hukuk alanları devletin yardımı veya müdahalesi olmadan ferdi tercihlerle uygulanma imkanına ve şansına sahiptir. O halde İslam hukuku ülkemizde dahi sadece bir hukuk tarihi konusu değildir Müslümanlar için aynı zamanda yürürlükteki hukukun ilk nazarda fark edilmeyen bir bölümüdür. Ama burada temel problem gerek Türkiye’de gerekse diğer İslam ülkelerinde İslam hukukunu uygulamak isteyen kimselerin hangi hukuku uygulayacaklarıdır. Bir diğer ifadeyle böyle sempozyumlarda, bilimsel toplantılarda çeşitli uygulamaları karşılaştırmalı hukuk açısından ele alırken İslam hukukunu tarihi şekliyle mi ele alacağız yoksa İslam hukukunun temelindeki dünya görüşünü, felsefeyi koruyarak yeni yorumlar mı geliştireceğiz? Tarihi malzemeyle karşılaştıracaksak İslam hukukunun eski bir fotoğrafını esas almış olur ve bu hukuka haksızlık etmiş oluruz. Hangi İslam hukukunu dikkate alacağız sorusuna sağlıklı bir cevap verebilmek için bu hukukun ne zaman ve hangi

şartlar altında teşekkül ettiğine bakmamız gerekir.

İslam hukuku Hz. Peygamberi takip eden üç nihayet dört asır içinde bu dinin temel kaynakları olan Kitap ve Sünnet ışığında mezhep kurucusu olan ve onları takip eden hukukçuların içtihatlarıyla şekillenmiştir. Öte yandan İslam hukuku, teşekkül dönemdeki gelişmesinde ortaya çıktığı dönemin sosyal, etnik ve kültürel şartlarından zannedildiğinden daha fazla etkilenmiştir. Bugün elimizde bulunan geniş fıkıh külliyyatı o dönemlerdeki hukuk birikiminin, fakat aynı zamanda o dönemdeki sosyal hayatın bir fotoğrafıdır. Bu fotoğraf özellikle ilk dört asrın hukukçularının bizleri bugün dahi heyecanlandıran entelektüel birikimlerini ortaya koymaktadır. Dile kolay benzer kaynaklara ve oluşum şekillerine sahip Yahudi hukuku 13-14 asırda oluşumunu tamamlamışken, keza Kilise hukuku ilk eserlerini 1500 lü yıllarda vermişken İslam hukuku oluşumunu 3-4 asır içinde tamamlamıştır. Yahudi hukukunun bilinen ve bugüne gelen ilk derlemesi *Mişna* M.S. 200 de Sanhedrin denilen Büyük Yahudi Meclisince kabul edilmiştir. Kilise Hukukunun bilinen ilk tam müdevvenatı *Corpus Iuris Canonici* M.S. 1500 lerde kaleme alınmıştır.

İslam hukuku klasik şekliyle çok az değişerek 1800’lü yıllara kadar uygulanmıştır ve çok da büyük bir problem doğurmamıştır. Niye doğurmamıştır. Çünkü sosyal hayat bugünkü kadar dinamik ve değişken değildi; kuruluş dönemi şartlarından çok köklü ayrılmalar olmamıştı. Ama bugün sosyal, iktisadi ve ticari hayat çok dinamik ve değişkendir. Bu yüzden de klasik fikhin o gün yorumlandığı şekliyle toplumun ihtiyaçlarını karşılayabildiği, karşılayabileceği söylenemez. Bu tespitin doğruluğuna inanıyorsanız ki ben inanıyorum bu tespiti yapmaktan korkmamak gerekir. İslam dünyasındaki mevcut durum da bu tespiti büyük ölçüde doğrulamaktadır.

İslam hukukunun uzun asırlar başarıyla uygulanmış olması iki sonuç doğurmuştur. Mezhep kurucusu imamların İmam Ebu Hanife, Ebu Yusuf, İmam Malik, İmam Şafii ve onları bir iki asır boyunca takipçisi olan fukahanın itibarını artırmış, içtihatlarını adeta dokunulmaz yapmıştır. Ortaya çıkan hukuk sistemi Müslüman toplumlarda o kadar büyük bir itibar görmüştür ki sonraki dönemin hukukçuları mevcut hukukun bütün hükümlerinde, ayrıntılarında kurucu hukukçular nesline üretilen hukuku referans almışlardır, Kitap ve Sünneti referans aldıklarını düşünerek. Yeni problemlere karşı çözümler üretirken de mezhep kurucusu imamların tabir caizse gölgesini üzerlerinde hissetmişlerdir. O kurucu neslin metodolojisi, örnekleri çerçevesinde fıkıh üretmişlerdir.

Öte yandan kadim ulemanın sonrakilere nezdinde sahip olduğu itibar sonraki fukahanın özgün içtihatlar yapmasına da engel olmuştur. Neden olmuştur? Hem ulema çok az istisnasıyla kendilerini bu konuda daha az yeterli görmüşler hem de tabir caizse mahalle baskısından çekinmişlerdir. Halbuki fıkıhın teşekkül döneminde mesela Hanefi mezhebi ortamında Ebu Hanife, Ebu Yusuf, Muhammed ve Züfer'in birbirinden çok farkla görüşler üretmeleri garip karşılanmamıştır. Şöyle söyleyeyim: Hanefi mezhebinde Ebu Hanife'nin çok farklı konularda yapmış olduğu içtihatların en az %20'sinde öğrencisi Ebu Yusuf'un farklı bir içtihadı vardır. Ebu Yusuf'un görüşlerinin yine en az %20'sine İmam Muhammed karşı çıkmıştır. Bu farklı görüşler ne yapıyordu fıkha geniş bir alan açıyordu. Hz. Peygamber "ümmetimin ihtilafı rahmettir" derken bu zenginliğe işaret etmiştir kanaatindeyim. Diğer mezhep imamlarının, hukukçularının farklı içtihatları da aslında İslam hukukunun uygulama alanını daha da genişletmiştir. Ama sonraki dönem hukukçularının bu ilk dönem hukukçularının

görüşlerine aykırı görüş üretmeleri müsamaha ile karşılanmamıştır. Zannedilmiştir ki Ebu Hanife veya İmam Malik veya Şafii bir görüş ortaya koymuşsa ne kadar ayrıntıyla ilgili olursa olsun mutlaka ya bir ayete veya sünnete dayanmaktadır. Bugün de hala bazı çevrelerde böyle zannedilmektedir. Böyle olunca da onların görüşleri Kitabın görüşleri gibi dokunulmazlık kazanmıştır. Böyle olduğu için de sonraki nesillerinin fıkhi görüşleri ekseriyeti itibarıyla öncekilerini tekrarından öteye geçememiştir.

Şurası doğru; hukuk alanındaki çoğu temel yaklaşım bir ayete veya hadise dayanmaktadır, ama ayrıntılarda çoğu kere farklı bir hukuk mantığı ile farklı çıkarımlar yapılmıştır. Ve bunları yapılırken örf ve adetin, içinde bulunulan şartların, mahalli kültürlerin etkisi zannedildiğinden daha fazladır. Hanefiler dışındaki üç sünni mezhebin kadınların bazen rızaları alınsa bile mutlaka velileri tarafından evlendirilmelerini gerekli görmelerine mukabil sadece Hanefilerin bütün hukuki işlemlerde olduğu gibi kadınların nikah akdinde de tam ehliyetli olmalarını yeterli görüp velilerinin bulunmasını gerekli görmemelerinin temelinde Hanefiliğin Arap aile geleneğinin o kadar kuvvetli olmadığı Irak bölgesinde gelişmesinin etkisi olduğu söylenebilir. Bu yüzden de bugün geldiğimiz noktada, değişen hayat şartlarında İslam hukukunun Kitap ve Sünnetten kaynaklanan temel yaklaşımının ayrıntıya tekabül eden kısmı hukukçuların mantıkî çıkarımlarının sonucudur ve ortaya çıktığı dönemin anlayışını yansıtmaktadır. Aslında Kur'an-ı Kerim miras ve kısmen aile hukuku hariç hukukla ilgili ayetlerinde nadiren ayrıntıya girmektedir. Bu ayrıntıyı bazen Sünnet çoğu kere de hukukçuların içtihatları vermektedir.

İslam hukukunun 1800 yıllardan fakat ağırlıklı olarak 1900 lü yıllarda yerini Batı hukukuna terk etmesinin siyasi sebepleri vardır, hukuki sebepleri vardır. Özellikle Türkiye'de

İslam hukukunun terkedilmesinde dış dinamiklerin etkisi zannedildiğinden daha fazladır. Gerek Tanzimat dönemi gerekse Cumhuriyet dönemindeki hukuk değişikliklerindeki dış dinamiklerin etkisinden ben muhtelif çalışmalarında söz ettim. Ama bu sempozyumun genel çerçevesi itibarıyla bu dış dinamikleri burada tartışmanın bir anlamı yok. Ama İslam hukukunun kendisinden kaynaklanan sebepleri burada teşrih masasına yatırabiliriz yatırmalıyız da. Bunu da televizyon ekranlarında değil, ilmi kurumlarda, üniversitelerde yapmalıyız. Bütün ameliyatlar sağlıklı yapılmak için steril ortam ister. İslam hukukunun teşrih masasına yatırılması gereken steril ortam üniversitelerdir, araştırma merkezlerdir. Ve uzun meşakkatli bir süreci gerektirmektedir. Bunu yaptığımızda İslam hukuku hakkında daha sağlıklı bir değerlendirme, geleceğe yönelik daha realist bir projeksiyon yapma imkanını buluruz.

Bugüne kadar gerek Türkiye’de gerekse Türkiye dışında İslam hukuku alanında yapılan araştırmaları, yazılanları, söylenenleri iki ana gruba ayırabiliriz. Bir kısım hukukçular veya İslam hukukuyla ilgilenen ilahiyatçılar tarihî fıkıh malzemesini olduğu gibi muhafaza etmeyi önemli bir dindarlık ve İslam hukukuna bağlılık olarak görmektedir. Bu yetseydi bu hukukun fıkıhtaki şekliyle bugün de İslam ülkelerinde uygulanıyor olması gerekirdi. Bir kısım ilim adamları ise İslam hukukunun tarihi kökenlerini bütünüyle kesen bir modernleşmenin savunucusudur. Bu kökleri tamamen keseceksek aslında yeni bir gayrete ve yorgunluğa gerek yok. Batı hukuku bütün dini referanslarla bağlarını zaten koparmıştır. Bu şekilde üretilecek hukuka esasen İslam hukuku da denemez ve İslam toplumlarının ihtiyacına cevap veremez. Yapılması gereken temel tarihi referansları muhafaza ederek ancak günümüzün hızla değişen şartlarına, ihtiyaçlarına da cevap verecek olan bir yenilenmeyi

gerçekleştirmektir. İslam hukukunun arkasındaki felsefeyi koruyan ama İslam toplumların ihtiyaçlarına da cevap veren bir hukuktan söz ediyorum.

Bu hedefe ilerlerken de 1300 yıllık hukuk mirasından istifadenin çok önemli olduğunu düşünüyorum. Osmanlı dönemi İslam hukuku uygulaması bu açıdan son derece önemlidir. 600 yıllık bir devlet tecrübesi var elimizde ve bunun 400 yılına ait zengin bir kadı sicilleri koleksiyonumuz mevcut. Dile kolay en az 25-30 bin defter. Biz bunlardan İstanbul mahkemelerine ait yaklaşık 10 yıllık aralarla seçtiğimiz 100 defteri Latin harflerine çevirip yayımladık. İnternette herkesin istifadesine sunulmuş vaziyette. İsteyen herkes girip okuyabilir. Bu uygulama içerisinde Osmanlı hukukçularının çok başarılı olduğu yönler var, zaman zaman çözüm bulmakta zorlandıkları problemler var. Bu bakımdan bu zengin tecrübe ışığında önce şu sorunun cevabı aranmalı. Bu uzun süreç içerisinde ne olmuştur, neler yapılmış veya yapılmamıştır da bu hukukun büyük kısmı itibarıyla tarihin raflarına intikali söz konusu olmuştur. Burada sadece iç dinamiklerden bahsettiğimi tekrar vurguluyayım. Önce problemlerin tespiti önemlidir, bu yapılmadan İslam hukukunun Müslümanların ihtiyaçlarına cevap verecek çalışmaların önü açılmaz.

Bugün İslam hukuku çalışmaları iki istikamette gelişmektedir. Bu istikametlerden birisi İslam hukukundaki teorik görüşlerin incelenmesi ve bu görüşlerin varsa tarihi süreç içindeki değişiminin, gelişiminin ortaya konmasıdır. Bu çok önemlidir. İkinci istikamet ise geçmiş dönemlerdeki uygulamaları takip etmektir. Biz hukuk tarihçileri daha çok bu yöne, uygulamaya önem veririz. Bu ikisi birbirini tamamlar. Ancak şunu belirtmeliyim hukuk uygulamaya yönelik bir ilim dalıdır. Teorik yapı ve bu yapının kendi içindeki tutarlılığı ne kadar üst seviyede olursa olsun

uygulamaya uygun çözüm üretmiyorsa toplumun ihtiyacına cevap vermiş olmaz. Bu sebeple bir hukukun uygulamada nasıl sonuç verdiğini görmek için mahkeme defterlerini ve fetva mecmualarını incelemek gerekir. Mahkeme defterleri problemleri ortaya koyar, fetva mecmuaları da dönemin hukukçularının problemlere nasıl çözüm ürettiklerinin veya üretmediklerini ipuçlarını verir.

Bulunan veya bulunamayan bu çözümleri bugün artık geriye dönük olarak ortaya koyup tam bir samimiyetle tartışmalıyız. Bunları tartışmaktaki gaye de kadim hukukçuların kusurlarını ortaya koymak değil, kaldı ki bir kusur da söz konusu değil. Onlar dönemlerinin ihtiyaçlarına uygun bir çözüm üretmişlerdir. Bugün İslam hukukçularının yapması gereken bugünün ihtiyaçlarına uygun bir çözümü aramaktır. Bunun izlerini eski uygulamaların bulunan ve bulunmayan çözümlerinde bulmak mümkündür kanaatindeyim. Şöyle bir örnekle ne demek istediğimi anlatmaya çalışayım. Paraya dayalı bir ticaretin var olduğu dönemlerden itibaren bütün kültürlerde ve ülkelerde kredi önemli bir ihtiyaçtır ve buna bağlı olarak da kredi enstrümanları önem kazanmaktadır. İslam hukukçuları bugünkü kredi ihtiyacını gidermek için iki kurum geliştirmeye çalışmışlardır. Bunlar ticari şirketler ve para vakıflarıdır. Ticari şirketler belli ölçüde var olmuş ve uygulanmıştır. Ancak ferdi ihtiyaçlar için daha ziyade para vakıfları kullanılmıştır. Bu vakıfların verdikleri krediyi gelir getirici hale getirmek için de iki akit üretmişlerdir. *Muamele-i Şer'iyye ve Bey'u'l-İne*. Bu iki akdin de çeşitli uygulanış modelleri vardır. Ben bunları burada ayrıntılı olarak ele alacak değilim. Şu kadarını söylememe izin veriniz ki bunlara geçerli ve meşru diyen geçmiş dönemin İslam hukukçuları dönemin şartları ışığında biraz zarureten böyle demişlerdir. Elimizde söylediğim gibi bu akitlerin yer aldığı en az 25-30 bin kadar defter var. Bunları

incelediğimizde uygulandığı şekliyle bu akitlerin İslam hukuku bakımından çok problemlili akitler olduğunu görülmektedir. Para vakıfları üzerinde geçmişte yapılan tartışmaları gerçekçi bir bakış açısıyla tekrar düşünmemizi hak etmektedir. Bunları gördüğümüzde ecdadımız ne güzel usullerle çalışmışlar biz de aynı usulle çalışabiliriz diyemeyiz. Dersek kendimizi kandırmaktan başka bir iş yapmamış oluruz. Bu vakıyı tespit edip bundan geleceğe yönelik dersler çıkarmalıyız. Bugün İslam ekonomisi ile ilgilenenler yeni kredi enstrümanları üzerinde çalışmaktadırlar. Bu çalışmaları devam ettirmenin gereğine inanmaktayım.

1800'lü yıllardan itibaren özellikle sanayi inkılabından sonra dünyanın sosyal, ticari, ekonomik hayatında köklü değişimler, kırılmalar oldu. Bu kırılmalara Batı dünyası hazırlıklıydı. Üniversiteleri yukarı doğru giden bir ivme yakalamıştı. Bu sebeple de meydana gelen kırılmalara uygun hukuk reformlarıyla cevap vermeye çalıştılar. Siyasi otorite de Avrupa'nın birçok ülkesinde bu çabayı destekledi. Mesela Fransa'da Napolyon kanunlaştırma çalışmalarına bizzat katılmıştır. Bu çabalar Batı hukukunun yeni şekillerini ürettiler. Osmanlı ve daha genel olarak İslam dünyası ise dünyadaki bu gelişmelere hazırlıksız yakalanmıştır. Medreseler eğitim ve ilim üretme kapasitesi bakımından bu süreçte en ihtiyatlı ifadeyle düz bir çizgide devam etmekteydi. Dönemin hukukçuları sanayi inkılabının doğurduğu yeni ihtiyaçları kendi içlerinde doğmadığı için fark edemediler veya geç fark ettiler. Bu ihtiyaçlara uygun çözümler üretmede de yetersiz kaldılar. Daha ne olduğunu anlamadan İslam dünyası büyük alt üst oluşlara sahne oldu. Ve sonuç itibarıyla İslam dünyası Batı hukuk birikimi karşısında gerekli direnci gösteremedi. Dönemin siyasi otoritesinin özgün formüller üretme konusunda sağlıklı bir politika

ürettiği de söylenemez. Tanzimat döneminin başından itibaren durum böyledir.

Harici dinamiklerin etkisiyle bu dönemdeki ilk kanunlaştırmalar Batı'dan alınan Ticaret Kanunu ile başladı. İlk düğmenin yanlış iliklenmesi sonraki düğmelerin doğru iliklenmesini büyük ölçüde önledi. Aslında Cevdet Paşa gibi bir hukuk dâhisinin mevcudiyeti kaçırılan treni yakalama imkânı verebilecek gibiydi. O hengamede İslam hukukçularının geneli itibarıyla böyle köklü bir gelişmeye hazırlıklı olmadıkları için bu fırsat değerlendirilemedi. Bu dönemde Mecelle hariç bütün kanunlar Batı'dan alındı. İşin acı tarafı Cevdet Paşa Mecelle'nin hazırlanması sürecinde dönemin kimi ulemasından da direnç gördü. İkinci bir fırsat 1917 yılında hazırlanan Osmanlı Aile Kanunu *Hukuk-i Aile Kararnamesi*'nin hazırlanması sürecinde doğdu. Ne yazık ki bu fırsat da değerlendirilemedi. Kanunun çıkarılmasını takiben bir kısım muhafazakâr ulemanın çok sert hücumlarına maruz kaldı. Ondan önce Batıdan alınan Ticaret Kanunu, Ceza Kanunu, Usul-i Muhakemat-ı Hukukiye ve Usul-i Muhakematı Cezaiye Kanunlarına karşı çıkmayan ulema Aile kanuna şiddetle karşı çıktı. Ve bunun neticesinde kanun bir buçuk sene sonra sadrazam vekili ve şeyhülislam Mustafa Sabri Efendi tarafından muvakkat bir kanunla yürürlükten kaldırıldı.

Aslında geline bu noktada yapılması gerekenler konusunda Osmanlı dönemi hukuk tarihi uygulamalarında belli ipuçları bulunmaktadır. İslam hukukunda dört sünni mezhebin ve bu mezhepler dışındaki fukahanın ürettiği hukuk bütünü itibarıyla bir zenginliği temsil etmektedir. Şunu da söyleyeyim. İslam hukukunun belli bir metodoloji ve disiplinle ortaya çıkışında ve hukukun kanun hukuku olarak yani resmi kanunlar yapılarak değil de doğrudan hukukçuların içtihatlarına dayanarak uygulanmasında mezheplerin hukuki istikrar ve güven bakımından tartışılmaz faydaları

olmuştur. Ne var ki bugün artık İslam hukukunun uygulandığı ülkelerin çoğunda İslam hukuku bir içtihat hukuku olarak değil, bir kanun hukuku olarak uygulanmaktadır. Belirli alanlarda İslam hukukundan yararlanılarak hazırlanan kanunlara dayanılarak tatbik edilmektedir. Bunun sonucu olarak İslam hukukunun artık hukuku istikrar bakımından sadece bir mezhebin uygulanmasının zaruretinden bahsedilemez. Tabiatıyla fıkhnın ibadetler kısmını ayrı değerlendirmek gerekir. Bu alanda yerleşmiş mezhep disiplini terk etmenin zaruri ve hatta gerekli olduğu söylenemez, hatta yanlış olur. Ama muamelat hukuku alanında İslam hukukunun birikiminin artık bir bütün olarak kullanılması gerektiği kanaatindeyim.

Osmanlı devletinde Ebussuud Efendi gibi güçlü hukukçuların yetiştiği dönemlerde çok zaruret hissedildiğinde diğer mezheplerin birikiminden sınırlı olarak yararlanmanın kapısı açılmıştı. Başka bir mezhepten yararlanmak veya aynı mezhep içinde hâkim görüşün (*esahh-ı akvâl*) dışındaki bir görüşten yararlanılmak gerektiğinde şeyhülislam bu görüşün lehinde bir fetva verir bu fetva da padişahın onayıyla bugünkü tabirle bir kanun haline getirilir artık mahkemeler o görüşü uygulardı. Ebussuud Efendi'nin Maruzâtı bunun sınırlı sayıda örneklerini ihtiva etmektedir. Sonraki dönemde de bu tür örneklerine rastlanmakta ise de kendine has sebeplerle tam aksi yöndeki gelişmeler daha fazla görülmüştür ve bunun İslam hukukuna çok zararı dokunmuştur. İslam hukukçuları sahip oldukları zenginlikten yararlanma yolunun tercih etmemişler hatta kendi ayaklarına kurşun sıkmışlardır. Bir tek örnek vereyim izninizle. Biraz önce bahsettim. 1917 yılında Osmanlı devletinde İslam hukuku çerçevesinde bir aile kanunu hazırlandı. Dönemin bazı ulaması diğer mezheplerden de belirli ölçüde yararlanılması sebebiyle Kararname'ye karşı çıkmışlardır. Darülfünun

Hukuk Fakültesi müderrislerinden Sadrettin Efendi yazdığı 15 kadar makalede Hanefi mezhebinden ayrılarak diğer sünni mezheplerden yararlanılan her maddeyi tabir caizse yerden yere vurmuştur. Bu karşı çıkmalar neticesinde Kararname bir buçuk sene sonra Şeyhülislam ve sadrazam vekili Mustafa Sabri Efendi tarafından muvakkat bir kanunla yürürlükten kaldırılmıştır. Aynı muhafazakâr ulema ondan sonra Batıdan alınan kanunlara karşı ise seslerini çıkarmamışlar veya çıkaramamışlardır. Mustafa Sabri Efendi de soluğu Mısır'da almıştır. Sonuç itibarıyla İslam hukukçuları hukuk politikası bakımından olayları doğru okuyamadıkları için gösterdikleri muhalefetle ayaklarına kurşun sıkılmış oldular.

Öte yandan Osmanlı örfi hukuk uygulamasının İslam hukuk tarihinde önemli bir yeri vardır. Bu yolla siyasi otoritenin inisiyatif ile ve hâkim hukuk sistemi olan İslam hukukunun emredici hükümlerine aykırı olmamak şartıyla arazi, vergi ve ceza hukuku alanlarında Osmanlı padişahları yasama işlevini ifa etmişlerdir. Esasen tazir suçlarında kanun koyma yetkisi baştan itibaren İslam hukukçular tarafından ulüemre tanınmıştı. Ne yazık ki Osmanlı kanunnamelerinin ceza hukukuyla ilgili hükümleri dönemin hukukçuları tarafından detaylı teorik bir temele oturtulamamıştır. Öyle anlaşıyor ki ehl-i örf ile ehl-i şer yani yöneticilerle fıkıh alimleri bu konuda karşılıklı olarak birbirlerine karışmama ilkesini benimsemişlerdir. Bunda mezhep kurucusu imamların Emevi ve Abbasi halifelerinin şahsi yaşayışlarına güven duymamaları sebebiyle onları hukuk üretmeye ortak etmeme anlayışlarının etkili olduğu söylenebilir. Siyasi otorite de ulemanın müdahalesini kendi yetki alanlarının sınırlandırılması olarak anlamış, onların kamu hukuku alanına fazla girmesini istememiştir. Siyasi otoritenin İslam hukukunun oluşma aşamasında gelişigüzel işe karıştırılmamasının faydalarından elbette

bahsedilebilir. Ancak bunun hukukun gelişmesine olumsuz katkılarının olduğu da gözden ırak tutulmamalıdır.

Aslında ilk dört halifenin İslam hukukunun oluşumunda çok ciddi katkıları var. Özellikle Hz. Ömer'in Hz. Ali'nin. Fakat mezhep kurucusu hukukçular bunları birer devlet reisi, siyasi otorite olarak değil, birer üst seviyede hukukçu, müçtehit olarak kabul etmeyi tercih etmişlerdir. Siyasi otorite olarak kabul edip onlara resmi bir elbise giydirince sonra gelen halifelerin de aynı yetkiyi kullanmalarından korkmuşlardır. Buna bir örnek vereyim isterseniz. Hz. Peygamber döneminde koca karısını aynı anda ister bir defa boşasın isterse üç defa boşasın bu bir boşanma olarak kabul edilmekteydi. Hz. Ömer bunun fazla istismar edildiğini görünce aynı anda verilen üç boşamanın üç boşama olarak uygulanmasına karar verdi. Böylece o erkeklerin boşama yetkisini daha itina ile kullanmalarını istemişti. İslam hukukçuları Hz. Ömer'in bu uygulamasını bir devlet başkanının uygulaması olarak değil bir müçtehit hukukçunun görüşü olarak kabul etmişlerdir. Böylece uzun asırlar bu görüş birçok mezhepçe adeta değişmez bir uygulama olarak kabul görmüştür. Bu problemi çözmek için de hile-i şerriyelerle çare üretilmeye çalışılmıştır. (*Hulle gibi*). Halbuki bu uygulama zaman boyutuyla ele alınsa ve devlet başkanının uygulaması olarak kabul edilip Hz. Peygamber dönemi uygulamasına dönülseydi birçok hileli ve zorlama uygulamaya gerek olmayacaktı. Ben bu sözlerimle seküler hukuk sistemlerinde olduğu gibi siyasi otoritenin mutlak bir belirleyici olmasından bahsetmiyorum. İslam hukukunun temelinde yer alan referansların sadece hukukçular değil siyasi otorite tarafından da dikkate alınmasının mümkün olduğunu söylemek istiyorum. Bu konular elbette ayrı ayrı tartışılmalıdır. Burada şu kadarını tekrar etmeme izin verin. Siyasi otoritenin bütünüyle

dışlanmasının birtakım yararlarından bahsedilebilir ama İslam hukukunun yeni ihtiyaçlara çözümler üretmesinde sağlayacağı imkân üzerinde dikkatle durulmayı hak ettiği kanaatindeyim. Üstelik bugünkü hukuk sistemlerinde anayasal kuralların siyasi otoriteyi bağladığı gibi benzer bir bağlayıcılık kuralının İslam'ın temel referansları ışığında İslam hukukunda da oluşturulması düşünülebilir.

İslam hukukunun ortaya çıkış süreciyle birlikte usul-ı fıkıhın gelişmesi İslam hukuk tarihinin dikkat değer özelliklerinden birisidir. Bununla İslam hukukçuları hangi esaslar dahilinde hukuk ürettiklerini göstermek ve böylece bu alanda meydana gelecek keyfiliği belli ölçüde önlemek istemişlerdir. Ancak bugün için usul-ı fıkıh da en azından belli yönleri itibariyle eskimiştir, zenginleştirilmeyi, tekrar ele alınmayı beklemektedir. Bunun da uzun bir çalışmayı gerektirdiği kanaatindeyim. Bu tür toplantıların mikro cerrahi tarzında çalışmalarla bu problemler üzerinde çözüm üretilmesinin bu ilimlerle uğraşanların boyunlarının borcu olduğunu düşünüyorum.

Sonuç itibariyle bu giriş konuşmasıyla ben İslam hukuk tarihinin, daha çok da problemleri yönlerinin bir fotoğrafını çekmek istedim. Bu alanda söylenecek çok söz var. Bunların belli ilmi esaslar içinde söylenmesi ihtiyacı tartışmasızdır. Bu konuda ülkemizin İslam hukukçularına önemli görevler düşmektedir. Bu çalışmaların çalıştaylar, atölye çalışmaları şeklinde sınırlı sayıda konunun uzmanlarıyla yapılmasında büyük yarar olduğuna inanıyorum. Başta sorduğum soruyu tekrarlamama izin veriniz. Çeşitli ilmi toplantılarla hukuki problemleri karşılaştırmalı hukuk açısından irdelleyeceğiz de İslam hukuku derken hangi İslam hukuku sorusuna da cevap vermeliyiz. Bu toplantının hayırlara vesile olması dileğiyle hepinizi sevgi ve saygı ile selamlarım.

