

## İSLAM HUKUKU\*

N. J. Coulson  
Çev. Sururi Aktaş\*\*

İslam Hukuku (dünyanın bazı yerlerinde Muhammed'in Hukuku= Muhammedan Law olarak da bilinir.), müslümanların dinsel inançlarına ve arzularına pratik anlam kazandıran kurallar bütünüdür. Allah'ın iradesine tam ve kesin olarak uymak, İslamın temel inanç öğretisidir. Dine dayalı İslam Hukuku ise, yaşamın bütün yönlerine ilişkin kapsayıcı davranış kuralları getirmesi açısından Allah'ın iradesini tanımlar. Yaşamın bütün yönleri, namaz kılmak, oruç tutmak, zekat vermek ve hac yapmak gibi ritüel uygulamalar, yenmesi caiz olan gıdaları belirlemek, giyim sitili ve Batı düşüncesinde tam manasıyla hukuksal nitelik taşıyıp bu sistemin (İslam Hukuku sisteminin) yaşamsal ve bütünsel bir parçası olan sosyal görgü kurallarından ibarettir. "Şeriat", Arapça "iz" veya "yol" manasına gelen bir sözcük kökünden türetilmiş bir terimdir. Bu hukuk, müslümanların yaşamlarında dinsel inançlarını yerine getirmeleri ve öbür dünyada da Yaratıcı'dan ödülleri almaları doğrultusunda rehberlik edecek tanrısal nitelikli bir davranış çizgisi oluşturur.

İslamın başlangıcı olan VII. yüzyılın başlarından itibaren İslam Hukuk Biliminin Arabistan'da üstlendiği görev, Allah'ın Hukuku'nun terimlerini müslüman toplum için keşfetmekti. Bu hukuk bilimi, giderek bir öğreti külliyatı oluşturdu ve IX. yüzyıl sonuna doğru Şeriat, hukukçuların bireysel çabalarıyla el-yazma hukuk kitaplarında kesin bir formülasyon kazandı. Ortaçağ boyunca bu temel öğreti daha da ayrıntılı hale getirildi ve büyük bir açıklama çerçevesinde sistematize edilerek literatür genişletildi. Kısacası, bu şekilde ortaya çıkan gelişme, Şeriat Hukukunun geleneksel metinlerini doğurdu.

İslamın ideal yaşam biçimini açıklamak için, geleneksel Şeriat öğretisi, İslam Hukukunun araştırılmasına ilişkin temel noktayı biçimlendirmek zorundadır. Ancak iki temel nedenden dolayı Ortaçağ hukuk eserleri günümüz müslümanlarının yaşamlarını düzenleyecek hukukun gerçek bir portresini sunmaktan uzaktır.

Birinci neden, Çağdaş İslam Hukuku hiçbir biçimde tamamen islami nitelikte değildir. Olasılıkla, diğer yaşam felsefelerinde olduğu gibi İslamda da kaçınılmaz olarak, teoriyle gerçeklik arasında bir dereceye kadar uyumsuzluk, dinin öğretisel idealizmiyle politik, sosyal ve ekonomik istemlerin uygunluğu arasında bir gerilim sürekli olarak var olmaktadır. Pratik gereksinim nedenlerinden dolayı müslüman toplumlar ve devletler, Ortaçağ hukuk eserlerinde açıklanan dinsel öğretiye aykırı yasaları kabul ederek uyguladılar.<sup>1</sup> Birçok değişik ulustan oluşan dörtüzmilyon mensuba sahip geniş İslam coğrafyasında, örf-adet hukuku, yaşamın birçok yönünü kontrol altında tutar. Son zamanlarda giderek artan hukuksal ilişkiler alanını, dışarıdan ve özellikle Avrupa kaynaklarından ithal edilen yasalar oluşturur. Mevcut hukuksal uygulamaların karmaşık değişikliği arkasında Şeriat, müslüman topluluklarının ideolojik birliği için bir sembol niteliği taşıyabilir ve uygulandığı oranda da müslümanların ortak hukuku (common law) sayılabilir. Fakat yine de Şeriat öğretisi, islami mahkemeler tarafından uygulanan hukukun sadece bir bölümünü oluşturur.

\* Orjinal adı "*Islamic Law*" olan bu makale, editörlüğünü J. DUNCAN DERRET'in yaptığı "*An Introduction to Legal System*" (London, Sweet-Maxwell, 1986) adlı eserden alınmıştır.

\*\* Arş.Gör., Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Kamu Hukuku Bölümü, Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Anabilim Dalı

<sup>1</sup> Bu tür bazı durumlar Yahudi Hukuku'nda da vardır.

İkinci neden, Ortaçağ Şeriat mahkemelerinin günümüz İslam Hukuku için artık tam bir otorite olarak sayılmaması, bu metinlerin ortaya koyduğu öğretinin, günümüzde Şeriat hukukunun üst veya tek geçerli açıklamasına sahip olmayışdır. Şu anda birçok İslam ülkesinde geleneksel otoritelerin öngördüğü anlayışla uyumsuzluk halinde olan yürürlükteki hukuk aynı derecede, Allah'ın hukukunun meşru versiyonunu temsil etmemektedir. Bu son gelişmeler İslam Hukukuna tarihsel bir bakış açısı kazandırdı. İslamın ilk üç asrında olgunluğa ulaşan İslam Hukuku on asır boyunca temelde statik bir seyir izledi ve şu anda da daha ileri bir evrim sürecinde bulunmaktadır.

Şu ana kadarki giriş açıklamalarından açıkça anlaşılacağı gibi, Şeriat Hukuku, hemen hemen ondört asıra yayılan İslam Hukuk tarihi tarafından belirlenmektedir. Bu yüzden, bu inceleme konuya temelde tarihsel bir bakış açısıyla yaklaşmaktadır. Şeriat öğretisi, hangi gelişme süreciyle Ortaçağ hukuk eserlerindeki yetkili açıklama şemalarını sağladı? Hangi ölçüde ve hangi nedenlerden dolayı İslam Hukuk uygulamaları Şeriat öğretisinin öngördüğü ile değişiklik arz etmektedir? Geleneksel öğreti günümüzde hangi temel üzerinde ve hangi etkilerle, Şeriat Hukukunun bugün biçimsel olarak yönlendirdiği bu hukuk alanlarının yerini almaktadır? Bu üç kapsamlı soruya verilecek yanıt, çağdaş İslam toplumundaki İslam Hukukunun niteliği ve rolünün değerlendirilmesi için bir anahtar niteliğindedir.

M.S. 622 yılında Peygamber Hz. Muhammed liderliğinde Medine'de kurulan ilk müslüman topluluk için İslam, Allah'ın iradesine uymak ve O'nun istediği topluma, yine O'nun elçisi tarafından yaşamı boyunca yavaş yavaş gerçekleştirdiği ve Kur'anda tamamıyla toplanıp açıklanan devrimleri ile geçmekti. Allah'ın kendi ifadesi olarak Kur'an,-tarihsel ve ideolojik olarak- İslam Hukukunun temel açıklamasıdır.

Fakat, Kur'an esas olarak bir yasama dökümanı değildir. O, adil ceza ya da ödül, ticari işlemlerde dürüstlük ve toplumun zayıf üyelerine karşı merhamet gibi genel nitelikli çok sayıda ahlaki emir içerir. Fakat bu normlar genellikle hak ve göreve ilişkin herhangi bir hukuksal yapıya dönüştürülmez. Bundan dolayı, şarap içmek ve tefecilik basit bir yasak olarak açıklanır. *Çokkarılılık'a (polygamy)* izin verilmiştir; bir koca karıları arasında tarafsız (adil) olmak koşuluyla en fazla dört kadınla eşzamanlı olarak evlenebilir. Ancak, bu hükmün tam hukuksal anlamı konusunda veya bu hükmün ihlali halinde karının sahip olabileceği yasal haklar konusunda hiçbir şey söylenmemiştir. Kısacası, Kur'an bir hukuk *kodu* değildir (kapsayıcılık anlamında). Fakat o, İslamın dinsel etiğinin bir formülasyonudur.

Kur'an adaha kesin hukuksal biçime sahip birçok düzenlemeyi kesinlikli içermez. Bu düzenlemeler çok çeşitli konulara kadar uzanır ve bunlar Arabistan kabile örf-adet hukukunun oldukça geniş reformlarını oluşturur. Zina suçuna ve kanıtlanmamış gayrimeşru cinsel ilişki suçlamasına verilen sopa cezası gibi yeni suç eylemleri yardımcı cezalarla takdim edildi. Kadınların hukuksal statüleri birçok bakımdan geliştirildi; kural olarak koca tarafından evlilik düşüncesiyle karıya yapılan *inter alia* ödeme (mehir-ÇN) veya çeyiz, önceden yaygın bir biçimde uygulandığı gibi karının babasına veya evlilik sırasında karıya yardımda bulunan veli veya vasisine ait değil, karının kendisine aittir. Yine de bu kuralların çoğu tekil sorunlara çözüm bulmak için *ad hoc* ortaya çıkmıştır. Kur'anda herhangi bir hukuksal konu veya ilişkinin geniş kapsamlı olarak ele alınmasına yönelik gerçek bir girişim bulunmamaktadır. Kur'anın düzenlemeleri, tamamen yeni bir sistem getirmekten daha çok mevcut örf-adet hukukunu değiştirip düzeltmeye yöneliktir.

Kur'anın genel niteliğini, tek taraflı iradeyle veya *talak* 'la yapılan boşanma kurumuna ilişkin düzenlemeler açıklar. Arabistan ataerkil örf-adet hukukuna göre bir kocanın istediği zaman basit bir beyanla evliliği sona erdirmeye hakkı tartışılmazdır. Kur'an kocayı bu gücünden mahrum etmemiştir. Ancak bu gücün kötüye kullanılmamasını, karıları boşamanın bir nedene dayandırılması ve boşama halinde adil bir nafaka verilmesini söyleyerek tavsiye etmiştir. Kur'anın kendisi incelendiğinde görülecek ki o,

var olan hukuksal bir durumu, sadece bireysel vicdanı ilgilendiren yeni ahlaki standartlara bağlamıştır.

M.S. 661 yılına kadar Medine, islami aktivitenin merkezi olmaya devam etmiştir. Hz. Muhammed yaşamı boyunca toplumun en yüksek hakemi kabul edilirdi ve her ortaya çıkan sorunu Kur'anın ilgili hükümlerini yorumlayarak çözerdi. Peygamberin 632 yılında ölümü ile birlikte, onun adli yetkisi politik liderliğinin mirasçıları olan halifelere geçti. Halifelerin kararları ile Peygamberin kararları birlikte, Kur'anın genel hükümlerini genişletip tefsir eden bir hukuk külliyyatının gelişmesinin başlangıcını oluşturdu.

Peygamber ve onun halifelerinin kendi adli yetkileri dahilinde karşılaştıkları temel sorun, Kur'anın hükümleri ile örf-adet hukukunun genel standartları arasındaki ilişkinin kesin belirleyicisidir. Toplumun eski ve yeni düzenleri arasındaki gerilim ve uyumsuzluk alanlarından birisi, özellikle en göze çarpanı miras sistemidir. İslam öncesi Arabistan kabileleri ataerkil ya da ata-çizgisel nitelik taşıdıkları için, ölüm halinde miras, sadece *asebe* (*agnatic*) hısımlarına geçmekteydi. Kabilelerin dayanışması, ortak bir atadan torunlara uzanan çizgideki erkek gruplar arasındaki kan bağından kaynaklanır. Bununla birlikte Kur'an ana-baba ve çocuklar arasında var olan yakın aile bağının önemini tekrarlar ve bu dar grup içindeki kadına, müslüman toplumunun en gerçek (uygun=proper) üyesi olarak daha yüksek ve daha sorumlu bir statü verir. Bu politikaya uygun olarak Kur'an, karı, kız çocuk, anne ve kız kardeş gibi daha yakın belirli kadın hısımlara, malvarlığı hakkı olarak sabit küsuratlı paylar (*feraiiz*) biçiminde miras hakkı vermiştir. Bununla birlikte Kur'anın kendisinde bazı erkek *asebe* (*agnate*) hısımların miras hakkına ilişkin spesifik düzenlemelerin yer almaması, kabile bağı gereği mirasçılarla Kur'anın öngördüğü mirasçılar arasında sorun yarattı. Miras ahakkı dolaylı olarak aile bağları yapısına ve sorumluluklarına bağlandığından ve askeri fetihlerden dolayı yeni zenginliklerin ortaya çıkması, bunların dağıtım tarzına ilişkin güncel bir ilgiyi doğurduğundan sözkonusu sorun oldukça pratik bir önem kazandı; ve bu konuya ilişkin kararların Peygamber ve Medine Halifelerine atfedilmesi, erken hukuksal gelişme sürecine önemli bir örnek kazandı.

Sa'd'in malvarlığı ile ilgili bir olayda, Sa'd'in ölmesinden sonra dul kalan eşi, Sa'd'in malvarlığının onun en yakın erkek *asebe* hısımları olan kardeşi tarafından kendisine ait olduğu hususunda şikayette bulunarak sözkonusu malvarlığının kendisi ve iki kız çocuğuna ait olduğunu öne sürdü. Peygamber, dul kadının Sa'd'in malvarlığının sekizde birini, iki kız çocuğunun ise toplamın üçte ikisini, geri kalan yirmidörtte beşinin ise Sa'd'in kardeşinin alması gerektiğini emretti. Bu karar, İslamın miras hukukunun altın kuralının nasıl ifade edildiğini ortaya koydu; Kur'anda gösterilen bu hısımlar önce kendileri için buyruşmuş bölümleri almaktalar, sonra da erkek *asebe* hısımları geri kalanı almaktadır. Bu yöntemle, İslamın öngördüğü mirasçılarla örf-adet hukukunun geleneksel mirasçıları, karma bir miras sistemi içinde toplandılar.

Sa'd olayı gösteriyor ki, geleneksel mirasçıların hakkı, Kur'anın düzenlemeleriyle ciddi biçimde azaltılmıştır. (Oysa geleneksel hukukta *asebe* erkek kardeş tek başına mirasçı olacaktı). Ancak yine de ölenin erkek kardeşi, ölenin yaşamdaki kız çocuklarıyla birlikte mirasçı olabilir. Kur'an, bir erkek kardeşin geride kalan bir "çocuk"la mirasçı olamayacağını açıkça beyan etmiştir. Buradaki "çocuk" sözcüğü açıkça "erkek çocuk" olarak anlaşılmalı, dolayısıyla erkek kardeş, murisin erkek çocuğu tarafından mirasçılıktan engellenmekte, fakat kız çocuğu tarafından engellenememektedir. Bu düşünceler açıkça gösteriyor ki, erken devir otoriteleri, Kur'anın hükümlerini, örf-adet hukukunun kabul edilmiş standartları ışığında yorumlamayı uygun kabul ettiler. Gerçekten, İslam miras hukuku bu temel üzerinde öyle gelişmiştir ki, kan bağı ile birbirine bağlı *asebe* hısımlar genellikle yasal mirasçılar gibi üstün bir durumda kalmayı korumuşlardır. Kur'ana dayanan mirasçıların örf-adet sistemindekilere üstünlükleri basitçe vurgulanarak sadece Kur'anın kendilerine kesin olarak tanıdığı paylarla sınırlı tutulmuştur. Onların miras payları ölenin malvarlığı

üzerindeki ilk sıraya sahip olmasına karşın, Kur'andaki hiçbir mirasçı, erkek *asebe* (*agnate*) mirasçıyı tamamen dışlayamaz. Örneğin, bir muris geriye bir kız çocuğunu ve bir de uzak erkek kuzenini bıraksa, Ölenin kız çocuğu kendisine emredilen yarım payı alabilir, kuzen ise geriye kalan mirasçı olarak kalan yarım payı (diğer yarısını) alır. Kur'an hükümlerinin bu sınırlayıcı yorumu ve örf-adet hukukunun geleneksel standartlarının sürdürülmesi hiçbir biçimde sadece mirasla sınırlı değildi. Bu durum Medine dönemindeki genel hukuksal gelişmenin temel bir özelliği idi.

M.S. 661-750 yılları arası Emevi hanedanının egemenliği sırasında İslam, sıkı dinsel örgütlü bir Medine toplumundan, merkezi yönetimi Şam olan geniş bir askeri imparatorluğa dönüştü. Yerel yöneticiler fethedilen eyaletlerdeki işleri kontrol için atanıyorlardı. Yerel yöneticinin kendi adli yetkisini *kadı* denen resmi bir memura vermesi standart bir uygulama haline geldi. İslam Hukuku uygulamasında gelişen bir farklılık ortaya koymak, *kadı* veya hakimlerin aktivitelerindendi.

Bunun birinci nedeni, kararların Kur'anın metnine ve erken dönem Medine otoritelerinin emsal kararlarına oranı, *kadı*' ların bireysel olarak sahip oldukları dindarlık ve bilgi derecelerine bağlı olmasıydı. Dahası, bu kuralların doğru bir yorumu tek bir yerel adli çevrede bile sık sık görüş ayrılıklarını doğuruyordu. Örneğin, Kur'an ayetlerinden, "kadınların boşayanlar için adil bir nafaka" yükümlülüğü getirilmesine ilişkin kocalara yönelik tavsiye hükmünde de aynı şey geçerlidir. M.S. 688'den 702'ye kadar Kahire *kadı*' sı olan İbn-i Hureyre, bu hükmün zorunlu olduğunu ve onun miktarının üç dinarla sabit olduğunu düşünüyordu. Ancak 732 tarihindeki daha sonraki Kahire *kadı*' sı olan Tevbe İbn-i Nemir, Kur'anın buyruğunu yalnızca bireysel vicdana yönelik olduğunu ve bir kocanın bu tazminatı ödemeyi reddettiği zaman, ona, bunu yapması için zor kullanılmaz. Tevbe'nin halefi döneminde bu miktar yine tekrar kesin ve sabit bir hukuksal borç telakki edildi.

Hukuksal uygulamadaki farklılığın ikinci nedeni, *kadılar* kendilerini oldukça değişiklik arzeden yerel örf-adet hukukunun sözcüsü olarak görmeleridir. Örneğin, Arabistan kabile hukukunun geleneksel standartlarının korunduğu Medine toplumunda, hiç bir kadın velisinin izni olmadan kendi kendine evlenme sözleşmesi yapamazdı. Diğer yandan Irak'ın Kufe bölgesi ve daha çok etnik grupların bir karışımının bulunduğu Pers yöresi, kadınların Medinedekinden daha az aşağı düzeyde oldukları kozmopolit bir atmosfer yarattı ve Kufe *kadıları* , kadınların velilerinin müdahalesi olmadan kendi evlenme sözleşmelerini yapabilme haklarını onayladı. Dahası, Bizans, Roma ve Pers hukukunun öğelerinin fethedilen topraklardaki İslam Hukuku uygulamalarına girmesi, bu yerel norm ve standartların kabulü ile olmuştur. Irak *kadıları*' nın, 25 yaşını velayet yaşından çıkma yaşı olarak kabul etmeleri, Roma hukukundaki *curatio*' dan esinlenmeleri ile olmuştur. Oysa Arabistan örf-adet kurallarını takip eden Medine *kadıları* , velayetin sona ermesini, fiziki ergenlikte görüyorlardı. Çeşitli etkiler ve yerel standartların bir sonucu olarak, Emeviler dönemindeki İslam hukuku uygulaması Medine döneminde sahip olduğu birlik ve tutarlılığı kaybetti.

MS. 720 yılından itibaren Emevilere karşı ortak politik düşmanlık dalgası, onların Arap krallığının yasakoyucuları olarak dinin temel ilkelerini yok ettikleri gerekçesiyle kınanmalarına yol açtı. Dindar ulemanın, Emevi mahkemelerinin uygulamaların, Kur'an'ın hükümlerinin ruhuna uygun olarak yerine getirmelerinin başarısız olduğu sonucuna varmaları, İslam dininin doğru etiğinin sistematik olarak yerine getirilmesini temsil edecek davranış kalıplarına ilişkin düşüncelerinin dile getirilmesine neden oldu. Bu amaçla, gevşek nitelikli öğretim birimlerinde gruplaşanlar, erken hukuk okulları diye adlandırılacak okullara şekil verdiler. Bu okullar, İslam Hukuk Biliminin gerçek başlangıcını gösterirler. Bu okulların gelişmesi 750 yılında Abbasilerin iktidarı ele geçirmesiyle büyük bir ivme kazandı; bundan dolayı hukuk uleması, Abbasilerin kendilerini inşa etmeye adadıkları islami nitelikli devlet ve toplumun açığa mimarı olarak kabul edildiler. Abbasilerden itibaren devam eden süreçte dikkati

çekmesi gerekenler, *fakih* (çoğulu *fukaha*) denen hukukçulardır; çünkü *fukaha*, *kadı*'nın basit bir görevi gereği uyguladığı öğretiyi formüle eden hukukçulardır.

Bu dönemde çeşitli İslam topraklarında bulunan hukuk okullarından ikisi olan Medine ve Kufe okulu özellikle önemliydi. Bu iki okulun amacı, ideal İslam Hukuku projesini formüle etme konusunda aynıydı. Kurumlar ve aktiviterler, Kur'an'da yer alan ilkeler ve erken dönem otorite insanların emsal kararları ışığında sistematik olarak yeniden gözden geçirilerek, bu esas dahilinde onaylandı ya da reddedildi. Ancak, bireysel bir hukukçu bu sınırlar dahilinde kişisel olarak akıl yürütmede (*rey*) özgür oldukları ve hukukçuların düşüncesi doğal olarak kendilerine özgü sosyal çevre tarafından belirlendiği için Medine okulunda tedricen gelişen hukuk öğretisi külliyatı, Kufe'dekinden az olmayacak derecede farklılık arzetti. Kur'anın açık hükümlerinin ortak alanı ve erken dönem otoritelerini kabul edilmiş emsal kararları dışında, Ermevi *kadıları*'nın yargılamalarında kabul edildiği gibi yerel örf-adet öğretisi tarafından onaylandı. Böylece, iki bölgedeki mahkemelerin ortaya çıkmış uygulamasını takiben Medine öğretisi evlilik sözleşmesinin evlenen kadının velisi tarafından gerçekleştirilmesi gerektiğini kabul ederken, Kufe öğretisi yetişkin bir kadına kendi evlenme sözleşmesini yapabilmeye izin verdi. Hukukta edebi dönemin başlamasıyla, değişik hukuk okullarının esas olarak üzerine temellendirildiği "yerel bağlılık kavramı" yerini, ilk hukuksal eserlerin yazarlarını kişisel yetkisine bıraktı. Malik bin Enes, Medine öğretisinin ilk ipuçlarını ortaya koydu ve Medine Okulu, Maliki Okulu olarak tanınmaya başlandı. Kufe'deki birçok eser veren Şeybani, kendi otorite yazımlarında Ebu Hanife'ye yollama yaptı ve bu yüzden bu okul Hanefi Okulu olarak tanındı. Hukukçuların şimdi yoğun olarak dikkatini çeken konu, öğretinin otoritesi ve onun çıkarıldığı kaynağa ilişkin sorundur; ve bu hukuk bilimi tartışması, değişik okulların hem içinde hem de aralarında daha ileri derecede uyumsuzluk ve anlaşmazlık doğurdu. Tartışma temelde, hukukçuların kendi kişisel usavurma yöntemleriyle Allah'ın iradesini belirlemeye çalışmaları konusunda izinli olmaları gerektiği yönüne çevrildi. Aslında, ilahi vahiyde açık bir metin bulunmadığı durumunda, kabul edilen "görüş açıklama" (*rey*) yöntemi sorgulanmaya başlandı. Birçokları usavurma yönteminin disipline edilmesi gerektiğini ve bunun da oluşmuş kurallardan analogi yöntemleri ya da tümevarım (*kıyas*) yoluyla olması gerektiğini ileri sürdü. Örneğin Hanefi Okulunda kocanın evlenme gereği vereceği mihrin on dirhem olması, hukukçuların *rey*'i ile kabul edilmiş bir sonucu ve sözkonusu hukukçular, bu miktardan daha azı ile bir evliliğin yapılmasını uygun olmadığını düşündüler. Diğer yandan, Maliki Okulunda da kıyas yoluyla asgari mihr kuralının saptanmasına ilişkin bir girişim vardı. Kur'an'da hırsızlık için emredilen el kesme cezası ile evlenmenin fiziki sonucu olarak kadının bekaretini kaybetmesi arasında genel bir benzerlik kurulmuştur. Peygamber, çalınan malın değeri asgari üç dirheme ulaşmadıkça, el kesme cezasının uygulanamaz olduğunu emrettiği için, aynı miktar kocanın evlenme durumunda ödeyebileceği asgari sınırı temsil etmesi gerekir.

Bununla birlikte, hukuksal usavurma yöntemine karşı daha radikal bir tutum *Ehl-i hadis* ya da gelenek taraftarı denilen grup tarafından benimsendi. Hanefi ve Maliki okullarının mevcut hukuksal yöntemine muhalif olan bir ulema grubu hukuksal usavurma yönteminin her hangi bir biçimde kullanılmasının hem gayrimeşru hem de gereksiz olduğunu ileri sürdüler. Onlar, Kur'an dışında tek doğru hukuk kaynağının ilahi iradeyi açıklama ve yorumlamaya yetkili olan Peygamber Hz. Muhammed'in uygulaması olduğunu ileri sürdüler. Onun uygulaması veya sünneti her tekil durumda söylediği ve yaptığını betimleyen hadis ve geleneklerden aranıp bulunmalıdır. Kur'an, "insan rehbersiz bırakılmaz" açıklamasını yaptığı için peygamberin sünneti kuşkusuz kapsayıcıdır. Allah'ın hukukunun nasıl olmasına ilişkin spekülatif usavurma yöntemine kapılmadan daha çok, hadis yoluyla sünneti keşfetmek hukukçuların görevi idi.

*Ehl-i hadis* 'le hukukçuların geneli arasındaki ilke uyumsuzluğu göstermiştir ki, hukuksal kuramın temel ikilemi, hukuk alanındaki ilahi vahiy ile insan aklı arasındaki kesin ilişkinin belirlenmesinde yatmaktadır. İşte bu noktada, İslam Hukuk Bilimi tarihinde en çok etkileyici niteliğe sahip olan Şafii uleması ortaya çıktı. Şafii, Allah'ın

hukukunun ilahi vahiyden tek elde edebilecek kesin bilgi ilkesini sistematik ve sarıh olarak ilk açıklayan hukukçuydu. O, Kur'an dışında hukukun yegane maddi kaynağının Peygamberin kararları ve önceki verdiği hükümlerde olduğunu ileri sürdü. Hz. Muhammed, Allah'ın seçilmiş bir vasıtasıydı; o sadece Kur'andaki Allah'ın sözünü aktaran bir sözcü olmayıp, aynı zamanda Kur'anda spesifik olarak düzenlenmemiş konularda kutsal hukukun yanılmaz bir yorumcusuydu. Peygamberin hukuksal aktiviteleri ilahi ilhama dayanıyordu. Güvenilir hadisler yoluyla belirlenen onun uygulaması ilahi olarak sünneti belirliyordu ve onun Kur'anı açıklama ve tamamlaması Kur'an yanında Allah'ın hukukunun eşit yetkili kaynağıydı.

Kur'an ve sünnetin hükümleri tarafından spesifik olarak çözülmemiş sorunların ortaya çıktığı durumda Şafi, usavurmanın gerekli olduğunu kabul ederdi. Fakat bunun yalnızca sıkı bir disiplin ve anoloji yoluyla yapılan usavurma yönteminin yardımcı formu içinde olması gerektiğini düşünürdü. O, hukukun kendileriyle uygun hukuk kuralının formüle edilmesine hizmet eden sonuç ve amaçları rasyonalize etmeye çalışan erken hukuk okullarındaki hukuksal usavurma yöntemlerini kesin olarak eleştirirdi. Bundan dolayı Şafi, hukukun hizmet ettiği amaçların yalnızca Allah'a ait bir konu olduğunu savundu. Hukuk biliminin işlevi hukuk yaratmak değildi ve fakat onu ilahi vahyin özünden çıkarmaktı ve gerekli olduğu yerde orada bulunan ilkeleri anolojik usavurma yoluyla yeni sorunlara uygulamaktı. Şafi'nin, hukukun kaynaklarını kesin bir kuramını oluşturmadaki bilinen amacı, bu zamanda açıkça mevcut olmayan bir tekbiçimciliği İslam Hukuk Bilimine sokmaktı. Hukuktaki değişiklik, yerel ve kişisel değerlendirmelerden oluşan erken dönem hukuk okullarının hukuksal yönteminden kaynaklanmıştır -sözkonusu yerel ve kişisel değerlendirmeler, özel bir yerin geleneği ve bireysel görüşlerdir. Peygamberin öğretileri olan sünnet de bu geçerli geleneklerden biriydi. Sistematik bir usavurma yöntemi ve müslüman toplumun konsensüsü de aynı nitelikteydi. Şafi, mevcut hukuk bilimindeki yerel ve sınırlı öğeler yerine, evrensel islami geçerliliğe sahip olan bu uygulamanın kavramlarını koydu. Onun *Risale* '(bu Risaleyi MS. 820'deki ölümünden önce ömrünün son beş yılını geçirdiği Kahire'de kaleme almıştır) içindeki bir ifadesi, öğretisinin bir özetini ve bu öğretinin amacını ortaya koyar. Allah, peygamberin sünneti ve müslümanların ittifakı ile açık kural konulduğu konularda anlaşmazlığa izin verilmez. Bunun haricindeki diğer konularda, ulema bu üç kaynaktan bir işaret bulmak amacıyla kendi muhakemelerini değerlendirebilirler...

Hukuk otoritesini tamamıyla en yüksek düzeyde tutmaya çalışan Şafi'nin hukuk kuramı, İslam Hukuk Felsefesinin temel amacını açıklığa kavuşturdu ve nihai kabülü temin etti. Bu arada birçok ulema kendilerini, hadisleri sınıflandırma ve toplama yoluyla belgeler geçirme görevine adanılar ve IX. yüzyılın son bölümünde birçok hadis derlemesi ortaya konuldu. Bu derlemeler doğru hadislerden yanlışlarını eleme iddiasındaydı. Özellikle bunlardan Buhari ve Müslim'in kaleme aldığı iki eser, Peygamberin sünnetinin hakiki yansıtıcısı olmaları düşüncesiyle her zaman yüksek bir itibara sahip olmuşlardır.

Ancak Şafii öğretisinin desteklenmesine ilişkin bu aktiviteye karşın, onun tekbiçimci ve müşterek nitelikli İslam Hukuku hayali gerçekleştirilemedi. Gerçekten onun çalışmasının bir sonucu olarak daha önce var olan İslam Hukuk okullarına ek olarak iki hukuk okulu daha katıldı. Şafii öğretisinin kesin terimlerini mutlak olarak kabül etmeye hazırlananlar azınlık bir gruptu ve bunlar Şafii Okulunu biçimlendirdiler. Hadis öğretisini daha keskin eksterm noktalara taşımaya çalışanların bir grubundan ise Hanbeli Okulu ortaya çıktı. Bu okulun kurucusu olan Ahmet bin Hanbel (öl. 855), hukuk kaynağı olarak kıyası içeren herhangi bir formdaki insan aklını reddetti ve her hukuk kuralının gerekli otoriteyi sadece Kur'an ve sünnette bulabileceğinde ısrar etti.

Diğer yandan, Maliki ve Hanefilerin kurulu okulları Peygamberin emsal kararlarının otoritesini reddetme konusunda isteksizken, aynı şekilde var olan kendi hukuk otoritelerini bu emsal kararlar ışığında revizyona tabi tutmada da isteksizdiler. Fakat onlar, kendi mevcut hukuk anlayışlarıyla Şafii kuramının ilkelerini uzlaştırmayı

başardılar. O zamana kadar keşfedilen ve yürürlüğe konulan büyük bir hadis külliyyatından kendi özel öğretilerini destekleyenler ortaya çıkarıldı. Kendi öğretileriyle çelişen hadislerin etkisi ise hukuksal yorum yoluyla en aza indirildi.

Bu adaptasyon süreci tamamlanır tamamlanmaz, Hanefi ve Malikiler hadislerin üstün otorite olduğu ilkesini biçimsel olarak kabul ettiler. Diğer yandan Hanbeliler de kendi orjinal pozisyonlarını, kıyasın, hukukun geliştirilmesinde gerekli bir araç olduğunu kabul ederek değiştirdiler. Böylece, IX. yüzyılın sonuna doğru İslam Hukuk Bilimi bir bütün olarak, Efendi'nin öğretilerini değişik bu dört okulda kabul görebilecek bir formda özümsemeyi başardı.

Yukarıda açıklanan gelişmelerden kaynaklanan klasik hukuk kuramı, ilahi hukuk terimlerini ortaya çıkaracak ilkelerin analiz ve formülasyonundan oluşur. İlahi hukuku açıklamak için girişilen genel çalışma süreci *icthāt* olarak ifade edilir. *İcthāt* çalışmasının tanımında izlenmesi gereken klasik hukuk bilimi, Şafii öğretisini takip etmiştir; bir *müctehit* 'e düşen ilk görev, sorunların çözümünü Kur'an ve sünnette aramaktır. Bu kaynaklarda spesifik herhangi bir düzenlemenin olmadığı durumunda, analogik tümevarım ya da kıyas yönteminin kullanılması gerekir. Ancak, ilahi iradenin açıklamaları olarak yorumlanması gereken otorite açısından değerlendirilen ve düzenlenen *icthāt* 'ın sonuçları konusunda, klasik hukuk bilimini kendi *icma* öğretisinin de Şafii'nin hukuk kuramına oldukça önemli bir ilavede bulundu.

Klasik hukukçular tarafından tanımlandığı gibi *icma*, belli bir kuşaktaki nitelikli hukuk ulemasının anlaşması (ittifakı) dır. Ve böyle bir görüş birliğinin yanılmaz olduğu varsayılır.

Tanrı'nın iradesini belirleme girişiminde ulemanın bireysel olarak *icthāt* 'ı yalnızca *zann* (conjecture) diye deyimlenen geçici ve olası bir sonuç doğurur. Yine de bu sonuçlar, ulemanın genel uzlaşmasının bir ürünü olduğu zaman Tanrı'nın hukukunun tartışılmaz ve yanılmaz açıklamaları olmaktadır. Böylece *icma*, *icthāt* sonuçlarının bütünlüğüne yönelik meşruiyet temin eder. Görüş birliği (*icma*), Tanrı iradesinin kesin bilgisini ortaya çıkarır; ancak görüş birliğine varılmadığı zaman da değişik görüşler, bu iradenin tanımlanması konusunda yapılmış birer eşit girişim olarak tanınır<sup>2</sup>.

*İcma* öğretisinden kaynaklanan sonuçlar, Ortaçağdan itibaren İslam Hukuk Tarihinde egemen oldu. Her şeyden önce *icma*, *bireysel* hukukçularla değişik okullar arasında bulunan temel hukuk öğretisi farklılıklarını tölera eden bir ilke olarak işletildi. Şer'i hukukun değişik versiyonları olgusunun İslam Hukuk Bilimi tarafından kabul edilmesi, Peygamber Hz. Muhammed'e ait olduğu iddia edilen şu sözlere dayandırılır: "Ümmetim içerisindeki görüş ayrılıkları Allah'ın rahmetinin bir işaretidir." Samimi bir çoğulculuk felsefesi içinde bu dört hukuk okulu (Hanefiler, Malikiler, Şafiiler ve Hanbeliler), tek aynı esasın ayrılmaz esası olarak *icma* ilkesi otoritesinin şemsiyesi altında harmanlandılar.

Ortaçağdan itibaren devam eden süreçte sözkonusu okullar arasındaki ayırım, değişik İslam bölgelerindeki mahkemelerin tek bir okulun öğretisini tedricen uyguladıkları için, iyice belirginleşti. -Bu sonuç, ya belirli bir bölgenin nüfusunun gönüllü olarak tek bir okulu benimsemesinden ya da belli bir okulun öğretilerine bağlı hakimlerin siyasal otorite tarafından ilgili bölgeye atanmasından kaynaklanmıştır. Daha açık ifade edersek, Hanefi Okulu Ortadoğu ve Hint altkıtasında, Maliki Okulu Kuzey, Batı ve Merkezi Afrika'da, Şafii Okulu Doğu Afrika ve Arabistan yarımadasıyla Malezya ve Endonezya'da egemen olmuştur. Hanbeli Okulu, XIX. yüzyılda siyasal Vahhabi hareketi tarafından resmen benimsenene kadar her hangi bir kara parçasında egemen

<sup>2</sup> Bu Yahudi inancındaki "Birbirine zıt olan görüşler eşit olarak, yaşayan Tanrı'nın sözleridir." anlayışına benziyor. Hindu Hukuk bilimi, çeşitli uygulamaların örf-adet gibi aynı derecede geçerli olabileceği düşüncesinden dolayı kuramsal olarak tek bir bütündür.

olmayı başaramamıştır. Vehhabi hareketinden sonra bu hukuk, Suudi Arabistan mahkemelerinin uyguladığı hukuk haline gelmiştir.

Bir çok okulun aynı temel öğreti yapısına ve aynı esasa dayanan hukuksal kurumlara sahip olduğu doğrudur. Hanefi ve Malikiler arasında daha önce ortaya çıkan örnek farklılıklardan ve zamanı geldikçe çıkacak diğer farklılıklardan açıkça anlaşılıyor ki, bireysel karakterlere sahip farklı sistemleri temelde temsil eden bu okullar, geniş ölçüde kendi orjin ve gelişme koşulları tarafından biçimlendirilmiştir.

Bu okulların ortak sünni felsefesi, coğrafya ve tarihin, sünni İslam hukuk uygulamasında dört katlı bir bölünmeyi yarattığını gizlememeliydi.

Sünni ya da "ortodoks" İslam terimi, geniş ölçüde bir müslüman çoğunluğu, teolojik sorun ve öğretiler temelinde sünnilerden farklılık gösteren belirli bir azınlık grup ya da mezheplerden ayırmak için kullanılır.

Bu önemli mezheplerden sayısal olan en güçlü olan Şia, sünni inanca muhalif olarak, Hz. Muhammed Tanrı ile temas kuran son kişi olduğunu ve onun ölümünden sonra ilahi esinlenmenin, onun yaşamda kalan kızı Fatıma yoluyla torunlarına geçtiğini iddia etmektedir. Peygamberin bu torunları, Şia tarafından, ilahi adaletle kural koyan kanun yapıcıları ya da *imam* olarak kabul edilirler. Şia, şeriat hukukunun özel bir versiyonuna sahiptir. Bu noktada miras hukuku konusuna ilişkin kısa bir karşılaştırmanın onlarla sünniler arasındaki farkın ne ölçüde olduğunu göstermeye hizmet edebilir.

Miras hukukunun, üzerinde sünnilerin ayrıldığı bir çok yönünün olmasına karşın, tevarüse ilişkin temel şema onların hepsi için aynıdır. Özellikle onlar (sünniler), erkek *asebe* hısımlarının hukuki mirasçı olarak önemli bir yere sahip oldukları ilkesine bağlıdır. Bütün zıtlık, Şii Hukukun *asebe* bağı (agnatic tie) kriterini tamamen reddetmesidir. Erkek *asebe* hısımlara ilişkin olarak Şii imam Cafer'in şu sözü söylediği iddia edilir: "Toprak onların ağızlarına olsun!". Şii hukukuna ilişkin erkek ve kadın, *asebe* ve *asebe* olmayan bütün hısımlar tek bir öncelikliler sisteminde toplanmıştır. Bu sisteme göre anne-baba ve altsoy mirasçılar, erkek ve kız kardeşlerle büyük anne ve büyük babayı mirasçılıktan dışlarlar; dışlanan bu mirasçılar da yeri geldiğinde amca-dayı ve hala-teyze ile onların altsoyunu mirasçılıktan dışlarlar.

Murisin kadın ve *asebe* olmayan altsoyunun kuzenler karşısındaki durumu belki de bu iki sistem arasındaki farkın en açık göstergesidir. Sünni hukukta kız çocuğun erkek ve kız evladın her hangi bir erkek *asebe* kuzen tarafından mirasçılıktan tamamen dışlanırken, kız çocuk, erkek *asebe* kuzenleri (uzak olanları hariç)<sup>3</sup> mirasçılıktan dışlamaz. Diğer yandan, Şii Hukukunda her hangi bir altsoy bütün kuzenleri mirastan tamamıyla dışlar.

Bu ayırımın hem sosyal hem de hukuksal önemi vardır. Sosyal ilişkiler açısından, Sünni Hukukun, *asebe* kuzenlerin taleplerini kabul etmesi, geniş aile ya da kabile grubu kavramının oluşmasını sağlar. Diğer yandan Şii Hukuku, ana-baba ve onların altsoy arasındaki ilişki bağının daha da dar olmasını üstün tutar. Hukuksal açıdan temel sorun, Kur'anın yorumuyla ilgilidir. Sünniler, Kur'anın düzenlemelerinin, mevcut örf-adet hukukuna eklenmiş tedrici reformlar olduklarını ve Kur'an bunları açıkça reddetmediği durumunda zımnen onaylamış olduğunu varsayarlar. Böylece örf-adet hukukunun eski mirasçıları olan erkek *asebe* mirasçılarla Kur'anın spesifik olarak düzenlediği yeni mirasçılar arasındaki miras şeması bir araya gelerek karma nitelik kazandı. Diğer yandan Şia, Kur'an hükümlerinin eski bir uygulamayı tamamıyla durduran ve yeni bir hukuk sisteminin geliştirilmesine ilişkin ortaya konulan ilk

<sup>3</sup> Örneğin, babasının babasının kardeşinin oğlunun oğlunun oğlu.



prensipler olduğunu varsayarlar. Onlar (Şiiiler), kadın hısımların hakları üzerinde duran ve *asebe* ilişkisinin önemini hiç bir yerde vurgulamayan bu ilk miras ilklerinden kabile örf-adet hukununun kriterlerini hiçe sayan bir miras hukuku sistemi kurdular. Bunu yapmalarındaki arzuları ise Kur'anın ruhuna ve amacına daha çok uygunluk sağlamaktı.

Şimdi tekrar klasik hukuk kuramının sünni hukuk üzerindeki etkisine dönersek, yukarıda açıklandığı gibi görüş birliği (*icma*), sözkonusu dört okulun değişik öğretilerini eşit olarak meşru kabul etmektedir. Fakat *icma*, aynı zamanda yasaklayıcı ve tekelleşici bir ilke olarak işletilmiştir. *İcma*, kendi yanılmaz otorite şemsiyesini uzlaşmanın konusu olan noktalar dışında mevcut olan görüşler üzerine de koyduğu için, Tanrı iradesinin yanılmaz açıklaması olan *icma* ile çelişik durumdaki daha ileri farklı görüşleri ileri süren çağdaş durum, kesin bir biçimde onaylandı ve böylece sapkın bir mezhebin suçlusu durumuna düştü. Bundan dolayı, Allah'ın hukukunu belirlemeye yönelik bağımsız çaba ya da *icthah* ortadan kalktı. *İcma*, Allah'ın iradesine göre hukuku açıklamada son noktayı temsil eden öğretiye nihai damgasını vurdu; ve İslam Hukuk Bilimi, yaratıcı gücünü "icthah kapısı kapandı" açıklamasıyla kaybettiği kabul edilir.

Bu olgu, *taklit* (imitation) döneminin başladığını gösterir. Bundan böyle hukukçuların *icthah* yetkisi artık yoktu. Onlar artık kendilerinden önce gelenlerin öğretilerini kabul ve takip eden birer taklitçiydiler. X. yüzyıldan itibaren devam eden süreçte hukuk literatürü, öğretiyi ortaya çıkarıcıların çalışmaları üzerine yapılmış gittikçe tükenen yorumlarla sınırlı kaldı. Bu da sadece öz bakımından değil, aynı zamanda biçim ve önceki üstadların düzenlemesine bağlılık şeklindeydi. XIV. yüzyıla doğru, çeşitli İslam bölgeleri ve okullarında özel bir itibar sağlayan ve her bir okul için *icma* tarafından onaylanmış yetkili hukuk açıklamasını temsil eden çeşitli hukuk metinleri ortaya çıktı.

Bundan dolayı klasik hukuk bilimi, şariat öğretisinin büyük bir bölümünün gerçek köklerini ortadan kaldırdı. Görüldüğü gibi bu durum, yerel örf-adet uygulamaları ve bireysel alimlerin kişisel usavurma yöntemlerinde mevcuttu. Her bir hukuk kurahı *icma* öğretisi yoluyla Tanrı'nın iradesi ile özdeş duruma geldi. Hukuk, kuramsal olarak toplumdaki çıkmadı; o, topluma yukarıdan aşağıya doğru empoze edildi. Doğru davranış kalıpları ve değerlerine ilişkin bilgi, insan düşüncesi ve deneyiminden değil de, sadece ilahî vahiyden elde edilebildi ve eylemlerin iyi veya kötülüğü yalnızca Tanrı'nın bu sıfatı onlara atfetmesiyle oldu. Arapça hukuk eserleri Tanrı'nın hukukuna ilişkin mükemmel açıklamalarla doluydu. Ve bu (hukuk sistemi), değişmez bir sistem olarak geliştirilmişti. Çünkü Peygamber Hz. Muhammed'ten sonra, tanrısal irade ile insan arasında bir iletişim olmayacaktı. Kısacası, klasik anlamda hukuk, hukuk kitaplarında geniş bir biçimde ve ilahî takdirle açıklanmış yükümlülükler *kodu* idi; ve müslüman bir toplum ve devlet onun ebedi olarak geçerli olan ilkelerine bağlı kalmak zorundaydı.

Böylece somutlaşmış olan Şariat Hukuku kuramsal ve idealist nitelikteydi. Çünkü onun otoritesi, mahkemelerin gözlemlerinden değil, ulemanın onun nasıl gözlemlenmesi gereken argümanlarından kaynaklanıyordu. Dolayısıyla şimdi ortaya çıkan soru, şariat öğretisi metinlerinin uygulamaya ne ölçüde geçirildiğidir; bu soru, *kadı* ya da şariat mahkemelerinin niteliği ve genişliği açısından yanıtlanabilir<sup>4</sup>.

Politik yasakoyucu temsilcilerine yüksek idari ve adli güç verilmiştir; *kadılar* hiç bir zaman bağımsız bir adliye oluşturamamışlardır. Şariat mahkemelerinin yaptığı yargılama, politik iktidarın belirlemeyi uygun gördüğü sınırlamaya tabidir. Şariat kavramları ile yönetimin yararları arasında bir uyumsuzluk çıktığı zaman, politik iktidar şariat mahkemelerinin gücünü yarıda keserek alternatif yargılama organları kabul eder.

<sup>4</sup> Roma sistemindeki *iudex* kavramı ile *kadı* kavramı arasında temel bir farkın olduğu gözlenecektir. İslamda hukuka karşı sorumluluk, karar verme aşamasındadır; dolayısıyla Tanrısal iradeyi yürürlüğe koymaktan korkulur. Bu, bir hukuk reformu yöntemi olarak, yasamayı kabul etmenin zorluğunu artırmaya eğilimlidir. *Ed.*

Şeriat mahkemelerinin etkinliği üzerindeki en ciddi sınırlamalardan biri, hukuk ve ceza davalarında uygulanan katı isbat ve usül sistemiyle ilgilidir. İsbat yükümlülüğü kesin ve değişmezdir; ve çoğunlukla bu yükümlülük davacıya aittir. Davacı, ahlaki bütünlük ve dinsel doğruluğu tartışılmayan iki erkek müslüman ve yetişkin olan tanıkların sözel olarak doğrudan gerçeği söylemelerini sağlamalıdır. Eğer davacı isbat yükümlülüğünü yerine getirmede başarısız olursa, davalı ya da suçlanan kişiye tekzip yemini teklif edilir. Kur'an üzerine uygun biçimde yapılmış yemin, yemin eden lehine yargılamayı garanti eder; eğer davalı yemin etmezse hüküm davacı lehine verilir. Bazı durumlarda davacı lehine hüküm verilebilmesi için yemini bu sefer davacı eder. Böyle bir usül veya isbat sistemi ulemanın dinsel idealizminden doğabilir. Fakat bu daha çok, davacıya empoze edilmiş pratik olmayan isbat yükümlülüğünden ve ahlaksız davalıların, sağduyunun varolmasını istediği hukuki ve cezai sorumluluktan kolayca kaçınma ihtimalinden kaynaklanmıştır; zaten şeriat mahkemelerinin hukukun belli alanlarının yürütülmesinde tatmin edici bir organ olmadığı kanıtlanmıştır.

Ceza ve toprak hukuku, şeriat usulünün hantal niteliğini tölere eden politik yararların yer aldığı açık alanlardır; ve kural olarak bu konulara ilişkin yargılama yetkisi, hükümdar tarafından *kadı*' dan daha çok memurlara verilmiştir. Bu memurların güçleri kolektif olarak *mezalim* yargılaması biçiminde iyi ifade edilmiştir. Bir memur tarafından yapılan ve *Sahib el-mezalim* diye bilinen bu yargılama, şeriat mahkemelerine ciddi bir rakip oluşturmak ve İslam Hukuku uygulamasında açık bir dikotomi yaratmak için geliştirilmiştir. İslam devletindeki bütün işlevler kuramsal olarak dinsel nitelikteydi. Fakat, *mezalim* ve şeriat yargılamaları arasındaki ayırım, laik ve dinsel yargılama arasındaki bir bölünmeye çok benzemektedir; *kadı*, Tanrı'nın hukukunun bir temsilcisi olarak görülür. *Sahib el-mezalim* ise hükümdarın hukukunun bir sözcüsü olarak kabul edilirdi.

Genel olarak ifade edersek yönetimin yararı, şeriat mahkemeleri yargılamasını özel hukuk alanıyla sınırlandırmıştır. Fakat dinsel inancın temel ve bütünsel bir parçası olan aile hukuku alanında bile şeriat öğretisi evrensel olarak bütün İslam dünyasındaki uygulanmamıştır. Şeriat Hukuku Arap dünyasındaki bölgelerin örf-adetleri üzerine bina edildiği için, bu hukuk İslam dinini kabul edenlerin kendi toplumlarının geleneksel yapısına yabancıdır. Ve bu, onların örf-adet hukuklarını şeriatın hepsine veya bir bölümüne uydurmaları sonucunu doğurur. Bundan dolayı, Fas'ın müslüman nüfusunun hemen hemen yarısını oluşturan Kuzey Afrika Berber halkları, değişmez özelliği kadının mirasını reddeden şeriat öğretisiyle büyük ölçüdeki uyumsuzluk durumundaki memur mahkemelerinin uyguladığı örf-adet hukuku ile yönetilmektedir. Hindistan alt kıtasındaki İsmaili Koja, Bohora ve Cutchi Memon toplulukları, Hinduizmden İslama döndükten sonra Hindu hukukunun ölüme bağlı tasarrufa bağlı olan ve ölüme bağlı tasarrufa bağlı olmayan mirasçılık kurallarına göre yönetilmektedir ve böylece kendi mal varlıklarını bütünüyle miras dışı bırakma gücünü ellerinde tutmaktadırlar. Kuzey Nijerya ve Keşmir'de gayrimenkul malvarlığı örf-adet kurallarına göre mirasçılara geçmektedir. Müslüman toplum da müslüman yönetim gibi, şeriat mahkemelerinin münhasır yargılama ilkesini sürekli olarak desteklemedi.

*Kadı* mahkemeleri kendilerinin kabul edilmiş yargılama sınırları içinde bile, sosyal ve ekonomik nedenden dolayı, sınırlı bazı konular bakımından şeriat metinlerinin katı öğretilerinden sapmışlardır. Özellikle bu, klasik hukukçuların yüksek idcilerle ortaya koydukları öğretilerde yer alan özel hukuk işlemlerinde sözkonusudur. Sistematik bir katılık derecesine kadar götürülen riba (haksız kar) ve belirsizlik (*ğarar*) çifte yasaklaması ise, sözleşmelerde ortaya çıkacak her hangi bir spekülatif bir riski ortadan kaldırmaya ve ekonomik ve ticari yaşamın pratik talepleri ışığında tamamen realist olmayan standartlar getirmeye yöneliktir. Bu yüzden, şeriat mahkemeleri belirli durumlarda örf-adet hukukunun öğelerini tanıyıp uygulamaktadırlar. Buna örnek olarak, Kuzey Batı Afrika'daki Maliki mahkemelerinin uygulamasında yer alan ve *hamessa* denen tarım sözleşmesi verilir. Bu sözleşmeye göre bir toprağı kiralayıp işleyen kimse ürettiği ürünün beşte dördlük bölümünü kendisi almakta, geri kalan beşte birlik bölümünü ise kira bedeli

olarak toprak sahibine vermektedir. Bu tip bir kira süresi şeriat öğretisinin iki temel özelliği olan "kira bedeli gıda maddesinden oluşmaz" ve "kira bedelinin değeri önceden belirlenmeli ve bilinmelidir" kurallarıyla çelişir. Ancak *hamessa* sözleşmesinin bu bölgede çok yaygın olması, sermaye dolaşımının çok az olduğu bir toplumdaki ekonomik gereksinimin gerçek bir sonucudur; ve Ortaçağdan itibaren devam eden süreçte bu sözleşme şeriat mahkemeleri tarafından evrensel olarak kabul görmüştür. Diğer konularda sözkonusu mahkemelerin kabul ettiği hileler (*hiyal*) uygulamada destek görmeyen şeriat öğretisinin katı kurallarını bertaraf etmek için düşünülmüştür. Böylece, riba yasağına rağmen karşılıklı sözleşmeler biçiminde yapılabilen faizli bir ödünç sözleşmesini şeriat mahkemeleri uygulayacaklardır. Bu, basit bir çifte satımla oluyordu. Ödünç verici olarak L, X pound değerindeki bir malı nakit ve peşin ödemek koşuluyla alıcı olan B'den satın alacaktır. Daha sonra B, aynı malı X pound+Y (Y, burada kabul edilmiş faiz oranını temsil etmektedir) fiyatla gelecekteki belli bir tarihte ödemek koşuluyla tekrar L'den satın almak için sözleşme yapacaktır. Hanefi ve Şafii mahkemeleri genellikle böyle bir *hiyal* (hile)'in geçerliliğini kabul etmişlerdir. Fakat Maliki ve Hanbeliler eylemlerin arkasında bulunan gerçek niyete büyük önem verdikleri için, temelde yazılı hukukun ruhuna aykırı böyle bir sonuca yol açan bu manipülasyonu tamamen kınamaktadırlar<sup>5</sup>.

Hukuk uygulamasındaki bu çeşit gelişmeler, eğer bunlar, şeriat öğretisinin bekçileri denen ulema tarafından başlatılmışsa desteklenirdi.- Özellikle güncel hukuksal sorunlarla ilgili resmi görüşleri (fetvaları) olan *müfti* ve hukuk danışmanları, klasik öğretiyi müslüman toplumun gereksinimlerine uydurma konusunda geniş ölçüde sorumluluk taşımaktaydılar. Ancak pratik gereksinimden dolayı ortaya çıkan bu ödün, gönülsüzce verildi ve mahkemelerin sıkıca bağlı oldukları klasik eserlerdeki öğretiye bir istisna oluştururdu. Otorite metinlerin katı terimlerinden herhangi bir ayrılış, ideal standarttan bir sapma meydana getirirdi.

XIX. yüzyıl sırasında Batı Medeniyetinin müslüman toplum üzerindeki etkisi, medeni hukuk, ticaret hukuku ve ceza hukukunda köklü değişiklikler meydana getirdi. Şeriat mahkemelerinin bu konularda, hem usul ve hem de bağlı oldukları öğreti açısından tamamen zamanın gereklerine ulaşamaz durumdaydı.

Şeriat Hukukunun özel borç ilişkileri nisbeten Ortaçağ Arap toplumunun basit ticari aktiviteleri üzerine kurulmuştur. Sermaye yatırımı ile ilgili her türlü faiz biçimini tamamıyla yasaklayan bu sistem, modern ticari ve ekonomik gelişmeler sisteminin gereksinimini karşılamaktan oldukça uzaktır. Aynı şekilde modern devlette destek bulmayan bir konu da, şeriatın ceza hukukudur. Her şeyden önce hırsıza verilen el kesme cezası ve zinadan dolayı verilen taşlama (*recm*) cezası gibi belirli suçlara verilen *had* cezaları hümanizma açısından artık kabul edilemez. İkinci olarak şeriata göre adam öldürme, suçtan daha ziyade özel bir zarar niteliğindedir. Bu suçun takip edilmesi mağdurun hısımlarının isteğine bağlıdır; onlar, suçlunun kısas gereği öldürülmesini, öldürenin tazminat olarak kan parası (*diyot*) ödemesini veya tamamen affedilmesini isteyebilirler. Adam öldürme kavramı gibi böyle bir makul düşünce bir kabile toplumu bağlamında ele alınabilmektedir ki artık bu, modern devletin niteliğine uygun bir şey değildir. Son olarak, belirli altı *had* suçu (şarap içme, zina, zina iftirası, hırsızlık, yol kesme ve dinden dönme) dışında, Şeriat Hukuku yargıca hemen hemen keyfi olarak suç ihdas etme ve dolayısıyla cezalandırma hakkı verir. Böyle keyfi bir adli güç, Batı ceza hukuku düşüncesinden etkilenmeye başlayan müslüman halkların tepkisini çekmektedir.

Bu düşüncelerin bir sonucu olarak, XIX. yüzyıl, Şeriat ceza ve medeni hukukunun birçok ülkede ortadan kaldırıldığına ve bunların yerine Avrupa hukuk *kod*'larının büyük ölçüde iktibas edildiğine tanıklık etti. Böylece, Şeriat Hukukunun biçimsel

<sup>5</sup> Açıkçası onların (Maliki ve Hanbelilerin) bölgelerindeki faizin sosyal ve ekonomik içeriği daha çok tartışmalıdır ve faizin tamamen yasaklanması ile maruz kalınan kayıp faizle ödünç para vermenin, sermayeye ihtiyaç duyan birisinin sömürüsü olarak görülmeyen diğer bölgelerden daha azdır.

olarak hukukun bütün alanlarında üstünlüğünü koruduğu Arap Yarımadası hariç, İslam Şeriat Şukukunun bu yüzyılın başından itibaren uygulaması çoğunlukla aile hukuku alanıyla sınırlı kaldı.

Ancak buradaki reform hızı dahi yakında kendini göstermiştir. Anlaşıldığı üzere, Şeriat aile hukuku büyük ölçüde İslamın erken çağlarındaki Arap kabile toplumunun ataerkil özelliğini yansıtmaktadır. Doğal olarak, bu hukukun belirli kurum ve standartlarının, modern müslüman toplumun ve özellikle kabile bağlarının ayrıştığı ve kadınlara özgürlüklerinin verilmesine ilişkin hareketlerin ortaya çıktığı kent bölgelerinin koşulları dışında kaldıkları hissedildi. İlk etapta, müslüman toplum, modern yaşamın değişen koşulları ile medeni ve ceza alanlarında Batı *kod'* larının benimsenmesine yol açan ve değişmezliği iddia edilen hukuk arasındaki açık bir çıkmazla karşı karşıya geldiği gözlemlendi. Bundan dolayı, Türkiye için 1926'da olası görülen tek çözüm, şeriat hukukunu tamamen değiştirip yerine İsviçre Aile Hukukunu kabul etmektir. Bununla beraber hiçbir müslüman ülke bu örneği takip etmiş değildir. Bunun yerine, geleneksel şeriat hukuku değişik yollarla çağdaş toplumun koşullarına adapte edilmiştir. Bizim son incelememiz ve aynı zamanda en önemli ilğimiz, İslam Hukuk Tarihinin temelde konusunu oluşturan, modern gelişmelerin anlamının uygun bir biçimde değerlendirilmesi olduğu için, İslam Aile Hukukunun en son evrimi çarpıcı bir olgu oluşturmaktadır.

Ortadoğu'da başından beri var olan temel sorun reformların hukuksal temeline ilişkindir. Bu reformlar, onların, İslam Hukuk Bilimi kuramı açısından sahip oldukları sosyal istenebilirlik ve haklılaştırma olgularından vazgeçmeleri demektir. Ortadoğudaki reformlar tartışmasız olarak yasalar biçiminde devlet otoritesinin resmi açıklamasıyla yürürlüğe konmuştur. Bu bakımdan onları modernist bir yasama aktivitesi olarak göstermemek uygun değildir. Ancak bu reformlar kelimenin tam anlamıyla bağımsız bir yasa-yapma olgusunu temsil etmezler. Bunlar Allah'ın hukukunu veya Şeriatın bir versiyonu olan politik iktidarın yorumlarını temsil edici nitelikteydi ve yine bunlar otoritesini temelde Şeriat'tan alan ve hukuksal ilkeleri değişmez bir biçimde açıklayan "yasama" faaliyetine giriş nitelikteydi.

Modern reformun erken dönemleri sırasında, taklit öğretisine biçimsel olarak uyuldu ve bu Ortaçağ hukuk eserlerinin en üstün ve tekelleşici olduğuna ilişkin geleneksel görüşle açıkça çelişmedi. Reformun temel esası, geleneksel hukuk metinlerinde açıklanan yönetim ve *siyasa* öğretisi ile politik otoritenin gerçek anlamda yasama gücüne sahip olmamasına karşın, yine de Şeriat Hukukunun mahkemeler tarafından etkin olarak uygulanmasını sağlamak için idari düzenlemeler yapma hak ve yetkisine sahip olduğuna ilişkin özel ilkede yatmaktadır. Bu idari düzenlemeler ya da reformcuların deyimiyle *kanun*, iki şekilde kullanılırdı.

İlk olarak bunlar Şeriat mahkemelerinin bağlı olduğu delil ve usul sistemine ilişkin olabilirlerdi. Mahkemeler belirli usul gereksinimlerini karşılamayan davalarda değerlendirme yapmamak konusunda talimat alırlardı. Bu tip bir düzenleme en basit biçimiyle, belirli dava türlerinde gerekli olan yazılı delil oluşturmak için kullanılırdı. Örnek olarak, geleneksel Şeriat Hukukuna göre evlenme veya boşanma en ideal olarak tanıkların sözleriyle isbat edilmeliydi. Fakat, *Mısır Şeriat Mahkemelerinin Teşkilat ve Usulüne İlişkin 1897 tarihli Kanun*, "hiç bir evlenme ve boşanma iddiası veya bunlara ilişkin bir itiraf, sahtekarlık şüphesinden uzak belgelerle desteklenmedikçe taraflardan birinin ölümünden sonra dinlenilmez" hükmünü içermektedir. Bununla birlikte aynı tip düzenleme, Mısır'da çocukların evlenmesi sorununa ilişkin daha ilginç bir konu için kullanılmaktadır. 1931 tarihli *Mısır Şeriat Mahkemelerinin Usulüne İlişkin Kanun*, daha önceki bazı hükümleri birleştirerek, "evlenme sözleşmesi sırasında gelinin onaltı yaşından güveyinin ise onsekiz yaşından küçük olması durumunda evlenmeye ilişkin hiç bir uyuşmazlık iddiası dinlenilmez" hükmünü getirmektedir. Bu reform başlangıçta usule ilişkin düzenlemelerden (bu düzenlemeler, kayıtlı olmayan evlenmelerden çıkan uyuşmazlıkların dava konusu edilmesi yasağı ile belirtilen yaşların altındaki tarafların yaptıkları evlenme sözleşmelerinin kaydedilmemesi hususunda yetkili memurlara emir

vermeyi içeriyordu) kaynaklanmasına karşın, daha sonra velayet altındaki evlenen küçüğün velisinin evlenmeye ilişkin asli velayet hakkını açıkça etkilemiştir. Küçükler arasında yapılan bir evlilik tam olarak geçerli kabul edilmiş, ancak bu konuda bir uyuşmazlık çıktığı zaman bu, mahkemelerin adli yetkisinin konusunu oluşturmaz. Teoride, klasik otoritelerin öğretisiyle bir çelişki olmadığı; fakat uygulamada çocukların evlenmesi kurumunun ortadan kaldırılmasına ilişkin bir girişim oldu.

Hindistan'da bu dolaylı reform yönteminin aksine olarak, geleneksel Hanefi Hukukunun yerini doğrudan 1929 tarihli *Çocukların Evlenme Yasası Kanunu* aldı. Bu Kanun, ondört yaşından küçük kızlarla onaltı yaşından küçük erkek çocukların evlenmesini cezalar getirerek yasakladı.

Ortadoğu'da reform gerçekleştiren idari gücün kullanılmasına ilişkin ikinci alan, mahkemelere, uygulamak zorunda oldukları değişik mevcut kurallar arasından özel bir kural konusunda kendilerine talimat verilmesiyle ilgilidir. Aslında, Şeriat Hukuku kendi içinde karşılaştırmalı bir hukuk sistemidir. Azınlık ve çoğunluk görüşü açılarından ya da güçlü görüş ve daha az güçlü görüş açılarından hukukun açıklanmasına sadece sünni hukuk içinde yer alan dört ayrı okul değil, aynı zamanda aynı hukuk okulunda yer alan farklı bireysel hukukçular da neden olmuşlardır. Şeriat Hukukunun karşılaştırmalı niteliği, klasik dönemin sonlarından itibaren şeriat öğretisinin genel varyasyonlarına adanmış bilimsel çalışmalardan kaynaklanmıştır. Örneğin, XII. yüzyılın ünlü bir hukuk eseri olan *El-Muğni*, Hanbeli alimi İbn-i Kudame tarafından kaleme alınmıştır. Bu eser, değişik okul ve hukukçuların farklı öğretilerinin eleştirel bir değerlendirmesi ve karşılaştırmasına yöneliktir. Bu tür çalışmaların gelişmesiyle okullar arasındaki engeller gittikçe ortadan kalkmakta ve bu durum, klasik hukuk felsefesini, Şeriatın eşit ve meşru görünümü olarak daha önce kabul edilmiş anlayışı andırmaktadır. Hukuk bilimi, bir kuralın veya bir görüşün "doğruluğunun", göreliliği bir kavram olduğunu ve her bir farklılığın kendine özgü haklılığı bulunabileceğini ve dolayısıyla hiç bir görüşün diğerlerine karşı bir üstünlüğünün olamayacağını kabul etmiştir.

Bu arkaplan, Ortadoğu hukukçularının, yönetimin sadece Hanefi hukukçuların görüşlerinden değil aynı zamanda bir bütün olarak Şeriat öğretisinin dört eğilimin görüşlerinden de özgürce seçim yapabileceğini ilkesini desteklemesini sağladı. Bu kural, çağdaş toplum koşullarına en uygun olduğu varsayıldı ve mahkemelere diğer değişik kuralların uygulanması konusunda talimat verildi.

Bu "seçim" usulü örneklerinden birisi boşanmaya ilişkin 1920 tarihli Mısır yasasıyla ilgilidir. Bu tarihe kadar yürürlükte olan Hanefi Hukuku, kocanın evlilikle ilgili işlediği bir suçtan dolayı karıya, boşanmak için dava açma hakkı tanımamıştır. Bu durumun, terkedilmiş veya kötü muameleye maruz kalmış kadın için büyük sıkıntı yarattığı kabul edildi. Bununla birlikte Maliki Hukuku karıya, evi terketme, geçim ve destek sağlamama gibi kocanın *inter alia* kötü davranışlarından dolayı evliliği sona erdirmeye hakkını vermektedir. Dolayısıyla, Mısır yasası Maliki Hukukunun bundan böyle şeriat mahkemeleri tarafından uygulanması gereken hukuk olarak kanunlaştırdı.

Hint altkıtasındaki İslam Hukuku pozisyonunu bu konular bakımından tekrar karşılaştırmak öğretici olacaktır. Burada boşanma hukukundaki temel benzer reformlar 1939 tarihli *İslami Evliliklerin Feshedilmesi Yasası* ile gerçekleştirilmiştir. Ancak Hindistan reformları Maliki kurallarını benimsediğini iddia ederken, bu Yasadaki bir çok hüküm gerçekte Maliki Okulunun temel ilkelerine aykırıdır. Hindistan yasama meclisinin geleneksel Şeriat Hukukunu doğrudan iptal etmesi örneğine kadar bu Yasaya iyi riayet edilmesinin nedeni budur<sup>6</sup>.

<sup>6</sup> Bu örnekler, Hindistan'ın, common law'un yasa yapımına ilişkin post-reformation ilkelerine olan borcunu göstermektedir. Parlamento vicdani konular hakkında bile geçerli olarak yasa yapabilir. Ed.

"Seçme" yöntemi, sünni hukuk bilimi tarafından birer otorite olarak kabul edilen değişik görüşler arasından sadece birini seçmekle yetindiği müddetçe, reformcular belki de haklı olarak kendilerinin hala taklit öğretisini izlediklerini iddia edebilirlerdi. Fakat, reformcular, otoritesini yalnız bir okuldan ve soyutlanmış bir hukukçunun bireysel görüşünden alan kodifiye kuralları kabul ettikleri ve bir bütün olarak dört sünni okulun kabul edilmiş öğretisi konusunda uyuşmazlığa düştükleri zaman, böyle bir iddia daha şüpheli hale geldi. Yasakoyucular, otorite araştırma konusunda *icma* ile kurulmuş geleneksel sınırların ötesine geçiyorlardı. Son olarak, onlar *telfik* (parçaları biraraya getirmek) diye ifade edilen bir aktiviteye başvurdular. Buna göre, hukuk kuralları görünüşte değişik kök ve niteliğe sahip olan hukuksal görüşlerin ve bunların öğelerinin biraraya getirilmesiyle oluşturuluyordu. Sonuçta yine herhangi bir okulun ya da bireysel olarak bir hukukçunun görüşüne göre hiç bir otoritesi olmayan bir kural formüle ediliyordu. Bu aşamaya ulaşıldığı zaman, Şeriat öğretisi de kendi içinde taşıdığı bu değişiklik kapasitesi ve hareketliliğinin tamamen kötüye kullanıldığı açıkça ortaya çıkmaktadır. *Taklit* iddiası biçimsellikten öteye geçmedi.

*Taklit* öğretisi açıkça son yirmi yıl boyunca giderek artan bir biçimde itiraza maruz kalmıştır. Ortaçağ eserlerinde bir çok konuya ilişkin olarak kaydedilmiş hukuk, erken dönem hukukçuları tarafından Kur'an ve sünnetin ilahi metinleri üzerine yapılmış yorumları temsil ettikleri oranda artık tek ve üstün otorite olma özelliğine sahip değildirler. Modern hukuk bilimi, bu yorumları reddetme ve ilahi vahyin orjinal metinlerini bağımsız bir biçimde yeniden yorumlama hakkını istemektedir. Kısacası X. yüzyıldan beri teorik olarak kapalı olan içtihat kapısını yeniden açmak istemektedir. Tarihte, içtihat kapısının kapanması öğretisini hiç bir zaman kabul etmemiş XIV. yüzyıldaki Hanbeli İbn-i Teymiyye gibi bazı ulemanın adları yer alır. Ve XIX. yüzyılın sonunda Mısırlı büyük hukukçu Muhammed Abduh, bir hukuksal reformun esasına yönelik olarak, Kur'an ve sünneti modern koşullara göre yeniden yorumlanmasını savunmuştur. Aynı şekilde Hindistan'da İkbâl gibi alimler, eğer İslam kendisini modern dünyaya başarılı bir biçimde uyurlamalıysa, *icthâh* 'ın kullanılması günümüz kuşağının sadece bir hakkı değil, aynı zamanda görevi olduğunu ileri sürmüşlerdir. Ancak, on yüzyıldır devam eden hukuk geleneğinde tam bir kopukluğu temsil eden bu tez, doğal olarak şiddetli bir tartışma yarattı. Ve sadece son zamanlarda pratik bir anlam kazandı.

*İctihâh* 'ın bir hukuksal yorum metodu olarak gelişen kullanımı, 1953 tarihli Suriye Kişi Halleri Yasası ile 1957 tarihli Tunus Kişi Halleri Yasasının çok evlilik ve *talak* 'la ilgili terimlerinin bir karşılaştırılması yapılarak anlaşılabilir. Bir kocanın aynı anda dört kadınla evlenmesine ve istediği zaman tek taraflı bir beyan (*talak*) 'la karısını boşamasına ilişkin sınırsız hakkına hiç bir sünni okul itiraz etmemiştir. Şeriat aile hukukunun ataerkil sisteminin bu özelliği, doğal olarak modern reformcuların dikkatini çekmiştir.

Çok evliliğe ilişkin olarak Suriye reformcuları, kocanın kendilerinin geçimi ve yardımı için uygun garantiyi sağlamadıkça Kur'anın kendisini birden çok kadınla evlenmemesini önerdiğini ileri sürmüşlerdir. Klasik hukukçular, bu ayetin sadece kocanın vicdanına bağlı ahlaki bir tavsiye olduğu yönünde yorum yapmışlardır. Ancak, Suriye yorumcuları bu ayetin, çok evliliğin bir pozitif hukuksal önkoşulu sayılması ve dolayısıyla mahkemeler tarafından uygulanması gerektiğini ileri sürmüşlerdir. Bu yeni yorum, mahkeme tarafından evlenme izni verildikten sonra evlenmelerin uygun biçimde kaydedilmesi zorunluluğunu getiren normal bir idari düzenleme ile birleştirildi. Buna bağlı olarak, sözkonusu Suriye Yasasının 17. maddesi, "*kadı*, daha önce evli olan bir erkeğin, geçimlerini sağlayamayacak durumunda olduğu zaman ikinci kadınla evlenmesi konusunda izin vermeyebilir" hükmünü getirmektedir. Tunus reformcularının yaklaşımı daha uç niteliktedir. Onlar Kur'anın, kocanın karılarını geçindirme konusundaki mali gücüne ek olarak birlikte yaşayan karılara tamamıyla tarafsız davranılması koşulunu da getirdiğini iddia etmişlerdir. Kur'anın bu emri sadece basit bir ahlaki tavsiye olarak değil, *çokkarılılık* 'ın hukuksal önkoşulu olarak değerlendirilmeli ve kocanın gerçekten tarafsız davranacağına ilişkin yeterli belirtiler (deliller) ortaya çıkmadıkça ikinci evliliğe izin

verilmemelidir. Ancak reformcular, modern sosyal ve ekonomik koşullar altında böyle bir tarafsız muamelenin pratik bir imkansızlık olduğunu ileri sürmüşlerdir. *Çokkarılılık* 'a ilişkin temel koşul yerine getirilmediği için 1957 tarihli *Tunus Kişi Halleri Yasası*, "çokkarılılık yasaktır" hükmünü kısaca beyan etmiştir.

Kocanın tek taraflı *talak* beyanı konusunda sözkonusu Suriye Yasası cesur bir yenilik getirmiştir. Buna göre, koca haklı bir neden olmaksızın tek taraflı beyanı (talak) ile karısını boşadığı zaman, mahkeme kocayı, karısının bir yıllık geçimini sağlama konusunda tazminata hükmedebilir. Bu reform da yine, geleneksel hukukçular tarafından, hukuken yerine getirilmesi gereken bir emirden daha çok ahlaki bir nitelik taşıdığı genellikle kabul edilen sözkonusu Kur'an ayetlerine Pratik bir yürürlük kazandırmayı temsil etmektedir. (Bu ayetler, kocaya boşadığı kadına adil bir nafaka vermesini ve karılarını şefkatle yanında tutmasını veya onları bir nedene dayanarak (iyice düşünerek) boşamasını emretmektedir). Dolayısıyla Suriye Yasasının etkisi, kocanın *talak* 'taki saikini mahkemenin incelemesine tabi tutmak ve koca bu gücünü sınırlı da olsa kötüye kullanmışsa, onu cezalandırmak olmuştur. *Talak* 'a ilişkin Tunus *icthah* 'ı daha radikaldir. Buradaki reformcular, koca ile karı arasında bir anlaşmazlık çıktığı zaman, Kur'anın, hakemlerin atanmasını emrettiğini ileri sürmüşlerdir. Koca tarafından yapılan bir *talak* beyanı, açıkça eşler arasında bir anlaşmazlık durumunun olduğunu göstermektedir. Yine aynı şekilde, resmi mahkemelerin Kur'ana göre zorunlu olan hakemlik işlevini yerine getirme konusunda en uygun nitelikte oldukları açıktır. Bu nedenlerden dolayı *Tunus Kişi Halleri Yasası* 'nın 30. maddesi, kocanın mahkeme dışı *talak* 'la boşama hakkını, "mahkeme dışı yapılan boşamanın hukuksal sonucu yoktur" diyerek ortadan kaldırdı. Koca *talak* 'ta ısrar ederse mahkemenin evlenme sözleşmesini feshetme zorunda olmasına karşın, karının boşanma yüzünden maruz kaldığı zararlardan dolayı, mahkeme kocayı tazminata mahkum etme konusunda sınırsız yetkiye sahiptir.- Fakat uygulamada bu yetki şimdiye kadar az kullanılmıştır.- Dolayısıyla *çokkarılılık* ve *talak* bakımından Tunus'un, Kur'anı yeniden yorumlayarak gerçekleştirdiği reformlar, Türkiye'nin daha önce İsviçre Medeni Kanununu iktibas etmesinden daha az radikaldir. Pakistan'da orjinal ilahi vahiy metinlerinin yeni bir yorumu, 1961 tarihli *Müslüman Aile Yasaları Fermanı*'nin ortaya koyduğu reformların ilan edilmiş esasıydı. Bu Ferman'ın *çokkarılılık* ve *talak* 'la boşanmaya ilişkin hükümleri Ortadoğu reformlarından daha az radikaldir. Çünkü ikinci evlilik basit bir biçimde Hakemlik Konseyi'nin onayına bağlıdır ve kocanın yaptığı *talak* 'ın sonucu, tarafların uzlaşmasını sağlayabilmek amacıyla sadece üç ay ertelenebilir.

Bununla birlikte, Pakistan'daki son adli kararlar, Kur'anın bağımsız yorumlanması hakkını açık bir şekilde onaylamıştır. Örnek olarak, *Hursid Bibi'nin Muhammed Emine karşı açtığı 1966 tarihli dava* 'da<sup>7</sup> Yüksek Mahkeme, müslüman bir karının, kocasına uygun bir tazminat ödeyerek boşanabilme hakkının olabileceğine karar vermiştir. Bu karar, mahkemenin Kur'anın ilgili ayetini yorumlaması sonucu verilmiştir. Geleneksel şeriat hukukunda *khul* diye bilinen bu boşanma biçimiyle karının, kocasını boşamasına karşılık ona tazminat ödemesi, eşler arasındaki bir sözleşmeyle olmaktadır ve bu da tamamen kocanın serbest iradesine bağlıdır. Geleneksel şeriat eserlerinin otoritesi konusundaki temel soruna karşı, mahkemelerin şimdiki tutumu önceki uygulamayla tamamen çelişmektedir. *Aga Muhammed'in Gülsüm Bi Bi'ye karşı açtığı 1897 tarihli dava* 'da<sup>8</sup> Kral Konseyi, mahkemelerin böylesine büyük bir antikanın yorumcularının ve yüksek otoritenin açıklamalarına aykır olarak kendilerinin Kur'ana anlam vermelerinin yanlış olacağını beyan etmiştir.

Bu, İslam kişiler hukukunun halihazır sorunlarını çözmede, modernist hukuk bilimine yardımcı olan reform hareketinin zamanını belirleyecek büyük bir süreç

<sup>7</sup> (1967) Pakistan Legal Decision, 97 (S.C)

<sup>8</sup> L.R.24. Ind.App. 196; A.A.A.Fyze, Cases in the Muhammedan Law of India and Pakistan (Oxford, Clarendon Press, 1965), pp. 1-4

olmuştur. Bununla birlikte, modernist hukuk yönteminin, kendi dayandığı ilkelerin kesin ve sistematik bir şemasını formüle eden aşamaya henüz geldiği sanılmamalıdır. Son on yıl esnasında, *taklit* öğretisinden yeni *icthar* ilkesine kadar hukuk biliminde açık bir gelişme yaşandığı halde, reformun temel bir ilkesi olan bağımsız yoruma hiçbir biçimde başvurulmaz. Günümüzde, gelenekçi ve modernist öğelerin, çoğunlukla yasamanın tek bir parçası olmaları konusunda bir araya gelmeleri kolay değildir. Reformların, temel ilkelerinin karşılaştırmalı bir formülasyonundan daha çok, tekil sorunlara dönük kısmi ve ani çözümler olmalarının nedeni de budur. Örneğin, sünni miras sisteminin geleneksel bütün şeması, geniş aile ya da kabile ailesi kavramı üzerine dayanır. Fakat bugün birçok müslüman toplumda birim, anne-baba ve çocuklardan oluşan daha dar aile grubudur. Dolayısıyla miras hukukundaki birtakım önemli reformlar, bu sınırlı aile grubunun miras haklarının artmasına yönelmiştir. Bununla birlikte, sünni hukuktaki kabile mirasçılarının haklarını koruyan temel kural, murisin kız çocuğunun, herhangi bir erkek *asebe* kuzen hısımu mirastan dışlamamasıdır. Bu kural sadece Tunus ve Irak'ta henüz kaldırılmıştır ve kız çocuklarına mirasta erkek kardeşler veya murisin uzak *asebe* hısımlarına göre mutlak öncelik hakkı verilmiştir. Irak'taki reform, ulusal hukuk olarak Şii miras sisteminin benimsenmesiyle gerçekleştirilmiştir. Irak bağlamındaki bu reform, diğer yerlerde olabildiği gibi o kadar radikal bir adım değildir. Çünkü Irak nüfusunun yaklaşık yarısı gerçekten şii'dir. Tunus'ta yapılan reform, murisin bir çocuğunun olması durumunda erkek veya kız kardeşe miras hakkı tanımayan Kur'an metnine dayandırılmıştır. Fakat İslam dünyasının diğer yerlerinde bu konudaki geleneksel hukuk, oldukça derin köklü çatışmalar geçirmiştir. Bununla birlikte, bu hukukun günümüz aile bağları kavramı ile uyumsuzluğu çoktur.

Çünkü modernist ve gelenekçi tutumların göreceli gücü ülkeden ülkeye göre değişir. Mevcut İslam Hukukunun özü, İslam dünyasının değişik bölgelerine göre oldukça farklılık arzeder. Üstelik dış etkiler bu hukukun uygulanmasının biçim ve yönteminde değişiklik yaratmıştır. Ortadoğu'da Şeriat Hukukunun kodifiye edilmesinin temel nedeni Fransız etkisidir. Diğer yandan, Hint altkıtasındaki İslam Hukuku uygulaması, İngiliz Hukuk geleneğini izler. Mahkemeler yazılı hukuk kurallarına bağlı olarak, İslam Hukukunun emsal karar öğretisine dayanan *Case-Law* sistemine göre uygularlar. Fakat bu durum sadece Hindistan ve Pakistan'da sözkonusudur. Şeriat aile hukuku şimdi Mısır ve Tunus'ta ulusal hukukunun bütünsel bir parçası olarak tek tip mahkeme sistemiyle uygulanır. Diğer yerlerde şeriat mahkemeleri ayrı bir yargılama sistemi olarak devam eder. Bu mahkemeler, laik medeni ve ceza hukukunu uygulayan mahkemelerden ayrıdır.

Öz ve biçimin bu karmaşık çeşitliliğine karşın, mevcut İslam Hukuk Biliminin temel amacı yine de bütün ülke ve topluluklarda aynıdır. Bu amaç, günümüz toplumunun ihtiyaç ve isteklerine, Allah'ın emrini açıklama iddiasında olan yasalar yoluyla yanıt vermektir. Şimdiye kadar devam eden geleneksel hukuk reformunun ilke ve uygulama bakımından hala büyük sorunları vardır. Hiç değişmeyen gelenekçi bir görüş, *icthar* sürecini kesin bir biçimde redderek, metinlerden salt manipüle yoluyla elde edilen anlamın, reformcuların önyargılı amaçlarına hizmet ettiğini ve dolayısıyla bunun, hukukun nihai belirleyicisi olan Allah'ın iradesi olmadığını ve İslamın temel ideolojisi ve sosyal istenebilirliğine aykırı olduğunu ileri sürer.

Hukuksal reformun pratik etkisi bakımından, bugün birçok müslüman ülkesinde, Batılı modernist azınlıkla nüfusun büyük muhafazakar kesimi arasında derin bir sosyal uçurum vardır. Genellikle gelişen kent toplumu standartları tarafından teşvik edilen ve bunları tatmin etmeyi amaçlayan reformlar, kırsal bölgelerin gelenekçi toplulukları için çok az şey ifade ederler. Ayrıca, *kadı* 'ların arkaplan ve eğitimleri gereği modernist yasakoyucuların amaçlarına tamamen sempati duymadıkları durumu da sık sık ortaya çıkar.

Doğal olarak böyle sorunlar İslamın da şimdi içinde bulunduğu sosyal evrime geçiş aşamasında yer alır. Son birkaç on yıl zarfında hukuk biliminin en büyük başarısı,



toplumdaki hukukunun rolü sorununa işlevsel yaklaşım olmuştur. Hukuk bilimi, taklit öğretisinin erken Ortaçağ dönemlerinden itibaren kendisi üzerine empoze ettiği içe dönük ve idealist tutumunu terkederek çağdaş toplumun sorunlarına çözüm aramaya başladı. O, ilahi iradenin dikta ettiği ilkeleri kendi sosyal çevrelerine aktarmayı amaç edinen erken dönem müslüman hukukçularının tutumunu tekrar benimsemek için uzun dönem içinde bulunduğu durgunluktan çıkmaktadır. Şeriatın bir pratik hukuk sistemi olarak modern zamanlarda yaşamasını sağlayan ve bu isteği geleceğe taşıyan işte bu tutumdur.

## BİBLİYOGRAFYA

İslam Hukuk Sisteminin tarihsel gelişimi, hukuk bilimi kuramı ve maddi hukukunun çok önemli alanlarına ilişkin genel bir inceleme aşağıdaki üç çalışmada yer alır.

J. Schacht, *An Introduction to Islamic Law* (Oxford University Press, 1964).

J.N.D. Anderson, *Islamic Law in the Modern World* (New York and London, 1959).

N.J. Coulson, *A History of Islamic Law* (Edinburgh University Press, 1964)

Araştırmacılar şu kitap bibliografyalarına başvurabilirler; özellikle bu husustaki modern gelişmeler konusunda J.N.D. Anderson tarafından kaleme alınan makaleler önemlidir.

J. Schacht, *The Origins of Muhammedan Jurisprudence* (Clarendon Press, Oxford, 1950). Bu eser, bu konunun önde gelen alimleri tarafından yazılan erken hukuk tarihi gelişmeleri hakkında yapılmış modern araştırmalara ilişkin temel bir çalışmadır.

Abdur Rahim, *Muhammedan Jurisprudence* (Madras, 1911). Bu eser geleneksel hukuku kuramının güçlü bir eseridir.

Farhat J. Ziadeh, *The Philosophy of Jurisprudence in Islam* (Leiden, 1961) Bu eser günümüz İslam hukukçularından Subhi Mahmassani'nin Arapça eserinin İngilizce çevirisidir.

*Law in the Middle East*, ed. M. Kadduri and H.J. Leibesny (Washington, 1955). Bu eser, müslüman ulema ve Oryantalistler tarafından İslam maddi hukukunun modern ve geleneksel yönlerine ilişkin olarak yazılmış derleme bir çalışmadır.

A.A.A. Fyze, *Outlines of Muhammedan Law* (Oxford University Press, 1955). Bu çalışma, bugün Pakistan ve Hindistan'da uygulanan İslam Hukukuna ilişkin standart bir metindir.

*The Encyclopaedia of Islam* (1st. ed. Leiden, 1913-42; 2nd. ed, Leiden and London, 1960). Tekil hukuksal konular hakkında yazılmış birçok makaleden oluşur.