



“Siyâset”ten Örfî Hukuka: Siyâset-i Şer’iyyenin Serüveni

- From The Concept Of "As-Siyasah" To State Law: The Adventure Of Al-Siyâsah Al-Shar’iyah-

Mehmet BİRSİN*

Atıf/Citation: Birsin, Mehmet. ““Siyâset”ten Örfî Hukuka: Siyâset-i Şer’iyyenin Serüveni / From The Concept Of "As-Siyasah" To State Law: The Adventure Of Al-Siyâsah Al-Shar’iyah.” *Mesned: İlahiyat Araştırmaları Dergisi / Journal of Mesned Divinity Researches*, (Güz 2019-2): 425-460.

Öz:

Makale, İslam hukukunda ulu’l-emre verilen istisnai bir yetki olan “siyasetin” örfî hukuka dönüşme sürecini incelemektedir. Bu bağlamda İslam hukukçularının kavramın mahiyetini belirleme çabalarını ve siyâset-i şer’iyye şeklinde terimleşmesini ele almaktadır. İslam medeniyetinde örfî hukukun ortaya çıkışı hakkında ileri sürülen görüşleri ve gerekçelerini değerlendirmektedir. Buna bağlı olarak makale İslam hukukunda vilâyet niteliindeki yöneticilere tanınan “bağımsız bir siyaset alanı düşüncesinin” fıkhi gelişim üzerindeki etkisini tartışmaktadır. Tikel (cüz’î) nassın bulunmayışı düşüncesine dayandırılan bu yaklaşımın yerine bu alanlarda şer’in külli ilke ve maksatlarına dayalı doktrinel çalışmaların yapılması gerektiğini önermektedir.

Anahtar Kelimeler: İslam Hukuku, Şer’î Hukuk, Örfî Hukuk, Siyaset-i Şer’iyye, İslam Hukuk Tarihi.

Abstract:

The article examines the process of transforming “al-siyâsah”, an exceptional authority given to uli al-amr, into state law. In this context, the article discusses the efforts of Islamic jurists to define this concept and periods that its turns into a terms of al siyasah al shar’iyah. It assesses the opinions that have been put forward on how state law appears in Islamic civilization and the arguments on which they are based. The article that makes some determinations about the reasons for the emergence of state law, discusses the impact of the idea of an independent political field given to administrators on the development of fiqh. The article recommends theoretical studies based on the principles and purposes of the general sharia in matters that do not have a direct nass.

Key Words: İslamic Law, State Law, legal maxims, Al-Siyâsah Al-Shar’iyah, History of İslamic Law.

* Doç. Dr., İnönü Üniversitesi İlahiyat Fakültesi İslam Hukuku Anabilim Dalı, mehmet.birsin@inonu.edu.tr, ORCID: 0000-0002-2038-799X.

1. GİRİŞ

Fıkıh, İslam toplumlarının hukuk ve asgari ahlak standartlarını ortaya koyan bir ilim dalıdır. Müçtehitler tarafından içtihat ile elde edilmiş normlar da dâhil olmak üzere fıkıhın normları, şer’î delillerden elde edilmesi sebebiyle İslama nispet edilir ve şer’î olarak nitelenir. Müslüman toplumlarda birey-toplum-devlet ilişkilerini fıkıhın düzenlemiş olması onu İslam medeniyetinin kurucu ilimlerinden biri haline getirmiştir. Bununla birlikte son iki yüzyıldır, fıkıhın toplumun düzen ve adalet ihtiyacını karşılama düzeyi üzerinde bazı tartışmalar yaşanmaktadır. Bu tartışmalardan biri, siyâset-i şer’îyye kavramı üzerinden yürütülen şer’î hukuk ve örfî hukuk meselesidir.

Genel bir tanımlama ile şer’î hukuk, şer’î delillerden doğrudan veya müçtehitlerin içtihadı yolu ile elde edilip fıkıh kitaplarında tedvin edilmiş olan hukuktur.¹ Şer’î hukuk adlandırmasında, bu hukukun devlet müdahalesi olmaksızın hukukçuların içtihadıyla üretilmiş olması belirleyici olmuştur.²

Örfî hukuk denildiğinde ise, en genel şekli ile hükümdar ve padişahların emir ve fermanlarıyla oluşan hukuk anlaşılmaktadır.³ Bu hukuk türü için daha teknik bir tanım yapmak gerekirse şer’î hukuk, maslahat, devlet başkanının sahip olduğu yetkisine dayanarak örf ve kamu düzeni gibi gerekçelere dayalı olarak caiz (mübah) alanda yaptığı hukuki/idari düzenlemelerden oluşan hukuktur. Buna göre örfî hukuk, fıkıhın devlet kudretine ve onu kullanan devlet başkanına tanıdığı takdir yetkisine dayalı olarak ihdas edilen normatif düzenlemelerdir.⁴ Buna karşın devletin müdahalesinden bağımsız olarak müçtehidin, fıkıhın tali kaynaklarına dayalı olarak gerçekleştirdiği normatif çıkarımları da örfî hukuk kapsamında değerlendiren hukukçuların olduğu görülmektedir.⁵ En fazla kıyas yolu ile sabit hükümleri fıkıh kapsamına dâhil ediyor gözüken bu yaklaşım, fıkıhın delilleri, mevcut birikim ve kabuller bakımından eleştiriye açıktır.

¹ Ahmet Akgündüz, “Osmanlı Hukuku’nda Şer’î Hukuk-Örfî Hukuk İkilemi ve Yasama Organının Yetkileri”, *İslâmî Araştırmalar Dergisi* 12/2 (1999): 117; M. Akif Aydın, *Türk Hukuk Tarihi*, 12. Bs (İstanbul: Beta, 2014), 66-67.

² Aydın, *Türk Hukuk Tarihi*, 67; Adnan Koşum, “Osmanlı Örfî Hukukunun İslam Hukukundaki Temelleri”, *Necmettin Erbakan Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi* 17/17 (01 Haziran 2004): 146.

³ Aydın, *Türk Hukuk Tarihi*, 66; Koşum, “Osmanlı Örfî Hukukunun İslam Hukukundaki Temelleri”, 146.

⁴ Koşum, “Osmanlı Örfî Hukukunun İslam Hukukundaki Temelleri”, 146.

⁵ Akgündüz, “Şer’î Hukuk-Örfî Hukuk İkilemi”, 117.

Örfî hukuk, siyaset-i sultani", "siyaset-i şer'iyye", "yasa", "yasag", "yasag-ı padişahi", "yasakname", "örf-i padişahi", "örf-i münif-i sultani", "kanun-ı münif", "kanunname" gibi pek çok isimle adlandırılmıştır.⁶ Fıkıh literatüründe devlet başkanı veya hakimin toplum yararına dönük takdir yetkisi hakkında öne çıkan kavram "siyaset" veya "es-siyâsetu's-şer'iyye" dir.

Şer'î ve örfî hukuk ilişkisi, fıkıh literatüründen veya tarihi kaynaklardan takip edilerek incelenebilir. Aslından veriler yerinde kullanılırsa her iki yöntem dayalı incelemelerle benzer sonuçlara ulaşılması gerekir. Ancak tarihi kaynaklardan hareketle bu ilişkiyi araştıranlar, literatür üzerinde yapılan çalışmaların sağlıklı sonuçlar vermeyeceğini iddia etmişlerdir. Esasında doktrinel değerlendirmelerin başarısızlığı, hukuk kuralının oluştuğu zemini dikkate almaktan kaynaklanmaktadır. Diğer bir ifadeyle hukuki normun zaman ve mekândan soyutlaştırılarak mutlaklaştırılmasıdır. Diğer taraftan benzer bir başarısızlık iddiası tarihsel yöntem hakkında da dile getirilebilir. Ancak bu iddia tarihsel yöntemin başarısızlığını değil, kullananların fıkıhın hukuk üretme karakteri hakkında yeterli donanıma sahip olmayışlarıyla ilişkilidir. Bu bağlamda tarihi veriler üzerinden giderek konuyu tartışanların fıkıh ilminin beşeri davranış ve ilişkileri düzenleme tarzının yeterince kavranmağı gözlenebilmektedir. Bu yaklaşımın sivil bir karakterde gelişen fıkıhın karşılaştığı toplumsal ve siyasal olguları aşmak için geliştirdiği çözüm biçimlerini göz ardı ettiği görülmektedir. Makalemizde şer'î ve örfî hukuk kavramlaştırmasını, buna bağlı iddiaları ve fıkıhın düzenleyici norm üretme ve gelişme istidadı hakkında değerlendirmeler yapılacaktır. Klasik dönemde geliştirilen "siyasi takdir alanı" ilkesinin sağladığı avantajların yanı sıra içerdiği handikaplar tartışılacaktır.

2. ŞER'Î-ÖRFÎ HUKUK VE SİYÂSET-İ ŞER'İYYE: KAVRAMSAL GELİŞİM VE İLİŞKİLER

Arapça bir kelime olan siyaset, bir şeyin içerisine girerek onu kemirme ve bozma kök anlamına sahiptir. Bu bakımdan kelime, ilişkilendiği varlıkları değiştiren boyun eğdirici fiili ifade etmek için konulmuştur. Kelimenin tanımladığı değiştirici fiil fiziki şekliyle meyve kurtçuğunun (sûs/سوس) fiilidir. Manevi şekli ile değiştirici fiil, özelde atlara, sahip olmadıkları beceriyi kazandırma fiilidir.⁷ Fiilin "sevs" (سَوَس) mastarı, tabiat, doğa ve huy anlamına gelir. Bu bağ-

⁶ Aydın, *Türk Hukuk Tarihi*, 66; Koşum, "Osmanlı Örfî Hukukunun İslam Hukukundaki Temelleri", 146.

⁷ el-Ezherî, Ebû Mansûr Muhammed b. Ahmed (ö.370/980), *Tehzîbu'l-Luğa*, Thk. Alî Huseyn Hilâlî, ed-Dâru'l-Mısriyye li't-Te'lîfi ve't-Terceme, Kâhire 1387/1967, XIII/134; el-Cevherî,

lamda *وَالْكَرْمُ مِنْ سُؤْسِهِ* veya *الْفَصَاحَةُ مِنْ سُؤْسِهِ* denildiğinde “doğasında ve tabiatında fasihlik/cömertlik var” anlamına gelir.⁸ Bu bakımdan siyaset, tabiat ve huy kazandırma sürecini ve bunu sağlayan araçları ifade etmiş olmaktadır.

Klasik dönem hukukçuları⁹ siyaset kavramını, “dini korumak ve toplumu (dünyayı)¹⁰ siyaset etmek”¹¹ veya benzer ifadelerle “dini korumak ve müs-

İsmâil b. Hammâd (ö.393/1003), *es-Sihah Tâcu'l-Luğa ve Sihahi'l-Arabiyye*, Thk. Ahmed Abdulğafûr Atâr, Dâru'l-Kitâbi'l-Arabî, Mısır 1377, II/935; ez-Zemahşerî, Cârullah Ebî'l-Kâsım Muhammed b. Ömer, *Esâsu'l-Belâğa*, Thk. Abdurrahîm Mahmûd, Dâru'l-Ma'rife, Beyrût (t.y.), s. 224; İbn Manzûr, Ebu'l-Fadl Cemâluddin Muhammed b. Mukrim el-İfrîkî el-Mısırî, (ö.711/1311), *Lisânu'l-Arab*, I-XV, Dâru Sâdir-Dâru Beyrût 1375/1956, VI/107-108.

⁸ Takiyyüddîn Ahmed b. Ali b. Abdilkadir b. Muhammed el-Makrîzî, *el-Mevâiz ve'l-i'tibâr bi zikri'l-hutati ve'l-âsâr*, 1. Bs (Beyrut: Dâru'l-kütübî'l-ilmîyye, 1418), 3: 384.

⁹ İslam hukuk tarihi farklı açılardan tasnif edilebilir. Bunlardan biri gelişim evrelerini dikkate alarak yüzyıl periyoduna göre taksim etmektir. Bazı araştırmacılar bu taksimi kullanmışlardır. Örneğin Chafik Chehata ve Gideon Libson bunlardandır. Bu araştırmacılar İslam hukukunu; 1. klasik öncesi dönem: Bu dönem IX. yüzyılın sonuna kadar sürmüştür. 2. Klasik dönem: X. yüzyıl başlayıp XII. yüzyılda sona ermiştir. 3. Klasik sonrası dönem: XIII. yüzyıldan başlayıp devam eden dönem şeklinde dönemlendirmektedirler. (Noel James Coulson, *A History of Islamic Law* (Edinburgh: Edinburgh University Press, 1964), 5.) Ahmed Fekry İbrahim XII. Yüzyılı da klasik dönem saymakta, klasik sonrasını bu asırdan sonra başlatmaktadır. (Ahmed Fekry İbrahim, “Customary Practices as Exigencies in Islamic Law Between a Source of Law and a Legal Maxim”, *ORIENTS* 46 (2018): 231). Kimi hukukçular ise nesil ve hukuki faaliyetin niteliğini göz önünde bulunduran taksimler yapmışlardır. Bunu esas alan araştırmacılar aralarında küçük bazı farklılıklar bulunsa da şöyle bir taksim yapmaktadırlar: 1. Hz. Peygamber dönemi (610-631): İnşa ve oluşum dönemidir. 2. Sahabe dönemi: Tefsir ve tamamlama dönemidir. 90 yıllık bir dönemdir. H. 11'de Hz. Peygamber'in vefatıyla başlar hicri I. asrın sonlarına kadardır. Bazı araştırmacılar bu dönemi Sahabe ve tabiûn dönemi olarak iki kısma ayırmakta, sahabe dönemini 11-41/632-661 arası dönem; tabiûn dönemini ise 61-132/661-750 yılları arası kabul etmektedirler. 3. Tedvin ve müçtehit imamlar dönemi: hukuki gelişim ve olgunlaşma dönemidir. Hicri 100/719 den başlayın hicri 350/962 yılına kadar süren bu dönem 250 yıldır. Sababe ve tabiûn asrını 121 yıllık süre kabul eden araştırmacılar ise bu dönemi 132-313/750-925 yıllarının kapsadığını kabul etmektedirler. 4. Taklit dönemi: Bazı araştırmacılar bu dönemi IV/X. asrın ortalarında başlamış ve hâlâ devam eden bir dönem kabul ederken bazı araştırmacılar bu dönemi Moğolların Bağdat'ı istila ettikleri 656/1258 tarihine kadar sürdürmektedirler. Taklit dönemini Moğal istilası ile sona erdirenler, bu tarihten Mecelle'nin tedvinine (1258/1869) kadar olan dönemi duraklama dönemi kabul etmektedirler. Mecelle'nin tedvini ile başlayan dönem ise kanunlaştırma ve uyanış dönemi olarak adlandırmaktadırlar. (Abdulvehhab Hallâf, *İlmü usûli'l-fıkıh ve hulâsatu't-teşri'i'l-islâmî* (Kahire: Dâru'l-fikri'l-arabî, 1996), 219; Abdullah Çolak, *İslam Hukuk Tarihi ve İslâm Hukukunun Delilleri* (Malatya: medipres matbaacılık Yayıncılık, 2014), 104, 108, 131, 174, 179, 189. Biz çalışmamızda araştırma konumuzu açıklamaya daha uygun olduğunu düşündüğümüz ilk tasnifi kullanacağız.

¹⁰ Mâverdi, 'dünya' kelimesini bu tamlama içerisinde kozmik bir varlık olarak evrenin parçası olan 'dünya' anlamında kullanmamaktadır. Diğer taraftan kelime, Kur'an ve sünnette ahirete oranla değersizliği vurgulanan hayat anlamına da gelmemektedir. Mâverdi keli-

lûmanların işlerini siyaset etmek”¹² şeklindeki imamet tanımlarında kullanmışlardır. Bunun yanı sıra dinin gözettiği maslahat manasında “siyâstu’-d-dîniyye”,¹³ gücün yerinde ve doğru kullanılması halinde “es-siyâsetu’l-âdile”¹⁴ şeklindeki tamlamalar içerisinde yer vermişlerdir. Fiilin etkin ortacı (ism-i fail) olana “sâis” çoğulu “sâse”, es-sâsetu’l-kemele” (kamil siyasetçiler)¹⁵ ve “es-sâisu’l-âdil” (adil siyasetçi)¹⁶ şeklindeki tamlamalar içerisinde kullanılmıştır.

Siyaset kavramının yaygın sayılabilecek kullanımına uygun düşecek şekilde mahiyetinin tespitine çalışıldığı söylenemez. Bunun açık göstergesi, kavramın fıkıh ilmi bakımından ifade ettiği anlamın tanım yolu ile tespitine rağbet edilmemesidir. Bununla birlikte klasik dönem kaynaklarda kavramın kullanım alanlarına bakıldığında siyaset, halife/emire şer’î amaçlar ve toplumun ortak maslahatları çerçevesinde verilen idare yetkisidir. Bu yetki, idarecilerin takdir yetkisini ve uygun yönetim ve muhakeme araçları kullanmayı veya gözetilen üst maslahata uygun fiiller geliştirebilmeyi içermektedir.¹⁷

Fıkıh ilmindeki yeri bakımından siyasetin ilk tanımını, klasik sonrası dönem Hanbelî hukukçusu İbn Akîl (513/1119) yapmıştır. İbn Kayyîm’in aktardığına göre İbn Akîl siyaseti, “Hz. Peygamber teşri kılmamış ve hakkında vahiy de gelmemiş olsa da insanların kendisiyle iyiliğe daha yakın ve fesada daha uzak oldukları uygulamalardır.” şeklinde tanımlamıştır.¹⁸ İbn Akîl’in tanımı

meyi ahiretin karşısı anlamında değil, toplum kavramı ile ifade edilen olguyu anlatmak üzere kullanılmaktadır. Bu kullanım başka bir eserinde, “dünyanın kendisiyle huzur ve barışa kavuştuğu hususlar (mâ tesluhu bihi hâlu’d-dunyâ) başlığı altında din, sultan, adalet, genel emniyet, üretim ve geleceğe yatırım yapma hususları üzerinde durmasıyla tekrarlanmaktadır. (Ebu’l-Hasen Ali b. Muhammed el-Mâverdî, Edebü’-d-Dünyâ ve’-d-dîn (Beyrut: Dâru İbn Kesîr, 1415 vd.) Zaten “dünyayı siyaset etme” ifadesi ancak ‘toplumu siyaset etme şeklinde anlaşıldığında anlamlı olabilmektedir.

¹¹ Ebu’l-Hasen Ali b. Muhammed b. Habîb Mâverdî, *el-Ahkâmu’s-sultâniyye ve’l-oilâyâtü’-d-dîniyye* (Beyrut: Dâru’l-kitâbî’l-arabî, 1410), 29.

¹² Bedruddin İbn Cemâa, *Tahrîru’l-ahkâm fî tedbîri ehli’l-islâm*, 3. Bs (Katar: Dâru’s-sekâfe, 1988), 48.

¹³ Mâverdî, *el-Ahkâmu’s-sultâniyye*, 361.

¹⁴ Ebu’l-Hasen Ali b. Muhammed b. Habîb el-Mâverdî, *Kitâbu teshîli’n-nazar ve ta’cîli’z-zafer fî ahlâki’l-melik ve siyâseti’l-mulk* (Beyrut: Dâru’n-naḥdati’l-arabiyye, 1981), 181.

¹⁵ Ebu’l-Hasen Ali b. Muhammed b. Habîb el-Mâverdî, *Nasîhatu’l-mülûk* (Kuveyt: Mektebetu’l-felâh, 1983), 42.

¹⁶ el-Mâverdî, *Nasîhatu’l-mülûk*, 56.

¹⁷ Mâverdî, *el-Ahkâmu’s-sultâniyye*, 63, 74, 75, 149, 152, 158, 361, 363; Muhammed b. el-Huseyn el-Ferrâ Ebû Ya’lâ, *el-Ahkâmu’s-sultâniyye* (Beyrut: Dâru’l-fikr, 1414), 24, 23, 85, 87.

¹⁸ Ebû Abdillâh Muhammed b. Ebî Bekr ez-Zer’î ed-Dîmeşkî İbn Kayyîm el-Cevziyye, *İlâmu’l-muvakkûn an Rabbi’l-âlemîn* (Beyrut: Dâru’l-kitâbî’l-arabî, 1996) 4: 349. [مِنَ الْأَفْعَالِ يَجْتَبِئُ بِكَوْنِ النَّاسِ مَعَهُ أَقْرَبَ إِلَى الصَّلَاحِ وَأَبْعَدَ عَنِ الْفَسَادِ، وَإِنْ لَمْ يُشْرِغَهُ الرَّسُولُ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - وَلَا نَزَلَ بِهِ وَخِي

siyasetin klasik kaynaklardaki kullanımına uygun bir çerçeve çizmektedir. İbn Akîl tarafından yapılan bu tanım aktaran en eski müellif görebildiğimiz kadar İbn Kayyim el-Cevziyye (751/1350)’dir. Öyle görülüyor ki bu tanım fukaha arasında çok yaygın değildir. İbn Akîl’den sonra siyasetin ikinci tanımı diğer bir Hanbelî hukukçusu olan Tûfî (716/1316) tarafından yapılmıştır. Tûfî siyaseti, “nezaket kurallarına (âdab) riayet etmek, maslahatları ve kamu düzenini sağlamak için konulmuş kanunlar” şeklinde tanımlamaktadır.¹⁹ Tûfî bu tanıma, fikhın şer’î siyaset olduğunu söyleyen muarızına hak verirken yer vermekte; ancak bu haklılığın kanunun şeriat tarafından konulmuş olmasıyla kayıtlamaktadır.²⁰ Tûfî’nin fikhın mahiyetini açıklamak için fikh-siyaset karşılaştırması bağlamında aktardığı bu tanım, felsefenin izlerini taşımaktadır. Bu sebeple felsefenin bir alıntı olması da mümkündür. Ancak her şeye rağmen siyaset-fikh ilişkisi bağlamında yapılan bu tanımın fikhın ana akım literatüründeki izine, daha sonra işaret edeceğimiz üzere, yaklaşık iki yüzyıl sonra rastlanabilecektir.

Tespit edebildiğimizi kadarıyla siyaset-şer’iyye ismini, ilk defa Tahir b. Hüseyin b. Mus’ab el-Huzâî (207/822) “el-vasiyye fî’l-âdâbi’-d-dîniyye ve’s-siyâseti’ş-şer’iyye” isimli eserinde kullanmıştır.²¹ Fikh ilmi bakımından “es-Siyâsetü’ş-şer’iyye”yi eserinin ismi yaparak gündem taşıyan kişi ise İbn Teymiyye (728/1328)’dir.²² Ancak İbn Teymiyye gerek bu kitabında gerekse diğer eserlerinde siyâset-i şer’iyyeyi tanımlamamakta hatta adını verdiği kitabının iç sayfalarında bu tamlamaya hiç yer vermemektedir.²³ Siyasetin teorik çerçevesine ilişkin Hanbelî mezhebinde İbn Akîl ile ortaya çıkan teorik zemin, İbn Teymiyye tarafından değil, öğrencisi de kabul edilen İbn Kayyim tarafından sürdürülmüştür. İbn Kayyim, siyâset-i şer’iyye bağlamında İbn Akîl ile bazı fakihler arasında yaşanan bir münazaraya dikkat çekmektedir. Münazarada İbn Akîl, “siyaset ile amel, işi sağlama bağlamaktır (hazm) ve hiçbir devlet başkanı (imam) siyasetten uzak duramaz” şeklinde bir cümle sarf etmekte, muarız ise, “siyaset ancak şeriata uygun olandır”, demektedir. İbn Akîl, siyaset hakkında yukarıda aktardığımız tanımını burada yapmakta ve muarızının yaptığı tanımdaki kastının, eğer siyaset, “şeriatın söylediklerine aykırı olmayandır” anlamında ise doğru, “şeriatın söylediğinden ibarettir” şeklinde ise

¹⁹ Necmuddin Ebu’r-Rebî’ Süleyman et-Tûfî, *İrşâdu’l-ilâhiyye ile’l-mebâhisi’l-usûliyye -Tersîru’l-Ku’âni’l-azîm*, 1. Bs (Beyrut: Dâru’l-kütübi’l-ilmîyye, 2005), 17.

²⁰ et-Tûfî, *İrşâdu’l-ilâhiyye*, 17.

²¹ Ömer Rıza Kehhâle, *Mu’cemu’l-müellifîn* (Beyrut: Dâru ihyâi’t-turâsi’l-arabi, ty.), 5: 35.

²² Kavramın isminde yer aldığı *es-Siyâsetü’ş-şer’iyye fî islâhi’r-râi ve’r-râiyye* isimli bir eser yazmıştır. (Takiyyuddin İbn Teymiyye, *es-Siyâsetü’ş-şer’iyye fî islâhi’r-râi ve’r-râiyye* (Beyrut: Dâru’l-kütübi’l-ilmîyye, t.y.). Bu eser Türkçeye de çevrilmiştir: İbn Teymiyye, *es-Siyâsetü’ş-Şer’iyye*, trc. Vecdi Akyüz (İstanbul: Dergâh Yayınları, 1985).

²³ İbn Teymiyye eserinde “es-siyâtu’l-ilâhiyye”, “es-siyâsetü’l-âdile”, “es-siyâsetü’-d-dîniyye”, “es-Siyâsetü’l-kâmile” tamlamalarına birer kez yer vermiştir. İki kez ise siyaset kelimesini yalın olarak kullanmıştır. İbn Teymiyye, *es-Siyâsetü’ş-şer’iyye*, sırasıyla 7, 9, 61, 61, 60, 119.

hatalı olduğunu söylemektedir. Görüşünü teyit etmek için Raşit halifelerin bazı uygulamalarına dikkat çekmektedir. Bu kapsamda Osman Mushaf'ı dışındaki Mushafların yakıtılması, Hz. Ali'nin zındıkları yakması ve Hz. Ömer'in Nasr b. Haccâc'ı sürgün etmesi gibi uygulamaları görüşünü desteklemek için kullanmaktadır.²⁴ İbn Kayyim bu tartışmayı aktardıktan sonra İbn Ferhûn (799/1397) ve Trablûsî (844/1440) tarafından alıntılanarak tekrarlanan siyasetin taksimi ve siyaset alanının taşıdığı riske dair değerlendirmelerini yapmaktadır.²⁵

Hanbelî mezhebi içerisinde meydana gelen bu teorik gelişim dışında fıkıh kaynaklarında hicri X. yüzyıla kadar bir tartışma ve değerlendirmeye rastlanmamaktadır.²⁶ Öyle ki İbn Nüceym (970/1563) Hanefi kaynaklarında siyaseti tanımlayan bir müellifin bulunmadığını ifade etmektedir.²⁷ Görebildiğimiz kadarıyla İbn Nüceym'in bu tespiti eş zamanlı olarak diğer mezhepler bakımında da geçerlidir. Klasik fıkıhın ana akım literatürüne siyasetin ilk tanımı, İbn Nüceym'in Makrîzî'den (845/1441) yaptığı alıntıyla geçmiştir.²⁸ İbn Nüceym, Makrîzî'den alıntılarını olsa da tanım, daha önce aktardığımız Tûfî'nin tanımıyla birebir aynıdır.²⁹ Makrîzî'nin tanımı, Tûfî'den mi aldığı yoksa her iki müellifin ortak başka bir kaynaktan mı alıntılarını tespit edemedik. Ancak Tûfî'nin polemik yaptığı farazi muarızıyla ortak bir kabul şeklinde bu tanıma yer vermesi daha önce bilinen bir tanım olduğu izlenimi oluşturmaktadır. Klasik sonrası dönem Hanefi hukukçusu İbn Nüceym, Makrîzî'den yaptığı alıntı ile yetinmeyerek bir siyaset tanımı yapmaktadır. Ona göre siyaset, "İktidar sahibinin (hâkim), hakkında tikel (cüz'î) bir delil olmasa dahi gördüğü bir maslahat sebebiyle bir şeyi yapmasıdır."³⁰ İbn Nüceym'in tanımının İbn Akîl'in tanımıyla önemli ölçüde örtüştüğü görülmektedir.

Bu dönemden sonra yapılan tanımlarda, siyaset kavramının alanının oldukça genişletildiği görülmektedir. Bu bağlamda yapılan siyaset tanımlarının biri, "dünyada ve ahirette kurtuluşa ulaştırana yola rehberlik etmek suretiyle

²⁴ İbn Kayyim el-Cevziyye, *İ'lâmu'l-muvakkâtîn*, 4: 348-349.

²⁵ İbn Kayyim el-Cevziyye, *İ'lâmu'l-muvakkâtîn*, 4: 349.

²⁶ Bu dönemde siyaset daha çok siyâsetu'l-medeniyye bağlamında felsefeciler tarafından ele alınan bir konudur. Siyâsetu'l-medeniyye, Türün korunması ve bekası için evin veya şehrin (medine) ahlak ve hikmet gereğince idare (tebir) edilmesidir. Abdurrahman b. Muhammed İbn Haldûn, *Mukaddimetu İbn Haldûn*, (Beyrut: el-Mektebetu'l-asriyye, 1419), 42.

²⁷ Zeynülabidin b. İbrahim el-Mısıri İbn Nüceym, *el-Bahru'r-râik şerhu Kenzi'd-dekâik*, (Beyrut: Dâru'l-kutubi'l-ilmîyye, 1418), 5: 118.

²⁸ İbn Nüceym, *el-Bahru'r-râik*, 5: 118.

²⁹ el-Makrîzî, *el-Hitat*, 3: 383. القانون الموضوع لرعاية الآداب والمصالح وانتظام الأحوال

³⁰ İbn Nüceym, *el-Bahru'r-râik*, 5: 118. أَنَّ السِّيَاسَةَ هِيَ فِعْلُ شَيْءٍ مِنْ الْحَاكِمِ لِمُضْلِحَةِ بَرَاهَا، وَإِنْ لَمْ يَرِدْ بِذَلِكَ الْفِعْلِ دَلِيلٌ جُزْئِيٌّ

insanları ıslah emektir”³¹ şeklindedir. Siyasetin, tabiat/huy edindirme anlamındaki etimolojisi, amaç, araç ve kapsam bakımından değerlendirilerek siyaset, nebilerin, meliklerin ve âlimlerin siyaseti şeklinde üç kısma taksim edilmiştir. Nebilerin siyaseti, insanların iç ve dış dünyaları (bâtın ve zâhir) üzerinde etkili olarak dünya ve ahiret iyiliğini kazandıran bir siyasettir. Buna mutlak siyaset veya kâmil siyaset adı da verilmiştir. Melik ve emirlerin siyaseti, zâhir üzerinde değiştirici etkisi bulunan bir siyasettir. es-Siyâsetü’l-medeniyye olarak da adlandırılmıştır. Âlimlerin siyaseti ise, insanların iç dünyaları (bâtın) üzerindeki değiştirici işleve sahiptir. Bu sebeple bu siyasete es-siyâsetü’n-nefsiyye adı verilmiştir.³²

Siyasetin daha çok benimsenen ve fıkıh bakımından işlevsel olan taksimi adalet kriterine göre yapılandır. Adalet kriterine göre tasnif edildiğinde siyaset, adil siyaset ve zalim siyaset şeklinde iki türe ayrılmaktadır. Adil siyaset, “zalimden hakkı çekip alan, birçok haksızlığı savan, fesat ehlini caydıran ve kendisiyle şeriatın insanlar hakkındaki maksatlarına ulaşılan siyaset” olarak tanımlanıp şeriatın bir parçası olduğu ifade edilmiştir. Bunun karşısında yer alan siyaset ise zalim siyaset olup şeriatın haram kıldığı siyaset olduğu vurgulanmıştır.³³

Adil siyasetten söz eden Makrîzî, “siyaset-i şer’iyye” hakkında birçok eserin yazıldığını söyleyerek iki kavramı eşitlemektedir.³⁴ Aslında iki kavramı birbirinin karşılığı olarak kullanma, İbn Kayyim (751/1350), İbn Ferhûn (799/1397), Trablûsî (844/1440) ve Dede Congi’nin (975/1568) çalışmaları temel alınrsa yaygın bir eğilimi temsil etmektedir.³⁵ Bu durum, adil siyaset kavramının “siyâset-i şer’iyye” kavramından daha yaygın bir kullanıma sahip oluş se-

³¹ Eyyub b. Musa el-Hüseynî el-Kefevî Ebu’l-Bekâ, *el-Külliyât Mu’cemun fi’l-mustalahât ve’l-furûki’l-luğaviyye*, 2. Bs (Beyrut: Müessesetu’r-risâle, 1419), 510.

³² Ebu’l-Bekâ, *el-Külliyât Mu’cemun fi’l-mustalahât ve’l-furûki’l-luğaviyye*, 510; Muhammed Hâmid et-Tahânevî, *Keşşâfu ıstilahâti’l-fünûn ve’l-ulûm*, 1. Bs (Beyrut: Mektebetu-Lübnân nâşirûn, 1996), 1: 993.

³³ el-Makrîzî, *el-Hıtat*, 3: 384; Burhanuddin Ebi’l-Vefa İbrahim İbn Ferhûn, *Tebşiratu’l-hukkâm fi usûli’l-ekdiye ve menâhici’l-ehkâm* (Riyad: Dâru âlemi’l-kütüb, 2003), 2: 115; Ebu’l-Hasen Alâuddin Ali b. Halil et-Trablûsî, *Muînu’l-hukkâm fimâ yetereddedu beyne’l-hasmeyn mine’l-ahkâm* (Beyrut: Dâru’l-fikrtr, ty.), 169; et-Tahânevî, *Keşşâfu ıstilahâti’l-fünûn*, 1: 994.

³⁴ el-Makrîzî, *el-Hıtat*, 3: 384.

³⁵ İbn Kayyim el-Cevziyye, *İ’lâmu’l-muvakkîn*, 4: 349-350; Ebû Abdillâh Muhammed b. Ebî Bekr ez-Zer’î ed-Dimeşkî İbn Kayyim el-Cevziyye, *et-Turuku’l-hukmiyye fi’s-siyâseti’ş-şer’iyye* (Beyrut: Dâru İhyâi’l-ulûm, ty.), 10-11; İbn Ferhûn, *Tebşiratu’l-hukkâm*, 2003, 2: 115; et-Trablûsî, *Muînu’l-hukkâm*, 169; Muharrem Midilli, “Dede Cöngi’nin es-Siyâsetü’ş-şer’iyye’si Osmanlı Ceza Kanunlarının Hukukî Temellendirmesi midir?”, *Osmanlı’da İlm-i Fıkıh*, ed. Mürteza Bedir v.dğr., 1. Bs (İstanbul: İsar Yayınları, 2017), 230.

bebini de açıklamaktadır. Gerçekten de ulemanın zihninde şer'î siyasetin adil siyasetten ibaret olduğu düşüncesi bulunuyorsa, adalet sıfatı, siyasetin amacını vurgulaması sebebiyle daha işlevsel görülmüş olmalıdır. Siyaset yapan halife ve emirlerin şer'î hükümleri devre dışı bırakmak şeklinde yerleşik hedefleri yoksa ve kullandıkları takdir yetkisinin de şeriat tarafından verildiği dikkate alınırca geriye bu yetkinin yerinde kullanılması kalmaktadır. Yerinde ve amacına uygun kullanıldığında adil siyaset, kullanılmadığında ise zalim siyaset ortaya çıkacaktır. Bu sebeple teorik gelişimin adil ve zalim siyaset ekseninde ilerlemesi anlaşılır bir durumdur.

Mâverdî (450/1058), Ebu Ya'lâ (458/1066) ve onları takiben el-Karâfi (١٢٨٤/1285), genel idari veya yargısal takdir niteliğinde olsun siyaseti, halifenin, vezirin ve emirin yetkisi kabul etmişler, bu hususta hâkime (kâdî) yetki vermemişlerdir.³⁶ Buna göre siyaset makamı, öngördüğü bazı maslahatlara dayanarak yerleşik yargılama usulü dışına çıkabilir veya ağırlaştırılmış bir cezaya yönelmek için takdir yetkisi kullanabilir. İbn Kayyim, İbn Ferhûn Trablûsî ve Dede Congi gibi hukukçular, bir ispat aracı ve şartları oluştuğunda ilave ceza takdir yetkisi mahiyetinde siyaset yetkisini kâdîye (hâkim) de tanımuşlardır.³⁷ Bu müelliflerce siyâset-i şer'îye, temel ispat araçlarının dışında yer alan ancak yargıcın sonuca ulaşmasını sağlayan ikincil bir ispat aracıdır. Hâkimin keskin zekâsıyla hal delaleti ve karinelere (emare) dayanarak ya da belirli şartların oluşması halinde te'dib, tehdit ve hapis gibi caydırıcı araçlara başvurarak sonuca varmasıdır.³⁸ İbn Kayyim bu araçlara başvurarak hükme ulaşmayı, "şer'î ahkâmın usul ve prensiplerinden doğan" bir yol kabul etmiş ve "adil siyaset" olarak adlandırmıştır.³⁹

Siyasetin, yargılama hukukunda hâkimin (kâdî) de kullandığı bir yetki olarak kavramlaşması, kapsam daralmasını beraberinde getirmemiştir. Bu sebeple İbn Ferhûn ve Trablûsî, selefleri olan Mâverdî ve Ebû Yâ'lâ ve Karâfî'ye uyararak devlet başkanının siyasetini "es-siyâsetu'l-âmmeh" olarak adlandırmış ve kâdînin siyaset yetkisinden ayırmışlardır.⁴⁰ Siyaset ile karar verme yetkisinin kâdîye de aktarılması, kavramın genişletilmesi mahiyetindedir. Bu gelişmeye karşın kavramın sınırları tam olarak çizilebilmiş değildir. Bu sebeple olsa gerek

³⁶ Şihâbuddîn Ahmed b. İdrîs el-Karâfi, *ez-Zahîra* (Beyrut: Dâru'l-ğarbi'l-İslâmî, 1994), 10: 39.

³⁷ İbn Kayyim el-Cevziyye, *İ'lâmu'l-muvakkîn*, 4: 349-350; İbn Ferhûn, *Tebziratu'l-hukkâm*, 2003, 2: 121; et-Trablûsî, *Muînu'l-hukkâm*, 173.

³⁸ İbn Ferhûn, *Tebziratu'l-hukkâm*, 2003, 2: 122; et-Trablûsî, *Muînu'l-hukkâm*, 174, 176.

³⁹ İbn Kayyim el-Cevziyye, *İ'lâmu'l-muvakkîn*, 4: 349-350; İbn Kayyim el-Cevziyye, *et-Turuku'l-hukmiyye*, 10-11; et-Trablûsî, *Muînu'l-hukkâm*, 173.

⁴⁰ Burhanuddin Ebi'l-Vefa İbrahim İbn Ferhûn, *Tebziratu'l-hukkâm fî usûli'l-ekdiye ve menâhici'l-ehkâm* (Riyad: Dâru âlemi'l-kütüb, 2003), 1: 15; et-Trablûsî, *Muînu'l-hukkâm*, 11.

Makrîzî, “siyaset şer’î hükümlerdendir, siyaseti bilen şer’î hükümlerden olduğunu bilir, siyaseti bilmeyen ise şer’î hükümlerden olduğunu bilmez” şeklinde bir değerlendirme yapmaktadır.⁴¹ İbn Ferhûn ve onun eserini önemli ölçüde özetleyen Trablûsî, muhtemelen İbn Kayyim’dan alınan bir metin üzerinden kavramın taşıdığı belirsizliğin doğurduğu riske dikkat çekmektedirler. Hâkimin yargılama hukukunda siyaseti bir ispat aracı olarak kullanmasının doğuracağı risk daha sınırlı olsa da, halife, vezir ve emir gibi kudretli devlet ricalinin siyaset kavramına dayalı kararları hayati sonuçlar doğurma potansiyeline sahiptir. Bu bakımdan fakihlerin, neredeyse ittifakla devlet başkanına, vezir ve emirlere tanıdıkları siyaset yetkisinin sınırlarındaki belirsizlik, siyaseti şer’iyye alanında eser telif eden hukukçuları kaygılandırmıştır. Bu endişelerini, “siyaset-i şer’iyye, içerisinde anlayışların şaştığı ve ayakların kaydığı geniş bir baktır” şeklinde dile getirmişlerdir.⁴²

Siyaset yetkisinin taşıdığı belirsizlik kullanım farklılıklarına yol açmıştır. Bunun bir nişanesi olarak konuyu inceleyen klasik sonrası dönem müelliflerinin ifrat ve tefrit olarak nitelediği iki olumsuz tutum ile bunların arasında yer alan mutedil bir yaklaşımın ortaya çıkmasına yol açmıştır. Bu müelliflere göre, siyasetin alanını daraltan tefrit ehlinin yolu, hakların zayi olmasına, hadlerin düşmesine ve bozguncuların cesaretlenmesine sebebiyet verir. Bu kapıyı genişleten ifrat ehlinin yolu ise, haksızlık kapılarının açılmasına, şeriatsız olarak kan akıtılmasına ve mülkiyet haklarının telef edilmesine sebebiyet verir. Mutedil bir tutum takınanların yolu ise siyaset ile şer’î ahkâmın arasını telif ederek batılın yok edilmesini ve hakkın desteklenmesini sağlar.⁴³ Siyaset yetkisinin yanlış kullanılmasının önüne geçmek için ifrat ve tefrit kavramlarına başvurulması, yetkinin kullanım biçimine ilişkin görece bir açıklık sağlıyor gözükse de, gerçekte yetkinin kapsamına ilişkin yeterli bir şey söylememektedir. Bu durumda fakihlerin tespit ettiği çerçeveyi bu betimleyici ifadelerden değil, ortaya koydukları metinlerin genelinden elde etmek gerekmektedir.

Klasik fıkıh metinleri incelendiğinde siyâset-i şer’iyyenin veya siyâset-i adilenin iki sınır ile çevrelendiği söylenebilir. Bunlardan ilki, Hanbelî hukukçu İbn Akîl’in ve daha sonra Hanefî hukukçu İbn Nüceym’in ifade ettiği üzere siyaset yetkisinin, hakkında şer’î bir düzenleme bulunmayan ancak toplumsal maslahat içeren konularla ilgili olmasıdır. Bu kriter, mübah alanda düzenlemeler yapma yetkisi ile yeni ortaya çıkan suçlar için ta’zir türü düzenlemeler yapmayı kapsamaktadır. Bu yaklaşım bir şeyin şer’î olması için mutlaka açıkça

⁴¹ el-Makrîzî, *el-Hıtat*, 3: 384.

⁴² İbn Ferhûn, *Tebşiratu’l-hukkâm*, 2003, 2: 115; et-Trablûsî, *Muînu’l-hukkâm*, 169.

⁴³ İbn Ferhûn, *Tebşiratu’l-hukkâm*, 2: 115; et-Trablûsî, *Muînu’l-hukkâm*, 169.

düzenlenmiş olmasını değil, ona aykırı olmamasını esas almaktadır. Buna göre siyaset gerekçesine dayanan idari ve hukuki uygulamaların “şeriatın küllî ilkelerine aykırı olmamak, mevcut özel düzenlemelerle doğrudan çelişmemek” zorundadır.⁴⁴

İkincisi ise, İbn Âbidîn’in el-Hamevî’den (1098/1687) naklettiği⁴⁵ ancak Kudüs Hanefi müftüsü Trablûsî’nin çok önceden kaydettiği “siyaset ağırlaştırılmış şeriattır”⁴⁶ (أَنَّ السِّيَاسَةَ شَرَعٌ مُعَلَّظٌ) şeklindeki tanımında belirginleşen kriterdir. Siyasetin bu tanımı çağdaş müelliflerce de benimsenmiş ve “şer’î hükmü belli olan bir suçun cezasını fesadın kökünü kazımak maksadıyla ağırlaştırmaktır.” şeklinde ifade edilmiştir.⁴⁷

Bu tanım, hakkında şer’î hüküm bulunan bir meselede kamu yararı gerekçesiyle hükmü ağırlaştırarak uygulamayı siyasetin kapsamına dâhil etmektedir. Hanefi hukukçular, öldürme kastı taşıdığı şüpheli olan bir fiil ile (boğazı sıkılmak gibi) adam öldüren kişiye diyet gerektiğini kabul ederler. Ancak bu fiili tekrarlayan kişiye, devlet başkanın ölüm cezası verebileceğini kabul ederler ve bunu siyaset olarak adlandırırılar. Yine hırsızlıkla suçlanan zanlı bunu inkâr ettiğinde, devlet başkanının galip zannı ile hareket etme yetkisi olduğunu söylerler. Eğer emareler fiili işlediğine işaret ediyorsa, Hanefi hukukçular, itiraf etmesi için zanlının hapsedilebileceğini kabul ederler ve yine bunu siyaset olarak adlandırırılar.⁴⁸ Bu örnekler, yargılama usulü ve cezası belirli olan bir suçta ihtiyaç olması halinde ispat aracının ve cezanın siyaset olarak adlandırılan takdir yetkisi ile esnetilmesinin meşru olduğunu göstermektedir. Siyaset ile verilen bu hükümlerin maslahat ile ilişkilendirilmiş olması, fukahanın, siyasetin, Osmanlı dönemi tarihçisi Tursun Beg’in “tavır-ı akl”⁴⁹ şeklinde ifade ettiği akla dayalı yapısının da farkında olduğunu göstermektedir.⁵⁰ Bu bağlamda siyaset-i

⁴⁴ H. Yunus Apaydın, “Siyâset-i şer’iyye”, *DİA* (Anakara: Türkiye Diyanet Vakfı Yayınları, 2009), 37: 301.

⁴⁵ Muhamed Emin İbn Âbidîn, *Reddu’l-muhtâr ale’d-Dürri’l-muhtâr şerhu Tenvîri’l-ebâr* (Riyad: Dâru âlemi’l-kütüb, 1423), 6: 169-170.

⁴⁶ et-Trablûsî, *Muînu’l-hukkâm*, 169, 200.

⁴⁷ Yusuf Karadâvî, *İslam Hukuku*, trc. Yusuf Işıcık - Ahmet Yaman (İstanbul: Marifet Yayınları, 1997), 50-51.

⁴⁸ İbn Nüceym, *el-Bahru’r-râik*, 5: 117.

⁴⁹ Aydın, *Türk Hukuk Tarihi*, 66. “... Cengiz Han’ın yaptığı gibi olursa olayları sebebine bağlarlar ve buna sulatanın siyaseti ve padişahın yasağı derler ki, geleneğimize göre ona örf denir.” Tursun Beg, *Fatih’in tarihi*, thk. Ahmet İzci, ed. Fatih Kerem Yardım, 2014, 14.

⁵⁰ Fakihler, şer’an cezası belirli olmayan hususlarda ta’zir cezası tayin edileceğini kabul ederler. Hanefiler “bunun arkasında imamın re’yine bırakılmış siyasetin olduğunu” söylerler. (Şemsüddin Şemsü’l-Eimme Ebu Sehl Ebu Bekr Muhammed b. Ahmed Serahsi, *el-Mebsut* (Beyrut: Darü’l-Ma’rife, ty.), 9: 79, 159.) Bazı durumlarda siyaset maslahat ile birlikte zik-

şer’iyyenin bir açıdan ta’zir cezasıyla eşit içeriğe sahip bir kavram olduğu ifade edilse de diğer açıdan ta’zir cezasından daha geniş bir kavram olduğunu ilave etmişlerdir.⁵¹

Siyâset-i şer’iyye yoluyla tespit edilen veya tatbik edilen usul ve hükümler şeriate dâhil midir, sorusunun cevabı yukarıda aktarılan bilgiler dâhilinde “evet” şeklinde olmalıdır.⁵² Şer’î kurallar tarafından çevrelenen mübah alanda gerçekleştirilen siyaset faaliyeti, tikel bir nassa dayanmasa da tümel nasslara aykırılık oluşturmayacak hatta onların maksadını gerçekleştiren tedbirlerdir. Bununla birlikte fukahanın bu hususları, hükme kaynaklık eden bir cüz’î delilden elde edilmeği için titizlik göstererek şeriatın dışında tutmaya özen gösterdikleri ifade edilmiştir.⁵³ Halbuki doğrudan tikel bir nassa dayanmayan mesâlih-i mürsele, istislâh ve istihsân delillerine dayalı hükümleri şeriate dâhil kabul etmişlerdir. Fıkıhın ana literatüründe, özellikle idare ve kaza (yargı) konularını ele alan eserlerde siyaset olarak nitelenen muhakeme usulü ve cezaî hükümlerin geçerli sayılmış olması, bu gerekçeyi önemli ölçüde zayıflatmaktadır.

Esasen siyâset-i şer’iyye meşru bir yöntem kabul edildikten sonra bu yolla tespit edilen hükümlerin meşru sayılmaması tutarlı olmazdı. Fakihler de böyle bir yola yönelmemişlerdir. Bu hükümlerden bir kısmını “ta’zir” kavramı içerisinde şeriate dâhil etmişlerdir. Siyaset olarak tabir edilen bir kısım düzenlemeleri idari teknik işlemler statüsünde görerek fıkıh disiplini dışındaki “siyasetnâme”lerde değerlendirmeyi tercih etmişlerdir. Bu itibarla klasik dönem fakihleri, devlet başkanına verilen siyaset yetkisinin sınırlı ve istisnâî bir yetki olduğunu ve şer’î hukukun yanı sıra ayrı bir hukuk düzeni oluşturmayacağı görüşündeydiler. Aslında bu sebeple olsa gerek siyaseti yalın olarak kullanmakta ve adalet kriteri ile değerlendirmeye almaktaydılar.

Devlet kudretini kullananların siyaset kavramına dayalı olarak geniş çaplı düzenlemeler ve yargısal faaliyetler içerisine girmeleriyle birlikte siyâset-i şer’iyye’ye ilişkin teorik tartışmaların ortaya çıkmaya başladığı görülmektedir. Fakihlerin siyaset gerekçesiyle temellendirilen kapsamlı düzenlemeleri fıkıh

redilerek devlet başkanına tanınan yetkinin meşruiyet zeminine işaret edilmiştir. (Şemsu’l-Eimme Ebû Bekr Muhammed b. Ebî Sehl Serahsî, *el-Mebsût* (Beyrut: Darü’l-ma’rife, ty.), 10: 110-16: 145).

⁵¹ Ömer Nasuhi Bilmen, *Hukukî İslâmiyye ve İstılahatı Fıkhiyye Kamusu* (İstanbul: Bilmen Yayınevi, 1968), 3: 330-331.

⁵² Örfî hukuk, “şer’î şerîfin bir parçası kabul edildiği için “siyaset-i şer’iyye tabir olmuştur.” Ahmed Akgündüz, *Osmanlı Kanunnâmeleri ve Hukukî Tahlilleri* (İstanbul: Fey Vakfı Yayınları, 1990), 1: 53.

⁵³ Apaydın, “Siyâset-i şer’iyye”, 37: 301.

literatürünün dışında tutmaları, devlet kudretini kullananlar ile fakihler arasındaki güven ilişkisinin zayıflamasıyla açıklanabilir. Yoksa öncesinde Hz. Ömer'in Ebu Musa el-Eş'arî'ye gönderdiği muhakeme usulüyle ilgili mektuba "siyaset mektubu" (كِتَابُ السِّيَاسَةِ)⁵⁴ adını verdikleri halde ana akım fıkıh literatüründe, yargılama usulünü oluşturan temel deliller arasında saymışlardır. Elbette bu metnin tamamı siyaset değildir, ama siyaset yetkisi olan makam tarafından çıkarılmıştır. Fakihlerin bu tutumunda Hz. Ömer'in sahabenin ileri gelen fakihlerinden olmasının tesiri bulunmaktadır; ancak Ömer b. Abdulaziz'in bazı uygulamalarının şeriata dahil edilmesi, meselenin, fıkhi güven temelinde ele alındığını göstermektedir.⁵⁵ Sonraki devlet ricalinin genel olarak fıkhi meleke- den uzak olmaları ve siyaset kurumunu, daha çok öznel tatbikatlar şeklinde çalıştırmaları bu ihtiyatlı tutuma yol açmış olmalıdır.

Bu aşamada denkleme dâhil edilmesi gereken meselelerden biri, örfün, fıkıh ve örfi hukuk ile olan ilişkisidir. Çünkü örfî hukukun İslam medeniyetindeki yerini araştıranlar çoğu kez örf ile amel etmeyi örfî hukuk işareti hatta kanıtı saymışlardır. Bu itibarla fıkıh mezheplerinin örfle ilişkin görüşlerini çok özet verdikten sonra siyâset-i şerîyenin örfî hukuka evrilmesini ele alacağız.

Örf, "selim tabiatlarda yerleşen tekrarlanan makul söz ve davranışlar"⁵⁶ veya "insanların tanıdıkları ve aralarındaki muamelelerde karşılıklı olarak bildikleri şeydir"⁵⁷ şeklinde tanımlanır.⁵⁸ Bir söz veya fiilin insanlar arasında yerleşip tekrarlanması, kendisiyle elde edilen bir maslahatın ve kaçınılan bir mefsetin bulunduğu anlamına gelir.

Hanefi hukukçular, âmm ve hâss örflerin şer'î delil veya mezhebin zahiru'r-rivaye şeklinde düzenlenmiş hükümlerine uygun olması halinde kendisiyle amel edileceğini kaydetmişlerdir. Aykırılık bulunması halinde, örfün âmm

⁵⁴ Alaüddin Ebû Bekir b. Mesud el-Kâsânî, *Bedâiu's-sanâi' fi tertibi's-şerâi'*, 2. Bs (Beyrut: Dârü'l-kütübü'l-ilmîye, 1986), 7: 9. Hz. Ömer'in bu mektubu ile ilgili olarak bkz: Abdüsselam Arı, "Hz. Ömer'in Ebû Mûsâ el-Eş'arî'ye Gönderdiği Mektubun Yargılama Hukuku Açısından Analizi", *İslam Hukuku Araştırmaları Dergisi*, 2 (2003): 85-99.

⁵⁵ Serahsî, "Ömer b. Abdulazîz Hıristiyan bir kölesini azat etti, daha sonra köle öldü, mirasını beytulmâle koydu. Bunda müslümanın gayr-i Müslime mirasçı olmayacağına dair bir delil vardır." Şemsu'l-Eimme Ebû Bekr Muhammed b. Ebî Sehl es-Serahsî, *el-Mebsût* (Beyrut: Darü'l-ma'rife, ty.), 7: 77.

⁵⁶ Muhammed Emîn Efendî İbn Âbidîn, *Mecmûatu resâilî İbn Âbidîn* (İstanbul: Dersâdet, 1325), 2: 114. [العادة عبارة عما يستقر في النفوس من الأمور المتكرر المعقولة عند الطباع السليمة]

⁵⁷ Hanân Abdulkerim el-Kudât - Muhammed Halid Mansur, "el-İctihâdu'l-maslahî bi'l-örf ve tatbikâtuhu fi'l-mezhebi's-Şâfiî", *Dirasat: Ullûmu's-şerî ve'l-kânûn* 43/2 (2016): 695. [ما يعرفه [الناس ويتعارفونه فيما بينهم معاملة]

⁵⁸ İbn Âbidîn, *Resâil*, 2: 114. [العادة عبارة عما يستقر في النفوس من الأمور المتكرر المعقولة عند الطباع السليمة]

veya hass oluşu ile mevcut aykırılığın örf ile şer’î delil arasında veya örfî ile mezhebin içtihadî görüşü arasında oluştuğunu dikkate alarak örfün kaynak değerini tespit etmişlerdir.⁵⁹ Örfün kaynak değerini, şer’î delile aykırılığının her bakımdan olması veya olmaması bakımından değerlendirirler. Her bakımdan aykırılık halinde ise, örfün reddine hükmederler. Her bakımdan aykırılığın oluşmadığı durumlarda aykırılık, nassın âmm örfün ise hâss olması veya örfün kıyas şeklindeki şer’î delil ile çelişmesi şeklinde olur. Örf ile nassın terkinde hiçbir şekilde cevaz vermeyen Hanefiler, bu her iki durumda da âmm örfün muhassıs olabileceğini kabul etmişlerdir. Hâss örf ile tahsise ilkesel olarak cevaz vermeseler de uygulamada onaylayıcı yaklaşımlar ortaya koymuşlardır.⁶⁰ Örfün mezhebin zâhiru’r-rivâye görüşü ile çatışması halinde, bu içtihatların çoğunlukla örfe mebnî olması sebebiyle fakihin zâhiru’r-rivâyeyi bırakıp yeni örfe göre fetva vermesini, hâkimin (kâdî) buna göre hüküm vermesini geçerli saymışlardır.⁶¹ Örfü, ıstıslah delili içerisinde değerlendiren Şâfiîler, hâss bir nassın olmadığı veya belirli olmadığı yerde örfün hakemliğini geçerli sayarlar.⁶²

Şâfiî hukukçular, ıstıslah deliline dayalı içtihatların örfün değişimi ile değişebileceğini kabul etmişlerdir. Bunun bir neticesi olarak Şâfiî teâtî yoluyla satım akdinin kurulmayacağını savunduğu halde sonraki Şâfiîler, basit şeylerin teâtî ile satımını geçerli saymışlardır.⁶³ Nassın örf ile tahsisi meselesinde Şâfiîler arasında iki görüş ortaya çıkmıştır. Şirâzî (476/1083) ve Sem’ânî (489/1096) gibi bazı hukukçular nassın örf ile tahsisine karşı çıkmışlardır. Bu hukukçulara göre şeriat adetlere göre veya ona uygun olarak konulmaz.⁶⁴ Örf ile nassın tahsisini kabul edenler ise bunu kavli örf ile sınırlı tutarlar, âmm örf ile nassın tahsisini kabul etmezler. Amelî örfün nassı tahsis etmeyeceği görüşü ile Hanefilerden

⁵⁹ İbn Âbidîn, *Resâil*, 2: 116.

⁶⁰ İbn Âbidîn, *Resâil*, 2: 116.

⁶¹ İbn Âbidîn, *Resâil*, 2: 125, 131.

⁶² Abdülmelik b. Abdullah b. Yusuf el-Cüveynî, *Nihâyetü'l-matlab fi dirâyeti'l-mezheb* (Cidde: Dâru'l-menâhic, 1428), 8: 292; Ahmed b. Ali b. Hacer el-Askalânî, *Fethu'l-bârî bi'sherhi sahihi'l-Buhârî* (Beyrut: Dâru'l-ma'rife, t.y.), 9: 510; el-Kudât - Mansur, “el-İctihâdu'l-maslahî bi'l-örf”, 696.

⁶³ Muhyiddin Ebu Zekerîyya Yahya b. Şeref en-Nevevî, *Ravdatu't-tâlibîn ve umdetu'l-müftîn* (Beyrut: Mektebetu'l-islâmî, 1416), 3: 338.

⁶⁴ Ebu'l-Muzaffer Mansur b. Muhammed es-Sem'ânî, *Kavâtiu'l-edille fi usûli'l-fikh* (Beyrut: Dâru'l-kutubi'l-ilmîyye, 1418), 1: 193; el-Kudât - Mansur, “el-İctihâdu'l-maslahî bi'l-örf”, 700.

ayrılmış olurlar.⁶⁵ Bu teorik kabule karşın Şâfiî hukukçuların amelî örf ile nas-
sın tahsisini kabul ettikleri hakkında birçok örnek verilmiştir.⁶⁶

Görüldüğü üzere fıkıh mezhepleri, örfü müstakil bir delil sayma nokta-
sında ittifak etmemişlerse de hükmün tespitinde kendisinden yararlanmışlar-
dır. Bu bakımdan örfün, fıkıhın tali nitelikli bir delili kabul edildiği söylenebilir.
Örf halinde toplumda yaygınlaşan normatif kaidelere örf ve adet hukuku adı
da verilir. Bu bakımdan örf ve adet hukukunun örfi hukuk ile karıştırılmaması
gerekmektedir. Örf ve adet hukuku toplumda yerleşmiş teamüller niteliğinde
olup esasen hukukun kaynakları arasındadır. Örfi hukuk ise, hükümdarın emir
ve fermanı sayesinde ortaya çıkmıştır. Bu özelliğiyle örfi hukuk bir kanun hu-
kukudur.⁶⁷ Bu itibarla örf ve adet hukuku, örfî hukukun kendisi değil, kaynak-
larından biridir.

3. ŞER'İ-ÖRFİ HUKUK AYRIMININ ORTAYA ÇIKIŞI VE SİYÂSET-İ ŞER'İYYE

İslam hukukun gelişim tarihini açıklamak birçok araştırmacının dikkatini
çekmiştir. Klasik ve modern dönemde İslam hukukçuları İslam hukukunun
kendi dinamiklerine dayalı olarak ortaya çıktığını kabul etmiştir. Buna karşılık
özellikle oryantalistlerin çalışmalarında İslam hukukunun gelişimini harici
tesirler ile açıklama eğilimi bulunmaktadır. Bu bağlamda İslam hukukunun
Arap cahiliye örf ve adetleri, Roma,⁶⁸ Talmut⁶⁹ ve Sasanî⁷⁰ hukuklarının tesiri

⁶⁵ İsmail, Muhammed Hasan Muhammed, (es-Sem'ânî, *Kavâtiu'l-edille fi usûli'l-fıkh dipnotun-
da*) (Beyrut: Dâru'l-kutubi'l-ilmiyye, 1418), 1: 193.

⁶⁶ Cemaluddin Ebi Muahmmmed Abdurrahîm b. el-Hasan el-İsnevî, *et-Temhîd fi tahrîci'l-furû'
ale'l-usûl* (Beyrut: Müessesetu'r-risâle, 1401), 380; el-Kudât - Mansur, "el-İctihâdu'l-maslahî
bi'l-örf", 700.

⁶⁷ Aydın, *Türk Hukuk Tarihi*, 66-67.

⁶⁸ İtalyan müsteşrik Nallino'ya göre "Fıkıhın teşekkülünde Roma hukukunun tesiri" mesele-
sine ilk defa 1865 yılında İskenderiye'de yayımladığı *Manuela di Diritto puplico e privato ot-
tomano introduzione adlı* eserinde Gatteschi gündeme getirmiştir. Gatteschi bu eserinde İslam
vakıf müessesesinin Roma hukukundan alındığını yanlış olarak iddia etmiştir. (Mehmet
Fuat Köprülü, *İslam Medeniyeti Tarihi* (İstanbul: Alfa Yayınları, 2018), 305-306.) Daha sonra
Hollandalı Vanden Berg, Dugat ve Von Kremer, H. Hughes iddia etmiş ve I. Goldzier bu-
nun genel bir kabul olduğunu söylemiştir. Ondan sonra E. Lambert ve M. Morand,
Goldzier'in ileri sürdüğü Hanefilerin vasilik müessesesinin Romadan aldığı tezine dayana-
rarak Müslüman fakihlerin Justinyen devri Roma hukukuna vakıf olduğunu kabul etmiş-
lerdir. İtalyan romantislerden E. Carusi çeşitli yazılarında Roma hukukunun İslam huku-
kuna tesirini ispatı gereksiz bir olgu olduğunu kabul etmiştir.

E. Tyan, İslam ülkelerindeki adalet teşkilatıyla greko-romen adli teşkilatları arasındaki
benzerliğe dikkat çekmiştir. A. Marnuer, *Le Chefa* (Paris 1910) adlı eserinde fıkhîteki şuf'a

altında oluştuğu savunulmuştur. İslam hukukunun yabancı tesirler altında geliştiğini savunan araştırmacıların başlıcaları, Schnouck, Hurgrinje⁷¹, Kremer⁷², Santillana,⁷³ G. Sheldon Amos,⁷⁴ Goldziher⁷⁵ ve Schacht⁷⁶ gibi oryantalistler ile

hakkının Bizans hukukundaki protimesis ile benzerliğini iddia etmiş, E. Bussi 1933 yılında yayınladığı eserinde bunu ispatlamaya çalışmıştır. M. Morand ve Becker vakıf kurumunun Bizans hukukundan alındığını ispat etmeye çalışmışlardır. I. Goldziher, “Fıkıh”, *İslâm Ansiklopedisi* (Ankara: Milli Eğitim Basımevi, 1978), 4: 603-604; Köprülü, *İslam Medeniyeti Tarihi*, 305-309.

⁶⁹ Yahudiliğin hukuku olarak tabire edilen Talmut hukukunun genelde İslam’a özeldiği ise İslam hukukuna tesir ettiği iddiası ibadât, muamlât ve ukubât sahasındaki bazı benzerlikler üzerine kurgulanmıştır. Batılı araştırmacılar tarafından genel kabul gören bu yaklaşımı Th. Dulau ve J. Pharaon 1839 yılında yaptıkları bir çalışmada zina cezası için öngörülen recm cezası örneği üzerinde dillendirmişlerdir. Sautayra ve Cherbonnaud aile ve ceza hukukundaki benzerliklere dikkat çekmişlerdir. Kremer ve Van den Berg sonrasında Lambert, Roma-Bizans hukukundan Hanefi fıkıhına geçen hukuki telakkilerin önemli bir miktarının Talmut hukukunun tatbikatları üzerinden geçtiğini iddia etmişlerdir. Kıyas, istishâb ve istislah gibi hukuki içtihat yöntemlerinin Yahudi hukukundan alındığı iddia edilmiştir. Talmut hukukunun İslam hukukuna tesir ettiği görüşünü savunanlar, İslam’ın ortaya çıktığı dönemde Yahudilerin Medine’de yüksek bir kültürü temsil ettiklerini, bu dönemde başlayan fikri ve manevi tesirin sonraki dönemlerde de devam ettiğini savunmuşlardır. Onlara göre yalnızca ayin ve ibadetler hususunda değil, aile hukuku, veraset ve kölelik hususları ile ceza hukuku ve kısas meselelerinde görülen benzerliklere dayanmışlardır. Goldziher, “Fıkıh”, 4: 603; Joseph Schacht, *İslâm Hukukuna Giriş (An Intriduction to Islamic Law)*, trc. Mehmet Dağ - Abdulkadir Şener, 2. Bs (Ankara: Ankara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Yayınları, 1986), 30; Köprülü, *İslam Medeniyeti Tarihi*, 311-312.

⁷⁰ Sasani nazari hukuku hakkında yeterli bağımsız araştırma henüz ortaya konulmamıştır. Sasani hukuku hakkında daha çok bilinenler kamu hukuku müesseseleri hakkında İslami kaynaklarda anlatılan biglilerden ibarettir. Bu bakımdan Sasani hukukunun İslam hukuku üzerinde teorik ve metodolojik tesiri hakkında ne İslami dönem kaynaklarında ne de modern dönem oryantalist çalışmalarda bir iddia yer almıştır. Sasani tesiri hakkında üzerinde durulan temel husus, idare teşkilatı ve kurumlarının, hanedanlık ritüel ve protokollerinin, resmi posta, casusluk, yol emniyeti, gümrük, ordu teşkilatı gibi hususlardır. Kadılık ve adli katiplik kurumunun ortaya çıkışı da Sasani tesiri ile ilişkilendirilmiştir. Bu yaklaşım Mes’ûdî ve Belazûrî gibi tarihçilerin tespitleri, Cahız ve İbn Haldun gibi düşünürlerin anlatılarını referans almaktadır. Köprülü bu alanlara ilave olarak ceza hukuku, ticaret hukuku ve sulama işlerinin düzenlenmesi gibi ziraat hukukunda da bu tesirin arana-bileceğini ilave etmektedir. Goldziher, “Fıkıh”, 4: 603; Schacht, *İslam Hukukuna Giriş*, 32; Köprülü, *İslam Medeniyeti Tarihi*, 312-316.

⁷¹ M. Fuad Köprülü, “İslam Amme Hukukunda Ayrı bir Türk Amme Hukuku Yok mudur?”, *Bellekten* II/5/6 (1938): 52.

⁷² Eski zamandan itibaren Roma hukukunun uygulandığı Suriye, Filistin ve Mısır’ın müslümanlar tarafından fethedilmesinden sonra günlük hayatın neticesi olarak Roma hukukunun tesirinin ortaya çıktığı görüşündedir. Köprülü, *İslam Medeniyeti Tarihi*, 308.

⁷³ Bkz.: S. V. Fitzgerald, “İslam Hukukunun Roma Hukukundan İktibasta Bulunduğu İddiası”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, trc. Bilge Umar 29/4 (1964): 1128.

⁷⁴ Fitzgerald, “İslam Hukukunun Roma Hukukundan İktibasta Bulunduğu İddiası”, 1129.

M. Fuad Köprülü⁷⁷ gibi bazı yerli müelliflerdir. Bu araştırmacılar, İslam hukukunu, kitap (Kur'an) ve sünnetin dışında (veya yanı sıra) önceki hukuk sistemle-

⁷⁵ Goldziher, "Fıkıh", 4: 603. İslam hukukunun dış tesirler altında ortaya çıktığı görüşü için ileri sürülen delillerin önemli bir kısmı Goldziher'in 1884'te bir Macar dergisinde "A Muhammedan Joptudomány eredetéről" başlıklı makalesinden alınmıştır. Bu çalışma Amerika'da çıkan "The Historians' History of the World" adlı bir derlemede (1907) yer almıştır. Burada İslam hukukunun Roma hukukundan alıntılandığını gösteren deliller ortaya koymaya çalışır, bu gerekçelerini İslam Ansiklopedisi için yazdığı Fıkıh maddesinde de tekrarlar. Ancak burada zikrettiği gerekçelerin İslam hukukunun Roma hukukundan iktibas edildiğinin gerekçeleri olduğu ifadesine yer vermez. Bununla birlikte bu görüşü savunanlar, Goldziher'in sonrasında pek önem vermediği iddiaları geneli itibarıyla tekrar etmişlerdir. Fitzgerald, "İslam Hukukunun Roma Hukukundan İktibasta Bulunduğu İddiası", 1130, 1142-1143.

⁷⁶ Schacht, İslam hukukunun mülkiyet, akitler ve borçlar hukukunun ana hatlarının İslam öncesi Arap örfünün bir parçası olduğu tezinin isabetle ret etmiş, aile, şahıs, miras ve ceza hukuku sahasına giren müesseselerin büyük veya küçük çapta değiştirilerek devam ettirildiğini, İslam öncesi Arap örfi hukukunun teknik terminolojisinin devam ettirildiğini ifade etmiştir. Hicri birinci asrın büyük kısmında, henüz İslam hukukunun teknik anlamda oluşmadığını savunan Schacht, Hukuk kavram ve kaidelerinin İslam öncesi kurum ve uygulamaların muhafazasıyla ortaya çıktığını iddia etmektedir. Bu dönemde hukukçuların "icmâ" kavramını Roma hukukunun "Opinio Prudentium" kavramından, teklifi hüküm kavramlarını Stoa felsefesinden aldıklarını iddia etmiştir. "Çocuk döşegine aittir" (الولد للفراش) kaidesinin Roma hukukundaki "Pater est quem nuptiae demonstrant" kaidesine, İcare akdinin hukuki yapısının Roma hukukunun "locatio conductio" modeline benzediğini söylemiştir. Bunun dışında Talmut ve Sasanî hukukuyla temas ve etkilenmelerden de söz etmektedir. Netice olarak İslam hukuk ilminin Hicri ikinci yüzyılda bu gelişmelerin sonucunda ortaya çıktığını savunmaktadır. Etkilenmelerin olduğuna olarak mevî döneminde hukukun İslami ilkeler, Arap örfü, Bizans hukuk birikimi ve devletin ihtiyaçları doğrultusunda oluştuğunu savunduktan sonra "sonuç itibarıyla son Emevi devrinin kamu ve idare ile ilgili tatbikatı, İslam'ın dini hukuku şekline girmiştir" demektedir. Joseph Schacht, *İslâm Hukukuna Giriş (An Introduction to Islamic Law)*, trc. Mehmet Dağ - Abdulkadir Şener, 2. Bs (Ankara: Ankara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Yayınları, 1986), 17-20, 29, 30, 33, 37.

⁷⁷ İslam hukukunun "Kitap ve sünnetten -yani iptidai Arap örfüyle Muhammed'in kanun koyucu şahsiyetinden- almakla beraber muhtelif yabancı hukuk sistemlerinden etkilendiği"ni (Köprülü, "İslam Amme Hukukunda Ayrı Bir Türk Amme Hukuku", 54-55.) savunan Köprülü, bu yaklaşımını müfrit sayılabilecek tespitleri onaylayacak düzeye ulaştırmıştır. Ona göre, İslam hukuk sistemini meydana getiren unsurlar arasında Kitap ve Sünnetin hissesinin ancak yüzde bir olduğu savunan Van Kremer haklıdır. (M. Fuad Köprülü, *İslam ve Türk Hukuk Tarihi Araştırmaları ve Vakıf Müessesesi* (İstanbul: Ötüken Neşriyat, 1983), 18.). Köprülü'nün bu yaklaşımına yönelik eleştiriler için (bkz. Hayreddin Karaman, *İslâm Hukuk Tarihi* (İstanbul: İz Yayıncılık, 2011), 49-50.). Uç sayılabilecek görüşlere kapı aralasa da köprülü İslam hukukunun bütünüyle yabancı hukukların tesiriyle ortaya çıktığı görüşünde değildir. Roma hukukunun İslam hukukuna tesiri konusunda ortaya çıkan çelişik görüşleri telif etmeye çalışan Köprülü, fıkıhın usul ve fîrû kısımlarıyla kendi yapısı içerisinde nazari olarak oluştuğunu ve orijinal karakterini daima koruduğunu kabul etmiştir. Buna karşılık fıkıhın oluşumunda diğer hukuk sistemlerinin hiçbir etkisinin olmadığını söylemenin de

rinden alınan kaideler üzerine inşa edildiğini ayrıca henüz oluşum evresinde siyasi idarelerin İslam hukukuna dayanmayan bağımsız uygulamalarının bulunduğunu ileri sürmektedirler. Bu durum, İslam hukukundan bağımsız bir örfî hukukun Raşit halifeler dönemi dışındaki bütün İslam tarihinin doğal bir olgusu olduğunu kabul etmeleriyle sonuçlanmaktadır.⁷⁸

İslam medeniyetinde, farklı kökenlere sahip hukukların, hukuk mektepleri, dini kurumlar veya örf ve adetler yoluyla mevcudiyetlerini kabul eden bu araştırmacılar, İslam hukukunun bütüncül bir hukuk sistemi olarak ortaya çıkış döneminin tespitiyle de ilgilenmektedirler. Bu hukukçulardan bir kısmına göre İslam hukuku, Emevîler döneminde, hükümdarların –Ömer b. Abdulaziz’in dönemi istisna edilerek- hareketlerini kendisine uydurmak zorunda saymadıkları “teolojik spekülasyonlar” mahiyetindedir.⁷⁹ Bir kısmına göre ise bu dönemde İslam hukuku, özgün bir hukuk sistemi mahiyetinde değildir; kadıların (yargıç), devletin idari nizamını içerisine alan geleneksel tatbikatı ve Kur’an hükümlerinin lafız ve ruhu ile buna uygun düşen diğer kaideleri esas alarak ürettikleri re’ylere niteliğindedir.⁸⁰

Bu görüş sahiplerinin tezini esas alındığında, hicri birinci yüzyılda henüz müstakil bir şer’î hukuk oluşmamıştır. İslam hukuku ancak hicri ikinci yüzyıla girdikten sonra ortaya çıkmıştır.⁸¹ Bütün hukuki hayata ilişkin yeterli ve düzenli hukuk normlarının geliştirilmediği varsayılan hicri birinci yüzyılda⁸², daha sonraları görülecek olan şekliyle birbirine koşut devam eden şer’î ve örfî hukuklardan söz etmemek gerekirdi. Belki bir örf ve adet hukukundan söz edilmesi uygun düşerdi. Ancak bu araştırmacılar İslam medeniyetinde başlangıçtan itibaren şer’î ve örfî hukuk ayrımının mevcut olduğunu düşünmeyi tercih et-

imkânsız olduğunu ister bilinçli bir iktibas veya doğal bir geçiş şeklinde gerçekleşmiş olsun tespit edilen bezerliklerin bunu gösterdiğini kaydetmektedir. Köprülü, *İslam Medeniyeti Tarihi*, 310-311.

⁷⁸ Sheldon Amos’un, Roma hukukundaki “Quod principi placuit legis habet vigorem” (Hükümdarın istediği şey kanun demektir) kaidesinin İslam hukuku için de geçerli olduğunu göstermek için halife emirnamelerini İslam hukukunun temel kaynağı sayması oryantalistler tarafından da eleştirilmiştir. (Fitzgerald, “İslam Hukukunun Roma Hukukundan İktibasta Bulunduğu İddiası”, 1129.) Diğer araştırmacılar ise, şer’î hukuk ile örfî hukukun ayrı hukuklar olduğunu ve İslam hukukunun tedvininden itibaren mevcut olduğunu savunmaktadırlar. Bkz.: Köprülü, “İslam Amme Hukukunda Ayrı Bir Türk Amme Hukuku”, 54-55.

⁷⁹ Köprülü, “İslam Amme Hukukunda Ayrı Bir Türk Amme Hukuku”, 55; Köprülü, *İslam ve Türk Hukuk Tarihi*, 18-19.

⁸⁰ Schacht, *İslam Hukukuna Giriş*, 36.

⁸¹ Schacht, *İslam Hukukuna Giriş*, 30-31.

⁸² Goldziher, “Fıkıh”, 4: 604.

mişlerdir. Bu tercihin kendi içerisinde tutarlı olabilmesi için İslam hukukunun başlangıçtan itibaren bir hukuk normu niteliğindeki mevcudiyetinin kabul edilmesi gerekir. Ancak bu kabulden sonra Emevilerden itibaren örfi hukukun varlığından söz edilebilir. Bu durum, İslam medeniyetinin ilk döneminden itibaren şer'î ve örfî hukukların bulunduğu iddiasını iç çelişki sorunuyla karşı karşıya bırakmaktadır.

İç tutarlılık sorununu bir tarafa bıraktığımızda, araştırmacıların bu görüşe, Emevilerin kendilerini şer'î hukuka uygun davranmaya mecbur hissetmediklerine ilişkin tespitleri sebebiyle ulaştıkları anlaşılmaktadır. Emevîler dönemi hukuk hayatı hakkında yapılan bu değerlendirme, bütün alanlarda tatbik edilen bir hukuki normlar düzeninin oluşmamış olması, yöneticilerin şer'î hükümlerin dışına kolayca çıkabilmesi veya önceki hukuki kurumların yeni bir biçim kazanması (örneğin hakem kurumunun kadılığa evrilmesi) şeklindeki kabullere dayandırılmaktadır. Sonuç olarak bu araştırmacılara göre, devlet tarafından tatbik edilen hukuki kaidelerin ve hukuki kurumların önceki hukuklardan kalmış olması, şer'î hukuk dışına çıkılabilmemesi örfî nitelikli bir hukukun varlığını kabul etmeyi gerekli kılmaktadır.

Örfî hukukun İslam hukukunun oluşumuyla birlikte var olduğunu kabul eden araştırmacılar, İslam hukukunun ancak Abbasiler döneminde "hukuki hayat kaidelerine"⁸³ dönüştüğünü kabul etmektedirler. Onlara göre, Abbasilerde şer'î hukuk, devlet kuvveti ile tatbiki sağlanan bir norm olma vasfı kazanmıştır. Bu durum Abbasilerin kuruluş felsefesiyle ilgili görülmüştür. Bununla birlikte onlara göre, İslam hukukunun hayatı düzenleyen kuşatıcı kurallara dönüşmesi, örfî hukukun varlığına engel olmamıştır. Bu dönemde şer'î yargı, "kâzî'l-kuzât" veya "akza'l-kuzât" unvanıyla devlet merkezinde oturan en büyük adalet memurunun kontrolü altına alınmışsa da oldukça geniş bir alanda örfî hukuk ortaya çıkmıştır.⁸⁴

Öncesinde olduğu gibi Abbasiler döneminin tamamında şer'î ve örfî hukuk ayırımının mevcut olduğunu kabul eden araştırmacılar, görüşlerini dönemin halife ve emirlerin çeşitli uygulamalarına dayandırır. Dönemin siyasal iktidarlarının daima şer'î hukukun dışına çıktığı tezi bu görüşün kalkış noktasını oluşturur. Bu görüşü savunanlar, tarihi bir kaynakta buldukları tezlerini destekleyici herhangi bir uygulamayı, fıkhi mahiyetini araştırmadan gerekçe olarak nakletme eğilimi taşırlar. Bu bağlamda dile getirilen örneklerden biri Abbasi halifelerinin, beytu'l-malin gelirlerinin arttırılması amacıyla İslam miras huku-

⁸³ Köprülü, "İslam Amme Hukukunda Ayrı Bir Türk Amme Hukuku", 55.

⁸⁴ Köprülü, *İslam Medeniyeti Tarihi*, 319.

kunun bazı hükümlerinden uzaklaştıkları iddiasıdır.⁸⁵ Abbasi halifelerinden bir kısmı, araya kadın girmemiş erkek soydan (asabe) mirasçısı bulunmayan terike-leri, mirastan payı bulunmayan kadın yoluyla oluşmuş akrabalara (zevî’l-erhâm) vermeyip devlet hazinesine aktarmayı tercih etmişlerdir. Asabenin bulunmadığı bir mirasçılık davasında mirasın zevî’l-erhâma mı pay edileceği, yoksa devlet hazinesine mi kalacağı meselesi, sahabe döneminden itibaren farklı görüşlerin ortaya çıktığı içtihadî bir konudur. Bu konuda Abbasiler arasında da farklı uygulamalar ortaya çıkmıştır.⁸⁶ Devlet yetkililerinden bir kısmının mülk ihtiraslarına uygun gelen içtihadî tercih etmiş olmaları çeşitli bakımlardan eleştirilebilse de örfî hukuk için doğru bir örnek oluşturmaz.

Örfî hukukun başlangıçtan itibaren şer’î hukukun yanı sıra bulunduğunu savunan araştırmacılar biri olan Köprülü’nün, örfî hukuk alanının genişlemesine verdiği diğer örnek hicri 224 yılında Abbasilerin Horasan valisi Abdullah b. Tahir’in Fergane’de meydana gelen depremin yol açtığı su kanallarını-

⁸⁵ Köprülü, *İslam Medeniyeti Tarihi*, 319.

⁸⁶ H. 311 yılında Muktedir Billâh’ın (908-932) hilafeti zamanında Ebu İsa Ahmed b. Muhammed b. Halid isimli bir şahıs erkek çocuk bırakmaksızın çok miktarda mal-mülk bırakarak vefat eder. Abbasilerin beytu’l-mâle kalan terikelerin işlemleri için atadıkları görevliler, ilgi kişinin mirasını zevî’l-erhama pay etmeden devlet hazinesine aktarmak isterler. Devreye vezir Ebu’l-Hasen b. el-Furât girer ve mirası mirasçılara verilmesini sağlar. Bu olay hakkında yapılan anlatımlar Abbasi halifelerinin zevî’l-erhâma mirasın intikali ile ilgili uygulamaları hakkında bilgiler aktarmaktadır. Buna göre Abbasi halifelerinden Mu’tazîd Billah (ö.289/902) ve Muktefî Billah (ö. 295/908) murisin asabesi yoksa mirası zevî’l-erhâma pay etmelerini emretmişlerdir. Yukarıda aktardığımız olayda görüldüğü gibi Muktedir Billâh (ö. 320/932) da bu uygulamayı sürdürmüştür. Ancak bu uygulamayı seçtiğini duyurmadan önce vergi tahsili ile görevlendirdiği Ebû Muhammed Hâmid b. el-Abbâs (ö. 311/923) zevî’l-erham’a kalan mirası devlet hazinesine aktarmış ve bunun için haraç gelirlerini takip eden görevlilere benzer görevliler atamıştır. Duyulan rahatsızlık ile araştırma yapan Muktedir Billah, söz konusu uygulamanın Mu’temid-Alellah (ö. 279/892) döneminde başladığını tespit etmiştir. (Ebu’l-Hasen el-Hilal b. el-Muhsin Sâbî, *Tuhfetu’l-umerâ fi târihi’l-vuzerâ* (Beyrut: Mektebetu’l-e’yân, ty.), 268 vd.) Asabesi bulunmayan kişilerin mirasının zevî’l-erhâma mı yoksa beytu’l-mâle mi intikal ettirileceği hususunda sahabe döneminde ortaya çıkan bir tartışma bulunmaktadır. Sahabeden Zeyd b. Sabit, Abdullah b. Ömer, tabiûndan Zuhri, Evzâi, Saîd b. Müseyyib, Saîd b. Cübeyr, Ebu Sevr, İbn Cerîr, Malik ve Şâfiî asabeden mirasçısı olmayan kişilerini mirasının beytu’l-mâle intikalini savunmuştur. Ömer b. el-Hattâb, Ali b. Ebî Talib, Abdullah b. Abbas, Abdullah b. Mes’ud, Ebu Ubeyde b. el-Cerrâh, Muaz b. Cebel, Ebu’d-Derdâ, tabiûndan Kadî Şurayh, Ömer b. Abdulaziz, Atâ, Tavûs, Alkeme, Mesruk, fıkıh mezheplerinden Hanefiler ve Hanbeliler ile Maliki ve Şâfiî mezhebini sonraki dönem fakihleri asabesi bulunmayan kişilerinin mirasını zevî’l-erhâma intikal ettirmişlerdir. Nâsır b. Muhammed b. Müşrî el-Ğâmidî, “Mîrâsu zevî’l-erhâm: Ahkamuhu ve turukuhu fi’l-fıkhi’l-islamî”, *Mecelletu câmiati ummi’l-kurâ li-ulûmi’ş-şerîa ve’d-dirâsâti’l-İslamiyye*, 48 (1420): 500-501.500-501; Mansur Koçinkağ, “Risâletu’l-ferâid li Zeyd b. Sâbit maa şerhiha li Ebi’z-zenâd”, *Tasavvur / Tekirdağ İlahiyat Dergisi* 4/1 (30 Haziran 2018): 348.

la ilgili sorunu çözme tarzıyla ilgilidir.⁸⁷ Gardizî'nin aktardığına göre Horasan ve Nişabur ahalisi Abdullah b. Tahir'e sorunlarını arz ederlerdi. Bu kapsamda su kanalları (el-kunâ) meselesini kendisine dava ettiler. Abdullah, fıkıh kitaplarında ve Hz. Peygamber'den gelen haberlerde kanalların ahkâmıyla ilgili bir şey bulamadı. Bunun üzerine bütün Horasan fakihlerini ve bazı Irak fakihlerini bir araya topladı. Kanal hukuku (kanalların ahkâmı) hakkında bir kitap hazırladılar ve adını "Kitabu'l-kunâ" (كتاب القنى) koydular. Bu tarihten itibaren bölge insanı bu kitapta tayin edilen hükümlere göre amel etmekteydiler.⁸⁸ Gardizî, yaşadığı çağda bu kitabın halen mevcut olduğunu ve su arki ve kanalı niteliğindeki yerlerin hükümlerinin bu kitaba göre yürütüldüğünü söylemektedir.⁸⁹

Köprülü'nün bu olayı örfi hukuk kapsamında sayması, muhtemelen, vali Abdullah b. Tahir'in su kanallarının ahkâmı hakkında fıkıh kitaplarında bir hüküm bulamamış olması sebebiyledir. Ancak valinin sorunun çözümü için fakihleri toplaması ve fakihlerin su kanallarını düzenleyen bir kitap hazırlamış olmaları, sorunun fıkıh ilmi yoluyla çözülmesi gereken bir mesele olarak görüldüğünü göstermektedir. Diğer taraftan bu döneme kadar fıkıh kaynaklarında bir düzenlemenin bulunmayışı sorunun "nevazil" fikhî kapsamına girdiğini göstermektedir. Gerçekten de tedvin edilen ilk fıkıh kitaplarında sulama hakkı bakımından su kaynak ve kanallarına ilişkin ahkâma yer verilmediği bu eserler incelendiğinde görülmektedir. Fıkıh birikiminin olgunlaşmasıyla su kaynakları ve kanallarının ahkâmı fakihler tarafından ele alınmış ve çeşitli düzenlemelere konu edilmiştir.⁹⁰

İslam medeniyetinde örfi hukukun ortaya çıkışı hakkında işaret edilebilecek diğer başlangıç noktası ikinci Abbasi asrıdır.⁹¹ Bu yaklaşım örfi hukuk

⁸⁷ Köprülü, *İslam Medeniyeti Tarihi*, 320.

⁸⁸ Ebu Saîd Abdulhay b. Dahhâk Mahmûd Gardizî, *Zeynu'-Ahbâr*, trc. es-Seyyid Zeydân Ifâf (Meclisu'l-ilmî li's-sekâfe, 2006), 199-200.

⁸⁹ Gardizî, *Zeynu'-Ahbâr*, 199-200.

⁹⁰ Burhânuddîn Ebu'l-Hasen Ali b. Ebî Bekr b. Abdilcelil Merğînânî, *el-Hidâye fi şerhi Bidâyeti'l-mubtedî* (Beyrut: Dâru ihyâi't-turâsi'l-arabî, 1995), 4: 287 vd.; Muhyiddin Ebu Zekerriyya Yahya b. Şeref Nevevî, *Ravdatu't-tâlibîn ve umdetu'l-müftîn* (Beyrut: Mektebetu'l-islâmî, 1991), 4: 204; Mansur b. Yunus b. İdris Behûtî, *Keşşâfu'l-kimâ' an metni'l-iknâ'* (Beyrut: Âlemu'l-kutub, 1983), 4: 199.

⁹¹ Abbasi devletini halifelerin siyasi kudretini esas olarak I ve II. Abbasî asrı şeklinde tasnif etmek yaygın bir kullanıma sahiptir. Ancak Abbasîleri daha ayrıntılı bir şekilde dönemlendiren tasnifler de bulunmaktadır. Bu tasnife göre; Birinci Abbâsî Asrı 132/749 dan 221/836 Mu'tasım'ın Sâmerra şehrini kurmasına kadar olan dönemi kapsamaktadır. İkinci Abbasi Asrı, devlet merkezinin Sâmerra'ya taşınmasıyla başlayıp devlet merkezinin 279/892 yılında Bağdat'a naklinden veya 324/936 yılında Emîru'l-umerâlık kurumunun oluşturulmasından 334/945 yılında Büveyhilerin Bağdat'a hakim olmasına kadar süren asrıdır.

kavramının daha teknik kullanımını esas almaktadır. Bu tarihlendirme, genel itibariyle II. Abbasi asrıyla birlikte meydana gelen siyasi değişimi ve gelişimini tamamlayan fıkıhın bu yeni durum karşısındaki tutumuna dayanmaktadır. Bu tarihlendirmenin ilk verisi medeniyet tarihçisi Makrîzî (ö. 845/1441) tarafından kaydedilmiştir. Makrîzî’ye göre şer’î ve örfî hukuk ayrımı Mısır ve Şam’da emirlikler kuran Türk hükümdarların zamanına kadar geri gitmektedir. Yaşadığı 9/15. Yüzyılda da bu ayrımın hala devam ettiğini de söyleyen Makrîzî, “Bil ki insanlar çağımızda hatta Mısır ve Şam’daki Türk devletlerinin kuruluşundan itibaren hükümlerin şer’î hüküm ve siyaset-i şer’iyye şeklinde iki kısma ayrıldığını bilmektedirler”⁹² kaydını düşmektedir. Makrîzî devamla bu hükümdarların, ibadetler, evlilik ve borçlar ile ilgili hususları Kâdi’l-kudâta bıraktıklarını, bunların dışındaki sahalarda Hacıpler atayarak burada Cengiz Han’ın yarasını uyguladıklarını ilave etmektedir.⁹³

Bu anlatımı ile Makrîzî, Abbâsi hilafetinin siyasi kudretini kaybettiği II. Abbasî asrındaki (3/9 yy.) durumun tasvirini yapmaktadır, öncesi hakkında herhangi bir şey söylememektedir. II. Abbasî asrıyla başlayan sürece ilişkin analizlerde, siyasal kudretin yerel emirlere geçtiği tespiti yalnızca günümüz araştırmacılarının değil, bu dönemde yaşamış müelliflerin de yaptığı otak bir tespittir. Örneğin Kadir Billah ve Kaim Biemrillah dönemlerini yaşamış olan Birunî (440/1048), iktidarın Müstekfi Billah döneminden itibaren Büveyhîlere geçtiğini, Abbasî halifelerinin elinde dinî ve itikadi işler kaldığını, dünyevi ve iktidar ile ilgili işlerin ellerinden çıktığını kaydetmektedir. Devamla kendi çağını kastederek, “şimdi Kaim Biemrillah İslam’ın başkanıdır, hükümdar (melik) değildir”, demektedir.⁹⁴

Tarihçilerin yaptığı tasvirler, II. Abbasi asrında, yeni siyasi aktörleri temsil eden emirlerin bağımsız yönelişler içerisine girdiklerini ve mensup oldukları siyasi gelenek ve örfleri devlet hayatına yansıtıklarını göstermektedir. Hatta

Üçüncü Abbasi Asrı, Büveyhilerin 334/945 yılında Bağdat’taki hakimiyetleriyle başlayıp 447/1055 yılında Selçuklu sultanı Tuğrul Bey’in Kaim Biemrillâh’ın daveti ile Bağdat’a hakim olmasına kadar devam eden asırdır. Dördüncü Abbasî Asrı, Tuğrul Bey’in 447/1055 Bağdat seferi ile başlayıp İran Moğollarının/İlhanlı Devletinin kurucusu Hûlâgû Hân’ın 656/1258 yılında Bağdat’ı işgal ederek son Abbasî halifesi Musta’sım Billâh’ı öldürmesine kadar olan asırdır. Biz çalışmamızda Abbasileri ayrıntılı bir dönemlendirmeye tabi tutmayı tercih etmedik. Abbasî halifelerinin siyasi gücünü kaybedip devletin merkeziyetçi yapısını kaybetmesini II. Abbasî asrının ortak özelliği olarak almayı tercih ettik.

⁹² el-Makrîzî, *el-Hitât*, 3: 383.

⁹³ el-Makrîzî, *el-Hitât*, 3: 385.

⁹⁴ Bîrûnî, Ebu’r-Reyhân Muhammed b. Ahmed, *el-Âsaru’l-Bâkıyye ani’l-kurûni’l-haliyye*, by.ty., s.132; Fikâ, ed-Devletu’l-Abbasiyyei s. 248.

Makrîzî (845/1441) ve İbn Tagriberdî (874/1470)'nin anlatımları esas alınır, örfi hukuk kavramının Arapça karşılığı olarak kullanılan "siyaset", bilinen Arapça kökünden farklı bir alıntıyla ortaya çıkmıştır. Makrîzî, çağında siyasetten söz edenlerin Arapça kökeni doğa/tabiat ve huy edindirmek olan siyasetten söz etmediklerini, onların kullandığı siyaset kelimesinin aslının Moğolca bir kelime olan "yasa" olduğunu ifade etmektedir. Ona göre Mısırlılar bu kelimeyi tahrif ederek ve başına bir "se" (üç anlamında) getirerek se-yâsa dediklerini, daha sonra başına bir elif ve lam getirdiklerinde "es-siyasa" kelimesinin ortaya çıktığını ifade etmektedir. Bilmeyenlerin kelimenin kendi zamanındaki kullanımının Arapça olduğunu zannettiklerini ancak durumun böyle olmadığını kaydetmektedir.⁹⁵

Tarihsel veriler ve dil analizi yardımıyla tarihçilerin örfi hukukun başlangıcı hakkında aktardıkları bilgiler, sonraki dönem araştırmacıları tarafından farklı yöntemlerle teyit edilmiştir. Bu bağlamda klasik fıkıh doktrinini katı bir formda oluşumuyla örfi hukukun ortaya çıkışını açıklayan araştırmacılar benzer bir tarihe işaret etmektedirler. Bu araştırmacıardan biri olan Noel James Coulson, İslam hukukunun onuncu yüzyılda sert klasik formuna dökülmesinden sonra toplumun değişen ihtiyaçlarının karşılanamadığını ve bu durumun, örfi hukuku ortaya çıkardığını ve sonrasında alanını genişlettiğini savunmuştur.⁹⁶ Coulson'un klasik fıkıh hakkındaki tespitini tartışmaksızın belirtmek isteriz ki, araştırmacı, örfi hukukun ortaya çıkışı için benzer bir tarihe işaret etmiş olmaktadır. Bir farkla ki tespitini hukuk tarihi açısından yapmıştır. İslam hukukunun durgunlaşmasının örfi hukukun ortaya çıkmasının sebeplerinden biri olabileceği başka araştırmacılar tarafından da kabul edilmiştir.⁹⁷

Örfi hukukun ortaya çıkışını Şam ve Mısır'a hükmetmeye başlayan Türk emirlikleriyle başlatmayı gerekli kılan sebeplerden bir diğeri de literatürdeki kavramsal dönüşümdür. Fıkıh literatüründe yalın olarak "siyaset" veya "adil siyaset" şeklinde yer bulan kavram, hemen nerdeyse hiç kullanılmayan "siyâset-i şer'iyye" (es-siyâsetu's-şer'iyye) terkihiyle yer değiştirmesi, İbn Teymiyye'nin eserinin ismi olmasıyla başlamıştır. İbn Teymiyye'nin "terimi başlığa çekmesinin yaşadığı çağın "siyaset" uygulamalarıyla ilişkisinin bulunmadığı söylenemez. Siyasetin, "şer'i" sıfatıyla kazandığı yeni kisve, mevcut duruma ilişkin bir tespit ve öneri taşımaktadır. İbn Teymiyye eserinde fıkıh kitaplarında dağınık olarak bulunan konuları genel kural ve prensipler düzeyinde bir araya

⁹⁵ el-Makrîzî, *el-Hittat*, 3: 384; Ebu'l-Mehâsin Cemaleddin Yusuf İbn Tagriberdî, *en-Nücûmu'z-zâhira fi mülûki Mısır ve'l-Kâhira* (Kahire: Vizâretu's-sekâfe ve'l-irşad, ty.), 7: 183.

⁹⁶ Coulson, *A History of Islamic Law*, 5.

⁹⁷ Aydın, *Türk Hukuk Tarihi*, 72.

getirerek bir bakıma kamu hukukunu özetlemiş ve yaşadığı çağın siyasal sorunlarını çözmeyi amaçlayarak yöneticilere öğüt vermiş ve sınırlar çizmeye çalışmıştır.⁹⁸ Bu bağlamda hadlerin tatbik edilmemesi karşılığında para alınmasını, cezadan kurtulmak isteyenlerin sultanın naibine sığınmasını sert bir şekilde eleştirmektedir. Bu eleştiriler, Memluk sultanları Zahir Baybars (1260-1277) ve Muhammed b. Kalavun’a (1293-1341) yöneltilen Cengiz Han Yasası etkisinde siyaset yaptıkları eleştirileriyle birlikte düşünüldüğünde daha anlamlı hale gelmektedir.⁹⁹ Bir bakıma İbn Teymiyye için “siyâset-i şer’iyye” örfî hukuk eleştirisinin kavramsal zeminini oluşturmuştur. Bu dönemden sonra siyâset-i şer’iyye uygulamalarını temellendirmek (Dede Cöngi örneğinde olduğu üzere) veya genel nitelikli kriterler çerçevesinde çeşitli çalışmaların yapılmış olması, örfî hukukun fakihlerce İslam toplumlarının bir olgusu olarak görüldüğü anlamına gelmektedir.

Siyaset-i şer’iyyenin örfî hukuka dönüşümünün en somut göstergeleri kanunnamelerdir. İslam medeniyetinde kanunnamelerin ortaya çıktığı coğrafyayı inceleyen Halil İnalçık, kanunnamelerin, “yalnızca İran, Anadolu, Irak ve Hindistan’da yani Türk-Moğol geleneklerinin ve hanlıklarının etkili olduğu yerlerde ve tipik Osmanlı kanunlarının ve idaresinin yürürlükte bulunduğu Osmanlı Devleti’ne ait bölgelerde ortaya çıkmış olmasının ilginç”¹⁰⁰ olduğuna dikkat çekmektedir. Bu tespit örfî hukukun kanunnameler üzerinden somut varlık kazandığını göstermektedir. Kanunnâmeler, kamu hukuku, devlet teşkilâtı, idare, vergi, ceza hukuku ve hisbe alanlarındaki düzenlemeleri içeren metinlerdir. Kaynaklarda Memlûk Kayıtbay, Akkoyunlu Uzun Hasan ve Dulkadırlı Alâüddeve nispet edilen kanunnâmlere yer verilir. Osmanlı kanunnâmeleri ise orijinal şekilleriyle günümüze gelmiştir.¹⁰¹ Müslümanlaşan İlhanlılar devletinde bir süre esas alınan 1227 yılında ölen Cengiz Han’ın hazırladığı Büyük Yasa, Yasanâme-i Büzürk, Yâsa-i kadim-i Cengizhan veya Yargınâme olarak adlandırılan kanunun, Timur’un Tüzükâtı, Babür hükümdarı Muhyiddin Evrengzip Alemgir’in, Fetvâyı Alemigiriyye’nin dışında hazırlattığı Ahkâm-ı Alemgiriye gibi nispeten Osmanlı coğrafyasına uzak kanunnâmeler de bulunmaktadır.¹⁰²

⁹⁸ Abdullah Mübarek, *Mukaddime (es-Siyâsetu’s-şer’iyye ve Islâhu’r-râi ve’r-raiyye’nin başında)* (Beyrut: Dâru’l-kütübi’l-ilmiyye, ty.), 19.

⁹⁹ İbn Tagriberdî, *en-Nücûmu’z-zâhira fi mülûki Mısır ve’l-Kâhira*, 7: 183; Midilli, “Dede Cöngi’nin es-Siyâsetu’s-şer’iyye’si”, 231-232.

¹⁰⁰ Halil İnalçık, “Kanunnâme”, *DİA* (Ankara: Türkiye Diyanet Vakfı, 2001), 24: 333.

¹⁰¹ İnalçık, “Kanunnâme”, 24: 334.

¹⁰² Akgündüz, *Osmanlı Kanunnâmeleri ve Hukukî Tahlilleri*, 1: 79-80.

Siyaset-i şer'îye yetkisinin genel düzenlemeler haline gelişini temsil eden kanunnâmeler hakkında yapılan tartışmalar çoğunlukla şer'î vasıflarıyla ilgilidir. Bu tartışma, kanunnâmelerin siyâset-i şer'îyenin sınırları içerisinde kalınarak mı yapıldığı, yoksa bu sınırın aşılarak müstakil bir yasama faaliyeti şeklinde mi gerçekleştiği üzerinde konuşlanmaktadır. Seküler yasama faaliyetine tarihsel temel arayanlar kanunnâmeleri bu merkeze yerleştirmekte, Müslüman toplumların fıkıh merkezli bir yasama faaliyeti içerisinde kaldıklarını savunanlar ise, kanunnâmeleri siyâset-i şer'îye zemininden ayrılmamış metinler olarak takdim etmektedirler. Tarihte ortaya çıkmış her bir kanunnâmeyi ayrı ayrı incelemek çalışmamızın sınırlarını aşacaktır. Bu sebeple kanunnâmelerin fikhî birikimin dışında görenlerin görüşlerinin tarihsel olarak doğrulanmadığını göstermesi bakımından Selçuklu sultanı Melikşah (465/485-1072/1092) tarafından ilan edilen kanunnâmenin hazırlanışına dikkat çekmek gerekmektedir. Melikşah "Mesâilu'l-Melikşahiyye fi'l-kavâidi's-şer'îyye" olarak bilinen kanunnâmeyi vezir Nizamulmülk'ün telkinleriyle topladığı fakihlere hazırlatmıştır.¹⁰³ Dönemin büyük anlaşmazlıklara yol açan hukuki meselelerini açık ve kesin hükümlerle düzenleyen bu mecellenin sultan için Ömer Hayyam (517/1123) tarafından telif edildiği de ifade edilmektedir.¹⁰⁴ İçeriği hakkında yeterince bilgi sahibi olmadığımız bu derlemenin yapılış tarzı, kanunnâmelerin tamamen seküler bir tarzda oluşturulduğu düşüncesini desteklememektedir. Kanunnâmenin ismi, ihtiyaç duyulan ortak kanuni codeların şer'î kaidelere dayalı olarak geliştirildiğini ihsas etmektedir.

Günümüze ulaşan en geniş çaplı kanunnâmeler Osmanlı devletinden intikal etmiştir. Osmanlı dönemi kanunnâmeleri, siyâset kavramıyla başlayıp "siyâset-i şer'îyye"ye oradan örfî hukuka dönüşen olgunun gelişmiş örneklerini yansıtmaktadırlar. Fatih dönemi (1451-1481) Osmanlı devlet adamı ve tarihçilerinden Tursun Bey, bu kanunnâmelerin yapısı hakkında " ... mücerred tavr-ı akl üzere nizam-ı alem-i zahir için mesela tavr-ı Cengiz Han gibi olursa sebebine izafe ederler, siyaset-i sultan ve yasağ-ı padişahî derler ki, urefamızca ona örf derler... "¹⁰⁵ sözleriyle işaret etmektedir. Bu anlatım kanunnâmelerin tamamen "tavr-ı akıl" üzere yapıldığını söylemektedir. Tavr-ı akl genel şer'î kaideler

¹⁰³ Köprülü, "İslam Amme Hukukunda Ayrı Bir Türk Amme Hukuku", 65; Köprülü, *İslam Medeniyeti Tarihi*, 320.

¹⁰⁴ C.E. Bosworth, "Melikşah", *Mûcezu dâireti'l-meârif el-islamiyye*, trc. Arapçaya çeviri: Komisyon (Mısır: Merkezi's-Şârika lilîdâi'l-fikrî, 1998), 31: 9623; Köprülü, "İslam Amme Hukukunda Ayrı Bir Türk Amme Hukuku", 65; Köprülü, *İslam Medeniyeti Tarihi*, 320.

¹⁰⁵ Aydın, *Türk Hukuk Tarihi*, 66. " ... Cengiz Han'ın yaptığı gibi olursa olayları sebebine bağlarlar ve buna sulatanın siyaseti ve padişahın yasağı derler ki, geleneğimize göre ona örf denir." Tursun Beg, *Fatih'in tarihi*, 14.

içerisinde mi ortaya konulmuştur, yoksa tamamen bağımsız bir yapıda mı kanunnâmeler oluşturulmuştur? Araştırmacılar bu hususta ittifak etmiş değillerdir.

Osmanlı kanunnâmelerinin şer’î vasfına ilişkin tartışmada iki görüş ortaya çıkmıştır. Görüşlerden ilkinin ileri süren tarihçilerin temsilcilerinden biri olan Halil İnalçık, Fatih ve Kanuni kanunnâmelerinin umumi code mahiyetinde olduğu görüşünü reddederek kanunnamelerin resmi mahiyette olduğunu savunmaktadır.¹⁰⁶ Ona göre bu kanunnâmeler, sırf devlet menfaati için hükümdarın kendi iradesiyle çıkardığı müstakil kanunnâmelerdir. İslami esaslara değil, Türk-Moğol ananesine bağlı olarak ortaya çıkmışlardır.¹⁰⁷ Benzer bir yaklaşımı Köprülü de benimser ve bütün Türk devletlerinde özellikle kamu hukukunda devletin serbest yasama faaliyeti yaptığını savunur.¹⁰⁸

Örfî hukukun İslam medeniyetinin başlangıcından itibaren varlığını kabul etmenin zorunluluğunu savunan araştırmacılar, fikhın hüküm istinbat potansiyelini ve imkânlarını yeterince dikkate almadan görüşlerini oluşturmuşlardır. Bu bağlamda bu araştırmacıların görüşlerini desteklemek için verdikleri örnekler incelendiğinde, fikhî-içtihadî meselelerin çözümü için geliştirilen mekanizmaları gözden kaçırdıkları görülmektedir. Belki onları bu sonuca fıkı, kitap (Kur’an) ve sünnet nassından ibaret sayma düşünceleri götürmektedir. Hâlbuki fıkıh ilmi, dâhili tartışmalarla birlikte, fıkıhî hükümlerin elde edilmesi (istinbat) için usul ilminde incelenen geniş bir deliller hiyerarşisi geliştirmiştir. Ehli tarafından hükme ulaşmayı sağlayan uygun delili ile irtibatı kurulan mesele artık içtihat yoluyla fıkıhî bir kavil haline gelmiş olur. Bu metodik birikimden uzak olarak konuya yaklaşılmadığında, fakihler tarafından geliştirilen istihsân ve mesâlih gibi deliller, örfî hukuk lehine fıkıha karşı konumlandırılabilir. Bu bağlamda Köprülü, istihsân ve mesâlih-i mürsele prensiplerinin, devletin, fakihlerin kıyas ile verdikleri hükümlere muhalif hareket edebilme imkânı verdiğini iddia edebilmiştir.¹⁰⁹ Oysa örneğin Malik’e göre istihsân kıyasla ortaya çıkacak aşırılıkları önleme metodudur ve böyle durumlarda maslahatın tercih edilmesi istihsandır.¹¹⁰

¹⁰⁶ Halil İnalçık, “Osmanlı Hukukuna Giriş: Örfî - Sultani Hukuk ve Fatih’ in Kanunları”, *Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi* 13/2 (1958): 111.

¹⁰⁷ İnalçık, “Örfî - Sultani Hukuk”, 111.

¹⁰⁸ Köprülü, “İslam Amme Hukukunda Ayrı Bir Türk Amme Hukuku”, 64.

¹⁰⁹ Köprülü, “İslam Amme Hukukunda Ayrı Bir Türk Amme Hukuku”, 53.

¹¹⁰ Ebû İshak İbrahim b. Musa b. Muhammed eş-Şâtîbî, *el-Muvâfakât fî usûli’ş-şer’î’a: İslamî İlimler Metodolojisi*, trc. Mehmet Erdoğan (İstanbul: İz Yayıncılık, 1990), 4: 209-210.

Bu araştırmacıların örfi hukuk kapsamında ele aldıkları meselelerden bir kısmı, devlet kudretini kullanan emirlerin, sorunları fakihlere arz etmesi ile üretilen içtihadî hükümler niteliğindedir. Bunlara örfi hukuk adının verilmesi sağlıklı değildir. Verilen örneklerin bir kısmı, fıkhi hükümlerin ihtiyaca binaen tedvini ve devlet kudreti tarafından ortak hukuk haline getirilme çabası taşımaktadır. Bu faaliyetlerin de örfi hukuk kapsamında mütalaa edilmesi uygun değildir. Tartışma konusu yapılan bir kısım meseleler, ta'ziri cezalar örneğinde olduğu üzere, klasik fıkıhın devlet başkanı ve yetkili merciye terk ettiği boşlukların doldurulmasına ilişkin yetki çerçevesinde ortaya çıkmıştır. Hızlı değişime uğrayan alanlarda verilen bu yetkinin hukuk güvenliği bakımından durumu tartışılmalı da şer'î hukuka paralel bir hukuk anlamındaki örfi hukuk başlığı altında toplanması yerinde olmaz. Çünkü nihayetinde yapılan şey, şer'î hukukun izniyle ortaya çıkan boşluğun doldurulmasından ibarettir. Kimi zaman devlet başkanlarının maslahat deliline dayanarak nass ile ameli tahsis niteliği taşıyan uygulamaları örfi hukuk kapsamında değerlendirilmiştir. Burada maslahat takdiri hususunda farklı görüşler savunulabilse de bu mesele, fıkıh doktrini içerisinde tartışılan bir konudur. Bazen de hükmü örten alınan meselelerin örfi hukuka örnek olarak gösterildiği görülmektedir. İslam hukukunda şartları oluştuğunda örfün muteber bir delil olduğu¹¹¹ dikkate alındığında, örf ile sabit her durumu örfi hukuk kapsamına dâhil etmek yerinde olmaz.

Başta Osmanlı kanunnameleri olmak üzere, örfi hukukun şer'î bir temeli olmadığını savunan görüşünün karşısında, Osmanlı kanunnâmelerinin İslam hukukunun Padişah'a verdiği sınırlı yasama yetkisi kapsamında İslam hukukunun tali kaynakları ve örf-adet kuralları esas alınarak hazırlandığını kabul eden hukukçular yer almaktadır. Bu görüşü savunan Ahmed Akgündüz, Osmanlıda örfi hukukun, sadece âdet hukukundan değil, şer'î hükümlerin kanun tarzında tedvini ile fakihlerin içtihatları ile tespit edilen hükümlerden oluştuğunu söylemektedir. Osmanlı devletinin, yukarıda ifade edilen esaslara uygun olarak, İslam hukukunun devlet başkanına verdiği sınırlı yasama yetkisine dayanarak kanunlar yapan ilk İslam devleti olduğunu savunmakta ve Osmanlı kanunnamelerinin "şer'î şerifin parçası" olduğunu kabul etmektedir.¹¹² Bununla birlikte Akgündüz, Osmanlı Kanunnâmelerinin daha önceki Türk idare ka-

¹¹¹ Abdülmelik b. Abdullah b. Yusuf el-Cüveynî, *Nihâyetu'l-matlab fi dirâyeti'l-mezheb* (Cidde: Dâru'l-menâhic, 1428), 11: 382; Celaluddin Abdurrahman es-Suyûtî, *el-Eşbâh ve'n-nezâir fi kavâid ve furûi fikhî'ş-Şâfiyye* (Beyrut: Dâru'l-kütübî'l-ilmîyye, 1403), 98; İbn Âbidîn, *Resâil*, 2: 116.

¹¹² Akgündüz, *Osmanlı Kanunnâmeleri ve Hukukî Tahlilleri*, 1: 51, 53.

nunlarından şer’îlik süzgeçinden geçirerek yararlandığını kabul etmektedir.¹¹³ Bazı İslam hukukçuları ise, kanunnâmelerin oluşum biçimi bakımından seküler olduğunu kabul etmekle birlikte¹¹⁴ hukuk yekûnunun sınırlı bir kısmına karşılık geldiğini hatırlatarak Osmanlı hukuk hayatının prensipte şer’î esaslar üzerinde inşa edildiğini benimseyerek kanunnâmelerin şer’îliğine ihtiyat ile yaklaşmaktadırlar.¹¹⁵

İslam toplumlarının tarihsel seyri incelendiğinde Osmanlı kanunnâmeleri dahil olmak üzere kanunnâmelerin bütünüyle seküler tarzda inşa edildiğini veya şer’î alandan kaçışın bir aracı olarak kullanıldığını söylemek mümkün gözükmemektedir. Ancak kabul etmek gerekir ki, hukuki düzenin kanunnâmeler ve şer’î hukuktan oluşması, hukuki hayatta ikiliğe yol açmıştır. Osmanlıda bu ikili dilin bazı sıkıntılar doğurmuş ve II. Mustafa’nın 1107 tarihli fermanıyla “hüccet” ve “hükümlerde” “şer’ ve kanun üzere” ifadesi yasaklanmış ve yapılan kanuni düzenlemelerde yalnızca “şer’” ifadesinin kullanılması emredilmiştir.¹¹⁶ Bu örnek şer’î ve örfî ayırımının hukuk hayatında ikiliğe (dualizm) yol açtığını göstermektedir.

Siyaset yetkisinin genişleyerek geldiği nokta görüldüğü üzere ikili bir hukuki yapı olmuştur. Aslında bu sorun farklı boyutlarıyla İslam fetihlerinin yaşandığı dönemde de yaşanmıştı. Daha önce ifade edildiği üzere Emevilerin, İslam fetihlerinden önceki hukuk sistemlerini fıkıhın içerisinde eritmek hususunda belirgin bir çabası olmamıştı.¹¹⁷ Bununla birlikte sivil alanda gelişen fıkıh özellikle Irakta, geniş bir tedvin faaliyeti gerçekleştirmiş, özel hukuk alanın yanı sıra devlet hukukunu ilgilendiren hususlar (siyer) da dâhil olmak üzere zengin bir doktrin geliştirmeyi başarmıştı. Fıkıhın gelişimini sürdürdüğü I. Abbasi döneminden fıkıhın klasik çağına kadar, yetkin hukukçular tarafından sürdürülen sivil doktrinel faaliyetler ile devlet kudreti ile fakihler arasında kurulan güçlü irtibat sayesinde mahalli hukuki örfler ile önceki hukuk sistemlerinden

¹¹³ Akgündüz, *Osmanlı Kanunnâmeleri ve Hukukî Tahlilleri*, 1: 79. Akgündüz ayrıca, Osmanlıda Şeyhulislam veya hâkim ve müftülerden biri tarafından tasdik edilmemiş hiçbir kanun, ferman ve irâdenin olmadığını belirtmektedir. Akgündüz, *Osmanlı Kanunnâmeleri ve Hukukî Tahlilleri*, 1: 85.

¹¹⁴ Ahmet Yaman, *Siyaset ve Fıkıh* (İstanbul: İz Yayıncılık, 2015), 57.

¹¹⁵ Ahmet Yaman, “Osmanlı Pozitif Hukukunun Şer’îliği Tartışmalarına Eleştirel Bir Katkı”, *İslamiyât* 8/1 (2005): 122.

¹¹⁶ Akgündüz, *Osmanlı Kanunnâmeleri ve Hukukî Tahlilleri*, 1: 53.

¹¹⁷ Sava Paşa, *İslâm Hukuku Nazariyatı Hakkında Bir Etüt* (İstanbul: Kitabevi Yayınları, ty.), 1: 58-59. Bu meyanda Sava Paşa, Emeviler döneminde Suriye mahkemesinde uygulanan kanunların İslami bir vasıf alması için gerekli tedbirlerin alınmadığını söylemektedir.

örfe dönüşen unsurlar fıkhn bünyesi içerisinde eritilmiştir.¹¹⁸ Bu bağlamda bu dönemde oluşturulan devletin idari ve yargı erki vezaret, hisbe teşkilatı ve “kâdî'l-kudât”¹¹⁹ makamı özelinde yargı vb. kurumların fıkhn aracılığıyla hukuki birliği zedelemeyecek şekilde incelendiği görülmektedir. Dönemin halifelerinin talebiyle ilim adamları tarafından devlet maliyesi ve idaresi hakkında fıkhi yöntemi esas alan eserler telif edilmiştir.¹²⁰ Siyasi iradenin de desteğiyle İslam hukukçuları, başarılı bir çalışma ile örf ve adet hukuku niteliğindeki birikimi, İslam'ın ana ilkeleri çerçevesinde yorumlayıp fıkhn delilleri aracılığıyla bir asla bağlamış ve sistemli bir hukuk bütünü şeklinde ortaya koymuşlardır. Bu şekilde şer'î ve örfî hukuk ayrımının zeminini ortadan kaldırmışlardır.

Ancak bu çaba birçok etken altında sürdürülememiş ve fıkhn kodlarına yerleşmiş olan “siyaset yetkisi”, diğer etkenlerle birlikte, siyasi düşüncenin fıkhn alanından uzaklaşıp siyasetnâme literatürü içerisine kaymasına ve bu alanın genişlemesine katkı vermiştir. Siyasetnâme türü eserlerde siyasal alana, doğrudan fıkhn merkezli bir yaklaşım ile değil, fıkhnı da içeren daha geniş ve serbest analizlerle rehberlik etmek amaçlanmıştır. İlginç olan nokta bu tür eserleri veren müelliflerin önemli bir kısmının aynı zamanda fakih olmaları ve fıkha ve usulüne dair eserler vermiş olmalarıdır. Örnek olması bakımından Ebu'l-Hasen el-Mâverdî (450/1058) “*Nasîhatu'l-mülûk*”, “*Teshîlu'n-nazar ve ta'cîlu'z-zafer*”i, Ebu Hamid el-Gazâlî (505/1111) “*et-Tibru'l-mesbûk fi nasâihi'l-mülûk*”u, Ebu Bekr et-Turtûşî (520/1126) “*Sirâcu'l-mülûk*” yazdıkları halde fakih kimlikleri ile de eser vermişlerdir. Bu müellifler bu türde eser vermeyi fakih kimliklerine aykırı görmemişlerdir. Nasihatnâmelerin dili, normatif kurallar yoluyla rehberlik eden hukukçu üslubu değil, bir bilge edasıyla nasihat etmektir. Bu yöntemin eğitici nitelikleri olduğu kabul edilse de, yönetim alanının normatif kurallarla denetlenemeyeceği şeklinde bir fikri de içermektedir. Yöneticilerin ancak gönül hoşnutlukları bulunduğu yönlendirilebilecek müstakil bir konuma sahip

¹¹⁸ Sava Paşa, *İslâm Hukuku*, 1: 58-59; İbrahim, “Customary Practices as Exigencies in Islamic Law Between a Source of Law and a Legal Maxim”, 230.

¹¹⁹ Şükrü Özen, “Kâdîkudât”, *DİA* (Türkiye Diyanet Vakfı Yayınları, 2001), 24: 78.

¹²⁰ Bu dönemde tedvin edilen dikkat çekici bazı eserler şunlardır: Ebu Yûsuf (182/798): *Kitâbu'l-harâc*, Yahya b. Âdem (203/818): *Kitâbu'l-harâc*, Ebu Ubeyde Kâsım b. Sellam (224/839): *Kitâbu'l-emvâl*. Yakın zamanlı olarak telif edilen bu eserlerin ortak özelliği sorunları fıkhn merkezinde ele almalarıdır. Bunlara fıkhn ana bünyesi içerisinde yer alan *Kitâbu's-siyer* ve *edebu'l-kâdîleri* de ilave etmek mümkündür. Ancak bu eğilim muhtemelen Sasanî nasihatnâme kültürü ve dönemin siyasi koşulları sebebiyle siyasetnâme türü eserlere doğru evrilmiştir. Hicri beşinci yüzyılda Abbasi halifesinin teşvikiyle Mâverdî (450/1058) ve Ebu Ya'la (458/1066), “*el-Ahkâmu's-sultâniyye*” adlı eserleriyle idare, maliye, yargı, hisbe, mezalim vb. konular yeniden fıkhn yazım tekniği içerisinde bir araya getirilmiştir. Ancak bu kanal muhtemelen siyasi destek bulmadığı için geliştirilememiştir.

oldukları kabulüne sahiptir. Hâlbuki Mâverdî (450/1058) ve Ebu Ya’la (458/1066)’nın başlattığı normatif çerçeveyi derinleştirmek ve yaygınlaştırmak mümkün olabilirdi.

Bunun sonucunda klasik çağ ve sonrasında fakihler, cüz’i bir asla bağlanabilen ve sivil alanda geliştirilebilecek hususlarda derinlikli düşünceler ve tartışmalar yaptıkları halde idare ve maliye de dâhil olmak üzere siyasal alana girildiğinde genel olarak konuyu veliyyu’l-emrin takdirine bırakmayı yeğlemişlerdir. Fukahanın bu yaklaşımlarını, siyasal toplumun kudreti ve konjonktür ile açıklamak yeterli değildir. Çünkü en azından ilk dönem klasik fıkıh kaynakları devlet başkanın müçtehid olması gerektiğini şart koşmuşlardır. Bu şart devlet başkanının en az kendileri kadar fıkıh üretme kapasitesine sahip olduğu anlamını içermektedir. Üstelik veliyyu’l-emrin, ilave meziyet ile uygulamanın içerisinde olduğu ve değişen ihtiyaçları en iyi şekilde takip ettiğine dair bir kabulü barındırmaktadır. Bu sebeple ta’zir cezaları başta olmak üzere, toplum düzeninin gerektirdiği idari ve mali hususlarda düzenleme yapma yetkisini devlet başkanına terk ettiler. Bu durum idare, maliye, hisbe ve yargı alanlarında hızlı karar alma ve uygulama imkânı sağlayabilmektedir. Yine veliyyu’l-emrin takdirine bırakma, toplumda hukuk birliğinin sağlanması bakımından da işlevsel sonuçlar doğurabilmektedir. Fakat devlet başkanları pratikte çoğu kez müçtehit olmamışlar ve günlük siyasetin ihtiyaçları kararlarında belirleyici olmuştur. Zamanla kanıksanan bu durum çok geniş bir alanda fikir geliştirmekten uzaklaşma sonucunu doğurmuştur. İkili bir hukuk yapısının ortaya çıkmasına sebebiyet vermiştir.

Bu tartışmalar, İslam hukuk tarihinde “şeriat-siyaset” veya “şer’î hukuk-örfi hukuk” şeklinde ortaya çıkan gerilimin hukuk hayatı bakımından ideal olduğunu savunma imkânının olmadığını gösterdiği gibi bunu olağan sayma lüksünün de bulunmadığını resmetmektedir. Fıkıhın, şer’î nasların tikel ve tümel yorumu ile beşeri davranış ve ilişkileri düzenlemeyi hedefleyen bir ilim olduğu dikkate alındığında, siyaset sahası olarak adlandırılan ve hukuki çerçevesi öngörülebilir olmayan bir alanı ilânihaye himaye etmesi düşünülemez. Yine böyle bir alanın meşruiyeti kabul edildiğinde daima şer’î esaslara göre doldurulabileceği de garanti edilemez. Kaldı ki bu durumun, hukuk doktrinini geliştirmeye katkısı şöyle dursun, fıkhi faaliyetlerin gittikçe sığlaşmasına yol açtığını öngörmek tarihsel tecrübeler dikkate güç değildir.

Hz. Peygamber ve Raşit halifelerden nakledilen bazı tatbikatlarının siyaset/siyâset-i şer'iyenin meşruiyetinin delili olarak sunulması¹²¹, bütüncül bir hukuk sistemi oluşturmak için sonraki dönemde yapılan doktrinel bir yorumlamadır. Bu yorumlamanın başka bir şekilde yapılma imkânı yoktur denemez. Siyaset adı verilen istisnai bir alan oluşturmak ve buna dayanarak istisnai hükümler koymak şeklinde başlayan sürecin istisnaların çoğalıp kaideleşmesiyle sonuçlandığı, şer'î ve örfî hukuk ikilemiyle reddi kabil olmayan bir olguya dönüştüğü bir vakiadır. Bu noktada fıkıhın oluşum ve gelişim dönemini temsil eden klasik öncesi çağın, karşılaştığı sorunları, ana ilkeye bağlayarak dönüştürücü ve içselleştirici bir tutumla çözümleme yönteminin tekrar dikkate alınması bir ihtiyaç haline gelmiştir.

4. SONUÇ

İslam hukuk tarihinde örfî-şer'î hukuk gerilimi genel kabul görmüş bir olgudur. Bu olgu başlangıçta "siyaset" kavramıyla ulu'l-emre yargılama ve idari düzenleyici tedbirler alma hususunda verilen bir yetkidir. İbn Kayyim, İbn Ferhun ve Trablusî gibi hukukçular tarafından yargı faaliyetiyle sınırlı olmak üzere bu yetki hâkimlere de tanınmıştır.

Fıkıhın klasik çağında teorik bir tartışmaya girilmeden ulu'l-emre tanınan bu yetkinin mahiyetiyle ilgili ilk tanımlar Hanbelî hukukçuları İbn Akîl ve Tûfî tarafından yapıldığı anlaşılmaktadır. Hanefî hukukunda ilk tanımın İbn Nüceym'e ait olduğu görülmektedir. Bu tanımların siyaset alanını, hakkında şer'î düzenleme bulunmayan mübah olanda düzenleme yapmak ile şer'î hükümlerin toplumda ortaya çıkan bir kısım kötülüklerin kökünü kazımak amacıyla ağırlaştırılarak uygulanması şeklinde belirlediği görülmektedir.

Siyâset-i şer'iyeye terimini kitap isminde ilk defa Tahir b. Hüseyin b. Mus'ab el-Huzâî (207/822) "el-vasiyye fî'l-âdâbi'd-dîniyye ve's-siyâseti's-şer'iyeye" isimli eserinde kullanmıştır. Fıkıh ilmi bakımından "es-Siyasetu's-

¹²¹ Siyasetin meşruiyeti bağlamında yer verilen örnekler şunlardır: Hz. Peygamber, şüphelinin üzerinde kuşku emareleri ortaya çıkması sebebiyle bir suç isnadında hapsetmiş, diğerrinde sopa cezası uygulamıştır. Ganimet malını çalanı ganimet hissesinden mahrum etmiştir. Raşit Halifeler, ganimet çalanın kişinin eşyasını yaktırmış, zekâtını vermeyenin malının yarısını elinden alma, el kesme cezası uygulanamayan hırsıza para cezası verme ve celde cezası uygulama, Hz. Ömer'in içki içenlerin dükkânlarını yaktırması, içki satışı yapılan bir köyü yaktırması, vali Sa'd b. Ebi Vakkas'ın köşkünü vatandaşın kendisine ulaşmasına engel olduğu için yaktırması, Nasr b. Haccâc'ın saçını tıraş ettirip sürgün etmesi gibi siyaset cezaları uyguladıkları aktarılmıştır. İbn Kayyim el-Cevziyye, *İ'lâmu'l-muvakkûn*, 4: 350.

şer’iyye”yi eserinin ismi yaparak gündeme taşıyan kişi ise İbn Teymiyye (728/1328)’dir. İbn Teymiyye’nin bu isme yönelmesi mevcut siyasi iktidarları eleştiri amacı taşımaktadır. Bu süreçten sonra siyâset-i şer’iyye teriminin kullanımının yaygınlaştığı görülmektedir. Bu gelişmede umeranın siyaset yetkisi çerçevesinde ortaya koydukları uygulamalara duyulan tepki ve bu uygulamaları kontrol altına alma arzusu etkili olmuştur.

Bütün önleyici girişimlere rağmen siyâset yetkisi, siyâsetu’ş-şer’iyye adı altında örfî hukuka dönüşmüştür. Örfî hukukun İslam medeniyetinde ortaya çıkışı hakkında iki görüşün ortaya çıktığı tespit edilmiştir. Oryantalistler tarafından seslendirildiği görülen birinci görüşe göre örfî hukuk şer’î hukukun oluşumundan itibaren mevcuttur. Sultanların bağımsız alan arama çabaları sonucunda örfî hukukun alanı daima genişlemiştir. Örfî hukukun en gelişmiş şekli Osmalı’da seküler mahiyette ortaya çıkmıştır. İkinci görüş ise Örfî hukukun şer’in verdiği yetki dâhilinde ulu’l-emr tarafından düzenlendiğini, birçok denetimden geçtiğini ve şer’î hukukun bir parçası olduğunu savunmuştur. Her iki grup, İslam toplumlarında şer’î ve örfî hukuk ikileminin oluştuğunu ortak kanaat olarak kabul etmişlerdir.

Siyaset yetkisinin örfî hukukla sonuçlanması, siyasi ve sosyal faktörlerin yanı sıra fıkıhın klasik formunun siyaset olarak tanımladığı bir alanı idarenin takdirine bırakarak nazari çalışmaların dışında tutması gibi sebeplere bağlanabilir. Ancak hangi sebeplerle açıklanırsa açıklasın, hak ve ödev düzeni ilmi olan fıkıhın, siyaset sahası olarak adlandırılan ve hukuki çerçevesi öngörülebilir olmayan bir alanı ilânihaye himaye etmesi mümkün değildir. Çünkü bağımsızlığı kabul edilen siyaset alanının şer’î esaslara göre doldurulacağı garanti edilemez. Bu bakımdan salt cüz’î delil bulunan hususların değil, şer’in genel ilke ve maksatlarını referans alan fıkıh çalışmalarıyla doktrin ihtiyacının karşılanması gerektiği tespit edilmiştir.

5. KAYNAKÇA

- Akgündüz, Ahmed. *Osmanlı Kanunnâmeleri ve Hukukî Tahlilleri*. 8 Cilt. İstanbul: Fey Vakfı Yayınları, 1990.
- Akgündüz, Ahmet. “Osmanlı Hukuku’nda Şer’î Hukuk-Örfî Hukuk İkilemi ve Yasama Organının Yetkileri”. *İslâmî Araştırmalar Dergisi* 12/2 (1999): 117-122.
- Apaydın, H. Yunus. “Siyâset-i şer’iyye”. *DİA*. 37: 299-304. Ankara: Türkiye Diyanet Vakfı Yayınları, 2009.

- Arı, Abdüsselam. "Hz. Ömer'in Ebû Mûsâ el-Eş'arî'ye Gönderdiği Mektubun Yargılama Hukuku Açısından Analizi". *İslam Hukuku Araştırmaları Dergisi*. 2 (2003): 85-99.
- Askalânî, Ahmed b. Ali b. Hacer el-. *Fethu'l-bârî bi'sherhi sahîhi'l-Buhârî*. Beyrut: Dâru'l-ma'rife, t.y.
- Aydın, M. Akif. *Türk Hukuk Tarihi*. 12. Bs. İstanbul: Beta, 2014.
- Behûtî, Mansur b. Yunus b. İdris. *Keşşâfu'l-kınâ' an metni'l-iknâ'*. Beyrut: Âlemu'l-kutub, 1983.
- Bilmen, Ömer Nasuhi. *Hukukî İslâmiyye ve Istilahatı Fıkhiyye Kamusu*. İstanbul: Bilmen Yayınevi, 1968.
- Bosworth, C.E. "Melikşah". *Mûcezu dâireti'l-meârif el-islamiyye*. Trc. Arapçaya çeviri: Komisyon. Mısır: Merkezi's-Şârîka lilîdâi'l-fikrî, 1998.
- Coulson, Noel James. *A History of Islamic Law*. Edinburgh: Edinburgh Universty Press, 1964.
- Cüveynî, Abdulmelik b. Abdullah b. Yusuf el-. *Nihâyetu'l-matlab fi dirâyeti'l-mezheb*. Cidde: Dâru'l-menâhic, 1428.
- Cüveynî, Abdulmelik b. Abdullah b. Yusuf el-. *Nihâyetu'l-matlab fi dirâyeti'l-mezheb*. Cidde: Dâru'l-menâhic, 1428.
- Çolak, Abdullah. *İslam Hukuk Tarihi ve İslâm Hukukunun Delilleri*. Malatya: medipres matbaacılık Yayıncılık, 2014.
- Ebû Ya'lâ, Muhammed b. el-Huseyn el-Ferrâ. *el-Ahkâmu's-sultâniyye*. Beyrut: Dâru'l-fikr, 1414.
- Ebu'l-Bekâ, Eyyub b. Musa el-Hüseynî el-Kefevî. *el-Külliyât Mu'cemun fi'l-mustalahât ve'l-furûki'l-luğaviyye*. 2. Bs. Beyrut: Müessesetu'r-risâle, 1419.
- Fitzgerald, S. V. "İslam Hukukunun Roma Hukukundan İktibasta Bulunduğu İddiası". *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*. Trc. Bilge Umar 29/4 (1964): 1128-1154.
- Gardizî, Ebu Saîd Abdulhay b. Dahhâk Mahmûd. *Zeynu'-Ahbâr*. Trc. es-Seyyid Zeydân Ifâf. Meclisu'l-ilmî li's-sekâfe, 2006.
- Goldziher, I. "Fıkıh". *İslâm Ansiklopedisi*. 4: 601-608. Ankara: Milli Eğitim Basımevi, 1978.
- Ğâmidî, Nâsır b. Muhammed b. Müşrî el-. "Mîrâsu zevi'l-erhâm: Ahkamuhu ve turukuhu fi'l-fıkhi'l-islamî". *Mecelletu câmiati ummi'l-kurâ li-ulûmi's-şerîa ve'd-dirâsâti'l-İslamiyye*. 48 (1420).

- Hallâf, Abdulvehhab. *İlmu usûli’l-fikh ve hulâsatu’t-teşrîi’l-islâmî*. Kahire: Dâru’l-fikri’l-arabî, 1996.
- Ibrahim, Ahmed Fekry. “Customary Practices as Exigencies in Islamic Law Between a Source of Law and a Legal Maxim”. *ORIENS* 46 (2018): 222-261.
- İbn Âbidîn, Muhamed Emin. *Reddu’l-muhtâr ale’d-Dürri’l-muhtâr şerhu Tenvîri’l-ebşâr*. Riyad: Dâru âlemi’l-kütüb, 1423.
- İbn Âbidîn, Muhammed Emîn Efendî. *Mecmûatu resâili İbn Âbidîn*. 2 Cilt. İstanbul: Dersâdet, 1325.
- İbn Cemâa, Bedruddin. *Tahrîru’l-ahkâm fi tedbiri ehli’l-islâm*. 3. Bs. Katar: Dâru’s-sekâfe, 1988.
- İbn Ferhûn, Burhanuddin Ebi’l-Vefa İbrahim. *Tebziratu’l-hukkâm fi usûli’l-ekdiye ve menâhici’l-ehkâm*. Riyad: Dâru âlemi’l-kütüb, 2003.
- İbn Haldûn, Abdurrahman b. Muhammed. *Mukaddimetu İbn Haldûn*. 1. Bs. Beyrut: el-Mektebetu’l-asriyye, 1419.
- İbn Kayyim el-Cevziyye, Ebû Abdillâh Muhammed b. Ebî Bekr ez-Zer’î ed-Dîmeşkî. *İ’lâmu’l-muvakkîn an Rabbi’l-âlemîn*. Beyrut: Dâru’l-kitâbi’l-arabî, 1996.
- İbn Kayyim el-Cevziyye, Ebû Abdillâh Muhammed b. Ebî Bekr ez-Zer’î ed-Dîmeşkî. *et-Turuku’l-hukmiyye fi’s-siyâseti’ş-şeriyye*. Beyrut: Dâru ihyâi’l-ulûm, ty.
- İbn Nüceym, Zeynülabidin b. İbrahim el-Mısri. *el-Bahru’r-râik şerhu Kenzi’d-dekâik*. 1. Bs. Beyrut: Dâru’l-kutubi’l-ilmîyye, 1418.
- İbn Tagriberdî, Ebu’l-Mehâsin Cemaleddin Yusuf. *en-Nücûmu’z-zâhira fi mülûki Mısır ve’l-Kâhira*. Kahire: Vizâretu’s-sekâfe ve’l-irşad, ty.
- İbn Teymiye. *es-Siyâsetü’ş-Şer’iyye*. Trc. Vecdi Akyüz. İstanbul: Dergâh Yayınları, 1985.
- İbn Teymiyye, Takiyyuddin. *es-Siyâsetu’ş-şer’iyye fi islâhi’r-râi ve’r-râiyye*. Beyrut: Dâru’l-kütübî’l-ilmîyye, t.y.
- İnalçık, Halil. “Kanunnâme”. *DİA*. 24: 333-337. Ankara: Türkiye Diyanet Vakfı, 2001.
- İnalçık, Halil. “Osmanlı Hukukuna Giriş : Örfî - Sultani Hukuk ve Fatih’ in Kanunları”. *Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi* 13/2 (1958): 102-126.
- İsnevî, Cemaluddin Ebi Muahmmmed Abdurrahîm b. el-Hasan el-. *et-Temhîd fi tahrîci’l-furû’ ale’l-usûl*. Beyrut: Müessesetu’r-risâle, 1401.
- Karadâvî, Yusuf. *İslam Hukuku*. Trc. Yusuf Işıcık - Ahmet Yaman. İstanbul: Marifet Yayınları, 1997.

- Karâfi, Şihâbuddîn Ahmed b. İdrîs el-. *ez-Zahîra*. Beyrut: Dâru'l-ğarbi'l-İslâmî, 1994.
- Karaman, Hayreddin. *İslâm Hukuk Tarihi*. İstanbul: İz Yayıncılık, 2011.
- Kâsânî, Alaüddin Ebû Bekir b. Mesud el-. *Bedâiu's-sanâî' fî tertibi's-şerâî*. 2. Bs. Beyrut: Dâru'l-kütübi'l-ilmîye, 1986.
- Kehhâle, Ömer Rıza. *Mu'cemu'l-müellifîn*. 15 Cilt. Beyrut: Dâru ihyâi't-turâsi'l-arabî, ty.
- Koçinkağ, Mansur. "رسالة الفرائض لزید بن ثابت مع شرحها لأبي الزناد". *Tasavvur / Tekirdağ İlahiyat Dergisi* 4/1 (30 Haziran 2018): 329-353.
- Koşum, Adnan. "Osmanlı Örfi Hukukunun İslam Hukukundaki Temelleri". *Necmettin Erbakan Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi* 17/17 (01 Haziran 2004).
- Köprülü, M. Fuad. "İslam Amme Hukukunda Ayrı bir Türk Amme Hukuku Yok mudur?" *Bellekten* II/5/6 (1938).
- Köprülü, M. Fuad. *İslam ve Türk Hukuk Tarihi Araştırmaları ve Vakıf Müessesesi*. İstanbul: Ötüken Neşriyat, 1983.
- Köprülü, Mehmet Fuat. *İslam Medeniyeti Tarihi*. İstanbul: Alfa Yayınları, 2018.
- Kudât, Hanân Abdulkerim el- - Mansur, Muhammed Halid. "el-İctihâdu'l-maslahî bi'l-örf ve tatbikâtuhu fi'l-mezhebi's-Şâfiî". *Dirasat: Ulûmu's-şerî ve'l-kânûn* 43/2 (2016): 692-702.
- Makrîzî, Takiyyüddîn Ahmed b. Ali b. Abdilkadir b. Muhammed el-. *el-Mevâiz ve'l-i'tibâr bi zikri'l-hitati ve'l-âsâr*. 1. Bs. Beyrut: Dâru'l-kütübi'l-ilmîye, 1418.
- Mâverdî, Ebu'l-Hasen Ali b. Muhammed b. Habîb. *el-Ahkâmu's-sultâniyye ve'l-vilâyâtu'd-dîniyye*. Beyrut: Dâru'l-kitâbi'l-arabî, 1410.
- Mâverdî, Ebu'l-Hasen Ali b. Muhammed b. Habîb el-. *Kitâbu teshîli'n-nazar ve ta'cili'z-zafer fî ahlâki'l-melik ve siyâseti'l-mulk*. Beyrut: Dâru'n-nahdati'l-arabiyye, 1981.
- Mâverdî, Ebu'l-Hasen Ali b. Muhammed b. Habîb el-. *Nasîhatu'l-mülûk*. Kuveyt: Mektebetu'l-felâh, 1983.
- Mâverdî, Ebu'l-Hasen Ali b. Muhammed el-. *Edebu'd-Dunyâ ve'd-Dîn*. Beyrut: Dâru İbn Kesîr, 1415.
- Merğînânî, Burhânuddin Ebu'l-Hasen Ali b. Ebî Bekr b. Abdilcelil. *el-Hidâye fî şerhi Bidâyeti'l-mubtedî*. Beyrut: Dâru ihyâi't-turâsi'l-arabî, 1995.
- Midilli, Muharrem. "Dede Cöngi'nin es-Siyâsetu's-şer'iyye'si Osmanlı Ceza Kanunlarının Hukukî Temellendirmesi midir?" *Osmanlı'da İlm-i Fıkıh*. Ed. Mürteza Bedir - Necmettin Kızılkaya - Hüzeyin Sağlam. 1. Bs. İstanbul: İsar Yayınları, 2017.

- Mübarek, Abdullah. *Mukaddime (es-Siyâsetu’ş-şer’iyye ve Islâhu’r-râî ve’r-raiyye’nin başında)*. Beyrut: Dâru’l-kütübî’l-ilmîyye, ty.
- Nevevî, Muhyiddin Ebu Zekeriyya Yahya b. Şeref. *Ravdatu’t-tâlibîn ve umdetu’l-müftîn*. Beyrut: Mektebetu’l-islâmî, 1991.
- Nevevî, Muhyiddin Ebu Zekeriyya Yahya b. Şeref en-. *Ravdatu’t-tâlibîn ve umdetu’l-müftîn*. Beyrut: Mektebetu’l-islâmî, 1416.
- Özen, Şükrü. “Kâdilkudât”. *DİA*. 24: 77-82. Türkiye Diyanet Vakfı Yayınları, 2001.
- Sâbî, Ebu’l-Hasen el-Hilal b. el-Muhsin. *Tuhfetu’l-umerâ fi târihi’l-vuzerâ*. Beyrut: Mektebetu’l-e’yân, ty.
- Sava Paşa. *İslâm Hukuku Nazariyatı Hakkında Bir Etüt*. İstanbul: Kitabevi Yayınları, ty.
- Schacht, Joseph. *İslâm Hukukuna Giriş (An Intriduction to Islamic Law)*. Trc. Mehmet Dağ - Abdulkadir Şener. 2. Bs. Ankara: Ankara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Yayınları, 1986.
- Sem’ânî, Ebu’l-Muzaffer Mansur b. Muhammed es-Sem’. *Kavâtiu’l-edille fi usûli’l-fikh*. Beyrut: Dâru’l-kutubi’l-ilmîyye, 1418.
- Serahsî, Şemsu’l-Eimme Ebû Bekr Muhammed b. Ebî Sehl es-. *el-Mebsût*. Beyrut: Darü’l-ma’rife, ty.
- Suyûtî, Celaluddin Abdurrahman es-. *el-Eşbâh ve’n-nezâir fi kavâid ve furûi fikhî’ş-Şâfiyye*. Beyrut: Dâru’l-kütübî’l-ilmîyye, 1403.
- Şâtübî, Ebû İshak İbrahim b. Musa b. Muhammed eş-. *el-Muvâfakât fi usûli’ş-şer’î’a: İslamî İlimler Metodolojisi*. Trc. Mehmet Erdoğan. İstanbul: İz Yayıncılık, 1990.
- Tahânevî, Muhammed Hâmid et-. *Keşşâfu istilâhâti’l-fünûn ve’l-ulûm*. 1. Bs. Beyrut: Mektebetu-Lübnân nâşirûn, 1996.
- Tehânevî, Muhammed Ali b. Ali. “el-Ulûhiyye”. *Keşşâfu istilâhâtü’l-fünûn*. Beyrut, 1998.
- Trablûsî, Ebu’l-Hasen Alâuddin Ali b. Halil et-. *Muînu’l-hukkâm fimâ yetereddedu beyne’l-hasmeyn mine’l-ahkâm*. Beyrut: Dâru’l-fikrtr, ty.
- Tûfî, Necmuddin Ebu’r-Rebî’ Süleyman et-. *İrşâdu’l-ilâhiyye ile’l-mebâhisi’l-usûliyye - Tersîru’l-Ku’ânî’l-azîm*. 1. Bs. Beyrut: Dâru’l-kütübî’l-ilmîyye, 2005.
- Tursun Beg. *Fatih’in tarihi*. Thk. Ahmet İzciEd. Fatih Kerem Yardım. 2014.
- Yaman, Ahmet. “Osmanlı Pozitif Hukukunun Şer’îliği Tartışmalarına Eleştirel Bir Katkı”. *İslamiyât* 8/1 (2005): 113-125.
- Yaman, Ahmet. *Siyaset ve Fıkıh*. İstanbul: İz Yayıncılık, 2015.