

ORYANTALİZM ve İSLÂM HUKUKU*

Y. Doç. Dr. Murteza BEDİR**

Abstract

Orientalism and Islamic Law

This is a study of the general outlook of Islamic law in Orientalist literature. It consists in two parts; the first part focuses on Orientalist debates over the nature of law beginning with C. S. Hurgronje till present day. It tries to show how the nature of shari'ah preoccupied the minds of Orientalists giving rise two main characterizations, the first of which, going back to nineteenth century but still has a certain reputation, sees it as a deontology rather than the law in modern sense. The other view, which has been gradually gaining ground regards Islamic law as a law in the proper sense. After the general overview, the author presents his own conclusions regarding the debate. The second part turns to the debate over the origins of Islamic law, including the debates over the origins of prophetic material. Here a fundamental misunderstanding by the early Orientalists of the Islamic legal theory was pointed out, which had given rise a pseudo-debate over the authenticity. In the whole the essay is guided by a general perspective that aims to give credit to the Orientalist literature, rather than falling in the traps of outright rejection.

Key words: Orientalism, Islamic law, fiqh, the nature of Islamic law, law, deontology, origin of Islamic law, Roman Law, sunnah.

Oryantalizmle ilgili teorik değerlendirmeleri bir tarafa bırakarak¹ bu

* Bu yazının erken bir versiyonu Oryantalizmi Yeniden Okumak: Batıda İslâm Çalışmaları konulu Sempozyumda tebliğ olarak sunulmuştur. 'Oryantalizmi Yeniden Okumak: Batı'da İslâm Çalışmaları' Sempozyumu, (12 Mayıs 2002, Sakarya), s. 371-389, Ankara 2003.

** Sakarya Üniversitesi, İlahiyat Fakültesi.

¹ Bu makale, Edward Said'in problemleştirdiği "oryantalizm" söylemine de yer yer atıfta bulunsa da esas olarak oryantalist edebiyatta devam eden İslâm hukuku alanındaki bir tartışmayı tasvir/diskriptif bir biçimde sunmayı hedeflemektedir. Konunun Saidyen anlamda tartışması için bkz. Edward W. Said, *Orientalism* (New York: Random House, Inc., 1979); Türkçe çev. *Şarkiyatçılık*, çev. Berna Ülner (İstanbul: Metis Yayınları, 1999); Enid Hill "Orientalism and Liberal Legalism", *Review of Middle East Studies* 2 (London: Ithaca Press, 1976), 57-70; Wael B. Hallaq'ın pek çok yazısı yanında özellikle şu iki ma-

kavramı kabaca Batılıların Batı dışı toplumları ve kültürleri (Müslümanlarınki de dahil) akademik çalışmaya ve araştırmaya konu edilmeleri şeklinde tanımlayabiliriz.² Oryantalist çalışmaların, 19. yüzyılda Batılı Güçlerin Doğu ve Afrika topraklarında giriştikleri sömürge faaliyetleriyle büyük ölçüde aynı dönemde başlaması, bu çalışmalarını doğal olarak itham altında bırakmıştır. Özellikle geçen yüzyılın ikinci yarısından sonra bütün dünyada ilmi ve fikri çevrelerde yükselen sömürge karşıtı edebiyat, bugün artık anti-Oryantalist bir literatürden söz etmemizi mümkün kılacak şekilde Oryantalizm çalışmalarına da yansımış durumdadır. Bu tartışmanın teorik boyutunun, daha çok Batı akademisi ve düşünce çevrelerinin özellikle sosyal bilimlerin varsayımlarına ilişkin yaptıkları paradigma içi tartışmaların bir uzantısı olduğu bilinmektedir.³ Bununla birlikte Oryantalizm üzerindeki bu teorik tartışmalar İslâm dünyasında ve ülkemizde bazen sağlıklı bir biçimde yansımış olsa bile,⁴ genellikle bu teorik kökeninden kopartılarak daha çok sömürge karşıtı (ya da Batı karşıtı) duyguların beslediği önyargılı bir tutumun tezahürü olarak gündeme gelmiştir. Bu önyarguların bir neticesinde de ülkemizde ve İslâm dünyasında oryantalizm konulu yapılmış dini-ilmi çalışmaların büyük çoğunluğu konuya savunmacı reflekslerle yaklaşmakta ve genellikle de maddi verilere ve bu verilerin bilimsel bir tahliline dayanmaktan çok, önceden belirlenmiş fikir ve kanaatleri okuyucuya sunmaktadır. Bu yazıda, zaten toplumumuzda ve akademik dünyada yaygın olan Oryantalizm'e dönük önyargularını aşmaya çalışarak Oryantalist edebiyattan olumlu anlamda yararlanmanın mümkün olup olmadığı sorusunun yönlendirdiği bir bakış açısıyla, Batılıların İslâm hukukunun mahiyetine ve kökenine dair gözlemlerinin kısa ve genel bir tarihsel incelemesi yapılacaktır. Önce İslâm hukukunun mahiyetine dair tartışmaların bir anlatısını vereceğiz. Daha sonra da bu mahiyet meselesiyle yakından ilişkili olduğunu düşündüğümüz İslâm hukukunun tarih-

kale: "The Use and Abuse of Evidence: The Question of Provincial Influences on Early Islamic Law", *Journal of the American Oriental Society*, 110 (1989), 79-91; "Usul al-Fiqh: Beyond Tradition", *Journal of Islamic Studies*, 3 (1992), 172-202 (her iki makale de yazarın *Law and Legal Theory in Classical and Medieval Islam: [Variorum, 1995]* isimli derlemesinde tekrar basılmıştır; ve John Strawson "Encountering Islamic Law", University of East London, Occasional Papers Series in the Web (Internet adresi: <http://www.uel.ac.uk/law/research/jsrps.html>).

² Bu tanım bir yönüyle efradını cami ağıyarına mani olmayı hedeflemekte öte yandan da Said sonrası oryantalist edebiyatta ortaya çıkan yeni yaklaşımları da kapsamı bakımından böyle bir ihtimali de tamamen devre dışı bırakmamaktadır. Ayrıca Hilmi Yavuz'un değişik yazılarında üzerinde durduğu (bkz. aşağıda not 4), özellikle Said öncesi "oryantalizm" in kendisini Müslüman olarak gören biri tarafından da yapılabileceği göz önünde bulundurulduğunda, bu yazı "bilimsel-akademik doğu (İslâm) çalışması" anlamında oryantalizm kavramını kullanmaktadır.

³ Mesela E. Said'in çalışmasında Michel Foucault'nun etkisi bilinen bir gerçektir, bkz. Said, *Şarkiyatçılık*, 13 vd.

⁴ Himi Yavuz'un yaptığı eleştiriler buna güzel bir örnektir; örnek olarak bkz. *Modernleşme, Oryantalizm ve İslâm* (İstanbul: Boyut Kitapları, 1998).

sel ve teorik arka planına ilişkin oryantalist edebiyatın bir değerlendirmesini sunacağız. Her bölümün sonunda söz konusu iki konuyla ilgili bazı gözlemler ve yorumlara da yer verileceğiz.

Fıkıh: Hukuk mu Deontoloji mi? İslâm Hukukunun Mahiyeti Meselesi

İlk fıkıh çalışmalarından günümüze kadar oryantalist söylemde sürekli tartışılan bir konu fıkıhın mahiyeti meselesidir; o bir “hukuk sistemi” mi yoksa bir “vazifeler bilimi (*deontology*)” midir? Bir hukuk sistemi olarak görenler için İslâm hukuku, Müslüman toplumun yaşayan (mevzu/pozitif) hukukuna işaret eder ve doğası gereği hukuk toplumsal olanı (sosyolojik) yansıttığı için de İslâm hukukunun değişmezliğinden söz etmek kendi içinde çelişkili bir ifadedir. Diğer yandan İslâm hukukunu vazifeler doktrini olarak gören yaklaşım, Allah’ın nüfuz edilemez iradesinin bir ifadesi olarak (teolojik) İslâm’ın kutsal hukukunu aslında inananların hayatına hükmeden zaman ve mekan üstü kurallar bütünü olarak tanımlamaktadırlar. Bu ikinci yaklaşım, İslâm hukukunun realiteden kopuk idealist niteliğine dikkat çekmekte ve onun aslında modern hukukların bir özelliği olan toplumdaki anlaşmazlıklara pratik çözümler üretme işlevinin olamayacağını iddia etmektedirler. Birinci tavrın oryantalistler arasında başlangıçta yaygın kanaat olduğu anlaşılmaktadır. Günümüze doğru gelindiğinde ise ikinci kanaatin de kendisine hiç de azımsanamayacak bir taraftar kitlesi bulunduğunu görüyoruz. Birinci yaklaşımdan ikinci yaklaşıma geçiş, aslında genel oryantalist söylemdeki bir değişime de işaret etmektedir. 19. yüzyıl modernist-pozitivist-medenileştirici ve bu nedenle de sömürgeciliği batı-dışı toplumları aydınlatma misyonu olarak tanımlayan zihin dünyasından bugün tek bir rasyonalite ve moderniteden söz edilemeyeceğini, aksine farklı kültür ve medeniliklerden bahsedilmesi gerektiğini söyleyen postmodernist zihin dünyasına geçildiği söylenmektedir. Bu okuma biçiminde, doğru olsun olmasın, İslâm hukukunun mahiyetine ve dolayısıyla idealizm-realizm (teori-pratik) gerilimine ilişkin yapılan değerlendirmelerde, sözü edilen türden bir dönüşümü müşahade etmekteyiz.

Batılıların fıkıh sahasına ilgileri bilimsel anlamda 19. yüzyılda başlamıştır. İngiliz ve Fransız sömürge idareleri altında yaşayan Müslümanların hukuki sorunlarının çözümlenmesi kapsamında⁵ başlayan bu ilgi daha sonra oryantalizmin doğuşuyla birlikte sadece hukuki bakış açısından değil aynı zamanda Müslüman toplumun dini, sosyal, siyasi, vs. kültürünü inceleme yönünde de gelişmiştir. İlk izlenimler fıkıhı, Batılıların İslâm’la ilgili klişe önyargılarıyla koşut bir biçimde az gelişmiş toplumun yetersiz, kaba ve rasyonellikten uzak kuralları olarak görme şeklinde olmuştur. 19. yüzyılda yaşayan Hollandalı oryantalist Christian Snouck Hurgronje (1856-1936) genel-

⁵ Stephen R. Humphreys, *Islamic History: A Framework for Inquiry*, (London: I. B. Tauris & Co Ltd, 1995, gözden geçirilmiş baskı, 1995), 209-210.

likle ilk Batılı İslâm hukuku uzmanı olarak görülür.⁶ Kendisi Hollanda sömürgesi olan bazı İslâm ülkelerindeki mahkemeler ve hukuk sistemleri üzerine gözlemler yapmasına rağmen, Hurgronje fıkhi bir “hukuk sistemi” olarak değil de “vazifeler ilmi (*deontoloji*)” olarak tanımlamıştır.⁷ Fıkhi, modern hukuk düşüncesindeki kişi haklarının korunması anlamında bir hukuk sistemi olarak görmeyen Hurgronje, tersine fıkhi Müslüman’ın Allah’a karşı vazifelerinin bir bütünü olarak nitelendirir.⁸ Bu nedenle o, fıkhi aile, miras ve vakıf alanları dışında sınırlı bir uygulamaya sahip olduğunu iddia etmekteydi.⁹ Bugün Hurgronje’yi bu şekilde düşünmeye iten sebepler arasında 19.yy’ın sonu ve 20. yy’ın başında Batı’da hakim bazı düşünce ve genel kabullerin olduğunu biliyoruz.¹⁰ Buna göre Batı medeniyeti özgün, benzeri olmayan bir medeniyettir ve Batı dışı toplumların Batılı kurumlara bırakın denk olmasını benzer kurumlar bile üretmesinden söz edilemez. Ancak onun bu kanaate ulaşmasının tek nedeninin, bu ön yargı olduğunu söylemek de meseleyi basite indirgemek olur.

Fıkha yönelik bu akademik ilgi Hurgronje’den sonra artarak devam etmiştir. Başlangıcından bu yana bu akademik çalışmalar, genelde yöntem olarak Yunan ve Latin Klasiklerini çalışmak amacıyla geliştirilmiş olan filolojik yöntemle tarihsel tenkit yöntemini benimsemişlerdir.¹¹ Sami diller uzmanı olan Musevi asıllı Macar oryantalist Ignaz Goldziher’le birlikte İslâm çalışmaları daha geniş bir perspektife kavuşmuştur. İslâmi klasik metinleri çalışarak Goldziher genelde İslâm’ın, özelde ise İslâm hukukunun kaynaklarının sıhhati (otantisitesi) meselesiyle ilgilenmiştir. Onun hadis ve ilk dö-

⁶ A.g.e., 209; Baber Johansen, *Contingency in a Sacred Law: Legal and Ethical Norms in the Muslim Fiqh* (Leiden: Brill, 1998), 43. Şüphesiz Batılıların İslâm’a ve onun kurumlarına ilgisinin tarihi çok daha eskilere götürülebilir, ancak Batılı bilim adamları, önceki çalışmalarda katı Hristiyan bakış açısının hakim olduğunu, tüm diğer yabancı kültürlerle olduğu gibi İslâm’a da tarafsız-seküler-bilimsel bakma çabasının akademide başladığını kabul ederler ki, ben de bu çalışmada onların bu kabulünü hareket noktası olarak aldım. Gerçekten de Hristiyan bakış açısı diğer dinleri “sapık inanışlar” olarak gördüğü için “tarafsız” bakmayı imkansız kılmaktaydı; buna karşılık seküler-akademik bakış açısı teorik olarak bütün dinlere uzak durmayı hedeflemektedir. Ancak bunu söylemekle akademik bakış açısının tam anlamıyla “tarafsız” olduğunu iddia etmiyoruz, sadece Hristiyan bakış açısının tarafsız olma kaygısını en azından teoride taşımadığını söylemiş oluyoruz.

⁷ C. Snouck Hurgronje, “De La Nature du droit Musulman”, G.-H. Bousquet ve J. Schacht tarafından hazırlanan *Selected Works of C. Snouck Hurgronje* (Leiden: Brill, 1957), 261; Johansen, *Contingency*, 43-45; Humphreys, *History*, 209.

⁸ Johansen, *Contingency*, 43.

⁹ C. Hurgronje, “Le Droit Musulman”, G.-H. Bousquet ve J. Schacht, *Selected Works of C. Snouck Hurgronje*, 231.

¹⁰ Johansen, *Contingency*, 43-44.

¹¹ Edward Said, *Orientalism*, 22, 123-148; Baber Johansen, “Politics, Paradigms and the Progress of Oriental Studies: the German Oriental Studies (Deutsche Morgenländische Gesellschaft) 1845-1989”, *MARS: Le Monde Arabe dans la Recherche Scientifique. The Arab World in Scientific Research. Al-`Alam al-`Arabi fi l-Bahth al-`Ilmi*, 4 (1994), 81-83.

nem İslâm hukuk tarihi üzerine yaptığı çalışmaları halefleri üzerinde çok etkili olmuştur. Her ne kadar o, fikhın “vazifeler bilimi (*Pflichtenlehre*)” olarak tanımlanmasında Hurgronje ile aynı düşüncüyü paylaşıyor olsa da fikhın modern “hukuk sistemi”ne paralellliğini kabul etmektedir.¹²

Fikhın modern anlamda hukuktan farklı bir şey olduğu gözlemi, onun sosyolojik olarak okunmasını imkansız mı kılmaktadır? Başka bir ifadeyle fikh modern hukukun işlevini yerine getirmemekte midir? Bu ve benzeri türden sorular 20. yüzyılın ilk yarısında Batı’da yapılan fikh araştırmalarında sıkça sorulmuştur. Bir taraftan “modern” duruma uyum sağlama girişimleri İslâm fikhına yeni bir bakışı Müslümanlar açısından gerekli kılarken, diğer taraftan da modern Batı bilgi geleneği içinde farklı kültürlerin işgal ettikleri yerin belirlenmesi çabaları bu türden sorulara verilen cevapları yönlendirmiştir. Almanya’dan iki önemli ismin, ünlü sosyolog Max Weber ve ünlü oryantalist Joseph Schacht’ın, İslâm hukukuna dair düşünceleri bu bağlamda sonraki araştırmaları şekillendirmesi açısından üzerinde durulmaya değerdir.

Musevi asıllı ünlü oryantalist Joseph Schacht, fikhın vazifeler ilmi olduğu fikrini büyük ölçüde benimsiyor olsa da fikhıtan bir hukuk sistemi çıkarılabileceğini iddia ederek haleflerinden devraldığı mirası bir adım daha ileri götürmüştür. Mesela, Schacht 1964 yılında yayınlanan fikh bilimine giriş mahiyetinde yazdığı esere: “İslâm Hukukuna Giriş” adını vermiştir.¹³ Burada o, fikhın her ne kadar hukuktan öte bir şey olduğunu söylese de klasik fikh malzemesinde “hukuka ait olan” bir alanın başından beri varlığını koruduğunu iddia etmiştir. Ancak Schacht’ın fikhıtan bir hukuk sistemi çıkarılabileceği yönündeki bu cesur düşüncesi Max Weber’in hukuk sosyolojisine dair geliştirdiği fikirlerle büyük ölçüde sınırlanmıştır; bu yüzden, Schacht’ın daha iyi anlaşılması için önce Max Weber’in hukuk sistemleri tasnifine bir göz atmak gerekmektedir.

Weber ve Kutsal Hukuk. Max Weber’e göre hukuk sistemleri kutsal ve rasyonel olarak ikiye ayrılır.¹⁴ Kutsal hukuk adı altında o Yahudi, Ortaçağ

¹² Johansen, *Contingency*, 45.

¹³ Joseph Schacht, *An Introduction to Islamic Law* (London: Oxford University Press, 1964).

¹⁴ Weber bu görüşlerini şu eserinde dile getirmiştir: *Economy and Society: An Outline of Interpretive Sociology* (Almanca orj. ismi: *Wirtschaft und Gesellschaft*), İngilizce çevirisini hazırlayanlar: Guenther Roth ve Claus Wittich, (Berkeley: University of California Press, 1978). Ayrıca bkz. Bryan Turner, *Weber and Islam: A Critical Study* (London: Routledge and Kegan Paul, 1974), 7. Bölüm (Türkçe çev. Yasin Aktay, *Max Weber ve İslâm* [Ankara Vadi Yayınları, 1992]; Johansen, *Contingency*, 46-51; Patricia Crone, “Weber, Islamic Law, and the Rise of Capitalism”, Toby E. Huff and Wolfgang Schluchter, *Max Weber and Islam* (New Jersey: Transaction Publishers, 1999), 247-272; Reinhard Bendix, *Max Weber: An Intellectual Portrait*, 2. edisyon, (London: University of California Press, 1977), 12. Bölüm, 385-416.

Kilise Hukuku, İslâm Hukuku ve Hindu Hukuku'nu, başka bir ifadeyle kısaca din adamlarınca kontrol edilen ve uygulanan hukuk sistemlerine yer verir. Bütün Weber şarihlerinin üzerinde ittifak ettiği gibi Weber'in batı dışı toplumlarla ilgilenmesinin ardında onun modern rasyonel batı medeniyetini açıklama amacı yatmaktadır.¹⁵ Başka bir ifadeyle o kutsal hukuk sistemlerine sahip olan medeniyetlerin neden modernleşemedikleri sorusunu sorarken onların Batı rasyonelleşmesiyle köklü bir tezat oluşturduklarını varsayıyordu. Her şeyin ötesinde Weber zaten Doğu ile Batı arasında temel farklılıklar olduğuna inanıyordu.¹⁶

Weber'in "kutsal hukuk" kategorisi bir anlamda batı dışı dini hukuk normlarını (fıkıh da dahil) teoloji ile sosyoloji arasında bir ara kategori olarak görerek modern-seküler hukuka geçişte ona bir basamak işlevi yüklemektedir. Zaten Kutsal hukukun ayırıcı özellikleri arasında Weber'in üzerinde durduğu önemli bir nokta da bu hukuklarda hukukun vahye/ilhama bağlanmasıdır. O şöyle diyor:

Teorik açıdan hukuk ve onun gelişme usulü şu aşamalardan geçmiş kabul edilebilir: birincisi, "hukuk peygamberleri" aracılığıyla karizmatik hukuki vahiy; ikincisi, hukuk adamları vasıtasıyla hukukun tecrübi olarak yaratılması; üçüncüsü, hukukun teokratik veya seküler güçlerce uygulanması; ve nihayet dördüncü aşama, hukuk eğitimini bilgili ve biçimsel olarak mantıklı bir biçimde elde etmiş kişiler tarafından hukukun sistematik olarak ele alınması ve yargı sisteminin profesyonel olarak yönetilmesi.¹⁷

Weber son aşamayı her zaman olduğu gibi Batı'nın geldiği ideal aşama olarak görmekte ve diğer "geleneksel" sistemlerin bu aşamaları gerektiği şekilde tamamlayamadıklarını ima etmektedir. Hurgronje'nin fıkıhın teolojik karakterine dair söyledikleri, Weber'in "kutsal hukuk" kavramındaki "kutsal"a karşılık gelmektedir. Buna göre fıkıh/kutsal hukuk donuktur (İslâmi literatürde "ictihat kapısı kapanmıştır¹⁸"), "gerçek" anlamda rasyonalite içermez ve sadece aile, miras ve vakıf gibi dinle bağlantılı alanlarda uygulanma şansına sahiptir.¹⁹ Onun en önemli, yani Kitab ve Sünnetten de önce gelen, kaynağı icmadır²⁰ (Burada Hurgronje'nin de icmayı İslâm hukukunun

¹⁵ Bendix, *Max Weber*, 388-389; Johansen, *Contingency*, 47-48, 51; Turner, *Weber*, 1. Bölüm ve 107-110.

¹⁶ Bendix, *Max Weber*, s.68-69,369, 388; Turner, *Weber*, 14-16, 77-81,108, 112.

¹⁷ Max Weber, *Economy and Society*, II, 882 (quoted in Bendix, *Max Weber*, 391; and Turner, *Weber*, 110).

¹⁸ Weber ictihat kapısının 7-8/13-14. yüzyıllardan dan itibaren kapandığını söylüyor, bkz. *Economy and Society*, 819.

¹⁹ A.g.e., 815.

²⁰ Weber, *Economy and Society*, II, 820 ; Johansen, *Contingency*, 48.

en öncemli esası olarak gördüğünü hatırlatmakta yarar var²¹). Başka bir ifadeyle Weber'deki hukukun kutsal yönüne yapılan vurgu, onun pratikten kopuk olması anlamına gelmektedir.²²

Hukuki akliliğe (rasyonalite) gelince,²³ burada Weber'in iki aklilik arasındaki ayrımı önemlidir: maddi aklilik (*substantive rationality*) ve biçimsel aklilik (*formal rationality*). Weber'in idealindeki akliliği temsil etmesi açısından önce biçimsel akliliğin ne olduğunu ortaya koymamız onun zıddını oluşturan maddi akliliğin de anlaşılmasına katkıda bulunacaktır. Bunun tersi de doğrudur ki, Weber'in yapmak istediği de aslında budur; yani kutsal hukukun ayırıcı özelliği olan maddi akliliğin tanımlanması yoluyla modern hukukun biçimsel akliliğine ışık tutmak. Weber'e göre kutsal hukuk belirli oranda bir aklilik geliştirebilir, ama bu modern batı hukukunda ortaya çıkan biçimsel aklilikten başka bir şeydir.²⁴ Modern seküler ve rasyonel batılı hukuk sistemlerinin bir özelliği olan biçimsel aklilik, usul hukukunun önceden belirlenmiş teorik kurallara göre hareket etmesi ve ahlak, yarar vs. gibi mülahazaları yargılama sürecine katmaması anlamına gelir.²⁵ P. Crone'un da işaret ettiği gibi Weber sanki mekanik bir hukuk işleyişi kurgulamaktadır; ona göre hakim hukuku uygularken adeta genel prensipleri özel durumlara uygulayan salt bir aracı durumundadır ve bu sürece kendisinden hiç bir şey katmamaktadır.²⁶ Weber'e göre bu biçimsel aklilik, bir hukuk sisteminin kutsal geleneklerin bir özelliği olan meseleci (kazuistik) hukuk aşamasından geçerek genel kurallar ve kavramların hakim olduğu "mantıki aklileşme" adını verdiği modern rasyonel hukuk aşamasına ulaşmasıyla mümkün olmaktadır. Batı'da hukukun teorik normlar ve ilkeler olarak formüle edilebilmesi hukukun "vahye" dayalı "bulunması/keşfedilmesi" gereken bir olgu olduğu şeklindeki önceki anlayışı terk eden seküler hukuk eğitimi almış bir hukukçular sınıfının ortaya çıkmasıyla mümkün olmuştur.²⁷ Bu hukukçular hukuku, soyut kurallar bütünü olarak formüle etmiş ve bu da neredeyse mümkün olabilecek her türlü hukuki olayın çözümünü ihtiva eden bir nevi "boşluk" içermeyen bir sistem oluşturmuştur.²⁸

²¹ C. Hurgronje, "Islam", G.-H. Bousquet ve J. Schacht, *Selected Works of C. Snouck Hurgronje*, 57; a.y. "The 'Foundations' of Islamic Law", a.g.e, 275-276; Turner, *Weber*, 114-115.

²² Weber, *Economy and Society*, 819-820; Johansen, *Contingency*, 48-49.

²³ Weber, *Economy and Society*, 809-838 ve 880-900; Weber'in hukuk sosyolojisinde çok önemli bir yer işgal eden aklilik meselesi aslında oldukça karmaşık bir konudur; değişik yorumları için bkz., Bendix, *Max Weber*, özellikle 398-400; Turner, *Weber*, özellikle 108-110; Johansen, *Contingency*, 48-51; Crone, "Weber and Islamic Law", 248-251.

²⁴ Johansen, *Contingency*, 49-50;

²⁵ Johansen, *Contingency*, 50; Weber hukuki biçimselliği "teknik olarak işleyen bir nevi akli bir makine" olarak adlandırıyor, bkz. *Economy and Society*, 811.

²⁶ Patricia Crone, "Weber and Islamic Law", 251-253.

²⁷ Weber, *Economy and Society*, 784-808; Bendix, *Max Weber*, 407-416.

²⁸ Crone, "Weber and Islamic Law", 253.

Böylece kutsal hukukun adalet anlayışında hakimın her durum için yeniden icthah ettiği (hukuku her durumda yeniden “bulduğu”) varsayılır. Bu özellik Weber’in icthah kapısının kutsal hukuklarda zorunlu olarak kapandığı iddiasıyla çelişiyor görünse de aslında durum öyle değildir; çünkü bu ikinci nokta Weber’in kutsal hukukun devlet otoritesiyle olan ilişkisi üzerinde yaptığı diğer bir değerlendirmeden kaynaklanmaktadır. Buna göre patrimonial/ataerkil ya da sultani yönetim modeli Doğu’da hukukun keyfi olarak kullanılmasını gerekli kılmaktadır.²⁹ Bunun anlamı ise kutsal hukuk geleneğinde yargılama sürecinin biçimsel hukuk kuralları dışında başka mülahazaları göz önünde bulundurmasıdır ki işte kutsal hukukta farklı türden bir aklilik (maddi aklilik, ahlaki-dini adalet ve siyasi uygunluk arayışı) oluşmasına bu neden olmuştur. Başka bir ifadeyle yöneticilerin keyfi uygulamalarına dayanak oluşturmak amacıyla biçimselliğe geçit verilmeyerek hukukun dışardan müdahaleye açık olması temin edilmiştir; işte hukukun her durum için yeniden keşfinden Weber’in anladığı budur; yoksa kutsal hukuklarda icthah asla anlamlı bir rol oynayamaz.³⁰ Bu hukuk sistemlerinde ahlaki tavsiyelerle hukuki emirler iç içe geçmiş ve biçimsel olmayan bir hukuk sistemi ortaya çıkmıştır.³¹ Weber’e göre Batı dışı geleneksel hukuk sistemlerinde adalet mekanizmasının belirli bir keyfilik arz etmesi aslında bu toplumlardaki siyasi yapının zorunlu bir sonucudur. Çünkü ona göre, Doğu toplumlarındaki patrimonial-despotik yönetim gerektiğinde hukuka müdahale edebilmek için belirli bir keyfiliği zorunlu kılmaktaydı.³² Weber’in işte bu keyfi adalet sistemini tanımlamak için bulduğu sözcük kadı kelimesinden türemiş olan “*khadi-justice*”tir.³³ Ona göre *khadi-justice* (kadı adaleti) kutsal hukukların adalet anlayışının genel adıdır. Weber’in etkisiyle bu kavram yargıcın keyfi davranması anlamında bugün negatif bir çağrışım içermektedir. Sonuç olarak, Weber için kutsal hukukun biçimsel rasyonalite geliştirememiş olması onu değişmez/pratikten kopuk hale getirmiştir.

Son olarak dikkat edilmesi gereken bir nokta, Weber’in İslâm hukukuna/kutsal hukuka ilgisi, Johansen’in de dediği gibi, onun evrensel tarih modelinde önemli bir yer tutan modern seküler-rasyonel hukuku açıklama bağlamındadır. Yoksa o, İslâm hukukunda akliliğin ne şekilde geliştiği vs. türünden sorularla ilgilenmemektedir. Weberyen kutsal hukuk kavramını İslâm hukukuna uygulayan J. Schacht olmuştur.

²⁹ Turner, *Weber*, 5. Bölüm (“Patrimonialism and Charismatic Succession”) ve 109-112.

³⁰ Weber, *Economy and Society*, 821.

³¹ Weber, *Economy and Society*, 810.

³² Bendix, *Max Weber*, 400; Turner, *Weber*, 5. Bölüm (“Patrimonialism and charismatic Succession”).

³³ Weber, *Economy and Society*, 976-978; yine bkz., Turner, *Weber*, 109-112; Johansen, *Contingency*, 49.

Schacht ve İslâm Hukukunun Evrimi: Sami dilleri ve Arapça uzmanı³⁴ Musevi asıllı Alman Joseph Schacht'ın İslâm araştırmaları sahasında, tıptan hukuka, teolojiden tarihe uzanan, çok geniş bir ilgi alanı³⁵ vardı. Ancak, en fazla İslâm hukukuyla ilgilendi ve bu alandaki çalışmalarıyla meşhur oldu. Hatta 20. yüzyılda Batıdaki İslâm hukuku çalışmalarına damgasını vurduğunu ve fikirlerinin bugün bile oryantalist çevrelerde etkili olduğunu söylemek hiç de abartı değildir.³⁶ Schacht, hukuk alanında özellikle hukukun kökenleri ve erken dönem gelişimi, İslâm hukukunun mahiyeti ve İslâm dünyasındaki modern hukuk reformlarında İslâm hukukunun etkisi üzerinde çalışmalar yapmıştır. İslâm hukukunun mahiyeti ve erken dönem tarihine dair yaptıkları onun en çok ilgi uyandıran ve kendisinden sonra gelen araştırmacıları etkileyen çalışmaları olmuştur. Bu iki alandaki çalışmaları Batıda İslâm hukuku araştırmalarının abideleri arasında sayılan iki eser ortaya çıkarmıştır: *Origins of Muhammadan Jurisprudence*³⁷ (*Muhammedî Hukuk Biliminin Kökenleri*) ve *An Introduction to Islamic Law*³⁸ (*İslâm Hukukuna Giriş*). Birinci eser Schacht'ın İslâm hukukunun erken dönem gelişimini incelemekte ve geleneksel Müslüman anlatısından radikal olarak farklılaşan bir resim ortaya koymaktadır. Yazımızın ikinci bölümünde ele alacağımız İslâm hukukunun kökeni meselesi çerçevesinde bu konuya değineceğimiz için onun bu kitapta ortaya koyduğu fikirlere burada kısaca işaret edelim. Schacht'a göre İslâm hukuku bir sistem olarak ancak hicri birinci yüzyılın sonu ve ikinci yüzyılın başında³⁹ ve Medine'de değil Kufe'de (Irak'ta) ortaya çıkmıştır;⁴⁰ Şafii klasik İslâm hukuk teorisinin mimarıdır;⁴¹ hukuki/fikhi hadislerin büyük bölümü sahih değildir ve bunlar hadisçiler tarafından ikinci yüzyılın yarısından itibaren "dolaşıma" sokulmuştur.⁴² Goldziher'in hadis alanındaki çalışmalarından büyük ölçüde ilham alan J. Schacht bu iddiasını bir yandan isnadda mevcut olan delilleri diğer yandan da hukuki vecizelerin (külli hukuk kurallarının) bize sunduğu ipuçlarını ortaya çıkaran bir yöntemle temel-

³⁴ Aharon Layish, "Notes on Joseph Schacht's Contribution to the study of Islamic law", *British Society for Middle Eastern Studies Bulletin*, 9 (2) (1982) 132.

³⁵ A.g.e., 1342.

³⁶ David Powers, *Studies in Qur'an and Hadith: The Formation of the Islamic Law of Inheritance* (Berkeley: University of California Press, 1986), 1; Aharon Layish, "Notes on Joseph Schacht", 138.

³⁷ Joseph Schacht, *Origins of Muhammadan Jurisprudence* (Oxford: Oxford University Press, 1950).

³⁸ Joseph Schacht, *An Introduction to Islamic Law* (Oxford: University Press, 1964); Tür. Çev. Abdülkadir Şener ve Mehmet Dağ, *İslâm Hukukuna Giriş* (Ankara: İlahiyat Fakültesi Yayınları, 1982).

³⁹ Schacht, "Pre-Islamic Background and Early Development of Jurisprudence", Majid Khadduri ve Herbert J. Liebesny (eds.), *Law in the Middle East*, I (Origin and Development of Islamic Law), 39.

⁴⁰ Schacht, *Introduction*, 29; a.y., *Origins*, 223.

⁴¹ Schacht, *Origins*, 1.

⁴² A.g.e., 138-139 ve genel olarak II. Kısım (*Part II*).

lendirmiştir. Buna göre mesela o, isnadda yer alan “müşterek ravilerin (*common transmitters*)” varlığına dikkat çekerek bu ravilerin hadislerin uydurulmasından sorumlu kişiler olduklarını ileri sürmüştür.⁴³ Hukuk vecizelerinin de daha sonra Peygambere ve sahabilere hadis olarak nisbet edildiğini iddia etmiştir.⁴⁴ Hadislerin sahih olup olmaması hususunda en güvendiği kriter ise, *argumentio e silentio* diye bilinen şu yöntemdir: “Eğer daha sonraki kaynaklarda hadis olarak geçen bir söz erken devirdeki belirli bir hukuki tartışmada taraflarca kullanılmıyorsa o hadisin sonradan uydurma olduğuna hükmedilir.”⁴⁵ Eğer böyle bir hadis mevcut olsaydı taraflardan birinin mutlaka onu delil olarak ileri sürmesi beklenirdi.

Schacht'ın İslâm hukukunun başlangıcını belirtilen bu geç tarihe götürmesinin altında yatan nedenlerden biri de fikhın mahiyetine dair gözlemleridir. Bu konuda yazdıklarını 1964 yılında yayınladığı *An Introduction to Islamic Law* isimli eserinde derli toplu bir şekilde vermiştir. Ona göre İslâm hukuku, ibadet ve bazı aile ve miras vs. gibi alanlarda İslâm'ın iç gelişimine bağlansa bile aslında bu hukuk, sistem olarak ne Kur'an'a ne de ilk nesil Müslümanların Kur'an'ı yorumlamalarına dayanır. Aksine bu hukuk, sistem olarak h. birinci yüzyıl başlarında ortaya çıkan İbrahim an-Nahaî gibi “dindar uzmanlar”ın⁴⁶ dini kategorileri (*ahkâmı*) fethedilmiş topraklardaki mevcut İslâm öncesi hukuki verilere sistematik olarak uygulamasının bir neticesidir (*Islamization* = İslâmileştirme). Başka bir ifadeyle Schacht, fikhın büyük ölçüde Irak çevresindeki hukuk geleneklerini özümsemiş olduğunu göstermeye çalışmıştır.⁴⁷ Bu yüzden o, fikhın içinde bir ‘hukuki’ alanın alttan alta hep varlığını sürdürdüğünü söyler; daha açık bir ifadeyle dini-ahlaki olanla hukuki olanın birbirine karıştığı bu sistemde bu ikisinin birbirinden kolayca ayrıştırılabilmemesinin nedeni onların farklı kökenlere sahip olmasıdır. Hukuki olan seküler Irak medeniyetlerinin mirasına, dini-ahlaki olan ise İslâmi mirasa (tabii ki Hıristiyan ve büyük ölçüde Yahudi etkisindeki bir miras) dayanmaktadır.⁴⁸ Schacht dini olmayan hukuk hammaddesinin İslâmileştirme sonrasında bile hukuki niteliğini koruyabildiğini ve fıkıh içinden modern anlamda bir hukuk sisteminin çıkarılabileceğini kabul etmektedir:

Bu terim (İslâm hukuku), gerçekten de İslâm hukukunun hukuki olmayan unsurlarla karışmış bir dini vazifeler sisteminin bir parçası olduğu unutulmamak kaydıyla kullanılması uygundur. Ancak her ne kadar dini vecibeler sistemine eklemlenmiş olsa da hukuk malzemesi tamamıyla sindirilmiş, hukuki ilişkiler bütünüyle dini ve ahlaki vecibeler terimlerine indir-

⁴³ *A.g.e.*, 171-175.

⁴⁴ *A.g.e.*, 6. Bölüm.

⁴⁵ *A.g.e.*, 141 vd.

⁴⁶ *Introduction*, 26-27.

⁴⁷ J. Schacht, “Islamic Religious Law”, Joseph Schacht ve C. E. Bosworth (eds.), *The Legacy of Islam* (London: Oxford University Press, 1974), 393.

⁴⁸ Schacht, *Introduction*, 15, 20-21,

genmiş ya da onlarla ifade edilmiş değildir; hukuk sahası kendi teknik karakterini korumuş ve hukuki akıl yürütme kendi gelişme çizgisini takip etmiştir. Helal/haram ile sahih/batıl kavramlarının büyük ölçüde aynı uzantıda olması bu ikinci çiftin kendileriyle yakından ilişkili hukuki sonuç kavramıyla birlikte sistemle uyumlu hale gelmesi sağlanmıştır. Böylece saf dini alanla saf hukuki alan arasında ayırım ortaya çıkmıştır ki bu da bizim hukuki malzeme için İslâm hukuku terimini kullanmamızı haklı kılmaktadır. Bu hukuki malzeme İslâm dini vecibeler sistemine eklenildiği için ya maddi ya da biçimsel olarak ama her halükarda oldukça derin bir değişime uğramıştır. Bu hukuki malzemenin İslâm hukuku olması sadece kendisine dahil edilen dini veya ahlaki türden mülâhazalar nedeniyle değil, belki de onların Müslümanların dini vecibelerinin bir parçası olarak daha karmaşık bir süreçle düzenlenmiş ve sistematikleştirilmiş olmalarından kaynaklanmaktadır. Hukuki malzemeyle onun biçimsel düzenlenmesi ilkesi arasında bir tezat bu yüzden kalmıştır.⁴⁹

İslâm hukukunun ham maddesini oluşturduğunu söylediği hukuki veri Yahudi, Roma ve Hıristiyan kadim hukuk gelenekleriyle bunların Emevi ve Abbasi uyarlamalarından oluşmaktadır.⁵⁰ Bu kadim geleneklerin mevcut bilgisi sonradan Kur'an ve hadislerin süzgecinden geçirilerek dini bir karaktere bürünmüştür. Hadislerin sonradan uydurulduğunu iddia etmesinin nedeni de onların bu İslâmileştirme sürecinde kullanılmış olduğuna inanmasıdır. Bu görüşler genel hatlarıyla oryantalistler tarafından uzun süre benimsenmiş ve Batıda İslâm hukuku çalışmalarının temellerini teşkil etmiştir. Aşağıda bunların ayrıntılarına değineceğimiz için şimdi mahiyet meselesine tekrar dönebiliriz.

Görüldüğü gibi Schacht, Hurgronje ve Weber'den daha ileri düzeydeki İslâmi metinlere olan hakimiyeti sayesinde iki selefinin ortaya koyduğu fikirleri daha sistematik ve ilmi bir temele oturtmaya çalışmıştır. Ancak onu yönlendiren ana fikir Weber'in hukuk sosyolojisi sahasında ortaya koyduğu teorilerdir.⁵¹ Öncelikle Schacht fikhın bir vecibeler sistemi olduğunun altını çizer ki, bu fikhın dini karakterinin bir sonucudur. Kur'an ve Peygamber bir hukuk sistemi ortaya koymaktan çok inananların davranışlarının uhrevi sonuçlarıyla ilgilenmişlerdir.⁵² Bu yüzden fıkhıta deontolojik ya da teolojik özellikler göze çarpmaktadır. İkinci aşamada o, fikhın Weber'in kutsal hu-

⁴⁹ A.g.e. 200-201.

⁵⁰ Schacht'ın *Introduction*'ının ilk ana bölümü ("Historical Section") hukukun tarihsel arka planı ve gelişimini ortaya koymaya çalışmaktadır; ayrıca bkz., a.y., "Pre-Islamic Background and Early Development of Jurisprudence", Majid Khadduri ve Herbert J. Liebesny (eds.), *Law in the Middle East*, I (Origin and Development of Islamic Law), 28-56.

⁵¹ Hatta onun hukuk sosyolojisine yaptığı atıflar aslında Weber'in hukuk sosyolojisinedir; bu atıflar için bkz., *Introduction*, 26. Bölüm ("The Nature of Islamic Law").

⁵² Schacht, *Introduction*, 10-11.

kuk dediği kategoriye dahil olduğunu vurgular. Weber'de kutsal hukuk din adamlarınca yönlendirilen hukuk olarak tanımlandığı hatırlandığında Schacht'ın tezi daha iyi anlaşılır. Ona göre fıkıh, tipik bir kutsal hukuk karakteri taşımaktadır.⁵³ O, tam manasıyla bir hukukçular hukukudur⁵⁴ ve sınırlı bir uygulama alanına sahiptir. En etkin uygulandığı alan aile, miras, vakıf hukukudur. En zayıf kaldığı veya hiç etkili olmadığı alanlar ise ceza, vergi, anayasa ve savaş hukukudur, buna karşılık akit ve yükümlülükler hukuku kısmi uygulama şansı bulmuştur;⁵⁵ kamu-özel hukuk ayrımı, ya da ahlak-hukuk ayrışması gibi hukuk sosyolojisinin modernlik ölçütü olarak aldığı gelişmiş ayrımlara sahip değildir;⁵⁶ en önemli kaynağı icmâ'dır;⁵⁷ içtihat kapısı dördüncü yüzyıldan itibaren kapanmış ve hukuk katı değişmez kurallar bütününe dönüşmüştür; yer yer değişim söz konusu olmuşsa da bu sadece hukukun sunumunu iyileştirmeye yönelik kalmıştır. Yoksa pozitif hukukta bir dönüşüme yol açacak bir sistem oluşmamıştır;⁵⁸ seküler-politik iktidarlar kutsal hukuku kaynaştıramadığı için de giderek toplumsal gerçeklikten kopmuş ve "Müslüman'ın bedeninden çok beynine hakim olmuştur";⁵⁹ son olarak da farklı kaynaklardan (dini, seküler, vs.) beslenmiş olması ve bu nedenle de belirli bir aklilik geliştirmiş olsa da modern anlamda akli niteliğini hak etmekten uzaklığı onun kutsal hukuk kapsamında değerlendirilmesini haklı kılmaktadır.⁶⁰

Böylece Weber'in maddi aklilik/gayr-i aklilik ile biçimsel aklilik/gayr-i aklilik ayrımına geliyoruz. Schacht genellikle bu ayrımı basitleştirerek benimsemiş ve İslâm hukukuna uyarlanmasında daha somut verilere dayanmıştır.⁶¹ Ona göre mevcut İslâm öncesi hammaddenin İslâmleştirilmesi ile sistematik hale getirilmesi aynı anda olmuş ve bu da maddi akliliği sisteme hakim kılmıştır. Hukukun sistematik hale getirilmesinde kullanılan araç da analogik bir yöntem olan kıyastır.⁶² Bununla birlikte İslâm hukukunda akli olmayan unsurlar da mevcuttur; onun vahiy kökenli olması ve usul huku-

⁵³ Schacht şöyle diyor: "İslâm'ın kutsal hukuku her şeyi kuşatan bir dini vazifeler bütünüdür ve bütün yönleriyle Müslüman'ın günlük hayatını düzenlemeyi amaçlayan Allah'ın emirleridir; bu aynı zamanda hem ibadetle ilgili emirler hem de (dar anlamda) siyasi ve hukuki kuralları içerir", bkz., J. Schacht, *Introduction*, 1; "Islamic Religious Law", Joseph Schacht ve C. E. Bosworth (eds.), *The Legacy of Islam* (London: Oxford University Press, 1974), 392.

⁵⁴ *Introduction*, 209; a. y., "Religious Law", 400-401.

⁵⁵ *Introduction*, 76.

⁵⁶ A.g.e., 113, 206-208; a.y., "Religious Law", 398-399.

⁵⁷ Schacht, *Introduction*, 114; a.y., "Religious Law", 401.

⁵⁸ Schacht, *Introduction*, 204-205; a.y., "Religious Law", 394-395. Schacht İslâm hukukunda değişim araçları olarak görülen *istihsan* ve *istislahın* marjinal bir önem arz ettiğini haklı olarak iddia ediyor.

⁵⁹ Schacht, *Introduction*, 394.

⁶⁰ A.g.e., 202-204.

⁶¹ Johansen, *Contingency*, 55.

⁶² Schacht, *Introduction*, 201, 208.

kunda kasâme ve yemin gibi gayr-i akli usulleri kullanması gibi.⁶³ Ancak buna rağmen İslâm hukukçuları akılcı sistematiği korumasını bilmişlerdir. Ama unutulmaması gereken nokta, bunun Weber'in dediği gibi maddi bir akililik olduğudur. Modern hukukun özelliği olan biçimsel akilliğe gelince Schacht'a göre, çok ileri düzeyde kazuistik özellik arz etmesinden de anlaşılacağı gibi İslâm hukuku modern Avrupa hukuklarında (özellikle medeni hukuk geleneğinde) gördüğümüz anlamda (genel ilkelerin özel hukuki olgulara uygulanması şeklinde) bir biçimsel akililik geliştirememiştir.⁶⁴

Özetlemek gerekirse Schacht, İslâm hukukunun bir hukuk sistemi olarak belirli bir akililik ve uygulanabilirlik düzeyi kazandığını kabul etmektedir. Hatta, fıkıhın ibadetler bölümünü ihmal etmek pahasına, fıkıhın içinden dar anlamda bir hukuk sistemi çıkarılabileceğini bile iddia etmiştir. İslâm hukuku diye bir alanın fıkıhın içinden çıkarılabileceğini iddia ederken hukukun teolojik değil de sosyolojik karakterini teslim ediyordu. Ancak onun Weber'in hukuk sosyolojisine ve özellikle kutsal hukuk kavramına bağlı kalması İslâm hukukunun mahiyetine yönelik bakış açısını oldukça sınırlamıştır. Bunda "oryantalist Avrupa-merkezli ileri-geri kültürler" söyleminin de payı büyüktür. Schacht'ın bin yılı aşkın bir süreci tek tip düşünme biçiminin bir tezahürü olarak ele alıyor olması ve yazılarında sık sık geçmişle bugünle kıyaslayarak bir nevi anakronizm yapması da oryantalist zihniyetinin bir yansımasıdır.⁶⁵ Bununla birlikte o, Weber'i körü körüne takip etmemiştir. Onun "*khadi-justice*" ifadesine hiç yer vermemesi bunun bir örneğidir.

Schacht sonrası dönemde, onun iki takipçisi Noel Coulson⁶⁶ ve Norman Anderson,⁶⁷ 20. yy.'in ikinci yarısında İngilizce konuşulan dünyada İslâm hukuku çalışmalarında oldukça etkili olmuşlardır. Seleflerinin özellikle İslâm hukukunun mahiyetine ve değişmezliğine dair fikirlerine sıkı sıkıya

⁶³ A.g.e., 202-203.

⁶⁴ A.g.e., 205.

⁶⁵ Strawson, "Encountering Islamic Law", 4-7.

⁶⁶ Coulson A *History of Islamic Law* (Edinburgh: Edinburgh University Press, 1964) yanında *Succession in the Muslim Family* (Cambridge: Cambridge University Press, 1971), *Conflicts and Tensions in Islamic Jurisprudence* (Chicago: Chicago University Press, 1969), *Commercial Law in the Gulf States: The Islamic Legal Tradition* (London: Graham & Troatman, 1984) adlı kitapların ve sayısız makalenin yazarıdır, bkz. "Obituary: Professor Noel J.Coulson", *Arab Law Quarterly*, 1 (1986) 473-474; I. Edge, "Obituary: Noel Coulson", *Bulletin of the School of Oriental and African Studies*, University of London, 50 (1987) 532-534. Writings of N.J.Coulson, *Bulletin of the School of Oriental and African Studies*, University of London, 50 (1987) 534-535.

⁶⁷ J. N. Anderson'ın pek çok makale yanında şu üç kitabın yazarıdır: *Islamic Law in the Modern World* (New York: New York University Press, 1959), *Islamic Law in Africa* (London: Frank Cass., 1970) ve *Law Reform in the Islamic World* (London: Athlone Press, 1976). Anderson için bkz., M. E. Yapp "Professor Sir James Norman Dalrymple Anderson (1908-1994)", *Middle Eastern Studies*, 32i (1996) 218-219.

bağlı olan meslekten hukukçu bu iki İngiliz oryantalist,⁶⁸ Orta Doğu ve Afrika'daki Müslüman ülkelerde uzun süre çalışmışlar ve bu ülkelerin bağımsızlıklarını kazanma sürecinde yaşamış oldukları modernleşme sorunlarına eğilmişlerdir. Bu bağlamda çalışmalarını daha çok bağımsızlığını yeni elde eden Müslüman ülkelerdeki hukuk reformlarına ve bu reformlar üzerindeki modern ve İslâmi etkilere teksif etmişlerdir. Enid Hill'in dediği gibi onlar hep bu reformların içinde "İslâmi" olanı aramışlardır. Hocaları Schacht'ın çizdiği genel resme paralel olarak İslâm hukukunun mahiyetine dair de gözlemler de bulunmuşlardır. Mesela, Noel Coulson bugün artık oldukça eskimiş olan ama batıda hala önemsenen *A History of Islamic Law* isimli eserin de yazarıdır. Bu eser başlangıcından günümüze İslâm hukuk tarihini yazmaya çalışmaktadır. Klasik İslâm hukuku tarihinin daha çok h. 3-4. yy.'a kadar kaydettiği gelişimini genel hatlarıyla Schacht'ın *Origins*'te ortaya koyduğu görüşlerden hareketle özetlemekte ve bundan sonra modern döneme atlamaktadır. 3.-4. yüzyıldan modern döneme kadar olan zaman dilimini yok sayarak modern döneme atlamasında, Müslümanların içtihat kapısını kapatmalarına ve 4. yüzyıldan sonra hukuk doktrininde kayda değer bir gelişiminin olmadığına olan geleneksel oryantalist inancın etkili olduğu görülmektedir.⁶⁹

Anderson ve Coulson İslâm ülkelerinde girişilen kanunlaştırma faaliyetinde reformcuların İslâm hukukuyla modern hukuk fikrini uzlaştırmaya çalıştıklarını iddia etmektedirler. Burada İslâm hukuku evrim geçirerek gelişmemektedir;⁷⁰ çünkü İslâm hukukunun evrim geçirmesi onun ilahi karakterine aykırıdır;⁷¹ reformcuların bugün yaptığı ise modern şartların elverdiği ölçüde İslâm hukuku malzemesi kullanmak ve bu şartlara uymayan yönleri ise ihmal etmekten ibarettir.⁷² Burada hocaları J. Schacht'ın İslâm hukukunun ortaya çıkışını açıklamak için kurguladığı modeli -İslâm hukukunun ilk ortaya çıkışı sırasında (hierî 2. yüzyıl) dindar fakihlerin mevcut hukuki malzemeyi İslâmileştirmek yoluyla İslâm hukukunu bir sistem olarak oluşturdukları iddiasını- modern döneme uyarlamasının etkisi olmuştur. Buna göre yeni şartların baskısı altındaki Müslüman hukukçular teşekkül dönemi fakihlerinin yaptığı gibi önelere gelen malzemeyi (ki bu kez modern durumu) İslâmileştirme yolunu tutmuşlardır.⁷³ Aslında, İslâm hukukunun batılı anlamda özgün bir "hukuk" üretmeyeceği şeklindeki klasik oryantalist söylemin bir kez daha tezahürü ile karşı karşıya olduğumuz açıktır.

⁶⁸ Anderson, *Islamic law in the Modern World*, 2-3; Anderson fikhın "vecibeler doktrini" olarak tanımlanmasını doğru buluyor, bkz., *a.g.e.*, 5; Coulson, *History*, 75, 80-85.

⁶⁹ Coulson, *History*, 75-85.

⁷⁰ Hill, Enid, "Orientalism and Liberal Legalism", *Review of Middle East Studies* 2 (1976), 57 vd.

⁷¹ Anderson, *Islamic law in the Modern World*, 3; Coulson, *History*, 85.

⁷² Anderson, "Islamic Law and Modern Life: Reconciliation in the Middle East", Anderson, *Islamic Law in the Modern World*, 17-37; Coulson, *History*, 153.

⁷³ Aharon Layish, "Notes on Joseph Schacht", 134-135.

Nasıl ki geçmişte kurucu fakihler, hukuku başka kültürlerden (tabii ki özellikle seküler hukuklardan) alarak ona dini bir kisve giydirmişler ve bugün biz o hukuku fıkıhın içinden çıkararak yeniden inşa edebilme imkanına sahipsek, modern-seküler hukuk da günümüz Müslüman hukukçularının hukuk alanındaki faaliyetleri için benzer olanağı sunmaktadır. Sonuç olarak Schacht ve onu takip eden Coulson ve Anderson'a göre fıkıh modern anlamda bir hukuk değildir; olsa olsa o seküler olan ile dini olanı birbirine karıştırmaması nedeniyle Weber'in dediği gibi değişime direnen bir "kutsal hukuktur".⁷⁴

Çağdaş Oryantalizm Dönemi: Batıda sosyal bilimler ve tarih alanındaki pozitifist-medenileştirici-modernist fikirlerin değişime uğraması geç de olsa İkinci dünya savaşından sonra ve özellikle 70'li yıllarda oryantalist araştırmalarda etkili olmaya başlamıştır.⁷⁵ E. Said'in *Oryantalizm* isimli eserinden sonra ise artık "oryantalist" ve "oryantalizm" kelimeleri neredeyse bazı çevrelerde aşağılayıcı bir anlam kazanmıştır. Kabaca söylemek gerekirse Said, oryantizm kavramını yukarıdan bakan batılı insanın batılı olmayan diğer insan ve onun dünyasını güç elde etmek için tanımlayarak okuması anlamında bir zihin dünyası olarak görüyordu. Aslında Said, oryantist çalışmaların arka planına işaret ederken kendisiyle yapılan bir röportajda da söylediği gibi, batılıların İslâm araştırmalarını bir kaleme silmek gibi bir niyet taşıyordu; yalnızca bu zihin dünyasının çözümlenmesini yapmak istiyordu.⁷⁶

Bu entelektüel gelişmelerin İslâm hukuku araştırmalarına yansımaları yeni araştırma alanlarının ortaya çıkması şeklinde oldu. S. Humphreys'in de dikkat çektiği gibi İslâm hukukunu daha önceleri salt bir entelektüel faaliyet olarak gören ve tarihsel pratik ve gerçeklikle bir ilgisinin olmadığını iddia eden görüş, mesela hukuk metinlerini İslâm tarihinin bir kaynağı olarak okumaya müsaade etmiyordu.⁷⁷ İslâm hukukunun teorisi ya da doktrini *usul-i fıkıh* ve *fiuru-i fıkıh* eserlerinde işlenmekteydi. Bunlar ise bize, İslâm hukukunun uygulanmasına yönelik malzeme sağlamamaktaydılar. Fetva koleksiyonları ve mahkeme kayıtlarının bilimsel keşfi bu alanda yeni açılımlara yol açtı. Artık İslâm hukuku Müslüman toplumun tarihsel uygulaması olarak okunabilirdi. 1995 yılında Harvard Üniversitesi Hukuk fakültesinde yapılan fetva konulu konferans'ı düzenleyenler gerekçelerini şu şekilde açıklamaktaydılar: 'Hukuki faaliyetin önemli bir bölümü şeriatın (ya da İslâm hukukunun) somut insan ilişkileri dünyasıyla ilişkilendirilmesine yöneliktir. Zaman

⁷⁴ Anderson, "Conceptions of Law: Islamic and Western", *a.g.e.*, 1-16; Coulson, *History*, 85.

⁷⁵ Johansen, "Politics, Paradigms and the Progress", 88-91.

⁷⁶ Said, *Şarkiyatçılık*, bkz. 1995 Baskısına Sonsöz, 344-368.

⁷⁷ Stephen Humphreys, *Islamic History: A Framework for Inquiry* (Princeton University Press, 1991), 209 (Eserin Türkçe çev. *İslâm Tarih Metodolojisi*, Litera Yayıncılık, İstanbul 2004).

içinde ve değişik mekanlarda iki farklı hukuk yorumcuları kategorisi hukukla olgunun bulunduğu noktada durmuşlardır. Hasmane davalar, ispat kuralları, bağlayıcı yargı kararları ve bunların icrası da dahil hukuk usulü sahası kadiya aittir; İster bir dava süreciyle ilgili olsun isterse olmasın, ferdi başvurular karşısında bağlayıcı olmayan tavsiyelerde bulunmak (fetva) ise müftünün yetkisindedir.⁷⁸ Daha sonra kitap olarak da yayınlanan bu sempozyumda tebliğ sunanların genellikle üzerinde anlaştıkları bir nokta, fetva eserlerinden hareketle İslâm hukukunun değişen zaman ve şartları dikkate aldığını ve onlarla birlikte değiştiğinin kabul edilmesiydi. Artık Weber'in sınırlayıcı kutsal hukuk vurgusunun aksine hukukun pratik değeri ön plana çıkmaya başlamıştı.

İslâm Hukuku ve değişim: B. Johansen. Çağdaş batılı İslâm hukuku araştırmalarının önemli bir ismi Baber Johansen'in çalışmaları bu bağlamda özellikle dikkat çekicidir. Oşmanlı devri alimlerinden İbn Nüceym'in (v. 970/1563) fetvalarından hareketle Hanefi arazi vergi hukukunun değişen şartlara nasıl uyum sağladığını göstermeye çalıştığı bir çalışmasında⁷⁹ Johansen, içtihat kapısının kapalı olduğu ya da fıkıh'ta değişim ve yeni gelişmelerin olmadığı şeklindeki değerlendirmelerin sadece yersiz değil aynı zamanda temelsiz iddialar olduğunu savunmuştur.⁸⁰ Ayrıca Johansen yazdığı bir dizi makale ve kitapta İslâm hukukunda değişim, ihtilaf ve kavramsal ayrımlar üzerine eğilmiş ve Hurgronje'den günümüze oryantalist edebiyatta hakim klişeleri sorgulamıştır.⁸¹ Buna göre, örneğin, oryantalistlerin Hurgronje'den beri bazı istisnalar hariç genellikle benimsedikleri bir görüş olan fıkıhta ihtilafın aslında detay ve basit konuları ilgilendirdiği meselesinde Johansen bu anlayışın gerçek fikir ayrılığı ve muhalefet geleneğinin batıya özgü "medeni" bir olgu olduğu varsayımının bir yansıması olduğuna dikkat çekmiştir. Johansen bu anlayışı yazdığı bir kaç makalede sorgulamış ve İslâm hukukunda ihtilafın öyle sanıldığı gibi sadece detayda değil pek çok temel alanda var olduğunu göstermiştir. Bir örnek olarak *ehl-i kitâb*'a mensup olmayanların İslâm devletinin vatandaşı olup olamayacağına dair fakihler arasındaki görüş ayrılığının bir detay tartışması olamayacağına dikkat çeker.⁸² Johansen'in üzerinde durduğu bir üçüncü konu ise, İslâm hukukunda ahlak-hukuk, kamu-özel gibi ayrımların gelişmemiş olduğu iddiasıdır. Hukukun çeşitli alanlarında bu türden ayrımların geliştirilmesinin Weber'e

⁷⁸ Muhammad Khalid Masud, Brinkley Messick, David Powers, *Islamic Legal Interpretation: Muftis and Their Fatwas* (Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 1996), 3.

⁷⁹ Johansen, *The Islamic Law of Land Tax and Rent: The Peasant's Loss of Property Rights as Interpreted in the Hanafite Legal Literature of Mamluk and Ottoman Periods* (London: Croom Helm, 1988).

⁸⁰ Johansen, *Land Law*, 1-4.

⁸¹ Johansen bu makalelerin bir bölümünü yukarıda 7 numaralı dipnotta atıfta bulunulan kitabında toplayarak yeniden basmıştır.

⁸² Johansen, *Contingency*, 65-71.

göre modern, rasyonel, seküler batılı hukukların bir özelliği olduğuna daha önce deyinmiştik. Johansen, İslâm hukukunda hukukla ahlak arasında ve daha pek çok alanda çeşitli ayrımların geliştirildiğine inanmaktadır; örneğin Hanefi fikhında ispat ve usul hukukunu açısından ceza davalarıyla diğer davalar arasında ayırım yapılmaktadır.⁸³

Mahkeme Kayıtları ve Diğer Gelişmeler: Mahkeme kayıtlarıyla ilgili de son yıllarda oldukça ilginç çalışmalar yapılmıştır. Aslında U. Heid ve R. Jennings'in daha 1970'lerin başında öncülük ettikleri bu çalışmalar günümüzde popüler bir alan olarak batılı ilmi çevrelerde son derece ilgi çekmektedir.⁸⁴ Bu alanda özellikle öne çıkan çağdaş bir isim İsraili hukuk tarihi araştırmacısı Haim Gerber'dir. Haim Gerber'in 17. yy. Bursa ve daha sonra İstanbul şer'îye sicillerine dair yaptığı çalışmalar⁸⁵ İslâm hukukunun mahiyetine dair Weberyen tezleri ciddi anlamda sorgulamakta ve İslâm hukukunun uygulanan sosyolojik bir olgu olarak ele alınması gerektiğini vurgulamaktadır.

İslâm araştırmalarında ortaya çıkan bu gelişmelerin bir istisna teşkil etmediğini son yıllarda yapılan çalışmalarda genellikle bu değişik bakış açısının hakim olduğunu burada vurgulamak gerekmektedir. Ancak bu noktada şu hatırlatmayı yapmakta da yarar var: klasik oryantlizmin geçmişteki tutumunun salt bir önyargı sonucunda ortaya çıktığı bugün ise batılı bilim adamlarının bu önyargıdan kurtuldukları şeklindeki bir değerlendirme olayı basite indirgemek olacaktır. Bunun yerine bu gelişmeleri ilmi ve siyasi alanlarda batıda ortaya çıkan değişimlerin bir neticesi olarak görmek daha isabetli olur sanırım.

Hugronje'den günümüze oryantlist İslâm hukuku araştırmalarının teoriden pratiğe doğru bir değişim geçirdiği görülmektedir. Başlangıçta *usul-i fikhî* ve *fiuru-ı fikhî* eserlerine bağlı kalınması bu eserlerin niteliği gereği fikhî idealist ve pratikten uzak Allah'ın inanlar için göndermiş olduğu değişmez vazifeler bütünü olarak okumayı kolaylaştırmış görünüyor. Burada İslâm hukukundan söz edilse bile o, en fazla Weber'in dediği gibi kutsal bir hukuktur. Ancak değişen entelektüel ve siyasi atmosferin de etkisiyle fikh

⁸³ A.g.e., 63.

⁸⁴ 1999 yılında Harvard Law School'da "şer'îye sicilleri" konulu bir konferans yapıldı. Bu arada mezhep kavramının da İslâm hukuk uygulamalarının anlaşılması açısından son zamanlarda batılı araştırmaların ilgi odağı olduğundan söz etmekte yarar var. Yine Harvard Law School'da 2000 yılında "mezhep" konulu bir sempozyum düzenlenmiştir.

⁸⁵ Haim Gerber şer'îye sicilleri ve fetva koleksiyonlarına dayanan çok değerli çalışmalar ortaya koymuştur ki bunların ana fikri İslâm hukukunun pratik bir sistem olarak Osmanlı Devleti'nde uygulandığıdır. Gerber'in konuyla ilgili kitapları şunlardır: *Economy and Society in an Ottoman City: 1600-1700* (Jerusalem: The Hebrew University, 1988); *State, Society, and Law in Islam: Ottoman Law in Comparative Perspective* (Albany: State University of New York Press, 1994); *Islamic Law and Culture: 1600-1840* (Leiden: F. J. Brill, 1999).

sisteminin ürettiği diğer edebi türlere olan ilgi artmış ve özellikle fetva koleksiyonlarından hareketle İslâm hukukunun değişime uyum sağlayan karakteri ön plana çıkmaya başlamıştır. Fakat, fıkhi bir hukuk sistemi olarak görme onun bazı temel hususiyetlerinin de göz ardı edilmesi sonucunu doğurmuştur. Daha önce Schacht, 20. yüzyılın ortasında fıkhta hukuk alanı denilen bir şeyin varlığının, belirli kayıtlarla gösterilebileceğini söylemişti. Aynı sıralarda bazı oryantalistlerin ve özellikle Fransız hukukunun etkisindeki Arap hukukçularının İslâm hukukunu tam bir Batılı hukuk sistemi gibi okuma çabaları da oldukça parlak örnekler vermişti. Linnat de Bellefont, J. Schacht, Coulson, Şehhata ve Senhuri'nin eserleri bu tür çalışmalara örnek gösterilebilir.⁸⁶

Fıkhi, vecibeler sistemi olarak gören ve onda batılı anlamda bir hukuk kavramı ve sistematiği aramayı gereksiz bulan Hurgronje, Goldziher ve Weber'in tavrından Johansen ve Gerber gibi fıkhi bütünüyle bir hukuk sistemi olarak gören anlayış arasında oldukça derin bir fikir uyuşmazlığı olduğu açıktır. Bu noktada şu soruyu tekrar sormamız kaçınılmaz olmaktadır: fıkıh bir teoloji midir yoksa toplumsal olanı göğüslemek isteyen pratik bir sistem midir? Son yıllarda onun batılı anlamda bir hukuk sistemi olarak okunması yönünde oldukça yoğun bir çaba sarf edilmiş olması bu soruyu adeta anlamsız kılmaktadır. Ancak fıkıhın hareket noktasının insan için en iyi olanın Allah tarafından bildirilmesi olduğu hatırd tutulduğunda onu bir hukuk olarak okumanın bazı sıkıntılar doğuracağı da açıktır. Bu noktada çağdaş oryantalizmin önemli bir temsilcisi Norman Calder'ın görüşlerine bakalım.

Gelenek ve İslâm Hukuku: N. Calder. Yakın zaman oryantalistlerinin önemli bir temsilcisi Norman Calder kısmen Schacht geleneğinde yetişmiş olsa da aslında Kitab-ı Mukaddes tenkidi (*biblical criticism*) yöntemini İslâm'a uyarlamakla meşhur olan John Wansbrough geleneğinde bir oryantalisttir.⁸⁷ Calder, Hurgronje'nin deontoloji nitelemesinin tamamen temelsiz olmadığını söylemiş ve fıkıhın hukuktan farklı bir şey olduğunun altını tekrar çizmiştir. Fukaha'nın uygulamayı ikincil derecede önemseydiğini belirten ve bu nedenle fıkhi, hukuk sistemi olarak okumanın fıkıha haksızlık anlamına geleceğini söyleyen Calder edebi tenkit yöntemini fıkıh metinlerine uygulayarak bu metinlerin satır aralarında söylenenleri ortaya çıkarmaya çalışmıştır. Johansen gibi Calder da İslâm fıkıhının özgünlüğünün sandığı gibi ilk 3/9. veya 4/10. yüzyıla sınırlı olmadığını aksine 13/19. yüzyıla kadar bu özgün yaratıcılığın devam ettiğinin altını çizer.⁸⁸ Örneğin ona göre

⁸⁶ Özellikle iki Mısırlı hukukçu, Abdürrezzak Ahmed es-Senhuri ve Şefik Şehhata'nın çalışmaları bu alanda çok etkili olmuştur.

⁸⁷ Wansbrough ve ekolü için, bkz. İsmail Albayrak, "John Wansbrough'nun Kur'an Tarihi Teorisi ve Batı'da Doğurduğu Tartışmalar", *İslâmiyât*, 4 (2001), 163-180; ayrıca bu sayı da bkz. Albayrak, "Wansbrough."

⁸⁸ N. Calder, "Shari'a", *Encyclopedia of Islam*, 2nd edition (Leiden: Brill, 1997), IX, 321.

Serahsi'nin Ebu Hanife'den daha başarısız olduğunu söylemek mümkün değildir. Bu noktaya kadar Johansen'le aynı fikirde olan Calder bundan sonra tamamen ayrı bir yol izliyor. Fıkıh metinlerinin yüzyıllar boyu aynı görüşleri neredeyse hiç değiştirmeden aktarmaları olgusu, adına fıkıh denilen faaliyetin niteliğini anlama noktasında bize bir fırsat sunduğuna dikkat çeken Calder, fıkıh edebiyatındaki farklı edebi türlerin analiziyle işe başlıyor. Fıkıh genel olarak *usul-i fıkıh* ve *furû-ı fıkıh* olarak iki farklı edebi türden oluşmaktadır. *Usul-i fıkıh* eserleri, hukukun kaynakları olan vahiy ve gelenek ile realite arasında ilişki kurmanın hermenötiğini yapmaktadır. Konumuz açısından daha önemli olan ikincisi *furû-ı fıkıh* da iki ana türden oluşmaktadır: *muhtasar* ve *mebhut*. *Muhtasarlar* bir mezhebin fıkımını eğitsel amaçlı olarak özetleyen eserlerdir. Bunlar ilk olarak h. 3. yüzyılda ortaya çıkmış ama en başarılı örneklerini beşinci, altıncı ve sonraki yüzyıllarda vermiştir. Bunların temel özelliği mezhep kurallarını genellikle temizlikle başlayıp mirasla biten bab başlıkları altında detay ve tartışmalara girmeden vermelelidir. Aynı geleneğe mensup biri 4. yüzyıla, diğeri 10. yüzyıla ait iki fıkıh metni arasında bir meseledeki hükmün (kuralın) ne olduğu konusunda farklılık yoktur; farklılık sadece o hükmün nasıl formüle edildiğindedir.

Mebhut ya da şerhlerde de durum aslında farklı değildir. Her ne kadar gerçek hayattan olaylar *mebhut* yazarının gündemine zaman zaman girse de hukukun büyük bölümü aynı kalmaktadır. Çünkü Calder'a göre fıkımın ilgisi uygulamaya dönük değildir.⁸⁹ Fakih yaptığı işin değerini uygulanabilir olup olmamasında aramamaktadır, tersine hukuku açıklamak başlı başına bir dini değer taşır. Bu anlayışta hukuk, Allah'ın kendi kendini belirli bir toplumda dışa vurmasıdır ve bu yüzden önemlidir, yoksa toplumsal gerçekliği kontrol edip onu nasıl daha etkin ve işe yarar hale getirmesi öncelikle hedeflenmemektedir. Bu yönde bazı çalışmalar (Maverdi, Ebu Yusuf) yapılmış olsa da bunlar marjinal kalmıştır. Öyleyse fıkıh eğer vahiy yorumlama amelîyesi ise neden fakih her seferinde Kitâb ve sünnete başvurarak bu sorunu çözmek yerine bir görüşler manzumesi arasında boğulmaktadır? Başka bir ifadeyle, İslâm hukukunda icthad kapısının kapalı olup olmadığıyla ilgili tartışmaya kapı aralayan fıkımın "statik" görünümünü nasıl açıklayacağız? Calder'ın bu soruya cevabı basit olarak şudur: *gelenek*.⁹⁰ Ona göre, İslâm düşüncesinde vahye doğrudan ulaşma yoktur; tersine fakih gelenek aracılığıyla vahiy anlamlandırmaktadır. Gelenek o kadar etkindir ki geleneğe atıfta bulunmadan görüş açıklamak 19. yüzyıla kadar Müslüman alimlerin nadiren yaptıkları bir şeydir. Fıkıh, değişim olgusunu da geleneğin süzgecinden geçirerek anlamlandırmaktadır. Daha doğru bir ifadeyle fıkıhta değişim olgusu sarahaten

⁸⁹ Calder, "Law", Seyyed Hossein Nasr ve Oliver Leaman (eds.), *History of Islamic Philosophy*, 2. Parts. (London and New York: Routledge, 1996), Part II, 979-980.

⁹⁰ Calder, "Law", 992 vd.; Gelenek kavramının daha geniş bir incelemesi için bkz., a.y., "History and Nostalgia: Reflections on John Wansbrough's *The Secterian Milieu*", *Method and Theory in the Study of Religion*, 9-1 (1997), 47-73.

değil de zımnen tanınmıştır ki, bu farklı edebi türlerin (şerh, ihtisar, haşiye vs.) geliştirilmesine yol açmıştır.⁹¹ Calder İslâm'da geleneğin, bir kimsenin ortodoks veya heretik olarak değerlendirilmesinin ölçüsünü oluşturduğunu iddia etmektedir; mesela İbn Teymiye veya İbn Hazm gibi geleneği yeterince önemsemeyen ve kendi görüşlerini öne çıkaran figürler tam da bu özellikleri sebebiyle İslâm tarihinin "şüphelileri" sınıfına dahil olmuşlardır.⁹² Fakihler genellikle geleneğin kendilerine sunduğu kavramlarla düşünmüşler, yenilerini yapma yoluna gitmemişlerdir. Bu yüzden de Calder fıkıhta hukuk sistemi veya bir ekonomi sistemi aramanın anlamsız olduğunu söylüyor. Bu batılı bir kavramın veya kurumun fıkıhta aranması anlamına gelecektir ve o da fıkıhın kendi mahiyetini anlamamızı güçleştirecektir.⁹³

Mahiyet tartışmasına dönük bazı mülahazalar. Fıkıh ister deontoloji ya da teoloji (ahlak/din kuralları) olarak görülsün, ister hukuk veya sosyolojiye mukabil kabul edilsin sonuçta özgün bir alandır ve kendi hususiyetlerinin olması kaçınılmazdır. Fıkıhın şu veya bu batılı kurum ve kavramlarla karşılaşması, her ne kadar bugünün zihinleri için bir anlama kolaylığı getirecek olsa da, onun özgün niteliklerinin ihmal edilmesi sonucunu da doğuracaktır. Her şeyden önce fıkıhın İslâm tarihinde Müslümanların İslâmi idealleri hayata geçirmek için oluşturdukları kurumsal bir araç olduğunu hatırd tutmamız gerekir. Ancak bu nev-i şahsına münhasır özelliği ortaya konulduktan sonra belki modern karşılaştırmaların bir anlamı olur. Aksi takdirde anakronizm kaçınılmaz olacaktır.

Aslında yukarıdaki değerlendirmeleri İslâm'ın Batılı bilgi ve kurumlarıyla karşılaşması neticesinde ortaya çıkmış bir patolojik sorun olarak görmek de mümkündür. Oryantalist söylemin hakim yaklaşımı "ötekini" nesnelleştirme eğiliminin bir neticesi olarak şeriat ve onun bilgisi demek olan fıkıh, "İslâm hukuku" şeklinde Batı dillerine çevrildiğinde hem hukuk, hem de teoloji, deontoloji vb. Batılı bilgi tasnifleri içinde ona bir yer bulma gayreti araştırmacılara hakim oldu.

Batı hukuk tarihinde Hıristiyan *Canon law* ve Yahudi *Khalakah*'dan farklı olarak hukuk, seküler bir bilgi olarak geliştirilmiştir. Şüphesiz Roma hukuku ve antik Yunan hukuk felsefesinin bu yeni hukukun temellerini oluşturmada katkısı olmuştur. Ama esas olarak bu süreç, ulus-devletin oluşumu ve devletlerin geleneksel seküler devlet aygıtının üstünde (genellikle dini) meşruiyet kaynağına atıf yapmadan var olabilmesi, başka bir ifadeyle ulus-devletin meşruiyetini dine değil de millete referansla kazanmasının büyük bir katkısı olmuştur. Bu süreç, kanunlaştırma ile olgunluğunu yakaladı ve

⁹¹ N. Calder, "Shari'a", *EI*², IX, 321.

⁹² Calder, "Law", 993.

⁹³ Calder, "Law", 979-980.

böylece hukuk da 'Batılı yeni bilgi' içindeki yerini aldı.⁹⁴ Bu açıdan bakıldığında aslında Batı Medeniyetiyle insanlığın çok daha antroposentrik (insan-merkezli) ve halihazırda içinde yaşadığı dünyayı önceleyen (seküler) bir dünya görüşüne yöneldiğini ve sosyal bilimlerin de bu yeni ortamda yeşermiş olduğunu hatırlamak gerekir. Nitekim Batı hukuk felsefesinde pozitivist hukuk okulu daha öne çıkmış ve hukuk neredeyse devletin "emir ve fermanına" indirgenmiştir. Başka bir ifadeyle hukukun ideal yönünden çok toplumsal yönünü esas alan bir bakış açısı hukuk düşüncesinin merkezine oturmıştır.

Hukuk alanında, İslâm dünyasının modern Batı bilgi ve kurumlarıyla ilk sıcak teması, İngilizlerin Hindistan'ı ve Fransızlar'ın Cezayir'i işgaliyle başlamıştı. Yerel halkların hukuki işlerini nasıl yürüttüklerini öğrenmek isteyen sömürgeci güçler şeriatla ilgilenmek zorunda kalmışlardır. Bu ilginin daha sonra *Anglo-Muhammedan law* ve *Droit Musulman Algier* şeklinde iki meyve verdiğini biliyoruz.⁹⁵ Müslümanlar'ın kendiliklerinden Batılı bilgi ve kurumlara alaka duymaları ise Tanzimat'la birlikte başlamıştır. Hukuk sahasında Mecelle, her ne kadar Hanefî mezhebi temelinde oluşturulmuş bir metin olsa da, esas olarak *Code Civil* örnek alınarak oluşturulmuş bir kanun kitabıdır. Kuşkusuz kanun yapma geleneği Osmanlı hukuk tarihinde bilinen bir olguydu; ancak *Mecelle*'nin ilgi alanını medeni kanun olarak sınırlaması gerçeği, onun arkasındaki itici gücün Kıta-Avrupa hukuk konsepti olduğunu göstermektedir. Ayrıca Mecelle, Nizamiye mahkemeleri ile eş zamanlı olarak düşünüldüğü için devletin değişen şartlara uyum çabasının bir ürünüdür.

Sonuçta fıkıhın zamanla Batılı hukuk kavramıyla eşitlendiği ve bunun fıkıhın hem formunu hem de muhtevasını belirlemeye başladığı bir sürece girilmiştir. Bundan sonra fıkıh araştırmaları genellikle hukuk araştırması şeklinde yürümektedir.⁹⁶ 20. yüzyıldaki İslâmî kurumlara bakışı yönlendiren genel Oryantalist/nesnelleştirici bakış açısının doğurduğu temel bir yanlışlığa işaret ederek İslâm hukukunun mahiyeti ile ilgili tartışmayı bitirmek istiyorum. Fıkıh Calder'ın dediği gibi nassların okunmasına dönük bir faaliyettir ancak o aynı zamanda İslâm'ın hayata bakan yüzüdür. Fıkıhın bu iki vechesi aynı anda ve birlikte vardır. Modern toplumlarda ise hukuk salt hayata ve günlük yaşama bakan yönüyle tanımlanmaktadır. 20. yüzyıl algılamasında fıkıh hukukun bu tek yönlü bakışıyla anlaşılacak istenmektedir. Amaç eğer fıkıhın hayata bakan yönünü anlamak ise bunun için tabii ki standart fıkıh kitapları yerine fıkıhın bir hukuk olarak uygulandığı spesifik tarihsel ve

⁹⁴ Hukukun bilim statüsüne yükselmesi Avrupa üniversitelerinde her zaman kolayca kabul edilmemiştir. Roma hukuku 11. yüzyıldan itibaren İtalya ve diğer kara Avrupa ülkelerinde okutulurken, İngiltere üniversitelerinde common law ancak 19. yüzyılda akademinin kapısından girebilmiştir.

⁹⁵ J. Schacht, *An Introduction to Islamic Law*, 94 vd.

⁹⁶ Bu konuda bkz. M. Bedir, "Secularization through Curriculum", *Islamic Law and Society*, 11: 3 (2004), 378-401.

toplumsal şartların anlaşılması ve araştırılması gerekecektir. Bu kavramsal hatadan kendimizi kurtardığımızda (ki bazı oryantalistlerin bu yönde bir çaba içinde olduklarına yukarıda işaret edildi) o zaman biz “İslâm hukuku” yerine “İslâm veya Müslüman hukuklarından”, daha doğrusu tarihteki Müslüman devletlerin hukuklarından söz etmiş olacağız. Fıkıhın bu tarihsel ve gerçek yaşama dönük yönüyle nasların yorumlanması yönü yeterince vurgulu bir şekilde belirtilmedikçe fıkıhın mahiyetini anlamaya dönük çabalar sonuçsuz kalacaktır.

İslâm hukukunun kökeni meselesi için bunun önemli imaları olmuştur. Oryantalist edebiyatta fıkıhın nev-i şahsına münhasır özelliği göz ardı edildiği için Hz. Peygamber döneminde kapsamlı bir hukuk sistemi aranmış ve bulunamayınca İslâm’da hukukun yabancı köklerden beslenen ve Kur’an ve sünnetten bağımsız gelişen bir olgu olduğu iddia edilmiştir.

Sahte bir Tartışma: Oryantalist Söylemde ‘İslâm Hukukunun’ Kökeni Meselesi

Oryantalist çalışmalarda İslâm hukukunun kökenine ilişkin değerlendirmeler, genel olarak İslâm’ın kökeni meselesiyle yakından alakalı iken, daha özel olarak bu mesele sünnet-hadis malzemesinin sıhhati sorunu ile ilişkilidir. Oryantalist söylemin hakim yaklaşımı “ötekini” nesnelleştirme eğiliminin bir neticesi olarak şariat ve onun bilgisi demek olan fıkıh, “İslâm hukuku” şeklinde tanımlanır ve bu tanımlamaya paralel olarak bazen hukuk, bazen de teoloji ve filoloji araştırmaları için kullanılan yöntemler birbirlerinden ayrıştırılmadan kullanılır. Araştırma yöntemleri, tabii ki bir dünya görüşü yansıtırlar ve İslâm bilgi ve dünya görüşünün Batılı bilgi ve dünya görüşlerinden farklı olduğunda da kuşku yoktur. Özellikle sosyal bilimlerin bakış açısı, geleneksel Müslüman bilgi anlayışından farklı bir yöntemi önermektedir.

İslâm dünyasının modern Batılı bilgi ve kurumlarla karşılaşması neticesinde bu iki bilgi alanını yakınlılaştırma, karşılaştırarak okuma, yahut çeşitli unsurları birebir eşleştirme çabaları olmuştur. Ama bizim açımızdan en önemlisi Batılıların İslâm okumalarıyla geleneksel Müslüman okumadan çok farklı ve bir birine alternatif sonuç ve yorumların ortaya çıkmış olmasıdır. Batılı bilgi anlayışının Rönesans, Reformasyon, Bilimsel keşifler, Aydınlanma ve Pozitivizm aşamalarından geçerek modernizmi ürettiği bilinmektedir. Modernizm, geleneksel olan her türlü bilgi anlayışına tepeden bakarak küçümsemiş, onların insanoğlunun evrimci gelişim çizgisinde geri bir aşamayı temsil ettiğini belirtmiş ve geleneksel olanın kaçınılmaz olarak moderne yenileceği ve yok olacağı öngörüsünde bulunmuştur. Tabiatıyla ortaçağların en temel ve belirleyici kurumu olan dinin ve onun ürettiği bilgi kuramının bu bakış açısının en büyük kurbanı olarak tarihteki yerini alacağı, modernizmin en başat iddialarından biriydi. ‘Yeni bilgi’ bilincini üreten modernizm, geleneksel bilgilerin geçersizliği ve kendisinin mutlak hakikati

temsil ettiğine olan sarsılmaz inancıyla insanlık serüveninin 'büyük anlatısını' kurmaya girişmiştir.

Geleneksel büyük anlatının sahibi Kilisenin ürettiği bilgi kurumlarına yönelik olarak başlayan din-karşıtı söylem zamanla dinin kendisine yönelmiş ve onun kendini tanımladığı öncülleri sorgulamaya başlamıştır. Bu sorgulamalar *Biblical Criticism* adı verilen Kitâb-ı Mukaddes ve diğer dinin kutsal kabul ettiği metinler ve bunların etrafında oluşmuş kabullere yönelmiştir. Bu çalışmalar o kadar etkili olmuştur ki, bugün Hıristiyan ve Yahudiler'in büyük bölümü, geleneksel din algılamalarını neredeyse temelden değiştirme yoluna gitmişlerdir. Örneğin, İnciller'in otantisitesine yönelik eleştiriler sonucu Hıristiyanların büyük bölümü artık dört İncil'e Allah'ın vahy edilmiş sözü olarak bakmak yerine, onları İsa hakkındaki bir nevi "biyografik" bilgiler içeren metinler olarak okumaktadırlar. Kilise'nin yüzyıllardır kabul ettiği görüşler, modern bilgi anlayışının eleştirisi karşısında değişime uğramıştır. Modern bilgi yönteminin seküler karakteri neredeyse tüm geleneksel bilgileri dönüştürerek büyük ölçüde Kilise'yi modernleştirmiştir (Protestanlık).

İslâmî bilginin bu "modern" bilgiyle karşılaşması, Batılı geleneksel bilginin yaşadığı gerilim sürecinden çok daha hızlı ve radikal bir biçimde gerçekleşmiştir. Zira bu karşılaşmanın zamanı geldiğinde Batılı bilgi Aydınlanma aşamasını geçmiş, Pozitivizm aşamasına girmiştir. Batılı geleneksel bilginin yüzyıllardır tedricî olarak adapte olduğu gelişmeler, İslâmî bilgiyi çok kısa bir zamanda değişim ve dönüşüme zorlamıştır. İlk gerilimin Yeni Osmanlılarca göğüslenmesi örneğinde olduğu gibi, Müslümanlar bu iki bilgi alanının başlangıçta "mezc" edilebileceğini düşündüler.⁹⁷ Ancak Batılı bilginin araksındaki muazzam siyasi ve iktisadî güç ve bunun ürettiği entelektüel kapasite sebebiyle kısa zamanda bunun mümkün olmadığı görülmüştür. Batılı bilgi, felsefî varsayımlarıyla ve kurumlarıyla geleneksel İslâmî bilgiyi dönüştürmeye başlamıştır. Bu karşılaşmada Müslüman entelektüellerin modernizmin araçlarına sanki "nesnel" gerçeklermişcesine sınımsız olarak kendi geleneklerine karşı küçümseyici bir tavra girdikleri bilinmektedir.⁹⁸ Dinî kurumlar ve onların bilgi kuramı bu hızlı ve radikal oluşuma ayak uydurmaları imkansız olduğu için gittikçe zemin kaybetmiş ve neticede tamamen yok olmasalar da bilgi anlayışının belirleyicisi olmaktan çıkmışlardır.

İşte bu aşamada Batılılar Batılı "muzaffer" bilginin araç ve imkanlarını alarak Müslümanlara ait kavramları, sosyal bilimlerin yöntemlerine göre yeniden tanımlamaya başladılar. Geleneksel Müslüman yöntemlerin İslâm'ın ortaya çıkışı, İslâmî bilginin oluşumu, Müslüman ekol ve okulların ortaya çıkışına dair tüm kabullerinin sorgulandığı bu aşamada geleneksel Müslü-

⁹⁷ Şerif Mardin, *The Genesis of Young Ottoman Thought: A Study in the Modernization of Turkish Political Ideas* (Princeton: Princeton University Press, 1962).

⁹⁸ İsmail Kara (ed.), *Türkiye'de İslâmcılık Düşüncesi: Metinler / Kişiler* (İstanbul: Risale, 1986), I, lx-lxi.

man bakış açısı şiddetle eleştirildi. Aslında Oryantalist yöntem Batıdaki bilgi anlayışı ve özellikle sosyal bilimler alanında geliştirilen teori ve yöntemleri kullanıyordu. 20. yüzyılın ortalarına kadar sosyal bilimlerde Avrupa-merkezci bakış açısının hakim olduğu bilinmektedir. Özellikle II. Dünya savaşından sonra sosyal bilimlerde görülen 19. yüzyıl ve 20. yüzyılın ilk yarısındaki Avrupa-merkezci bakış açısının terki çabaları, Oryantalist söyleme biraz daha geç yansımıştır (1970'lerin sonunda).⁹⁹ Oryantalist diskurun Batı treninin son kompartımanlarından birinde yer aldığı düşünülürse bu geriliğin anlaşılır bir tarafı olduğu bile söylenebilir.

İslâm hukukunun kökeni sorununun, iki ayrı konu etrafında şekillendiğini görüyoruz. Bunlardan ilki, İslâm hukukunun, fetihler sonucu Müslümanların Bizans'tan aldıkları topraklarda ve özellikle Suriye ve Irak'ta uygulamada olan Roma hukukundan etkilenerek şekillendiği iddiasıdır. Bu iddia Oryantalist edebiyatta ilk zamanlar hararetle savunulmuş, ancak bir süre sonra bu iddianın salt bir varsayım olduğu, yani somut kanıtlarının olmadığı anlaşılınca terkedilmiştir. Ancak yakın zaman oryantalist çalışmalarda bu iddianın tekrar gündeme getirildiğini görüyoruz. İslâm hukukunun kökeni sorununu ilgilendiren diğer konu ise, İslâm hukukunun kendi gelişim tarihine dair varsayımlarının, yani onun Kur'an, Hz. Peygamber'in söz ve uygulamaları (sünnet) ve sonraki Müslümanların bu iki kaynak üzerine yaptıkları yorumlardan doğduğu kabulünü geçersiz sayma eğilimidir. Bu iki konunun birbiriyle ilişkili olduğu açıktır. Hukuk sistemlerinin yaşadıkları toprakların kültürlerinin bir ürünü olması gerçeğinden hareketle İslâm hukukunun teşekkül döneminde hala canlı olan Roma hukukunun etkisine işaret edilmiş olması tabii iken, Roma hukuku etkisi, Müslümanların kendi başlarına bir hukuk sistemi geliştirebileceklerine ihtimal vermeyen bir bakış açısından da doğmuş görünüyor. Bu birinci varsayım bir başka varsayımı daha tetiklemiştir. İslâm hukuku Müslüman anlatısındaki gibi bir gelişmeye sahip değilse o zaman o anlatının kurgusal karakteri deşifre edilmek durumundadır. Böylece fıkıhın deliller hiyerarşisini bir kurgudan ibaret gören bu bakış açısı fıkıhın özünü teşkil eden hadislerin esasında uydurma olduğunu, fıkıhın ham maddesinin yerel uygulamalar olduğunu iddia etmişlerdir. Oryantalistlerin büyük bölümünün Hıristiyan ve Yahudi kutsal metinlerine yönelik modern eleştirilerin etkisiyle İslâm'ın da Yahudilik ve Hıristiyanlıkla aynı kaderi paylaştığı ön-kabulünün bu iddiada büyük bir payı olmalıdır. Şimdi bu iki konuyu ayrı ayrı ele alalım.

İslâm Hukuku ve Roma Hukuku: Batılı araştırmacıların İslâm hukuku ile Roma hukuku arasında bir ilişki olabileceğine dair ilk gözlemleri 18. yüzyılın başına kadar gitmektedir. Ancak bu ilk ilginin, salt hukuki bir nite-

⁹⁹ Baber Johansen, "Politics, Paradigms and the Progress of Oriental Studies: The German Oriental Society (Deutsche Morgenländische Gesellschaft) 1845-1989", *MARS: Le Monde Arabe dans la Recherche Scientifique. The Arab World in Scientific Research. Al-'Alam al-'Arabi fi 'l-Baith al-'Ilmi*, 4 (1994), 79-94.

lik taşıdığı ve söz konusu iki sistemi karşılaştırma şeklinde geliştiği görülüyor.¹⁰⁰ Roma hukukunun İslâm hukukunu etkilemiş olabileceği iddiası ise 19. yüzyılın ortalarında ilk kez dile getirilmiştir. Ancak bu iddiaları dile getirenler her hangi bir Doğu dilini bilen kişiler değildir. Oryantalistler arasında konuyu geniş bir şekilde ilk ele alan von Kremer'dir. Onun temel iddiası Roma hukukunun unsurlarının İslâm hukukuna Yahudiler aracılığıyla girmiş olabileceğidir. Ondan sonra, Goldziher Roma hukukunun İslâm hukukunu etkilediğini ısrarla vurgulamış, ama bunun somut kanıtlarını gösterememiştir. Aynı şekilde J. Schacht da Roma hukuku etkisinden söz eder, ama o, bunun sistematik bir şekilde olmadığı kanaatinde. Schacht, bu etkilerin Süryanice'deki Helen kültürünün *Rhetorik*'i aracılığıyla olduğu iddiasındadır. Ama o, İslâm hukukunun ham maddesi olarak Emevi popüler uygulamalarını ve kısmen Yahudi metinlerini gösterir. Sonuçta Roma hukukunun İslâm hukukunu sistematik olarak etkilediği iddiası, P. Crone'un da dediği gibi, Oryantalist edebiyatta hep bir varsayım olarak kalmıştır; bunun öyle olmuş olabileceğine dair bir tahmin, yahut hatta bir istek. İslâm hukukunun Roma hukukundan doğrudan ya da dolaylı olarak (Yahudi hukuku aracılığıyla) etkilendiği iddiasının nihayetinde içi doldurulamamıştır.

Yakın zamanlarda Patricia Crone,¹⁰¹ bu konuda yapılan çalışmalarını değerlendirdikten sonra konunun oldukça karmaşık bir yapı arz ettiğini ve Roma hukukunun İslâm hukukunu etkilediği şeklinde bir iddianın ispatlanabilmesi için daha somut kanıtların gerekliliğinden söz etmiştir. Çünkü İslâm hukuku metinleri –eğer varsa böyle bir etkileşim- bunun hiçbir izini bırakmamıştır. Ona göre Roma hukuku etkisini ispat etmek, Yahudi hukuku etkisini ispattan daha zordur. Çünkü İslâm hukukunun teşekkül ettiği döneme ait Roma hukukunun yerel uygulamalarına ait tarihsel delillerden yoksunuz. Bütün bu zorluklarına rağmen Crone, Roma hukukunun doğrudan değil de, onun etkin olduğu bir çevrede ortaya çıkmış yerel bir hukuk sisteminin etkisinden söz eder. *Provincial law* (vilayet hukuku) adını verdiği bu sistem İslâm fetihleri sırasında Suriye ve Irak coğrafyasında uygulanan hukuktur. Bu hukuk sistemi, İslâm hukukunun oluşumunu etkileyen ve hatta belirleyen sebepler içerisinde en muhtemel ve en yakın adaydır. Ancak Crone da eleştirdiği kendisinden önceki Oryantalistlerin hatasına düşmüş görünüyor. Çünkü von Kremer, Goldziher, Schacht ve diğer Roma hukuku etkisini savunanlar, bu kanaate elde mevcut delilleri inceleyerek ulaşmamışlardır. Bunun yerine, aşağıda ele alacağımız üzere, İslâm kültür ve bilimlerinin ve tabii ki hukukun Arap kökenli olmadığı varsayımının onlar için bir ön kabul olduğu anlaşılıyor. Yani "İslâm hukuku Hz. Peygamber'in sünnetine dayanmıyorsa (ki onun uydurma olduğuna baştan kanaat getirilmiştir) o zaman acaba onun muhtemel kaynağı nedir?" sorusunun onları yönlendirdi-

¹⁰⁰ Patricia Crone, *Roman Provincial and Islamic Law: The Origins of Islamic Patronate* (Cambridge: University Press, 1987, s. 1-2.

¹⁰¹ Patricia Crone, *Roman Provincial and Islamic Law*.

ği anlaşılıyor. Yahut tersi bir varsayım da daha önce belirttiğimiz için burada rol oynamış gibidir. Yani İslâm hukuku denilen fenomeni yabancı kökenle açıkladığımızda Müslümanların şeriatın kökenine ilişkin değerlendirmelerinin bir şekilde devre dışı bırakılması gerekmektedir.

Ancak daha da önemlisi Oryantalistlerin bir önceki bölümde belirttiğimiz fıkıh-hukuk ayrımını yeterince vurgulu ve anlamlı bir biçimde yapmamış olmaları onları bu şekilde bir iz sürmeye itmiş görünüyor. Şimdilik fıkıh cephesini ilgilendirdiği kadarıyla tartışmayı sonraya bırakarak, tartışmanın hukuk cephesine ilişkin bazı değerlendirmelerde bulunalım. Hukuk bilimi bilindiği gibi 19. yüzyılın pozitivist hukuk felsefesinden beri bir devletin mer'i ve cari kanun ve kurallarını daha çok konu edinmektedir. Bentham-Austin ve Hart'ın '*command theory of law*'undan Kelsen'in saf hukuk teorisine kadar çağdaş hukuk teorisinde hakim olan anlayış, ahlakın, dinin ve diğer icbarî müeyyide fikri taşımayan toplumsal kuralların tamamen hukuktan ayrıştırılmasıdır. Böyle bir hukuk fikri çağdaş akademiya evrensel kabul görmese de oldukça etkindir. Modern bilim adamının (örneğin Oryantalistlerin) İslâm kültür ve medeniyetine dair yaptıkları çalışmalarda da bu çağdaş ön-yargının etkisi altında olması büyük bir olasılıktır. Fıkıh bu tanıma göre zaten Max Weber'in dediği gibi 'Batılı rasyonel-biçimsel hukuk' fikrine yabancıdır. Fıkıhın içinde bu 'modern hukuku' arama girişimlerinin bir neticesi olduğunu düşündüğümüz köken tartışmalarının temelinde, hukukun bu seküler algılamasının büyük bir payı vardır. Zaten modern batı düşüncesi hukukun beşeri bir inşa olduğunu ve bunun Antik Yunan'dan felsefi temelini aldığı ama esas olarak Roma imparatorluğunda bugün anladığımız anlamda bir hukuk sisteminin ortaya çıktığını genellikle kabul etmektedir.¹⁰² Zaten Modern hukuk da 11 ve 12. yüzyıllarda Roma hukukunun yeniden keşfinden sonra Batı'da gelişmeye başlamış ve nihayet kanunlaştırma hareketleriyle olgunlaşmıştır. Bu tarihsel inşanın temel yaklaşımı hukukun seküler bir olgu olduğudur. İslâm hukukunun başındaki İslâm teriminin bu açıdan bir önemi yoktur; hukuk burada da din-dışı bir gelişme kaydetmiş olmalıdır. Müslümanların yaşadıkları çevre itibarıyla devraldıkları antik miras Roma hukukunu İslâm hukukunun en muhtemel kaynağı yapmaktadır.

Kuşkusuz bu tür bir değerlendirmeye bir yönden hak verilebilir. Fıkıh Ebu Hanife'nin tanımladığı gibi "kişinin leh ve aleyhine olanı bilmesidir" şeklinde anlamak yerine, 'hukuk' olarak tanımlarsak fıkıhın geliştiği çevrede mevcut ve yürürlükte olan hukuk ve örfleri kendi içerisinde erittiğini söyleyebiliriz. Bu manasıyla hukuk, muhtemelen Tanzimat dönemine kadar İslâm

¹⁰² Ancak 20. yüzyılın ikinci yarısından itibaren dinin etkisindeki karanlık ortaçağ algılayışı bir değişim geçirmeye başlamıştır. Modern Avrupa hukuk kurumlarının ve teorilerinin oluşumunda dinin ve dinî kurumların etkili olduğu özellikle Amerika'da daha sık dile getirilmeye başlanmıştır. Örnek olarak bkz. Harold J. Berman, *Law and Revolution: The Formation of the Western Legal Tradition* (Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 1983).

dünyasında bir bilim olarak kabul edilmemiştir. Ama Tanzimat'la birlikte hem Tanzimat yöneticileri hem de oryantalistler (örn. Schacht ve pek çok kimse) fıkhnın içinden hukuki olanla hukuki olmayana ayırt ederek bir hukuk sistemi bile üretmeye girişmişlerdir.¹⁰³ Ancak bu ne ölçüde klasik fıkhnın tabiatıyla uyuşabilir? Başka bir ifadeyle 'İslâm hukuku' olarak tanımladığımız bu yeni olgu fıkhnın tüm veçhelerini yansıtır mı? Fıkhnın içinde Roma hukuku veya başka bir hukuk sisteminin birebir unsurlarına dikkat çekmek fıkhnın Roma hukukundan etkilendiğini ispata yeter mi? Olsa olsa fıkhıta Roma hukukunun kurallarına paralel kuralların varlığından söz edilebilir. Ya da fıkhnın seküler anlamdaki hukukla paylaştıkları bazı yönler olduğunu göstermeden öte bir anlam taşıyamaz. Ama bu, fıkhnın nevi şahsına münhasır mahiyeti ve bunun teşekkülü hakkında bize bir şey söyleyememektedir. Bu yüzden de fıkhnın kökenine ilişkin böyle bir tartışma büyük ölçüde anlamını yitirecektir.

• **Oryantalistler ve Fıkhnın Kökeni Olarak Peygamber ve Sünneti.** Fıkhnın dayandığı sünnet malzemesinin güvenilirliği konusunda Batılı ilmi çevrelerde iki yaklaşım ön plana çıkmaktadır.¹⁰⁴ Birincisi Goldziher, Schacht, Wansbrough ve benzerlerinin başını çektiği şüphcilik (ya da aşırı şüphcilik). Bunlar erken dönem İslâm kaynaklarının neredeyse tamamının uydurma olduğu kanaatindedirler. Wansbrough buna Kur'an'ı da katmaktadır. Ancak diğerleri şüphelerini hadis malzemesiyle sınırlı tutmaktadır. Onların duruşunu çok iyi özetleyen Schacht'ın şu ifadesi şüphecilere sloganı haline gelmiştir: "Peygamberden gelen her bir hukuki hadis aksi ispatlanana kadar sahih olarak kabul edilemez..."¹⁰⁵

Genellikle Oryantalistlerin yazdıklarına bir tepki olarak ortaya çıkan ve İslâm'ın gelişim resmini Müslüman anlatısına uygun bir biçimde algılayan diğer yaklaşım, kaynakların esas olarak yazılı bir biçimde aktarıldığı, hadislerin erken dönemde yazıya geçirildiğini iddia etmektedir. N. Abbot, F. Sezgin ve Azami'nin başını çektiği bu yaklaşım aslında geleneksel Müslüman anlatısının ötesine geçerek neredeyse tüm kaynakların yazıyla aktarıldığını iddia etmişlerdir.

İlk yaklaşıma dönersek, Wansbrough'nun argümanı, ayrı bir platformda ele alınmayı gerektirdiği için, burada üzerinde durulmayacaktır.¹⁰⁶ Goldziher ve özellikle Schacht'ın Batılı İslâm araştırmalarında çok etkili

¹⁰³ Schacht, *Introduction*, 200-201.

¹⁰⁴ Bu iki yaklaşımın genel bir özeti için bkz. Stephen Humphreys, *Islamic History: A Framework for Inquiry* (Princeton: Univeristy Pres, 1991), 3. Bölüm; Herbert Berg, *The Development of Exegesis in Early Islam: The Authenticity of Muslim Literature from Early Periods*, Surrey: Curzon Pres, 2000), 2. Bölüm; Herald Motzki, *The Beginnings of Islamic Jurisprudence*, Almanca'dan çev. Marion H. Katz (Leiden: Brill, 2002), 1. Bölüm.

¹⁰⁵ Berg, *Development*, 14.

¹⁰⁶ Bu sayıda Wansbrough ile ilgili ayrı bir yazı mevcuttur, bkz. İsmail Albayrak, "John Wansbrough ve Ahkam Ayetleri".

figürler olmaları nedeniyle görüşlerini kısaca özetlemek gerekir. Yahudi asıllı Macar I. Goldziher'le birlikte, Kitâb-ı Mukaddes eleştirilerine benzer biçimde İslâm'ın kurucu metinlerinin kaynak eleştirisi geleneği başlamıştır. O, geleneksel Müslüman anlatısına güvenmez ve İslâm hukukunun Kitab ve sünnete dayandığı fikrine karşı çıkar. Aslında fıkıhın hadisten önce ortaya çıktığını ve dayandığı temellerin bu yüzden hadisler değil de re'y olduğunu belirtir. Ardından da re'y kavramının Roma hukukundan alındığını söyleyerek İslâm hukukunu bilinen köklerinden başka köklere bağlamaya çalışır.¹⁰⁷

Bugün Goldziher'in argümanlarının temel noktaları büyük ölçüde sarıldığı için ayrıntılarına girmenin bir faydası yoktur.¹⁰⁸ Ancak Goldziher'in başlattığı kaynaklara şüpheyle yaklaşma eğiliminin Alman Yahudisi J. Schacht'la olgunlaştığını belirtmek gerekir. Schacht selefi gibi İslâm hukukunun Kur'an ve sünnetten doğmadığını, aksine Emevi idaresinin son yıllarında (H. 100'ler) yerel örfler, idari uygulamalar ve kaduların re'yi ile ortaya çıktığını, hadislerin ise sonradan buna eklendiğini düşünmektedir. Hatta o da hocası gibi re'y ve onun ürettiği hukuki doktrinlerin hadise dönüştüğünden çok emindir.¹⁰⁹ Schacht'ın İslâm hukukunun gelişim tarihine ilişkin yaptığı gözlemler ve değerlendirmelerin merkezinde Şafii yer alır. Ona göre İslâm hukuk teorisinin sonraki kabullerini ilk ortaya atan Şafii'dir. Şafii öncesi kadim hukuk mektepleri sünnet, hadis, kıyas, vs. konusunda net fikirlerle sahip değillerdi. Peygamber'in otoritesini ilk defa ve tutarlı bir biçimde hukuk kaynağı olarak vazeden Şafii'dir. Ondan sonra hadis ve sünnet aynı anlamda kabul edilmiştir. Halbuki kadim mekteplerde sünnet Peygamber'in otoritesinden bağımsızdı ve esas olarak toplumda yaşayan örf ve adetler anlamına geliyordu. Şafii ile birlikte bu yaşayan örfler hadis kapsamına alınmaya başlandı ve böylece esasında uydurma olan hadis mecmuaları ortaya çıktı. Hukukun esas olarak Irak'ta doğduğunu savunarak Schacht, Goldziher gibi, onun İslâmi olmayan bir köke sahip olduğunu adeta temin etmeye çalışmaktadır. İslâm hukuku esasında Medine'de değil Irak'ta ortaya çıktıysa, onun Müslümanların belirttiği gibi Kur'an ve sünnetin yorumundan çıkmadığını, aksine yerel örflerden, Emevi idari tasarruflarından, Yahudi ve diğer dini etkilerden ve bir de özellikle Roma hukukunun fetihler öncesinde merî kanun olduğu Irak bölgesinin hukuki uygulamalarından doğduğunu iddia etmek kolay olacaktır. Hadis denilen Peygamber sözleri işte bu fıkıh olgunlaştıktan sonra dolaşıma sokulmuş ve her bir hukuki hükmün bir hadise dayandırılması ihtiyacından doğmuştur. Şafii'den sonra hadis uydurma faaliyeti

¹⁰⁷ Motzki, *Origins*, 10-11.

¹⁰⁸ Goldziher için bkz. bu sayıda İbrahim Hatipoğlu, "İgnaz Goldziher".

¹⁰⁹ Schacht bu görüşlerini esas olarak 1950'de yayınladığı *Origins of Muhammadan Jurisprudence* adlı çalışmasında dile getirmiştir. (Oxford: Clarendon Press). Goldziher-Schacht çizgisinin önemli bir eleştirisi için bkz. Herald Motzki, *Origins*, 10-29.

yoğun bir biçimde yaşandı ve 150-250 yılları arasında bugün bilinen koleksiyonlarda bu uydurma rivayetler derlendi.¹¹⁰

Aslında hem İslâm hukukunun kökenine dair yapılan eski çalışmalar hem de modern araştırmaların malul olduğu temel kavramsal bir yanlışlık söz konusudur. Girişte de belirtimiz gibi, İslâm ilimleri içinde hukuka en yakın bilim olan fıkıh modern dönemde hukukla eşitlenerek okunmaya başlandı. İslâm hukuku teriminin fıkıhın diğer bir adı olarak yaygın kullanımı o kadar kanıksandı ki, fıkıhın hukuktan mahiyet olarak farklı olabileceği varsayımı düşünülmez oldu. Oryentalist dünyada İslâm hukuku araştırmalarının tartışmasız duayeni kabul eden Schacht'ın Türkçe'ye de çevrilen kitabının ismi *An Introduction to Islamic Law (İslâm Hukukuna Giriş)* adını taşımaktadır. Schacht İslâm hukukunun mahiyetine dair yaptığı gözlemde fıkıhın hukuktan farklı niteliğine dikkat çekmesine rağmen yine de onun içinden bir hukuk çıkarılabileceğini iddia etmiş ve kitabını bu şekilde tasarlamıştır.

Konumuz olan köken sorununa dönecek olursak, Schacht'ın İslâm hukukunun kökenini ararken fıkıhın kökeninden başka bir şeyle meşgul olduğu gayet açıktır. O bir Müslüman'ın yaşam pratiğini yönlendiren dini kurallar anlamına gelen fıkıhın kökenini arasaydı kuşkusuz Kur'an'ın ve Hz. Peygamber'in bunların teşekkülündeki rolünü inkara yönelemezdi. Aksine o fıkıhın içinde hukuk sistemi aramaktadır. İslâm hukukunun Hicri 100'lerde Irakta geliştirildiğini söylerken kastettiği şey gelişmiş bir sistem olarak bir hukuk sistemidir. Örneğin, fıkuhta içkin olan mülkiyet sisteminin bir hukuki zemin farz ettiği açıktır. İşte bu gelişmiş hukuki zeminin Hz. Peygamber döneminde olmamasından hareketle o, fıkıhın Kur'an ve sünnete dayanmadığını söylemektedir. Zaten Müslümanlar da fıkıhın gelişmiş olgun yapısının Asr-ı Saadette aynen var olduğunu söylememektedirler.

Schacht'ın sünnet malzemesine dair çalışmaları uzun süre Oryentalist edebiyatta etkili oldu; ancak hem doğrudan ona yönelik eleştiriler, hem de yeni yaklaşımların ortaya çıkmasıyla onun tezlerinin de büyük ölçüde zaafa uğradığı ve bir çoğunun neredeyse tamamen terk edildiği görülmektedir. Örneğin, W. Hallaq, Motzki, Muranyi ve daha pek çok isim¹¹¹ Schacht'ı ya doğrudan veya dolaylı olarak eleştiren çalışmalar üretmişlerdir. Hallaq onu Şafii'nin rolünü abarttığı için, içtihat kapısının kapandığını iddia ettiği için ve hukukun değişmezliğine aşırı vurgu yaptığı için eleştirdi.¹¹² Motzki, onun hadislerin sahih olmadığı genel varsayımını eleştirmiş; Junboyll, temelde Schacht'a karşı çıkmasa da, isnad sisteminin başlangıcının h. 60 yılına kadar geri gittiğini kabul etmiştir.¹¹³ Ancak, oryantalistlerin Schacht'a yönelik

¹¹⁰ Schacht'ın görüşleri için bkz. bu sayıda. Goldziher-Schacht çizgisinin önemli bir eleştirisi için bkz. Herald Motzki, *Origins*, 10-29.

¹¹¹ Bunlarla ilgili genel bir değerlendirme için bkz. Motzki, *Origins*, 27-49.

¹¹² Hallaq için bkz. bu sayıda Bilal Aybakan, "Wael b. Hallaq".

¹¹³ G.H.A: Juynboll, *Muslim Tradition* (Cambridge: University Pres, 1983), 1. Bölüm..

eleştirilerini Müslüman bakış açısını kabul ettikleri şeklinde anlamamak gerekir; tam tersine onlar Schacht'ın tezlerindeki bazı zaafı gidermeye çalışmaktadırlar. Hadislerin büyük bölümünün uydurma olduğu iddiası onlarda hep bir varsayım olarak kalmıştır.

Sonuç ve Değerlendirme. Oryantalizmin İslâm'ın kökenini teşkil eden Hz. Peygamber'e ve onun bıraktığı mirasa kuşkulu yaklaşımlarının temelinde, yukarıda da işaret edildiği gibi, 19 ve 20. yüzyıllarda popüler olan Kitâb-ı Mukaddes eleştirilerinin etkisi vardır. Batılı 'yeni bilgi', seküler karakteri gereği hiçbir şeyin boşlukta doğmadığı, dinlerin de rasyonel olarak açıklanabilecek bir kökene sahip olmaları gerektiği düşüncesinden hareket etmektedir. Ancak İslâmî tarih yazımının da içinde olduğu geleneksel anlatılar, bu Batılı seküler bilginin ışığında inşa edilmiş anlatılar sunmazlar bize. Batılı yeni bilginin (Goldziher'le birlikte) İslâm'ın kendi kendisinin tarihini algılama biçimini sorgulamasına kadar, böyle bir kuşku asla yoktu. İslâm bilgi anlayışını inşa eden kelimeler ve fıkûh usulü, Hz. Peygamber'in öğretisinin (Kur'an ve sünnetin) bize iki yolla geldiğini kabul etmektedir: Mütevatir ve ahad. Mütevatir yol toplumun hafızasında ve uygulamasında olan bilgiler olup bunların kuşkuya yer bırakmayacak şekilde bize geldiği varsayılır. Diğer yöntem, âhâd ise Hz. Peygamber'den gelen birey rivayetlerini ve mütevatir derecesinde olmayan grup rivayetlerini kapsar. Bu iki kategori rasyonel bilgi elde etme kategorileri olup, modern Batılı yeni bilgi anlayışına tamamen yabancı değildir. Bunun yanında hadis usulünün isnad-temelli hadislerin sıhhatini garanti eden yöntemi mevcuttur. Oryentalist edebiyatın daha çok bu ikinci yönetime yoğunlaşıp, Müslümanların epistemolojik yaklaşımlarına esas olarak aldıkları birinci yöntemi ihmal ettikleri görülmektedir. Hadis usulü temelde epistemolojik bir yaklaşım sunmaz; zaten İslâm bilgi ve düşünce tarihinde hadis usulü, zaman zaman kelimeler ve fıkûh usulünün alternatifi gibi sunulmaya çalışılsa da, onların epistemolojik temellerini aslında kabul etmiştir. Başka bir ifadeyle hadis usulü tek başına sıhhat ve doğruluk ölçüsü olarak alınmamış, aksine fıkûh ve kelimeler kendi ilgi alanlarına giren hadis malzemelerinin doğruluk değerini tespit için daha temel bir yöntemi varsaymıştır.

Oryentalistler, hadislerden kuşku duyarken onların daha çok lafzî formlarının Hz. Peygamber'e aidiyetini sorun yapmaktadırlar ki, bu açıdan fıkûh ve kelimeler usulü de zaten İslâm'ın temel esaslarının mütevatir yolla geldiğini, diğer haber yönteminin, ahadın, zaten kuşku ihtiva ettiğini ve her mütevatir bu kuşkulu haberlerin sıhhatini ve ne anlama geldiğini, ayrıca kendi bilgi sistemi içinde tutarlı olup olmadığını test etme hakkı verildiğini söylemektedir. Hadislerin sıhhati sorununa yaklaşırken bu yüzden sadece hadisçilerin derledikleri malzemeye yoğunlaşıp onların içinde yer aldığı ve anlam kazandığı daha genel Müslüman ortam ve çerçeveyi görmezden gelmek, Oryentalist araştırmacıyı resmin sadece bir köşesine takılıp genel resmi göremeyen bir resim eleştirmeninin durumuna düşürmektedir. Bu bağ-

lamda üzerinde durulması gereken en önemli nokta, mezheplerin bilgi birikimlerinin İslâm tarihi boyunca her zaman hadislerle birlikte Müslüman bireyin bilgi ve pratiğini yönlendirdiğini gerçeğidir. Bunu daha genel bir çerçeveye taşırsak, aslında İslâmi bilginin her bir branşı (tefsir, fıkıh, kelam, tasavvuf ve hatta felsefe) kendi ilgi alanına giren hadis malzemesini salt hadisçilerin sıhhat kriterleri ve yargıları temelinde ele almamış, mutlaka kendi disiplinin genel çerçevesi içinde onu anlamlandırmıştır.

Geriye tarihsel olan Hz. Muhammed'in ve onun yaşadıklarının, beşer olarak hayatını geçirdiği çeşitli safhalar vs. gibi haberlerin doğruluğu meselesi kalmaktadır; bu noktada tarihsel Muhammed ile bir din tebliğcisi olarak Hz. Peygamber ayırımı yapmamız faydalı olabilir. Bir din tebliğcisi olarak Peygamber kendisine tevdi edilen mesajı sonraki nesillere hakkıyla ulaştırmanın yollarını temin etmiştir. Bunlar genel olarak yukarıda sözünü ettiğimiz fıkıh-kelam epistemolojisinde ortaya konulan bilgilerdir. Bir beşer olarak Muhammed'e gelince, bizim onun yaşadıklarını birebir tarihsel olarak inşa etmemiz beklenmemektedir. Fıkıh-kelam epistemolojisinin ve hadis usulü kriterlerinin, Hz. Peygamber'in hayat safhalarıyla ilgilenmesinin temel saiki bir Peygamber olarak onun tebliğ ettiği mesajı doğru anlamaktır. Modern tarihçi ise "gerçekte ne olmuştu" sorusuyla ilgilenirken "tarihsel" olayları aynıyla inşa etmek istemektedir ki, bunun dini bir anlamı olmadığı açıktır. Modern tarihinin beklentileri açısından Hz. Muhammed ve ilk Müslümanların yaşadıkları olayların "tarihsel inşasını" temin edecek "belge" olmayabilir yahut onlar sorunlu olabilir. Ama din toplumda yaşayan bir olgu olduğu için Müslüman epistemoloji, haklı olarak dini bilginin (Kur'an'ın ve Hz. Peygamber'in sünnetinin) bu karakterine uygun bir yöntem geliştirmiştir. Eğer sorun hadislerin tarihsel bilgi ve belge olarak okunup okunamayacağı sorusu olsaydı, belki Oryantalistlerin kuşkularının bir anlamı olabilirdi. Ancak hadis malzemesi, asla modern tarih araştırmacılarının belge beklentilerine benzer bir bilinçle derlenmemiştir.

Oryantalist edebiyatta Müslümanların fıkıh adını verdikleri disiplinin gelişimine dair görüşlerin kısa bir değerlendirilmesinin yapıldığı bu yazıda modern dönemlerde bir bilgi paradigmasının başka bir bilgi paradigmasıyla karşılaşması sonucu ortaya çıkan bazı kavram kargaşalarına ve anlam kaymalarına işaret edilmeye çalışılmıştır. Bir çok yeterince temeli olmayan meğa iddianın bu paradigma farklılığını yeterince dikkate almadan yapılan değerlendirmeler neticesinde ortaya çıktığı anlaşılmaktadır. Ancak bu karışıklığın sadece Oryantalistlerde olduğunu düşünmek bizi basit bir kolaycılığa götürebilir. Aksine bunun modernizmin etkisiyle çıktığını ve Müslümanların kendi kendilerini algılama biçimini büyük ölçüde değiştirdiğini unutmamak gerekir. Oryantalist edebiyata yönelik bu tür gözlemlerin salt bir karalama veya bir art niyet belirtisi olmadığı, aksine bunların modernitenin zihinlerde yarattığı dehşet verici zihin dönüşümlerinin birer neticeleri olarak ortaya çıktığı gerçeği, 19. yüzyılın ikinci yarısından itibaren üretilen Müslüman

edebiyata yönelik yapılan ve yapılmakta olan revizyonist bazı çalışmalar tarafından da desteklenmekte ve Oryantalist edebiyatta görülen kavramsal hataların Oryantalistlere has olmadığı anlaşılmaktadır. Bugün bizler 19. ve 20. yüzyılın hatalarını nasıl tekrarlamamak için çaba sarf ediyorsak Oryantalizmin de seleflerinin hatalarına karşı daha duyarlı olduklarını göz ardı etmemiz gerekir.