

İslam Hukuku'nun Osmanlı Devleti'nde Kanun Hukukuna Doğru Geçirdiği Evrim

M. Âkif Aydın*

Islamic law was created and developed as a jurists' law, a feature which it preserved until the nineteenth century. Nonetheless, since the sixteenth century in the Ottoman state, a certain degree of evolution from jurists' law to code-based law had already begun to take shape. Ebussud Efendi played a significant role in this development. In the nineteenth century, an important step was taken toward the codification of Islamic law by the adoption of first the Mecelle-i Ahkam-i Adliye, and again in the twentieth century with the Hukuk-i Aile Kararnamesi. In this essay, the course of this change in Islamic law in the Ottoman context vis-à-vis the status of mezheb in legal practice will be examined.

Key words: Islamic law, code-based law, jurists' law, Ebussud Efendi, Mecelle-i Ahkam-i Adliyye, Hukuk-i Aile Kararnamesi.

Hukuk tarihinde kimi hukuklar içtihat hukuku olarak doğmuş ve gelişmiş kimileri de bir kanun koyucunun ferman ve kanunlarıyla vücut bulmuştur. Bazen de içtihat yahut örf ve adet hukuku olarak doğan hukuklar zaman içinde kanun hukukuna dönüşmüştür. Kanun veya içtihat hukukunun toplumun ihtiyaçlarına ve gelişme çizgisine ne ölçüde cevap verdiği, hukuki hayattaki istikrar ve adaletin temininde oynadığı nasıl bir rol oynadığı ayrı bir inceleme konusudur. Bu sebeple biz bu makalede bundan kat'an nazar, İslam hukukunun Osmanlı hukuk tarihinde içtihat hukukundan kanun hukukuna doğru geçirdiği evrimi incelemeye çalışacağız. Bunu yaparken de aynı zamanda konuyla ilişkili olarak hâkim mezhep uygulamasının Osmanlı hukuk tarihinde aldığı şekle temas edeceğiz.

Bilindiği gibi İslam hukukunun teşekkülünde resmi bir yasama organının rolü söz konusu olmamış, bu hukuk çoğu/bir kısmı her hangi bir resmi görevi, sıfatı olmayan hukukçuların içtihatlarıyla oluşmuştur. Kısaca İslam hukuku bir kanun hukuku olarak değil, bir içtihat hukuku olarak doğmuştur. Ancak İslam hukukunun oluşumunda temel rolü oynayan içtihatlar mahkeme içtihatları olmaktan daha çok hukuk alimlerinin hukuk öğretimi sırasında yaptıkları yorumlar veya kendilerine intikal etmiş bir hukuki probleme verdikleri cevaplar olarak ortaya çık-

* Prof. Dr., Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi.

mıştır. Bu yönüyle İslam hukuku daha çok mahkeme içtihatlarıyla oluşan İngiliz hukukundan farklıdır. İslam hukukçuları ister bir ders halkasında fıkıh öğretsinler veya kendilerine yöneltilen soruları cevaplandırsınlar, isterse kadı olarak mahkemelerde hüküm versinler ihtiyaç duydukları hukuk kurallarını bu hukukun kaynaklarından bizzat içtihat yaparak çıkarmakta idiler. Tabiatıyla bu serbest içtihat faaliyetleri, birbirinden çok farklı hukuki yorumların ve kuralların ortaya çıkması sonucunu da beraberinde getiriyordu. Başlangıç dönemlerinde bu içtihatlar arasında hiyerarşik bir sıralama da söz konusu değildi. Tam tersine bir genel prensip olarak kabul edilen "İçtihat içtihat ile nakz olunmaz" kuralı¹ bir anlamda bütün içtihatları aynı düzleme getiriyordu. Bu da bazen hatta çoğu kere aynı şehirde aynı tür hukuki problemler için farklı yorumların ve mahkeme kararlarının ortaya çıkması sonucunu doğuruyordu. Bu problemi hicri ikinci asırda gören İbnü'l-Mukaffa' (ö. 145/762) dönemin Abbasi halifesi Mansur'dan bir çözüm olarak İslam hukukunun resmen tedvin edilmesini önermişti. Abbasi halifesi de bu tavsiyeye uyarak İmam Malik'e eseri Muvatta'ın mahkemelerde resmi bir kanun metni olarak kullanılmasını teklif etmişti. Bu, içtihat hukuku olan İslam hukukunun ilk defa bir kanun hukuku haline dönüştürülmesi teşebbüsü olarak değerlendirilebilir. Ne var ki İmam Mâlik'in bunu kabul etmemesi üzerine teşebbüs akim kalmıştır².

Böylece zaman zaman bazı halife ve devlet başkanlarının uygun gördükleri içtihatları yürürlüğe koyma yönünde münferit müdahaleleri olmakla birlikte³ İslam hukuku resmi bir yasama faaliyetinden bağımsız bir içtihat hukuku olarak gelişimini sürdürmüştür. Bunun, o dönemde İslam hukukunun ulaştığı içtihat çeşitliliğinde ve zenginliğinde önemle rol oynadığı inkâr edilemez. Öte yandan yine aynı dönemde fikhî mezheplerin yavaş yavaş teşekkül etmesi ve özellikle Sünni fıkıh ekollerinin İslam aleminin belli bölgelerinde yoğunluk kazanması, bunun sonucu olarak da bir bölgede belli bir mezhebin görüşlerinin hâkim bir görüş olarak uygulanır olması, keza mezhep içindeki farklı içtihatların çok kesin olmasa da zaman zaman hiyerarşik bir sıralamaya (esahh-ı akval gibi) tabi tutulması mezheplerin teşekkül döneminde ortaya çıkan hukukî dağınıklık ve istikrarsızlığı önemli ölçüde önlemiştir.

¹ Mecelle-i Ahkam-ı Adliye, md. 16

² Subhî Mahmesânî, *el-Evdâu't-Teşriyye fi'd-Düveli'l-Arabiyye Mâdhâ ve Hâdiruhâ* (kııs: *el-Evdâu't-Teşriyye*), Beyrut 1972, s. 144-146; keza bk. M. Akif Aydın, "Mecelle'nin hazırlanışı", *OA*, c. IX (1989), s. 31-33

³ Abbasi halifesi Memun'un halku'l-kur'an meselesinde kendi tercihini kabul ettirmek için gösterdiği çaba ve başta Ahmet b. Hanbel olmak üzere ulemanın buna gösterdiği direnç bilinmektedir. Yine aynı Abbasi halifesi Memun bir ara mut'a nikâhını meşru kabul ettiğini ilan etmiş, ancak daha sonra kadı Yahya b. Eksem'in kendisini ikna etmesi üzerine bu müdahalesinden vazgeçmiştir. Bk. Cristopher Melchert, *The Formation of the Sunni Schools of Law 9th 10th Centuries C.E.*, Brill 1997, s. 44-45

Aslında ilk dönem hukukçuları kadıların içtihat faaliyetinden uzaklaşarak tek bir mezhebe bağlı kalmalarını ve onları tayin eden makamın buna yönelik zorlamasını tasvip etmemişlerdir. Bu sebeple bir kısım hukukçular belli bir mezhebe bağlı kalmak şartıyla yapılan kadı tayinini geçersiz sayarken, diğer bir kısmı tayini geçerli saymış ancak ileri sürülen şartı geçersiz kabul etmiştir⁴. Ne var ki sonraki dönemlerde devlet başkanının böyle bir yönlendirmesini hukukçular genelde kabul etmek durumunda kalmışlardır. Kadı ile halife arasındaki ilişkinin bazı bakımlardan bir tür vekâlet ilişkisi olarak kabul edilmesi ve vekâlette olduğu gibi kadı'nın görevinin sınırlandırılabilmesi görüşü, bu uygulamaya uygun bir hukuki zemin oluşturmuş ve kadıların görevlerinin devlet başkanı tarafından zaman, mekân ve bazı hususlarla sınırlandırılabilmesi esası kabul edilmiştir⁵.

Kadı veya müftü tayinlerinin belli bir tarihten itibaren hâkim siyasi otoritenin tercih ettiği mezhebe göre yapılması ve bu hukukçuların da sadece bu mezhebin görüşlerini uygulamaları, devletin hukuku etkilemesinin ve içtihat hukukundan kanun hukukuna doğru evrimin belli belirsiz ilk adımı olarak yorumlanabilir. Çünkü bu uygulamada her ne kadar hukukun oluşumuna doğrudan bir müdahale görünmemekte ise de takip edilecek mezhebin tercihiyle önemli ölçüde uygulanacak hukuk kuralları da belirlenmiş olmaktadır. Belki de ilk dönem hukukçularının içtihadı kadı olmanın vazgeçilmez bir unsuru olarak görüp kadıların bir mezhebe bağlı olmak kaydıyla tayin edilmelerini hoş karşılamamalarında, bu ilk adımı sonraki adımların izleyeceği ve içtihat hürriyetinin kısıtlanacağı, buna mukabil devletin hukukun oluşmasındaki rolünün/müdahalesinin artacağı endişesi de vardır.

Türk devletlerinde- kadı tayin ederken tercihlerin genelde Hanefi mezhebinden yana yapıldığı bilinmektedir. Büyük Selçuklu devletinde Tuğrul Bey zamanından itibaren kadılar çoğunlukla Hanefi mezhebinden seçilmiştir⁶. Ancak bu dönemde hükümlerin Hanefi mezhebine göre verilmesi konusunda açık bir yönlendirmeye rastlanmamaktadır⁷. Aynı durum Osmanlıların ilk dönemleri için de

⁴ Ebul Hasen el-Mâverdî, *el-Ahkâmü's-Sultâniyye*, Beyrut 1405/1985, s. 78; Ebu Ya'lâ el-Ferrâ, *el-Ahkâmü's-Sultâniyye*, Beyrut 1403/1983, s. 63-64; Mahmesânî, *el-Evdâ'u'l-Teşri'iyye*, s. 161

⁵ Ebul Ula Mardin, "Kadı", *İA*, c. VI, s. 43; Bu sınırlandırma daha sonra Mecelle'de şu şekilde ifade edilmiştir: "Kaza, zaman ve mekân ile ve bazı hususâtın istisnasıyla takayyud ve tahassus eder." md. 1801. Maddenin devamında örnekler verilirken de "Ve kezalik bir müçtehidin bir hususta re'yi nâsa erfak ve maslahat-ı asra evfak olduğuna binâen re'yiyle amel olunmak üzere emr-i sultânî sâdir olsa ol hususta hâkim ol müçtehidin re' yine münâfi diğer bir müçtehidin re'yiyle amel edemez, eder ise hükmü nâfiz olmaz." denerek mezhep bakımından sınırlandırmanın da bu kapsamda değerlendirildiği ortaya konmuştur.

⁶ Mehmet Altan Köymen, "Alp Arslan zamanı Büyük Selçuklu İmparatorluğu Dini Siyaseti", *Selçuklu Araştırmaları Dergisi*, c. IV, s. 150-152

⁷ Elimizde bulunan Selçuklu dönemi kadı beratlarında hükümlerin Hanefi mezhebinin içtihatlarına göre verileceğine dair bir kayıt mevcut değildir. Bu dönemin kadı beratı örnekleri için bk. Osman Turan, *Türkiye Selçukluları Hakkında Resmi Vesikalar*, Ankara 1988, s. 46-56

söz konusudur. Bu dönemdeki kadı beratlarında hükmün Hanefi mezhebine göre verileceği açıkça belirtilmemektedir⁸. Söz konusu dönemde kadılar çoğunlukla Hanefi mezhebine mensup fakihlerden seçildiğinden bu mezhebin uygulanmasının ayrıca tasrihine lüzum görülmemiş olabilir. Şu kadar var ki bu dönemde diğer mezhepleri bütünüyle dışlayıcı bir tavır da olmamıştır. XVI. asra gelinceye kadar Osmanlı mahkemelerinde zaman zaman diğer mezhep görüşlerinin de uygulandığına rastlanması bunu desteklemektedir. Nitekim XV. asra ait Bursa şer'îye sicillerinde rastlanan kayıtlardan Şafii içtihadının hukukî ve sosyal ihtiyaca daha iyi cevap verdiği durumlarda, Bursa'daki Hanefi kadısının Şafii mezhebinden naipler tayin ettiği onların kendi mezheplerine göre verdikleri hükmü aynen uyguladığı görülmektedir⁹. Ancak bu uygulamanın sınırlı olduğunu ve hele davacıların dört mezhepten dilediklerini seçme haklarının bulunmadığını unutmamak gerekir¹⁰. Yine bu ilk dönemde -kayd-ı ihtiyatla belirtelim ki- devletin şeri hukuk kurallarının belirlenmesine doğrudan müdahil olmasının örneğine de rastlanmamaktadır.

Ancak on altıncı asırda bu konuda bir tavır değişikliği gözlemlenmektedir. Mesela İbn Kemal'in kafir esir alımıyla ilgili bir fetvasında "caizdir ama men olunmuştur padişah tarafından"¹¹ demesi dikkat çekicidir. Gerçi bu yasak dönemin şartları ışığında bir idari tasarruf olarak görülebilir. Fetvada bu yasağa rağmen yapılan satışın hukuken geçersiz olduğuna dair bir açıklık da görülmemektedir. İbn Kemal'in takipçisi sayılan Ebussuud Efendi'nin Rumeli kazaskeri ve daha sonra şeyhülislam olarak Osmanlı devletinin adli ve ilmi hiyerarşisinin en üstünde yer aldığı yıllarda görülmeye başlayan gelişmeler önemlidir. İlk defa Osmanlı padişahları bu dönemde şer'i hukuk alanında uygulanacak hukuk kurallarına bire bir müdahil olmaya başlamışlardır. Mesela Osmanlı devletinin başlangıcından itibaren Hanefi mezhebindeki hâkim görüşe göre bülûğa ermiş olan genç kızlar velilerinin rızalarını almaya ihtiyaç duymaksızın evlenebilirler

⁸ Fatih dönemine ait 884 H.(1479) tarihli bir kadı beratında sadece imamların içtihadına uymaktan (iktida-yı ictihad-ı eimme) bahis vardır. İsmail Hakkı Uzunçarşılı, *Osmanlı Devletinde İlimiye Teşkilatı*, Ankara 1965, s. 114-115

⁹ Halil Sahillioğlu, "Bursa Kadı Sicillerinde İç ve Dış Ödemeler Aracı Olarak 'kitâbü'l-kâdî' ve Süfteceler", *Türkiye İktisat Tarihi Semineri*, Ankara 1975, s. 123; M. Âkif Aydın, *İslam - Osmanlı Aile Hukuku*, İstanbul 1985, s. 72, 115-117

¹⁰ Krş. Halil İnalıcık, "Mahkeme", *İA*, c. VII, s. 151; İlber Ortaylı, "Osmanlı şehirlerinde mahkeme" (kııs: "Mahkeme"), *Bülent Nuri Esen Armağanı*, Ankara 1977, s. 249. Ebussuud Efendi'nin şu fetvası da kadıların davalının mezhebine aykırı bir mezhebin görüşlerine göre hüküm vermekten men edildiklerini ortaya koymaktadır: "Zeyd-i Hanefî gâib iken fevt olup Şâfiî dâyinleri (alacaklıları) cümle verese gâib iken deynlerin(alacaklılarını) isbat edüp, Şâfiî kadısı hükmü idüp ba'de hu Hanefî kâdısı tenfiz eylese makbûl olur mu? Elcevab: Olmaz, kudât memâlik-i mahrûsada müddeâ aleh mezhebine muhâlif hükümden men olunmuştur. Hükmü ve tenfizi bâtildir." Ebussuud, "Maruzat", *MTM*, sy. 2, s. 345

¹¹ Leali Ahmed b. Mustafa, *Mecmau'l-Mesâli's-Şer'iyye fi'l-Ulumi'd-Diniyye*, TDV İslam Araştırmaları Merkezi Kütüphanesi, 63897, vr. 33a

iken H. 951 (1544-1545) tarihinden itibaren "kudat veli izinsiz nikah kabul etmemekle memur" olmuşlardır¹². Keza 957 (1550) tarihinde meşru bir mazereti olmaksızın on veya on beş sene dava konusu olmayan ihtilafların mahkemelerde dinlenilmesi men edilmiştir¹³. Bu tarihe kadar zamanaşımı için İslam alimlerinin belirledikleri süre genellikle 30-36 yıllar arasında değişmekteydi. Yine aynı tarihte bir gayri menkulde faili bilinmeyen adam öldürme vakasının olması durumunda diyet yükümlülüğünün Ebu Yusuf'un görüşü istikametinde o yeri tasarrufunda bulunduran kimselere ait olacağı hususunda ferman sadır olmuştur¹⁴. Halbuki o zamana kadar mezhepteki hâkim görüş Ebu Hanife'ye ait olan ve o yerin malikini sorumlu tutan görüş idi. Ebussuud Efendi'nin Maruzat'ında benim tespit edebildiğim kadarıyla bu türden devletin şeri hukuk kuralına bire bir müdahil olduğu yirmi kadar örnek bulunmaktadır. Kaldı ki bu türdeki örnekler sadece Maruzat'ta karşılaştıklarımızdan ibaret de değildir. Hanefi hukuk anlayışına aykırı olması gereken gediklerin sosyal ve iktisadi şartların zorlamasıyla kendini kabul ettirmesi ve Hanefi hukukçuların Maliki mezhebinden esinlenerek bu uygulamayı kabul etmeye başlamaları ve nihayet Ebussuud Efendi'nin bu konuda yazdığı risalede ortaya koyduğu hukuki esasların padişah tarafından yürürlüğe konması¹⁵, yine Hanefi hukuk anlayışına aykırı olan uzun süreli kiralamaların ve kira akdinden doğan kullanım (tasarruf) hakkının mirasçılara da intikalinin icareteynli ve mukataalı vakıflarda muhtelif fermanlar ve kanunlarla düzenlenmiş olması siyasi otoritenin şeri hukuk alanındaki bire bir müdahalelerinin dikkate değer örneklerindedir.

Burada uygulanan usul şudur. Padişaha çoğu kere şeyhülislam bazen de kazaskerler veya diğer bir hukukçu tarafından o zaman kadar uygulanmakta olan hukuk kuralının (buna Hanefi mezhebi içindeki hâkim görüş de -esahh-i akval diyebilirsiniz) değişmesini öngören bir fetva sunulmakta, padişah da bu fetvaları "mûcebince amel oluna" diye tasdik etmektedir. Böylece aslında kadıları bağlayıcı olmayan fetva padişahın bu emriyle bağlayıcı bir hukuk kuralı haline gelmektedir. Burada şu nokta dikkatten kaçmamalıdır. Padişah ferman ve kanunlarıyla İslam hukukunda hiç mevcut olmayan bir kural konmamakta, sadece içtihat hukukunun üretmiş olduğu farklı bir çözüm kadıların uygulamak zorunda oldukları bir hukuk kuralı haline getirilmektedir. Böylece İslam hukukçularının ferdi içtihatlarıyla vardıkları sonuçlar kanunlaştırılmakta, sınırlı bir alanda da olsa içtihat hukuku kanun hukuku haline dönüştürülmektedir.

¹² Ahmet Akgündüz, *Osmanlı Kanunnameleri*, İstanbul 1992, IV, 38

¹³ Akgündüz, IV, 56

¹⁴ Akgündüz, IV, 57

¹⁵ Ahmet Akgündüz, *İslam Hukukunda ve Osmanlı Tâbikatında Vakıf Müessesesi*, Ankara 1988, s. 404-410

Dikkat çekici olan nokta Osmanlı devletinde Anadolu ve Rumeli'de Hanefi mezhebi dışındaki görüşlerin yasaklanması ve kadı ve müftülerin sadece bu mezhebin görüşlerini dikkate alma mecburiyetlerinin de hemen hemen aynı tarihlerde başlamasıdır. On altıncı asrın ortalarından itibaren kadı beratlarında ve müftü menşurlarında kaza ve fetvanın Hanefi mezhebine göre verileceği tasrih edilmektedir¹⁶. Artık kadılar tayin beratlarında açıkça izin verilmemişse¹⁷ Hanefi mezhebi dışında¹⁸ veya Hanefi mezhebindeki hâkim görüş dışında¹⁹ bir görüşü uygulamaya sokamayacaklardır. Bu bir bakımdan Hanefi mezhebine daha kuvvetle bağlanmayı ifade etmekte, diğer bakımdan da içtihat hukukundan kanun hukukuna doğru yönelişin ikinci adımını oluşturmaktadır. Burada da uygulanacak hukuk kurallarına yönelik doğrudan bir düzenleme söz konusu değildir. Hanefi mezhebi içindeki hâkim görüş (esahh-ı akval) yine mezhebin kuralları içinde belirlenmektedir. Söz gelişi Ebu Hanife ile iki meşhur öğrencisinden birisi aynı görüşte birleşmiş diğeri farklı bir görüşe sahip olmuşsa esahh-i akval birinci görüştür²⁰. Ancak bu yeni uygulamayla kadılar ve müftülerin ilmi yeterlilikleri olsa bile farklı mezheplerden bir görüşü tercih imkânı ortadan kaldırılmış olmaktadır.

Burada iki gelişmenin paralel yürüdüğüne dikkat çekmek gerekir. Bir taraftan Anadolu ve Rumeli'de bir resmi mezhep uygulamasına gidilmekte, kadıların be-

¹⁶ Bu asırdan sonraki kadı beratlarında hemen daima "...eimme-i hanefiyyeden muhtelefun fiha olan mesaili kemâ yenbeğî tetebbu edüp esahh-ı akvâli bulup anınla amel eyleye..." ifadelerine rastlanmaktadır. bk. Hıfzı Efendi, *Kanunname-i Cedid*, İ.Ü. Hukuk Fakültesi Kütüphanesi, vr. 49b-50a; "Osmanlı Kanunnameleri", s. 326-327. Uzunçarşılı, *İlmiye Teşkilatı*, s. 85-86, 112-113.

¹⁷ Şu iki fetva buna işaret etmektedir: "Mesele: Zeyd mecnun olmakla hâkim zevcesi Hind'i şeran tefrika kadir olur mu? Elcevab: Hâkim İmam Muhammed kavliyle amele memur ise olur ve illa olmaz." Ebussuud, s. 340. "Mesele: Hind Zeyd'in meczûm(cüzzamlı) idüğünü bilmeden nefsini Zeyd'e tezvîc eylese Hind vâkifa oldukta râziye olmayıp nefsini kadıya tefrik ettirmeye kâdire olur mu? Elcevab: Olmaz. Meğer kadı İmam Muhammed kavliyle amele memur ola", Ali Efendi, *Fetâvâ*, İstanbul 1272, c. 1, s. 91. Her iki durumda da Hanefi mezhebindeki hâkim görüş (esahh-ı akvâl) tefrika izin vermediğinden kadı açıkça izin verilmemişse tefrika hükmedemez.

¹⁸ Ebussuud Efendi'nin fetvalarından belli bir süre diğer mezheplere müsamaha edildiği ancak bunun sonradan yasaklandığı açıkça anlaşılmaktadır. Bir fetva mecmuasında peş peşe yer alan şu iki fetva buna örnektir: "Mesele: Zevci nâbedid olan Hind Nafakaya aczi olicak teşeffu edüp şafii kadısı tefrik edüp zevc-i ahara varsa badehu Zeyd gelse zevcesin geri alabilir mi? Elcevab: Alamaz. Ahmed. Cevab-ı ahâr: Teşeffu hususu Diyar-ı Rum'da câri olmaya deyü men-i sultânî vaki olmuştur. Ebussuud", M. Ertuğrul Düzdağ, *Şeyhülislam Ebussuud Efendi Fetvaları Işığında 16. Asır Türk Hayatı*, İstanbul 1972, s. 44. Aynı süal ve sadece Ebussuud Efendi'nin cevabı Maruzat'ta da bulunmaktadır (Ebussuud, s. 340-341). Ayrıca Maruzat'ta bir başka fetvada şu kayıt vardır: "Bu diyarda Şafii kavliyle amel etmek yasaktır." (s. 341).

¹⁹ "Mesele: Esahh-ı akvâl ile amel eyliyesin deyu beratında mukayyed olan kadı kavli-i zaif ile amel eylese hükümü nâfiz olur mu? Elcevab: Gayet zaif olunca olmaz." Ebussuud Efendi, s. 344; *Selle*, s. 17.

²⁰ İbn Abidin, *Mecmuatü Resail*, I, 26.

lirtilen bölgelerde kendi tercihleriyle diğer mezheplerin uygulanması yasaklanmakta, diğer taraftan da İslam hukukunda var olan farklı bir hukuki görüş padişahın emriyle mecburen uygulanan bir hukuk kuralı haline dönüşmektedir. Burada şu iki soruya cevap aramak yararlı olur diye düşünüyorum: Bu iki gelişme arasında bir sebep sonuç ilişkisi var mıdır? Bu gelişmeyi doğuran faktörler neler olabilir?

Bu iki gelişme arasında doğrudan bir ilişki bulunduğunu söylemek pek mümkün görünmemektedir. Bir başka ifadeyle kanun hukukuna doğru bir evrim kaçınılmaz olarak tek bir mezhep uygulamasını doğurmuş değildir. Sonraki kimi örnekte (msl. Hukuk-ı Aile Kararnamesi) diğer mezheplerden yararlanma tam tersine ancak bu yolla gerçekleşebilmiştir. Dahası dönemin (yirminci yüzyıl) bir kısım İslam hukukçusu kanunlaşma yoluyla diğer mezheplerden yararlanılmasını şiddetle tenkit etmiş ve söz konusu kararname biraz da bu sebepten fazla uygulanma imkânı bulmadan yürürlükten kaldırılmıştır²¹.

Burada kanun hukukuna ve resmi mezhep anlayışına yönelmeyi doğuran faktörler konusunda şunlar söylenebilir. İlk olarak önce Şah İsmail'in misyonerlerinin Osmanlı toplumunun dini, siyasi ve sosyal yapısını bozma çabaları, daha sonra da özellikle Kanuni döneminde yerleşmiş dini anlayışa aykırı kimi cereyanların benzer yöndeki gayretleri Osmanlı merkez yönetimini bir içe kapanmaya ve daha kontrollü bir yönetime sevk etmiş olabilir. Böyle kontrollü bir yönetim ise içtihat hukukuyla değil kanun hukukuyla ve belli bir mezhebin içtihatlarının uygulanmasıyla daha kolay sağlanır.

Bir başka faktör de padişahın belli bir hukuki yoruma destek vermesiyle Hanefi mezhebi içinden veya dışından yapılan farklı tercihlerin ulema arasında muhalefet rüzgarı estirmesine ve uygulamada kural kargaşası yaratmasına mani olma arzusudur. Para vakıflarıyla ilgili olarak aynı dönemlerde yapılan tartışmalar bu konuda yeterli fikir verebilir zannediyorum. Muhtemelen on beşinci yüzyıldan itibaren gittikçe artan bir oranda uygulanmakta olan para vakıflarının meşruiyeti, muhtemelen Şeyhülislam İbn Kemal döneminden itibaren şiddetli bir tartışma konusu olmuştur. Bu tartışmada İbn Kemal, Ebussuud gibi dönemin önde gelen ilim adamlarının para vakıflarının meşruiyetini, Çivizade ve daha sonraları Birgivi gibi ilim adamlarının ise aksini savundukları görülmektedir. Bu tartışmada önce Rumeli kazaskeri Çivizade'nin para vakıflarını yasaklattığı, daha sonra ise Şeyhülislam Ebussuud Efendi'nin bu yasağı kaldırdığı görülmektedir²². Her iki yönde alınan karar da şeri hukuktaki bir çözümün kanunlaştırılması, bir

²¹ Geniş bilgi için bk. Aydın, *İslam-Osmanlı Aile Hukuku*,

²² Bu konudaki tartışmalar hakkında geniş bilgi için bk. Tahsin Özcan, *Osmanlı Para Vakıfları*, Türk Tarih Kurumu 2003, s. 28-50

diğer ifadeyle bir kanun hukuku örneğidir. Ulemanın bu konuda hayli problem doğuran ve daha da doğuracak olan ihtilafı kanun hukuku ile giderilmiştir. Hukuki istikrar ve kesinliği sağlamada bu yolun daha elverişli olduğu tartışılmaz.

Nihayet şeyhülislamın mezhep içinde zaman içinde kökleşmiş ve itiraz görmez hale gelmiş hâkim görüşü ferdi içtihatları ve fetvalarıyla değiştirme imkânı bulamayınca içtihatlarını padişahın tasdikiyle mecburi bir hukuk kuralı haline getirme arzularının da bu yöneşte etkili olduğu düşünülebilir.

Kanuni döneminde içtihat hukukundan kanun hukukuna doğru bir geçiş sürecinin başlamasında Ebussuud Efendi'nin rolü dikkat çekicidir. Yukarda da belirttiğimiz gibi onun Rumeli kazaskeri veya şeyhülislam olduğu dönemde bu yönde dikkate değer çabaları gözlemlenmektedir. Dikkat çekici olan nokta şurası ki Budin kanunnamesinin mukaddimesinde olduğu gibi örfi arazi hukuku esaslarını şer'i bir kalıba dökmekte dikkate değer bir maharet gösteren Ebussuud Efendi, Maruzat'daki fetvalarıyla da şer'î hukuku kanuni bir kalıba sokmakta başarılı olmuştur.

Ebussuud Efendi'den sonra hem kanun hukukuna geçiş, hem de bu yolla diğer mezheplerin görüşlerinden yararlanma yönünde Tanzimat dönemine gelinceye kadar dikkate değer bir gelişme gözlemlenmemiştir. Gerçi Ma'rûzât isimli bilinen başka derlemeler de vardır²³. Söz gelişi Şeyhülislam Yenişehirli Abdullah Efendi tarafından tertiplenip padişaha sunulan ve bu sebeple *Ma'rûzât-ı Abdullah Efendi* olarak bilinen bir başka ma'rûzât mukaddimesinde de risalenin padişaha uygulanma yönünde bir fermanının alınması için takdim edildiği belirtilmektedir²⁴. Ne var ki bu risale içerdiği fetvalarla Ebussuud Efendi'nin Ma'rûzât'ından farklıdır. Zira fetvalar diğer mezhep görüşlerinden her hangi bir görüşün tercih edilip padişahın onayıyla uygulamaya sokulma maksadıyla kaleme alınmış değildir. Hanefi mezhebi içinde verilmiş ve normal olarak kadıların, müftülerin ve yöneticilerin dikkate almak zorunda oldukları fetvaları içermektedir. Esasen risaleden padişahın onayının alıp almadığı da anlaşılmamaktadır.

Bu usulün sınırlı uygulanışı ve diğer mezheplerin yorum zenginliğinden bir şekilde yararlanılmaması hukuki hayatta önemli problemler doğurmuştur. Zorla yapılan evlenme ve boşanmaların geçerli sayılması, gasp edilen malların iade edildiğinde kullanılan zamana yönelik bir ecr-i misil ödenmemesi, kocaları tarafından terk edilen kadınların boşanamamaları, irtifak haklarının müstakil bir akitle kurulamaması, taşınmazların gasp edilmesinde taşınırılardan farklı hukuki

²³ Behlül Düzenli, "Şeyhülislam Ebussuûd Efendi: Bibliyografik Bir Değerlendirme", *Türkiye Araştırmaları Literatür Dergisi*, sy. 5 (2005), s. 461-462

²⁴ "...kudât ve hükkâm amel etmeleriçün ferman cihân-mutâ' buyrulmak ricasına atebe-i aliyeye arz olundu.", bk. *Ma'rûzât-ı Abdullah Efendi*, Süleymaniye KTP. Bağdatlı Vehbi, 2054, vr. 19b

esaslara tabi olması bunlardan birkaçıdır. Bu zorluklar zaman zaman mezhep içindeki diğer hukuki imkânlar kullanılarak aşılmaya çalışılmıştır. Mesela menfaatin gasbının doğurduğu problemler zaman içinde artan istisnaların kabulü ile giderilmeye çalışılmıştır²⁵, Kadınların kendilerine kötü muamele eden kocalarından boşanmalarının Hanefi mezhebinde diğer mezheplere göre daha zor oluşu hukukçuları çare aramaya itmiş, kimi kadılar bu tür kocalardan bir daha karısına kötü muamele ederse eşinin boş olması için şartlı talak sözü almış, böylece kötü muamelenin tekerrüründe kadınların kocalarından boşanmalarına imkân sağlamışlardır²⁶. Daha da ötesi bazen çıkan problemleri çözmek için hukuki yollar zorlanmıştır. Yine aynı tür bir problemde Divan-ı Hümayun'un devreye sokularak kocaya karısını boşaması için fiili zorlama yapılması buna örnektir²⁷. Kız kaçırma ve benzeri durumlarda zorla yapılan nikâhların Hanefi mezhebinde geçerli kabul edilmesi üzerine ortaya çıkan sosyal ve hukukî problemi çözmek için diğer mezheplerin görüşlerinden istifade ile bu nikâhı geçersiz sayma yerine kocayı karısını boşaması için zorlamak diğer bir örnektir. Kanuni dönemi ceza kanunnamesinde "Veya kız veya avret çeküp cebr ile nikah itdüreğe cebr ile boşadalar, dahi siyaset edeler" denilmektedir²⁸. Bunun hukukî bir çözüm olduğu tartışmalıdır. Halbuki Osmanlıların belli bir bölgesinde bir süre uygulanan Alaüddevle Bey Kanunu'nda zorla yapılan nikahın zorla sona erdirilmesi yerine diğer mezhep görüşleri istikametinde geçersiz olduğu belirtilmekte ve doğacak hukukî ve sosyal problemler halledilmektedir "Eğer kız çeküp alıp gittiğinden sonra nikah itse, nikahı fasittir; ta'zir ideler"²⁹.

Uzun bir aradan sonra her iki yöndeki gelişmenin Tanzimat sonrasında artarak devam etmesi dikkat çekicidir. Bu dönemde kimi kanunlar Batı'dan alınırken kimileri de o zamana kadar uygulanan ve fıkıh kitaplarında var olan İslam hukuku kurlalları kanunlaştırılmıştır. Bunun tipik misali Mecelle-i Ahkam-ı Adliyyedir.

²⁵ Yetimlere ait olan veya vakfedilmiş bulunan malların, keza müaddün li'l-istiğlâl denilen kiraya verilmek üzere tahsis edilmiş malların gasbedilmesi halinde kullanım süresine ilişkin olarak ecr-i mislin ödenmesinin kabul edilmesi bu istisnalara bir örnektir. Bu konuda yirminci asra gelinceye kadar menfaati mal kabul edilen ve ona yönelik her türlü haksız fiili korumayan külli bir tavır takınılamamış ancak bu asrın başlarında menfaati mal kabul eden ve ona yönelik her türlü haksız fiile tazmin imkanı tanıyan düzenleme Usul-i Muhakemat'ı Hukukiye kanununun 64. maddesine yapılan bir ekle, yani kanunlaştırma yoluyla bu problem bütünüyle çözülmüştür, geniş bilgi için bk. M. Akif Aydın, "İslam Hukukunda Gasp", *İslam Tetkikleri Dergisi*, IX (1995), s. 176-183

²⁶ C. Ronald Jennings, "Women in early 17th century Ottoman judicial records the sharia court of Anotolian Kayseri", *Journal of Economic and Social History of the Orient*, XVIII/1, s. 88-89

²⁷ M. Akif Aydın, "Osmanlı Hukukunda Kazâi Boşanma, Tefrik", *Osmanlı Araştırmaları*, c. V (1986), s. 7-8

²⁸ Uriel Heyd, *Studies in Old Criminal Law*, Oxford 1973, s. 60

²⁹ Ömer Lütfi Barkan, *XV ve XVI. Asırlarda Osmanlı İmparatorluğunda Zirai Ekonominin Hukuki ve Mali Esasları, Kanunlar*, İstanbul 1943, s. 121, md. 16. Aynı hüküm Bozok kanunnamesinde de vardır, bk. s. 125, md. 16

Mecelle-i Ahkam-ı Adliyye Halife Mansur'la bir teşebbüs olarak başlayan, Ebus-suud Efendi döneminde kısmen hayata geçirilen İslam hukukunun kanun hukukuna dönüşmesinin son önemli halkalarından birini teşkil etmektedir. Böylece Osmanlı hukukunda şeri hukuka ait bir alanda hukukçularının içtihatlarıyla oluşan bir hükümler mecmuası ilk defa padişahın "mücebince amel olunsun" diye emretmesiyle resmi bir metin, bir kanun haline dönüştürülmüştür. Daha öncesinde münferit ve kısmî örnekler görülmekle birlikte bu ölçüde büyük bir kanunlaştırma faaliyeti İslam hukuk tarihi için bir ilktir.

Şurası dikkat çekicidir: Mecelle hazırlanırken ulemadan bizzat kanunlaştırmaya yönelik bir muhalefet görülmez. Bunda Osmanlı tarihi boyunca örfi hukuk alanında hazırlanan kanunnamelerin, buna ilave olarak yukarıda anlatmaya çalıştığımız üzere şer'i hukuk alanında kanun hukuku istikametinde görülen münferit gelişmelerin etkisi vardır. Aynı dönemlerde benzer bir teşebbüsün Mısır'da akamete uğradığı unutulmamalıdır. Bilindiği üzere Hidiv İsmail Paşa döneminde Vezirü'l-Hakkaniye Kadri Paşa tarafından İslam hukuku alanında bir kanun taslağı olarak hazırlanmış bulunan *Mürşidü'l-Hayrân* İslam hukuku alanında kanunlaştırmanın Mısır valisini yasa koyucu konuma getireceği ve yıpratacağı endişesiyle yürürlüğe konamamıştır. Bu örnek dikkate alındığında Mecelle örneği daha bir anlam kazanmaktadır. Bu ilk örneği 1917 yılında Hukuk-ı Aile Kararnamesi izlemektedir ki o da aile hukuku alanında ilk kanuni düzenleme özelliği taşımaktadır. Ancak Mecelle ile Hukuk-ı Aile Kararnamesi arasındaki önemli fark ilkinde sadece Hanefi mezhebi, ikincisinde ise bunun yanı sıra diğer mezhep içtihatlarının da dikkate alınmasıdır.

Diğer mezheplerden yararlanmanın yirminci asrın başlarında hiç de müsait olmayan şartlar içerisinde yine kanunlaştırma yoluyla gerçekleşebilmesi dikkat çekicidir. Bu alandaki ilk gelişme 23 Rebiulahır 1334 (5 mart 1916) tarihli bir irade-i seniyye ile başlamıştır. Bu yüzyılın başlarındaki sosyal ve kültürel değişim ve Balkan Harbi'nin doğurduğu zaruretler kazai boşanma imkanının diğer mezheplerden istifadeyle genişletilmesi ihtiyacını hissettirmiş ve nihayet belirtilen tarihli irade-i seniyye ile Hanefi mezhebi içtihatlarının dışına çıkılarak kadına kocasının nafaka bırakmadan kaybolması halinde boşanma hakkı tanınmıştır. Burada da Ebussud Efendi'nin izlediği yol takip edilerek Şeyhülislamlıkça Hanbeli mezhebinin içtihatlarından yararlanarak eşi kaybolan kadının boşanmasına imkan veren bir fetva hazırlanmış ve bu fetva bir irade-i seniyye ile yürürlüğe konarak üç asırdan fazla bir süreden sonra diğer mezheplerden istifade yolu tekrar açılmıştır³⁰. Bu irade-i seniyye'den kısa bir süre sonra hazırlanan 1917 tarihli Hukuk-ı Aile Kararnamesi ise bu konuda çok radikal bir adım atarak bütünüyle

³⁰ Geniş bilgi için bk. Aydın, *Osmanlı Aile Hukuku*, s. 146-148

eklektik (telifikçi) bir yol benimsemiş ve birçok hükmünde diğer mezheplerden istifade etmiştir³¹. Böylece kararname İslam hukuk tarihinde ilk defa diğer mezheplerden istifade yolunu açmış bir kanun olarak daha sonra diğer İslam ülkelerinde hazırlanan birçok aile kanununa öncülük etmiştir. Ne var ki Osmanlı hukukunda diğer mezhep ve görüşlerden istifade imkânının uzun asırlar kullanılmaması ve ancak devletin yıkılmasından kısa bir süre önce bu imkânın işletilmeye başlanması hem Osmanlı hukukunun altı asırlık gelişme seyrini ve hem de Osmanlı sonra Türk hukukunun genel istikametini menfi yönde etkilemiştir.

Böylece bir içtihat hukuk olarak doğan ve gelişen İslam hukuku tarihi süreci içinde ve özellikle Osmanlı uygulamasında kanun hukukuna doğru bir evrim geçirmiştir. Ancak bunun teknik anlamda bir kanunlaştırma olduğu, bir diğer ifadeyle içtihatlar ulaşılan sonuçlardan uygun görülenlerin kanuni bir kalıba dökülmesi suretiyle gerçekleştiği unutulmamalıdır. Günümüz İslam ülkelerinde de aynı evrim artarak devam etmektedir. Bugün bir iki ülke hariç sınırlı alanlarda İslam hukukunu uygulayan ülkeler, bunu klasik içtihat hukukunun yorumlarını kanunlaştırarak yapmışlardır. Burada dikkat çeken bir başka önemli nokta da belli bir asırdan sonra gerek mezhep içi, gerekse mezhepler arası farklı tercihlerin uygulama şansını ilk defa kanun hukukuna geçişle birlikte bulmaya başlamasıdır.

³¹ Geniş bilgi için bk. Aydın, *Osmanlı Aile Hukuku*, s. 209-210