

Türk Hukukunun Seküler Kaynakları: İmparatorluk'tan Cumhuriyet'e

Mehmet YÜKSEL^(*)

GİRİŞ

Bu çalışmanın temel amacı, “*Türk Hukuku*”nun çok gerilere giden seküler temellere sahip olup olmadığını araştırmak ve bu çerçevede Osmanlı hukukunda önemli bir yeri olan İslam hukukunun ne kadar belirleyici ve kapsayıcı olduğunu, bünyesinde seküler değerleri, kuralları ve uygulamaları barındırıp barındırmadığını incelemektir.

Bu çalışmada, ağırlıklı olarak, antropolojik ve sosyolojik perspektiften hareketle dinsel-dünyasal ya da kutsal olan-seküler olan ayrımı üzerinde durulacak ve bu bağlamda din, bir toplumsal ve kültürel olgu, toplumsal sistemin veya yapının esaslı bir bileşeni, temel sosyal kurumlardan biri, insan ilişkisi ve etkileşimleri ile şekillenen bir olgu olarak; insanı, toplumu, doğayı ve evreni anlamak ve anlamlandırmak üzere gösterilen tüm çabaların sonucunda ortaya çıkan toplumsal bilgi sisteminin temel unsurlarından biri olarak ele alınacaktır. İnsan-din ilişkisi de, insanın dinsel değer ve normlardan etkilendiği, edilgen alıcı konumunda bulunduğu tek yanlı bir ilişki olarak değil; insanın hem dinsel değerlerin ve normların yaratıcısı olduğu, hem de bu değer ve normları kendi süzgecinden geçirerek yorumlayıp anlamlandırdığı, değiştirdiği, eklemeler ve çıkarmalar yaptığı iki yanlı işleyen bir süreç olarak incelenmeye çalışılacaktır.

“*Türk Hukukunun Seküler Kaynakları: İmparatorluk'tan Cumhuriyet'e*” başlığını taşıyan bir çalışma, hiç kuşkusuz “*din-siyaset*”, “*din-toplum-devlet*” ilişkisini inceleme ve tartışma konusu edilmeksizin yapılamaz. Temel kavramlar başlığı altında daha ayrıntılı olarak açıklanmakla birlikte; bu çalışmada “*din*”, sadece bir inanç ve ayinler bütünü olarak değil; aynı zamanda bir kültür, uygarlık ve ideoloji olarak ele alınacaktır. Aynı şekilde “*hukuk*”da, sadece bir kavramlar, kurallar ve kurumlar manzumesi olarak değil; aynı zamanda toplum hayatının ve kültürünün esaslı bir bileşeni olarak alınacaktır. Hukuk sadece “*kitaptaki hukuk*” olarak değil, toplumsal yapının diğer öğeleriyle ilişki ve etkileşimi içinde yaşayan bir sosyal olgu olarak ele alınacaktır.

Türklerin İslamiyet'i kabullerinden itibaren geçen süreçte, gerek Osmanlı öncesinde gerekse Osmanlı sonrasında, İslamiyet'in sadece bir din olarak değil; aynı zamanda bir kültür ve uygarlık olarak toplumun kültür, siyaset ve hukuk hayatında önemli bir rol oynadığı dikkate alındığında; öncelikli olarak ana hatlarıyla “*İslam Hukuku*”na bakılmaksızın “*Türk Hukukunun Seküler Kaynakları*”nı anlamak güçtür.

İslam hukukuna bakışta; semavi bir din kimliğiyle tek bir “*İslam*” bulunmakla birlikte, İslam'ın, bir din olarak be-

nimsenmekte ve yaşanmakta bulunduğu toplumun sosyal, ekonomik, siyasal ve kültürel koşullarıyla etkileşim süreci içinde gerçekleşen beşerî nitelikte birden çok “*Müslümanlık*” ya da birbirinden farklı özellikler gösterebilen çok sayıda Müslüman toplum olduğu noktasından hareketle dini hukuk dünyevi hukuk veya kutsal hukuk seküler hukuk ilişkileri inceleme konusu yapılacaktır. Başka bir deyişle, çalışmanın odak noktası, soyut, tek ve bir örnek nitelikteki “*metinlerdeki İslam*”dan ziyade çoğul nitelikte, çeşitli ve somut karakterdeki “*yaşanan İslam*” olacak ve böylece İslamiyet, toplumsal ve tarihsel bağlamı içinde ele alınacaktır.

Bildiri kapsamında; zaman zaman İslamiyet öncesi Türklerin toplum, devlet ve hukuk hayatına değinilmekle beraber, ağırlıklı olarak İslamiyet'in doğuşunda ve gelişiminde etkili olduğu düşünülen tarihsel, coğrafi ve toplumsal bağlam üzerinde durulacak, gerek Osmanlı öncesi gerekse Osmanlı sonrası dönemde diğer toplumlar, devletler, kültürler ve uygarlıklar ile etkileşim inceleme konusu yapılacaktır. Bu çerçevede; Arap kabile sisteminden Emevî-Abbasi Osmanlı saltanatına ve patri-monyalizmine gidiş sürecinde hukukun nasıl bir gelişim ve değişim gösterdiği, din-toplum-devlet ilişkisi bağlamında nasıl bir karaktere büründüğü hususu üzerinde durulacaktır. Ayrıca “*Yaşanan İslam*” olgusu dikkate alınırken; farklı coğrafi bölgeler, yerleşimler, sosyal tabakalar, etnik, dinsel ve siyasal oluşumlar bağlamında İslam'ın nasıl algılanıp, anlamlandırılıp yaşandığı hususu, “*şehir İslamı*”, “*kır İslamı*”, “*devlet İslamı*”, “*halk İslamı*”, “*Sünni İslam*” ve “*Suffi İslamı*” başlıkları etrafında incelenmeye çalışılacaktır. Osmanlı Devleti'nin çok milletli yapısı da göz önünde bulundurularak İmparatorluk çerçevesin-

de yaşanan inanç çoğulluğu, çeşitliliği ve bunun hukuk hayatına yansımaları üzerinde de durulacaktır.

İmparatorluk'tan Cumhuriyet'e hukukun seküler kaynakları üzerinde odaklanacak bir çalışmada; şu sorulara yanıt aranmalıdır: Doğuşuyla birlikte, devlet yaratma sürecinde çok önemli rol oynayan İslam, siyasetle yoğun etkileşim içinde olduğu bu süreçte dünyevî bir yana sahip değil midir? İslam, doğuşundan günümüze kadar, hiçbir ayırım kabul etmeyen ya da değişmeksizin kalan bir öze sahip tarih ya da zaman dışı bir olgu mudur? Yoksa farklı gelenekleri, kültürleri meczeden bir oluşum mudur? Bütün tarihi boyunca İslam'da “*din-toplum-devlet*” ya da “*din-dünya-siyaset*” ilişkisi aynı şekilde mi yaşanmıştır?

Bu bakımdan Hz. Peygamber ve Dört Halife dönemi ile Emevi ve Abbasi dönemleri arasında farklılıktan söz edilebilir mi? İslam hukukunun şekillenmesinde Müslüman toplumların diğer toplumlarla ve kültürlerle etkileşiminin bir rolü yok mudur? Osmanlıdan Cumhuriyet'e kadar olan dönem, yekpare bir bütün olarak ele alınabilir mi? Böyle bir çalışma sadece devlet odaklı yapılabilir mi? Yapılsa bile yeterli olur mu? Osmanlı'da; merkez ile taşra, seçkin ile avam, kent ile kır, Sünnî İslam ile Suffilik arasında hukuk hayatı, kültürü ve uygulaması arasında hiçbir ayrılık ya da farklılık olmadığı söylenebilir mi? İslam hukuku sadece şeriatın ibaret midir? Fıkıh=Şeriat'tır denebilir mi? Fıkıhın tümüyle Kur'an ve Hadis temelinde şekillendiği söylenebilir mi? İslam devleti, İslam ülkesi ve İslam toplumu deyimlerinin tümüyle özdeş olduğu ileri sürülebilir mi? Toplumun hukuk hayatında rol oynayan kurumlar (saltanat, bürokrasi ve ulema gibi) ile aktörlerin (sultan, idareciler, şeyhülislam, kadı asker, kadı gibi) kendi dünya görüşleri, konum-

(*) Doç. Dr. Gazi Üniversitesi İletişim Fakültesi Öğretim Üyesi

ları; görev ve yetkileri bağlamında hukuk algısına ve uygulamasına farklı renkler kattıkları söylenemez mi? İlmiye sınıfının teşekkülünden önceki ve sonraki hukuk aynı mıdır? 18. yüzyıldan itibaren laik bürokrasinin gelişiminin hukuk üzerinde bir etkisi olmuş mudur? Osmanlı merkezinde ve büyük şehirlerinde yaşanan hukuk, özellikle o günün iletişim ve ulaşım koşullarında ülkenin üçra köşelerinde, taşrasında ne kadar geçerliydi? Osmanlı'nın hukuk hayatını incelerken sadece resmi kurumlara ve yazılı metinlere dayanmak yeterli midir? Bir toplumun alışkanlıklardan, geleneklerden, değerlerden, simgelerden, yazılı olmayan ve resmi nitelik taşımayan normlardan, dünya görüşlerinden v.b. öğelerden oluşan kültür hayatı dikkate alınmaksızın yeterli bir hukuk incelemesi yapılabilir mi?

Osmanlı'da İslam, toplumun sosyal, siyasal ve kültürel hayatına ilişkin yarattığı değerlerle, normlarla ve kurumlara tamamiyle belirleyici bir konumda mı olmuştur? Yoksa bir esin ve referans kaynağı, meşrulaştırıcı ve haklılaştırıcı bir ideoloji olarak mı işlev görmüştür? İslamiyet'in genel olarak Türklerde ve özellikle Osmanlılarda güçlü bir devlet olgusuyla birlikte bulunması konumunu, yapısını ve içeriğini nasıl etkilemiştir?

Ayrıca şu sorunun da cevaplandırılması ya da tartışılması gereklidir: “Din-toplum-devlet”, “din-siyaset” ilişkisini analiz etmek üzere Batı'da geliştirilmiş modeller, İslam dünyasında “din-siyaset-toplum” ya da “din-devlet” ilişkilerini incelemede tümüyle geçerli olabilir mi?

TEMEL KAVRAMLAR

Din

Antropoloji çalışmalarında din, genel olarak, “doğüstü varlıklara ve

güçlere ilişkin zihinsel tutumlar ve davranış örüntüleri” şeklinde tanımlanmaktadır. Bu tanımda yer alan öğelerden “zihinsel tutum” ile inanç, iman, itikat gibi hususlara gönderme yapılırken; “davranış örüntüsü”yle dinin ritüel ya da ibadet ve ayine ilişkin yanları kastedilmektedir. “Doğüstü” ile de gözlenebilir veya duyularla algılanabilenin ötesinde kalan bir dünya ifade edilmektedir. Kısacası din ile; gözlenemeyen, öngörülemeyen, deneysel olmayan ve açıklanamayan bir alanın temsili söz konusudur. Bu alan içinde rol oynayan aktörlerin veya etkenlerin, insan hayatı ve geleceği üzerinde mutlak denetime sahip oldukları inancından ve bu inanç temelinde şekillenen tutum alışlardan “dinsellik” olarak ifade edilen olgu ortaya çıkmaktadır. Bu anlamıyla din, bilinmeyen ile bağ kurma mekanizması anlamına gelmektedir (Atay, 2004:18).

Hiç kuşkusuz, söz konusu çalışmamız bağlamında ortaya koymaya çalıştığımız yaklaşım açısından, dini tarihsel ve toplumsal bağlamından soyutlayarak, onu sadece bir “inançlar ve ayinler” bütününe indirgeyen bir tanım yeterli olamaz. Geertz, dini, “insanlarda uzun süreli, geniş kapsamlı, güçlü ve güdüler yerleştirmeye çalışan bir semboller sistemi” olarak tanımlarken (Mardin, 1983: 31); Mardin, dinin “bir dünyayı anlama ve kendini o dünyada belirli bir yere yerleştirme modeli” olarak işlev gördüğünü belirtir. Öktem'e göre,

“Her din, kuramsallaşmış haliyle bir yorumdur ve günümüze değişik yorum biçimleriyle gelir. Tek tanrılı dinler, bir kitap ve o dinin peygamberinin yaşam öykülerinde kaynağını bulur. Kitap ve peygamber davranış ve sözleri, dinin öz ve temelini belirlemektedir. Yaşamın karmaşıklığı, değişen ve gelişen dünya koşulları içinde, kutsal

kabul edilen her satır ve her söz yorum gerektirir. Bu nedenledir ki, örneğin İslamda “icma-ı ümmet”, “kıyas-ı fukha” gibi kurumlar ortaya çıkmıştır. Kur'an-ı Kerim, hadis ve sünnetler kaynak alınarak insanlar, bilim ve din adamları, ibadet ve toplumsal ilişkileri düzenleyen kurallar üretmişlerdir. Bu haliyle din, özde Tanrı buyruğu olmakla birlikte geniş bir biçimde insan beyninin uğraş alanı içine girmiştir. Dinler insan beyninin yorum ve müdahalesiyle kurumsallaşır (Öktem, 1994:36).

Dini, insan ve toplum hayatını etkileyen ve temsil eden bir semboller sistemi; birey ve toplumlar açısından, etrafındaki dünyayı bir anlama ve anlamlandırma modeli olarak ele alan bu yaklaşımların din-toplum-devlet ve hukuk ilişkilerini analiz bakımından oldukça fonksiyonel olduğu söylenebilir. Berkes'e göre, analitik açıdan bakıldığında; dinsel-dünyevi ilişki çerçevesinde din kavramı, ya tarihsel bir inanç-eylem-kural sistemi olarak; ya devletin teşkilatlanması için topluma yol gösterme amacıyla uyumlaştırılmış veya dünyevi eylemler içinde eritilmiş olarak; ya da kişinin eylemlerini, özel bir örgütlenme tarzına bağımlı ya da bağımsız olarak, inanç bağlantıları içinde yürütme türü olarak üçe ayrılabilir. Buna göre din, ya ideal, biçimsel, kuramsal bir sistem olarak kalır; ya toplumsal sistem içinde ideal ve teorik niteliğinden farklılaşarak varlığını sürdürebilir; ya da seküler güçlerin giderek güçlendiği bir ortamda kutsal bir dayanışma biçimi oluşturabilir. Şüphesiz bunların tümü bir arada da bulunabilir (Berkes, 1984:13). Yukarıda zikredilen ayrımlara, çalışmamız açısından bakıldığında; din-hukuk ilişkisini sadece birinci çerçevede ele almamız bizi, “kitaptaki din” ve “kitaptaki hukuk” olgusuna götürecektir. Bu çerçevede

kaldığımız takdirde, gerek dinin gerekse hukukun toplumsal hayatın diğer öğeleriyle ve kendi aralarındaki etkileşimlerinin tarihsel süreçte nasıl bir seyir izlediğini ortaya koymak mümkün olmayacaktır. Başka bir deyişle, böyle bir tercih bizi, dinin ve hukukun değişmez bir öze sahip olduğu, üstelik bunun da tarih dışı ya da zaman dışı bir özellik gösterdiğini savunma noktasına götürecektir. Dinin teorik, idealleştirilmiş ve biçimsel ilke ve kurallarının, içinde yer aldığı devletin ve toplumun yapısına göre şekillendiği olgusuna dikkatimizi çeken ikinci bakış açısını benimsemek, din-toplum-devlet ve hukuk ilişkileri anlamak ve açıklamak bakımından yol gösterici olacaktır.

Müslüman toplumların hiçbirinin siyasal kurumlarının doğrudan İslamiyet'ten kaynaklanmadığını ileri süren Berkes(1984)'e göre, İslamiyet'in başlangıcından itibaren toplum ve devlet yaşamıyla iç içe geçmiş olması, önceleri devletsiz olarak doğmuş dinin kısa sürede gelişen bir devlet yapısı içinde yer alması, fetihler yoluyla güçlü devlet geleneğine sahip Roma, Bizans ve Sasani topraklarına doğru genişlemesi, aslında İslamiyet'e başından beri dünyevi bir karakter kazandırmıştır. Kısacası denebilir ki, İslamiyet'in doğuşundan itibaren yeni bir devlete hayat verecek kadar toplumsal hayatın içinde yer almış olması, onun bireysel davranışlara ve toplum hayatına yön verecek bazı değer ve normlara kaynaklık etmesine de yol açmıştır.

Burada üzerinde durulması gerekli bir husus da din ve ideoloji ilişkisi olmalıdır. Mardin, “Din ve İdeoloji” adlı eserinde ideoloji kavramını ele alırken “sert” ve “yumuşak” ideoloji ayrımı yapar. “Sert ideoloji” ile, sistematik olarak işlenmiş, temel kuramsal eserlere dayanan, seçkinlerin kültürüyle sınırlı,

içeriği güçlü bir yapıya göndermede bulunurken; “yumuşak ideoloji” ile, kitlelerin çok daha şekilsiz inanç ve bilgisel sistemlerini anlatmak ister (1983:13). Başka bir ifadeyle, nispeten daha sistematik ve tutarlı bütünlüğü olan, kitabî niteliği ağır basan, teorik temelleri işlenmiş fikir, bilgi ve inanç sistemlerini “sert ideoloji” olarak nitelendirirken; sistematik, teorik, bütünlüğü bir karaktere sahip olmamakla birlikte, bir toplumun üyelerinin zihniyet dünyasında yer edinmiş bilgi, fikir ve inanç sistemlerini “yumuşak ideoloji” başlığı altına yerleştirir. İdeoloji olgusuna bu çerçevede bakıldığında; çeşitli olaylar ve davranışlar karşısında vaziyet alışlardan, yumuşak ve sert ideolojilere doğru giden bir skaladan söz edilebilir. Mardin’in ideoloji konusunda yaptığı bu ayrım “din” olgusuna da uygulanabilir. Çünkü din de bir ideoloji olarak, insana, doğaya ve evrene ilişkin bir anlam çerçevesi sunar. Büyük ölçüde ulema eliyle şekillenen, kitabî yanı ağır basan kent İslamı ve devlet İslamı “sert ideoloji”; yönetilen konumundaki halk kesimlerinin dünyasında yer edinmiş bulunan, daha belirsiz, şekilsiz ve müphem nitelikteki “halk İslamı” veya “kır İslamı”, “yumuşak ideoloji” kategorisine yerleştirilebilir. Bu da bize, sadece ulema eliyle gelişen, kitabî, teorik yanı ağır basan hukuka bakarak, bir toplumun hukuk hayatının ve kültürünün özelliklerine ilişkin sağlıklı yargılara ulaşmanın güçlüğüne gösterir. Kitaptaki hukuktan ziyade halk arasında yaşayan, onun anlam dünyasında ve günlük yaşamında önemli yer işgal eden hukuku, ancak yumuşak ideoloji kavramını gözden kaçırmaksızın yakalamak mümkün olabilir.

Seküler, Sekülerizm, Sekülerleşme

Seküler sözcüğünü Türkçe olarak “dünyevî” sözcüğüyle karşılamak müm-

kün olmakla birlikte, bu çalışmada; sık sık “dünyevî”, “dünyevilik”, “dünyevileşme” kavramları kullanılacak olsa da, sosyal bilim literatüründe oldukça yaygın bir kullanıma kavuşmuş bulunan ve belli bir ölçüde Türkçeye de yerleşmiş bulunan “seküler” kelimesi ve bu kökten gelen sözcüklerin kullanımı tercih edilecektir.

Seküler sözcüğünün, zaman dışı ya da tarih dışı bir “Tanrı” kavramına dayanan Hristiyanlık teolojisi karşısında, toplumsal ve tarihsel olana vurgu yapan, dinin dışında kalan bir insan ve toplum hayatına göndermede bulunan bir anlama geldiği söylenebilir. Asad’a göre “seküler”, gerçek insan yaşamının “din”in denetleyici gücünden kendisini giderek kurtarması ve böylece dinin insan ve toplum yaşamı içinde yeniden konumlandırılmasını ifade etmektedir (2007:222). Ancak bu, hiçbir zaman “dinsizlik” anlamına gelmediği gibi, dinin denetiminden ya da etkisinden tamamen kurtulmak veya bağışık olmak anlamına da gelmiyor. Sadece dinsel ya da kutsal sayılan alanın dışında bir “dünyevî” ya da “seküler” alan da bulunduğu anlamına geliyor. Bu açıdan bakıldığında; tarih boyunca seküler yaşamın yer, zaman ve koşullara bağlı olarak ağırlığı değişmekle birlikte, dinsel yaşamın yanı başında varlığını sürdürdüğü, mevcut olduğu söylenebilir. Buradan hareketle de dinsel hukuk kuralları ve uygulaması yanında, her zaman, değişik ölçeklerde de olsa, seküler hukuk kuralları ve uygulaması bulunduğunu ifade edebiliriz. Daha ileride, ayrıntılı olarak verilmeye çalışılacak antropolojik ve sosyolojik bilgilerin de bu görüşü teyit ettiği görülecektir.

Asad’a göre “seküler”, kavramsal açıdan siyasi bir öğreti olan “sekülerizm”i önceler. Zaman içinde çeşitli kavramlar, pratikler ve duyarlılıklar bir

araya gelerek “seküler”i oluşturur. Din ile seküler, gerek düşüncemizde gerekse de tarihsel olarak ortaya çıkışları bakımından birbirleriyle yakından bağlantılıdır. Ancak seküler, ne kendisini öncelendiği varsayılan dini olanın devamıdır, ne de ondan basit bir kopuştur. Başka bir deyişle, kutsal bir kökenin son aşaması olmadığı gibi, kutsal olanın karşısı ve onu dışlayan bir öz de değildir. Seküler, toplumsal yaşamdaki belli davranışları, bilgileri ve duyarlılıkları bir araya getiren bir kavramdır. Ayrıca sekülerin, tekil bir kökeni olmadığı gibi, tarihsel açıdan sabit bir kimliği de yoktur. “Kutsal” ile “din dışı”nın birbirini tamamen dışlayan alanlar olduğu da söylenebilir. Çünkü, zamana ve mekana bağlı olarak din dışı sayılanlar kutsal, kutsal kabul edilenler de din dışı hale gelebilir (2007:28-45).

Siyasi bir öğreti olarak sekülerizm, modern Avrupa ve Amerika’da ortaya çıktı. Sekülerizmi, basit bir şekilde, yönetimde dini kurumların seküler kurumlardan ayrılması olarak görmek kolay olsa da, yalnızca buna indirgenemez. Soyut olarak ele alındığında; aslında bu ayrılığın örneklerini, Orta Çağ Hristiyanlığında, İslam İmparatorluklarında ve başka yerlerde bulabilmek mümkündür. Sekülerizmin ayırt edici yanı, yeni içerikte “din”, “etik” ve “siyaset” kavramları önermesi ve bunlara ilişkin yeni kurallar öngörmesidir (Asad, 2007:11).

Türkçeye Fransızca “laïcisme” teriminden “laiklik” olarak geçen sözcüğün, İslam ve Osmanlı din ve siyaset geleneğine yabancı bir terim olduğunu belirten Berkes’e göre, söz konusu gelenekte hem din hem de devlet alanında geçerli “devlet maslahatı” kavramı bulunmaktadır. Din-devlet ikiliğinin olmadığı bu gelenekte, din-devlet bileşimi olağan bir gelişme olarak görülür. Bu

anlayışta, din ile devletin birbirinden ayrılması veya her birisinin kendi başına buyruk olması söz konusu değildir. Laïcisme sözcüğü, Katolik Hristiyanlığın yayıldığı halkların dilinde ve özellikle de Fransızcada kullanılan bir kelime olup “halksallaştırma” demektir. Çünkü bu sözcüğün Hristiyanlık öncesi Grekçedeki “laos” (halk), “laikos” (halksal) sözcükleri, Hristiyanlık döneminde kiliseye mensup olanları ifade eden “clericus” dışında kalanları, yani din adamları dışında kalan kişiler için kullanılmıştır. Modern Fransızcada laïcisme, din adamlarından, rahiplerden başka kişilere, kurullara, yetkililere dünya işlerinde, hatta din işlerinde de yüksek bir mevki tanımak anlamına gelir. Sekülerizm ise, Katolik Hristiyanlık dışında, özellikle Protestanlığın etkisindeki İngilizce ve Almancada yerleşmiş olup köken olarak da Latince bir sözcüktür. Bu sözcüğe karşılık olarak, Türkçede “çağa uymak”, “çağın gereklerine uygun biçimde değişmek” anlamına gelen “asrılık” sözcüğü kullanılabilir. Ancak bu sözcük, Türkiye’de muhafazakar çevrelerce “köksüzlük”, “yüzeysellik”, “züppe-lik” anlamında kullanıldığından onun yerine “sekülerizm” veya “çağdaşlaşma” sözcüğü kullanılabilir (Berkes, 2006:17-18). Günümüzde seküler, sekülerlik, sekülerleşme sözcükleri ya doğrudan bu halleriyle kullanılabilir ya da Türkçe karşılıkları olarak “dünyevî”, “dünyevilik” ve “dünyevileşme” kelimeleri tercih edilebilir.

Fıkıh-Şeriat

İslam, “fıkıh” diye bilinen kendine özgü bir hukuk sistemine sahiptir. İslam fıkıhı, sözcüğün dar anlamıyla hukuk anlamına gelmez. Hayatın ahlaki, dini, siyasi ve ekonomik bütün yanlarını kapsar. Kaynağı ilahi vahiydir. İlahi vahiy, İslam hukukunun temel kavram ve prensiplerini belirleyerek birçok bakımdan

İslam öncesi Arap kabile hukuku ve geleneklerinde değişime neden olmuştur (Hassan, 1999:21). Hukukçuların hukuku olarak gelişen fıkıh, sistematik hukuk bilimi anlamına geldiği gibi, zamanla biriken, ortaya çıkan çok sayıdaki hukuk kuralları külliyyatını ifade etmek için de kullanılmaktadır.

Fıkıh kitapları, ilk olarak hicri 2. yüzyılda yazılmıştır. Bu yüzyıla kadar, hem hukuki hem de itikadi meseleler fıkıhın kapsamı içinde düşünülmüştür. Kur'an bilgisi, ibadetlerle ilgili kurallar, İslam'ın diğer genel ilkeleri de fıkıhın kapsamına dahil ediliyordu. Hz. Peygamber döneminden sonra, Müslümanların zamanla yeni toplumlar, kültürler ve sorunlarla yüz yüze gelmeleriyle "*fıkıh*" teriminin anlamı da değişmiştir. İlim, bir otorite (Kur'an-Hadis) vasıtasıyla gelen bilgi anlamını taşıırken; fıkıh, akla ve re'y(muteber görüş)'e başvurma anlamına gelmiştir. İlim terimi, Hicri 1. yüzyılın sonlarına doğru hadis toplama hareketinin başlamasıyla "*sünnet bilgisi*" anlamına gelmiştir. İlim ve fıkıh terimleri, Hicri 1. yüzyılın sonuna doğru hukukçular ve hadis uzmanları ortaya çıkınca birbirinden ayrılmıştır. İlim ve fıkıh terimleri, çoğu zaman birbirlerinin yerine kullanılmış olsalar da, fıkıh zihinsel etkinlik anlamını hiç kaybetmemiş ve hukuki konularda aklını kullanarak karar verenlere "*fukaha*" adı verilmiştir. Fukaha teriminin, hukuki ve idari meselelerde aklını ve zihnini kullanmak bakımından öne çıkmış kimseleri ifade ettiği söylenebilir. Zamanla fıkıh terimi, sadece hukuki meseleleri ve hukuki literatürü ifade etmek için kullanılır hale gelmiştir (Hassan, 1999:23-39).

İslam'ın ilk günlerinde pek rastlanmayan "*şerî'a*" terimi, sonraları "*İslam hukuku*" gibi özel bir anlamda kullanılmaya başlanmıştır. Sözcük olarak, takip edilecek açık ve emniyetli yol veya

anayol anlamına gelir. Kur'an "*şir'a*" ve "*şerî'a*" sözcüklerini, Allah tarafından insan için belirlenmiş yol veya insan için Allah'ın dosdoğru yolu manasında "*din*" için kullanır. Şerî'a'nın çoğulu olan "*şerâ't*" sözcüğü, Hz. Peygamber döneminde İslam'ın temel ilkeleri için kullanılmıştır. Hanefi ekolünün kurucusu Ebû Hanife döneminde din terimi, İslam'ın temel inanç esaslarını ifade eden dar anlamıyla kullanılmıştır. Ebû Hanife, "*din*"in hiçbir zaman değişmediği, "*şeriat*"ın ise tarih boyunca sürekli değiştiği esasından hareketle "*din*" ile "*şeriat*"ı birbirinden ayırmıştır. Şeriat, fıkıhtan daha kapsamlı olup hem ilahi kaynaktan çıkmış hukuk ve inanç esaslarını kapsarken; fıkıh, insan çabasıyla inşa edilmiş, içtihat gücüyle oluşturulmuş hukuk kurallarını içerir. Ancak hemen belirtilmelidir ki, fıkıh, kilise hukuku veya Batılı teknik anlamdaki hukuk manasına gelmez (Hassan, 1999:30-3).

Roy'a göre Şeriat'ın iki temel özelliği "*özerkliği ve tamamlanmamışlığı*"dır. Özerklik, Şeriat'ın hiçbir devlete, hiçbir pozitif hukuka ve hiçbir siyasal karara bağımlı olmaması, siyasal alana paralel bir alana sahip olması anlamına gelir. Ancak siyasal alan, Şeriat'ı kuşatıp yönlendirebilir. Şeriat, oluşmuş herhangi bir kuruma, kiliseye ya da ruhbanaya bağımlı değildir. Metinlerde söylenmemiş şeyleri çözüme bağlayan fetvalar, her zaman burada ve şimdi içindir. Bir sonraki otorite için bağlayıcı ve kapalı değildir ve onun tarafından iptal edilebilir. Şeriat'ta bir kavramlar bütünü değil, kimi zaman genel, kimi zaman tek bir hususa yönelik temel kurallara dayanarak tümevarım, kıyas, genişletme, tefsir ve yorum söz konusudur. Şeriat'ın açıkça belirlenmiş temel kuralları tartışma konusu yapılmaz, ancak bunların uzantıları ince bir

ahlâki muhakeme konusu yapılarak işlenir (1995:26).

H. Peygamber ve dört halife döneminin "*İlk Müminler Paradigması*" çerçevesinde dinsel, hukuksal ve siyasal alanların ayrılmazlığı düşüncesi egemendir. Bu paradigmaya göre şeriat, hukukun tek kaynağı olarak görülür, hem yönetenlerin hem de sıradan insanların davranışlarına yön veren normlar bütünü olması istenir (Roy, 1995:30). Ancak Emevilerden itibaren "*Hilafet*"ten "*Saltanat*"a geçiş sürecinde, "*İlk Müminler Paradigması*"nın ve bu paradigmaya dayalı olarak şekillenen Şeriat anlayışının da değişime uğradığı ileri sürülebilir. İslam hukukunda, daima değişime yol açan mekanizmalar ve müesseseler de bulunmuştur. Temel ilkelerin yorumlama veya tefsir yoluyla şerh edilmesi ve çeşitli konulara ilişkin sorular karşısında müftülerin vermiş oldukları fetvaların, bu nitelikte mekanizmalar veya müesseseler olduğu söylenebilir. Özellikle fetvalarda bağımsız bir yorum ve yaratım söz konusudur. Sürekli olarak, günün şartlarında ortaya çıkan sorunlara çözüm arayışı vardır. Sonuç olarak fıkıhın hukukçular eliyle şekillenen bir hukuk; Şeriat'ın ise din, ahlâk, adalet ve hukuka ilişkin bir değerler ve normlar kaynağı olduğu ifade edilebilir.

DİN-TOPLUM-DEVLET VE HUKUK İLİŞKİSİNE GENEL BİR BAKIŞ

Genel olarak hukuk toplum, hukuk-din ilişkisi konusunda yeterli bilgiye henüz sahip olmamakla birlikte, basit yapılı yerel topluluklar veya kabileler hakkındaki antropolojik bulgulardan hareketle bazı sonuçlar çıkarılabilir. Bu bulgulardan çıkarılabilecek önemli sonuçlardan biri, günümüzde pozitif hukuk

bilimi tarafından yapılan, "*hukuk, örgütlü devlet gücüne dayalı maddi yaptırımlı kurallar bütünüdür*" şeklindeki tanımın hukuk-toplum ve din ilişkilerini anlamak ve açıklamak hususunda oldukça yetersiz kaldığıdır. Çünkü hukuk, tıpkı aile, din ve devlet gibi tanımı oldukça zor bir sözcüktür. Bugüne kadar hukuk bilimcileri tarafından, yukarıda zikredilen tanım da dahil olmak üzere, hukukun çok sayıda tanımı yapılmıştır (Yüksel, 2004:37-8). Hukukun hiçbir tanımı, herkesi tatmin etmediği gibi, doğru ya da yanlış da değildir. Çünkü, hukukun kesin, evrensel gerçekliğe sahip mutlak bir tanımı yoktur. Bundan dolayı, belki de, hukukun ayrıntılı, herkesi tatmin edici bir tanımlamasını yapmaya çalışmaktan vazgeçerek hukuk alanında yapılacak bir analizde; nasıl bir yaklaşımın benimsenmesi hususunda veya böyle bir analizi yaparken hangi değişkenleri dikkate almak konusunda kafa yormanın daha doğru olabileceği söylenebilir.

Hukuk hakkındaki bir analizde; hukuki kavramlar, kurallar, kurumlar ve hukuk alanında rol oynayan aktörlerin yanı sıra, hukuk kültürü, ideolojisi ve söylemi de dikkate alınarak, hukukun hem sosyal ilişkileri, kimlikleri ve kurumları şekillendiren bir güç, hem de sosyal sistem ya da yapı içindeki diğer öğelerce oluşturulan ve şekillendiren bir olgu olduğu kabul edilmelidir (Anleu, 2000).

Konuya ilişkin antropolojik bulgulardan hareketle, yerli kabile topluluklarından günümüzün ulus-devlet ve küresel yapılarına kadar uzanan bir çizginin her aşamasında, aynı şekil, kapsam ve içerikte olmamakla beraber, hukuk olgusunun var olduğu ileri sürülebilir. Ancak, bu konuda geçmişten günümüze doğrusal bir gelişmenin olduğunu iddia etmek güçtür. Örneğin,

okur-yazar olmayan birçok kültürde, oldukça incelenmiş, formel niteliği gelişmiş hukuk sistemlerine rastlanabilirken, benzer niteliklere sahip diğer kültürlerde hukuk alanında benzer özellikler gözlenememiştir (Friedman, 1977:35-8). Geçmişteki birçok kültürde; hukuki değerlerin, kuralların ve kurumların, diğer sosyal düzen kurallarından gelenekler, görenekler, din ve ahlâk kuralları ile bir arada iç içe bulunması, hukukun bu kültürlerde bulunmadığı anlamına gelmemektedir. Malinowski'ye göre, ilkel kabilelerin yaşantısına ege-men olan gelenekler, toplumsal yaşamın gerektirdiği tüm etkinliklerde ve günlük yaşantının bütün aşamalarında belli ölçülerde bir geçerliliğe sahiptir. İlkeller'in yaşamında "yasasızlık" değil; aksine gereğinden fazla sayıda kuralın mevcudiyeti söz konusudur. Hukukun kişisel bağlardan bağımsız davranan bir yetkili tarafından yürütülen kurallar bütünü şeklinde tanımlanması, çok dar bir yaklaşım olup bu topluluklardaki hukuk gerçeğini temsil etmekten uzaktır. Hukuk kurallarının "isteyerek" ve "kendiliğinden" kabullenilmediği hiçbir toplum, sadece baskı ve ceza korkusu ile gerektiği biçimde işleyemez. Her insan topluluğunda, tek tek her insana sorumluluk getiren, büyük özveri isteyen yasalar, tabular ve yükümlülükler vardır (2003:12-24). Ancak yüzeysel bir gözlem ile ilkeller'in systemsiz, düzensiz, keyfi bir yapı ya da yapısızlığa sahip olduğu sonucuna varılabilir. Ancak sabırlı ve zahmetli bir gözlem, örneğin "yerlilerin balık avlamada çok kesin bir teknik dizgeye, karmaşık bir ekonomik dizgeye sahip olduğunu ortaya çıkarmakla kalmayacak, çalışma kümelerinin çok sıkı bir örgüt düzeni içinde etkinlik gösterdiğini ve toplumsal işlevlerin sağlam bir şekilde paylaşıldığını da gözler

önüne serecektir (Malinowski, 2003:27-8)."

Denebilir ki hiçbir toplum ya da kültür, zannedildiği kadar basit ve yalın değildir. İlkel toplulukların doğum, ölüm, evlenme, üretim gibi birçok toplumsal etkinlik alanında sahip oldukları işlevsel gelenekler ve kurallar söz konusudur. Üstelik bunların hepsinin de, genel kanının aksine, dinsel kökenli ya da büyü kaynaklı olduğu ileri sürülemez. Gözden kaçırmamak gerekir ki, büyü ya da dinin kendisi de toplumsal yaşamdan kaynaklanan sosyo-kültürel olgulardır. Diğer toplumsal ve kültürel olgulardan bağımsız bir varlıkları söz konusu olmadığı gibi, onları tek yanlı ve tümüyle belirlemeleri de söz konusu değildir. Bu gerçek, yerli kabileler kadar, çalışmamızın konusuyla yakından ilgili İslamiyet'in doğuşu, İslam-toplum ilişkisi bakımından da geçerlidir. Aynı şekilde, kutsal-dünyevî, dinsel-seküler ayrımı da, aynı nitelik ve ölçülerde olmamakla birlikte, bütün toplumlar ve kültürler için söz konusudur.

Ne denli ilkel olursa olsunlar, dinsiz veya büyüsüz bir halk yoktur. Ancak bu, hayatın tümünün dinsel/büyüsel olduğu anlamına gelmez. Antropolojik veriler, ilkel topluluklarda da net olarak birbirinden ayırt edilebilen iki alanın mevcudiyetini göstermektedir, kutsal alan ve dünyevi alan olarak. Başka bir deyişle de büyü ve din alanı ve bilim alanı olarak. Yerlilerin hayatında; bir yandan kutsal saydıkları geleneklerin, örf ve adetlerin varlığı söz konusuysa; diğer yandan avcılık, balıkçılık, çiftçilik ve yiyecek toplayıcılık bakımında ihtiyaç duydukları rasyonel düşünme yeteneği veya bilimsel bir kavrayış söz konusudur. Yeni alan araştırmaları, yerlilerin yaşamının merkezinde rüyalar, ruhlar, hayaller gibi doğaüstü şeylerden

ziyade, av ve tarım etkinlikleri, kabile içindeki olaylar ve şöenlerin bulunduğunu göstermektedir. Kabile mensubu insanların, daha çok pratik kaygılarla, din ve büyü yoluyla doğa olaylarını ve süreçlerini kontrol etmeye çalıştıkları söylenebilir (Malinowski, 2000:7-8).

Bir toplum, ne tamamıyla dinsel ne de tümüyle din dışıdır. İlkel denilen kabile topluluklarının gündelik hayatlarında da, bilimsel ve teknolojik etkinlikler belli bir yere ve öneme sahiptir. Örneğin, Okyanusya adalarında yaşayan Trobriand yerlileri, geçimlerinde önemli yeri olan çapa tarımı ve balıkçılık hakkında son derece geçerli ve incelikli bilgi ve tekniklere sahiptirler. Ancak bu akılcı ve bilimsel kapasitelerine rağmen, kendi denetimleri dışında kalan doğal olaylar, tüm çabalarını boşa çıkarabilir. İşte tam bu noktada dinsel/büyüsel inançlar devreye girer. Beklenmedik, bilinmeyen, akıl yoluyla denetlenemeyen olayların yarat-tığı kaygı ve korkuların üstesinden gelmek üzere dinsel pratiklere başvurulur. Böylece din, bilimsel-teknolojik etkinliği tamamlayıcı bir işlevle ortaya çıkmış olur (Atay, 2004:20).

Din, insan yaşamının ve toplumsal hayatının önemli bir parçasını oluşturmakla beraber, bütün bireysel ve toplumsal etkinliklerin din merkezinde belirlenip yönlendirildiği, dinin her zaman her yerde her türlü davranış ya da etkinliğin kaynağı olduğu söylenemez. Başka bir deyişle, son yıllardaki antropolojik çalışmalar, "ilkel" adı verilen toplulukların tümüyle din veya büyü temelinde bir yaşam sürdürmediklerine işaret etmekte; dinsel ve büyüsel alanın, yaşamın tüm alanlarını kuşatıp yönlendirdiği görüşünü destelememektedir. Günlük yaşam, uğraşları ve kaygıları, davranışları, tutumları ve inançları belirlemekte etkin bir rol oynamaktadır. Buradan hareketle; İslam toplumlarında "din-

toplum-hukuk" ilişkisi bakımından, sadece dinsel ya da kutsal sayılan kuralların, toplumsal yaşamı bütünüyle belirlemeye yeterli olup olmadığını; dinsel değer ve normların, tüm toplumsal değer ve normlara kaynaklık edip edemeyeceğini, o güne kadar mevcut geleneklerin, kuralların anlam ve işlevlerini kaybedip kaybetmediğini tartışmak gerekir.

Durkheim'a göre dini fenomler, "inançlar" ve "ayinler" olarak iki temel kategoriye ayrılır. İnançlar, düşünceyle ilgili olup birtakım zihni tasavvurlardan oluşur; ayinler ise, hususî eylem biçimleridir. Bütün dinler, ister basit isterse karmaşık olsunlar, ortak bir özellik gösterirler. Dinler, insanların birbirine zıt iki cins veya sınıf halinde tasavvur ettikleri gerçek ya da hayali şeylerin bir sınıflandırılmasını ön kabul olarak alırlar. Bu iki cins, yaygın bir şekilde "kutsal" (sacred) ve "din dışı" (profane) terimleri ile isimlendirilir. Böylece Dünya, biri kutsal, diğeri din dışı olan iki alana bölünmüş olur. İşte dini düşüncenin ayırt edici özelliği budur. Kutsal şeyler, tanrılar veya ruhlar diye adlandırılan kişisel varlıklardan ibaret değildir. Bir kaya, bir ağaç, bir su kaynağı, küçük bir taş veya ağaç parçası, bir ev, kısacası herhangi bir şey kutsal sayılabilir. Kutsal sayılan nesneler dairesi hiçbir zaman sabit olmayıp bir dinden başkasına sonsuz derece değişiklik gösterir (2005:56-7).

Kutsal ile din dışı arasındaki ayrımın, mutlak bir ayrışma olduğunu ve böylesine zıtlaşmış iki kategorinin düşünce tarihinde başka bir örneği bulunmadığını belirten Durkheim şöyle devam eder:

Kutsal ve din dışı, her zaman ve yerde insan zihni tarafından ortak hiçbir şeyleri olmayan ayrı iki tür, iki dünya olarak tasavvur edilir. Birinde faaliyet gösteren kuvvetler, farklı derecelerde de olsa, ötekine karşılaşılan kuvvetler değildir;

bunlar tür olarak birbirlerinden farklıdır. Bu zıtlık, farklı dinlerde farklı şekillerde tasavvur edilmiştir... Tam olarak birine ait olmanın şartı, diğerini bütünüyle reddetmek olduğundan, insanın saf dini bir hayat yaşayabilmesi için din dışı hayattan bütünüyle çekilmesi tavsiye edilir. Bundan manastır hayatı doğar. Bu hayat tarzı, sıradan insanların seküler bir hayat yaşadıkları tabii çevreden ayrı, onun dışında, ona kapalı ve bütünüyle onun karşısı olma eğiliminde olan bir çevreyi suni olarak düzenler. Bunun sonucu olarak da, bu asketizmin en son mantıksal adımı olan dini intiharın bütün biçimleri ortaya çıkar. Çünkü, din dışı hayattan tam ve nihai olarak kurtulmanın tek vasıtası, hayattan bütünüyle kaçmaktır (2005:59-60).

İnsan zihninde mutlak bir ayırım şeklinde belirginleşen kutsal-din dışı ayırımı, aslında hiçbir zaman iki dünya arasındaki bütün ilişkileri kapsayacak dereceye ulaşamaz. Eğer din dışı, kutsal ile hiçbir şekilde ilişkiye girmeyecek olsaydı, kutsal bir işe yaramazdı. Dini fenomenler, her zaman “*bilinen*” ve “*bilinmeyen*” evren arasındaki bir bölünmeye dayanır. Kutsal şeyler, yasaklarla korunan ve tecrit edilen şeylerdir; din dışı olanlar ise, yasakların uygulandığı ve kutsal alandan uzak tutulması gereken şeylerdir. Dini inançlar, kutsalın doğasını, diğer kutsal şeylerle ya da din dışı şeylerle ilişkisini dile getiren tasavvurlardır. Ayinler ise, bir kimsenin kutsal sayılan şeylere karşı nasıl davranması gerektiğini emreden davranış kurallarıdır (Durkheim, 2005:60).

Eleştirmenler, kutsal olan ile din dışı olan arasında katı bir ayırım yapılmasına karşı çıkarak bunların birbirini tamamen dışlayan alanlar olarak görülemeyeceğini; din dışı şeylerin kutsal, kut-

sal şeylerin de din dışı hale gelebileceğini ifade ederler. Durkheim'in ayırımının ampirik bakımdan da desteklenmesi zor bir ayırım olmakla birlikte analitik bir değere sahip görüldüğünü de teslim ederler (Morris, 2004:197; Asad, 2007:45).

Toplumsal yaşamda din ile din dışı ya da kutsal ile seküler arasında mutlak bir ayırım yapmak mümkün olmadığı gibi, hukuk kurallarını da diğer sosyal düzen kurallarından kesin bir şekilde ayırt etmek mümkün değildir. Başka deyişle, tarihsel süreç içerisinde hukuku, her toplumda diğer sosyal düzen kurallarından ayırt etmek kolay değildir. Bu bağlamda kamusal bir otorite ya da güç tarafından desteklenen din ve ahlâk kuralları, aynı zamanda hukukun kapsamı içinde de değerlendirilebilir. Yazılı hukuk kuralları, her ne kadar, günümüzde daha çok formel bir nitelik taşımaktaysa da, her zaman ve her yerde bu niteliğe sahip olduğu da ileri sürülemez. Çünkü hukuk, her toplumun ekonomik, siyasal ve kültürel şartlarına, yaşam biçimine, dünya görüşüne, düşünsel yapısına, geleneklerine ve göreneklerine göre farklılık gösterdiği gibi, aynı toplumda zaman içinde de değişiklik gösterir. Yazılı olan ve olmayan kuralları bünyesinde barındıran hukuk, yazının icadından önce doğal olarak yazılı kurallar bütünü anlamına gelmediği gibi, yazının icadından sonra da sadece yazılı kurallar bütününü ifade etmez. Toplumsal sistem içinde yazılı kuralların ve yazılı olmayan kuralların yeri ve önemi, zamana ve yere göre değişir. Bir toplumun hukuk düzeni, çoğu zaman zannedildiği üzere, sadece yasama organı tarafından veya bilinçli insan müdahalesiyle oluşturulan kurallardan oluşmaz; söz konusu düzenin unsurları arasında yazılı kurallardan başka, yargı organlarının kararları, yazılı olmayan

genel hukuk ilkeleriyle örf ve âdet kuralları da bulunur (Yüksel, 2004:40-1).

Yukarıda da belirtildiği üzere, hukukun kökeni konusunda açık ve kesin dokümanlar yoktur. Ancak nispeten gelişmiş bazı toplumların, arkalarında kil tabletlerden, papirüslerden oluşan bazı fragmanlar ve metinler bıraktıkları bilinmektedir. Bunların en eskileri bile oldukça yenidir. Bundan dolayı, geçmişte yaşayan herhangi bir toplumun hukukunun nasıl olduğunu bilmek oldukça zordur. Bilinen en eski hukuk metinleri olarak M.Ö. 2400 yıllarında Sümer kent devletlerinden Lagaş'ta hüküm süren kişinin adını taşıyan “*Urukagina Yasaları*”, M.Ö.1800 yılları dolaylarında hüküm süren Babil Kralı Hammurabi'nin adını taşıyan hukuk kodu ve Roma hukukundan söz edilebilir. Hemen belirtmek gerekir ki, Mezopotamya ve Roma geçmişini bilmek, başlangıcından itibaren İslam hukukunun gelişimini izleyebilmek açısından da büyük önem taşımaktadır.

Mezopotamya bölgesinde M.Ö. 5 bin ile M.Ö.3 bin yılları arasında Dicle ve Fırat nehirlerinin kıyılarındaki köylerden bazılarının kente dönüştüğü, uygar toplumu karakterize eden farklılaşma ve karmaşıklıkla sürecinde gelişip devletin şekillenmesiyle kent devletlerinin ortaya çıktığı bilinmektedir. Kent devletlerinde, başlangıçta, din adamlarının elinde bulunan siyasal güç, zamanla askerlerin eline geçmeye başlamış; Sümer kent devletlerinden Lagaş'ta Urukagina adında biri, M.Ö. 2415 dolaylarında iktidarı din adamlarından almıştır. Urukagina'nın adıyla anılan “*Urukagina reformları*” ya da yasaları olarak bilinen metin, ilk yazılı hukuk metinlerinden birini oluşturmaktadır. Söz konusu metin, hem din adamları ile laik yöneticiler arasındaki sürtüşmeleri, hem de kent devletine getirilen yeni düzeni

yansıtan önemli bir belge niteliğindedir (Şenel, 1982:239). Denebilir ki, uygarlaşma sürecinde giderek karmaşıkleşan ve farklılaşan Sümer kent devletinde toplumsal yaşam, yazılı ve formel nitelikte hukuk kurallarına ve bu kuralları hayata geçirecek dinsel sıfatı olmayan yöneticilere uygun ortamı oluşturmuştur.

Mezopotamya bölgesinde uygarlık yolunda ilerleyen diğer bir kent devleti de Babil idi. Mezopotamya'nın Babil egemenliği altında birleşmesi, M.Ö. 1792-1750 arası hüküm süren Kral Hammurabi zamanında gerçekleşmiştir. Hammurabi, hem Akad hem de Sümer kentlerini ele geçirerek “*dört iklimin egemeni*” sıfatını almıştır. Babil İmparatorluğu böylece kurulduktan sonra merkezi bir despotluk da doğmuş oldu. Urukagina gibi Hammurabi de bir hukuk kodu oluşturmuştur. Ancak Urukagina yasaları, yönetimin din adamlarından askerlere geçişini temsil ederken; Hammurabi kodu, kent devletlerinin yerel yasaları yerine giderek bir imparatorluk haline gelen tüm ülkede yasa birliğini sağlamak amacını güdüyordu. Başka bir deyişle, kent devletinden imparatorluğa geçilirken böyle bir imparatorluğu yönetmek için elzem olan Hammurabi kodu, hukuk alanında boy göstermiştir (Şenel, 1982:241; Tanilli, 1988 I.cilt:61). Hammurabi kodu, aslında ele geçirilen yerlerde daha önce hüküm süren krallıkların kanunlarının bir derlemesi niteliğindedir. Ancak bu kod, yeni hükümler de getirmekteydi. Çünkü, yalnızca eski kurallara dayanmak, Babil İmparatorluğu'nun ekonomik ve sosyal koşullarına cevap veremiyordu. Hammurabi kodu, aynı zamanda, Mezopotamya tarihinin önemli bir mirası olup o günkü toplumun temellerini açıklayan ve Babil hükümdarlarının hangi sosyal gruplara dayandığını gösteren bir belge niteliğindedir.

Roma şehrinin kuruluşundan, yani M.Ö. 753 yılından M.Ö. 150 yılına kadar geçen süre içinde Roma'da geçerli olan hukuka, "*Ius Civile*" (Yurttaşlar Hukuku) adı verilmektedir. Çünkü bu hukuk, Roma şehir devletinde yurttaş statüsüne sahip olan kişilere uygulanan bir hukuk niteliğindedir. Bu dönemde miras, mülkiyetin devri, eşyaların sınıflandırılması gibi temel sorunlara uygulanan hukuk kurallarının, Roma'nın tarımsal yapısını, sosyal ve ekonomik gerçekliğini yansıttığı görülür. Bu dönemde hukukun temel kaynağı örf ve âdetlerdir. Roma'da ilk yazılı hukuk kodu olarak görülen ve M.Ö. 499-451 tarihleri arasında hazırlandığı kabul edilen "*On İki Levha Kanunu*"nda Roma kavminin örf ve âdet hukuku yazılı hale getirilmiştir (Karadeniz, 1974:38). Roma'nın Cumhuriyet Döneminde kabul edilen bu yasa ile yazılı hukuk, aristokratik nitelikteki sözlü hukukun yerini almıştır ve bu durum giderek yaygınlaşmıştır. (Ağaoğulları ve Köker, 1996:20). On iki üyeli bir komisyon tarafından hazırlanan kanun, on iki adet tunçtan levhaya kazınarak ilân edilmiştir. Bu kanun, ceza hukukuna ve ceza usul hukukuna ilişkin hükümlerin yanında eşya hukukuna ve borçlar hukukuna ilişkin kuralları da kapsıyordu (Tanilli, 1998 -I.cilt:389). Örf ve âdet hukukunun güçlü izlerini taşıyan, daha önceki hukuk geleneklerine ve fikirlerine dayanan bu hukuk kodunun, bütün hukuk kolları hakkında sistematik hükümler içerdiği söylenebilir. Buna rağmen, aristokratik nitelikteki örf ve âdet hukukuna göre daha ileri bir aşamayı temsil ediyordu.

M.Ö. 2. yüzyılın ortalarında sınırları giderek genişleyen Roma, büyük bir imparatorluğun merkezi haline gelmiştir. Bu gelişme, Roma kavminin diğer kavimlerle, eskiden beri süregelen ilişkileri yanında, çok çeşitli yeni ilişkilere girme-

sine yol açmıştır. Siyasal, ekonomik ve ticari ilişkilerin giderek yoğunlaştığı bu dönemde, eski şehir devletinin ve onun tarımsal ekonomisinin koşullarına göre şekillenen hukuk, yeni olayları ve ilişkileri çerçevelemekte yetersiz kalmıştır. Klasik Hukuk Dönemi (M.Ö. 27- M.S. 250) adı verilen bu dönemde; Roma hukukunun gelişmesinde Romalı hukukçuların çalışmaları belirleyici olmuştur. Başka bir deyişle Roma hukuku, günümüze kadar etkisini sürdüren yetkinliğe, bu dönemde yaşamış olan hukukçuların faaliyetleri sonucu ulaşmıştır. Romalı hukukçular, kuramcı olmaktan ziyade uygulayıcı olmuşlardır. Yani daha çok hukuki kavramlarla ve hukuk kurallarının uygulanmasıyla ilgilenmişlerdir. Hukuk kurallarını, hakkaniyet (hakka uygunluk)'in gerekleri ile toplumun gereksinimlerini bağdaştıracak çeşitli özel durumlara uygulamışlar, hukuki düşünce ve olayları hukuk açısından inceleme yönteminin temellerini atmışlardır (Karadeniz, 1974:40). Kısacası Romalı hukukçular, hukukun çeşitli alanlarındaki çalışmalarıyla hukuku işleyerek ve geliştirerek ona çağını ve sınırlarını aşan bir değer kazandırmışlardır. Bundan dolayıdır ki, Roma hukukunun bu dönemi "*Klasik Hukuk Dönemi*" olarak nitelendirilmiştir.

Roma yurttaşlığının ve dolayısıyla Roma hukukunun bütün imparatorluk uyrukları için geçerli olacak şekilde genişletilmesi, M.S. 212 yılında çıkarılan bir imparatorluk emirnamesi ile olmuştur. Böylece imparatorluk hukuku haline gelen Roma hukuku, tamamen Roma kültürünü benimsemiş ve hukuken geri batı eyaletlerinde kolayca uygulanabilirken, Helen kültürünün etkisinde olan ve yerleşmiş bir hukuk sistemine ve uygulanmasına sahip bulunan doğu eyaletlerinde direnişle karşılaşmıştır. Başlangıçta, hukukun bu eyaletlerde zorla

uygulanması yoluna gidilmişse de, zamanla bölgesel hukukun kısmen uygulanmasına göz yumulmaya başlanmıştır. İmparatorluk'un merkezinin M.S. 330'da Roma şehrinde Constantinopolis (İstanbul)'e kayması sonucu ekonomik, toplumsal ve kültürel koşulları farklı yeni bir çevre içine girilmiştir. Helen dünyasındaki hukuk sisteminden oldukça etkilenen bu döneme "*Klasik Sonrası Hukuk Dönemi*" adı verilmiştir (Karadeniz, 1974:40-1).

Doğu Roma İmparatoru olarak M.S. 527-565 yılları arasında hüküm süren Iustinianus (Justinianus) döneminde Roma hukuku son aşamasını yaşamıştır. Eski evrensel Roma İmparatorluğu'nu canlandırma amacıyla olan Justinianus, bu amacına paralel olarak eski Roma hukukunu yeniden canlandırma çabasına girişmiştir. Justinianus, bir yandan eskiden Roma İmparatorluğu'na bağlı olan yerleri tekrar egemenliği altına almaya çabalarken, diğer yandan "*Klasik Dönem Hukuku*"nu yeniden geçerli kılmaya ve zamanının sosyo-ekonomik ihtiyaçlarını karşılayacak bir hukuk düzeni kurmaya çalışmıştır.

Mezopotamya bölgesinde ve Roma'da gelişen hukuk sistemlerinin yapısını ve özelliklerini gözden geçirmek, bu hukuk sistemlerinden etkilenmiş İslam ve Osmanlı hukuk anlayışını ve pratiğini anlamak bakımından işlevsel bir değere sahiptir.

İSLAM TOPLUMLARINDA DİN-TOPLUM-DEVLET VE HUKUK

İslam terimi, çoğu zaman, benimsenmiş olduğu tüm toplumlarda ortak özellikler gösteren, sabit bir kapsamı bulunan, tek anlamlı bir kavram olarak kullanılabilmektedir. Oysa İslam'ın,

İslami toplum sayısı kadar görünümü vardır. Üstelik, aynı toplum içinde İslam'ın kapsamı ve işlevi, sosyo-kültürel yapı, konjonktür, sosyal gruplar, sınıflar ve sınıfsal mevkilere göre değişir. Antropolojik açıdan bakıldığında; okuma yazma bilen grup, sınıf ya da kişilerle, dilden dile aktarılan geleneklerle yaşayanlar arasında dine bakış, dini anlama ve anlamlandırma bakımından büyük farklılıklar ve ayrılıklar bulunduğu görülür. Yazılı kültür ve sözlü kültür çerçevesinde ortaya çıkan bu ayrılık, tüm İslam dünyası açısından geçerlidir. İslam dünyasında bir yandan, temellerini her dini mezhep ya da okula özgü klasik eserlerde bulan bilimsel İslam bulunurken; öte yandan, duaların, dinsel formül ve hikayelerin ezberlenmesiyle, her tarikata özgü ibadetin yerine getirilmesine dayanan halk İslamı var olmuştur. Sosyolojik açıdan bakıldığında; ulema, tüccar, bürokrat ve subay gibi kentte yaşayan kesimler arasında hüküm süren şehir İslamı; köylü, konar-göçer gibi kesim arasında varlık bulan kır İslamı ayrımı yapılabilir. Şehirlerde yaşayan küçük zanaatkarlar, uşaklar, düşkünler ve işsizler halk İslamı kapsamına girerken, genel olarak kırsal kesimde yaşayan murabıtlar, ermişler, tarikat şeyhleri gibi din adamları ve toprak ağaları, sırf okuma yazma bilmeleri dolayısıyla şehir İslamı'nın parçasıdır (Arkoun, 1994:56).

Müslüman bir toplumda, dinin tek, homojen ve bütünleşik bir dışa vurum biçiminden söz etmek oldukça zordur. Toplumsal pratik alanına baktığımızda, İslam adına tarihi, coğrafi ve kültürel dinamiklerden beslenen farklı, çeşitli ve hatta birbirine karşıt dışa vurumların bulunduğu görülebilir. Dahası, tek bir toplulukta bile, birden fazla Müslüman bakış açısı ortaya çıkabilir ve bunlar "*Müslüman gerçeklik*" tanımlaması ko-

nusunda birbirleriyle çatışma ve mücadele içine girebilir hale gelebilirler. İslam, özcülükten uzak bir yaklaşımla tarihsel ve toplumsal bir bağlamda ele alındığında; diğer inanç sistemlerinde de görüldüğü gibi, başka inanç sistemleriyle etkileşimin bir sonucu olarak ortaya çıkan yeni inanç öğeleri ve örüntüleriyle “senkretik” bir yapı gösterdiği anlaşılabılır. İslam adına karşımıza çıkan senkretizm ya da dinsel bağdaştırmacılık, dini, “kitabına uygun” yaşamak gerektiğini söyleyen İslam alimleri tarafından reddedilir ve yerilir. Başka bir deyişle, Kitabî ya da puriten bir İslam anlayışını temsil eden ulema tarafından senkretik inanç motifleri ve pratikleri, hurafe, batıl itikat veya boş inanç olarak etiketlenip dışlanır. Ancak, reddedilen inanç ve pratikler, aslında Müslüman geniş halk kesimlerinde “yaşayan İslam”ın ayrılmaz parçaları olarak İslam’ın benimsenmesinde ve yayılmasında önemli rol oynamışlardır (Atay, 2004:31-3).

Bir din olarak İslam’ın öncelikli temel kaynağı Kur’an’dır. İkinci temel kaynak ise müminler cemaatinin bir rehberi olarak Peygamber’in söylediği sözlerden, hadislerden oluşan Peygamber geleneği, yani “Sünnet”tir. Peygamber’in ölümünden sonra, hadisler, tıpkı Kur’an’a yapıldığı gibi, bir araya getirilip yazıya geçirildi. Böylece de sözlü kültürden yazılı geleneğe geçilmiş oldu. Bu gelenek çerçevesinde merkezi iktidarlar, Hristiyanlıkta olduğu gibi, İslam dünyasında da dinsel ya da seküler yazılı “kanun”u, yazılı olmayan adetlerin, yerel, bölgesel geleneklerin yerine geçirmeye çalıştılar. Dinsel ya da seküler nitelikli iktidarların bastırdıkları ya da görmezden geldikleri bu gelenekler, İslam’da din-devlet ve hukuk ilişkisinin anlaşılması bakımından önemlidir. Ayrıca söz konusu geleneklerin, inanç ve adet-

lerin, yazılı gelenek içinde yer alıp zamanla kutsallaşabildiği de gözden kaçırılmamalıdır (Arkoun, 1999:61-4).

İslamiyet’in bir din olarak gelişip serptiği Orta Doğu bölgesinde yeni bir siyasal düzenin kurulup sürdürülmesinde dinsel ya da kutsal nitelik atfedilen mit, ideoloji, simge gibi unsurların önemli bir yere sahip olduğu bilinmektedir. Böyle bir düzen sadece “zor” ya da “cebiri” yoluyla oluşturulamazdı. Birbirinden oldukça farklı inançlara, âdetlere, tanrı-lara bağlı kabilelerin bulunduğu Arabistan bölgesinde, kabile dayanışmasına bağlı kopuk, dağınık, rekabete dayalı hareketli bir iktidar yapısı vardı. Henüz güçlü, merkeziyetçi yani gelişmiş bir iktidar ve yönetim mekanizmasından yoksun olan Hz. Muhammed, yeni bir dinsel simgeselliği yaratmak ve kullanmak zorundaydı. Böyle bir dinsel simgesellik olmaksızın ve bu simgesellik, siyasal sisteme aktarılmaksızın yeni bir düzen kurmak herhalde mümkün olmazdı. Kabilesel dağınıklık veya parçalanmışlığın hüküm sürdüğü Arabistan’da dinsel ve dünyevî alanların bir ayrımından söz etmek ve bundan ısrar etmek, siyasal ve dinsel antropolojinin temel verilerini görmezlikten gelmek anlamına gelir. Peygamber, dinsel alanda yürüttüğü faaliyeti, aynı zamanda siyasal alanda da sürdürerek;

Kible’yi Kudüs’ten Mekke’ye çevirerek, pazar ve cumartesi gününe karşı cuma’yı kutsal gün ilan ederek, Medine’de bir ibadthane inşa edip “müminlere” başka ibadethanelere gitmelerini yasaklayarak, Mekke’ye dönüp Pagan Haccın âdetlerini ve fiziki desteklerinin tümünü yeni İslami simgeselliğe aktararak, kabile döneminin evlilik ve mirasla ilgili stratejilerini değiştirerek cahiliye döneminin simgelerini yürürlükten kaldırarak bir semiyolojik sistem kurup rakip sistemleri (Yahudi, Hristiyan, Sâ-

bii, Maniheizt) yener ve yeni siyasal düzeni uygulayacak olan bir devletin yükselişini mümkün kılar (Arkoun, 1999:31).

İslam’ın devletleşmesi, kanuna dayalı bir yönetim yapısının oluşturulması ve Şeriat değerini, yani dinsel bir kanun halini alan bir hukuk külliyyatının oluşturulmasını simgeler. Bu, aynı zamanda dünyevi bir kültürün ve uygarlığın kurulmasını, Kur’an’ın “dünya” ve “dünya hayatı” adını verdiği şeyin yaratılmasını simgeler. Ancak Peygamber’in ölümünden sonra, İslam simgesel ve siyasal olanı bir arada ifade etme şansını hiçbir zaman bulamadı. Emperyal bir devletin kurulmasıyla da, siyasal eylem ile simgesel yaratıcılığın birbirine eklenmesi nihaî olarak sona erdi. Kur’an’ın sağladığı simgesel sermayenin, resmî Sünnî bir İslam kurmak ve dayatmak için kullanılması, yani bu simgesel sermayenin farklı bir yoruma dayanan resmi anlayışının öne çıkarılması, “Şiiler” ve “Hariciler” gibi muhalifleri ortadan kaldıran bir devletin siyasal tercihindən kaynaklanıyordu. Sünnî İslam geleneği içinde iktidarın da onayını ya da kabulünü alan alimler, Allah Kelamı’nın doğru okunabileceğini, Peygamber Sünnetinin tümüyle anlaşılabilirliğini ve bu iki temel kaynaktan şeriatı oluşturan bütün hükümlerin çıkarılabileceğini savunarak Hicret’ten sonraki iki yüzyıl (632-850) içinde Müslüman hukukunu (Fıkıh) ve hukuk metodolojisini (Usul-î Fıkıh) kurdular (Ar-koun, 1999:33).

Köprülü’ye göre, fıkıh adı verilen İslam hukuk sistemi, kökenini dinden almakla birlikte, İslamiyet’in yayıldığı yeni bölgelerde yerel hukuk geleneklerinin de etkisiyle, bulunduğu yörenin sosyo-ekonomik gereklerine uyum sağlayarak oluşmuştur. Tarihsel gerçeklikten değil de idealleştirilmiş kurgulardan

hareketle İslam hukukuna bakanlar, İslam hukukunun bütün Müslüman ülkelerde hâkim ve değişmez bir sistem olduğu sonucuna varmışlardır. Kökenini “Kitap ve Sünnet”ten almış olsa da, İslam hukuku, çeşitli yabancı hukuk sistemlerinden etkilenmiş hukukçuların ve alimlerin yarattıkları içtihat sayesinde döneminin ihtiyaçlarına, sosyo-ekonomik zorunluluklarına karşılık veren bir hukuk sistemi haline gelmiştir. Bu sistemi oluşturan öğeler içinde “Kitap ve Sünnet”in payı, ancak yüzde birdir. Nazari sistem olarak fıkıh, dini mahiyetini asla kaybetmemiş olsa da, İslam’ın ilk patriyarkal devri istisna olmak üzere, bu teorik ve ideal sistem hiçbir zaman tam olarak tatbik edilememiş, Emevi ve Abbasi yönetimlerinde olduğu gibi, hükümdar, çoğu zaman devletçe görülen gereklilik karşısında Peygamber’in vaz’ettiği ahkâma muhalif hükümler ihdasına mecbur kalmışlardır. Kısacası, başlangıçtan itibaren İslam devletlerinde geniş bir yasama faaliyeti söz konusu olmuştur. Fıkıh, hiçbir zaman bir pozitif hukuk değerine kavuşamamıştır (2005:220-23).

İslam hukukunun gelişiminde Bizans, Roma, Sasanî ve Musevi hukukunun etkileriyle, yerel örf-âdetin etkisini özellikle vurgulayan Köprülü’ye göre, teorik bir inşaa olarak dini niteliğini muhafaza eden ve din alimleri tarafından daima bu gözle görülen fıkıh, konusu “ideal bir hukuk olan” spekülâtif bir ilim özelliği ağır basan, giderek tümüyle skolastik bir inşaa niteliği kazanmıştır. İbâdat, muâmelât ve ukûbât kısımlarını bütünüyle kapsayan fıkıh doktrinlerinde; hangi mezhepten olursa olsun, özel hukuk-kamu hukuku ayrımı mevcut olmadığı gibi, kodifikasyonlar da söz konusu olmamıştır. İslam hukukunun kaynaklarından icmâ ve kıyas zamana, yere ve şahıslara göre değişeceğine göre,

bu hukukun sabit ya da değişmez kaynağı olarak Kitap ve Sünnet'in, İslam dünyasının ihtiyaçlarını yüzyıllarca bir örnek şekilde karşılayacağı düşünülemez. Çeşitli fıkıh okullarının ortaya çıkışının sebebi de budur. İslam'ın yayıldığı ve yerleştiği bölgelerin yerel örfleri ve eski hukuk sistemleri dikkate alınmadan İslam hukukunu anlamak ve açıklamak mümkün olamaz (Köprülü, 2005:214-16).

İslam hukuku, kodifiye edilmiş bir hukuk kodu niteliğinde değildir. Günümüzde özellikle İslamcı diye adlandırılan kesimlerden gelen, İslam hukukunun uygulanması yönünde yapılan çağrılarının niçin anlamsız olduğunun yanıtı da burada aranmalıdır. Şeriat, bir hukuk değil, iyi düzene göndermede bulunan genel bir terimdir. İslam hukuku, çok iyi geliştirilmiş bir dizi yorum bilgisel ve paralojik tekniğin yanı sıra, emsallerden, vakalardan, genel ilkelerden oluşan bir birikime sahipti. Bazı açılardan İngiliz hukukuna benzer. İslam hukukunun gelişmiş teknik bir niteliğe ve iyi yetişmiş hukukçulara sahip olması, onun dünyanın çok farklı coğrafyalarında niçin on iki yüzyıl boyunca başarılı bir şekilde hakimiyetini korumuş olmasını da açıklar. İslam hukuk külliyyatı, esas olarak, yükümlülükler, borçlar, sözleşmeler, veraset, kişisel statü gibi dünyevi yaşamla ilgilidir. İslam hukukçuları, hukukun bu alanını "*hukûkûl-i'bad*" (kul hakları) olarak adlandırmışlardır. Çok daha dar kapsamlı olan kamu hukuku külliyyatına ise "*hukukullah*" (Allah hakları) adını vermişlerdir. Bu, ancak uygun şekilde oluşmuş İslamî idarelerin yükümlülükleriyle ilgili bir hukuk olup, böyle bir idarenin olmadığı yerde herhangi bir işlevi olmayan hukuktur (Al-Azmeh, 2003:29-31). Tarih ya da zamanın dışında, bütün zamanlarda geçerli bir

olgudan söz edilemeyeceğini belirten Al-Azmeh şöyle devam eder:

Şeriatın kendisi bile, toplumlara kötü bir şekilde evrilmiştir; tarihi nesnel bir şekilde inceleyen herhangi biri, şeriatın ne şimdi ne de başka bir zamanda, tam bir mutabakatla kabul edilmiş bir kod olmadığını, yalnızca hukukla ilgili bir ilkeler toplamı olduğunu görecektir. Bütünlük adına sahip olduğu tek şey, adına işlev gördüğü yönetimlerle olan ilişkisine dayanır. Çünkü şeriat, bir gerçeklikten ziyade bir simgedir. Bir addır yalnızca, nesnel bir tarihsel kesinlik olmadığı gibi -İslam şeriatının tarihi hakkında hiçbir fikri olmayanların iddialarının tersine-makûl biçimde "*tatbik edilebilir*" bir kanunlar toplamı da değildir (2003. 79-80).

Dinler ve kültürler arasında her zaman alışverişler olmuştur. Değişmez doğaya sahip bir İslâm bulunmadığı gibi, değişmez, evrensel karakterde bir "*Şeriat*" da yoktur. Arap Hristiyanlığı, özellikle doğu kiliseleri İslam'ın birçok unsurunu bünyesine kattığı gibi, benzer şekilde geleneksel İslâm, özellikle Osmanlı döneminde geliştiği ve etkileşime girdiği çevre içinde "*Bizanslı*" olduğu kuşku götürmez bazı özellikler edinmiştir. Dinsel örgütlenme, din-devlet ilişkisi bakımından bu etki açık görülür. Buna göre, saf ya da sahih denilebilecek bir İslamlık ya da Hristiyanlık var mıdır sorusu yanıtlanmalıdır (Al-Azmeh, 2003:84).

Ernest Gellner'in "*İslamiyetin özü gereği sekülerleşemeyeceği, seküler öğeler içermeyeceği*" şeklindeki görüşüne karşı çıkan Al-Azmeh, böyle bir görüşün İslam'a sadece "*bir müminler cemaatinin doğru inanç sistemi*" olarak bakmaktan kaynaklandığını, oysa İslamiyet'e yaşayan, dinamik, evrilen tarih-

sel bir inanç sistemi olarak yaklaşıldığında oldukça farklı bir sonuca ulaşılabilirliğini; birinci yaklaşımdan hareketle İslamiyet'in hiçbir şekilde sekülerleşemeyeceği, ikinci yaklaşımdan hareketle ise sekülerleşebileceği, seküler öğeler ihtiva edebileceği sonucuna varılabileceğini belirterek şunları söyler:

Ebedi ve sürekli geçerli ilkelerin tutarlı statik bir ideali olarak İslamiyet, elbette, kendisinden başka hiçbir şeyle bağdaşmaz. Bu haliyle, laikliği ve laikleşmeyi sonuna kadar reddetmek, ona direnmek ve onunla savaşmak İslamiyet'in işidir; ebedi yanılla görülen her önemli din gibi. Fakat yaşayan dinamik ve evrilen bir inanç olarak İslamiyet, geniş ölçüde farklılaşan ortamlara ve hızla değişen koşullara yanıt vererek kralıktan cumhuriyete, kölelikten özgürlüğe, kabileden imparatorluğa ve antik kent devletinden modern ulus-devlete kadar, insanlık tarihinin üretip hakların ve toplumların yaşamına kattığı bütün başlıca siyasal topluluk tipleriyle, değişik toplumsal ve ekonomik örgütlenme biçimleriyle bağdaşabileceğini karşı konulmaz biçimde kanıtlamıştır. Benzer şekilde, on beş yüzyılı kapsayan küresel-tarihsel bir din olarak İslamiyet, kabile-göçer biçimden merkezi bürokratik biçime, feodal tarımcı biçime, merkantil-mali biçime ve kapitalist-sınai biçime kadar uzanan bütün değişik yaşam biçimlerine, kültürlerle ve toplumlara kendisini aşılamayı inkar edilemez biçimde başarmıştır (1999:24).

Weber, İslam toplumunu, politik, ekonomik ve hukukî ilişkileri istikrarsız ve keyfi nitelikte, irrasyonel patrimonyal hakimiyetle karakterize olan bir toplum olarak düşünür. Weber, keyfi, ad hoc ya da fiili hukuk yaratma ya da kanun

koyma olgusu ile genel ilkelerden veya kurallardan çıkarılan yasal yargılar arasında yaptığı ayırmadan hareketle "*rasyonel hukuk-irrasyonel hukuk*" ayırımı yaparak bundan dört ideal tip üretir (Turner; 1997:193-94).

a) İrrasyonel ve bağımsız hukuk, yargıcın, hiçbir normatif ilkeye başvurmaksızın, aldığı kararları kişisel heyecan, arzu ve isteklerine dayandırması halinde söz konusu olur. Weber'e göre bunun en iyi örneği, Müslüman Kadının, somut ahlaki ve diğer pratik değerlendirmelere bakarak önsezileriyle verdiği gayri resmi hükümlerdir.

b) Biçimsel olarak irrasyonel olup akıl tarafından değil de kaynağını ilhamlarda ve teolojiden alan hukuk ikinci tipi oluşturur.

c) Bağımsız rasyonel hukuk, kutsal bir kitaptan veya toplumsal olarak hakim ideolojiden çıkarılan hükümlere dayanır.

d) Biçimsel rasyonel hukuk, hukuk dışı kaynaklara başvurmaksızın hukuk biliminin soyut kavramlarına dayanır. Bu tip hukuk, ancak hukuk kavramlarının soyut kurallar şeklinde formüleleştirildiği ve uygulandığı bir yerde bulunabilir.

Weber'e göre kapitalizm, ancak özerk şehirlerin, özgür emek pazarının, para ekonomisinin, burjuva sınıfının ve rasyonel hukukun mevcut olduğu bir ortamda doğup gelişebilirdi. Çünkü kapitalizmin gelişimi, istikrarı, hukuki güvenliği, hukuk mesleğinin özerkliğini ve biçimsel olarak rasyonel hukuk üretimini gerektirir. Bu özellikler, sadece Avrupa'da bir araya gelebildiğinden kapitalizm bir sistem olarak Batı'da ortaya çıkabilmiştir. Bundan dolayıdır ki, Avrupa'da seküler hukuk-kutsal hukuk ayrımı ve hukukun merkezileşip bürokratikleşmesi söz konusu olabilmıştır. Oysa patrimonyal Doğu toplumlarında ise kutsal-seküler ayrımı bulunmadığı gibi,

hukuka her zaman patrimonial yönetiminin keyfi müdahalesi söz konusu olmuştur. İslam hukukunda şeriatın esnemeyen içeriği ile “kadı adaleti”nin istikrarsızlığı ve keyfiliği söz konusudur. İslam hukuku, fakihlerin spekülasyon çabalarının sonucu olarak görülmelidir. Bu hukuk uzmanı fakihler, Kur'an'ın ahlaki öğretilerini ve hadisleri dikkate alıp işleyerek içtihat yoluyla hukukun ilkelerini formüleştirmişler ve özel olarak “hukukçuların hukuku” adı verilebilecek bir kutsal hukuk gelişimine hayat vermişlerdir (Turner, 194-96).

Geleneksel Avrupa toplum ve kültürünün çözülmesi, modern bilim ve endüstriyel kapitalizmin doğuşu ve bu bağlamda giderek artan siyasî merkezileşme ve bürokratikleşme olgusuyla ilgilenen Weber, Batı toplumlarındaki modernleşmeyi ve seküler gelişmeyi, kuramının adeta merkezini oluşturan “aklıleştirme” kavramıyla açıklar. Bu kavram ile, “açık, düşünsel olarak hesaplanabilir kural ve düzenlemelerin sistematize edilip keskinleştirildiği ve giderek artan biçimde duygu ve geleneğin yerini doldurur hale geldiği bir süreci anlatır (Morris, 2004:113).” Rasyonalizmden Batı tipi rasyonel gelişmeyi, kapitalizme hayat veren ras-yonel bürokrasi ve hukuku anlayan Weber'in, Avrupa merkezci bir bakış açısıyla kendi ideal tip ya da şemasına uymayan Müslüman toplumları ve patrimonial hakimiyet biçimini dışarıda bırakan, Batı'da mevcut olmayan bütün olumsuzlukları veya eksiklikleri Doğuya atfetme eğilimini, yaklaşımının olağan bir sonucu olarak görmek ve hemen burada şu soruları sormak gerekir: Yeryüzünde “homojen bir İslam var mı?”, “Tek bir İslam toplumundan söz edilebilir mi?”, “Patrimonial hakimiyet biçimi mutlaka irrasyonel olmak zorunda mıdır ya da bir ölçüde de olsa ras-yonel unsurlara ve özelliklere

sahip olamaz mı?”, “Kadı kararlarının hiç mi normatif ve rasyonel bir yanı yoktur?”, “İslam hukuku, seküler öğelerden tümüyle yoksun mudur?”, kısacası, “Batı ile Doğu arasında bu denli kesin ve net bir ayırım çizgisi çekilebilir mi?”

Weber, Osmanlı ve İslam toplumlarındaki patrimonial otorite ve meşruiyet sisteminin, rasyonel bir hukuk sisteminin gelişimine engel olduğunu ileri sürerken “kadı adaleti” tiplemesine dayanır ve bütün Osmanlı hukuk sisteminin neredeyse bu tipten hareketle analiz etmeye çalışır. Bu tip hukuk, rasyonel Batı hukukunun özellikleri olan rasyonel, özerk, eşitlikçi, gayri şahsi, objektif niteliklerden yoksun olup irrasyonel, bağımlı, şahsi, subjektif, keyfi ve dağınık olarak tasvir edilir. Buna göre, esas olarak, Sultan'a hiyerarşik olarak bağlı kadı'nın herhangi bir metne bağlı kalmadan kendi keyfince verdiği kararlara dayalı bir hukuk söz konusudur. Oysa hiçbir zaman yekpare, homojen bir yapı arz etmeyen Osmanlı, altı yüzyıl boyunca sadece hukuk alanında değil; diğer pek çok alanda çok farklı, değişken, çoğulcu bir yapı göstermiştir. Varlığını sürdürdüğü dönem boyunca birçok değişim ve dalgalanma meydana gelmiştir. Örneğin, hepsi Osmanlı merkezine bağlı olan merkezdeki örgütlü hukuk uleması ile Suriye ve Mısır uleması arasında birçok açık farklılık mevcut olmuştur (Aktay, 2003: 50-2).

Kadılar, seküler yöneticilerin otoritesi altındaki mahkemelerde onların memurları olarak hukuku uygulamışlar ve bu bağlamda sivil-askeri otoritelerin müdahaleleriyle karşı karşıya kalmışlardır. Bu gerçek, Şeriat'ın İslam hükümdarları tarafından kendi siyasî amaç ve çıkarları doğrultusunda şekillendiği şeklindeki Weber görüşünü desteklemekle birlikte, Şeriat, siyasî iktidarın ampirik gerçekliği için en azından potansiyel bir

tehdit oluşturan ideal bir ahlak sistemi olmayı sürdürmüştür. Yöneticiler hiçbir zaman kutsal geleneğin yüklediği görevleri tamamen ihmal etmemişlerdir (Turner, 1994:205). Böylece, Şeriat kurallarının varlığının, İslam toplumlarındaki iktidar odaklarının gücüne manevi nitelikte bir sınır oluşturarak iktidarın keyfi kullanımına bir ölçüde engel oluşturabildiği söylenebilir. Ayrıca, ilmiye sınıfının varlığının ve ulema eliyle geliştirilen fıkıh ilkelerinin de bu yönde bir etkiye sahip olabildiği düşünülebilir.

İslam Toplumlarında Din-Toplum-Devlet ve Hukuk İlişkisini Açıklamaya Yönelik Modeller

Din, Toplum ve Devlet ilişkileri, günümüzün merkezi tartışma konularından birisi durumundadır. Birçok Batılı ve Müslüman akademisyenin halen ortak görüşü şudur: İslam, bir kilise kurumuna sahip olmayıp, devlet ve hukuk da dahil olmak üzere, toplumsal yaşamın bütün alanlarını kapsamaktadır. Buna göre, devlet ve dinsel cemaat bir ve aynı şey olup, devlet ve dinsel otorite aynı şahısta cisimleşmiştir. Dolayısıyla İslam toplumları batılı toplumlardan temelden farklıdır; Avrupa toplumlarının muazzam bir devlet-dinsel kurumlar ayrılığı temelinde inşa edildikleri kabul edilir. Batı ile Doğu arasında mevcut olduğu varsayılan bu farklılık temelinde inşa edilen model, batı ve İslam toplumlarının tarihsel gelişimini açıklamakta sıkça kullanılmaktadır. Bu bağlamda; batılı toplumlarda seküler-kutsal, kilise-devlet, medeni hukuk (civil law)-dinsel hukuk ayrımının içsel olduğu, modernitenin temelleri olan seküler kültür ve sivil toplumun otonom bir yere sahip bulunduğu iddia edilmektedir. Buna karşılık seküler-kutsal ayırımından yoksun İslam toplumlarının bağlayıcı dinsel

normlara bağlanarak sekülerleşme ve gelişme potansiyelini engellediği ileri sürülmektedir (Lapidus, 1996:3).

Yukarıda sunulan modelin Avrupa toplumlarındaki din ve devlet ilişkilerinin çeşitliliğini ve karmaşıklığını ihmal ettiğini belirten Lapidus, İngiltere, İspanya, Hollanda, İrlanda ve Polonya gibi batılı ülkelerde söz konusu ilişkinin aynı ya da benzer nitelikte olduğunu söyleyemeyeceğini ifade eder. Lapidus'a göre, aynı şekilde, genel kabul gören yaklaşımın tersine, İslam toplumlarında da dikkate değer bir devlet ve dinsel kurumlar ayrımı vardır. Ayrıca tarihsel olgular, aynı zamanda tek bir İslami devlet-dinsel kurumlar modeli bulunmadığını, birbiriyle yarışan sayısız modelin mevcudiyetini göstermektedir. Her modelde kurumlar arasında otoritenin paylaşımı, işlevler ve ilişkiler bakımından farklılıklar söz konusudur (1996:3-4). Başka bir deyişle, sosyal, siyasal, ekonomik, kültürel ve coğrafi koşulları ve tarihsel mirasları birbirinden farklı bulunan toplumların tümünü, aralarındaki bütün farklılıkları görmezlikten gelerek, aynı model içinde değerlendirerek aynılaştırmaktan kaçınmak gerekir.

Hristiyanlıkta din ve devlet veya din ile siyasetin ayrı alanlar olduğunu, bu çerçevede Hristiyanlıkta bir şeriat bulunmadığını; oysa İslam'ın insan hayatının her alanını kapsayan bütünsel bir proje olduğu ve dolayısıyla onun bir din ve devlet, bir ibadet ve şeriat, bir ahlâk ve siyaset olduğunu ısrarla ileri süren görüşe karşı çıkan Arslan'a göre, bu bütüncü görüş, İslam teorisi ve İslam tarihi tarafından desteklenen bir görüşü değil; olsa olsa bir “ütopya”yı dile getirmektedir. İslam'da, en azından Kur'an göz önüne alındığında, yukarıda zikredilen bütüncü görüşün iddia ettiği gibi ayrıntılı bir siyaset programı yoktur.

Bu konulara ilişkin, oldukça genel nitelikte bir iki tavsiye cümlesinden başka bir şey yoktur. Peygamber'in bir siyasetçi ve devlet adamı olarak uygulamaları, Kur'an kaynaklı olmaktan ziyade, bulunan yerin ve zamanın koşullarını dikkate alan, akılcı, basiretli, yönetim sanatının ilkelerine uygun uygulamalar şeklinde olmuştur. Ayrıca Hz. Muhammed'in Sünnet'inde de İslam devletinin kendisinden sonra kim ya da kimler tarafından, nasıl, hangi süreç ve mekanizmalarla sürdürüleceğine ilişkin herhangi bir bilgi de mevcut değildir (1999:112-131).

Mert (1994)'de, Hristiyanlık ile İslamiyet arasında yapılan ve neredeyse bir klişe haline gelmiş bulunan ayrıma itiraz ederek, Hristiyanlığın başından beri din-devlet ayrımına sahip olduğu ilkesinin sorgulanmaksızın kabul edildiğini belirtir. Mert'e göre, Batı dünyasında Kilise ile prens, kral ya da imparator arasında zamanla meydana gelen kurumsal farklılaşma, Hristiyanlığın belli bir dönemdeki egemenliğini gölgeleyememiştir. Söz konusu iki kurumun temsil ettiği dünya, aynı dinsel ya da düşünsel dünya olmuştur. Dinsel öğreti, esas olarak, bütünsel bir dünya görüşü sunar. Bu dünya görüşü içinde insan hayatının bireysel, toplumsal ve düşünsel boyutları, birbirleriyle bağlantılı bir bütün olarak ele alınırlar. Hristiyanlığın da bütünsel bir dünya görüşü olduğundan hareketle; toplumsal ve siyasal hayata ilişkin açık hükümler taşımadığı için, Hristiyanlığın toplumsal yaşamı şekillendirme iddiasında olmadığı söylenemez. İslamiyetin bu açıdan Hristiyanlıktan esas farkı, toplumsal hayata dair bazı açık hükümlere sahip olmasıdır. Aslında birer dünya görüşü olarak Hristiyanlık ile İslamiyet, zannedildiği kadar birbirlerinden çok uzak nitelikte değildirler.

Din, devlet ve toplum alanları üç ayrı daire olarak görüldüğü takdirde, İslam tarihinin sadece bir tek daire şeklinde ve böyle bir kimlikle başladığı söylenebilir. Başka bir deyişle, başlangıç aşamasında “din” dairesi, diğer ikisini de kapsayarak, yani kendi toplumuna ve devletine de hayat vermiştir.

Peygamber'in hicret ettiği yer Medine'de durum böyleydi. Daha sonra, bu üç dairenin birbirinden yavaş yavaş ayrıldığı altı asırlık bir süre vardır. Orta çağ'ın sonlarına doğru, din ve devletin birbiriyle çakışması çok sınırlıydı. Şeriat, kamu teşkilatlanmasının halifelik, cihat, zekât vs. gibi birçok yönünü kapsıyordu; fakat şeriatın buralardaki kuralları, genellikle umursanmı-yordu. Devlet yönetimi, şimdi tamamen bağımsız bir daire haline gelmiştir. İslam'ın muhafazası görevini üstlenirse de, ondan zuhur eden bir kurum olmaktan uzaklaşmıştı. Ancak din ve toplum daireleri (en azından şehir toplumu) hâlâ içiçeliğini koruyordu. Toplum evlenme, boşanma, miras ve ticarî ilişkilerde hâlâ şeriata göre hareket etmeye devam etti ve İslam'ın şartlarına bağlılığını da sürdürdü... Ancak İslam toplumu ordusu ve devletiyle birlikte tam anlamıyla ibadete yönelmiş bir meclis olarak doğmuştu ve her ne kadar kendisini yönetme özelliğini kaybetse de, İslam toplumu ayrı bir din kurumu ve sıradan insanlar topluluğu olarak ikiye bölünmedi. Devletler, kendilerine özgü toplumlar oluşturacak yeterlilikte kapsamlı bir mahiyete sahip değildi (Crone, 2007 :596-97).

Dinsel alan-seküler alan arasındaki ayrım konusunda; genellikle bunun Batı'da sorun teşkil etmediği, orada din-siyaset, kilise-devlet ayrımının kolaylıkla yapılabildiği şeklindeki yaygın kanaate karşı çıkan Berkes, bu şekilde bir

din-devlet ilişkisi şemasının Batı dışı toplumlardaki din-dünya, din-devlet ayrımını sosyolojik açıdan incelemek bakımından uygun bir model olmadığını; böyle bir modelin Hristiyan dini alanı içindeki toplumlarla bu alan dışındaki-leri benzetme eğilimi yaratacağını, farklı toplumlardaki din ve devlet örgütlenmesindeki farklılıkları ve değişiklikleri anlamayı zorlaştıracağını ifade eder. Berkes'e göre, bu güçlükleri aşmak için ayrı bir “kavram şeması”na ihtiyaç vardır. Sadece dinin devlet karşısındaki konumu değil; aynı zamanda din-dünya, din-devlet ilişkilerinin karmaşık bir ilişkiler bütünü içinde ne gibi biçimler kazandığı incelenmelidir. Sosyoloji açısından en önemli başlangıç noktası, yalnızca din-devlet-kilise gibi kurumlara bakmak olmamalı; toplumun genel değer sistemi içinde dinsel değerlerin ve kurumların yerine, siyasal alanın dinsel, dinsel alanın da siyasal bir yana veya işleve sahip olup olmadığına bakılmalıdır (1984:11-3).

İslamiyette Şeriat denen hukuk kuralları, kendilerine “fakih” adı verilen, başlangıçta hiçbir dinsel sıfatı olmayan, toplumsal yaşamı ve düzeni kurallara bağlama işiyle uğraşan laik kişilerce geliştirilmiştir. Başlangıçta bunlar, esasında tümüyle dünyevi işlerle uğraşan insanlardı. Örneğin, Hanefi fıkının kurucusu Ebu Hanife, kumaş ticaretiyle uğraşan Müslüman bir İranlıydı. Bu amatör hukukçular, dünya işlerinde yüz yüze gelen olayları kurallara bağlamak için gelenek, görenek, rivayet ve en son olarak da Kur'an metninden çıkarabildikleri kuralları yaygınlaştırmaya çalışmışlardır. Ancak her fıkı hareketi, kendi doktrinini geliştirip ekol haline gelince yukarıdaki sıra tersine dönmüş, Kur'an metni en çok vurgulanan husus ya da öge halini almıştır. Fıkıh alimleri ve ekolleri tarafından geliştirilip yaygınlaştırılan

kurallar, zaman içinde siyasal otoritelere benimsenmiş ve uygulanmalarına önem verilmiştir. Ancak bunlar, hiçbir zaman Hristiyanlıktaki “Kanon” kuralları gibi, devlet için hukuksal bir zorunluluk haline gelmemiştir ve bir Şer'i kanun külliyesi oluşturma yoluna gidilmemiştir. Fıkıh okullarının öğretilerinden çıkan sonuçları değerlendiren siyasal otoritelerin uygulamaları ile biriken kurallar, Şeriat denen bir tür özel kişi hukuku oluşturmuştur (Berkes, 1984:15-6).

Şeriat, fakih denen kişilerin geliştirdiği, toplumsal eylemlere yön vermesi beklenen bir normlar sistemidir. Fakihlerin, ilk Müslümanların davranışlarından hareketle ve bunlardan yararlanarak kendi hukuk sistemlerini geliştirdiklerine inanılır. Aslında, tek bir fıkıh okulu olmayıp, baştan itibaren birçok fıkıh okuluna ayrılma, fıkıh kurallarının ve bunların dayanaklarını teşkil eden teorilerin Kur'an'dan çıkmadığını gösterir. Üstelik fikhî bilgiler alanı, daha çok biçimselleşmiş ibadet, hukuk ve gelenek kurallarını kapsar. Bundan dolayı da şeriat kuralları, kişinin ruhsal yaşamını aşan, evlenme ve sünnet gibi özel hukuk ve gelenek alanlarında, daha geniş eylemler çerçevesinde uygulanır. Ancak bunun, fıkıh bilginlerinin eserlerinde belirtilmiş hükümlere tam olarak uyumlu geliştiği söylenemez. Ayrıca bunlar, hiçbir zaman bütün Müslümanların hepsine uygulanan bir “medenî kanun” şeklinde de kurallaştırılmış değildir. Fıkıh bilimi, yalnız hukuk bilginlerinin, hukuk hocalarının, hukuk yazarlarının, eylemleri sistemleştiren kitaplarında yazılı olan bilimdir. Bu hukuk, genel uygulamada şeriatın genel inançlar içeriğine uygun olmakla beraber, “şeriat gereği” ile “fıkıh gereği” arasında bir boşluk ya da ayrılık da söz konusudur (Berkes, 1984:47-8). Sonuç olarak,

İslam toplumlarındaki din-toplum-devlet ve hukuk ilişkisini, genellikle Batı'da geliştirilmiş bulunan modellerden hareketle açıklamaya çalışmak, genel ve yaygın kanaatin aksine, bu toplumlardaki çeşitliliği ve farklılığı anlamayı ve açıklamayı güçleştirmektedir denebilir.

Hristiyan tarihine bakıldığında üç ayrı pratik ve üç ayrı din-devlet ilişkisi modeli olduğu görülebilir (Bulaç, 1994 :69-71):

a) Teokratik Model: Hristiyanlığın Katolik mezhebine özgü bir model olup Batı Roma Kilisesi tarihinde gözlenir. Geçmişte birçok kültürde gözlenen Tanrı-Kral modelinin Katolik tecrübesinde yeni bir anlam kazanmış şeklindedir. Batı Roma Kilisesi'nin kendine özgü dini ve siyasi pratiğinde Tanrı'nın Sezar üzerinde veya kilisenin devlet üzerinde egemenlik kurduğunu ve buna bağlı olarak devletin Kilise'nin tüzel kişiliğinde dine tâbi olduğu söylenebilir.

b) Bizantinist Model: Bu model, Doğu Roma Kilisesi'nin Ortodoks mezhebi çerçevesinde ortaya çıkmış olup dini devlete tâbi olarak düzenleyen bir modeldir. Ortodoks mezhebinin bu tarihsel modelinde Sezar'ın Tanrı'ya egemen olduğu ve buna bağlı olarak dinin devlete tâbi bir kurum şeklinde varlığını sürdürdüğü söylenebilir.

c) Laik Model: Protestan mezhebinin tarihsel pratiğinde ortaya çıkan bu modelde iki alan ve iki iktidar fikri temel hareket noktası olarak alınarak din ile devletin kesin ve kalın çizgilerle ayrılması söz konusudur. Laiklere göre, Tanrı ve Sezar'ın hakları birbirinden ayrılmalıdır.

Kısacası, Katolik teokrasi, Tanrı'nın Sezar'a; Bizans Ortodoksluğu, Sezar'ın Tanrı'ya egemen olma fikrini savunulurken; protestan laiklik, Tanrı ve

Sezar'ın egemen oldukları dünyaların ayrılığı fikrine dayanır.

Bulaç'a göre, İslam siyaset tarihinde, Hristiyanlıkta olduğu gibi iki özerk alan fikrine Batılı anlamıyla rastlanmaz. İslam dünyasında yöneten ve yönetilen, hanedan ve teb'a ayrımı, hiçbir dinî ve teolojik temeli olmayan tümüyle sosyo-politik nitelikte iki kategoridir. Ancak her iki kategori de varlık nedenlerini ve meşruiyetlerini ilahi hukuka dayandırmaya çalışırlar. Peygamber dönemi "*Nebevi Model*", Dört Halife Dönemi "*Hilafet Modeli*" ile Muaviye ile başlayan Emevi dönemi ise "*Saltanat Modeli*" ile temsil edilebilir. İslam'ın siyasi tarihinde en radikal kopuşa Hilafet'in Saltanat'a dönüşmesi adı verilir. Saltanat modelinde; siyasî iktidarın meşruiyetini ilâhi ve kutsal bir kaynağa dayandırması ve yönetimin hanedan ailesinin özel mülkü haline getirilmesi şeklinde bir monarşi yönetimi söz konusudur. İslam tarihinde Halife'nin kişiliğinde dinî, Sultan'ın kişiliğinde siyasî otoritenin toplanması ve bir tür ikili bir düzenlemenin ilk ortaya çıkışı, Selçuklu Sultanı Tuğrul Bey'in Bağdat'a gelişiyle başlar, giderek kurumsallaşarak Osmanlı'da şeriat ve örf adlı iki hukukun oluşumuna dönüşür (1994:73-5).

Aydın'a göre Sünnî İslam'da mevcut olmayanlar şöyle sıralanabilir (2002 :17):

a) Kur'an'da bugün kullandığımız anlamda bir devlet kuramı yoktur. Başka bir deyişle, Kur'an bir hükümet şekli çizmemektedir.

b) Din ile devlet arasında bir ayniyet söz konusu değildir. Çağdaş İslam dünyasında bazı çevrelerin adeta bir slogan olarak tekrar edip durdukları "*İslam, din ve devlettir*" ifadesi,

görebildiğim kadarıyla klasik literatürde yer almamaktadır.

c) Devlet, ilahi nitelikli bir kurum değildir. Halife Allah'ın yeryüzündeki temsilcisi değildir. Hatta "*Resulullah'ın halifesi*" tabirine rağmen halife dini manada Peygamber'in de temsilcisi değildir; çünkü peygamber, kendisine vahiy gelen insandır. Bundan dolayı, İslam'da devlet hiçbir zaman kelimenin hakiki manasıyla "teokratik" veya "mukaddes" olmamıştır; İslam'da hiçbir kişinin veya zümrenin "bağlayıcılık" özelliğine sahip manevi veya ruhani bir otoritesi yoktur (Aydın, 2002: 17-8).

Başlangıçtan itibaren din ve devlet özdeşiminin bulunmadığı, devletin teokratik veya kutsal bir nitelik kazanmadığı İslam toplumlarında, tarihsel süreçte geçilen aşamalara bağlı olarak farklı ölçülerde bulunmakla birlikte, hukukun hatırı sayılır derecede seküler temellere sahip olduğu ifade edilebilir.

OSMANLIDA DİN-TOPLUM-DEVLET VE HUKUK

Günümüzde sık sık ileri sürülen ve bu konuda oldukça yaygın bir kanaat haline gelen görüşün aksine, Müslüman toplumların hiçbirinin siyasal kurumlarının İslamlıktan kaynaklanmadığını, İslam dini ile İslam devleti arasında zorunlu bir birliktelik kurulamayacağını ileri süren Berkes'e göre, bu gerçek Osmanlı Devleti için de geçerlidir. Osmanlı Devleti'nin kurulduğu 14. yüzyılda Türk İslamlığı, siyasal birim ya da devlet içindeki yerini çoktan almış bulunuyordu. Bu dönemde İslamiyetin

başlıca işlevi, "*toplumsal beraberlik*" adı verilebilecek oluşuma yön ve destek vermektir. İslamiyetin bu konuda oynadığı rol, inanlar ümmetini ya da cemaatini siyasal bütün içinde geçerli kılmaktı. Bu, "*Şeriat*" olarak adlandırılan, kişi davranışlarını sadece dua ve ibadet bağlamında değil; daha çok dünya işleri, toplumsal ilişkiler bağlamında ele alan "*doğru eylem yolu*"nu gösteren, kişiyi esasında siyasal olmayan kurallara bağlayarak ve inandırarak yönlendiren bir eylem sistematiği sayesinde olmuştur. Başka bir deyişle bu durum, Hristiyanlıkta olduğu gibi, yalnızca dine inanlar birliği anlamında bir kilise yapısı içinde gerçekleşmemiştir. Kişilere uygulanan kurallar, bir din kurumu içinde, ayrı bir topluluk olarak görülen kişilerin uyguladığı kurallar olarak görülüyordu. Güncel yaşamdaki kurallar, kutsal sayılmayan dünya işleri alanında kalıyordu. Örneğin İslam'da evlenme ve boşanma, Hristiyanlıktakinin aksine, dinsel yanı olmayan hukuksal işlemler niteliğindedir (1984:15).

Osmanlı devlet yapısı içinde, dolaylı olarak bile, İslamiyetten kaynaklanmayan birçok kuralın varlığı söz konusuydu. Başka bir deyişle, bu devlet yapısında Şeriat'ın veya Şer'i kuralların temel önemde olduğunu söylemek zordur. Örneğin, Osmanlı kamu hukukunda hemen hiçbir şey şeriat kurallarından kökenlenmediği gibi, özel kişi hukuku niteliğindeki Şeriat kuralları da hayatın her alanını kapsamamıştır. Siyasal yapıda şeriat kuralları, daha çok bir meşrulaştırma aracı işlevi görmüştür. Şeriat kuralları, İslamiyetin doğuşundan çok sonra yaşamış fakihlerin yapıtlarında, çağın hukuk düşünür kurallarınca dinsel hak ve ödevlerin idealleştirilmiş modelleri olarak kalmıştır. Asıl uygulanan hukuk, çeşitli değişimlere uğramış olan devlet hukuku olmuştur. Şeriat ise,

özel hukukun yaptırım aracı olma işlevini görmüştür. Başka deyişle, toplumsal değişmeye ayak uyduramayan fıkıh kuralları içinde devletin desteğini alamayan şeriat kuralları uygulama dışında kalmıştır. Din-devlet ilişkisinde önde gelen, gerektiğinde dinin gelişimini denetleyen başlıca birim, siyasal kurum olmuştur (Berkes, 1984:18-28).

Ayrıca Osmanlı hukuk sistemi içinde Şeriat'ın yanında, dinin siyasal otorite tarafından uygulanan sert kurallarına karşı tepki niteliğinde gelişen "Tasavvuf"da kendi özgü bir dinsel kurallar bütünü yaratmıştır. Tasavvuf, İslamiyette, Hristiyanlıktaki manastır tarikatlarından farklı olarak, devlet eliyle uygulanan din anlayışına karşıt olarak gelişmiştir. Tasavvuf, dinin dünyasal bir görünümü niteliğinde olmadığı gibi, dünyadan tamamen kopuk bir oluşum da değildir. Tasavvuf tarikatları, ulemanın kural biçimciliklerine ve şeriatçılık eğilimine karşı kurumlar olarak gelişmişlerdir (Berkes, 1984:17-8).

Gellner'in İslam hakkında ileri sürdüğü "ümme model"ne göre, İslamiyet laikleşmeye karşı direnci bakımından dünya uygarlıkları arasında benzersiz bir yere sahiptir. Her zaman iki tür "yaşanan İslam" söz konusu olmuştur; İslamiyetin kutsal kitaba dayalı "yüksek" versiyonu ile halk İslamı'nı temsil eden "aşağı" versiyonu olarak. Bu model içinde halk İslamı, daima "yüksek İslam" yönünde değiştirilmeye zorlanır şekilde tasvir edilir. Sunar'a göre, Osmanlı İmparatorluğu Gellner'in kafasını karıştırır. Gellner'in başvurduğu "kanun" sözcüğü, Osmanlı bağlamında bütünleşmiş bir şer'i ve örfî hukuku değil, sadece örfî hukuk anlamına geliyordu. Aynı zamanda Bizans İmparatorluğu'nun da mirasçısı olan Osmanlılara ilham veren model, "hilafet" değil, devlet ile dinin ayrılmasına dayanan "emperyal" paradig-

maydı. Esas olarak, sekizinci yüzyıldan itibaren Müslüman dünya üzerindeki hakimiyetinin kapsam ve süresi dikkate alındığında, İslamiyette kural halinde olanın "hilafet paradigması" değil de "emperyal paradigma" olduğu görülür. Pek çok Müslüman toplum, Gellner'in monolitik "ümme modeli"ne uymadığı gibi bugün de uymuyor. Aksine ayrı ayrı devlet ve din kurumları etrafında şekillenen bir yapılanma söz konusudur. Bu farklılaşma ilk kez, halifelüğün dünyevî bir siyasal rejim -Müslüman komünal ve dinsel birlikler şeklinde ayrıştığı 8. ve 9. yüzyılda gerçekleşmiştir. Fıkıh okulları, Sufi tarikatları, dergahları, Şia mezhepleri, bu birlikler arasında yer alıyordu. Özetle, modern öncesi çağda iki alternatif "Müslüman toplum" kavramı var olmuştur; devlet ile cemaati, siyaset alanı ile din alanını ayrılmaz şekilde bütünleştiren "hilafet" ve Müslüman dini yaşamın gerçek taşıyıcıları olan yarı bağımsız birlikleri yöneten "sultanlık" olarak. "Sultan" ya da "emperyal" denen gelenek içinde İslamiyet, devlet-din ayrılığına karşı olmadığı gibi çoğulculuğa da karşı değildir. Örneğin, Osmanlı millet sisteminde dört başı mamur bir çoğulculuk mümkün olmuştur. Hilafet modelinde inanç, iktidar ve toplum arasındaki çember dokunulmazlığını korurken, emperyal modelde inanç ile iktidar arasındaki bağ kopar, ancak inanç ile toplum arasındaki bağ muhafaza edilir. Günümüz İslam devletlerinden radikal dinci İran ve Suudi Arabistan gibi ülkelerde "hilafet modeli"; Fas, Ürdün ve Pakistan gibi ülkelere "emperyal model", iki modeli de reddederek inanç, iktidar ve toplum arasındaki çemberi koparan Türkiye'de ise "emperyal laik devlet modeli"nin varlığından söz edilebilir (Sunar, 1999: 12-21).

Osmanlı toplum yapısını "siyasî toplum" ve "piyasa toplumu" kavramlaştırması çerçevesinde analiz edilebileceğini ileri süren İslamoğlu-İnan (1999), siyasî bir mantığın egemen olduğu, ekonominin ve toplumsal yapının, egemen grupların gelir ve meşruiyet kaygıları çerçevesinde düzenlendiği toplumu "siyasî toplum" olarak nitelendirirken; piyasa mantığının egemen olduğu, toplumun ve ekonominin piyasaya yönelik mübadele faaliyetleri çerçevesinde ve bu faaliyetlerin düzenleyicisi olan merkezi bir devletin gelir ve meşruiyet kaygıları doğrultusunda oluşan toplumu ise "piyasa toplumu" olarak adlandırır (1999:2). Bu kavramlaştırmanın, İmparatorluk'tan Cumhuriyet'e Türk hukukunun süreç içerisindeki değişimini anlamakta belli bir işlevsel değere sahip olduğu söylenebilir.

Osmanlı gibi siyasî toplumlarda hukuk, ağırlıklı olarak bir çelişkiler alanını ve bu çelişkilerin uzlaşma ortamını tanımlar. Piyasa toplumlarında ise hukuk, merkezi devletin ve iktisadi sınıfların bir aracı olma eğilimindedir. Piyasa toplumlarında hukuk kuralları, genel ve soyut bir niteliğe sahipken, devlet-ticarî faaliyet ayrışmasına bağlı olarak kamu hukuku-özel hukuk ayrımı söz konusuyken; siyasî toplumlarda hukuk kuralları, tikel nitelikte olup özel durumları dikkate alan izinler, yasaklar ve reçetelerden oluşur. Kamu hukuku kuralları-özel hukuk kuralları şeklinde bir bölünme yoktur. Bundan dolayı da Osmanlıda görülen kanun-şeriat ayrımı, kamu hukuku-özel hukuk ayrımına tekabül etmez. Gerek kanun gerekse şeriat, tikel nitelikte olup belli durumları, kişileri ve grupları hedef alır. Hukuk, genel ve soyut kurallar niteliğinde değildir. Örneğin, Osmanlı vergi kuralları, farklı grupların, bölgelerin vergi mükellefiyetlerini, muafiyetlerini ve

bunların koşullarını ayrıntılı bir şekilde belirlemektedir. 19 yüzyıl Osmanlı siyasî toplumundan piyasa toplumuna geçiş sürecinde vergiye ilişkin kurallar genel kamu hukuku kuralları haline gelmeye başlamış, piyasa toplumu koşullarında merkezi devletin genelleşen vergi talepleri, 19. yüzyıl öncesi dönemde tikel kurallar çerçevesinde vergiden muaf olan grupların, özellikle loncaların ve ulemanın direnişiyle karşılaşmıştır. Bu şartlar altında İslami fıkıh ilkelerinden çıkarak düzenlenen Mecelle, Osmanlı siyasî toplumundaki "mülk"ten farklı olarak özel mülkiyetin tanımlanması doğrultusunda mübadele kuralları oluşturma çabasını temsil eder (İslamoğlu-İnan, 1999:5-8).

Laik devlet, ülkenin her yanında her vatandaş için aynı mevzuatın geçerli olduğu, yönetsel ve adlî kuralların standardize edildiği, merkeziyetçi bir devlettir. Dini kuralların ve ayrımların kalkması, ayrı cinsten, dilden, dinden tüm insan gruplarına aynı hukukun uygulanması anlamına gelir. Osmanlı hukuk düzeninde dindışı uygulamalar yaygın olmakla birlikte, Osmanlı devlet ve toplum düzeni laik olarak görülemez. Bunun temel nedeni; toplumun dini mensubiyet esasına göre millet adı verilen gruplara bölünmesi, vergi, yargı, eğitim işlerinin bu gruplar içinde dinin cemaat liderleri tarafından örgütlenip yürütülmesidir. Bu, aynı zamanda, adlî ve idarî örgütlenmede bir tür dine dayalı ademi merkeziyetçilik ve çeşitliliğin bulunması anlamına gelir. Osmanlı padişahlarının, ruhanî denemezse de, dini bir unvan olan hilafet unvanına sahip olmaları, egemenliğin meşruiyetinin ilahî bir kaynağa dayandırılmış olması da, Osmanlı devlet ve toplum hayatındaki egemen ideolojinin laik olmadığını gösterir (Ortaylı, 2007:138-39).

Başta Ömer Lütfi Barkan olmak üzere bir grup yazar tarafından savunulan Osmanlı devlet ve toplum hayatında uygulamada Şer'i hükümlerden ziyade dünyevî otorite tarafından ihdas edilen örfi kuralların, örf ve âdetin hakim olduğu görüşüne katılan Ortaylı'ya göre, Osmanlı idaresi toplum ve devlet hayatının temel kurum ve ilişkilerini Şer'i mevzuattan çok, örfi kanunlarla, hatta mahallî gelenek ve teamülle düzenlemeyi tercih etmiştir. Osmanlı kadısı bile sadece toprak düzeni, maliye gibi konularda değil, hatta bazen aile hukukuna ilişkin sorunlarda bile şeriat-tan çok örf ve âdet hukukuna başvurmayı tercih etmiştir (2007:137-38).

Köprülü'ye göre, hukuki müesseseler tarihi hususunda orta zaman Müslüman hukukçuların dar ve şematik nazariyelerinin dışına çıkılamamış, Türkler de dahil olmak üzere, bütün Müslüman toplumlarda müşterek ve değişmez bir İslam hukuku düşüncesinden ileri gidilememiştir. Kökenini din-den alan bu hukukun değişmez olduğu inancı egemen olmuştur. Bu anlayışın olağan sonucu olarak da Türklerin hayatından ve Türk örf ve âdetlerinden doğmuş bir Türk hukuku yoktur; İslam dünyası içinde yaşayan Türklerin özel hukuku İslam hukukundan ibarettir; kamu hukuku bakımından ise, Osmanlılarda başlangıçta Sunnî-Hanefî mezhebinin ahkâmı baskın olmuş, ardından İstanbul'un fethiyle Bizans'tan bazı kamu müesseseleri alınmış, Kanuni döneminde bazı hayati zorunluluklar nedeniyle dini hukuktan kısmen ayrılarak birtakım kanunlar çıkarılmıştır görüşü, bilhassa Batılı yazarlarda baskın olmuştur. Oysa Türkler, eski zamanlardan beri büyük siyasî oluşumlara hayat vermiş, üstelik orta zaman Türklerinin hepsi de göçebe değildi. Devlet kurmak, kamu kurumları yaratmak demek oldu-

ğuna göre, büyük Türk İmparatorluklarının sağlam hukuki müesseseler meydana getirmiş olmaları olağandır. Türkler, İslamiyeti benimsedikleri zaman, eski ve güçlü bir hukuk kültürüne sahiptirler (2005:11-20).

Kafadar (2001)'a göre, Osmanlı siyasal düşüncesinin kaynakları üzerinde durulurken geniş bir kültür coğrafyasına ve tarihine uzanarak, Helen ve Roma döneminin kültür mirasına, İran ve Hint Medeniyetine de bakmak gerekir. Ancak İslam medeniyetinin kendine özgü siyasal kurumları ve düşünce sistematiği de vardır. Hilafet belki insanlık tarihinde birçok örneğe benzetilebilir; ama sonuç olarak İslam tarihinin kendi dinamikleri içinde anlaşılabilir. "Sultanlık" kurumu ile birlikte ortaya çıkan "hilafet-saltanat" ikilemi için de aynı şey söylenebilir. Osmanlı düşüncesi, bir yanda İslam medeniyetine ait görüşler çerçevesinde gelişirken, diğer yandan İç Asya bozkırlarının köklü siyasal geleneklerini de yeniden yorumlamış ve bunların tümünde bir sentez yaratarak uzun ömürlü bir devletin anlam dünyasını kurmuştur. İç Asya siyaset kültüründen Osmanlı'ya intikal edenler arasında "yasa" kavramı önemli bir yere sahiptir. Padişahın, Şer'i hukuku uygulama ya da uygulatmanın yanı sıra, ilke olarak onunla çelişmeyen yasa koyabilmesi açısından Osmanlılar, hem açık hem de sistematik davranmışlardır. Fatih Sultan Mehmet'in Kanunnamesi, İslam tarihinde "yasa"nın tek tek hükümler yoluyla değil de soyut ve genel bir dille yazıya dökülmesi, yani bir anlamda kodifiye edilmesi yönünde bir ilk örnektir.

SONUÇ

Türk hukuku, Osmanlı'dan Cumhuriyet'e kadar birçok değişime uğramıştır. Bu hukuk, özellikle toplumsal hayat

inde "yaşayan hukuk" olarak çok zengin ve güçlü seküler temellere sahiptir.

İslam toplumlarında başlangıçtan itibaren din, toplum ve devlet yaşamının iç içe geçerek zamanla bir uygarlığa hayat vermesi, başka bir deyişle dinin toplumsal ve kültürel hayatla iç içe bir nitelikte bulunması, toplum ve devlet hayatından kopuk bir dinsel yaşamın kendi içine kapanarak dinsel değer ve norm üretmesine imkan vermemiştir. Böylece İslam, seküler ve dinsel değerleri bir arada muhafaza eden, toplumsal, siyasal ve kültürel hayata kapılarını açık tutan bir din kimliğinde olmuştur.

Osmanlı hukukunun kaynakları arasında yer alan İslam hukuku, gerek doğup geliştiği bölgenin geleneklerinden, örf-âdet ve uygulamalarından, gerekse etkileşime girdiği diğer toplumların, kültürlerin ve uygarlıkların siyasal ve hukuksal yapısından etkilenmiştir. Bu çerçevede, İslam hukukunun şekillenmesinde önemli yeri olduğu bilinen Bizans, Sasani, Roma hukuk düşüncesi ve geleneği ile Mezopotamya bölgesinde daha önce yaşamış uygarlıkların hukuk mirasının dikkate alınması, İslam hukukunun ve bu bağlamda Osmanlı hukukunun analizi bakımından bir gerekliliktir.

En basit yerli kabile toplum yapılarından günümüzün karmaşık toplum yapılarına kadar, değişik ölçülerde olmakla birlikte, neredeyse tüm toplumlarda gözlenebilen dinsel ile dünyasallık ya da kutsal olan ile seküler olanın bir arada mevcudiyeti, Osmanlı toplumu açısından da söz konusudur.

Osmanlı'da her zaman şer'î kuralların yanında örfî kurallar, örf ve adetler yan yana mevcut olmuştur. Osmanlı toplum yapısı içinde yaşayan birçok etnik ve dinsel topluluğun ya da cemaatin, kendi geleneklerine, göreneklerine,

inanç sistemlerine dayalı olarak şekillenen hukuk sistemleri de olmuştur. Böylesine çoğulcu bir yapı içinde; sadece Şeriat'a dayalı bir hukuk hayatının var olduğu ileri sürülemeyeceği gibi, ulema eliyle gelişen fıkıhın da toplumun hukuk hayatının tümünü kuşatıp çerçevelediği söylenebilir. Üstelik fıkıh kuralları da tümüyle Kur'an hükümleriyle hadislerden çıkarılmış değildir. Kısacası İslam hukuku, yalnızca Şeriat temelinde şekillenen bir hukuk olmadığı gibi, her zaman aynı kalan ya da değişmeyen bir "öz"e de sahip olmamıştır. Zaten, toplum, devlet ve hukuk hayatında rol oynayan bir çok kimsenin katkıda bulunduğu, yorumlayıp uyguladığı, diğer kültürlerle etkileşim içinde olan bir hukukun, bir örnek homojen nitelikte olması da beklenemezdi.

Osmanlı'da başlangıçtan itibaren güçlü ve giderek merkezileşen bir devlet yapısıyla karşı karşıya kalan İslam'ın, İslam şeriatı ve hukukunun devlet gücü karşısında büyük bir ağırlık taşıması beklenemezdi. Hiçbir zaman teokratik ya da kutsal nitelik taşımamış, tersine "sultan" veya "saltanat modeli"nin belirleyici olduğu böyle bir yapıda aksi de mümkün olamazdı. Ayrıca çok geniş coğrafyalara yayılmış, çok farklı toplumlarla ve kültürlerle etkileşime girmiş, kendi içinde çok farklı ve çeşitli unsurları barındıran İmparatorluk içinde hukuka seküler temel oluşturabilecek çok çeşitli kaynak bulunuyordu.

Sonuç olarak denebilir ki, "kitapta-ki din" ile "yaşayan din", "kitaptaki hukuk" ile "yaşayan hukuk" ayrımı bağlamında; toplumun sosyal, siyasal, ekonomik, kültürel, tarihsel ve coğrafi koşullarıyla etkileşim içinde şekillenen "yaşayan din" ve "yaşayan hukuk" olgusu dikkate alındığı takdirde, "Osmanlıdan Cumhuriyet'e Türk Huku-

Başta Ömer Lütfi Barkan olmak üzere bir grup yazar tarafından savunulan Osmanlı devlet ve toplum hayatında uygulamada Şer'i hükümlerden ziyade dünyevî otorite tarafından ihdas edilen örfi kuralların, örf ve âdetin hakim olduğu görüşüne katılan Ortaylı'ya göre, Osmanlı idaresi toplum ve devlet hayatının temel kurum ve ilişkilerini Şer'i mevzuattan çok, örfi kanunlarla, hatta mahallî gelenek ve teamülle düzenlemeyi tercih etmiştir. Osmanlı kadısı bile sadece toprak düzeni, maliye gibi konularda değil, hatta bazen aile hukukuna ilişkin sorunlarda bile şeriat-tan çok örf ve âdet hukukuna başvurmayı tercih etmiştir (2007:137-38).

Köprülü'ye göre, hukuki müesseseler tarihi hususunda orta zaman Müslüman hukukçuların dar ve şematik nazariyelerinin dışına çıkılamamış, Türkler de dahil olmak üzere, bütün Müslüman toplumlarda müşterek ve değişmez bir İslam hukuku düşüncesinden ileri gidilememiştir. Kökenini din-den alan bu hukukun değişmez olduğu inancı egemen olmuştur. Bu anlayışın olağan sonucu olarak da Türklerin hayatından ve Türk örf ve âdetlerinden doğmuş bir Türk hukuku yoktur; İslam dünyası içinde yaşayan Türklerin özel hukuku İslam hukukundan ibarettir; kamu hukuku bakımından ise, Osmanlılarda başlangıçta Sunnî-Hanefî mezhebinin ahkâmı baskın olmuş, ardından İstanbul'un fethiyle Bizans'tan bazı kamu müesseseleri alınmış, Kanuni döneminde bazı hayati zorunluluklar nedeniyle dini hukuktan kısmen ayrılarak birtakım kanunlar çıkarılmıştır görüşü, bilhassa Batılı yazarlarda baskın olmuştur. Oysa Türkler, eski zamanlardan beri büyük siyasî oluşumlara hayat vermiş, üstelik orta zaman Türklerinin hepsi de göçebe değildi. Devlet kurmak, kamu kurumları yaratmak demek oldu-

ğuna göre, büyük Türk İmparatorluklarının sağlam hukuki müesseseler meydana getirmiş olmaları olağandır. Türkler, İslamiyeti benimsedikleri zaman, eski ve güçlü bir hukuk kültürüne sahiptir (2005:11-20).

Kafadar (2001)'a göre, Osmanlı siyasal düşüncesinin kaynakları üzerinde durulurken geniş bir kültür coğrafyasına ve tarihine uzanarak, Helen ve Roma döneminin kültür mirasına, İran ve Hint Medeniyetine de bakmak gerekir. Ancak İslam medeniyetinin kendine özgü siyasal kurumları ve düşünce sistematiği de vardır. Hilafet belki insanlık tarihinde birçok örneğe benzetilebilir; ama sonuç olarak İslam tarihinin kendi dinamikleri içinde anlaşılabilir. “Sultanlık” kurumu ile birlikte ortaya çıkan “hilafet-saltanat” ikilemi için de aynı şey söylenebilir. Osmanlı düşüncesi, bir yanda İslam medeniyetine ait görüşler çerçevesinde gelişirken, diğer yandan İç Asya bozkırlarının köklü siyasal geleneklerini de yeniden yorumlamış ve bunların tümünde bir sentez yaratarak uzun ömürlü bir devletin anlam dünyasını kurmuştur. İç Asya siyaset kültüründen Osmanlı'ya intikal edenler arasında “yasa” kavramı önemli bir yere sahiptir. Padişahın, Şer'i hukuku uygulama ya da uygulatmanın yanı sıra, ilke olarak onunla çelişmeyen yasa koyabilmesi açısından Osmanlılar, hem açık hem de sistematiğe davranmışlardır. Fatih Sultan Mehmet'in Kanunnamesi, İslam tarihinde “yasa”nın tek tek hükümler yoluyla değil de soyut ve genel bir dille yazıya dökülmesi, yani bir anlamda kodifiye edilmesi yönünde bir ilk örnektir.

SONUÇ

Türk hukuku, Osmanlı'dan Cumhuriyet'e kadar birçok değişime uğramıştır. Bu hukuk, özellikle toplumsal hayat

içinde “yaşayan hukuk” olarak çok zengin ve güçlü seküler temellere sahiptir.

İslam toplumlarında başlangıçtan itibaren din, toplum ve devlet yaşamının iç içe geçerek zamanla bir uygarlığa hayat vermesi, başka bir deyişle dinin toplumsal ve kültürel hayatla iç içe bir nitelikte bulunması, toplum ve devlet hayatından kopuk bir dinsel yaşamın kendi içine kapanarak dinsel değer ve norm üretmesine imkan vermemiştir. Böylece İslam, seküler ve dinsel değerleri bir arada muhafaza eden, toplumsal, siyasal ve kültürel hayata kapılarını açık tutan bir din kimliğinde olmuştur.

Osmanlı hukukunun kaynakları arasında yer alan İslam hukuku, gerek doğup geliştiği bölgenin geleneklerinden, örf-âdet ve uygulamalarından, gerekse etkileşime girdiği diğer toplumların, kültürlerin ve uygarlıkların siyasal ve hukuksal yapısından etkilenmiştir. Bu çerçevede, İslam hukukunun şekillenmesinde önemli yeri olduğu bilinen Bizans, Sasani, Roma hukuk düşüncesi ve geleneği ile Mezopotamya bölgesinde daha önce yaşamış uygarlıkların hukuk mirasının dikkate alınması, İslam hukukunun ve bu bağlamda Osmanlı hukukunun analizi bakımından bir gerekliliktir.

En basit yerli kabile toplum yapılarından günümüzün karmaşık toplum yapılarına kadar, değişik ölçülerde olmakla birlikte, neredeyse tüm toplum-larda gözlenebilen dinsel ile dünyasalın ya da kutsal olan ile seküler olanın bir arada mevcudiyeti, Osmanlı toplumu açısından da söz konusudur.

Osmanlı'da her zaman şer'i kural-ların yanında örfi kurallar, örf ve adetler yan yana mevcut olmuştur. Osmanlı toplum yapısı içinde yaşayan birçok etnik ve dinsel topluluğun ya da cemaatin, kendi geleneklerine, göreneklerine,

inanç sistemlerine dayalı olarak şekillen-en hukuk sistemleri de olmuştur. Böylesine çoğulcu bir yapı içinde; sadece Şeriat'a dayalı bir hukuk hayatının var olduğu ileri sürüle-meyeceği gibi, ulema eliyle gelişen fıkıhın da toplumun hukuk hayatının tümünü kuşatıp çerçevelediği söylene-mez. Üstelik fıkıh kuralları da tümüyle Kur'an hükümleriyle hadislerden çıkarılmış değildir. Kısacası İslam hukuku, yalnızca Şeriat temelinde şekillenen bir hukuk olmadığı gibi, her zaman aynı kalan ya da değişmeyen bir “öz”e de sahip olmamıştır. Zaten, toplum, devlet ve hukuk hayatında rol oynayan bir çok kimsenin katkıda bulunduğu, yorum-layıp uyguladığı, diğer kültürlerle etkileşim içinde olan bir hukukun, bir örnek homojen nitelikte olması da bek-lenemezdi.

Osmanlı'da başlangıçtan itibaren güçlü ve giderek merkezileşen bir devlet yapısıyla karşı karşıya kalan İslam'ın, İslam şeriatı ve hukukunun devlet gücü karşısında büyük bir ağırlık taşıması beklenemezdi. Hiçbir zaman teokratik ya da kutsal nitelik taşımamış, tersine “sul-tan” veya “saltanat modeli”nin belirleyici olduğu böyle bir yapıda aksi de mümkün olamazdı. Ayrıca çok geniş coğrafyalara yayılmış, çok farklı toplum-larla ve kültürlerle etkileşime girmiş, kendi içinde çok farklı ve çeşitli unsurları barındıran İmparatorluk içinde hukuka seküler temel oluşturabilecek çok çeşitli kaynak bulunuyordu.

Sonuç olarak denebilir ki, “kitapta-ki din” ile “yaşayan din”, “kitaptaki hu-kuk” ile “yaşayan hukuk” ayrımı bağ-lamında; toplumun sosyal, siyasal, eko-nomik, kültürel, tarihsel ve coğrafi ko-şullarıyla etkileşim içinde şekillenen “yaşayan din” ve “yaşayan hukuk” olgusu dikkate alındığı takdirde, “Os-manlıdan Cumhuriyet'e Türk Huku-

ku'nun oldukça çeşitlenmiş, farklılaşmış, çoğulcu bir karaktere sahip olduğu anlaşılabilecektir. Bu çerçevede Osmanlı devlet ve toplum hayatında, gündelik yaşam ve uygulamada Şer'i hükümlerden ziyade dünyevi ya da seküler otorite tarafından konan örfi kuralların, mahalli örf ve adetlerin egemen olduğu söylenebilir.

KAYNAKÇA

- Ağaoğulları, Mehmet Ali ve Levent Köker (1996). *İmparatorluktan Tanrı Devletine*, Ankara: İmge Kitabevi Yayınları.
- Aktay, Yasin (2003). "Osmanlı'da Hukuk ve Meşruyet Üzerine Bir Tarih Sosyolojisi." *Tezkire*, sayı:34, Eylül/Ekim 2003: 32-60.
- Al-Azmeh, Aziz (2003). *İslamlar ve Moderniteler*. Çev., Elçin Gen. İstanbul: İletişim Yayınları.
- Anleu, Sharyn L.Roach (2000). *Law and Social Change*. London; Sage Publication.
- Arkoun, Mohammed(1994). "İslamî Bir Bakış Açısı İçinde Pozitivizm ve Gelenek, Kemalizm Olayı." Çev., Emre Öktem. *Cogito*, Yaz 1994: 51-59.
- Arkoun, Mohammed(1999). *İslam Üzerine Düşünceler*. Çev., Hakan Yücel. İstanbul: Metis Yayınları.
- Arslan, Ahmet(1999). *İslam, Demokrasi ve Türkiye*. Ankara: Vadi Yayınları.
- Asad, Talal(2007). *Sekülerliğin Biçimleri: Hristiyanlık, İslamiyet ve Modernlik*. Çev., Ferit Burak Aydar. İstanbul: Metis Yayınları.
- Atay, Tayfun(2004). *Din Hayattan Çıkar: Antropolojik Denemeler*. İstanbul: İletişim Yayınları.
- Aydın, Mehmet S. (2002). "Sünnî İslam'da Din-Devlet İlişkileri." Cemal Uşsak (ed.). *Dünyada Din-Devlet İlişkileri: Ülkeler Arası Karşılaştırmalar*. İstanbul: Gazeteciler ve Yazarlar Vakfı Yayınları. 15-26.
- Aydın, Mehmet Âkif (1996). *İslam ve Osmanlı Hukuku Araştırmaları*. İstanbul: İz Yayıncılık.
- Barkan, Ömer Lutfi (1945). "Osmanlı İmparatorluğu Teşkilat ve Müesseselerinin Şer'iliği Meselesi". *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası* (10): 203-224.
- Berkes, Niyazi (1984). *Teokrasi ve Laiklik*. İstanbul: Adam Yayınları.
- Berkes, Niyazi(2006). *Türkiye'de Çağdaşlaşma*. Yay.Haz., Ahmet Kıyaş. İstanbul: YKY.
- Bulaç, Ali (1994). "İslam ve Modern Zamanlarda Din-Devlet İlişkisi". *Cogito*. Yaz 1994:67-87.
- Crone, Patricia (2007). *Ortaçağ İslam Dünyasında Değişme*. Çev., Hakan Köni, İstanbul: Kapı Yayınları.
- Durkheim, Emile (2005). *Dini Hayatın İlk Biçimleri*. Çev., Fuat Aydın. İstanbul: Ataç Yayınları.
- El-Azm Sadık C. (1999). "İslamiyet Laikleşebilir mi?" *Sivil Toplum, Demokrasi ve İslam Dünyası*. Elisabeth Özdalga ve Sune Persson (der.). İstanbul: Tarih Vakfı Yurt Yayınları. 22-30.
- Friedman, Lawrance M.(1977). *Law and Society*. New Jersey: Prentice-Hall.
- Hassan, Ümit(2001). *Osmanlı: Örgüt-İnanç-Davranış'tan Hukuk-İdeoloji'ye*. İstanbul: İletişim Yayınları.
- İslamoğlu-İnan, Huri(1999). "Hukuk, Mülkiyet, Meşruiyet: Mukayeseli Tarih Yazımı İçin Bir Öneri". *Osmanlı'dan Cumhuriyet'e: Problemler, Araştırmalar, Tartışmalar*. Hamdi Can Tuncer (Yay.haz.). İstanbul: Tarih Vakfı Yurt Yayınları. 1-13.

- Morris, Brian(2004). *Din Üzerine Antropolojik İncelemeler*. Çev., Tayfun Atay. Ankara: İmge Kitabevi Yayınları.
- Ortaylı, İlber(2007). *Batılılaşma Yolu*. İstanbul: Merkez Kitaplar.
- Öktem, Niyazi(1994). "Dinler ve Laiklik". *Cogito*, Yaz 1994: 33-49.
- Roy, Oliver(1995). *Siyasal İslamın İflası*. Çev., Cüneyt Akalın. İstanbul: Metis Yayınları.
- Sunar, İlkay(1999). "Sivil Toplum ve İslamiyet". *Sivil Toplum; Demokrasi ve İslam Dünyası*. Elisabeth Özdalga ve Sune Persson (der.). İstanbul: Tarih Vakfı Yurt Yayınları. 11-21.
- Şenel, Alaeddin (1982). *Siyasal Düşünceler Tarihi*. Ankara: Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları.
- Tanilli, Server (1998). *Yüzyılların Gerçeği ve Mirası* (Cilt:1). İstanbul: Adam Yayınları.
- Turner, Bryan S. (1997). *Max Weber ve İslam: Eleştirel Bir Yaklaşım*. Çev., Yasin Aktay. Ankara: Vadi Yayınları.
- Yüksel, Mehmet (2004). *Modernite Postmodernite ve Hukuk*. Ankara: Siyasal Kitabevi yayınları.
- Kafadar, Cemal (2001). "Osmanlı Siyasal Düşüncesinin Kaynakları Üzerine Gözlemler" *Tanzimat ve Meşruiyet'in Birikimi Cilt 1*. Mehmet Ö. Alkan (der.). İstanbul: İletişim Yayınları. 23-28.
- Karadeniz, Özcan (1974). *Roma Hukuku*. Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları.
- Köprülü, M.Fuad (2005). *İslam ve Türk Hukuk Tarihi Araştırmaları ve Vakıf Müessesesi*. Ankara, Akçağ Yayınları.
- Lapidus, Ira M. (1996). "State and Religion in Islamic Societies". *Past and Present* 151: 3-27.
- Malinowski, Bronislaw (2000). *Büyük, Bilim ve Din*. Çev., Saadet Özkal. İstanbul: Kabaıcı Yayınevi.
- Malinowski, Bronislaw (2003). *Yabanıl Toplumda Suç ve Gelenek*. Çev., Şemsa Yeğin. İstanbul: Epsilon Yayıncılık.
- Mardin, Şerif(1983). *Din ve İdeoloji*. İstanbul: İletişim Yayınları.
- Mert, Nuray(1994). "Laiklik Tartışması ve Siyasal İslam". *Cogito*, Yaz 1994: 89-101.