AHLÂKÎ YÖNETİMSELLİK

ŞERİAT, ANAYASA VE ULUS DEVLET

WAEL B. HALLAQ

DERLEYENLER
ABDULLAH ENES MOLLAOĞLU
TUĞRUL KÜTÜKCÜ

2. BASKI

WAEL B. HALLAQ 1955 Filistin doğumlu. Hayfa Üniversitesi'nde lisans, Washington Üniversitesi Yakındoğu Dilleri ve Edebiyatı Bölümünde ise lisansüstü öğrenim gördü. *İctihad Kapısı: İslâm Hukuk Tarihinde Bir Araştırma* başlıklı teziyle 1983'te doktorasını tamamladı. Kanada, Endonezya, Singapur başta olmak üzere farklı ülkelerde bulunan üniversitelerde fıkıh araştırmaları üzerine dersler verdi. Hâlen Columbia Üniversitesinin Ortadoğu, Güney Asya ve Afrika Çalışmaları Bölümünde görev yapmaktadır. Fıkıh ve İslâm düşünce tarihi alanındaki onlarca makalesinin yanı sıra aralarında *A History of Islamic Legal Theories* (İslâm Hukuk Kuramları Tarihi, 1997); *Authority, Continuity and Change in Islamic Law* (İslâm Hukukunda Otorite, Devamlılık ve Değişim, 2001); *The Origins and Evolution of Islamic Law* (İslâm Hukukunun Oluşumu ve Gelişimi, 2004); *Shari'a: Theory, Practice, Transformations* (Şeriat: Kuram, Uygulama ve Değişimler, 2009); *An Introduction to Islamic Law* (İslâm Hukukuna Giriş, 2009), *The Impossible State* (İmkânsız Devlet, 2012); *Restating Orientalism: A Critique of Modern Knowledge* (Şarkiyatçılığı Yeniden Düşünmek Modern Bilginin Eleştirisi, 2018); *Reforming Modernity: Ethics and the New Human in the Philosophy of Abdurrahman Taha* (Modernitenin Reformu: Abdurrahman Taha'nın Felsefesinde Ahlâk ve Yeni İnsan, 2019) gibi kitapların da yer aldığı birçok inceleme yayımladı. Hallaq'ın makalelerinden oluşan kitapları arasında ise şunlar dikkat çekmektedir: *İslâm Hukukuna Entelektüel Bakış* (2020) ve *Hukukun Ahlaki Boyutu* (2020).

Pınar Yayınları
Bereketzade Mah. Okçu Musa Cd. No: 11/3
Beyoğlu-İstanbul
Tel: 0212 293 90 41
www.pinaryayinlari.com bilgi@pinaryayinlari.com Yayınevi
Sertifika No: 45508

Ahlâkî Yönetimsellik
Şeriat, Anayasa ve Ulus Devlet
Wael B. Hallaq
DERLEYENLER Abdullah Enes Mollaoğlu & Tuğrul Kütükcü

copyright 2026 © pınar yayınları

Pınar Yayınları ◆ 555
Fıkıh ve Toplum ◆ 6
ISBN 978-975-352-667-8

İkinci Baskı Mart 2026

EDİTÖR Asım Öz
SAYFA DÜZENİ Tekin Öztürk
KAPAK Ömer Faruk Yıldız

BASKI ACK Ajans
Mahmutbey Mah. Taşocağı Yolu Cad.
Ağaoğlu 212 Myoffice No: 344
Bağcılar/İstanbul
Sertifika No: 53569

WAEL B. HALLAQ

Ahlâkî Yönetimsellik

Şeriat, Anayasa ve Ulus Devlet

DERLEYENLER

Abdullah Enes Mollaoğlu

Tuğrul Kütükcü

İçindekiler

ÖNSÖZ 7

ŞERİAT NEDİR? 9

KUR'ANÎ ANAYASACILIK VE AHLÂKÎ YÖNETİMSELLİK: İSLÂMÎ TOPLUM VE YÖNETİMİN KURUCU İLKELERİ ÜZERİNE İLAVE NOTLAR 63

HUKUKÎ OTORİTEYE KARŞI DEVLET GÜCÜ: MODERN İSLÂM'IN YASAL KRİZLERİ 125

KUR'ANÎ MAGNA CARTA: İSLÂM DİYARINDA HUKUKUN ÜSTÜNLÜĞÜNÜN KÖKENLERİ ÜZERİNE 147

ŞÂFİÎ İSLÂM HUKUK İLMİNİN BAŞ MİMARI MIYDI? 173

USÛLÜ'L-FIKH VE ŞÂFİÎ'NİN *RİSÂLE*'SİNİN YENİDEN DEĞERLENDİRİLMESİ 205

DİZİN 297

ÖNSÖZ

Bu makale derlemesinin Türkçeye çevrildiğini görmek beni oldukça mutlu etti. Bu kitap, Türkçeye çevrilen çalışmalarıma altı önemli makale daha eklemektedir.

Bu derlemedeki makalelerin tümü, her çalışma gibi, neredeyse benzersiz bir arka plan ve bağlama sahiptir. "Şeriat Nedir?" başlıklı ilk makale, şeriatın temel özelliklerine ve bu hukukî ve kültürel sistemi incelemenin ne anlama geldiğine dair küllî bir bakış açısı sunmaktadır. Makale, 2009 yılında Cambridge University Press tarafından yayımlanan *Sharia: Theory, Practice, Transformations* [Şeriat: Kuram, Uygulama ve Değişimler] adlı hacimli kitabımı tamamladıktan sonra yazılmıştır. Başka bir deyişle bu makale, şeriatın tüm söylemsel alanı üzerine bir tür *post hoc* tefekkürdür. Bu derlemedeki üçüncü makale de büyük ölçüde hukuk ve hukukçular tarafından yönetilen bir sistem ile modern devlet ve onun siyasî teknolojisi tarafından yönetilen bir sistem arasındaki farka dair anlayışımı sentezlemektedir. Mahdut bir anlamda bu makale, *İmkânsız Devlet*'i ortaya çıkaran araştırmamın başlangıcı, embriyosuydu -elbette kitap farklı ve daha karmaşık yönlere doğru ilerledi. İkinci makale, oryantalizmin hicri birinci yüzyılda şeriat sisteminin oluşumunda Kur'an'ın rolünü neden marjinalleştirdiği üzerine uzun süren bir düşünme faaliyetinden sonra zihnimde belirdi; bu

araştırma projesini "Groundwork of the Moral Law: A New Look at the Qur'an and the Genesis of Sharia," *Islamic Law and Society*, 2011, s. 239-79"* başlığıyla yayımlamıştım. Dolayısıyla burada tercüme edilen makale, bu derlemedeki dördüncü makale olan "Kur'anî Magna Carta"ya kaynaklık eden bir anayasa incelemesidir.

Son olarak bu kitap, aralarındaki zaman farkına rağmen bir süreklilik teşkil eden iki makaleyi ilk kez bir araya getirmektedir. 1993 yılında Şâfiî üzerine yazılan makale, bu alanda uzun süren bir tartışma başlattı. Makalenin öne sürdüğü teze yönelik eleştirilerin yanlışlığını -bu yanlışların sürekli bir şekilde artış göstermesinden bahsetmiyorum bile- fark ederek bu yanlış eleştirileri tashih etmeyi ve tezimi genişletmeyi amaçlayan bir reddiye yazmaya karar verdim. Dolayısıyla bu iki makale tek bir bütün olarak okunmalıdır.

Nihayet, bu makalelerin çoğunun çevirisini üstlenen ve bu kitapta derleyen Abdullah Enes Mollaoğlu ve Tuğrul Kütükcü'ye teşekkürü bir borç bilirim. Bu kitapla birlikte Türk okuyucuların makalelerimde bazı açılımlar bulacağını umuyorum.

WAEL HALLAQ

New York - 3 Ocak 2023

* Bu makale Hacer Yetkin tarafından "Ahlâkî Hukukun Temeli: Kur'an'a ve Şer'î Hukukun Ortaya Çıkışına Yeni Bir Bakış" ismiyle çevrilmiş olup, Wael B. Hallaq'ın *Hukukun Ahlâkî Boyutu: İslâm Hukuk Düşüncesi Üzerine* (Pınar Yayınları, İstanbul, 2020) isimli kitabında yer almaktadır. [çev.]

ŞERİAT NEDİR?*

1. Giriş: Kavramsal Zorluklar

Ötekinin tarihini yazarken, son derece epistemik ve belki de çözülmez bir dilbilimsel (*linguistic*) temsil sorunuyla karşılaşırız. Bu sorun, Nietzsche'nin "dil yasası" (*legislation of language*) olarak adlandırdığı temel ikilemin bir türevidir. Bu yasa, "bir kelimenin az çok benzer, sayısız duruma uyması gereken bir kavram hâline geldiği ilk hakikat yasalarını oluşturur, ki bu durumlar asla eşit değildir ve dolayısıyla bütünüyle farklıdır."[1] Mezkûr yasa, hiç kuşkusuz, hakikatin "sabit, kanonik ve bağlayıcı" olarak kabul edilen "metaforlar, metonimler ve antropomorfizmler" aracılığıyla yasalaştırılması anlamına gelmektedir; oysa bizzat hakikatler, "sabit bir mutabakata göre yalan söyleme görevini" yansıtan "meta-

* Bu makale 12 Mart 2007 tarihinde düzenlenen Coulson'u Anma Konferansı'na dayanmaktadır.
Bu makale daha önce İngilizce olarak yayımlanmıştır: "What is Sharia?" *Yearbook of Islamic and Middle Eastern Law*, 2005–2006, c. 12 (Leiden: Brill Academic Publishers, 2007): 151-80. [çev.]

1 Nietzsche, F., "On Truth and Lies in a Nonmoral Sense", içinde *Philosophy and Truth: Selections from Nietzsche's Notebooks of the Early 1870's*, çev. D. Breazeale (New Jersey: Humanities Press, 1979), 81,83.

forlardır".[2] O hâlde ikilem, "her kelimenin bir önyargı olduğu"[3] gerçeğinde yatmaktadır.

Dilimiz (bu hususi durumda, açıkça yirmi birinci yüzyıl İngilizcesi) türevsel açıdan sürekli değişen modern kavramlar, modern kategoriler ve öncelikle modern durumun nominal temsilinin ortak ama yapılandırılmış deposu olduğu için, şeriatın ve tarihinin geniş kapsamı karşısında neredeyse çaresiz bir şekilde durmaktayız. Dilimiz, (Britanya Hindistan'ında dâhil) hiçbiri İngilizce olmayan farklı dilleri konuşan bu tarihin bir temsilini üretme çabamızda bizi başarısızlığa uğratıyor. Ancak dilimiz aynı zamanda kendisini; kavramsal, epistemik, ahlâkî, sosyal, kültürel ve kurumsal olarak moderniteyi ve onun Batı dilbilim kültürlerini üreten maddi olan ve olmayan kültürlerden tamamen farklı biçim ve şekillerde ifade etmiştir.

Sözgelimi hukuk alanındaki en merkezî kavram olan terimi, yani "hukuk"un kendisini ele alalım. Muhtemelen bu terimle ilgili kültürel ve kavramsal belirsizlikler (bildiğim kadarıyla hukukî Oryantalizm tarafından sorunsallaştırılmak bir yana, hiçbir zaman tanımlanmamıştır), bizzat modernist bir yaratım olan sözüm ona "İslâm hukuku"nun en önemli özelliklerinin kapsamlı ve sistematik bir şekilde yanlış anlaşılmasından sorumludur. "İslâm hukuku"na Avrupa'dan bir asrı aşkın süredir bakıldığında ancak hayal kırıklığı yaşatabilir ve gerçekten de yaşatmıştır. O, Avrupa hukukunun herhangi bir türüyle asla karşılaştırılamazdı. Etkisiz, verimsiz hatta kifayetsizdi. Erken bir aşamada kendisini "devlet ve toplumdan" "ayıran" "İslâm hukuku"nun genellikle ahvâl-i şahsiyye için geçerli olduğu düşünülüyordu.[4] İslâm ceza hukuku burleskten (*burlesque*) biraz

2 Nietzsche, F., "On Truth and Lies in a Nonmoral Sense" 84.

3 Nietzsche, F., *Human, All Too Human*, çev. R.J. Hollingdale (Cambridge: Cambridge University Press, 1996), 323.

4 Bu basmakalıp fikirler, yakın tarihte yapılmış çalışmalarda dahi inatçı bir şekilde devam etmektedir. Örnek olarak şu çalışmadaki tasvire bk. Collins, Daniel, "Islamisation of Pakistani Law: A Historical Perspective", *Stanford Journal of International Law* 24 (1988-1987): 511–584. 511-522'de.

daha fazlasıydı, "hiçbir zaman çok da pratik bir öneme sahip olmadı" ve aslında düpedüz "nâkıstı".[5] Elbette bunların çoğu, şeriatı kurutmak ve yerine Batılı kanun ve kurumları koymak için kümülatif fakat programlı bir şekilde tasarlanmış sömürgeci bir söylem ve güçlü bir doktrindi. Ancak buradaki dilbilim marjinalleştirilmemelidir, çünkü kavramlar dil tarafından tanımlanıyorsa, bu durumda dil, sadece kavramları sınırlayan değil -ki bu hatırı sayılır bir başarıdır- aynı zamanda onları kontrol eden bir çerçevedir. Bunun en önemli kanıtı, "İslâm hukuku"nu bilmeyenlere tanıtmak için sıklıkla kullanılan, onun hukuk ve ahlâk arasında ayrım yapmadığı şeklindeki rutin ve yaygın ifadedir. Hukuk ve ahlâk arasındaki ayrımın yokluğu belirgin bir sorumluluk hâline gelir, çünkü herhangi bir hukuktan bahsettiğimizde, paradigmatik ve normatif duruşumuz, bu hukukun "bizim" yüce modelimiz olduğunu düşündüğümüz şeyle ölçülmesini gerekli kılar. Dil ve kavramsal türetimi açısından bakıldığında şeriatın ahlâkî boyutu, bu hukuku etkisiz ve katı hâle getiren nedenlerden biri olarak görüldüğü için ciddiye alınmamıştır. Şeriatta bu şekilde yer alan ahlâk, onu sosyal ve siyasî gerçekliklerin dağınıklığından ve düzensizliğinden uzaklaştıran ideal bir unsur ortaya koymaktadır. Bu nedenle ahlâkın kaderi retorik olmaktan öteye gidememektedir. Ahlâkın hukuktaki olumsuz etkileri, son çalışmalarda[6] uygulanmasıyla aydınlatıcı etkiler ortaya koyan analize konu yapılmak yerine, yalnızca ağıt yakmaya neden olmaktadır. Öyle görünüyor ki İslâm hukukunun hukuk ve ahlâk arasında ayrım yapmadaki farazî "başarısızlığı", bu hukuku; etkili, toplumsal temelli, sosyal olarak gömülü, kendisine oldukça gönüllü bir itaat kazandıran aşağıdan yukarıya kontrol

5 Bu sözler, İslâm'ın ceza hukuku konusunda en önde gelen akademisyenlerden biri olan U. Heyd'e aittir. Onun şu eserine bk. Heyd, Uriel, *Studies in Old Ottoman Criminal Law*, ed. V.L. Ménage (Oxford: Clarendon Press, 1973), 1.

6 Bk. Peirce, Leslie, *Morality Tales: Law and Gender in the Ottoman Court of Aintab* (Berkeley: University of California Press, 2003); Würth, Anna, "A San'a Court: The Family and the Ability to Negotiate", *Islamic Law and Society* 2, sayı: 3 (1995): 320-340.

yöntemleriyle donatmaktan başka bir işe yaramamış ve -diğer bir netice olarak da- onu Roma İmparatorluğu'nun çöküşünden bu yana Avrupa'nın ortaya koyduğu herhangi bir kilise veya imparatorluk hukukundan daha az zorlayıcı kılmıştır. Dolayısıyla hukuk kelimesinin kullanımı *a priori* olarak sorunludur; zira bu kelimeyi kullanmak, ulus-devlet hukukunun kavramsal özgüllüğüyle doldurulmuş kavramları İslâm'ın hukuk kültürüne yansıtmak -hatta dayatmak- anlamına gelir. Ulus devlet hukukunun mezkûr kavramları ise İslâm'ın hukukî formlarıyla karşılaştırıldığında, belirleyici ahlâkî buyruktan *yoksun* (bu duruma tersinden de bakmaya[7] çalışın) cezalandırıcı ve gözetim odaklı bir hukuktur. "Hukuk" teriminin, şeriatın neyi temsil ettiğini ve ne anlama geldiğini yansıtabilmesi için o kadar çok ekleme, çıkarma ve niteleme yapmamız gerekir ki, böyle yaparak şeriat terimini büyük ölçüde -hatta tamamen- yararsız hâle getirmiş oluruz. Burada vurgulamak istediğim bu dilbilimsel çıkmaz, "şeriat" yerine İslâm hukuku terimini kullanmakla hiçbir şekilde azalmaz; çünkü İslâm hukuku kelimesi de aynı derecede, hatta katbekat daha da sorunlu hale getirici yeni bir Nietzscheci "yasaya" maruz kalmıştır.

Bu terminolojik ve kavramsal laf cambazlığında geniş bir dil dizisi suçludur, ki bu dizi genellikle fevkalade ideolojik olan belli belirsiz (*liminal*) anlamlarla aşırı bir şekilde yüklü görünmektedir. Örneğin, Müslüman dünyada doğrudan ve dolaylı Avrupa hâkimiyeti yoluyla gerçekleştirilen hukukî dönüşümleri tanımlayan yaygın terime bakalım. Bu dönüşümler için tercih edilen terim "reform"dur ve bu terim, şeriatın doğası gereği düzeltilmesi ve modernleştirilmesi gereken eksiklikler içerdiğini varsayan iyi ifade edilmiş bir siyasî ve ideolojik pozisyonu çağrıştırmaktadır. Böylece "reform", sadece modern öncesinden moderne geçişi açık bir şekilde ima etmekle kalmıyor, aynı zamanda bütün bir

7 Yani İslâm ve İslâm hukukuna (örneğin "İslâm hukuku genel bir akit teorisine sahip değildir!" veya "İslâm hukuku, hukuk ile ahlâk arasında ayrım yapmaz!" gibi) uzun bir eksiklik listesi atfeden oldukça yaygın Oryantalist dili tersinden okuyun.

tarih ve hukuk kültürü hakkında daimi olarak eksik ve bu nedenle de yerinden edilmeyi ve -bundan aşağı kalmamak üzere- sırasıyla hafızadan ve maddi dünyadan silinmeyi hak eden itiraz edilemez bir hüküm içeriyor. Eğer -bir akademik girişim alanı olarak- "reform" çalışmaları, bu ideolojik çağrışımların girdabına çekiliyorsa, o zaman akademik yörünge ve gündemin önceden belirlenmiş olduğu rahatlıkla söylenebilir. Bu durumda yapılması gereken tek şey, şeriat tebaasını, zorba hukuk geçmişlerinin despotizminden kurtarmak ve onları modernite ve demokrasi yoluna sokmak için "reform"un -Batı'dan aldığı ilhamla- paraşütle nasıl indirildiğini göstermektir. "Reform"u şeriat tarihinin en son aşaması olarak görmek, bu tarihi, organik ve yapısal olarak düzenlenmiş teleolojik bir anlatı olarak görmek anlamına gelir; ki bu anlatının, şeriat tarihine en başından beri önceden belirlenmiş -tabiri caizse- bir dramaya belirli bir kapanış veya son üretmekten başka bir seçeneği yoktu. O hâlde modern öncesi şeriatın, hakiki bir soyağacına ve mekânsal-zamansal bir sürekliliğe sahip olmayan ölü bir geçmişin kalıntısı olarak incelenmesi haricinde tarafsız bir şekilde ele alınması mümkün değildir.

"Dil yasası"nda, kalıcı ve her yerde hâzır ve nâzır bulunan "dinî" (*religious*) sıfatı da az suçlu değildir, ki bu sıfat, "İslâm hukuku" tamlamasından ayrılamaz olmakla kalmayıp aynı zamanda kendi dilbilimsel yapısında da müsellem (*apodiktik*) ve semantik olarak mevcuttur. "İslâm hukuku" neredeyse hiçbir zaman bir coğrafyayı ya da maddi-kurumsal bir kültürü değil, aksine bir dini, bir dinî kültürü, bir dinî hukuku, bir dinî medeniyeti ya da bir irrasyonelliği (dolayısıyla bu hukukun varsayılan irrasyonel doğasını) ifade eder. Nitekim dilbilimsel gerektirim kurallarına göre "dinî" (*religious*) kelimesi, rasyonalizm ve daha açık bir ifadeyle sekülerizm gibi kavramların zıttı olarak ortaya çıkar. Başka bir deyişle, "dinî" (*religious*) kelimesinin söylenişi tam da seküler ve rasyonel olanın yokluğuna işaret eder. Bu öze

dayalı ancak dil odaklı "İslâm hukuku" anlayışıyla, onun dinî, irrasyonel ve gayri seküler "doğası"na vurgu yapılmaya devam edilecek; buna karşın "İslâm hukuku"nun sosyal bağlamlarda nasıl işlediği ve dinselliğinin üretimi, tatbikatı ve iktibasına dâhil olan aktörler için pratikte ne anlama geldiği konusu üzerinde çok daha az durulacaktır. Özellikle de hukukla iç içe geçtiği görüldüğünde (ki bu Avro-Amerikan hukukçular nezdinde bir aforoz sebebidir) dine karşı duyulan tiksinti, hukukî bir biçim olarak ahlâkın rolünün doğru bir şekilde kavranmasını engeller, bu ise mezkûr tiksintinin etkilerinden sadece biridir. Din ve onun ahlâkı karşısında önceden belirlenmiş böylesine bir duruş, aslında apaçık olan şeyi açıklanamaz hâle getirir. Modern kapitalizmin mantığı ve kültürü, modern öncesi âlemde ahlâkî olanın merkeziliğini kırma eğilimindedir. Nitekim tarihsel kanıtlar, "rasyonel olmayan" kapitalizm öncesi alt düzey maddi kültür için anlamlı olana değil, bizim için anlamlı olana uygun şekilde şekillendirilmelidir. Dinî olana -yani bu durumda en azından Müslüman toplumlarda İslâmî olana- karşı kökleşmiş bir tiksinti, hukukî alan içerisindeki ahlâkî gücün -hukukî açıdan- sükûtu anlamına gelir. Teistik teleoloji, eskatoloji, sosyal olarak temellendirilmiş ahlâkî kazanç, statü ve benzer türdeki diğer pek çok kavram, tercih ettiğimiz, ancak belirgin bir şekilde modern değer sistemlerimiz içinde daha anlaşılır olan diğer açıklamalar lehine önemi azaltılır -hatta tamamen bir kenara bırakır. Tarih, bizim "yasalaştırılmış" terimlerimize göre yazılır, oysa teoride hiç kimse tarih yazımının zorunluluklarına tabi kılınması gerekenin bizim terimlerimiz olduğunu inkâr etmez. Zaten teori de tam olarak bu yüzden vardır.

Bu sınırlayıcı faktörleri akılda tutarak, temel kavram olan "şeriat"a dönelim. Şeriatın yenilenmiş bir önem kazandığını söylemek malumun ilâmıdır, ancak bu aynı zamanda önceki paragraflarda dikkat çektiğimiz kavramsal-dilbilimsel yanılgıya düşmek anlamına gelir. Burada beni ilgilendi-

ren, şeriatın yenilenmiş öneminin teyit edilmesiyle birlikte, tam da bu ifadenin kullanımında yer alan safsatadır.

Batılı akademisyenlerin son dönemlerde şeriata olan ilgisinde görülen artış, Müslüman topraklar sathında güçlü bir siyasî aktivizmin yükselişini yansıtmaktadır; ne var ki bu aktivizm, ideolojik platformunu şeriatın yeniden tesis edilmesine yönelik dinî-hukukî arzuya dayandırmaktadır. Müslüman dünyanın dört bir yanından gelen çok sayıda istatistik ve veri, şeriatın şu ya da bu şekilde uygulanmasını destekleyen büyük bir çoğunluk olduğunu göstermektedir; bu verilerin hiçbiri [talep edilen şeriatın] yapısı, özelliği, tanımı veya karakteri açısından asla net değildir. Aslında bugün şeriatın ne olduğuna ve neye benzemesi gerektiğine dair tek bir sistematik açıklama bulunmamaktadır. Bu tanımsal belirsizlik, Ontario Eyaleti'nde şeriat mahkemelerinin kurulmasına ilişkin Kanadalı Müslümanlar arasında yaşanan şiddetli tartışmada aşikâr hâle gelmiştir. Tartışmaya dâhil olanlar, savunulan ya da karşı çıkılan şeriatın ne olduğundan bihaber görünüyordu. Tüm belirtilere göre, ihtilafın her iki tarafının da -eğer varsa- başlıca referansı, hukuk el kitaplarında ve şerh-haşiye külliyatlarında belirtilen mezheplerin *fıkh*ı idi. Bazıları bu referansa, başta Pakistan olmak üzere kimi Müslüman ülkelerde benimsenen ahvâl-i şahsiyyeye ilişkin İslâmî(leştirilmiş) yasamayı da dâhil etmek istiyor gibi görünüyordu. Kanunun metinsel yapısı, yani onun bilinme ve metinlerden belirlenme kapasitesi, sanırım bazı Britanyalı Müslümanların şeriatın İngiltere ve Avrupa'da hatta Kuzey Amerika, Avustralya ve muhtemelen Müslüman olmayan dünyanın geri kalanında tatbik edilmesi çağrısının alamet-i farikasıdır. Müslüman dünyasındaki bazı reformcular, modern öncesindeki muadillerine -şayet mevcutsa- çok az benzerlik gösteren temel kavramların benimsenmesini savunarak bu canlanma için yeni bir

teorik dayanak önerdiler.[8] Ancak bu reformistler -son derece metinsel olan- salt teorik yapıları bir yana, ne projeyi gerçekleştirme yöntemlerini ne de bu projenin uygulanması için gerekli olan sosyal, siyasî, ahlâkî, ekonomik ve kültürel parametreleri ortaya koymuşlardır. Bununla birlikte, neredeyse tüm siyasî platformları temsil eden müelliflerin çoğu, tarihsel açıdan şeriat olarak gördükleri şeyin ya da modernize edilmiş bir versiyonunun yeniden canlandırılmasını istiyor gibi görünmektedir; ancak bizzat bu versiyon hiçbir zaman detaylandırılmamış ve hatta tanımlanmamıştır. Bu tür isteklerde dikkat çekici husus, şeriatın birçok versiyonuna rağmen bu kişilerin, nesnel bilgi konusunda ciddi iddiada bulunan bir modern öncesi şeriat algısına sahip görünmeleridir. *Fıkıh* tarafından belirlenen belirli bir uygulamanın gerçekten var olduğu farz edilir, dolayısıyla artık bu uygulamayı (pek çok kişinin önerdiği gibi) sadece modern dünyanın gereksinimlerini karşılayacak kadar değiştirerek yeniden tesis etmekten başka bir şeye gerek duyulmamaktadır. Tarihsel uygulamanın, metin-olarak-hukuktan öte bir şey olduğunu bu kişiler tasavvur bile edemez. Çok az kişi şeriatı; sosyal, ahlâkî veya maddi bir olayın (dava şeklinde okuyun) karmaşık bir alana dönüştüğü bir hukukî fenomenin antropolojik açıklaması olarak görecektir, ki burada metin olarak hukuk, gelenek ve sosyal âdetlerle birleşerek, çatışmaya aracılık eden ve bu aracılık sürecinde yasal metnin katı talepleriyle resmî hukuksal bağlantısını kaybeden organik bir sosyo-hukukî ilişkiye dönüşür.

Bu makalenin temel iddiası, şeriatın kavramsal kategorisinin modern kullanımlarının tam da modern olduğu, yani modernitenin geçmişin ideolojik bir araca dönüştürülmesini sağladığı ölçüde bu tür kullanımların da -gerçeklik ne

8 Bu hususa radikal bir örnek, görüşleri entelektüel açıdan etkileyici olsa da pek de iyi karşılanmayan Muhammed Şahrur'dur. Önerdiği reformun bir özeti için bk. Hallaq, Wael B., *History of Islamic Legal Theories* (Cambridge: Cambridge University Press, 1997), 245-54; Şahrur'un daha genel düşünceleri için bk. Eickelman, Dale, "Islamic Liberalism Strikes Back", *Middle East Studies Association Bulletin*, 163-168, sayı: 27 (1993): 1-38.

olursa olsun- geçmişin gerçekliğinden uzaklaştığıdır. Zira modernitenin belirleyici ve hükmedici müdahalesinin olmadığı yerde tarih de yoktur; dolayısıyla ontolojik açıdan modernite koşulundan bağımsız bir tarih tasavvuru düşünülemez.

II- Şeriatın Sosyo-Ahlâkî Temelleri

Peki, burada modern olmayan muadilinin bir mecazını oluşturduğunu varsaydığımız bu modern şeriat algısı nedir? Özellikle buradaki iddiamız, mevcut hâliyle şeriatın metinselleştirilmiş (*entexted*) bir varlık olarak karakterize edildiğidir. Şöyle ki -son iki yüzyıl boyunca- şeriat, dünyevî bir kurum ve kültürden bir metinselliğe dönüştürülmüştür; ki bu da şeriatın sadece modern öncesindeki organik yapı ile onun metinselleştirilmiş versiyonu arasındaki tenzîlî farklılığını (*subtracted differential*) yansıtmakla kalmaz, aynı zamanda modern öncesi muadilinde bilinmeyen bir siyasette metinselleştirilmiş olma özelliğine de dikkat çeker. Yani, canlı bir kalıntıdan ibaret olan metinselleştirilmiş biçim dahi öylesine eşsiz modern şekillerde işlev göstermektedir ki bu da kalıntıyı işlev ve içerik bakımından olası herhangi bir soykütüksel muadiline yabancı kılmaktadır.

Şeriatın esasen sosyal ve siyasî düzenlerin epistemik yapılarına nüfuz eden karmaşık bir dizi sosyal, ekonomik, kültürel ve ahlâkî ilişkiyi temsil ettiğini ifade etmek mübalağa olmaz. Bu, ilişkilerin birbirleriyle kesiştiği, birbirleri üzerinde etkili olduğu ve birbirlerini sayısız şekilde etkilediği söylemsel bir uygulamaydı (Bununla birlikte bu uygulamanın *belirli* bölgelerde *tam olarak* nasıl gerçekleştiğine ilişkin, çok sayıda mikro çalışmaya ihtiyaç duyulmaktadır). Bu söylemsel pratik, birbiri üzerinde çalışan, birbirine direnen ve/veya birbirini geliştiren kurumları içeriyordu; yazmayı, çalışmayı, öğretmeyi ve belgelemeyi içeriyordu; "hukuk"[9] adına siyasî bir temsil ihtiva etmesinin yanı sıra politik ve baş-

9 Yine oldukça problemli bir kavram.

kaca suistimallere karşı bir direniş stratejisi de içeriyordu; kültürel kategorilerin *fıkıh*, hukukî prosedür, ahlâkî kurallar ve daha pek çok şeyle iç içe geçtiği hukuk pratiğinin kültürel bir yorumunu içeriyordu; hukukun kendi işleyişinde mutlaka ön koşul olarak gerektirdiği derin bir ahlâkî topluluğu içeriyordu, zira malumdur ki bizzat şeriat, muhataplarının ve alıcılarının başından beri ahlâkî topluluklar olduğu öngörüsü üzerine inşa edilmiştir; hukukçuların ve hukuk mesleği mensuplarının bir yandan tarihçi, mütekellim, edebiyatçı ve şair (hatta kimyacı, fizikçi ya da gökbilimci) gibi eğitimci, "müellif" ve düşünür olduğu, diğer yandan da kimi zaman siyasî hakikat ve ideolojiyi yaratan ya da yaratılmasına yardımcı olan, kimi zaman da iktidarı kendi hakikatiyle yüzleştiren karmaşık bir dizi ilişkinin kurulmasına katkıda bulunan mütefekkirlerin olduğu bir entelektüel sistemi içeriyordu; zorunlu olarak tüm "sınıfları" ve sosyal tabakaları kapsayan maddi ve kültürel hayatın sürdürülme aracı olan tarımsal ve ticari ekonomilerin tanzimini de içeriyordu; derûnî manevi yaşamları ve ilişkileri hukuk ile günlük temas hâlinde olan nüfusun dünya görüşünü büyük ölçüde renklendiren ve yönlendiren teolojik bir alt tabaka içeriyordu. Teolojik alt tabaka; dünyevî olarak mistik, ezoterik olarak panteistik ve "rasyonel olarak" felsefî olanı kapsıyordu ve bu nedenle içerisinde yaşadığı ve faaliyette bulunduğu daha geniş manevi ve entelektüel düzenler ile şeriat arasında karmaşık ilişkiler yarattı. Binaenaleyh şeriat, işlevi itibarıyla yalnızca toplumsal ilişkileri düzenlemek ve anlaşmazlıkları çözmek olan bir yargı sistemi ve hukukî bir doktrin değil, aynı zamanda diğer pek çok şeyin yanı sıra dikey ve yatay, yapısal ve doğrusal, ekonomik ve toplumsal, ahlâkî ve etik, entelektüel ve manevi, epistemik ve kültürel, metinsel ve şiirsel yollarla kendisini yapısal ve organik olarak etrafındaki dünyaya bağlayan söylemsel bir uygulamaydı.

Mamafih şeriat, mezkûr ilişkilerin toplamı olmakla birlikte, kendisini modern hukuktan başka ve ziyadesiyle farklı

bir yolla da tefrik etmiştir; yani şeriat, ilk etapta hizmet etmeye geldiği toplumsal düzenden kaynaklanmış ve bu düzen içinde kendini geliştirmiştir. Şeriat metinsel ve teknik açıklamalarında ister istemez elitist bir mizaca sahip olsa da içerisinde elitist olan çok az şey vardı. Şeriatın vazifedarları tüm sosyal katmanlardan gelmesinin yanı sıra toplumsal ve popüler alanlarda faaliyet gösterip görev de yapıyordu. Cami avlusu aynı anda hem kâdının mahkemesi hem müderrisin sınıfı hem de müftünün meclisiydi; avlunun olmadığı durumlarda ise pazar yeri ya da hususi bir ikametgâh bu işlevi görmekteydi. Resmî bir meseleyi halletmek zorunda kalmadıkça girilmeyen modern devlet dairesinin (ki zaten başka bir işlevi de yoktur) aksine; cami, pazar yeri ve mesken (*residential home*), değişen koşullara göre çok sayıdaki başka sosyal ve dinî-toplumsal işlevlere hizmet ediyordu. Hukukî olanın toplumsal ve dinî olanla kesişmesi halkçılık (*populism*) ve cemiyetçiliğin (*communitarianism*) bir göstergesiydi.

Toplumsal düzenin tüm yelpazesinde nadiren bu kadar yaygın olduğu görülen hukuk bilgisi de halkçılık ve cemiyetçiliğin bir göstergesiydi. Öncelikle, hukuk eğitimi resmî alana ait olmayıp meraklı tüm bireyler için erişilebilir bir nitelikteydi. Hukuk eğitiminin verildiği *halaka*'ya [yani halkaya] kabul için resmî başvuru, sınav ya da herhangi bir kurumsal onay gerekmiyordu. Bu durum meraklı ve ilgili herkesin "ders halkasına katılmasına" izin veriyor ve böylelikle hukuk bilgisinin profesyonel olmayanlar arasında da bir dereceye kadar yayılmasına katkıda bulunuyordu. Dinî konularda konuşan ve Cuma hutbeleri veren mahalle imamları, hukukun yaygınlaşmasına aracı olurken, bir hukuk mesleği yapmak isteyen çok sayıda öğrenci de benzer bir rol üstleniyordu. Ücret karşılığında hukukî belgeleri hazırlayan hususî bir âlim olan noter (*şurutî*) de Müslüman kasaba ve şehirlerin neredeyse her köşesinde ve sokağında danışmanlık ve uz-

manlık hizmeti sağlıyordu.[10] Ancak hukuk bilgisinin kitleler arasında yayılmasına belki de herkesten daha fazla katkıda bulunan kişiler müftülerdi. Küçük uzmanlardan büyük hukuk bilginlerine kadar uzanan bir sınıftan müteşekkil olan müftüler, ücretsiz veya ücretsiz denebilecek bir miktar karşılığı kitleler tarafından rutin olarak erişilebilir bir durumda idiler.[11] Şeriat ve bir dereceye kadar tasavvuf, girdiği tüm bölgelerdeki kültürlere paradigmatik kültürel bilgi statüsü kazandırarak bu bölgeleri önemli ölçüde şekillendirdiler. Değişken versiyonlarıyla şeriat, yerel gelenek ve uygulamalarla iç içe geçmiş bir yaşam biçimiydi.

Fıkıh doktriner düzeyde yol gösterici ve destekleyici olmuş, ancak kendisini toplumsal ahlâkın üzerinde konumlandırmamıştır. -İşlevinin doğası gereği- *kâdı*, kendi sosyal ve ahlâkî âleminin dolaysız bir ürünü olduğundan, *fıkh*ın aracısı ve bu aracılık vasıtasıyla toplumsal uyumun gerekliliklerine hizmet etmesini sağlayacak yorumlayıcı bir aygıt olarak inşa edilmişti. Prosedürel olarak da mahkemenin çalışmaları, doğrudan toplumsal pratiğin yerel sahasından türeyen, kapitalizm öncesi ve bürokratik olmayan bir dürüstlük ve ahlâkî doğruluğun toplumsal inşalarına hitap ediyordu. Böylelikle şeref, dürüstlük, hayâ ve dinî-sosyal erdem gibi ortak toplumsal değerler, *fıkh*ın öngörüleriyle hâsıl olan diyalektiğin bir parçası olarak mahkemenin alanına girmiştir.

Mahkemedeki sosyal bağlantı sahibi tek yetkili *kâdı* değildi. Başta şahitler ve mahkeme müfettişleri olmak üzere, diğer tüm görevliler de aynı sosyal ve ahlâkî ortamı payla-

10 Hallaq, Wael B., "Model *Shurut* Works and the Dialectic of Doctrine and Practice", *Islamic Law and Society* 2, sayı: 2 (1995): 109-34; Ayrıca bk. Tyan, Emile, "Le notariat et le régime de la preuve par écrit dans la pratique du droit musulman", *Annales de la Faculté de Droit et des Sciences Économiques de Beyrouth* 2 (1972): 1-91.

11 Bu "ücretsiz hukukî danışmanlık", İslâmî adalet hakkında diğer yorumları olumsuz olan Hindistan'daki erken sömürgeci subaylar tarafından zikredilmiştir. Strawson, John, "Islamic Law and English Texts", *Law and Critique* 6, sayı: 1 (1995): 34, ve aşağıda 36. dipnota bk.

şıyordu. Mahkemenin işlerinin çoğu sadece olayların değil, aynı zamanda ve belki daha da önemlisi, davaya veya belirli bir olaylar dizisine dâhil olan kişilerin dürüstlüğü ve doğruluğunun araştırılmasıyla ilgiliydi. *Kâdı*nın mahkemeye şahit seçerken öncelikli kaygısının ahlâkî dürüstlük niteliğine yönelik olması gibi, bu şahitlerin kaygısı da davaya dâhil olan kişilerin ahlâkî değerini incelemekti. Mevcut gelenekler, ahlâkî değerler ve sosyal bağlar hakkında mahallî bilgiye sahip olunmadığı takdirde şahitlerin işlevi imkânsız hâle gelirdi. İmkânsız hâle gelirdi, zira bu durum, sadece başkaları hakkında bilgi yetersizliği ve eksikliğine neden olmakla kalmaz, daha da önemlisi, bizzat -yargılamanın temelini oluşturan- şahitlerin güvenilirliğinin hem test edilebilir hem de kanıtlanabilir oluşunun ortadan kalkmasına neden olur. Dürüstlük ve güvenilirlik -ki bunlar şahitliğin temelleridir-, sosyal bağlara yapılan şahsî ahlâkî yatırımı teşkil eder. Yalan söylemek aslında bu bağları kaybetmek ve dolayısıyla toplumsal itibar, şeref ve hayatın sosyal yükümlülükler ağını üreten her şeyi kaybetmek anlamına gelir.

Bununla birlikte sosyal bağlantılı mahkemenin başka bir göstergesi, iki ya da daha fazla şahidin imzasını gerektiren mahkeme tutanaklarının delil niteliği taşıyacak şekilde tasdik edilmesiydi. Bu şahitlerden kimi mahkeme görevlileri, kimi davacıların akrabaları, kalanlarıysa muhtelif sebeplerle orada bulunan izleyicilerden başkası değildi.[12] Mahkeme tarafından tutulan ve ücretleri ödenen şahitler genellikle yüksek sosyal sınıflardan gelmelerine rağmen, bazıları önde gelen hukukçular ve taşranın nüfuzlu kimseleriydi; davacılara eşlik eden diğer şahitler ise daha geniş bir nüfus içindeki tüm sosyal sınıf yelpazesini, özellikle de alt tabakaları belirgin bir şekilde yansıtıyordu. Şahitlerin davayı özetleyen her tutanağın sonunda yer alan tasdikleri, toplu bir faaliyet olarak, mahkeme tarafından görülen davaların her birinde

12 Peirce, Leslie, *Morality Tales: Law and Gender in the Ottoman Court of Aintab*, 97; Marcus, Abraham, *The Middle East on the Eve of Modernity: Aleppo in the Eighteenth Century* (New York: Columbia University Press, 1989), 112.

mahkeme işlemlerini toplumsal açıdan onaylanmak ve denetlenmekle kalmıyor,[13] aynı zamanda güncel ve müstakbel kamuoyunun, davanın tarihine erişimini sağlayan bir toplumsal hafıza deposu anlamına da geliyordu.[14] Dolayısıyla bu şahitler birçok yönden mahkemenin işlerini denetleyen cemiyet müfettişleri olarak işlev görerek mahkeme prosedürlerinin ahlâkî bütünlüğünü sağlıyorlardı; tıpkı [cemiyet müfettişi sıfatıyla] mevkidaşları olan mahkemedeki hukuk uzmanlarının (*ehlü'l-ilm*) yürürlükteki hukukun sağlamlığını temin ettiği gibi.

Kâdılar ve şahitler gibi mahkeme kâtibi de yerel topluluğun daima vazgeçilmez bir üyesiydi ve kendisi de bir tür hukukçuydu. Toplumla olan bağları, mahkeme ile çevredeki halk arasında zaten güçlü olan bağlarını daha da güçlendirirdi. Kıdemli kâtiplerin kâdı vekili olarak görev yaptığı sık sık görülse de üstlenmiş olduğu rol gereği kâtip, mahkeme ile toplum arasındaki sosyal ve epistemik süreklilik ilişkilerini korumada gerçekten de etkili olmuştur. Bir bilim adamının isabetle belirttiği gibi: "Kâdılar ve kâtipler iş birliklerini sürdüren karşılıklı bir bağımlılık geliştirmiş gibi görünmektedir. Bu husus, daha düşük rütbeli kâdıların genellikle kâtiplerle benzer bir sosyal geçmişi paylaştıkları göz önüne alındığında daha da aşikâr olmaktadır."[15]

Dahası, hukukun ve mahkeme hizmetlerinin tüketicileri (*consumer*), ahlâkî âlemin sakinleriydi. Mahkemede dava açanların toplumsal açıdan güçsüz konumda bulundukları artık tartışma götürmez bir gerçektir. Dava açan bu kimseler; erkeklere karşı kadınlar, Müslümanlara karşı gayrimüslimler, ekonomik ve siyasî elitlere karşı ise halktan insanlardı. Davaların büyük çoğunluğunu kazanmala-

13 Marcus, Abraham, *The Middle East on the Eve of Modernity: Aleppo in the Eighteenth Century*, 112.

14 Hallaq, Wael B., "The Qadi's *Dīwan* (*Sijill*) before the Ottomans", *Bulletin of the School of Oriental and African Studies* 61, sayı: 3 (1998): 415-36.

15 Agmon, Iris, "Social Biography of a Late Ottoman Shari'a Judge", *New Perspectives on Turkey* 40 (2004): 106.

rı ve mahkemede haklarını savunacak kimseleri bulmaları da aynı şekilde olağan bir durumdu.[16] Kâdının huzuruna protokol olmaksızın çıkmışlar ve profesyonel arabuluculuk olmadan davalarını sunmuşlardır. Resmî dilden uzak, hatta intizamsız bir şekilde konuşmuşlar ve kapasitelerine göre her birinin kullanabileceği söylemsel ve retorik teknikleri kullanmışlardır. Bunu yapabilmeleri, İslâm adaletinin fevkalade bir hususiyetini tasdik etmektedir, yani bir hukuk kurumu olarak mahkeme ile hukukun tüketicileri arasında hiçbir uçurum yoktu, her ne kadar hukukun tüketicileri ekonomik olarak yoksul veya eğitim açısından dezavantajlı olsalar da durum böyleydi.

Mamafih, bu uçurumu ortadan kaldıran şey yalnızca mahkeme ve kâdıların sahip oldukları erdem değildi, zira mahkemenin tüketicilerinin de hakkını eşit derecede teslim etmek gerekir. Mahkeme, toplumun ahlâkî âlemiyle bütünleştiği kadar, geleneksel Müslüman toplum da aynı derecede bir şer'î hukukî değerler sistemiyle bütünleşiktir. Bu durum hukuk mesleğinden çeşitli şekillerde uzaklaşmış olan modern toplumun tam aksinedir. Hukuk etiğini ve hukukî ahlâkı *yaşamış* olması bu toplumun belirgin bir özelliğiydi, çünkü mezkûr etik ve ahlâk, toplumsal pratiğin (*social praxis*) dinî esasâtını ve yasalarını oluşturuyordu. Modern öncesi Müslüman toplumlarda hukukun yaşayan ve yaşatılan bir gelenek olduğunu söylemek, olsa olsa malumu ilâm etmek olur.[17]

---

16 Gerber, Haim, *State, Society, and Law in Islam: Ottoman Law in Comparative Perspective* (Albany: State University of New York Press, 1994), 56-57, 139.

17 Bu bağlamda Schachtçı ekolün önemli bir tashihi yapılabilir. Schacht ve takipçileri, ikinci/sekizinci yüzyılda "yaşayan bir geleneğin" tarihselliğini kabul etmektedir; bu gelenek, bir yandan hukuk diğer yandan toplum ve siyaset arasında meydana gelen kopuşla birlikte ivme kaybetmiş ve yok olmuş gibi görünmektedir. Hukukun yaşayan ve yaşatılan bir gelenek olmaya devam ettiği ve toplumun bu geleneğin taşıyıcısı olduğu önermeleri, hiç düşünülmeden reddedilmiştir. İslâm'ın oluşum döneminden yüzyıllar sonra yaşayan ve yaşatılan geleneğin giderek artan bir güçle gelişmeye devam ettiği artık tartışılmaz bir gerçektir. Onun şu eserine bk. Schacht, Joseph, *The Origins of Muhammadan Jurisprudence* (Oxford: Clarendon Press, 1950).

Nitekim sosyal açıdan güçsüz kimseler, mahkemeye başvurmadan önce haklarının ne olduğunu biliyorlardı; bu husus, davacı sıfatıyla bulundukları davaların büyük çoğunluğunu neden kazandıklarını da açıklamaktadır.[18] Bu davacıların danışmanları farklı ve çetrefil bir dil konuşan avukatlar olmadıkları gibi dava açmayı ve hakların geri alınmasını dava edilen eşya kadar pahalı hâle getirecek fahiş ücretler talep eden üst sınıf uzmanlar da değildi. Aksine hukukun teknik ve daha zor hususlarında başvurdukları danışmanlar, büyük ölçüde ücretsiz hizmet veren müftülerdi, ki bu müftülerin görüşleri mahkeme tarafından oldukça ciddiye alınıyordu. Ancak, hukuk etiği ve hukuk bilgisinin toplumsal düzende yayılması kümülatif bir geleneğin işleviydi; bir nesilden diğerine aktarılan bu gelenek, her fırsatta hukuk öğrencilerinin, büyük ve küçük müftülerin ve imamların canlı katılımıyla ve kâdıların ve diğer bilgili kişilerin tanıdıklarını ziyaret ederken, sokakta yürürken veya pazarda alışveriş yaparken ara sıra verdikleri nasihatlerle geliştirildi. Böylelikle sıradan halk, mahkeme önüne çıktığında kâdı için ne kadar mükemmel derecede anlaşılır bir "hukukî" dil konuştularsa, kâdının yerel "ahlâkî" dili de onlar için o kadar anlaşılırdı.[19] *Fıkıh* ve toplumsal ahlâk, birbirinden biraz olsun ayrılabileceğini varsaysak, olsa olsa aynı madalyonun iki yüzü olurlardı; zira biri diğerinden besleniyor ve aynı zamanda onu ayakta tutuyordu. Hukukî olduğu kadar sosyal bir kurum olan Müslüman mahkemesi, hizmet ettiği ve merkezinde (*bosom*) faaliyet gösterdiği *ahlâkî topluluğun* bir mahsulüydü.

Hukuk ve kültür olarak şeriat; sosyal âlemde ve daha da önemlisi ahlâkî topluluk içinde şekillenen ve işleyen bir taban sisteminden, azalan bir hızla [tabandan] yukarıya doğ-

18 Marcus, Abraham, *The Middle East on the Eve of Modernity: Aleppo in the Eighteenth Century*, 111-113.

19 Örneğin Tahâvî'nin hukukî belgelerin (*şurût*) sıradan bir insan için erişilebilirliğine ilişkin yorumları için bk. Van Creveld, Martin, *The Function of Documents in Islamic Law* (Albany: State University of New York Press, 1972), 10-29.

ru ilerleyerek minimal "devletin" (şayet tırnak içerisindeki terim az da olsa kullanıma uygunsa) işleyiş tarzını (*modus operandi*) çeşitli düzey ve biçimlerde etkilemiştir. Hukukçular, hizmet ettikleri toplum ve kültürün içinden çıkmışlardı; ideoloji ve doktrin olarak hukuk da onların böyle olmalarını gerektiriyordu. Tatbik edildiği sosyal kademeden neşet etmiş olması, maddi ve hukukî bir sistem olarak şeriatın en çarpıcı özelliklerinden biridir. Şeriatın tam aksine modern ulus-devletin hukuku (her ne kadar demokratik olarak "halkın çıkarlarını" temsil etse de), merkezden aşağı doğru dayatma istikametinde seyreder; ulus-devletin hukuku önce devlet aygıtının kudretli iktidarları tarafından oluşturulur ve daha sonra -son derece yapılandırılmış ancak kasıtlı olarak alçalan bir hareketle- toplumsal düzenin bireylerine, yani ulusal vatandaşlar olarak denetim altına alınmış bireylere (ülkedeki ailelerin anne ve babaları, ekonomik olarak üretken aktörler, vergi mükellefleri, askerler vb.) tatbik edilir. Şeriatın hukukî ve kültürel normlarına göre işleyen bir toplumun büyük ölçüde kendi kendini yöneten bir toplum olduğu aşikâr bir hakikattir. Dolayısıyla kendi kendini yönetme, devletin yokluğunun bir göstergesidir, ki bu husus günümüzde ve asrımızda neredeyse tasavvur dâhil edilemeyecek bir durumdur. Devletin modern öncesi dönemde yokluğu ve modern dönemde tam aksi istikametteki arsızlığına daha sonra döneceğiz.

Şeriat; sosyal temelli, toplumsal ve ahlâkî açıdan yerleşik olmasının ayrılmaz bir parçası olarak, dünyayı metinsel açıdan ele almanın benzersiz bir yolunu geliştirmiştir (aslında bu, dünyayı ele almanın birçok yolundan yalnızca biridir). Fıkıh son derece bireyci olduğu ve "hukukçular hukuku"nun olağanüstü bir biçimine yol açtığı iyi bilinmektedir. "Her müctehid haklıdır." kaidesi hem bir özdeyiş hem bir doktrin hem de kapsamlı bir tatbikattı. Her meselede muhtelif fakîhler tarafından savunulan iki, üç, hatta bir düzine görüş vardı ve bu görüşlerden her biri helal normundan

haram normuna kadar uzanan bir yelpazede yer alıyordu, ki her normun arasında birkaç derece vardı. Bu şaşırtıcı çoğulluk *fıkh*ın temel bir özelliği olsa da usûl sistemi bu çoklukla etkili bir şekilde başa çıkabilecek hukukî mekanizmalar ve stratejiler geliştirmeyi başarmıştır. Tek bir meseleye ilişkin farklı görüşler, hangisinin epistemolojik olarak en sağlam ya da en ağır bastığını belirlemek amacıyla birbirleriyle karşılaştırılmıştı. Bu, epistemolojinin kendi menfaati için işlemediği, aksine toplumsal varoluşun alelade ve pek de alelade olmayan ihtiyaçlarını rasyonalize etmenin hem mekanizması hem de ölçütü olarak işlev gördüğü hususundan açık bir şekilde anlaşılmaktadır.

Çoğulculuğu en aza indirmeye yönelik tüm çabalara rağmen, şeriatın *fıkh*ı tartışılmaz bir şekilde çoğulcuydu: Bu onun en temel özelliklerinden biriydi. Dolayısıyla çoğulculuk, gözleri bağlı bir Adalet Tanrıçasının hiçbir şekilde yerinin olmadığı güçlü bir hukukî görecelilik anlayışının işaretiydi. Kör bir adalet, adalet değildir; çünkü insanlar asla aynı değildir ve hukuk, adil olmak için onlara eşdeğer bir varlık gibi davranamazdı. Kör bir adalete yargıç olarak, kör bir insanın bir olaya şahitlik etmesinden daha fazla güvenilemezdi. Bu bağlamda hukuku ve dolayısıyla tebaayı homojenleştirmenin bir diğer modern aracı olan kanunlaştırmanın, söz konusu çoğulculuğun ruhuyla keskin bir tezat oluşturduğunu da belirtmek gerekir.

*Fıkh*ın çoğulculuğu sadece ilâhî iradenin hermenötik bir tezahürü değil, aynı zamanda toplumsal düzen için bizzat düzenin kendisi tarafından oluşturulmuş bir sistem, bir mekanizma ve bir süreçti. Nitekim bu açıdan bakıldığında, *fıkıh* çift yönlü bir kapasitede işliyordu: İlk olarak *fıkıh*, İslâm'ı kavramsal olarak tanımlayan daha geniş gelenek içinde hukuku konumlandıran ve böylece bir yandan metafizik ve teoloji ile diğer yandan sosyal ve fiziksel dünya arasında teorik bir bağ oluşturan entelektüel bir üstyapı sağlamıştır. İkinci olarak ise *fıkh*ın münferit bir amacı, hukukî normla-

rın verili bir sosyal ve ahlâkî düzene aşılanmasıydı; bu aşılamanın uygulama yöntemi dayatmadan değil, daha ziyade aracılıktan geçmekteydi.

Bazı hukuk antropologlarının da ileri sürdüğü gibi[20] "hukuk sistemi"nden bahsederken uyuşmazlığın çözümünün yegâne aracı olarak mahkeme üzerinde durmak ne yeterli ne de kapsamlı olacaktır (ilk aşamada, -bir *hukuk* mahkemesi olduğunu belirlediğimiz için- İslâm hukuk mahkemesinin [Batı'da hâkim olan] bizim "hukuk" tanımımıza uyan belirli bir dizi işlevi yerine getirdiğini varsaymak da yararlı değildir). Mahkeme dışında ve mahkemeye başvurmadan önce yaşananlar, uyuşmazlığın çözüm aşamalarıdır, ki bu aşamaların, hukuk sisteminin işleyişi açısından herhangi bir mahkeme süreci kadar önemli sayılması gerekir. "Sulh hükümlerin efendisidir." (*es-sulh seyyidü'l-ahkâm*), [21] şeklindeki hukuk kaidesi, İslâm toplumlarında ve şeriatta uzun süre devam eden bir geleneğe sahiptir; bu kaide, arabuluculuğun yalnızca hukuk sisteminin ve yasal sürecin ayrılmaz bir parçası olmakla kalmayıp, genellikle son çare olarak görülen mahkeme davalarına göre de öncelikli olduğu yönündeki hem hukukî hem de sosyal açıdan kökleşmiş algıyı yansıtmaktadır.[22] Bu durum özellikle birbirine sıkı sıkıya bağlı sosyal yapılarda geçerlidir. Bu sosyal yapılarda gruplar, uyuşmazlıkları daha geniş bir kamusal oturuma, özellikle de mahkemeye taşımadan önce yönetme eğilimindedir. Mezkûr hukuk sisteminin ilk işleyişi Malaya'dan Fas'a kadar[23] bu gruplar içinde başladı ve Müslüman mahkemesi uyuşmazlık çözme görevini bu gibi grupların sürekli katı-

20 Örneğin çeşitli tartışmalar için bk. *Cross-Examinations: Essays in Memory of Max Gluckman*, ed. P.H. Gulliver (Leiden: Brill, 1978).

21 Türk-Osmanlı geleneğinde hâkim olan düstur "sulh hayırdır" (*es-sulh hayr*) gibi görünmektedir. Peirce, Leslie, *Morality Tales: Law and Gender in the Ottoman Court of Aintab*, 186.

22 Ayrıca aşağıdaki 25. dipnotun son satırlarına bakınız.

23 Akdeniz bölgesi için aşağıdaki [dipnotlarda] yer alan çeşitli kaynaklara bakınız. Daha az çalışılmış Malay dünyası hakkında ise Sadka'nın önemli eserlerine bk. Sadka, Emily, *The Protected Malay States, 1875–1895* (Kuala Lumpur: University of Malaya Press, 1968), 264; Peletz, Micheal G., *Islamic Modern: Religious Courts and*

lımı sayesinde yerine getirebildi. Zira, daha önce de belirttiğimiz gibi, Müslüman mahkemelerin, özellikle bir anlaşmazlığın ortaya çıktığı sosyal alanın ahlâkî hassasiyetlerini ve toplumsal karmaşıklıklarını dikkate almaksızın bu anlaşmazlıklara ilişkin talepleri işleme koyması düşünülemezdi.

Bazı antropologlar arabuluculuk/tahkim ile mahkeme yargılaması arasındaki belirgin farkın arabulucukta/tahkimde herhangi bir otoriter karar alma mekanizmasının bulunmamasından ileri geldiğini haklı olarak ifade etmişlerdir (bu husus aynı zamanda kabile tahkimini, günümüz modern hukuk sistemlerinde var olan ve kabile tahkimi ile arabuluculuk arasındaki sınır çizgilerinin net olmadığı tahkim biçimlerinden ayıran bir gerçektir). Zira arabulucular/hakemler genellikle üçüncü taraflardır ve karar verme istidadından mahrum olduklarından dolayı taraflardan her birinin olumlu bir sonuç elde etmek için yekdiğerine bağımlı olması nedeniyle her zaman esnekliğe meyillidirler.[24] Dolayısıyla, iki tarafın menfaatleri kısmen örtüşüyorsa ve tamamen birbirine zıt değilse tahkim uygulanabilir bir seçenek hâline gelir. Bu hususa verilecek tipik bir örnek cinayettir. Modern devlet ceza sistemlerinde müzakere ya da arabuluculuk mümkün değildir, zira ceza mutlak surette tatbik edilmelidir. Öte yandan, diyetin genellikle kısas yerine ikame edilebildiği bir kabilevî (ve bu durumda İslâmî) sistemde, tahkim/arabuluculuk, mâlî ödeme yoluyla uzlaşma olasılığı sayesinde uygulanabilir hâle gelir; bu olasılık hem daha maliyetli kan davasından hem de telafisi mümkün olmayan kayıplardan kaçınmaya yönelik müşterek arzu tarafından güçlendirilir. Dolayısıyla, arabuluculuğun/tahkimin diğer bir önemli özelliği, "kazanmak da var kaybetmek de" şeklindeki uyuşmazlık çözüm yöntemidir, ki bu yöntem, ne pahasına olursa olsun "ya hep ya hiç" şeklindeki çözümden kaçınır. "Ya hep ya hiç" yöntemi tek seçenek olarak ortaya

Cultural Politics in Malaysia (Princeton, NJ: Princeton University Press, 2002), 49-50.

24 Gulliver, P.H., "Process and Decision", 33-42.

çıktığında, tahkim *a priori* olarak engellenir ve yargılama tek çözüm olarak kalır.

Ne var ki İslâm hukuk pratiği dünyasından elde edilen kanıtlar, mahkeme yargılaması düzeyinde, esas hatta tek seçeneğin "ya hep ya hiç" olduğu yönündeki antropolojik gözlemi desteklememektedir. Bu kanıtlar, hakemlerle kâdılar arasındaki rol bakımından katı ayrımı da tümüyle desteklememektedir; ki bu ayrım -karar verme yetkisini haiz olmaları hasebiyle- kâdıların "ya hep ya hiç" yaklaşımına meyilli olmalarından kaynaklanmaktadır. Bazı davalarda Müslüman kâdının siyah-beyaz hukukî seçeneklerle karşı karşıya kaldığı doğrudur, bu ise tam da arabuluculuğun ilk aşamada ortaya çıkması için hiçbir nedenin olmadığı ve yargılamanın kaçınılmaz hâle geldiği durumdur. Ancak davaların birçoğunda -hatta büyük çoğunluğunda- kâdı ya da temsilcileri yargılama vasıtasıyla arabulucu bir rol üstleniyordu. Kâdının arabuluculuğunun başarılı sonucu, en azından önemli bir açıdan, çoğunlukla yargılamaya toplumsal bir anlam kazandırmıştır.[25] Dahası çoğu zaman kâdı, tam anlamıyla hukukî nitelikte olmayan davalarda münhasıran bir arabulucu rolü oynamıştır.[26] Sadece anlaşmazlıklarda hakemlik yapmakla ya da karı kocayı barıştırmakla kalmaz, aynı zamanda örneğin dışarıdan birinin fikrinden başka bir

25 Bu özellik modern şeriat mahkemelerinde bile hâlen varlığını sürdürmektedir. Richard Antoun, Ürdün'deki bir mahkemede yaptığı çalışmaya dayanarak, kâdının uzlaştırıcı rolünün mahkemenin ideolojisinde ve usûlünde kurumsallaştığını gözlemlemektedir. Kâdılar "tarafları uzlaştırmak için kişisel yetkilerini kullanırlar. […] Buradaki amaç ister davacının kendi çabaları ister arabulucuların çabaları yoluyla olsun, uzlaştırmaya yargı gücü sağlamaktır. Uzlaşmanın yargı sürecindeki önemi, mahkemelerin uzlaşma kararlarının yüzdesinden ziyade uzlaşmanın kurumsallaşma derecesi ile daha kolay değerlendirilebilir. Genellikle… davacıların amacı mahkemeden bir hüküm almak değil, daha ziyade bu amaca yönelik bir başka başvuru yolu olarak İslâm mahkemesini kullanarak köy misafirhanesinde bir uzlaşma sağlamaktı. Dolayısıyla davanın kendisi uzlaşma amacıyla çelişmemektedir." Antoun, Richard T., "The Islamic Court, the Islamic Judge, and the Accommodation of Traditions: A Jordanian Case Study", *International Journal of Middle East Studies* 12 (1980): 463.

26 Bu, fıkıh eserleri tarafından sık sık tavsiye edilen bir uygulamadır. Örneğin bk. İbn Ebü'd-Dem, *Kitâbü Edebi'l-ḳażâ' ed-Dürerü'l-manẓûmât fi'l-aḳżıye ve'l-ḥükûmât* (Beyrut: Dârü'l-Kütübi'l-İlmiyye, 1987), 14.

şeye ihtiyaç duymayan kardeşler arasındaki sorunları da dinlemiştir.[27]

Fakat bundan da önemli olan husus, kâdı ve mahkemesinin içerisinde konumlandığı sosyal bağlamdı. Gluckman ve Rosen'in de -günümüzde bulunan iki farklı kültürel bağlamda- gözlemlediği gibi kâdılar, her zaman davacı tarafların daha geniş ilişkisel bağlamını çözmeye çalışır ve bunu genellikle tarafların mevcut ve gelecekteki sosyal ilişkilerini tam olarak göz önünde bulundurarak yaparlar.[28] Hakemler gibi ancak modern yargıçlardan farklı olarak[29] kâdı, ihtilaflı tarafların dostane bir şekilde birlikte yaşamaya devam edebilecekleri bir sosyal gerçekliği sürdürmek için ilişkilerin çökmesini mümkün olan her durumda önlemeye çalışır.[30] Böyle bir yargı faaliyeti, kâdının ihtilaflı taraflar arasındaki etkileşimlerin tarihine aşina ve bunları araştırmaya hazır olmasını gerektirir. Burada sosyal biyografi olarak adlandırdığım şeye atıfta bulunulmadan mahkeme tarafından hiçbir gerçek tespit edilemez; bu sosyal biyografi, toplumsal açıdan oluşturulmuş bir varlık olarak davacıya ilişkin verileri içerir. Kâdının yargılaması, hukuk doktrininin dar bir şekilde uygulanmasına da izin vermez, hele ki sosyal biyografi-

27 Hanna, Nelly, "The Administration of Courts in Ottoman Cairo", içinde *The State and its Servants: Administration of Egypt from Ottoman Times to the Present*, ed. Hanna, N. (Kahire: The American University in Cairo Press, 1995), 54; Peirce, Leslie, *Morality Tales: Law and Gender in the Ottoman Court of Aintab*, 186, 387. Osmanlı dönemine ait mahkeme kayıtları, arabulucuların (*muslihûn*) araya girerek ihtilafları uzlaştırması nedeniyle mahkeme kararı verilmeden sonlandırılan davalara yapılan atıflarla doludur. el-Nahal, Galal H., *The Judicial Administration of Ottoman Egypt in the Seventeenth Century* (Chicago & Minneapolis: Bibliotheca Islamica, 1979), 19-20; Gerber, Haim, *State, Society, and Law in Islam: Ottoman Law in Comparative Perspective*, 51. Bazı Şeriat yargıçlarının bana söylediği gibi, bu "hukukî olmayan" müdahillik, günümüz Ortadoğu toplumlarında gelişmeye devam etmektedir. Ayrıca bk. Antoun, Richard T., "The Islamic Court, the Islamic Judge, and the Accommodation of Traditions: A Jordanian Case Study", 463.

28 Max Gluckman için bk. Gulliver, P.H., "Process and Decision", 46; Rosen, Lawrence, *The Anthropology of Justice: Law as Culture in Islamic Society* (Cambridge University Press: Cambridge - New York, 1989), 16-19.

29 Gulliver, P.H., "Process and Decision", 42.

30 Haviland, William A., *Cultural Anthropology* (Forth Worth: Holt, Rinehart & Winston, Inc., 1975), 331.

nin tamamı mahkemenin müşahede ve söyleminin önüne gelmeden katiyen izin vermez. Rosen'in günümüz Fas'ı için yaptığı yerinde tasvir, İslâmî mahkeme adaletinin genel tarihi için de aynı derecede, *hatta daha fazla* geçerlidir:

> [İslâm] hukukunun esas amacı sadece farklılıkları çözmek değil, aynı zamanda insanları karşılıklı şekilde -sosyal düzen üzerinde en az olumsuz içeriğe sahip olan- kendi düzenlemelerini müzakere etmeye devam edebilecekleri bir konuma geri getirmektir... Bir mahkemenin birtakım bireyler hakkındaki bilgisinin spesifik içeriği hem sınırlı hem de basmakalıp olsa da, mahkemelerin yargılama yaptığı terimler, kullandıkları kavramlar, şahitliğin şekillendiği konuşma tarzları ve uyguladıkları çözüm biçimleri, insanların günlük yaşamlarında kullandıklarına büyük ölçüde benzerdir ve diğer bazı hukuk sistemlerinde bulunan garip formalite veya profesyonelleşmiş çarpıtmaların çok azına sahiptir.[31]

Müslüman mahkemesinin -diğer hususların yanı sırabüyük oranda toplum içerisinde şekillenmiş hem özel hem de uzmanlaşmış bir sosyal birim olduğu hususu, bir kâdının hizmete hak kazanmak için kendi yargı alanının kültürel metnine ve orada hüküm süren sosyal gelenek ve alışkanlıkların kaydına yakından aşina olması gerektiğine dair yüzyıllardır süregelen ve oldukça tekrarlanan kuralda doğru bir şekilde anlaşılmıştır.[32]

Dolayısıyla Müslüman yargılama süreci ile bu sürecin *fıkh*ı, dava taraflarının sosyal dünyasından asla uzak değildi. Tahkim süreci gibi Müslüman mahkemesi de sosyal bir dokuyla bütünleşikti; bu doku, kazanan her şeyi alır çözümünün mantığından ziyade sosyal hakkaniyetin ahlâkî bir mantığını talep ediyordu. Tarafları mahkemeye çıkmadan önce sahip oldukları sosyal rollere geri döndürmek, her bir tarafın kısmi bir kazanç elde etmesine imkân tanınan sosyal ve ahlâkî uzlaşıyı gerektiriyordu. Mümkün olan her

31 Rosen, Lawrence, "Justice in Islamic Culture and Law", içinde *Perspectives on Islamic Law, Justice, and Society*, ed. R.S. Khare Anderson (Lanham, MD: Rowman & Littlefield, 1999), 39-40.

32 Hüsâm eş-Şehîd, *Şerḥu Edebi'l-ḳâḍî*, ed. Ebü'l-Vefâ el-Efgânî (Beyrut: Dârü'l-Kütübi'l-İlmiyye, 1994), 20 vd., 72-77.

Günümüzde fıkha ilişkin derinlikli çıkarımlar ancak İslâm klasiklerinden modern sosyal bilimin genel ve özel meselelerine yayılan geniş bir bilgi dağarcığı ile inşa edilip desteklendiğinde yapılabiliyor. Meseleleri bu derin bilgi dağarcığı ve hassas bir araştırmayla ele alan Wael b. Hallaq'ın fıkıh çalışmalarındaki müstesna yeri de bununla bağlantılı.

Wael b. Hallaq makalelerinden oluşan *Ahlâkî Yönetimsellik Şeriat, Anayasa ve Ulus Devlet* kitabında şeriatın Kur'anî kökenleri ve mahiyeti, moderniteyle birlikte geçirdiği dönüşüm ve ulus devletle karşılaşması gibi önemli meseleleri inceliyor. Farklı disiplinlerin birikiminden yararlanan yazılar, geniş bir analitik kavram seti sunuyor. Çalışmada ayrıca Şafiî bağlamında fıkıh usûlünün teşekkülü ve mahiyetine ilişkin sorgulamaları içeren neredeyse benzersiz bir arka plana sahip iki makalesine yer veriliyor. Hukuk ve ahlakı ayrılmaz bir biçimde ele alan müellif, fıkhın usûl ve fürû boyutunu teknik bir araştırmanın ötesinde entelektüel bir düzlemde değerlendirerek İslâm düşüncesine ilişkin yeni ufuklar açıyor. İslâm'a dair oryantalist dezenformasyonu tenkit ederek, fıkıhta sosyal pratiğini bulan İslâm'ın dünya tasavvurunu gündeme getiriyor.

Değerli, anlamlı ve güçlü argümanlarıyla öne çıkan *Ahlâkî Yönetimsellik Şeriat, Anayasa ve Ulus Devlet* fıkhın temel özelliklerine ve bu hukukî ve kültürel sistemi incelemenin ne anlama geldiğine dair küllî bir bakış açısı sunuyor.

pinaryayincilik
pinaryayincilik
pinaryayinlari

9 789753 526678