



Ekrem Buğra Ekinci

Prof. Dr.,
Marmara
Üniversitesi
Hukuk
Fakültesi
Öğretim
Üyesi.

Prof. Dr. Ekrem Buğra Ekinci OSMANLILAR İSLÂM HUKUKU'NA AYKIRI BİR HUKUK TATBİK ETTİLER Mİ?



CUMHURİYETTEN SONRA SÖZÜ DİNLENEN BAZI MÜELLİFLER, OSMANLI HUKUK SİSTEMİ İLE İSLÂMÎ HÜKÜMLER ARASINDA TEZAT BULUNDUĞUNU; FIKHİN KİFAYETSİZLİĞİ SEBEBİYLE PADİŞAHLARIN İSLÂMİYET'E MUHALİF HÜKÜMLER KOYDUĞUNU İDDİA ETMİŞLERDİR. HAKİKAT ÖYLE MİDİR? OSMANLI DEVLETİ LAİK MİYDİ?

Osmanlı Devleti'nde, şer'i hukukun bilerek boşluk bıraktığı ve tanziminde maslahat çerçevesinde hükümdara hak tanıdığı yerlerde kanunnâmeler çıkarıldı. İlmiye sınıfından nişancı adlı yüksek memurun hazırladığı kanunnâmeler, şeyhülislâmın tasvibi alınmadan asla neşrolunmadı. Örfî hukuk, bazılarının zannettiği gibi şer'i hukukun kifayetsizliği sebebiyle ona alternatif olarak konulmuş değildir. Bilakis meşruluğunu, şer'i hukuktan alır.

Max Weber'in (1864-1920) "kadı adaleti" diye tanınan ve "Kadılar, sultanın isteklerine göre adalet dağıtan hâkimlerdir" şeklinde hülâsa edilen tezi, İslâm hukukunu ve Osmanlı tatbikatını hiç bilmemek âlâmeti olduğu halde, bilhassa cumhuriyet devri tarihçilerinin bazısını (Köprülü, Barkan, Üçok, Çağatay, İnalçık gibi isimleri) yanıltmıştır. Hâlbuki Gerber, Jennings gibi şer'iyye sicillerini iyi inceleyen şarkiyatçılar, Weber'in bu tezini sarsmıştır. Kaldı ki *Edebü'l-kadı* ve muhakeme usulüne dair kitaplar, hâkimin adalet dağıtırken riayet etmesi gereken esasları kayıt altına almıştır. Eski bilgilere kapılan müellifler, şer'i hukuktan inhirafa başlıca şu misalleri verirler:

İddia 1: İslam hukukunda toplanacak vergiler belli iken Osmanlılarda örfî vergiler adıyla bunların dışında vergi toplanmıştır.

Cevap: Şer'i hukuk öşr, cizye, harac, rikaz gibi hazine vâridâtının toplanmasını emreder; bunun dışında hükümdarın ihtiyaç duyduğu zaman halktan vergi toplamasını da men etmez. İbn Abidin diyor ki (IV/294): "Hükümet, millete hizmet için yapacağı bütün masrafları, beytülmâlden karşılar. Beytülmâl'in gelirleri yok ise veya az olup, ihtiyacı karşılayamıyor ise, hükümetin yapacağı hizmetlerin ve ülkeyi muhafaza, ordunun techizi, nehirlerin temizlenmesi, Müslüman esirlerin kurtarılması için fidye gibi masrafların

karşılığını milletten vergi olarak istemesi câizdir. Amme menfaati için hükümdarın verdiği emirlere itaat vâcibdir."

İddia 2: Hadd suçlarında verilecek ceza belli iken, Osmanlılar bunlara başka cezalar vermiştir.

Cevap: Kanunî delil sistemine dâhil hadd suçlarında cezalandırma için aranan şartlar tahakkuk etmediği zaman, fiil başka bir suçta dönüşür. Bunun cezasını hükümdar veya mahkeme tayin eder. Buna ta'zir denir. Mesela zinâ cezası verebilmek için, 4 âdil, hür, Müslüman, erkek şahidin fiilen "gördüm" diye şahidlik etmesi; cezanın infazında da hepsinin hazır bulunması lazımdır. Evlilik veya kölelik münasebeti gibi en ufak şüphe ile ceza düşer. O zaman fiil, hadd suçu olmaktan çıkar, başka bir suçta dönüşür. Bu suçta kadı veya hükümdar münasip gördüğü bir ceza verir. Buna ta'zir denir (İbn Abidin, III/187).

Mesela: Kanuni Sultan Süleyman *Kanunnâmesi'*nde der ki: "Her kim zina eylese, evli ise recm olunamasa, on beş altın alına!"; "Eğer kovan veya koyun uğrulasa (çalsa), serika hesabına (hırsızlık nisabına) yetmese, kadı ta'zir edib ağaç (değnek) başına bir akçe alına; eğer serika (hırsızlık nisabına) yetişse elin keseler, cerime (para cezası) alınmaya!"

İddia 3: Şer'i hukukta faiz yasak olmasına rağmen Osmanlılar muayyen bir yüzdenin altında faize göz yummuşlardır.

Cevap: Osmanlılarda faiz zannedilen fazlalık, hakikatte şer'i hukukun yasakladığı riba değil, para kıtlığının yaşandığı ve karz bulunamadığı zamanlarda müracaat edilen muamele satışlarının ribhidir. Muamele satışında da mesela, 10 altın borç olarak verilir; 1 altına da kalem, defter gibi bir şey borç alana satılır; böylece iki ayrı akidden dolayı 11 altın borçlanılır. Bu fazlalığın miktarını da para arzına göre devlet tayin eder. Osmanlı bankaları

da bu usule göre çalışırdı.

İddia 4: Şer'i hukukta arazi ile alakalı hükümler belli iken, Osmanlılarda tamamen pragmatik maksatlarla farklı bir rejim tatbik edilmiştir.

Cevap: Osmanlı dirlik sistemi, Hazret-i Peygamber'in (sas) Hayber arazisinde tatbik ettiği; Halife Ömer'in Basra arazisinde sistemleştirdiği ve Nizamülmülk'ün geliştirdiği iktâ usulüne göre cereyan eder. Buna göre fethedilen topraklar ganimet olarak dağıtılmayıp, hazinede tutulur; halka kiralanır. Kira karşılığında asker beslenir.

İddia 5: Suç işlemeden evvel bir kişiye ceza verilememesi şer'i hukukun icabı iken, Osmanlı padişahları eski Türk örfleri istikametinde kardeş katlini tatbik etmiştir.

Cevap: İleride ayaklanma ihtimaline binaen şehzâdelerin idamı, bazı ulema tarafından ehven-i şer prensibinin tatbiki olarak görülmüştür.

İddia 6: Can masuniyeti hukukun asli prensibi iken padişahlar devlet adamları hakkında siyaseten katl cezası tatbik etmişlerdir.

Cevap: Şer'i hukuku, hükümdara muayyen suçları işleyenleri ölüm cezasıyla cezalandırmak salahiyeti tanır. Buna "ta'zir



bi'l-katl" denir. İslâm amme hukukunda, kazâ (yargı) fonksiyonu hükümdarın uhdesinde olup, aynı zamanda başhâkim sayılır. Ceza vermek için hükümdarın mahkeme kararına ihtiyacı yoktur. Mahkeme kurup dava dinleyebilir; ceza verebilir.

İddia 7: Vakıf malı mülkiyet gibi dokunulmaz iken, Fatih Sultan Mehmed vakıflara devlet namına el koymuştur.

Cevap: Fatih Sultan Mehmed şahıs vakıflarını değil; amme hizmetlerine tahsis edilen ve mecazen vakıf denilen hazine arazilerinin bu statüsünü kaldırmıştır. Bunlara irsadi vakıf veya gayrı sahih vakıf denmesi de şer'an hakiki vakıf olmadıklarının gösterebilir. Bu da askerî ihtiyaçlar sebebiyle olmuştur. Şahsî vakıflara kimse el koymaz.

İddia 8: Menkul vakfı caiz değilken, para vakıflarına cevaz verilmiştir.

Cevap: Vakıf esas itibarıyla gayrı menkullerden olur. Ancak şer'i hukuk bazı menkullerin vakfına izin vermiştir. Gayrı menkullerin mütemmim cüzleri, at, silah gibi Hadis-i Şerif ile izin verilenler ve kitap, ziynet gibi vakfı örf olan menkuller vakfedilebilir. Hanefî hukukçusu İmam Züfer para vakıflarına cevaz vermiş; para darlığı sebebiyle hâsıl olan ihtiyaçları gidermek adına Şeyhülislâm Ebussuud Efendi de bu görüşü adeta kanunlaştırmıştır.

İddia 9: Mülkiyet hakkı dokunulmaz iken, devlet adamlarının azli veya ölümlünde malları devlet namına müsadere edilmiştir.

Cevap: Devlet adamlarının mallarının müsadere edilmesi diye bir kaide yoktur. Töhmüt (suçlama) ile azledilen devlet adamlarının mallarının müsadere, "ta'zir bi'l-mal" şümulüne giren bir para cezasıdır. Ölen devlet adamları, eğer köle statüsünde ise vâris sıfatıyla mallarına hazine namına el konur; aile efradından muhtaç olanlara hazineden maaş bağlanır. Zira mal kazanmasına izin verilmiş kölenin vârisi, efendisidir.

İddia 10: Hanedan ferdleri, hür kadın varken cariyelerle evlenmiştir.

Cevap: Hür kadın varken cariye ile evlenmek şer'i hukukun tanıdığı bir ruhsattır. Üstelik efendi, kendi kölesiyle de karı-koça hayatı yaşayabilir. Bu cariyesinden



Şeyhülislam, Osmanlı teşkilât yapısında Divân-ı Hümâyûn'da yer almaz, adeta bugünkü Anayasa Mahkemesi'nin vazifesini icra ederdi. Şeyhülislâm Ebussuud Efendi'nin kabri-i şerifi.



Şer'i hukuka aykırı olmamak kaydıyla çıkarılan kanunnâmelere bir misâl.

doğan çocuk hür olur.

İddia 11: Zimmilerin çocukları devşirme usulüyle köleleştirilmiştir.

Cevap: Harberlerde elde edilen ganimetin beşte biri devlete ait olup, bunlardan elverişli gençler pençik kanunu çerçevesinde devlet adamı ve kapıkulu askeri yetiştirilmek üzere ayrılır. Bunun kifayet etmediği devirlerde zimmî teb'anın çocuklarından devşirme kanununa göre aynı maksatla çocuk devşirilmiştir. Paul Wittek, bunların statüsünün İmam Şâfiî'nin 'kendileri veya ataları İslâmiyetin zuhurundan sonra semavî dine girenler, ehl-i zimmet, köle statüsünde sayılır' şeklindeki kavline istinad ettiğini söyler. Müslüman olmaları ise, "Her çocuk İslâm fitrati üzerine doğar. Sonra bunları anne ve babaları Yahudi, Hıristiyan ve Mecûsi yapar" meâlindeki Hadis-i Şerif çerçevesinde cereyan eder.

HÜR KADIN VARKEN CARIYE İLE EVLENMEK ŞER'İ HUKUKUN TANIDIĞI BİR RUHSATTIR.

Netice itibarıyla Hazret-i Ebû Bekr'in halifeliğinden Osmanlı Devleti'nin sonuna kadar, her meselede, İslâm hukuku referansları araştırılmış ve mesele fetvâya bağlanmadıkça icraata geçilmemiştir. Tatbikattaki sapmaların, bir başka deyişle istisnaların kaideyi bozmayacağı tabiidir. Siyasî pragmatizm başka şeydir; laiklik başka şeydir. Osmanlıların hiçbir zaman böyle bir fikir ve iddiaları olmamıştır. Kanunnamelere şer'i prensiplere aykırı

hususların girmesine göz yumulmuş olabilir; hatta şer'î hükümlerinin tatbikinde ihmal gösterilmiş de olabilir. Ancak İslâm inancına göre, "Ameller, imandan bir cüz değildir". Günah, insanı dinden çıkarmaz.

Yahudi asıllı Alman müsteşrik Joseph Schacht, *An Introduction to Islamic Law* adlı eserinde (s. 89-92), devletin fiili tatbikatını şer'î hukukun hükümlerine uygun tutma gayretinin en dikkate değer ve muvaffak misalinin Osmanlı İmparatorluğu'nda ortaya konulduğunu söyler. Sultanların, şer'î hukuka bağlılıkları ile temayüz ettiklerini; imparatorlukta hukuk nizamının çağdaş Avrupa'da hâkim olan hukuk düzeninden çok üstün olduğunu beyan eder.

Bütün bu meselelerin tafsilatı için benim *Osmanlı Hukuku* adlı kitabıma bakılabilir.