

# İSLAM HUKUKUNUN DOĞASINA KLASİK ORYANTALİST BİR BAKIŞ: N. J. COULSON ÖRNEĞİ

Muharrem KILIÇ\*

## **A CLASSICAL ORIENTALISTIC APPROACH TO THE NATURE OF ISLAMIC LAW: THE CASE OF N. J. COULSON**

The fundamental theoretical basis of classical orientalist discourse can be traced back to the Western positivist social theories which describe the 'East' or the 'other' as an irrational. And it idealizes the 'West' as a rational one. This generalizing and subjective approach which is the dominant characteristic of the positivistic social theory had an influence on the classical orientalist approach to Islamic law. This article tries to criticize this orientalist approach which is impressed by above mentioned theoretical perspective to the nature of Islamic law by taking N. J. Coulson as a representative figure. In line with his orientalist predecessors he characterizes Islamic law with some conflicts and tensions. Such as conflicts and tensions between revelation and reason, change and stability and idealism and realism etc. This west-oriented subjective orientalist approach constructed an Islamic law imagination which has an idealistic nature. Accordingly in its historical process it never adapted itself –after its formation period- to the social changes. In this article, these orientalist arguments which do not appropriate with the historical reality of Islamic law will be criticized.

## **Giriş**

İslam hukuku alanında yapmış olduğu çalışmalarıyla klasik oryantalist söylemin önde gelen temsilcilerinden biri olan İngiliz oryantalist Noel James Coulson (1928-1986), Oxford'da klasik diller ve doğu dilleri üzerine çalışmalar yapmıştır. Daha sonra, İslam hukuku alanında yaptığı çalışmalarla oryantalist çevrede ün kazanan ve düşünceleri bu alanda yapılan diğer oryantalist çalışmalar üzerinde derin bir etki yaratan Joseph Schacht'ın (1902-1969) yönlendirmesi ile İslam hukuku üzerine çalışmaları

\* Dr., Sakarya Üniversitesi İlahiyat Fakültesi, muharremkl@hotmail.com

na devam etmiştir. Akademik çalışmalarını İslam hukuku alanında yoğunlaştıran Coulson, çeşitli yerlerde İslam hukuku dersleri de vermiş bir şarkiyatçıdır.<sup>1</sup>

Batı'da oryantalist gelenek içerisinde İslam hukukunda doğuş ve oluşum evresini akademik düzeyde analiz eden Schacht, kuşku yok ki bu alanda halefleri için bir otorite olarak kabul edilmiştir. Schacht, klasik oryantalist geleneğin İslam hukuku yorumunu akademik bir yetkinlikle formüle etmiştir. Bu yüzden, klasik oryantalist geleneğin bu alanda üstadı kabul edilebilecek olan Schacht'ın yönlendirmeleriyle Coulson'un ilgi alanı şekillenmiştir. Bu doğrultuda çalışmalarını daha çok klasik oryantalist söylemin temel yaklaşımları üzerine inşa etmiş, İslam hukukunda tarihsel süreci içinde gelişimine ve doğasına ilişkin bir takım sorunlar üzerinde yoğunlaştırmıştır.

Doğal olarak, Coulson'ın İslam hukuk tasavvuru da Batı orijinli kavram ve kuramları merkeze alan, idolleştiren ve ötekini marjinalize eden klasik oryantalist geleneğin temel paradigması üzerine şekillenmiş ve bu geleneğin bir temsilcisi olarak oryantalist literatüre katkıda bulunmuştur. Bu bağlamda, Coulson'ın *İslam Hukuk Tarihi* (A History of Islamic Law) adlı yapıtı üzerine kaleme aldığı çalışmasında M. Selim El-Awa'nın, onu oryantalist geleneğin bir temsilcisi olarak değerlendirmemesinin bir yanılığdan ibaret olduğunu belirtmeliyiz. Coulson'ı tarih, kültür ve doğu gelenekleri ile ilgili bir oryantalist olarak değerlendirmekten çok, farklı hukuk sistemleri arasında karşılaştırma yapmayı amaçlayan bir medeni hukuk uzmanı olarak değerlendiren El-Awa, onun karşılaştırmalı çalışmalarında ondan önce gelen bir çok oryantalistin ya da meslektaşının çalışmalarına hakim olan manipülatif içeriğe sahip olmadığını ileri sürer.<sup>2</sup>

Bu çalışmamızda, kaleme almış olduğu çalışmaları çerçevesinde Coulson'ın - yukarıda iddia edildiğinin aksine- Batı'da klasik oryantalist geleneğin bir temsilcisi olarak, İslam hukukunda doğasına ilişkin ileri sürdüğü argümanların eleştirel bir perspektifle analizini amaçlamaktayız. Genel anlamda İslam hukukunda doğasına ilişkin üretilen klasik oryantalist söylem, teori-pratik ikilemi, durağanlık-değişkenlik, hukuk-ahlak ve idealizm-realizm gibi kavramsal dikotomiler çerçevesinde formüle edilmiştir. Klasik oryantalist söylemin, İslam hukukunda temel karakteristiği olarak belirlediği idealist ve değişmeyen hukuk nitelendirmesini Coulson'ın çalışmalarında da görmekteyiz.

Kuşku yok ki, oryantalist söylemin daha net bir biçimde algılanabilmesi için boy verdiği düşünsel vasatın temel parametrelerinin ayırında olunması gerekir. Zira, konuya analitik bir bakış bu gerekliliği doğurmaktadır. Oryantalist zihin dünyasını besleyen teorik ve sosyal bilimsel arka plân bilgisi üzerine oluşturulacak olan tablonun daha açık ve net olacağını ifade edebiliriz. Bu yüzden, klasik oryantalist söylemin teorik arka plânına giriş niteliğinde yapılacak olan bir atıfla konuya başlamak daha uygun olacaktır.

## I. KLASİK ORYANTALİST SÖYLEMİN TEORİK TEMELLERİ

"Oryantalizm, Batı'nın tanımladığı ve kontrol ettiği kavramlar, tablolar ve kategorilerin içinde anlamlandırılabilir...bir Doğu anlayışını ön plana çıkaran bir söylemdir." Bu söylem, "mantıklı Batılı ile tembel Doğulu karşıtlığı çerçevesinde

<sup>1</sup> Ayrıntılı bilgi için bkz., Kallek, Cengiz, İA, "Coulson, Noel James" md., c. VIII, s. 71-72.

<sup>2</sup> El-Awa, Muhammed Selim, "Approaches to Shariah: A Response to N. J. Coulson's A History of Islamic Law", *Journal of Islamic Studies*, Oxford, 1991, II, 2, s. 143.

örgülenmiş bir karakterler, tipolojiler bütünü yaratmıştır." Bir anlamda kendisini 'öteki' üzerinden tanımlamaya çalışan "bir sistem olarak oryantalizm, Batı'nın ilerlemeci yönlerini açıklarken aynı zamanda Doğunun sosyal durağanlığını da ifade etmiş oluyordu."<sup>3</sup>

Oryantalizmin dayandığı temel önermelerden ilki, İslam toplumlarının statik tarihi ile Batı kültürünün dinamik evrimsel özelliği arasında çelişen bir karşıtlığın kurulmasıdır. Oryantalizm, bu durağan ve statik toplumun gerileme nedenlerini açıklamaya dönük çabalar olarak görünür. Böylece, oryantalizmin temel önermesinin altında yatan epistemolojinin, İslamı statik ve durağan, bunun karşısında Hristiyanlığı dinamik olarak karakterize eden bir epistemolojidir.<sup>4</sup> Böyle bir epistemoloji üzerine kurulu olan oryantalist söylem, Batı'nın biricikliğini ve eşsiz oluşunu vurgulama amacıyla Batı-Doğu karşıtlığını ve farklılığını ön plana çıkarmaktadır.<sup>5</sup> Oryantalizm, "Doğu ile Batı arasındaki ontolojik ve epistemolojik ayırma dayalı bir düşünüş biçimidir." Batılı oryantalist, Doğu üzerine yaptığı çalışmalarına başlangıç noktası olarak, Doğu ile Batı arasındaki bu temel ayırımı esas kabul etmektedir.<sup>6</sup>

Oryantalist söylemin ideolojik ve kültürel arka plânını kritik eden Edward Said, Batı'nın bütün olarak Doğu'ya değişmeyen tek bir kimlik empoze etmeyi amaçladığını öne sürer. Batı'nın kendi kültürel niteliklerinin bir yansıması olan bu kültürel karakterizasyonu eleştiri konusu yapar. Said, oryantalist söylemin, Batı'nın siyasal ve emperyal amaçlarına hizmet eden bir söylem olduğunu vurgular.<sup>7</sup> Batı'nın bir karşıt imge ve öteki olarak tasarladığı Doğu'nun kendisini kurmasına da yardımcı olan oryantalizm, Doğu'ya egemen olmak, onu yeniden kurmak ve onun amiri olmak için Batı'nın kullandığı bir yöntem olarak nitelendirilebilir.<sup>8</sup> Said, oryantalizmin ideolojik bir arka plândan beslendiğini ve beslenmeye de devam ettiğini göstermeye çalışmıştır.<sup>9</sup>

Oryantalist söylemi besleyen ideolojik ve düşünsel arka plânın ayırıcılığı kadar önemli olan bir diğer nokta da, bu söylemin farklı alanlarda ortaya çıkan yansımalarının Batı kaynaklı felsefi köklerinin analiz edilmesidir. Zira, 'Doğu kadar Batı'nın gerçeğiyle ilgili olan' oryantalist söylem, Batı modernitesine egemen olan düzçizgisel evrimci-ilerlemeci paradigmanın etkisi altında kalmıştır. Toplumsal ilerleme modeli öngören bu paradigmanın izlerini, A. Comte'un pozitivist sosyolojisinde, Marx'ın tarih anlayışında ve Max Weber'in (1864-1920) ussallığın evrimi modelinde görmekteyiz. Tarihi, geleneksel toplumdaki modern topluma geçiş olarak sunan ve modern Batı toplumunu ve tarihini idealize eden ve evrenselleştiren bu paradigma<sup>10</sup> doğal olarak oryantalist söylemin şekillenmesinde etkin olmuştur. Dolayısıyla, oryantalist çalışmaların değerlendirilmesinde, öncelikle kendi dönemlerindeki hakim sosyal teorilerin tahlilinin gerekliliği ortadadır. Dönemin yaygın olan sosyal

<sup>3</sup> Turner, Bryan S., "Oryantalizm ve İslam'da Sivil Toplum Meselesi" (*Oryantalistler ve İslamiyatçılar, Oryantalist İdeolojinin Eleştirisi*, adlı eserin içinde), (çev. Bedirhan Muhip), İstanbul, 1989, s. 37.

<sup>4</sup> Turner, *Oryantalizm, Kapitalizm ve İslam*, (çev. Ahmet Demirhan), İstanbul, 1997, s. 17, 19.

<sup>5</sup> Turner, "Oryantalizm ve İslam'da Sivil Toplum Meselesi", s. 51.

<sup>6</sup> Said, Edward, *Oryantalizm Sömürgeciliğin Keşif Kolu*, (çev. Salahattin Ayaz), İstanbul, 1991, s. 15-16.

<sup>7</sup> Binder, Leonard, *Liberal İslam*, (çev. Yusuf Kaplan), Kayseri, 1996, s. 175.

<sup>8</sup> Said, *Oryantalizm*, s. 14, 16.

<sup>9</sup> Binder, *Liberal İslam*, s. 183.

<sup>10</sup> Keyman, F.; Mutman, M.; Yeğenoğlu, M., *Oryantalizm, Hegemonya ve Kültürel Fark*, İstanbul, 1999, s. 12.

teorilerinde kullanılan yöntemsel ve kavramsal araçların oryantalist çalışmalarda belirleyici çerçeveyi çizdiğini öne sürebiliriz.<sup>11</sup>

Oryantalist söylemin İslam hukuk yorumunun üzerine kurulu olduğu teorik zeminin sosyal teorisyenlerinden biri de Max Weber'dir.<sup>12</sup> Weber, tümüyle Batı kültürünü merkeze alır ve onun biricikliğini ve yetkinliğini kategorize ettiği öteki/Doğu tasavvuru üzerinde inşa etmeye çalışır. Ona göre, aydınlanmadan bu yana Batı kültürünün temel karakteristiğini rasyonelleştirme oluşturur. Rasyonelleştirme ise, düşünce ve eylemde her şeyin akıl ölçütüne vurulması çabasıdır.<sup>13</sup> Bu bağlamda Weber, toplumsal eylem tiplerini dörtlü bir sınıflamaya tabi tutar. Bunlar, rasyonel eylem, değersel eylem, geleneksel eylem ve duygusal eylem tipleridir. Weber'e göre Batı toplumları rasyonel/amaçsal bir eylem tipi sergilerler.<sup>14</sup>

Buna bağlı olarak, 'bir gelişme düzeyi içinde' bilimi yalnızca Batı kültürü ile özdeşleştiren Weber'e göre, rasyonel bir hukuk öğretisi de sadece Batı'ya özgü bir şeydir. Ona göre, sadece Roma ve onun bir uzantısı olan Batı hukukunda kesin hukuksal ayrımlar ve sağlam düşünüş biçimleri var olmuştur.<sup>15</sup> Bunun yanında sistematik, rasyonel ve soyut bir hukukî kodun ekonomik faydalarını kullanabilme yetisini gösterme açısından da Batı tektir. Batı dışı toplumların hukuk gelenekleri ise keyfilikle malüldür. Rasyonel ve irrasyonel hukuk ayrımı yapan Weber, irrasyonel ve bağımsız hukuku, hakimin hükümlerini yasalara dayandırmak yerine kendi duygularına dayandırdığı hukuk olarak niteler. Ona göre, bu hukuk türünün en iyi örneğini Müslüman *kadı*'nın önsüzleri ve bir takım ahlakî ve pratik değerlendirmeleri ile kararlarını verdiği hükümlerden oluşan hukuk oluşturur.<sup>16</sup>

İslam hukukuna ilişkin olarak Weber iki noktaya işaret eder: "İslam hukukunda esnemeyen içeriği ve *kadı*'nın yasal kararlarının bağımsız istikrarsızlığı". Ona göre de İslam hukuku, hukuk bilginlerinin 'spekülatif çabalarının' bir ürünü olan, 'hukukçuların hukuku' olarak nitelendirilebilir. İctihad etkinliğinin son bulması ile hukuk geleneğinin kutsallığı ve değişmezliğinin kabul edilmesiyle hukuk ile toplumsal gerçeklik arasında bir boşluk oluşmuştur.<sup>17</sup>

Weber'e göre teoride katı olan İslam hukuku, uygulamada akıcı ve istikrarsız bir görünüm arz etmektedir. Bu niteliği, *kadı-adaletinin* doğası ve kurumsallaşmasıyla daha da güçlenmiştir. Ona göre, *kadı-adaleti*, hukuk kurallarından çok, öznel kararlara göre uygulama alanı bulmuştur. Oluşan bu katı ve kutsal hukuk geleneğinin, keyfî ve bağımsız yargılarla kendine özgü bir biçimde birleşiminin tüm patrimonial sistemlerin tipik özelliği olduğunu ileri sürer. Bu tür sistemlerde "hukuk hakimlerinin, mahkemele- rin yönetici memurları olduğunu ve bu nedenle hukukun soyut ilkelerinden ziyade, hükümdarın siyasi amaçlarına hizmet ettiklerini belirtir. Bu ortamlar altında sistematik bir hukukun oluşturulması ve özerk bir hukuk mesleğinin gelişmesi" mümkün değildir.

<sup>11</sup> Bu tezin örneklendirilmiş sunumu için bkz., Recep Şentürk, "Oryantalizm ve Sosyal Teori" (yayınlanmamış tebliği), 'Oryantalizmi Yeniden Okumak: Batı'da İslam Çalışmaları' Sempozyumu, 12 Mayıs 2002, Sakarya.

<sup>12</sup> İslam hukukuna dair oryantalist çalışmalarda Weber'in etkisi konusunda bkz., Bedir, Murteza, "Oryantalistlerin İslam hukukunda Mahiyetine Dair Tartışmaları" (yayınlanmamış tebliği), 'Oryantalizmi Yeniden Okumak: Batı'da İslam Çalışmaları' Sempozyumu, 12 Mayıs 2002, Sakarya.

<sup>13</sup> Özlem, Doğan, *Max Weber'de Bilim ve Sosyoloji*, İstanbul, 1999, s. 58.

<sup>14</sup> Özlem, *a.g.e.*, s. 150-151.

<sup>15</sup> Weber, Max, *Protestan Ahlakı ve Kapitalizmin Ruhu*, (çev. Zeynep Aruoba), İstanbul, 1997, s. 13-14.

<sup>16</sup> Turner, Bryan, *Max Weber ve İslam*, (çev. Yasin Aktay), Ankara, 1997, s. 192-193.

<sup>17</sup> Turner, *a.g.e.*, s. 196.

"Kadı-adaleti bu yüzden, biçimsel rasyonel hukuku ve Batılı hukuksal yönetimi karakterize eden hukukî istikrarın tam zıddı bir şeydir."<sup>18</sup>

Weber, İslam hukuk bilginlerinin hukuk pratiğini ahlakî çöküşle niteleyip çoğunlukla bundan uzak durduklarını ve bağımsız biçimde kendi hukuk çalışmalarını yaptıklarını ifade eder. Hukuk bilginlerinin karşısında, hukuk pragmatistleri olarak nitelendirdiği uygulayıcılar (*kadılar*) yer almaktadır. Ona göre, bunlar teori ile pratik ya da toplumsal gerçeklik arasındaki boşluğu bir takım keyfî yöntemlerle kapatmaya çalışmışlardır. Weber, İslam hukukunda içerik ve toplumsal bağlamı açısından katı kurallaştırma yoluna gidilmesi nedeniyle, biçimsel-rasyonel bir hukuk sisteminin oluşumunun engellendiğini ortaya koymaya çalışır. Sonuçta rasyonel hukukun yokluğu, İslam ülkelerinin çağdaş kapitalist gelişimi gerçekleştirmesine engel olmuştur.<sup>19</sup>

## II. İSLAM HUKUKUNDA DOĞASI

Geleneksel formunda İslam hukukunda, tarihsel değerlendirmelerden bağımsız bir hukuk bilimi niteliğini haiz olduğunu öne süren Coulson, hukukun devlet ve toplumun kontrolünden azade olan vahye dayalı tanrısal iradenin bir ürünü olduğunu belirtir. Tarihsel bir fenomen olarak toplumsal gelişme ile sıkı bir ilişki içinde evrilen/gelişen bir hukuk nosyonu bulunmamaktadır. Ona göre bu ilâhî hukukun gelişim sürecinin, toplumun tarihsel gelişiminden tümüyle ayrılmış olduğu görülmektedir. Bu doğrultuda İslam hukukunda gelişiminin, tarihsel derinlikten yoksun bir görüntü verdiğini öne sürer. Dolayısıyla bu da, ideal doktrin ile fiilî uygulama ve klasik hukuk bilginleri tarafından ortaya konan İslam hukuku ile mahkemelerce uygulanan pozitif hukuk arasında bir ayırım yaratmıştır.<sup>20</sup>

Coulson'a göre, İslam hukukunda tek kanun koyucunun Tanrı olduğu ve O'nun emirlerinin yaşamın tüm yönlerini en üst düzeyde kontrol etmiş olduğu ilkesi açık bir biçimde inşa edilmiştir.<sup>21</sup> İslam hukukunda ilâhî vahyin ifadesi olan Kur'an ve sünnet gibi iki aslî kaynak temelinde şekillenip gelişmesi de onun ilâhî bir hukuk olarak kategorize edilmesi sonucunu doğurduğunu öne sürer.<sup>22</sup> Bu yüzden, İslam hukuku, Batılı hukuk sistemlerden farklı olarak, toplum tarafından şekillendirilip geliştirilmemiştir. İlahî bir hukuk olması nedeniyle toplumu önceleyen ve sosyal yapıyı kendisine göre biçimlendiren bir hukuk sistemidir.<sup>23</sup>

Ona göre, İslam hukuku, Roma hukuku ve İngiliz hukukunda olduğu gibi mahkemelerin uygulamaları ile değil, akademik bir formülasyon olarak ortaya çıkmıştır. Dolayısıyla otoritesi, var olan olgular üzerine değil, bilginlerin teorik argümanları üzerine dayanmaktadır. İlk hukuk ekollerinin kurucusu olan bilginler fiilî hukuksal uygulamaya gereken önemi vermişlerdir. Ancak dört hukuk ekolünün gelişip olgunlaştığı onuncu yüzyıla birlikte hukuk, fiilî uygulamadan ayrılmıştır.<sup>24</sup>

İslam hukukunu bir hukuk ve ahlak kodu olarak gören Coulson'a göre hukuk, ilâhî iradenin üstün otoritesinden kaynaklanan kapsayıcı bir beşerî davranış şeması-

<sup>18</sup> Turner, *a.g.e.*, s. 197.

<sup>19</sup> Turner, *a.g.e.*, s. 207, 209.

<sup>20</sup> Coulson, N. J., *A History of Islamic Law*, Edinburgh, 1964, s. 1-3.

<sup>21</sup> Coulson, *a.g.e.*, s. 20.

<sup>22</sup> Bkz., Coulson, *a.g.e.*, s. 1-2.

<sup>23</sup> Coulson, *a.g.e.*, s. 85.

<sup>24</sup> Coulson, *a.g.e.*, s. 82.

dır. Bu yüzden, hukuk ile ahlak arasında genelde batı toplumlarında olduğu üzere açık bir ayırım ortaya konmamıştır. İslam hukukunda ilk temel kaynağı olan Kur'an'da, moral ve hukuksal kurallar arasında net bir ayırım söz konusu değildir. Genelde beşerî davranışların hukukî sonuçlarına değil daha çok ahlakî sonuçlarına işaret edilir.<sup>25</sup>

Buna bağlı olarak, İslam hukukunda ilk kaynağını oluşturan Kur'an'ın temel amacının, insanın insanla olan ilişkisini değil, insanın yaratıcısıyla olan ilişkisini düzenlemek olduğunu iddia eder. Bu yüzden ona göre, Kur'anî yasamanın ahlakî niteliği baskındır. Yaklaşık altı yüz ayetin hukukla ilişkilendirilmesine rağmen, yalnızca seksen ayetin tam anlamıyla hukukî konuları içerdiğini, diğerlerinin çoğunluğunu ise, dinsel görevler ve ritüelleri düzenleyen hükümlerin oluşturduğunu ileri sürer.<sup>26</sup> İslam hukukunda toplumsal ilişkileri düzenleyen ilk hukuk kurallarının Roma hukukunda On İki Levha Kanunları'nda olduğu gibi, doğal olarak kısa ve basit terimlerle ifadelendirildiklerini ancak, On İki Levha Kanunları'nın tersine, Kur'an'ın hukuksal ilişkilerin tüm temel unsurlarını içermediğini ileri sürer.<sup>27</sup>

Hukuktaki tarihsel gelişim nosyonunun, klasik İslam hukuk bilimine tümüyle yabancı olduğunu öne süren Coulson, batılı anlamda hukuk tarihinin olmadığını ifade eder.<sup>28</sup> Burada Coulson'ın İslam hukuk yorumunun, rasyonel ve sistematik düşünüşü Batılı kültür havzası ile özdeşleştiren Weberyen yaklaşımın derinden etkisi altında olduğunu görmekteyiz.

Yine, Weber'in konuya ilişkin yaklaşımına paralel biçimde Coulson, yürütmenin yargıya müdahalesi nedeniyle bağımsız bir yargı kurumunun söz konusu olmadığını öne sürer. Yargıçların/kadıların, onları atayan siyasal erkin müdahalesine daima açık bir biçimde yargısal görevlerini icra ettiklerini ileri sürer.<sup>29</sup> Siyasal otoritenin yargı kurumu üzerindeki müdahalesi ve baskısı nedeniyle mahkemeler, İslam hukuk ilkelerine değil, dönemin hukuk uygulamalarına dayanmak zorunda kalmışlardır. Buna bağlı olarak da, ikili bir yargı sistemi oluşmuştur. Bu ikili sistemin bir yanında seküler mahkemeler yer alırken diğer yanında da dinî yargı kurumları varlık kazanmıştır.<sup>30</sup>

İslam hukukunda iki yüzyıllık oluşum döneminden sonra dinamizmini tümüyle yitirerek durağan bir yapıya büründüğünü ileri süren klasik oryantalist yaklaşımın, Coulson tarafından da sorgulanmaksızın benimsendiğini görmekteyiz. Yedinci yüzyıldan dokuzuncu yüzyıla kadar süren oluşum döneminde, farklı bölgelerde hukuk doktrininin farklılaşması tedricen azalmış ve hukukun devingenliği giderek sınırlandırılmıştır. Böylece, klasik teoriye doğru yol alan hareket giderek güç kazanmıştır. Yirminci yüzyıla kadar bu kalıptan çıkmayacak biçimde hukuk, onuncu yüzyılda katı bir yapıya bürünmüştür. Bunun sonucunda, klasik hukuk terimleri ile Müslüman toplumun değişen talepleri arasında bir boşluk oluşmuştur. İslam hukukunda gerekli uyumu sağlayamadığı yerlerde, yerel örfi hukuk uygulamada geçerli olmaya devam etmiş ve şer'î olmayan mahkemelerin yargılama yetkisi genişlemiştir. Bu katılma evresinden sonra, İslam hukuku hukukî modernizmle yeniden canlanmıştır. Hakkaniyet hukukun-

<sup>25</sup> Coulson, *Conflicts and Tensions in Islamic Jurisprudence*, Chicago, 1968, s. 79-80.

<sup>26</sup> Coulson, *A History of Islamic Law*, s. 12. Bu konuda Coulson'a yöneltilen eleştiri için bkz., Hasan, Ahmad, *The Early Development of Islamic Jurisprudence*, İslamabad, 1988, s. 43.

<sup>27</sup> Coulson, *A History of Islamic Law*, s. 12-13.

<sup>28</sup> Coulson, *a.g.e.*, s. 4.

<sup>29</sup> Coulson, *a.g.e.*, s. 121-122.

<sup>30</sup> Coulson, *a.g.e.*, s. 128-129.

da/*Equity*'nin can çekişen Orta Çağ İngiliz hukukuna etkisine benzer biçimde, bu hareket İslam hukukunda tıkanan damarlarını açmıştır.<sup>31</sup> Weber'in ilerlemeci ve düz çizgisel tarih anlayışının sunduğu perspektifle yaptığı oryantalist okumaya benzer biçimde, Coulson'ın bir İslam hukuk tasavvuru formüle etmiş olduğunu görmekteyiz. Batı modernitesinin bir yansıması olarak ortaya çıkan hukuk modernizmi ile ancak İslam hukukunda toplumsal gerçekliğe duyarlı hale gelebildiğini savunan Coulson'ın, klasik oryantalist tutumun içkin olduğu genellemeci ve indirgemeci bir bakışa sahip olduğu görülmektedir.

Bu genellemeci ve indirgemeci tutumuyla Coulson, modern İslam hukuk felsefesi ve klasik hukuk bilimi arasında temel bir ayırımın varlığından söz eder. Klasik geleneğe göre, hukuk tepeden empoze edilen ve devlet ve toplumsal yapının uyması zorunlu evrensel geçerliliği olan değerler öngörür. Modernist yaklaşımda ise hukuk, toplumun gereksinimleri ile şekillenmiştir ve onun fonksiyonu sosyal sorunlara cevap vermektir. Ona göre bu ayırım, modern batı hukuk biliminde doğal hukuk ve sosyolojik hukuk okulu temsilcilerinin arasındaki çatışma ile paraleldir. Ancak, İslam'da toplumun talepleri ve gereksinimleri hukukun tek belirleyicisi olmayıp, ilâhî vahiy tarafından kesin bir biçimde vaz' edilen normların sınırları içinde hareket etmek zorunludur.<sup>32</sup> Zira, insan aklı doğru davranış kurallarının değerlerini bulabilecek yetiye sahip değildir ve ilâhî vahye dayalı olan bu hukuk, toplumu önceler.<sup>33</sup> Halbuki, hukukun epistemolojik ve metodolojik anlamda bir temellendirimi niteliğindeki İslam hukuk metodolojisi (*fıkıh usulü*) alanında üretilen eserlerin objektif bir analizi, doğal hukuk ve sosyolojik hukuk bilimi arasındaki ayırımı benzer bir ayırımın İslam hukuku için geçersizliğini ortaya koyar. İslam hukuk metodolojisine özgü olan istihsan ve istislah kavramları, hukukun sosyal gerçeklik ve adalet idesine bağlı olarak yorumlanmasında metodik araçlar olarak var olmuştur.<sup>34</sup> Dolayısıyla Coulson'ın klasik geleneği tümünden toplumsal gerçeklikten kopuk vahiy temelli bir hukuk anlayışı ile özdeşleştirmesi, yine onun genellemeci tutumunun bir göstergesidir.

Coulson, İslam hukukunu tümüyle idealist normlar içeren, dinî düşüncenin spekülâtif bir sistemi olma özelliği gösteren bir hukuk olarak niteler. Oluşumu açısından İslam hukukunu, ilk üç yüzyılda Tanrı'nın iradesini belirlemeye çalışan hukuk bilginlerinin spekülâtif çabalarının bir hasılası olarak değerlendirir. Coulson, hukuk bilginlerinin pratik sosyal gereksinimlerden ve verili koşullardan azade, hukukî uygulamaya ters düşen dinî ideali yansıtan bir normlar sistemi ürettiklerini iddia eder.<sup>35</sup> İslam hukukunu spekülâtif bir hukuk sistemi olarak niteleyen Coulson'a karşı Hallaq, hukukî bir söylem ve sosyal bir enstrüman olarak fetva ile hukuk arasında sıkı bir bağın olduğunu öne sürer. Zira, klasik kaynaklarda İslam pozitif hukukunda gelişimi ve tedrici değişiminde fetvaların oynadığı merkezî rolü ortaya çıkaran oldukça fazla veri bulunmaktadır.<sup>36</sup>

<sup>31</sup> Coulson, *a.g.e.*, s. 5-6.

<sup>32</sup> Coulson, *a.g.e.*, s. 6.

<sup>33</sup> Coulson, *a.g.e.*, s. 85.

<sup>34</sup> Doğal hukuk açısından istihsan ve istislah kavramlarının karşılaştırmalı olarak ele alınışı konusunda ayrıntılı bilgi için bkz., Bardakoğlu, Ali, "Tabii Hukuk Düşüncesi Açısından İslam Hukukçularının İstihsan ve İstislah Görüşü", *EÜ. İlahiyat Fakültesi Dergisi*, 3, 1986.

<sup>35</sup> Coulson, "The State and Individual in Islamic Law", *International and Comparative Law Quarterly*, 6, 1957, s. 57.

<sup>36</sup> Hallaq, Wael B., "From *Fatwas* to *Furu*: Growth and Change in Islamic Substantive Law", *Islamic Law and Society*, 1 (February 1994), s. 30-31. Eleştirel-revizyonist bir tutumla Klasik oryantalist söylemin temel argümanlarını kritik

→

### III. İSLAM HUKUKUNDA TEORİ-PRATİK İKİLEMİ

Klasik oryantalist söylemin temel yöntemsel araçlarından olan kavramsal dikotomilere başvuran Coulson'a göre, İslam hukuku doktriner bir sistem olarak, var olan hukuk uygulamasından bağımsız ve ayrı olarak ortaya çıkmıştır.<sup>37</sup> İslam hukukunda uygulanan pratik bir hukuk sistemi olmaktan ziyade, kendisi uğruna çalışılan dinsel bir ideal olduğunu öne süren Coulson,<sup>38</sup> İslam hukukunu İslam'ın ilk üç yüzyılında Allah'ın iradesini belirlemeye çalışan bilginlerin spekülâtif girişimlerinin bir sonucu olduğunu ifade eder. Coulson, âlimlerin pratik gereksinimlerden ve mevcut şartlardan bağımsız bir biçimde var olan ve hukukî uygulamaya ters düşen dinî ideali ifadelendiren bir kurallar sistemi ürettiklerini ileri sürer.<sup>39</sup>

İslam hukukunu ideal ve pratik arasında var olduğunu kabul ettikleri bir dikotomi ile karakterize eden klasik oryantalist söylemi<sup>40</sup> revizyonist bir tutumla kritik eden Hallağ'ın yaklaşımları, bilimsel objektivitenin somut bir göstergesi niteliğindedir. Hallağ, İslam hukukunda farklı alanlarında son dönemde yapılan çalışmaların, pozitif hukuk ile siyasal, sosyal, ekonomik ve diğer gerçeklikler arasında sıkı bir bağın olduğunu ortaya koyduğunu belirtir. Pozitif hukuk ile hukuk teorisi arasındaki bağın da çok sıkı olduğunu ileri sürer. Hanefi hukuk bilginlerinden Serahsi'nin (beşinci/on birinci yüzyıl) hukuk teorisine ilişkin olan orijinal eserini, onun pozitif hukuk sistemini üzerine inşa ettiği hukuk metodolojisinin açıklanması amacıyla kaleme aldığını belirttiğini zikreder. Onun bu eserinin iyi bir analizi, onun pozitif hukuk ve hukuk uygulamasına verdiği dikkat ve önemi gösterir. Benzer biçimde, Debusi ve Pezdevi'nin de kendi dönemlerinin hukukî uygulamalarına büyük bir önem atfettiklerini belirtir. Yine, Kârâfi'nin de *ez-Zâhire* adlı eserinde ortaya koyduğu pozitif hukukunu, metodolojik giriş olarak tasarladığı *Tenkîh'ul-Fusûl*'de sistematize ettiği hukuk teorisi ile birleştirir.<sup>41</sup>

İslam hukukunu teori-pratik ya da idealizm-realizm arasındaki çelişki ile karakterize eden klasik oryantalist bakışın tersine<sup>42</sup> Hallağ, *usûl-i fıkħın* gerçek varlık nedeninin ve temel amacının pozitif hukuk olduğunu belirtir. Teori ile pratik arasında bir köprü kuran *edebü'l-kaza* literatürünün bunun kanıtı olduğunu ifade eder. Bu bağlamda, Maverdi'nin *Edebü'l-Kâdi* adlı eserinin bir bölümünü, ictihad ederken *kadılar* ve *müftiler* için gerekli olduğunu ifade ederek fıkħ usûlü konularına ayırmasına işaret eder. Hicri beşinci/on birinci ve özellikle de yedinci/on üçüncü yüzyılda yeni bir hukuk bilimi dalı olarak ortaya çıkan *tahrîc*'in amacı da, hukuk metodolojisi ve hukuk teorisinin spesifik prensiplerini pozitif hukukun olayları ile birlikte tahlil etmek olmuştur. Bu konuda yazılan eserlerden, Zincânî'nin *Tahrîci*, İsnevi'nin *Temhîdi*, ve Tilimsani'nin *Miftâh*'ı zikredilebilir.<sup>43</sup>

→

eden Wael B. Hallağ'ın yaklaşımları konusunda bkz., Muharrem Kılıç, "Klasik Oryantalist Söylemin İslam Hukukuna Yaklaşımına Eleştirel Bir Bakış: Wael b. Hallağ Örneği" (yayınlanmamış tebliği), 'Oryantalizmi Yeniden Okumak: Batı'da İslam Çalışmaları' Sempozyumu, 12 Mayıs 2002, Sakarya.

<sup>37</sup> Coulson, *A History of Islamic Law*, s. 120.

<sup>38</sup> Bkz., Coulson, "Doctrine and Practice in Islamic Law", BSOAS, 1956, vol. 18/2, s. 220.

<sup>39</sup> Coulson, "The State and Individual in Islamic Law", s. 57.

<sup>40</sup> Coulson, *Conflicts and Tensions in Islamic Jurisprudence*, s. 60.

<sup>41</sup> Hallağ, "Usul Al-Fıqh: Beyond Tradition", *Journal of Islamic Studies*, sy. 3, (1992), s. 182-183.

<sup>42</sup> Bkz., Schacht, Joseph, *An Introduction to Islamic Law*, Oxford: 1965, s. 199.

<sup>43</sup> Hallağ, "Usul Al-Fıqh: Beyond Tradition", s. 183.



İslam pozitif hukukunda oluşum döneminden sonra gittikçe katılma sürecine girdiğini ve nihayetinde sosyal, siyasal ve ekonomik gelişmelerle bağını kopardığını ileri süren bu modern İslâmiyâtçılara karşı Hallaq, ilk dönem ve sonrasında fetvaların pozitif hukuk külliyyatına girerek hukuku güncelleştirmek suretiyle, hukukî değişimin bir aracı olduğunu ifade eder. Hallaq, hukuk ekollerinde kaleme alınan hukuk metnlerinin tahlilinin fetvalar ve onların sosyal arka plânı arasındaki güçlü bağı ortaya koyabileceğini belirtir. İslam hukukunu tamamen idealist normlarla dolu ve teori-pratik ikilemi içeren, dinî düşüncenin spekülâtif bir yapısını temsil ettiğini öne süren oryantalistlerin yaklaşımını eleştirir.<sup>44</sup>

#### IV. İSLAM HUKUKU VE SOSYAL DEĞİŞİM

Tarihsel açıdan İslam hukukunda sosyal değişimler karşısındaki durumu üzerine yapılan tartışmalar, bir yönüyle de onun modern anlamda bir hukuk sisteminin temel niteliklerini karşılayan bir hukuk olup olmadığı konusuna ilişkindir. Bu konuda klasik oryantalist söylemde çoğunluğun dillendirdiği temel yaklaşım, İslam hukukunda bir 'ödevler doktrini' olduğu ve bu nedenle de gerçek anlamda bir hukuk sistemi olmadığı yönündeki yaklaşımdır. Bunun doğal sonucu olarak da İslam hukuku dinsel nitelikli ve değişmez bir sistemi deyimler.<sup>45</sup> Schacht tarafından da savunulagelen bu yaklaşım, Coulson'ın İslam hukukunda doğası konusundaki görüşlerinin temel hareket noktasını oluşturmaktadır. Coulson'ın bu yaklaşımını, sosyal değişimlere açık olan ve toplumsal gerçeklikle çelişmeyen rasyonel bir hukuk anlayışının Batı'ya özgü olduğunu ileri süren Weberyen tutumun, oryantalist söylem üzerindeki bir izdüşümü olarak nitelendirebiliriz.

İslam hukuk literatüründe teklif edilen yargıcılık (*kadı*) görevini reddeden bir çok hukuk bilgininin adına rastlayabileceğimizi ifade eden Coulson, bu türden anekdotların İslam hukuk bilimine egemen olan idealizmin bir göstergesi olduğunu öne sürer. Hukukun ilk oluşum döneminde teori ve pratik arasında daha sıkı bir ilişkinin var olmasına rağmen, sekizinci yüzyılın sonu ile birlikte toplumdan ve toplumsal gelişmelerden bağımsız bir hukuk anlayışının egemen olduğunu ileri sürmüştür. Böylece İslam hukukunda pratikten soyutlanmış, sadece kendine dönük pür bir hukuk bilimi görüntüsü verdiğini savunmuştur. Orta Çağ hukuk bilginlerindeki bu idealist tutum, hukuk doktrini ve hukuk uygulaması ile, hukuk bilgini ve yargıcın konumları arasında kesin bir ayırım doğurmuştur. Sonuç olarak bu, hukukî ideal ile sosyal realite arasındaki gerilimi yaratmıştır.<sup>46</sup> Teori ve pratik arasındaki ikilemin İslam hukukunda temel karakteristiği olduğunu savunan Coulson'a göre, yargısal görevlere karşı hoşnutsuzluğun nedeni de, hukukun pratize edilemeyecek denli idealist bir niteliğe sahip oluşudur.<sup>47</sup>

Coulson, 'ictihad kapısının kapanması' şeklinde deyimsel ifadesini bulan ictihad etkinliğinin İslam hukuk tarihinde sona erişimin onuncu yüzyılda gerçekleştiğini ifade eder. Ona göre, hukukun dinamizmini sağlayan bu yaratıcı etkinliğin nihayete ermesi ile taklit dönemi başlamıştır. Bir anlamda 'ictihad kapısının kapanması' ile birlikte ictihad hakkı yerini *taklit* yükümüne bırakmıştır. Her bir hukuk bilgini kendinden önce gelen selefleri tarafından kurulmuş olan doktrini kabul etmiş ve onu takiple yükümlü olan *mukallitler* olmuşlardır. Doğal olarak da *taklit*, İslam hukukunda teorik ve

<sup>44</sup> Hallaq, "From Fatwas to Furu: Growth and Change in Islamic Substantive Law", s. 29-31.

<sup>45</sup> Hurgronje, J. S., *Selected Works of C. Snouck Hurgronje*, Leiden, Brill, 1957, s. 256.

<sup>46</sup> Coulson, *Conflicts and Tensions in Islamic Jurisprudence*, s. 42-43. Coulson, *A History of Islamic Law*, s.58-61.

<sup>47</sup> Bkz., Coulson, "Doctrine and Practice in Islamic Law", BSOAS, vol. 18/2, s. 211, 1956.

pratik gelişimini engelleyen bir unsur olmuştur.<sup>48</sup> İslam hukuk çalışmalarını belli ekollerin sınırlarına indirgeyen bu *taklit* zihniyeti, İslam hukukunda gelişimine sekte vurmuş ve bunun sonucunda, icthad prosedürü mekanikleşmiş ve hukuk bağımsız gelişmeye izin vermeyen katı bir kalıba sokulmuştur.<sup>49</sup> Hukuk literatüründe *taklit* doktrininin egemen olduğu onuncu yüzyıl ve sonrasında gelen hukuk bilginlerinin ilk dönem hukuk bilginlerini *taklit* ettiklerini öne süren Coulson, yaratıcılığın yerini *taklidin* aldığı bu dönemin hukuk bilginlerinin, oluşmuş olan hukuk doktrininin sadece içeriğini değil, biçim ve sistematikliğini de *taklit* eder olduklarını iddia eder.<sup>50</sup> Ona göre, icthad kapısının kapanması ve *taklit* zihniyetinin egemen olması ile birlikte, dönemin hukuk bilginleri yalnızca seleflerinin yapmış oldukları çalışmaları şerhle uğraşır olmuşlardır.<sup>51</sup>

Halbuki İslam hukuk literatürü tarihsel süreci içinde objektif bir analize tabi tutulduğu zaman, ilk üç yüzyıldan sonra hukuk alanında açık bir gelişimin kendisini gösterdiği ortaya çıkar. Örneğin beşinci/on birinci yüzyıl Hanefi hukuk bilginlerinden Kuduri ve Serahsi'nin, yine altıncı/on ikinci yüzyıl Hanefi hukuk bilginlerinden Alauddin es-Semerkandi ve Kâsânî'nin yapıtlarının seleflerinin eserlerine göre daha yetkin olduklarını ifade edebiliriz.<sup>52</sup>

"*The Origins of Muhammadan Jurisprudence*" adlı eserine referansla Schacht'ın İslam hukuku alanındaki yetkinliğini kabul eden Coulson, onun 'İslam hukukunda kaynaklarına ilişkin geniş ilkeleri çerçevesinde çürütülemez bir tez geliştirdiğini' ifade eder.<sup>53</sup> Bu önkabulü, onun İslam hukuk yorumunun temel referansını oluşturmuştur. Nitekim, İslam hukukunda oluşum döneminin sona ermesiyle birlikte bir çöküşe tanıklık ettiğini savunan hocası Schacht'ın tutumunu, yukarıda görüldüğü üzere sorgulamaksızın benimsemektedir.

Hallaq, İslam hukukunda gelişim ve sosyal değişim karşısındaki dönüşümünün temel dinamiğini oluşturan icthad etkinliğinin üçüncü/dokuzuncu yüzyılın sonu ile birlikte durduğu yönündeki başta Schacht<sup>54</sup> ve onun tilmizi Coulson tarafından öne sürülen bu iddianın gerçekliğini sorgular.<sup>55</sup> Hocası Schacht ile aynı düşünceyi paylaşan Coulson'ın tersine, icthad etkinliğinin İslam'ın ilk beş yüzyılında pratik ve teorik düzeyde aralıksız devam ettiğini öne süren Hallaq, beşinci yüzyıla kadar 'icthad kapısının kapanması' konusunun gündemde olmadığını vurgular. Hallaq, "icthad kapısının kapanması" ifadesinin ilk olarak beşinci yüzyıl Hanbeli hukuk bilgini İbn Akil tarafından kullanıldığını ifade eder. Daha sonra bu konuyu ilk olarak özel bir bölümde, farklı yaklaşımları da ortaya koyarak ele alan usul bilgininin Amidi olduğunu belirtir.<sup>56</sup>

Klasik oryantalist yaklaşımdan farklı olarak Hallaq, teori ve uygulamada icthad etkinliğinin devam etmiş olması nedeniyle, bu sorunun kaynağını hukuk sisteminde değil onun dışında aramıştır. O döneme ilişkin bir literatür taramasının, sorunun kaynağının teolojik olduğunu gösterdiğini belirtmiştir. İslam dünyasında o döneme dam-

<sup>48</sup> Bkz., Coulson, *A History of Islamic Law*, s. 80-85.

<sup>49</sup> Bkz., Coulson, *Conflicts and Tensions in Islamic Jurisprudence*, s. 42-43. Coulson, *A History of Islamic Law*, s. 80.

<sup>50</sup> Coulson, *A History of Islamic Law*, s. 84.

<sup>51</sup> Coulson, *a.g.e.*, s. 81.

<sup>52</sup> Hallaq, "Was The Gate of Ijtihad Closed", *International Journal of Middle East Studies*, 16 (1984) Reprinted in Hallaq, *Law and Legal Theory in Medieval Islam*, s. 19-20.

<sup>53</sup> Coulson, *A History of Islamic Law*, s. 4.

<sup>54</sup> Schacht'ın bu konudaki görüşlerinin ayrıntıları için bkz., Schacht, J., *An Introduction to Islamic Law*, s. 70-72, Oxford: 1965.

<sup>55</sup> Hallaq, "Was The Gate of Ijtihad Closed", s. 3-41.

<sup>56</sup> Bkz., Hallaq, *a.g.m.*, 19-24.

gasını vuran kötüye gidiş düşüncesi, beşinci/on birinci yüzyılın ortalarından itibaren, siyasal gerileme düşüncesi ile beraber, eski hukuk bilginleri gibi hukuk bilginlerinin bir daha gelmeyeceği düşüncesini doğurmuştur. Bu düşüncenin teolojik arka plânında, "En iyi çağ benim çağım, sonra onu izleyen çağ, sonra da onu izleyen çağdır..." ve buna benzer teolojik içerimleri olan hadis literatürü yer almıştır. Ancak, teolojik doktrinlerin hukuk teorisine etkisi ile yapılan bu teorik tartışmalar sürmekle birlikte, Orta Çağ'da pozitif hukuk gelişimini sürdürmüştür.<sup>57</sup>

Dördüncü/onuncu yüzyıldan itibaren kaleme alınmış olan ilgili literatürün analizi, klasik oryantalist söyleme egemen olan bu çöküş senaryosunun büyük bir yanlığı olduğunu ortaya koyar. Zira, İslam hukuk tarihinde hemen her dönemde ictihad edebilme yetkinliğine sahip hukuk bilginleri var olmuş ve İslam hukuk ekollerinin oluşum evresinden sonra da pozitif hukukun gelişiminde ictihad kullanılmıştır. Yine, "ictihad kapısının kapanması" konusunda var olan görüş ayrılığı, hukuk bilginlerinin ictihad etkinliğinin son bulduğu konusunda bir görüş birliğine varmalarına engel olmuştur.<sup>58</sup>

İslam hukuk teorisi geleneğinde yer alan "ictihad edip, isabet edene iki, isabet edemeyene ise bir sevab vardır" ilkesi ictihadi etkinliğin devamlılığının teminini amaçlamış ve sünî hukuk geleneğinde ictihad hukukunda gelişiminde tek ana damar olarak algılanmıştır. Bu yüzden ictihad karşıtı bir tutum sergileyen Hâşevîyye ve Zahîrî hukuk ekolleri gibi gruplar sünî hukuk geleneğinden dışlanmışlardır.<sup>59</sup>

Coulson, 'vahiy-akıl', 'birlik-çokluk', 'otoriteryanizm-liberalizm', 'idealizm-realizm', 'hukuk-ahlak' ve 'durağanlık-değişkenlik' dikotomileri ile karakterize ettiği İslam hukukunda asıl gerilimini, 'durağanlık-değişkenlik' ikileminin oluşturduğunu belirtir. Diğer gerilim alanlarının tamamlayıcısı niteliğindeki bu gerilim noktasının, çağdaş Müslüman hukuk bilginlerinin de yüzleştiği bir sorun olduğunu ifade eder. İlahî vahiy düşüncesi, birlik doktrini, taklit doktrini biçiminde ortaya çıkan otoriteryanizm ve İslam hukukunu ebedî geçerli bir yaşam tarzı olarak öngören idealizm anlayışının tümünün katı durağan bir hukuka yol açtığını ileri sürer.<sup>60</sup>

Coulson, Batı orijinli modernist paradigmanın egemenlik alanlarından biri olan modern Batı hukukunda etki alanına giren Müslüman reformistlerin, hukuk modernizmini gerçekleştirebildiklerini öne sürer. Bu çerçevede geçen birkaç onyılda mahkemeler tarafından uygulanan İslam aile hukukunda özündeki değişikliklerin büyük bir öneme sahip olduğunu ifade eder. Örneğin, kadının veli ya da vasisi tarafından zorla evlendirilmesinin önüne geçilmesi, kadının nikah akdinde bir takım özel şartlar ileri sürmesine izin verilmesi, tek taraflı boşanma hakkı ve çok evliliğin sınırlandırılması gibi kadının sosyal statüsünün iyileştirilmesini amaçlayan düzenlemeler getirilmiştir. Bu reformlara koşut olarak, geçen yıllarda mahkemelerde uygulanan İslam hukukunda formunda da radikal değişimler olmuş ve Orta Doğu'da İslam aile hukuku modern kodlar biçiminde düzenlenmiştir. Yine birçok ülkede, temyiz yargılamasını da içerecek biçimde yargı sistemi tekrar düzenlenmiştir.<sup>61</sup> Toplumsal gereksinimler ve sosyal değişim doğrultusunda reformistlerin eliyle İslam hukukunda gerçekleşen dönüşümün merkezine, esin kaynağı Batı olan hukuksal modernizmi yerleştir-

<sup>57</sup> Hallaq, "On the Origins of the Controversy About the Existence of Mujtahids and the Gate of Ijtihad," *Studia Islamica*, LXIII, (1986), Reprinted in Hallaq, *Law and Legal Theory in Medieval Islam*, s. 134-141.

<sup>58</sup> Hallaq, "Was The Gate of Ijtihad Closed", s. 4.

<sup>59</sup> Hallaq, *agm.*, s. 7-9.

<sup>60</sup> Coulson, *Conflicts and Tensions in Islamic Jurisprudence*, s. 96.

<sup>61</sup> Coulson, *a.g.e.*, s. 99.

mektedir. Burada, tarihsel pratikleri ile toplumsal değişimlerle eş zamanlı biçimde dinamizmini koruyabilecek kavramsal ve kurumsal yeterliliğe sahip olduğunu kanıtlayan İslam hukukunda, ideolojik oryantalist söyleme kurban edilmesini görmekteyiz.

Nitekim, çoğunlukla bir hukukî spekülasyon ürünü olmayan ve hiçbir biçimde teorik ve hipotetik olmayan ilk fetvaların kaynağı, Müslüman toplumların karşılaştıkları aktüel gerçeklikler olmuştur. Hukuk ekollerinin furû çalışmalarına giren fetvalar, hukuk ekolünün doktrinindeki gelişim ve değişimini yansıtır. Böylece fetva, pozitif hukuku güncelleme ve tadil etmede bir araç olarak ortaya çıkmıştır.<sup>62</sup> İslam hukukunda doktriner gelişim ve değişimin baş aktörü fetva olmuştur. Klasik oryantalist söylemde fiilî gereksinimler ve yargısal uygulamaların ürettiği bir hukuk değil, 'hukuk bilginlerinin hukuku' olarak nitelendirilen İslam hukuku,<sup>63</sup> gerçekte *müftülerin* hukuku olarak karakterize edilebilir.<sup>64</sup>

## SONUÇ

Batılı zihin dünyasının Doğu tasarımı olan oryantalist söylemin temel belirleyicileri, doğal olarak o düşünsel evrenin sosyal teorileri olmuştur. Sosyal teorilerle oryantalist söylem arasındaki bu diyalektik, klasik oryantalizmin İslam hukukuna yaklaşımında da kendini göstermektedir. Batı modernitesinin temel karakteristiği olan düzçizgisel ilerlemeci paradigmanın oryantalist söylem üzerindeki hegemonyası, Batı zihin dünyasının ürettiği kavram ve kurumların idealize edilmesi ve 'öteki'nin buna göre tasarılanmasını doğurmuştur. Oryantalist çalışmalar, bir takım kavramsal dikotomiler kullanma yöntemiyle, negatif değer yüklü olan 'öteki' ile pozitif değer yüklü olan 'berikini' tanımlamayı, daha doğrusu idealize etmeyi amaçlamışlardır. Bu zihinsel sürecin kaçınılmaz olarak, genelleyci ve indirgemeci bir tutumu sergiliyor olması da önemsizmemiştir.

Bu tutum, İslam hukukunda can damarı olan ictihad etkinliğinin ilk iki yüzyıldan sonra sona erdiğini ve hukuk bilginlerinin (*müctehidler*) kalmadığını ifade eden yaklaşımda kendini gösterir. İslam hukukunda temel karakteristiklerinden biri olarak teori-pratik ikileminin öne sürülmesi de bu tutumun bir göstergesidir. Yine, İslam hukukunu hukuk bilginlerinin hukuku olarak gören ve bu hukukun ne fiilî gereksinimler ve ne de yargısal uygulamalardan çıktığını öne süren tutum da aynı zaafiyetle maluldür.

Tarihsel süreçte İslam hukuk doktrinleri, toplumsal gereksinimler ve sosyal değişimler karşısında esnekliğini ve dinamizmini sağlayacak kendine özgü kavramsal ve kurumsal gelişimini ortaya koymuştur. Hukuksal formalizmin aşılmasında yöntemsel bir araç olarak istihvan ve istislah gibi kavramlar yer alırken, İslam hukukunda devinliğinin bir aracı olarak da fetva kurumu varlığını sürdürmüştür.

Ne yazık ki, klasik oryantalist söylemin Şark tasavvuru, Batı'ya özgü olanın biricikliğinin ortaya konulmasının teminine dönük bir çaba olduğu için, 'ötekine' negatif bir değer yükleme gerekliliğini doğurmuştur. Bu temel yargı üzerine kurulan tasavvur da kaçınılmaz biçimde akademik dürüstlikle bağdaşmayan öznellik malul olmuştur.

<sup>62</sup> Hallaq, "From *Fatwas* to *Furu*: Growth and Change in Islamic Substantive Law", s. 61.

<sup>63</sup> Bkz., Schacht, *An Introduction to Islamic Law*, s. 209. Coulson, *Conflicts and Tensions in Islamic Jurisprudence*, s. 19.

<sup>64</sup> Hallaq, "From *Fatwas* to *Furu*: Growth and Change in Islamic Substantive Law", s. 65.