

# İSLAM HUKUKU İLE POZİTİF HUKUKUN BULUŞMA İMKANLARI <sup>1</sup>

Emir Kaya <sup>2</sup>

Türkiye başta olmak üzere Müslüman nüfusun yaşadığı pek çok ülkede artan yoğunlukta gözlemlendiğimiz hayati bir problemin adını koymamız ve çözümüne yönelmemiz gerekmektedir: İslam hukuku ile resmi hukuk arasında daha açık bir irtibatın kurulması gerekli midir, mümkün müdür?

İkisi de norm kaynağı olan din ve devlet arasındaki problemin adı bu şekilde konulmadığı takdirde irili-ufaklı sayısız sorunla ayrı ayrı uğraşmak, cephe savaşları içinde hep beraber yıpranmak kaçınılmaz olmaktadır. Din algısı üzerinden parçalanmış siyasi kesimlerden hangisi galip gelirse gelsin toplumun tamamının mağduriyet yaşadığını defalarca tecrübe ettik. Gördük ki iktidara malik olmak topluma barış ve adalet getirmeye yetmiyor. Zira dine ve devlete yüklenen anlamların taşıyıcısı olan siyasi atmosfer hukuk sahasında sağlıklı neticelere izin vermiyor. Hukuk kurumları sağlıksız olunca tüm sektörler bozuluyor. Öyleyse sorunlarla dolu olan hukuka -hukuk siyasetine ve zihniyetine- yeni bir mizaç ve usul ile yaklaşılması gerekmektedir. Tebliğimiz bu doğrultuda bir denemedir; herhangi bir yönde ideolojik ısrarlar içermemektedir. Okuyucuyu da esnekliğe davet etmektedir.

Çokları laiklikten bahisle fıkıh-hukuk irtibatını baştan kanunsuz ve zararlı görmektedir. İrtibatın gerçekçi veya yararlı olmayacağı şeklinde daha yumuşak itirazlar da mevcuttur. İtirazlarda haklılık payı olmakla birlikte bu haklılık toplumun dayattığı gerçekleri görmezden gelmemizi gerektirecek seviyede değildir. Din normları ile devlet normları arasındaki arızalar giderilmedikçe dini kimliği önemseyen nüfusa sahip bir ülke huzur bulamaz. Buna dini azınlıkları konumlandırmakta zorlanan batılı ülkeler de dahildir.

---

<sup>1</sup> Anadolu İlahiyat Akademisi tarafından Ankara'da düzenlenen Pozitif Hukuk ve İslam Hukuku Çalıştayı kapsamında 9 Mart 2018 tarihinde sunulmak üzere hazırlanan tebliğdir. Sunum sırasında metne birebir bağlı kalınmamıştır. Sunum videosuna -aktifse- <https://www.facebook.com/emir.kaya.526/videos/> sayfasından erişilebilir, görüşlerinizi [emir.kaya@asbu.edu.tr](mailto:emir.kaya@asbu.edu.tr) adresine iletilebilirsiniz.

Bu metin Çalıştay sonrasında güncellenmemiştir. Bilahare gözden geçirilip yayınlanacaktır. Metnin bu halinden yararlananlar <https://www.academia.edu/36093152/> adresini ve erişim tarihlerini belirterek atıf yapmalıdırlar.

<sup>2</sup> Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi öğretim üyesi

Kanaatimizce İslam hukuku ile pozitif hukuk arasında daha açık bir irtibatın kurulması zorunluluktur. İdeolojik bakılırsa bu zorunluluk fark edilmeyebilir ya da abartılabilir. Fakat sosyolojik bakılırsa -toplumsal kabulün hukukun başarısı için elzem olmasından hareketle- nerede Müslüman varsa orada Müslüman kitlenin mahiyetine göre fikhın olması gerektiği derhal teslim edilecektir.

Tebliğimizin temel argümanı bundan ibarettir ve amacı fıkıh-hukuk irtibatının ilkelerini tartışmaya açmaktır.

## **I. Fıkıh-Hukuk İrtibatının Ortak Mecrası**

Fıkıh kelimesi Arapça fe-kaf-he harflerinden oluşmakta olup, ‘ince, derin, tam anlayış’ şeklinde tanımlanabilir. Kuran’da da geçen bu kelime, İslam’ın ilk yıllarında ‘dine dair isabetli kavrayış’ anlamında kullanılmıştır. İlerleyen dönemlerde fıkıh, Müslümanların siyasi gücünün artmasına ve sosyal hayatı düzenleme faaliyetlerinin yoğunlaşmasına paralel olarak ‘hukuki metot, bilgi ve görüş’ şeklinde bir anlam daralması yaşamış ve nihayet ‘İslam hukuku’ olarak anılır olmuştur. Bu son anlamıyla fıkıh-hukuk irtibatından söz etmek yersizdir çünkü fıkıh zaten bir tür hukuktur. Hal böyleyken bu irtibattan söz etmemizin nedeni, irtibatın gerçekleşebilmesi için evvela fikhın İslam’ın ilk yıllarındaki gibi genel anlamda ince, derin ve tam anlayış hüviyetine dönmesi gerektiğini savunmamızdır. Diğer bir deyişle fıkıh, ‘teknik hukuk’, ‘ilmi otoritelerin belirlediği ahkam’ gibi anlam daralmalarından kurtulmalıdır. Bu tezimizi ileride açacağız.

Hukuk kelimesi ise Arapça ha-kaf harflerinden oluşan ‘hak’ kelimesinin çoğuludur ve ‘haklar’ anlamında gelir. ‘Konusu haklar olan ilim ve meslek’ olarak tanımlanabilir. Pek çok batı dilindeki muadil kavramlar da hukuk mesleğini ‘hak’ kavramından türetmiştir: *Rechts, droit, derecho, diritto...* İngilizcede de hak (*right*) benzer bir semantik özellik taşımaktadır ve doğru, düzgün, sağ anlamlarına gelir. Hukuk ilmi ve mesleği (*law*) ise kanun ve kural anlamına gelmektedir. Toparlarsak; hukuk, hakları kurallarla koruma işidir. Neyin hak, neyin geçerli kural ve neyin düzgün koruma işi olduğu noktasındaki ayrışmalar hukuk ekollerini doğurur.

Dünya dillerine göz attığımızda ‘hukuk’ teriminin pek çok başka terimle ilişkili olmakla birlikte her yerde mesleğe özel yani dar bir anlam yüklendiğini görmekteyiz. Bu dar ve özel anlamı belirlemek, başlı başına bir iktidar mücadelesidir. Haliyle bu alandaki arayışlar da çoğu zaman siyasi ve ilmi otoritelere, ortodoksilere yaslanmayı/çarpılmayı beraberinde getirir. Diyebiliriz ki hukuk sahasındaki en büyük teorik sorun, hukukun tanımıdır ki somut sorunların kökü de bu katmandadır. Hukukun nasıl anlaşılması ve ne olması gerektiğine dair yaşanan

çarpışmalar arasında aşınan da hukuk olur. İşte bu tehlikeyi bertaraf etmek için hukuka yüklenen anlamlar sürekli gözden geçirilmelidir. Yeterince esnek ve dayanıklı olmayan bir anlayışta sabitlenmek hukukun başarısızlığının örtük nedenini oluşturmaktadır. İster dini isterse laik hukuk olsun bu noktaya dikkat etmek gerekir.

Varmak istediğimiz nokta şudur: Fıkıh-hukuk irtibatını öne sürerken nasıl fıkıh kavramında bir arınma önerdiysek hukuk kavramında da esneme önermekteyiz. İktidar, düzen, bilgi, otorite, ideoloji, cebir, sosyal kabul/direnç, kültür, zihniyet gibi pek çok unsurla hayatiyet bulan hukuku tanımlarken hangi unsur, hangi gerekçeyle öne çıkartılmalıdır? Bu soruyu geçiştirirsek toplumu huzura kavuşturacak bir hukuk nosyonu geliştiremeyiz. Sorunları gelecekte daha şiddetli krizler halinde yaşamayı seçmiş oluruz.

Günümüzde hukuk, ‘devletin düzen kurgusu’ biçiminde algılanmaktadır ki buna algı-tanım diyoruz. Bu tanıma göre devletin erişmediği noktalar hukukun erişmediği noktalardır. Hukuk, devlete egemen olanın hukuk saydığıdır. Devletin görmek istediği kadardır. Resmi iktidarın iradesinden ibarettir. Oysa alternatif, daha fenomenolojik bir bakışa göre hukuk özünde normdur ve normun olduğu her yerde hukuki münasebet vardır. İktidar resmen tanınan güçten, hukuk da resmi gücün kurallarından ibaret değildir. Sosyal gerçeklik sayısız iktidar alanından ve normdan oluşur.

Örneğin bir çekin tahsilini ister mafya isterse mahkeme sağlasın, normatif etki ve sonuç aynıdır. Birine illegal diğerine legal demekle, birini hukuksuz diğerini hukuk saymakla ‘olgu/vakıa’ değişmemektedir. Realitede ikisi de normatiftir. Yine mirasın medeni hukuka göre bölüştürülmesi nasıl hukuksa dine veya geleneğe göre bölüştürülmesi de fiilen aynı derecede hukuktur. Resmi ve gayriresmi normatiflikler aynı sosyal alanı doldurmaktadır, aynı işlevi görmektedir. Ve her normatif etki ‘resmi hukuk’u tamamlamak, eksiltmek veya bozmak ama her halükarda onunla etkileşimli realitelere yol açmak yönüyle hukuktur. Sosyal hayattaki normlara odaklanan özcü perspektif bunu söyler ve sosyolojik açıdan isabetlidir. Kitaplardaki normlara odaklanan pozitivist temayül ise -ister laik hukukçu isterse dini/fıkıhçı olsun- sosyal gerçekliğe algılarını kapattığı için ideolojiktir, kurgucudur, isabetsizdir ve verimsizliğe mahkumdur.

Sosyolojik perspektife göre devlet normları; din, ahlak, kültür gibi diğer normlardan izole bir şekilde var değildir. Diğer normlara mutlak baskın çıkabilmiş de değildir. Devlet normları diğer normlarla ilişkisine göre canlılık kazanır. ‘Hukuk’ kavramına daha geniş ve gerçekçi bakılarak açılımlar yapılmasının gereği buradan anlaşılmaktadır. Cari hukuk söyleminin yarı

kör oluşu onu sosyal bilimlerin mantığından kopmuş bir hülyaya dönüştürmüştür. Güce yaslanarak oluşturulmuş bir imaj faaliyetinin sosyal hayatı huzura kavuşturmada yetersiz olması olağandır.

Zihinlerimize cebir uygulayan çarpık hukuk anlayışı aşırı resmi, merkezi, biçimsel ve siyasi bir anlam yüklenmiş olduğundan belli bir görüş alanının dışına iltifat etmez ve eğer 'laik' bir imaj yüklendiyse sırf 'dini' diye sosyolojik gerçeklere sırtını döner. Oralara idrakimizi kapatır. Gözlerimizi ve kulaklarımızı tıkayarak yol almanın mecrası halindedir. Lakin toplumun resmen tanınmasa da fiilen etkin pek çok norm kaynağına ev sahipliği yaptığını inkar etmek mümkün değildir. O kadar ki resmi hukuk normlarının ağırlığı bu ekstra-legal boyut karşısında hafif kalabilmektedir. Resmi hukukun sosyal gerçekliği de gayriresmi boyuta göre şekillenmektedir. Öyleyse hukuk nosyonu, sosyal bilimsel açıdan yerinde ve zorunlu nedenlerle ciddi bir dönüşüme tabi tutulmalıdır.

Toparlamak gerekirse; fıkıh- hukuk bağlantısı, her iki norm kaynağının mevcut durumları ve algılanışları üzerinden kurulacak bir irtibat değildir. Her iki boyutun da ıslah edilmesiyle birlikte ileride kavuşmaları gereken kavşağı ifade eder. Fıkıh zihniyeti de hukuk zihniyeti de arınmalı, esnemeli ve toplumsal barışı sürdürebilecek ortak kıvama erişmelidir.

## **II. Fıkıh-Hukuk İrtibatının Zorunlu Olması**

Fıkıh-hukuk irtibatının zorunlu oluşunu başlıca iki boyutta savunabiliriz ki bunlardan biri nispeten duygusal olup, sübjektiftir. Diğeri ise daha bilimsel olup, objektife yakındır. Sırasıyla bunlar felsefi ve sosyolojik argümanlardır.

### **A. Felsefi Argüman**

Gerek felsefi gerekse dini tüm bilgilerin kökeninde bir tür duygusal kabul yani inanç/kanaat vardır. İnsanlığın mutlak kesinlikte ve ortak bilgisi yoktur. Hiçbir fikrin akıl çerçevesinde tam ispatı da yoktur; her fikir ancak belli bir aksiyom/mütearife zemininde doğrulanır ya da yanlışlanır. Ret ve kabul o zemine nispetlidir yani izafidir. Öyleyse tüm düşünce ve inançların en derinde birer kanaat olduğunu fark etmek, akıl tevazuu ile sağlanacak sağlıklı iletişimin birinci koşuludur. Bu koşul karşılanmalıdır ki iyileşme zemini kurulabilsin.

Bu çerçevede; sadece din lehindeki değil, dine mesafeli duran aşırı keskin ve pazarlıksız kanaatler de fonksiyon olarak birer akide ve 'din' haline getirilmiştir. Ateizm, agnostisizm, deizm, sekülerizm gibi görüşler -görüş sahibinin tutumuna bağlı olarak- eleştiri konusu edilen

dinlerden farksız bir işlevde olabilir. Bunu akılda tutup, “Din inançtır; inançlar hukukun dışında kalmalıdır” gibi beylik sözlere kapılmamak gerekir. Kökü inanç olmayan hiçbir fikir yoktur.

Din cephesinde de “Din/Şeriat/Fıkıh ilahi kanundur; herkesi bağlar” şeklinde derinliğine inilmemiş, hamaset seviyesinde kalmış görüşler yaygındır. Gerçekte insanların dini bilgilerinin çoğu ilahi olmayıp, felsefi mahiyetteki zihinsel tutumundan doğar. İslam sıfatı ortak bile olsa Müslümanlar arasında pek çok kanaat farkı vardır ki bunlar -nötr ve geniş anlamda- farklı felsefi köklere işaret eder. Öyleyse her durumda ambalajlara aldanmaksızın içsel tutum ve psiko-sosyal işlev üzerinden değerlendirme yapmak önemlidir. Unutulmamalıdır ki görüntü laik olup tutum ‘din’ gibi olabilir. Görüntü din olup tutum ‘felsefi’ olabilir.

Gözlemlerimize göre; İslam-devlet, fıkıh-hukuk kavuşmasını savunan dini görüşlerin çoğu felsefi/ideolojik mahiyette olup, itiraz ettikleri laik ideolojiden içsel tutum itibariyle pek de farklı değildirler. Laikçi ısrarcılık gibi bizce bu tutum da reel sosyal bir problemi bilimsel serinkanlılıkla çözmeye engeldir. Bu notu düştükten sonra fikhî -ya da daha güçlü bir ifadeyle şeriatı- dini gerekçelerle devlete egemen kılmak isteyenlerin argümanına geçelim:

Dini görünen ve geniş anlamda felsefi olan bu argümana göre; fıkıh pozitif hukuk haline getirilmelidir çünkü fıkıh kainatı yaratan Allah’ın elçi seçtiği zata vahiyle bildirdiklerinden çıkartılan hükümleri içerir. Allah’ın hükmüyle hükmetmeyen zalim olur. Allah’ın hükmü her yerde geçmelidir. Resmi hukuk, İslam hukuku olmalıdır. Her yerin ve dönemin rabbi Allah olduğuna göre her zemin ve zamana İslam hukuku egemen olmalıdır.

Bu argümanın temelinde akide yani inanç vardır. İnancın karşısında ise başka inançlar olur. İsa’nın Tanrı’nın oğlu olduğu, hukukun laik olması gerektiği de birer inançtır; ispatlanmış evrensel bilimsel gerçeklikler değildir. “İnançlar ancak belli kabul zeminlerinde kesin bilgi gibi görünür; gerçekte insanlığa mal olmuş tereddütsüz kesin bilgi yoktur” demiştik. Öyleyse inanç boyutunda çözüm ararsak mutlak, bağlayıcı bir çözüm bulamayız. Herkes kendi çözümünü etkinleştirmek isterken en kurnaz, kuvvetli vs. olan başa geçer ve hukuku tayin eder. Bu usulle tayin edilen hukuk ister laik isterse dini iddialarda bulunsun, toplumsal planda genel ve gerçek bir çözüm üretmez. Tam tersine güç kavgalarını derinleştirerek hukuk algısını aşındırır. Böyle bir hukuk algısının az bir süre etkili olması toplumu on yıllarca sürecek tahribatlara uğratabilir.

Kaldı ki inanca dayalı bu dini/felsefi argümanı kabul etsek bile hangi İslam yorumunun doğru olduğu sorunu çözülmüş olmayacaktır. Bu sefer aynı sahil ve meşruluk tartışmaları din şemsiyesi altında devam edecektir. Yine inançlar, kanaatler çarpışacaktır. Öyleyse hukuk sisteminin vitrinindense sorunları teşhis ve tedavi yaklaşımı, farklı metotları toparlayıcı meta-

metodolojisi mühimdir. Dini ya da laik olsun herhangi bir felsefi tutumun aşırı sübjektif temelini olması ve aceleci doğası olgun hukuk nosyonu geliştirmeye izin vermemektedir.

Özetle, inanca dayalı felsefi argüman ile hukuk oluşturma önerileri farklı kanaat sahiplerince yine felsefi zeminde kolayca reddedilebilir. Reddedişler sosyal alanda çeşitli şekillerde tezahür ederken oluşturulan/önerilen hukuk yapısını da içten içe bozar. Bunu engellemek için hukukun en başta sosyal veriler ışığında geliştirilmesi gerekmektedir.

Din lehine ya da laiklik lehine bir felsefe/ideoloji siyaset mekanizmaları ile başa geçirilip topluma tepeden dayatıldığında ülkenin geleceğini şekillendirecek olan; -devletten çok- kabul ve dirençleriyle, hatta bocalamalarıyla bizatihi toplum olacaktır. İslam'ın hak din olması ya da laikliğin özgürlük getirmesi hakikat bile olsa hangi içsel tutumla dillendirildiklerine bağlı olarak hukuk güvenliğini ve toplumsal huzuru tesis etmede yetersiz kalabilir. Öyleyse ideolojik benlikten bir nebze sıyrılarak en baştan sosyolojik kuvvelerin tespitine odaklanmamız gerekmektedir.

## **B. Sosyolojik Argüman**

Felsefi argümanın başlıca iki açmazı şöylece netleşti: 1) Dine ve devlete dair siyasi kanaatlerin göreceliliği. 2) Cebir, hile, özensizlik ve sair kusurlarla hukuk haline sokulan bir kanaatin toplumsal etkinliğinin de arızalı olacağı.

Bu noktada fıkıh-hukuk buluşmasına dair sosyolojik argüman devreye girerek felsefi argümandaki açmazları savuşturmayı hedefler. Sosyolojik perspektife göre hukuk sistemlerinin ayakta durmasında toplumun kabul en belirleyici faktördür. Herhangi bir hukuk teorisini yaymak için otorite mevkiinden konuşmak yeterliyse de o teorinin arzulandığı gibi hayatiyet bulması ancak toplumla temasından olumlu karşılık alması ile mümkündür. Teorik hukukun toplumsal kabulü ne kadarsa pratikte gerçeğe dönüşmesi de o kadardır. Ötesi hayaldir, beklentidir, fantezidir. Hatta zulümdür. Dini veya laik, toplumsal kabulü eksik hukuk sistemleri bu nedenle köhner.

Bu argüman bizi nötr anlamda 'değer' kavramıyla karşı karşıya getirir çünkü kabulü belirleyen şey, değerlerdir. Artısıyla-eskisiyle toplumdaki değer yargılarını araştırmaya, nihayet kültürel kodların dünyasına yöneliriz. Herhangi bir değer önyargısı taşımaksızın ölçümler yapmak zorunda kalırız. Bu bilimsel çaba, dini/seküler hiçbir hukuk kurgusunun aşamayacağı bir boyutu dayatmaktadır: Sosyolojik meşruiyet.

Sosyolojik meşruiyet, bir normatif söyleme hedef sosyal kitle tarafından ne kadar değer verildiğidir. İnsanlar laik/dini, resmi/gayriresmi bir norma içten değer atfetmiyorlarsa fırsat buldukça o normu eğip bükerler, çiğnerler. Böylece o norm sosyal hayatta murada uygun olmayan etkiler yaparak hem parçası olduğu normatif bütüne hem de sosyal dokuya zararlı hale gelir. Bu sosyolojik kanundan dinler de, devletler de kaçamaz. Nitekim Türkiye’de Müslümanlık da laiklik de bundan nasibini almıştır. Her iki norm kaynağı da fazlasıyla yıpranmıştır. Zira ikisi de sosyal gerçekliği (sosyolojik meşruiyeti) temel almayan ideolojik ısrarlara sarılıdır. Karşılıklı ideolojik sataşmalara alet edilmektedirler. Öyleyse en başa, nötr anlamda toplumsal değer kodlarına yani sosyolojik meşruiyete dönelim.

“İslam hak din olduğu için fıkıh hukuk düzeninde etkili olmalıdır” görüşü temelde bir inanç ifadesi olduğu için başka inanç sahiplerinin felsefi boyutta itirazlarına hedef olur. Lakin “Türkiye’de sosyolojik meşruiyetin bir unsuru olarak İslam hukukta yer bulmalıdır” görüşüne itiraz makul ve bilimsel olamaz. Çünkü bu “Hindistan’da sosyolojik meşruiyetin bir unsuru olarak Hinduizm hukukta yer bulmalıdır” demekten farksızdır. Hinduizm isterse yanlış bir din olsun, orada kurulacak hukuk sisteminin verimliliği Hinduların kabulüne muhtaç olduğu için Hindu hukukunun sistemde bir şekilde yer bulması zorunludur.

Aynı prensiple, “Sosyolojik meşruiyetin bir unsuru olarak laik eğilimler hukukta yer bulmalıdır” görüşüne itiraz da makul ve bilimsel olamaz. Herkesi aynı şekilde dindar görmek isteyen İran örneğinin başarısızlığı tam da bu nedenledir. Sosyal gerçeklik bir hakikat yani hakk olduğu için hakkı tanımayanın -Hakk’ın dini adına bile olsa- başarılı olması düşünülemez. O bir aldanıştır. Hatta Hakk’ın dinine, hikmetine karşı geliştirebilir.

Öyleyse farklı görüşler arasında söylem, metot ve doz tartışması yapmak gerekir. Herhangi bir hukuk sistemi teklifine mutlak itiraz, bir inanca mukabil başka bir inancın dışavurumu olur. Çelişki içerir ve farklı kanaat sahiplerini çekişmeye davet eder. Nitekim bugünün Türkiye’sinde şekilci İslamcı iktidarı doğuran ana neden, şekilci laisist ideoloji olmuştur. İkisi de toplumsal barış, adalet ve huzuru sağlayamamıştır. Sosyal gerçeklikten yani haktan kopuk oldukları ölçüde hukuksuzluğa düşmüşlerdir.

Felsefi argümanları temsil eden siyasi tarafların güç mücadelesi hengamında hukuk anlamsızlaşmaktadır. Cebren ve hileyle galip gelen taraf kanun ihdas edip topluma dayatabilmişse de verim alamamıştır. Zira toplum asla dayatılan şekli almaz; daha derin komplikasyonlar geliştirir. Öyleyse siyasi gücün de tabi olacağı sosyolojik meşruiyet ilkelerinin

oluşturulması için sosyal bilimsel perspektife ihtiyaç vardır. Bu perspektif ideolojik ön kabullere teslim olmaz; onları dahi birer veri olarak görece kadar objektif ve serinkanlıdır.

Özetle, fıkıh-hukuk buluşmasını savunan sosyolojik argüman; birbirine zıt unsurları barındıran, farklı yönlerden meşru/gayrimeşru sayılan dini ve laik hukuk anlayışlarının uzlaştırılmasının metodolojisini gerektirmektedir. Böylesi bir uzlaşma karşılıklı taviz anlamına gelmez: Fıkıh dinamik sosyal gerçeklik şuuruyla hakka bağlanmıştır. Hukuk da sosyal gerçekliğin tam ve doğru teşhis edilmesi sayesinde hak ve özgürlüklerin garantörü olabilmıştır.

### **C. Diğer Argümanlar**

Bir hukuk sistematığının kuruluşunda saf halde felsefi ya da sosyolojik argümanın bulunması zorunlu değildir. Saf felsefi argüman, ideolojik despotizm olurdu. Saf sosyolojik argüman ise meşruiyetin toplumdaki başka kaynağı olmadığı anlamına gelirdi ki bu her tür uygulamayı haklı görmeyi gerektirirdi. Örneğin bir toplumda kişinin kardeşlerini öldürüp yemesi normal sayılsa burada sosyolojik meşruiyetin olduğundan bahisle hukukun buna müdahale etmemesi gerekirdi. Topluma mutlak derecede tabi olan hukukun varlığı tartışmalı hale gelirdi. Öyleyse en azından karma bir metodoloji gerekmektedir.

Evrensel ilke arayışları tam da hukukun kaynağı sorununu çözme girişimleridir. Kültürel farklılığa yekten teslim olmayan fakat tepeden de bakmayan genel bir insani altyapının geliştirilerek hukuka aktarılması çağın başat problemlerindedir.

Bu tebliğ çerçevesinde bu gibi genel problemleri doğrudan ele almıyoruz. Bir noktaya odaklanıyoruz. Haddizatında sosyolojik meşruiyet sağlıklı bir hukuk düzeni için yeterli koşul değildir, zorunlu koşuldur. Türkiye'ye referansla bu zorunluluğu açıklamaya devam edeceğiz.

### **D. Sosyolojik Meşruiyetin Unsurları**

Sosyolojik meşruiyet hem fıkıhçıların hem de resmi hukukçuların büyük oranda göz ardı ettiği lakin hukukun nihai etkinliğini tayin eden en önemli kuvvettir. Göz ardı edişleriyle mesleğin içe dönük konforundan yararlanan hukuk erbabı uzun vadede kendi saygınlıklarını, hatta varlıklarını tehlikeye atarlar. Osmanlı uleması bu nedenle tarihten silinmiştir, Cumhuriyet hukukçuları da bu nedenle ciddi itibar kaybına uğramıştır. Peki sosyolojik meşruiyet ne değildir, nedir?

Sosyolojik meşruiyet ilmi meşruiyetten farklıdır. İlmi meşruiyet, kitaplardaki geleneğe uyumlu olmakla edinilebilir (veya öyle görünebilir). Halbuki kitaplar ve alışkanlıklar ilim insanını gerçeklikten kopartarak malumatçı, tabucu ve tekrarcı figürler haline getirebilmektedir.



Hukuk sahasında bu figürler pek fazladır. Bilhassa fıkıhçılarda siyasi/pratik alandan dışlanmışlığa rağmen ilmi/teorik meşruiyet kaygısı devam ettiği için sosyolojik meşruiyeti daha da zora girmiştir.

Sosyolojik meşruiyet siyasi meşruiyetten de farklıdır. Seçim kazanarak iktidar olmak siyasi meşruiyet sağlasa da toplumla nikah akdi yapmak gibidir. Hukuken geçerli bir sözleşme yapılmıştır. Fakat evliliğin başarısını o imza değil, tarafların devam eden ilişkisi belirler. Sosyolojik meşruiyet, halkın iktidarın bileşenlerini kabul oranını ifade eder ve sürekli değişime açıktır. Cumhuriyet devri hukukunun birinci gayesi sosyolojik değil, siyasi dayanağı sağlamlaştırma çabası olmuştur. Cumhuriyet hukukçusu da ilmi meşruiyeti toplum değil, devlet üzerinden edindiğini vehmederek bir boyutta cahil kalmaktan kurtulamamıştır.

Sosyolojik meşruiyet “Vardır” ya da “Yoktur” şeklinde siyah-beyaz düşünülemez. Kompleks ve değişkendir. Hem detaylara hem de bütüne mütealliktir. Örneğin bölünmüş toplum kesimlerinin birinde devlete/hükümete yönelik desteğin, diğerinde muhalefetin aşırı şiddetli olması toplam sosyolojik meşruiyet sorusunu gündeme getirir. Lehteki ve aleyhteki görüşlerin kuvveti birbirini nötralize ettiğinde devlet/hükümet ayakta kalabilir fakat verimli yönetim mümkün olmaz. Tüm toplum kesimlerinde birbirine yakın meşruiyet algısının olması, katı bir şekilde ayrılmış toplumda bir tarafın baskın çıkmasından daha sürdürülebilir bir meşruiyet zemini sağlayacaktır. Bu sayede eleştiriler devleti/hükümeti besleyebilir ve tekil hukuki meseleler daha sağlıklı ele alınabilir.

Sosyolojik meşruiyet testini en temelde devletin ideolojisine uygulamak gerekir. Toplumda devletin kurucu felsefesinden razı olma derecesi neyse hukukun sosyolojik meşruiyeti de ona göre sınırlanır. Kurucu zihniyetin sosyolojik meşruiyeti ne kadarsa ülkedeki hukuki kalite en fazla o kadar olabilir. Zira toplum devlet ile güvensizliğe ve gerilime dayanan ilişki boyutları açarak -bidayette dikkate alınmadığı ölçüde- intikam alıcı olacaktır. İntikam bazen terör örgütlerinin gibi doğrudan, bazense devletçi kesimlerde bile rastlanan tevil edilmiş istismarlar şeklinde dolaylı olabilir. Sosyolojik meşruiyeti eksik bir devlet/iktidar baskı ve korkutma politikalarına yönelmekle meşruiyetini daha da azaltır ve çözülür.

Hukukçular ekseriyetle normları, benimsedikleri normatif teoriye referansla geçerli ya da geçersiz sayarlar. Örneğin anayasayı en yüksek ve katı kural kabul ederler. Oysa pratikte anayasa ancak toplumdaki ağırlığı kadar kuraldır. Anayasanın resmen üst norm olması fiiliyatta üstün normatif etki yapmasını doğurmaz. Fiili duruma bakarak adımlar atılması gerekir ki norm

ile olgu arasındaki kopukluk giderilsin, normlar fiilen etkili olabilecek derecede içkin değer ve saygı görebilsin.

Aynı prensip dini normlar için de geçerlidir. Dini yorumların toplumun ahvalinden uzak olması fiilen etkisizlik sonucunu doğuracaktır. Bu, “İnsanların keyfine uyan fetvalar verilsin” demek değildir. Fakat gündemi internet olan bir kitlenin karşısında gündemi teyemmüm olan bir fıkıhçının sosyal zemini kayganlaşacaktır. Mizacı disiplin dayatan fıkıhçı da mizacı anlam, sosyal adalet ve mutluluk arayan insanlardan kopar. Fıkıhçının zihin dünyasının ve gündeminin mensubu olduğu toplumunkinden uzaklaşması sosyolojik meşruiyetini azaltır. Böyle bir fıkıhçı haktan ve Hakk’tan kopmuştur; tabiatıyla hukuktan da dışlanır.

Sosyolojik meşruiyet zorla kazanılamaz. İnsanların samimi kabullerinden doğar. İnsan maddi-manevi değer hissini benliğinin merkezine yerleştirerek değerli gördüğünün peşine düşen bir varlıktır. Değersiz gördüğünden de uzaklaşır. Şartlar itaati dayattığında değer vermediğine de uyabilir fakat bu uyum sosyolojik meşruiyet sağlamaz. Adaletsiz, aldatıcı bir siyasi kazanımdan ibarettir.

Manevi açıdan değerli görmediği kurallara uyan insanların uyumu şartlı ve istikrarsız olur. Nitekim Türkiye’de devlet normları insanların maneviyatları ile yeterince bütünleşik olmadığı için sıkça arıza oluşmaktadır. Hukuk adı verilen aşırı kurgusal yapı yeterince benimsenmiş değildir. Fakat maddi kuvveti haiz olduğu için göz ardı edilebilir de değildir. Öyleyse hukukun samimiyetsiz bir kafa yapısı içinde metalaştırılması, kişilerin işine geldiği yönde eğilip bükülmesi öngörülebilir. Türkiye’de vakıa budur.

Öte yandan; maddi açıdan yeterince geçerli olamayan bir hukuk sistematiğinin insanların dünyasındaki kıymetini koruması da çok zordur. Türkiye’de İslam’ın hukuktaki karşılığının zayıflığı, pratikte tanınmamış olması -sırf maddi nedenlerle de olsa- resmi hukuku ciddiye almayı zorunlu kılmaktadır. Bu da fikha değer verememe, pozitif kanunlara değer verme etkisi yapmaktadır. Böyle bir ülkede Müslümanlar dayandıklarını iddia ettikleri İslam zeminini zamanla daha az samimiyetle önemseyip ve slogancılaşıyorlar. Türkiye’de vakıa budur.

Hukuk, bireylerin iç dünyasında çatışma yaşatmamak sayesinde sosyolojik meşruiyetini arttırabilir. Toplam değerler analizi yaparak insanları hem manevi hem de maddi açılardan tatmin edecek bir hukuk nosyonunun geliştirilmesi bu nedenle elzemdir. Türkiye bağlamında bu, İslam’ın hukuk sistemindeki dozunun arttırılması ile mümkündür. Elbette doz, başka iç çatışmalar yaratacak miktarda olmamalıdır.

Böyle bir iş; laikçi, batıcı, tek doğrucu, pozitivist, şekilci resmi hukukçularla olmaz. Dinci, gelenekçi, tek doğrucu, pozitivist, şekilci fıkıhçılarla da olmaz. Hem hukukun hem fıkıhın yükleri atılmalı, temeli yeniden kurulmalıdır. İşe; iki alanın ortak problemlerinden başlamak gerekir.

### **III. Günümüzde Hukuk ile Fıkıh: Benzer Tutumlar, Benzer Çıktılar**

Birbirlerine paradigma itibariyle hayli uzak görünen günümüz pozitif hukuku ile fıkıhı alttan alta zihniyet yakınlığı içindedirler. Her ikisi de sosyal gerçekçi, esnek ve insancıl bir tutumdan yoksundur. Yüksek kültür gerektiren hukuk alanında her iki paradigma da bugün düşük kültür semptomları göstermektedir. Tefekkür azlığı, fikir katılığı, tabular, şartlanmışlık, klişeler, hamaset, yüzeysellik sergilemektedir. Haliyle ikisinin de sahici problem çözme kabiliyeti zayıflamıştır, bütüncül ve tatminkar hukuk nosyonu sunmaları zordur. Ortak tutum bozukluklarına şu örnekleri verebiliriz:

#### **A. Otoritecilik**

Hukukçunun da fıkıhçının da otorite dilini konuştuğunu, dayatmacı ve hikmetsiz tutumları benimsediğini sıkça gözlemlemekteyiz. Aradaki fark; hukukçunun siyasi iktidara, fıkıhçının ilahi iktidara atıf yapma avantajıdır. Söylem ve üslup benzer şekilde had bildirici, tanımlayıcı, cebir ve tehdit edicidir. İkisinin de teorik kurguları kendine göre mükemmeldir. İkisi de sosyal gerçekliği evvela olduğu gibi kabul, sonra iyileştirme makamında değildir. İkisi de kendince önce ideali hayal, sonra icbar etme perdesindedir.

Hür yaratılan insan tabiatı iki normatif ekolle de bütünleşemez. Elbette insan mutlak hür olamaz fakat önce hür olmak, öyle tanınmak zorundadır. Önce hürriyet diyemeyen hukuk ekolleri muhatabı olan insanla, insanın tabiatıyla kavga halindedir.

Dinen insanın yaratılış hikmeti irade ve hürriyettir. Yoksa Allah insandan istediği her şeyi zaten yaptırılabilirdi. Öyleyse dinin dünya yaşamında insana yüklediği anlamın özü iradedir. İradenin öncelikle ikna ve nasihatle, istisnai olarak da bir miktar cebirle etkilenmesi “Din nasihatir” şeklinde formüle edilmiştir. Din cebir değildir. Asırlarca devletle bütünleşik meslek icra eden fıkıhçılar bu hikmetten koparak devletinki gibi çerçeveli, detaycı, buyurgan ve cebredici bir üslup benimsemişlerdir. İlk dönemlerdeki fikir ve içtihat zenginliğini yad etseler de yaşatamaz haldedirler. Katı ve kendi zeminine saplanmış bir profil çizmektedirler.

Modern, seküler, evrensellik arayışındaki hukuk ise insanın ontolojik kökenini konu edinmez. Bu açıdan agnostik olduğu için epistemolojik açıdan septiktir; alternatif fikirlere eşit

mesafede durmak zorunda kalır. Farklılıklara eşit mesafede durma özgürlük prensibini hukukun nüvesine yerleştirir. Seküler hukukun en temel fikri de özgürlüktür zira bir bilinemezler dünyasında hukuk, insanın kendisini arayıp gerçekleştirmesini kolaylaştırmaktan başka amaç bulamaz. Bulmaya kalkarsa gayrimeşru ve baskıcı olur. İşte Türk hukuku tam da böyle bir gayrimeşruluğa açık haldedir. Otoritenin anlayışını dayatma alışkanlığına saplanmış. Hiçbir koşulda dinginlik sağlayamaz. Meğerki yepyeni bir zeminde sıfırdan ele alınsın...

Otorite bir doğruluk/haklılık ölçütü değildir. Otoriteye başvurmak (*appeal to authority*) mantıkta bir muhakeme bozukluğu sayılır (*logical fallacy*). Hukuk ve fıkıh bu arıza ile maluldür. Hukukçular Yargıtay kararı, Birleşmiş Milletler sözleşmesi, falanca hukuk profesörü şeklinde düşünün düşünün ufuklarını daraltmışlardır. Fıkıhçılar da mezhep, imam, fetva referanslarına sıkışmışlardır. Halbuki en büyük pozitivistlerden Kelsen'in dahi *grundnorm* tabiriyle itiraf ettiği üzere, hukukun temelinde daima soyut bir ilke vardır. Otoriteler dahi bu ilkeye referansla sığaya çekilir. İşte bu soyut/manevi ilke kaybolduğu için hukuk ve fıkıh ama siyasi ama ilmi iktidar mecrasına dönüşmüş ve insanı iç dünyasından yakalama potansiyelini yitirmiştir. Evet, hukuk otoritesiz olmaz fakat aşırı otoriteci de olamaz. Bünyelerindeki otorite referanslılık dozu fazlalaşmış hukukçu da fıkıhçı da sadra şifa olma mevkiinden düşmüştür.

## **B. Ahlak Dışılık**

Hukuk ve fıkıh teoride olmasa bile pratikte ahlakla ilişkileri açısından benzerdir. Ahlak 'yaratılış' anlamına gelir ve 'kişinin değerleri' anlamında kullanılır. Değer kelimesi günlük dilde olumlu çağrışım yapmakla birlikte aksiyolojik kullanımda nötrdür. İnsanlar birbirine zıt şeyleri 'değer' olarak kabul edebilirler. Biri ağaç dikmeyi, diğeri rezidans dikmeyi değer sayabilir. Biri et yemeyi, diğeri sebze yemeyi değer sayabilir. Böyle fikir ayrılıklarında kimin haklı olduğu, kimin değerinin (daha) değerli/değersiz olduğu insanlığın başlıca tartışmasıdır.

Pozitivist hukukun otoriteci olmasını çok büyük bir kusur olarak teşhis ettik. Bu kusurun kökeninde ahlak problemi vardır. Pozitivistler ahlak problemine şöyle yaklaşırlar: "Değerler sübjektiftir. Hukuk, bilim gibi objektif olmalıdır. Hukukun sübjektif değerler boyutundan kopması gerekir. Objektif, somut, ölçülebilir sosyal düzeni kurmaya yönelmesi gerekir. Bu da ancak düzeni kurgulayan kanun koyucu iktidarın odağa alınması ile olur. Öyleyse hukuk, iktidarın emrettikleridir. Ahlak, vicdan, adalet gibi kriterler hukukun dışındadır. Hukuk emredici normun uygulatılmasıdır. Emir, itaat, yaptırım gibi somut bileşenlerden oluşur". Pozitif hukukçular bilerek veya bilmeyerek bu mantalitenin bir parçasıdır. Bilhassa Türkiye gibi hukuk teorisinin ham, hukukçuların da ekseriyetle felsefi açıdan zayıf olduğu ülkelerde

hukukçuların ait oldukları ahlak dışı pozitif hukuk zeminine ters bir surette ahlak ve adalet vurgusu yapıp, işin erbabı nezdinde komik duruma düştükleri çok olur. Gerçi yapabilecekleri pek fazla şey yoktur: “Hukuk, ahlak dışıdır” itirafında da bulunamazlar, meri hukuku olgun bir ahlak felsefesine uyumlu hale de getiremezler. Bocalarlar ve hukukta istikrarsızlığın müsebbibi olurlar.

İktidarın değerlerden soyutlanabileceğini, keza uygulayıcının şahsi değerlerini askıya alıp bir robot gibi hukuk icra edebileceğini varsayan pozitivistler ileri derecede cahil, bir o kadar da gafil bir güruhtur. Zira insanın değer kadrosuna sokmadan hiçbir seçimde bulunamayacağını, her eylemin bir kanaat ve değer kökeni olduğunu bilmezler. Düzeni, düzen kurucu ideolojiyi ve gücü bir değer olarak benimsettiklerini itiraf etmezler. Merkezine siyasi iktidarı yerleştirdikleri hukuka itaati telkin ederken aslında gücü kutsamışlardır. Fakat aktardıkları sığ hukuk nosyonu kurgulanan düzen kapsamında menfaatli olduğu için bu apaçık çelişkiyi yetişmekte olan hukukçulara zerk etmekte zorlanmazlar. Hukukçuların pek çoğu da bu çelişkiyi içselleştirip yol almak durumunda kalır.

Hülasa pozitivist hukuk; değerler dışı, ahlak dışı kalarak objektif olma iddiasının ardında aslında imkan ve bilim dışı bir vadiye kaymıştır. İnsanların güce değer verme güdüsünden beslenir ve bu güdü bencilce olduğu için pozitivist hukuk insan benliğindeki muarız değerler tarafından sıklıkla nakzedilir. Değer duygusundan soyutlanması mümkün olmayan insanlara çelişkisiz yaklaşamaz ve toplumda istikrarla huzuru tesis edemez.

İslam ise pozitivistliği değil, tabii hukuku telkin eder. Fıkıhçılar da temelde pozitivist yaklaşıma karşı çıkarlar ve tabii hukukçudurlar. Onlara göre dışımızdaki tabiat gibi insan tabiatı da Allah tarafından yaratılmıştır. Neyin iyi-kötü olduğu da yine Allah tarafından belirtilmiştir. Öyleyse hukuk iyinin serbest, kötünün kısıtlı olmasını temin eder ve tamamen ahlaki bir kökten doğar. Önce iyi, doğru, hak gelir; kuvvet de bunu tesis etmekle yükümlüdür. İktidara göre İslam hukuku eğilip bükülmez. İktidar Allah’ın tabiatı tarifine ve İslam hukukuna uyar. Güçlü ve zayıf Allah’ın hükmüne uymada eşittir. Hükümler de ahlakın çıktığıdır. Bu temele dayanan fıkıhçılar ahlakı en baştan kaçınılmaz görmek ve hukukta belli bir değerler örgüsünü geçerli kabul etmek yönüyle pozitivistlere göre daha isabetlidir.

Teoride pozitivistlere tam zıt noktada duran fıkıhçılar pratikte pozitivistlere fazlasıyla benzemektedir. Bu noktaya varıldığında pozitivistliği artık seküler bir modern çağ ideolojisinden çok bir mizaç olarak düşünmek lazımdır: Pozitivistlik, dini öğretinin ahlaki muhtevasının ve hikmetlerinin buharlaşıp sırf emir-nehiy ekseninde ele alınması şeklinde de tezahür

edebilmektedir. Bu yönüyle fıkıhçılar da pozitivisttir ve resmi hukuk laik değil de dini olsa bile topluma yaklaşılması ve hukukun tatmin ediciliği açısından bugüne göre büyük bir fark oluşmayacaktır. Nitekim Türkiye’de 1920’lere kadar fıkıhçı aynı zamanda resmi hukukçu idi ve bugünün laik hukukçusunu aratmayacak derecede pozitivist idi. Hukuk o zaman da toplumsal dinamikleri kavramada başarısızdı. Hukuk o zaman da ahlaki prensipleri gelenek ve ıstılah filtrelerine takılmadan hayata geçirmekte başarısızdı. Cumhuriyet ideolojisinin vurduğu büyük darbe dahi fıkıhçılara yeterince ibret olmamıştır. Bugün hala fıkıh kürsüsünden konuşan resmi ve gayriresmi hocalar çoğunlukla pozitivist mizaçlıdır. Dinin ahlaki köklerinden hüküm meyvesine hikmet özü ulaştırılmamakta, kurumuş dalların üstünde pazardan aldıkları meyveleri sergilemeye çalışmaktadırlar.

Peki neden? Peygamberin şahsında toplanan tefsir, hadis, siyer, ahlak, fıkıh, maneviyat gibi İslami unsurlar onun vefatından sonra birbirinden uzaklaşmış, aradaki bağlar teorikleşmiştir. Fıkıhçının da ahlak ile irtibatı teoriktir. Makasad-ı şeriyeye adı altında İslam hukukunun gayelerinden bahseder fakat öne çıkan konulara ve yöntemlere bakıldığında makasid fikrinin diri bir ilham kaynağı olmadığı hemen görülür.

Fıkıhçı, ahkamı Kuran ve sünnette ifadesini bulan insani, vicdani değerlerden çıkarmaz. Kuran’ın ve sünnetin formülasyonu olan şekli ilkelerden ve diğer pozitif (*posit* edici, pozisyonlandırıcı) kurallardan çıkarır. Fıkıhın İslam tarihi boyunca malumat hacminin artması ahlak sahasına uzaklaşmasını beraberinde getirmiştir. Böylece İslam hukukunun öz mantığına uzak yaklaşımlar normalleşmiş ve fıkıh zayıf bir ruh ile hantal bir beden bileşimi olmuştur.

### **C. Hükümcülük**

Hukuk sahasının ana kavramlarından biri Arapça h-k-m kökünden gelen hükümdür. Hüküm hem hükümet kavramındaki gibi iktidar hem de iktidarın beyanı olarak karar anlamına gelir. Hakim, mahkeme, muhakeme, tahkim, hakem, ahkam gibi kritik kavramlar da aynı kökten gelir. En önemlisi, hikmet kavramı aynı kökten gelir.

Hüküm ile hikmet arasındaki semantik yakınlık bize iki rotayı ilham eder: Hikmetin hükmü ve hükmün hikmeti. Bu iki rota insanlığı birbirine tamamen zıt iki noktaya götürür: Birincisi felaha, ikincisi yıkıma. Hikmet ve hüküm kavramlarının yakınlığı ve birbirine mal edilebilirliği hangi rotanın izlendiğini, hangi mizacın egemen olduğunu gizleyebilmektedir. Hikmetten doğmayan bir hüküm, sırf hüküm olduğu için hikmetli görünebilmektedir. İşte yıkım budur. Laik olsun dini olsun hukuk ağacını içinden çürüten kurt daima bu zihniyettir. Bir kişi, kurum veya ekol, otorite/iktidar yani hüküm verme/etme mevkiinde görüldükten sonra gerek

beşeri acizlikten gerekse insanüstü tevillerden ötürü hikmetli görülmeye başlandı mı zihinler hakikatin hür hikmetinden uzaklaşarak tembelleşir, ‘hak’tan kopar. Hüküm üretmeyi hukuk üretmek addeder. Modern hukukun ve fikhın ortak arızalarından biri de budur.

Çağdaş hukuk filozofların/hakîmlerin kullandığı anlamda hikmet fikrinden kopmuştur. Modernist, pozitivist, materyalist bir ontoloji içinde insanı konumlandırır. Bu kusurlarına rağmen kültürel zeminin böyle bahtsız bir ontolojiye uygun olması halinde bir süreliğine sosyal düzen ve başarı üretebilmektedir. Batılı ülkelerde hukukun daha işler durumda olması onların hukukunun felsefi olarak isabetli olmasından ziyade sosyolojik açıdan tutarlı olmasından dolayıdır. Batılı hukukun batılı olmayan ülkeleri taşıma kapasitesi zayıftır zira tüm dünyaya hitap edebilecek bir hikmet derinliği yoktur. Elbette ilham olma, katkı sunma potansiyeli yüksektir fakat batılı hukuk nihayetinde belli bir kültürün ve hüküm mantığının kabullenilmesinden sonra işlevsel olabilmektedir. O kültüre derinlerde uyumsuz Türkiye gibi bir ülkede batılı hukukun yaptığı etki, iktidarın önceliklerine göre batıdan iktibas edilen hukuk kurumlarının istismar edilmesi şeklindedir.

Batı kültürünün ince kodlarına uzak tipik bir Türk hukukçusunun bütün meşgalesi hükümlerdir. Hükümün kaynağı, yöntemi, neticesi, etkileri... Ne seküler felsefe ne de dini hikmet gözlemlenir. Avama tamamıyla mal olmuş “Hükmeden hikmetlidir” zihniyetine yaslanan Meclis sürekli hüküm üretir, mahkemeler sürekli hüküm üretir, yürütme organları sürekli hüküm üretir. Hüküm dilini konuşur. Hüküm savurur. Hükümle her şeyi yoluna koymayı umar. Koyamayınca yine hükme başvurur. Hükümün ardındaki hikmet -eğer bizatihi muktedir olmaya bağlanmazsa- nerededir, belli olmaz. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi nezdinde Türkiye’nin en çok adil muhakeme hakkından şikayet edilmesi, bunun da büyük bir kısmının gerekçesiz (hikmeti anlaşılamayan) kararlar nedeniyle olması tesadüf değildir. Eğitim, sınav, seçim, ihale vs. sistemlerinin sürekli değişmesi, bir kaygıdan diğerine savrulması da tesadüf değildir. Modern hukuk hikmetsiz hükümler panayırısıdır.

Modern fıkıhçı da çok farklı değildir. Dinin iman, ahlak ve hikmet köklerinden uzak düşen fıkıhçı; iktidar, hüküm ve itaat üçgenine sıkışarak güçlüyken baskıcı, zayıfken aciz bir hüviyete bürünebilmektedir. Her olgunun kendi normunu ilham etmesi prensibini bir kenara bırakarak olguyla kavgalı normlara sıkı sıkıya tutunma alışkanlığı içindedir. Aynı pozitif hukukçu gibi hayattaki hukuka odaklanma zorluğu içindedir, kitaplardaki hukuka gömülüdür. Neticeten, dinin bidayetinde fıkıh ‘anlayış’ ifade etmekteyken zaman ilerledikçe ‘malumat’ ifade eder olmuştur. Fıkıhçının kafası ezberle, formülle, fiillerle ve hükümlerle doludur. Fıkıhçıya bir fiili soru olarak götürürsünüz, o da size şu kelimeleri kullanarak cevap verir: Helal,

haram, caiz, vacip, günah, sevap, müstehap, mendub, sünnet... Bu hale gelmiş fıkıh sünnete muhaliftir. Bu önemli bahsi ayrı bir başlıkta ele alalım.

#### **IV. Modern Fıkıhın Sünnete Aykırılığı**

Modern fıkıh tabirini geleneksel dönem sonrası fıkıh anlamında kullanmıyoruz. Geleneksel fıkıhı devam ettiren bugünkü fıkıh zihniyeti anlamında kullanıyoruz. Bununla birlikte ‘geleneksel fıkıhın sünnete aykırılığı’ demedik. Zira geleneksel fıkıh, geleneksel toplum içinde değerlendirildiğinde ihtiyaca karşılık veren bir metotlar ve bilgileri toplamı olarak görülebilir. Sorun; toplumun geçirdiği derin değişimlerin fark edilmemesi, modern fıkıhın modern öncesi döneme saplanmış olmasıdır.

Sünnetin iki ana cephesi vardır: Muhteva ve metot. Fıkıhçılar ekseriyetle hadis muhtevalarından ahkam çıkartırlar. Muhtevada meknuz metotlara eğilmekte daha az dikkatlidirler. Mamafih siret kavramıyla ifade olunan bu katman daha latiftir. Fıkıhçılar ahkam-siret, muhteva-metot dengesini siret/metot aleyhine bozdukça sünnetten uzaklaşmıştır; zahiren sofistike, batınen zayıf hale gelmiştir.

İslam hukukçuları usul-ü fıkıh başlığı altında hüküm çıkartma usullerini hassas bir şekilde işlerken İslam’ın ne kadar hüküm ne kadar hikmet, ne kadar hürriyet ne kadar disiplin dini olduğu, hangi konunun hangi öncelikle ve hangi vurgularla ele alınması gerektiği konularında bir ilim dalı geliştirmemişlerdir. Belki de gelişmesine gerek yoktu zira bu bir bilim-teknik değil, fıkıh=anlayış meselesiydi. İşte kaybolan bu anlayıştır. Yerine ikame edilen de dejenere bir fıkıh nosyonudur.

Mesela cüppe giymek bir muhteva sünnetidir. Örtünmek ise Peygamberin o davranışını doğuran prensiptir. Asıl sünnet örtünmek olmuş olur. Peygamberin zamana göre giyinmesi olarak yorumlanırsa cüppe giymenin sünnete aykırı olması şüphesi belirir. Böyle nüanslara nazar etmeyen bir fıkıhçının sünnet adına sünnetin dışına çıkması kolayca tahayyül edilebilir. Aynı zamanda fıkıh=hukuk adına fıkıh=anlayış dışına çıkmış olur. Biz elbette böyle basit bir mantıkla “Cüppe giymek sünnete aykırıdır” demiyoruz. Tam tersine fazla düz düşünmenin olası sakıncalarına dikkat çekiyoruz. Sakıncalardan korunmak için Peygamberden beri gelişen muhteva külliyatına daha ince ve metodolojik katmandan yaklaşılmaması gerektiğini savunmaktayız. Hatta hadislerin bile öncelikle metot perspektifiyle okunması gerektiği



kanaatindeyiz. Şu halde Kurancılık gibi, tarihselcilik gibi hadis karşıtı -fakat aslında tepkisellik tarafından kuşatılmış- absürt ekoller de boşa düşecektir.

610 yılında ilk vahiy ile başlayan dönemden itibaren Peygamberin söylemleri kronolojik sıraya konulursa İslam'ın öncelikleri ana hatlarıyla meydana çıkar. Fıkıhçılar o döneme değil de, tekemmül etmiş dinin 632 yılından sonra toparlanan nakillerine referanslı oldukları için 'makasid' (maksatlar) ile fazla meşguldürler, 'evleviyat' (öncelikler) ile pek ilgilenmemektedirler. Gerçekten tam ve kamil bir dine nispetle hüküm üretme fıkhi konforludur. Her hükmün maksada hizmet ettiğini varsayarak ortalığı kurallarla, fetvalarla doldurma eğilimi bu konforun dışavurumudur. Mamafih tam ve kamil olmayan bir topluma Peygamber siretiyle ve evleviyet kaygısı ile yaklaşma fıkhi asıl hikmetli ve gerekli olandır. İşte bu yaklaşım İslam hükmünü/hakimiyetini peşinen varsayan, aşırı kuralcı ve normcu üslupta değildir. Telkin ve irşat edicidir.

Bozuk bir topluma Peygamberin hitabındaki konu sıralaması nasıldır? İslam'ın şartları olarak kabul edilen kelime-i şهادet Peygamberliğin ilk yılında, namaz 10. yılında, oruç 13. yılında, zekat 14. yılında, hac ise 21. yılında farz kılınmıştır. İman ile dinin direği sayılan ibadet arasında on yıl vardır. Demek ki bu on yılda başka vurgular ile din olgunlaştırılmış, insanların hakiki namaz kılma olgunluğuna erişmesi derhal takliden namaz kılmasından daha öncelikli görülmüştür. İlk dönem ayetlerini şöyle tahlil edebiliriz:

“Oku” (İkra) emriyle başlayan Alak suresinde (98/1) insanın aleme dikkatli bir gözle bakması ve onu Yaraticının bir eseri olarak okuması anlatılmaktadır. Yazı temasıyla başlayan Kalem suresinde (68/4) ise Peygamberin “büyük bir ahlak/yaratılış üzere” (*hulukun azim*) olduğu belirtilerek onun Peygamberliğe uygunluğunun gerekçesi “güzel ahlak” olarak gösterilmektedir. Müzzemmil suresinde (73/2) “Kalk” (*Kum*) kelimesiyle Peygamberin Allah'a kulluk için hareketlenmesi emredilmektedir. Şahsi-manevi boyuttaki hareketlenme emri, Müddessir suresindeki (74/2) “Kalk ve uyar” (*Kum fe enzir*) hitabıyla içtimai-maddi boyutta tekrarlanmaktadır. Hemen sonrasında (74/4-5) temizlenme ve pislikten uzak durma en temel ilkeler arasında yerini almaktadır. Sonrasında ise (74/6) iyiliği menfaat umarak yapmamak yani samimiyet gelmektedir. Sonra nüzul eden Fatiha suresinde (1-7) insanın içsel dünyasında Yaraticısına bağlanması gerektiği, bu odağı kaybetmemenin doğru yol (*es-sırat el-mustakim*) olduğu belirtilmektedir.

Böylece insanın asli hayatının ruhi hayatı olduğu vurgulanmakta, sosyal hayata manevi bir pusulayla katılması telkin edilmektedir.

Müteakiben nüzul eden Tebbet suresinde (111/2) dünyevi mal ve kazancın tek başına zenginleştirici olmadığı, Tekvir suresinde (81/8) kız çocuklarının diri diri gömülmesinin yanlışlığı, Ala suresinde (87/16-7) dünya sonrası hayatın dünya hayatına tercih edilmesi gerektiği, Leyl suresinde (92/5) cömertlik vurgulanmaktadır. Fecr suresinde (89) aklını kullanmak, geçmiş kavimlerden ibret almak, yeryüzünde bozgunculuk yapmamak, Yaratıcı hakkında yanlış zanlar beslememek, yetimleri ve yoksulları kollamak tavsiye edilmektedir. Duha suresinde (93) yetimi ve zayıfı ezmemek vurgulanmaktadır. İnşirah suresinde (94) sabır anlatılırken, Asr suresinde (103/2-3) iman edip iyi işler yapanlar, hakkı ve sabrı tavsiye edenler müstesna tüm insanların hüsranda olduğu açıklanmaktadır.

Nüzul sırasına göre Kuran'ın ilk sosyal normları bunlardır. Yine ilk dönemde nüzul eden ayetlerde; insanların insan ürünü olan putlar ve inançlar karşısında küçültülmemesi, insanların ortak bir kökten geldiği ve Allah katında eşit oldukları, yalnız Allah'ın bilebileceği manevi durumları açısından farklılaştıkları, kimsenin hor görülmemesi, tüm varlıklara karşı merhametli olunması, Allah'tan başkasından çekinmeden dürüst bir yaşam sürülmesi, sabırlı olunması, kabilecilik gibi tutuculuklar nedeniyle adaletten uzaklaşılmasa, gayretli olunması, kıskançlık yapılmaması yönünde tavsiyeler vardır.

Bir bütün olarak Peygamberin söylemlerinin içerik ve sıralamasına bakıldığında İslam'ın sosyal hukuk yüzünün; kural değil ilke, kuvvet değil ahlak, şekil değil samimiyet, madde değil maneviyat, alışkanlık değil hakkaniyet, bilgi değil niyet, siyaset değil adalet, kurum değil insan öncelikli olduğu net bir şekilde anlaşılmaktadır. Peygamber bu öncelikleri temin edecek kurum ve kuralları zamanla olgunlaştırırken ilkesel bazda, minimum zorlayıcı detayla tarif etmiştir. Örneğin belli bir siyasi rejim ya da bugünkü anlamda anayasa vazetmemiştir. Herhangi bir dünyevi otoriteyi kutsamamış, doktrinci kabuller önermemiş, zamanın eskiteceği kültürel pratiklerde ısrarcı olmamış, sosyal ahlak ve adalet odaklı bir ilkesel çerçeve çizdikten sonra detayları insan benliğine nüfuz etmesi beklenen İslami anlayışa havale etmiştir.

İslam'ın hukuk özü; insanı iç aleminde Yaratıcısıyla baş başa bırakan, insanın yalnızca Yaratıcısından ummasını ve çekinmesini esas alan, bu yolda toplumsal parazitleri asgariye indiren, beşeri tahakküm yollarını kapatan, insanları birbiriyle eşitleyen, sosyal ve ekonomik alanlarda korkulardan kurtararak hürleştiren, şahsi-manevi-ahlaki saiklerle insanlığın iyiliğine sabırla çalışmaya yönlendiren, samimiyetin olmadığı eylemleri ruhun ebedi hayatı için değerli saymayan, tüm bireysel ve toplumsal iyileşmeler için hakka ve adalete yönelen, dürüstlüğü merkeze alan mahiyettedir.<sup>3</sup>

Bugünkü fıkıh ise Peygamberi mesaisini ahkam-ı şeriyye diye bilinen hüküm türlerini telaffuz ederek dolduran bir müftü, hatta bir zabıtaymiş gibi tanıtmaktadır. Oysa Peygamber kazüistik bir şekilde her soruya cevap yetiştirmekten sakınırdı; genel sınırları tarif eden ve hür insanın irade kullanımında ona ilham olacak tarzda hikmetli özleri aktaran bir müjdecî ve uyarıcı idi. Yalnızca gerektiğinde, muhataplarının uygunluğuna göre tepki verirdi; zihninde kurguladığı bir kural bulutundan hayata hüküm yağdırmazdı. Peygamberin kendisine aşırı soru sorulmasından hoşlanmadığı, hatta bu hususta duyduğu rahatsızlığı zaman zaman dışa vurduğu malumdur. Hadis şöyledir: “Herhangi bir konuyu size emredip yasaklamadığım sürece, siz de beni kendi halime bırakınız. Sizden önceki ümmetleri çok sual sormaları ve peygamberlerine karşı münakaşaya dalmaları helâk etti. Size herhangi bir şeyi yasakladığım zaman ondan kesinlikle sakınınız, bir şeyi emrettiğimde de onu, gücünüz yettiği ölçüde yerine getiriniz” (Buhârî, İ'tisâm 2; Müslim, Hac 412, Fezâil 130-131).

Nehiyler siyah, emirler beyaz renge tekabül eder. Kati haramlar siyah, şaibesiz helaller beyaz olarak da düşünülebilir. Bütün renkler siyah ve beyaz arasındadır. Bütün fiiller de haram ile helal arasındadır. Aradaki fiiller iki cihetten de şüphelidir. Şüphenin hangi yönde aşılabacağına dair metotlar ve amellerin hangi hükme yakın olduğuna dair genel ilkeler Peygamberin ahlak ve siresinden çıkartılabilir. İnsanlara hükmün illa ki dışlarından verilmesi gerekmez; Peygamberin açıkça hüküm vermediği hususlarda Müslümanlar İslam'ın esaslarını sindirmiş vicdanlarıyla baş başadır. Her rengin her tonuna bir ad koymak gerekmediği gibi her fiile bir hüküm etiketi vurmak da Peygamberin sünneti değildir. Şerefli yaratılmış insanın kıymetine hakarettir. İşte fıkıh uzun zamandır bu ince hakaretin mecrası olmuştur.

---

<sup>3</sup> Kaya, Emir. 2016. *Hukuk Zihniyeti*. Ankara: Adalet Yayınevi.

Diğer bir ifadeyle; beyaz ile siyah arasında çok renkler olduğu gibi Evet ile Hayır arasında çok cevaplar, Caiz ile Değil arasında çok kanaatler vardır. Hüküm Allah'ındır ve Allah kulun zannı üzeredir. İslam'ın temel prensiplerini kavramış bir kulun pek çok meselede temiz vicdanına danışması sorunları çözer. Başkasından çok hüküm sormak da, başkasına çok hüküm vermek de sünnete aykırıdır. Cahillere yol gösterme rolüne kendisini fazla kaptıran fıkıh ulemasının bu hususta cahilleşmesi tuhaf bir cilvedir.

Çok soru sormakla ilgili araştırma yaparken denk geldiğim bir diyalogu aktarmak isterim: “Çok soru sormak haram mıdır?” Cevap: “Evet, haramdır!” Haram ihdas etmek fıkıhçılar için bu derece kolaylaşmıştır zira kendilerini bir hüküm belirtmek zorunda hissetmektedirler. Anlayış aktaramamaktadırlar. Peygamberin kazandırdığı mizaç açısından burada soru kadar cevabın da yanlış bir tutumdan doğduğu kanaatindeyiz. Zira Peygamber çok fetva alınmasını istemediği gibi çok fetva da vermemiştir. Fıkıhçılar ise bu önemli sünneti terk etmiş, bidati sünnet eylemiştir. Hatırlanmalıdır ki dini soru-cevap eksenine sürüklememe prensibi sadece hadiste değil, Kuran'da da yer bulmaktadır. Kuran'ın en uzun suresi olan Bakara, adını Yahudilerin kurban edilecek bir ineğin özellikleri hakkında lüzumsuz soru sorarak dini kendilerine zorlaştırmaları kıssasından almıştır.

Özetle, Kuran'da ve Peygamberin sünnetinde kurallar varsa da aşırı kuralcı ve hükümcü bir mizaç İslam'ın ruhuyla çelişmektedir. Peygamberde hangi oran ve öncelikte ahlak, hüküm, maneviyat ve saire varsa bir Müslüman fertte/alimde de o tarzda olmalıdır. Dini ilimlerde uzmanlaşma her bir uzmanlık alanının çarpık bir din temsili oluşturmasına yol açmamalıdır. Herkes kendi ilim şubesinden sıyrılarak Peygamber mizacında nötralize olmaya çalışmalıdır. İlimle sırt sırta veren ümmilik meziyeti ihya edilmelidir.

“Sünnet bidat, bidat sünnet bilinecek” hadisinde belirtildiği üzere, İslam dünyası kendi duru menbaı ile çeliştiği için zamana ve mekana önyargısız hakiki yaklaşımlar geliştirememektedir. Kuran'da ve hadiste ehl-i sünnet ve şia diye kategoriler yoktur. Allah dileseydi Ensar ve Muhacir gibi bu kategorileri de ayırarak zikrederdi. Demek ki bu sosyal etiketler gereksizdir. Sözlük anlamı itibarıyla herkesin hem sünnet ehli hem de şia (dost) olması zaten gereklidir.

Mezhepler için de aynısı geçerlidir. Dört mezhep imamı sadece İslam tarihinin değil, insanlık tarihinin en büyük hukukçuları arasındadır. Modern batı hukukunun temel prensiplerinden olan normlar hiyerarşisi, İmam Şafii'nin edille-i erbaa formülünün bir versiyonudur. Kıyas, istihsan gibi muhakeme metotları İslam hukukçuları tarafından sahici

ihtiyaç analizine istinaden ve orijinal bir surette geliştirilmiştir. İlimde rasih olan ilk dönem fıkıh uleması olağanüstü emek ve fedakarlıkla dinin yaşadıkları çağa konuşmasını temin etmişlerdir. Fakat katı mezhepleşme ile birbirinden uzaklaşmış Müslüman bloklar oluşturmanın Kuran ve sünnette asla dayanağı bulunamaz. Sonraki fıkıhçıların çoğu ama gönülden ama kerhen bu bloklaşmanın müsebbibi olmuş ve sünnetten uzaklaşmıştır.

Kısacası bugünkü fıkıh “Öyle bir zaman gelecek ki okuma meraklıları çoğalacak; anlayışlılar ise azalacak ve bu suretle ilim çekilip alınacak” (Hakim, Müstedrek, V, 504) hadisindeki ikazı tecessüm ettirmektedir. Yeni bir fıkıh=anlayış gerekmektedir. Bu fıkıh muharref fikhın onayına tabi değildir. Onun malzemesini reddetmez, süzer. Peygamber siresine bağlı olmak yönüyle kadimdir, en çok günün koşullarına kulak kesilmek yönüyle yenidir.

## V. Yeni Fıkıh

Peygamberden sonra fıkıh bir ilim dalı olarak gelişmiştir. Fakih de bir tür alimdir. Halbuki Peygamber mesleki sınıf ve uzmanlık statüsü anlamında alim ve bilgin değildir. Akademisyen hiç değildir. Peygamberin tüm alimlerin üstündeki vasfı, Kuran’da da belirtildiği üzere ‘ümmi’ olmasıdır. ‘Anne’ (*umm*) kökünden gelen ümmi kelimesi, kişinin kirlenmemişliği, hakikat karşısında önyargısız ve isabetli oluşu anlamına gelir. Biz modern akademisyenler ve geleneksel kitabi alimler önyargılıyızdır. Zira cüzlerle uğraşmışızdır. Bu da bizi diğer cüzler konusunda bagajlı ve şartlanmış kılar. Halbuki Peygamber ilmini vahiy yoluyla ve bir öz halinde küllün yaratıcısından aldığı için cüzlere nazar ederken külle dair şuura maliktir. Bu da onu kanaatlerinde sırat-ı müstakim üzere tutar. Malumat ve hıfzetme anlamında değil, arif anlamında alim bir zat yapar. Ümmi; bilgilerin nihayetindeki sükuti ve hakiki ilmi bilir ki o cevher sayesinde somut vakıalar karşısında en doğru davranışı sergiler. Sünnet adı verilen bu davranış türünden zamanla çeşitli ilimler doğmuştur. Fıkıhın ilim dalı olarak gelişmesi de bu surette olmuştur. Lakin hakiki fıkıh malumat yığıntısı değil, Peygamberin tarzına dair anlayış özüdür. Peygamberin tarzı zahiri (rasul) ve batını (abd) bir bütündür.

Bu cümlelerle metafizik bir boyuta, tasavvufa kaçtığımız zannedilebilir. Bu zan yersizdir. Kaldı ki metafizik denilen gaybi alem -her ne kadar muazzam istismarlara meze edilse de- İslam’ın özüdür. Tüm inanmalar gayba iman ile başlar. Gaybı hesap dışı tutan aşırı rasyonel Müslümanlar mizanı bozarlar, bir şey inşa edemezler. Çünkü muhtevası gaybdan gelenin metodunda da gaybe açıklık olmalıdır. Lakin burada biz gaybi bir savunu içinde de değiliz. Bilakis somut ve ölçülebilir önerileri tartışmaya açacağız.

Peygamberin ümmiliğini biraz daha vurgulayalım: Peygamber topluma kütüphanelerden bakan bir insan değildi. İlmi ve siyasi otoritelere kapılmış biri de değildi. Peygamber bu sayede toplumu tüm çıplaklığı ile okuma, neyin ne kadar gerçek sorun olduğunu anlama avantajına sahipti. İşte yeni -aynı zamanda kadim ve sahih- fıkıh da bu prensibe dayanır: Önce muhatabın teşhisi. “Ben nasıl bir toplumdayım; nasıl bir fertle, hangi kurumlarla, hangi olgu ve eğilimlerle karşı karşıyayım. Normun kaynağındaki Hakk (Allah) ile olgunun zeminindeki hakk (sosyal gerçeklik) nasıl tek bir Hakk ve Hukuk ahenginde eritilebilir?” Böyle bir idrakte olmak gerekir.

Önce falanca kitap, önce filanca lider, önce falanca mezhep, önce filanca müçtehit tarafından zihni istikameti etkilenmiş kişi fıkıh=anlayış frekansından uzak düşmüştür. Bugünün fakihî önce sosyal olgu ve dinamikleri tam teşhis etme kapasitesine malik olmalıdır. O teşhis ki kişinin Müslüman olmasıyla da ateist olmasıyla da değişmez zira haktır, hakikattir.

Sosyal olguların önyargısız haritasının çıkartılması için derin bir sosyoloji, psikoloji, felsefe, iktisat, sanat, kültür, siyaset vs. birikimi gerekmele birlikte tüm bu alanların malumatlarından ve kısmi metotlarından sıyrılıp, bidayetden nihayete uzanan ümmi eksene temas edebilme becerisi de baki olmalıdır. Yeni fıkıh, bu sayede, hem daha geniş bir ilim hem de daha özlü bir anlayış demektir.

Sosyal olgu İslamcı şartlanmalarla, topluma baştan kusurlar atfederek değil; “*Hel tera min futur?*” (Kusur görüyor musun?) sırrınca, varlıktaki kusursuz anlam, denge ve hikmetin tespiti saikiyle okunmalıdır. Ve bu zemin üzerinde izafi kusurlar tespit edilirken göze ilk çarpacak şeyler birkaç asır öncesinin amelci dindarlığının kaygıları olmamalıdır. Peygamber başta olmak üzere ümmi/yalın insanın vicdanında ilk yankılanan problem olan, dürüstlük (el-Emin olma) ve sosyal adalet noksanlıkları olmalıdır. Yeni fıkıh, İslam’ın sosyal söylemini ilk günlerindeki öze döndürme işidir.

Asırların bir tür enaniyet tortusuna dönüştürdüğü Müslüman kimliğin problemleri, yalın insan problemlerinin önüne geçerse önyargı etkisini gösterir ve Hakk’a yabancılaşma başlar. Bu da hadislerde işaret buyurulan ahir zaman alametlerindedir ki Müslümanın Müslümanlık kodlarının ilahidense fazlasıyla beşeri olması hakiki Müslüman olmasına mani olmaktadır. Müslüman kendi sosyal anlamını, ayrılıkçı benliğini, kimliğini, siyasi mağlubiyet ve hırslarını din ambalajlı bir nefsanîyet içinde öne çıkartırsa elbette zelil olacak, hiçbir laboratuvar ve masraf gerektirmeyen hukuk gibi bir tefekkür sahasında bile şifalı fikirler üretemeyecektir. Zira ufku insanın enginliği kadar değil, kimlik benliğinin darlığı kadardır. Böyle bir Müslümana hukuk sahasında söz verilmek istenmemesi tabiidir çünkü dini ve vicdani bir söylemle değil,

siyasi bir hırsla hareket edildiği sezilir. Böyle bir Müslümanın iktidar olması ise dinin hakiki güzelliğini tesis etmek bakımından yararsızdır.

Günümüzde artık ibadet ve muamelat ayrıntılarını topluma savurmanın anlamı kalmamıştır. Hele ince edep dayatmak büsbütün lüktür ve yersizdir. Bugün, İslam'ın ilk devirlerindeki gibi garip olduğu bir zamandır. Buna hala uyanamamış olanların malumatları, İslamcı hevesleri beyhudedir. Bugün, insanın her cihetten baskı altında olduğu, daha fazla baskıya dayanmadığı, kolaylığa susamış olduğu bir zamandır. Devlet-i sabık gölgesi altında modern toplum okunamaz, fıkıh da geliştirilemez. En basit kul hakkı ve adalet konuları fıkıhın birinci ilgi alanı olmalıdır ki İslam her vicdana seslenen bir değer odağı olsun. Bölücü değil, birleştirici olsun. Ancak etik temel sağlamlaştıkça gündeme gelebilecek detaylar fıkıhı sürükleyici ağırlıkta olmamalıdır. İnsanların şerefte eşitliği, tahakkümün kaldırılması, hakkaniyet, kurumların şeffaf ve hesap verebilir olması, işlerde liyakatin gözetilmesi ve sosyal adalet gibi Peygamberin en ilk dillendirdiği hukuki ilkelerdense dindar kimliğe odaklanmış bir fıkıhın bir tür kaçış olduğu ve bütüncül hukuk politikalarına öncülük edemeyeceği açıktır.

Topluma dair çok boyutlu kavrayışı olmayan uzmanların ve keskin ideologların hangi unvana sahip olurlarsa olsunlar yüzeysel oldukları kanaatindeyiz. Homojen kitlelere kısıtlı fetvalar verilmesi o kitle mensupları için fonksiyonel olabilir. Fıkıhın bütüncül metodolojisi açısından yetersizdir. Öyleyse tek doğrucu, keskin hükümcü bir bilgin, kendi küçük odasını İslam sarayının tamamı ya da has odası olarak göstermeye kalkmamalıdır. Asıl ihtiyaç, geniş bir muhakeme yelpazesi açmaktır.

“Ümmetimin ihtilafı (insanlar için) rahmettir” (*İhtilafu ummeti rahmetun (linnas)*) hadisindeki müjde asırlar boyunca Müslümanlarca çeşitli mezheplerin hepsinin hak olması şeklinde yorumlanmış fakat mezhepler arasına katı bariyerler konulmasına da özen gösterilmiştir. Bu yaklaşım artık iflas etmiştir, yüküdür. Telfik (içtihatları karıştırma) günümüzde esnek bir usul dahilinde işletilmelidir.

Bu usul nedir? Öncelikle mezhep duvarları yıkılmalıdır. Biz bu görüşle “Mezhepler hak değildir” demiyoruz. “Her mezhep bir diğeri kadar ve diğerine karışmakla bozulmayacak kadar haklıdır” demiş oluyoruz. Nitekim erken dönemde İslam hukuku böyle bir çeşitlilik içinde geliştirilmişti. Şimdiki gibi birbirinden kopmuş bloklar halinde değildi. Bugünün en önemli ihtiyaçlarından biri, ekolleri harmanlayacak kuşatıcı bakıştır.

Herhangi bir konuda mezheplerin görüşleri bir araya toplanır. Bu görüşler en zorundan en kolayına derecelenir. Ve ilgisine “Kalbini tatmin edeni yap” denir. Haddizatında mezhepler muhteva olarak sahihtir; mezheplerin mezhep kimliği oluşturması batıldır, sünnete aykırıdır.

Burada hangi mezheplerin ve hangi ekollerin dahil edilip edilmeyeceği tartışması çıkar. İlk etapta başlıca müçtehitlerin dahil edilmesiyle bilgi kaynakları şekillenir. Zamanla diğer müçtehitler de tartışılır ve dahil edilir. Her halükarda, Müslümanlara tek bir fetva değil, fetva yelpazesi sunacak metotlar, ihtilafı rahmet olarak tecessüm ettirecek oluşumlar gerekmektedir. Böyle bir yelpaze sunulduktan sonra hiçbir Müslümanın bir diğerini kınamaması prensibi işletilmelidir. Dileyen hep azimet sınırında gezer, dileyen hep ruhsat sınırında gezer. Haddizatında Müslümanların fazlaca ihmal ettiği bir prensip vardır: Dinin kınamadığını kınamama. Rahmet dininin zahmet fıkhına sıkışması, bu prensibin terki yani icma olmayan hususlardaki lokal katılaşmalar yüzündendir.

Yukarıdaki önerimiz kitaplarda donup kalmış geleneksel bilginin bugün nasıl değerlendirileceğine ilişkindir. Daha önemli bir problem ise yeni içtihatlar konusundadır. Eskiden içtihat için ağır formel eğitim şartları koşulurdu. Halbuki sahabelerin bile çoğu bu şartları sağlayamazdı. Lakin çoğu sahabe doğal bir müçtehit gibi Müslümanlığı tatbik ederdi. Demek ki fıkıh=anlayış için fazla tedristense Peygambere dair sahih bir kanaat taşımak, dünyaya karşı hür ve dinde samimi olmak daha önemlidir. Bu yönüyle maruf, arif, hikmetli, alim ve fazıl insanlardan müteşekkil komisyonlar kurulmalıdır. Dini görüş beyan etme; asırlar öncesinin yargılarını bugüne taşıyan fıkıhçıların, daha doğrusu hüküm tarihçilerinin uhdesinden kurtarılmalıdır. Tamamen başıboş, bireysel bir saha da olamaz zira birey kendisine açılan dünya karşısında eskisine nispetle çok daha küçüktür. Hiçbir kişinin herhangi bir konuyu tüm yönleriyle bilme imkanı kalmamıştır. İçtihat bir ekip işi olmalıdır.

Bidayette fikhın maaşsız ve serbest bir meslek olması gibi bugün de fikhın devletten bağımsız hareket edebilen oluşumlar tarafından altyapısının işlenmesi gerekmektedir. Böyle bir oluşumda sadece fıkıhçı ya da İslam alimi olarak görülen akredite profiller değil, samimi Müslüman vasfıyla tanınan -kendi alanlarında katı ve pozitivist hareket etmeyen- sosyologlar, psikologlar ve diğer ilim erbabı da denk statüde yer almalıdır. Kimsenin ortodoksi dayatmasına izin verilmemeli, sinerjiden ve mikro icmadan medet umulmalıdır.

Gerek geleneksel bilginin değerlendirilmesinde gerekse yeni içtihatlarda tekil hükme varma amacı güttüğümüz zannedilmemelidir. Biz her konuda fetvanın bir yelpaze şeklinde geliştirilmesini, pratiğe geçen hükmün duruma göre sivil fert ya da resmi kadı/yargıç gibi bir



merci tarafından telaffuz edilmesini savunuyoruz. Fetva mutlak doğruya değil, bir doğrular mıntıkasına işaret etmelidir. Had bahsiyle somutlaştıralım:

İslam'da kısas vardır. Katile kısas uygulanır ve katil öldürülür. Bu mutlak bir hüküm müdür yoksa bir had (yelpazenin bir ucu) midir? Asırlarca İslam alimleri had kelimesini kabaca ceza anlamında kullanmışlardır. Halbuki had sınır demektir ve tatbik edilmesi zorunlu olan cezayı değil, tatbik edilebilecek cezanın üst sınırını ifade eder. Daha hafif cezalar mümkündür. Öyleyse kısas haddir yani üst sınırdır. Katilin diyet ödemesi de affedilmesi de maktul tarafı razı edecek başka bir çözüm de mümkündür. El kesme ve diğer cezalar da böyledir. İslam hukuku hududu tayin eder. Hudut içinde nasıl yol izleneceği şartlara bağlıdır ve buna da bireyler, taraflar, yöneticiler, kadılar/yargıçlar karar verir. Kuran'da “*El-hukmu lillah*” (Mutlak hüküm Allah katındadır) geçerken kullara işaretle “*Tilke hududullah*” (Bunlar Allah'ın sınırlarıdır) denilmesi boşuna değildir. Kul sınırları öğrenmeli, genel geçer hüküm tayin etme konusunda iddiacı olmamalıdır.

Kısacası fıkıh; en temelde insanın iradeli bir varlık oluşuna, çeşitliliğe ve yaratılıştaki kesret hikmetine saygı duymayı, farklı meselelerde dış sınırları araştırmayı, iç tarafta ise “Aralarında merhametlidirler” (*ruhamau beynehum*) fehvasınca serbestlik ve ihtilaf rahmetinden istifade edebilme esnekliğini gerektirir.

Fıkhın hikmet zeminine yani aslına dönmesi ile modern pozitif hukukun kusurları da daha iyi anlaşılacaktır.

## **VI. Resmi Hukukun Islahı**

Devlet kudretini kaybetmenin şokuyla Müslümanlar kendi geleneksel hukukları hakkında bazı eziklikler duymuşlardır. Halbuki Müslümanlar kendi iç dinamikleri açısından özeleştirme yapmalıdırlar. Modern hukuk pek çok geçersiz iddia ve kabul ile yüklü ince bir ideolojik örgüdür. Evrensel de değildir, pek çok hususta isabetli de değildir.

Fıkhı bıraktığımız noktadan, kısas örneğinden devam edelim. İslam'a göre kainatın maliki Allah'tır. İnsan bedeninin ve hayatının maliki de Allah'tır. Hal böyleyken İslam katile sadece maktulün tarafını tatmin etme yükümlülüğü yükler. Maktulden öte bir de Allah hakkı olarak dünyevi cezadan bahsetmez. Birçok suçta da mağdurun ve suçtan zarar görenin hakkı söz konusudur. Hukuk düzeni bu hakkı yerine getirmekle korunmuş sayılır.

İslam en temel inancı olan Allah hakkını bile ceza hukukunda öne sürmezken modern ceza hukuku devlet gibi soyut bir varlığın olmayan hakkının peşine düşer. O devlet ki şöyle

veya böyle ideolojik, taraflı ve kurgusal bir oluşumdur. Zaman zaman da totaliterdir ve dayatmacıdır. Malumdur ki ceza hukukunda tüm davalar kamu adına açılır. Bu mantıkta devletin kamu düzeni kurgusunun Hegelci bir aşırılıkla putlaştırılması söz konusudur. O kadar ki ceza davalarında fiilden en çok canı yanan mağdur süje değildir. Dışarıdan davaya müdahil olan biridir, ikincil önemdedir. Devlet kendisini o kadar önemser ki sizin kardeşiniz öldürülse “Hayır, bu senin meselen değil. Bu katil nasıl benim emrime uymaz! Asıl problem budur!” havasında yargılama yapar. Modern ceza hukuku temelden sakattır. İslam hukuku çok daha insancıldır.

İslam hukukunun cezalarda had (üst sınır) belirleme prensibinin Avrupa’daki tarihi iki asırdır. On dokuzuncu yüzyılda bile Avrupa’da hırsızlığın cezası idam olabiliyordu. Bugünse idamı toptan kaldırma gibi bir aşırılığa kaçarak Norveçli Anders Breivik gibi 77 kişiyi öldürmüş bir katili -pişmanlık da göstermediği halde- ömür boyu yaşatma savaşındadır. Batı hukuku dönemsel atmosfere göre bir aşırılıktan diğerine savrulabilen bir arayıştır. Bununla birlikte batı hukuku batı toplumuna büyük ölçüde uyumludur. Arayışın samimi olması esneklik ve değişim sağlamaktadır.

Türkiye gibi batı kültüründen uzak bir ülkede ise batılı hukuk umulan etkileri doğurmaz. Türk ceza kanunlarının toplumu tatmin potansiyeli zayıftır; sık sık infialler yaşanmaktadır. Türk medeni kanunu, insan iradesine yeterince saygı duymayan, hayat tarzı dayatan, bir aksaklığı düzeltmeye çalışırken yeni aksaklıklara yol açan karakterdedir. Bilhassa aile ve miras meselelerinde çözüm ürettiği kadar da sorun üretmektedir. Türk idare hukuku ve idari yargısı, devletçi saplantılardan mütevellit, idarenin yargısı gibidir. Taraflıdır. Vicdani değil, devlet korumacıdır. İslam’da devletçilik yoktur. Her ne kadar Türk milletinde büyük imparatorlukların varisi olmak sebebiyle devletçi refleks aşırılığı oluşmuşsa da bu İslam hukukunun suiistimalidir. İslam hukukunda aslolan insandır, devlet gibi soyut yaratımlar değildir. İslam hukuku bu anlamda da üstündür. Mamafih Müslümanlar bu hususta dejenere olmuştur. Aynı ayrı abartılı fıkıh ve devlet algılarına sahip oldukları için devletten bağımsız fıkıh geliştirememekte, insancıl yaklaşamadıkları için devlet tarafından da şüpheli görülmektedirler.

Modern hukuk kazüistiktir. Kodlar ile topluma nizam vermeye kalkar. Halbuki her kod ve her kanun maddesi bir önyargıdır. Bu önyargıların çoğu da zararlıdır. Kanun yapanların tüm senaryoları ve nüansları öngörmesi imkansızdır. Kanunlar kısıtlı tecrübeye istinaden yapılır ve yeni hadiseler ve düşünülmemiş nüanslar karşısında haksızlıklara yol açar. Türkiye gibi bir ülkede kanunsuzluk sebebiyle oluşan haksızlıklar ile kanunlar sebebiyle oluşan haksızlıklar birer kefeye konulsa belki de birbirine yakın çıkarlar.

İslam hukukçuları batılı hukukçuların kodları karşısında eziklik duyarak en başarılı örneği Mecelle olan sentez çalışmalarının peşinde koşular. Sonra bunu mümkün görmeyip doğrudan batıdan transplantasyona yöneldiler. Ya da İslam İnsan Hakları Beyannamesi gibi taklitlerden medet umdular. Uyarlamalar yaptılar. Halbuki kod merkezli hukuk nosyonu ilk İslam topluluklarınca da malumdu. Roma hukuku biliniyordu. Fakat daha Emeviler döneminde İslam hukukçuları katı kodlar yapmanın ilkelerle çalışan İslam hukukunun dinamik ruhuna uygun olmadığını savundular ve haklıydılar. Bugün de batı, detaylarla dolu kod geliştirmektense içtihat mantığını rafine etme ve güven veren hukuk kültürü geliştirme yönünde adımlar atmaktadır. Bunun en güzel örneklerinden biri koddansa içtihat mantalitesinin daha baskın olduğu Anglo-Sakson hukukunun Kara Avrupası hukukuna galip gelerek uluslar üstü bir yargı mercii olan Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine sirayet etmesidir. Zira ayrıntılı hükümcü bir hukuk mantığı gerçek hayat karşısında iflas etmeye mahkumdur. Ya geri adım atar ve etkisizleşir ya da kendini dayatır ve haksızlaşır. Türkiye’de hukukun saygınlığının düşük olmasında modern batı hukukunun mezkur yönünün etkisi küçümsenemez. Hakimlerin de vicdani ferahlık ile değil, kafesteymiş gibi meslek icra etmesinin nedeni aynıdır: Modern hukukun yeterince hür ve olgun düşünmeye izin vermemesi, kültürel sığılığı.

Hukuk fakültesindeki derslerimde her sınıfa şu konuyu birkaç hafta anlatırım: Hukuk nosyonu adı altında hukuk öğrencilerinin muhakeme becerilerine ve kişiliklerine vurulan ketler. Hukukçuların ezberci, süreç değil sonuç odaklı, vicdani değil otoriteci, insancıl değil devletçi olması gibi kusurlar hep matah bir şeymiş gibi propagandası yapılan kof hukuk nosyonunun neticeleridir. Bir statüler toplumu olan Türkiye’de kişinin hukukçu statüsü edinmesi bu gibi kusurları görüp itiraf etmesine engel olmaktadır. Modern hukuk kamil manada entelektüel, muhakeme gücü yüksek, fikri ve irfanı hür insanlar yetiştiremez. Kainata agnostiktir, insana agnostiktir. Devleti ve disiplini bilir. İnsanı da bu değersiz boyutta ele alır.

Modernist ve pozitivist felsefenin sarsılmasıyla insan hakları hukuku gelişme göstermiş ve bir parça bu yanlışlıklar kırılmıştır. Fakat Türkiye postmodernist ve plüralist döneme geçemediği için insan hakları hukukunu şeklen benimser görünmektedir. Ateistin bile kader, kismet, nasip, kul hakkı gibi manevi referanslara sahip olduğu bir toplumda seküler insan hakları fikrinin maya tutması çok zordur. Türkiye’nin samimi önem atfedip global mantıkla işlemesi gereken bu alan ya göstermelik bir devlet uğraşı ya da marjinalleştirilmiş bir sivil toplum uğraşı olarak kalmıştır. Kısacası modern hukuk kusurludur; faydalı olduğu yerlerde de Türk toplumunun zihniyetine yeterince hitap edemediği için gereken olumlu etkileri yapamamaktadır.

Modern hukukun evrenselliği de bir mittir. Modern hukuk sekülerdir. Dünya halklarının çoğunluğu ise din referanslıdır. Değerleri dinden gelen insanları seküler kodlara zorlamak nasıl evrensel bir tutum olabilir? Evrensel hukuk; dindarın din ile, dinsizin dinsizlik ile ortak bir ahlak kavşağında buluşması şeklinde olabilir. Böyle bir hukuk söylemi yoktur. Evrensel hukuk; muhteva değil, metot boyutunda olabilir. Ontik değerler değil, epistemik değerler vaaz edebilir. Bu özellikleri haiz, yeterince kuşatıcı hukuk yaklaşımları önerilmişse de henüz yaygınlaşmamıştır. Türk hukuku evrensellik gibi klişelerle ve hamasetlerle ambalajlanmıştır.

Eleştirilerimizi arttırabiliriz. Hulasası şudur: Türkiye’de resmi hukuk sadece mitolojik değil, aynı zamanda da dogmatiktir. Tipik bir Türk hukukçunun zihniyeti ile tipik bir Osmanlı hukukçusunun zihniyeti, katı doktriner yaklaşımı arasında büyük farklar yoktur. Modern hukuk teorisi tüm dünyada ıslah edilmelidir. Islah yönündeki gelişmelerin büyük bir kısmı henüz Türkiye’ye sirayet etmemiştir. Çoğulcu, insan merkezli, dinamik, interdisipliner yaklaşımlar yerli mutaassıplar tarafından pek bilinmemekte, dışlanmaktadır. Türk hukukçusu fikren 1930’lardadır. Dini hukuku reddetme spazmına tutulmuş, seküler hukuktaki esnemeleri de fark etmemiştir. Öyleyse dış dünyadaki adımların Türkiye’de tanıtılması bile önemli olacaktır. Örneğin aile hukukunu ihtiyari şariat konseylerine havale eden İngiliz uygulamasının Türkiye’de telaffuz edilmesinin önündeki bariyerler yıkılmalıdır. Ceza yargılamasında mağdurun tazminat karşılığında affetme yetkisinin olması gibi en insani bir prensibi savunabilmek gerekmektedir. Tefekkürsüz atmosferde şişmiş bir balon haline gelen modern hukukun havası söndürülmelidir. Retorikleri ayıklanmalıdır.

Bu kolay değildir çünkü arızalı olduğu ölçüde piyasa açısından karlı bir hukuk kurgusundan nemalanan hukukçular günü kurtarmanın rehaveti içindedir. Modern hukukçunun kamudaki ve özel sektördeki avantajlarını alınız; günümüzün geleneksel fıkıhçısından üstün vasfını göremezsiniz. Birinin iktidardan kazanımları göz boyar; diğersinin meriyetten düşmüşlüğü göze batar. Fark bundan ibarettir. Türkiye’de batılı modernist çizgiyi postmodernizme taşıyamamış, slogan dillendiren ve menfaat koklayan, fikren çaresiz bir hukukçu kitlesi vardır. Bu kitle batılı realist felsefeden ilhamla dine, kültüre ve diğer sosyolojik unsurlara hukukta yer açabilirdi. Fakat onlar “Kanun koyucu abesle iştilgal etmez” gibi, “Hakim kanun ağzıdır” gibi akıl dışı, bilim dışı kabullerle zaman öldürmektedirler.

Türkiye’de hukuk felsefesi sosyal gerçeklik (sosyolojik metot) temelinde sıfırdan ele alınmalıdır. Dini veya seküler toplumdaki her inanç bu felsefede temsil edilebilir, her kanaat bir özgürlük ifadesi olarak yer bulabilir. Modern ve resmi hukuk bu esnemeyi

gerçekleştirebilirse tepkisel fıkıh ve sair ideolojik modeller karşısında sürekli yara alıp değer kaybetmekten kurtulur.

## **Sonuç**

Dünyanın tamamında uygulanacak hukuk için şu ortak prensibi önerebiliriz: Hukukun uygulanacağı toplumun değerleri -ki buna hariçteki değerlerin benimsenmesi de dahildir- asıl ilham kaynağı olmalıdır. Hukukun sosyolojik meşruiyeti kurucu ilke olmalıdır. Hukuka dair felsefi/dini/ideolojik görüşler de sosyal tabanları açısından hesaba katılmalıdır. Herhangi bir felsefenin/dinin hangi yorumunun etkili olacağına da aynı sosyal kabul ve beklenti prensibi cevap olmalıdır. Örneğin laikliğin önerildiği bir toplumda hangi laiklik yorumu, hangi ağırlıkta benimseniyorsa hukukta o yorum o kadar yer bulmalıdır. Kendisini dinle tanımlayan insanların olduğu bir toplumda dinin hangi yorumu mutabakat sağlamaya yakınsa o yorum hukukun kaynağında temsil edilmelidir. Ve dini ya da laik hangi görüş hukukta kurucu rol edinirse edinsin toplumun hür fikirler platformu olabilmesi, toplumsal yargıların şekillendirilmesi imkanı korunmalıdır ki baskı altında hisseden kişiler devlete küserek değerlerini yaşama ihtiyacını paralel normatif düzenler kurarak, hukuku içeriden çürüterek gidermesinler.

Bu prensipler bağlamında diyebiliriz ki -İslam'ın hak din olup olmamasından bağımsız olarak ve laikliğin başka ülkelerde nasıl uygulandığından bağımsız olarak- Türkiye'de sosyolojik meşruiyetin önemli bir unsuru sıfatıyla İslam pozitif hukukta etkili olmalıdır. Hangi konularda, hangi tarzda ve dozda yer bulacağı ayrı bir tartışma konusudur. Fakat Müslüman kimlik ifadesinin ve haliyle Müslümanlığa değer verişin belli bir seviyede olduğu Türkiye gibi bir ülkede pozitif hukuk değerlerden arınabilirmiş ve halkın önemli bir kesimi içselleştirdiği geleneksel değerleri askıya alabilirmiş gibi güya nötr fakat esasen önyargılı bir hukuk düzeni oluşturma çabası başarılı olamaz. Olmamıştır ve olmayacaktır. Bu tıpkı Hindistan'da Hindu değerlerinin, Fransa'da ateist dünya görüşünün hukukça görmezden gelinerek ezilmesi gibi bir hata olur. Hatırlanmalıdır ki dünyada nötr bir ideoloji yoktur; bir değer söylemine uzaklık başka birine yakınlık ve taraflılık anlamına gelir. Öyleyse dünya genelinde uygulanabilecek bir metodolojik değer geliştirmek gerekir ki o, sosyolojik meşruiyettir.

Müslüman nüfusun azınlık olduğu Almanya gibi bir ülkede İslam hukuku resmi hukukta en azından tolere edilme seviyesinde tutulmalıdır. Kurucu felsefede yer almayabilir. Fakat

Müslüman nüfusun çoğunluk olduğu Türkiye gibi bir ülkede İslam kurucu felsefede yer almalıdır. İşte burada hangi İslam sorusu gündeme gelir. Malumdur ki İran ve Suudi Arabistan Müslüman çoğunluğa sahip ülkelerdir. Fakat zorla başörtüsü taktıran veya sopayla insanları camiye sürükleyen rejimlerin İslam yorumlarının sosyolojik meşruiyeti ne kadardır? Şüphesiz ki düşüktür. Müslümanım diyen kişinin İslam'ın olur olmaz her yorumuna katılması gerekmez. Öyleyse ikinci bir metot katmanı açmak gerekmektedir.

Geçmişten bugüne geleneksel fıkıhçıların temsil ettiği katı, pozitivist, otoriteci, hükümcü ve ahlaktan uzaklaşmış İslam yorumu isabetsizdir. Yenilmişlik psikolojisi ile tepkiselleşmiş, siyaset ve karşı devrim hırslarıyla vizyonu daralmış, İslam'ın etkinliğini anayasaya İslam ibaresi koymak, her yere imam-hatip açmak gibi şekilci hamlelerde arayan yorumlar da hem dünyevi hukuk düzeni hem de maneviyat açısından zararlıdır. Öyleyse hangi İslam yorumu? “Öyle bir zaman gelecek ki dinin onda birini tatbik eden kurtulacak” hadisinin tecelli ettiği bu devirde amelî kolaylaştırıp teşvik etse de amelci olmayan, vicdani ve evrensel insani prensiplere öncelik veren bir İslam yorumu... Peygamberliğin ilk ve garip devresindeki gibi önce bireyin tüm sosyal baskılardan kurtulması ve sadece yaratıcısına kul olarak hürleşmesi, şerefini bulması, sonrasında ise hür ve eşit fertler arasında sosyal adaletin kurulması, kul hakkına hâlel getiren işlerin yasaklanması... İşte zamana şifa olacak genel fıkıh=anlayış eğilimi bu olmalıdır. Kısmi şartlara göre şekillenmesi gereken spesifik norm mevzularının Müslümanları esaslı ahlaki katkılar yapamaz hale getirmesi gafletinden çıkılması elzemdir. En azından seküler insan hakları teorileri kadar insan diyemeyen, onur diyemeyen, eşitlik, şeffaflık, hesap verebilirlik, gerekçeli yargılama, mülkiyete saygı diyemeyen bir fıkıhın sırf İslam etiketi taşıyor diye etkili olması gerekmez, uygun da değildir. Çünkü böyle bir fıkıh dar görüşlü ulemanın diktatörlüğünü doğurur. Dünyadaki İslam devletleri bu türden olduğu için de umulan neticeler alınmamıştır.

Evet, İslam hukukta daha etkili olmalıdır. Fakat mevcut fıkıh algısıyla değil. Fıkıhçılar; 632 yılından sonraki 1400 yıllık geleneği ölçü norm olmaktan çıkartmalıdır, destek norm statüsünde görmelidir. Bilgi kaynaklarının değerli olması dogmatik olmasına yol açıyorsa o kaynaklar artık değerli de olamaz, yük olur. Siyasi travmaların yarattığı kimlikçi Müslüman tipi geleneğe serinkanlı yaklaşmadığı için geleceği de serinkanlı kuramamakta, heyecan içinde zaman kaybetmektedir. Gelenek, tarih, medeniyet denilen beşeri faktörlerin, ilahi özden geldiğine inanılan İslam'ın bugünkü dünyada doğru anlaşılmasına ne kadar engel olduğu fark edilmelidir. Bu gelenek düşmanlığı değil, izana ve mizana uyan gelenek yorumudur. Mümin geleceğin ve geçmişin nefsaniyetinden hürdür.

Fıkıhın tecdit ile tashih edildiğini, temel değerler üzerinden modern hukuka nüfuz edebilir hale geldiğini varsayalım. O halde de modern hukukçunun dar görüşlülüğü, katılığı, ideolojik ve mesleki saplantıları ile mücadele gerekecektir. Biri fakülteden çıkıp meyhaneye, diğeri fakülteden çıkıp camiye giden iki Türk hukukçusunun hukuk nosyonunun aynı farazilikte ve köksüzlükte olması hayreti muciptir. İkisi de fıkıhçı gibi otoritecidir, hükümcüdür ve ahlak dışıdır. Daha doğrusu ahlakın, değer duygusunun insanların tüm tercih ve eylemlerini tam kuşatıcı bir atmosfer olduğunu fark etmeme, hukuku güya aşkın bir uğraşmış gibi yansıtmaya gafleti içindedir. Adı ne olursa olsun, her norm insanın değer duygusuna uğrayarak pratiğe geçer ya da geçmez. Buna devletin normları da dahildir. Ahlakın içeriği izafiyse de varlığı mutlaktır. Ahlakın askıya alınabilmesi muhaldir. “Ahlak hukukun dışındadır” diyenlerin gücü, iktidarı ve boyun eğme menfaatini birer değer olarak kutsadıklarını, ahlakı daha derin bir katmanda yaşattıklarını görmek gerekir. Öyleyse pozitif hukukun dini, kültürü ve sair değer kaynaklarını görmezden gelmesinin felsefi ve sosyolojik açıdan doğruluğu yoktur.

Bu hakikate uyanan batı dünyası İkinci Dünya Savaşı’ndan itibaren insan hakları adı altında değerleri hukuka davet etmiş, postmodernizm ile birlikte değer çeşitliliğini korumaya yönelmiştir. Çağdışı Türk hukuku ise takipçisi olduğunu iddia ettiği batı çizgisinden de ayrılmış, bir çıkmaz sokağın sonuna gelmiştir. Modern Türk hukukunun aynı kolonlar üzerinde ıslahı kabil değildir. Türkiye’de köklü bir hukuk devrimi zorunlu hale gelmiştir. Üstelik bu 1930’lardaki gibi tepeden siyasi bir devrim değil, tabandan sosyolojik bir devrim olmalıdır. Bu devrim şekilci ideologların -ki buna İslamcılar da dahildir- kanun yapma-bozma hamleleri suretinde de değil, bizzat hukuka yüklenen anlam yani hukuk zihniyeti katmanında olmalıdır. Öyle bir anlam ki bütün dünyadan, tarihten, dinlerden ve felsefelerden beslenebilsin fakat yalın, şartlanmasız ve ümmi bakışla tüm etkilerin ötesine geçip vicdanı da konuşturabilsin. En başta göz önündeki sosyal realiteleri doğru teşhis edebilsin.

Devlet otoritesi nasıl dayatılır? İmaj nasıl korunur? İdeolojik gayemize uygun nesiller nasıl yetiştirilir? Beyinler nasıl yıkanır? Kanaatler nasıl manipüle edilir? İktidara yakın olanlar nasıl rahat ettirilir? Uzak olanlar nasıl tedip edilir? Gün nasıl kurtarılır? Nasıl -miş gibi yapılır?.. gibi hastalıklı kaygıların elinde esir olan modern Türk hukukunun sahte saygınlığı da artık iyice azaldı. Sosyal dinamikler nelerdir? Toplumsal değerler, algılar ve beklentiler nelerdir? En olgun, pratik, şeffaf ve tatmin edici yollar nelerdir? Maksimum toplum memnuniyeti nasıl sağlanır? Bir taraf düzeltilirken başka tarafların bozulması nasıl önlenir?.. gibi vicdani kaygılara geçiş için ideolojik ısrarlardan, haksız devrim ve karşı devrimlerden kurtulmanın zamanı geldi.

Özetle, Türkiye’de ve pek çok başka yerde İslam hukuku ile pozitif hukuk arasında daha yakın bir irtibat kurulması hukukun sosyolojik meşruiyeti ve sürdürülebilir başarısı için bir zorunluluktur. Bu zorunluluğun yerine getirilmesi için birer norm kaynağı olan din ve devlet boyutlarının her ikisi de ciddi muhasebeden geçirilmeli, tecdit ve tashih edilmelidir. Bu sayede, çatışan değer kaynaklarının ilerideki bir kavşakta, insani ve vicdani ortaklıkta buluşarak pratik hayatta orijinal hukuk yorumlarına hayat vermesi umulabilir.