

OSMANLIDA KANUN VE ŞERİAT

DOÇ. DR. MUSTAFA ŞENTOP

Genç Hukukçular Hukuk Okumaları Grubu

TMKV, 12.06.2009

Başlangıç noktamız, İsmet Özelin bir sözü var diyor ki, Türkiye’de yaşayan Müslümanlar için genelleştirerek dünya için de söyleyebiliriz iki şey öngörülüyor “ya hayatın dışında İslam veya İslam’ın dışında hayat.” İkisini birden telif eden bir seçenek yok diyor. Aslında bu birden ortaya çıkan bir süreç değil tarihi süreç içerisinde ortaya çıkıyor. Aslında Tanzimat’tan itibaren Osmanlıda aşağı yukarı eş zamanlı olarak Mısırda yine eş zamanlı olarak ama farklı şekillerde mesela Hindistan’da alt kıta Müslümanları arasında İslam hukukunun yavaş yavaş otantik şekliyle beraber hayattan çekilmeye başladığını veya çıkarılmaya başladığını görüyoruz.

Şimdi geçen gün gene camiadan birisiyle konuşuyoruz da onların hukuk fakültesinde okuduğu tarihte işte bizden biraz önceydi yani İslam hukukunda şu var bu var şey konuşuyorduk o örnek verdi. İşte İslam hukukunda her şey yok mesela kat mülkiyeti yok... dedi. Her şey yok dedin ama mesela örnek verdiğin kat mülkiyet var dedim. İsviçre’den tercüme edilen medeni kanunda kat mülkiyeti yoktu daha sonra kat mülkiyeti kanunuyla girdi. Hâlbuki mecelle de Üst Hakkı olarak düzenlenmiş bu. Mesela bir şahsa ait bir arsanın ortasında bir başkası inşaat yapabilir ve o üst kısmını satabilir arsa sahibi o üstünü kullanma hakkını satabilir şimdi bu var.

Ama tabi o İslam hukuku bu kadar gelişti de niye hayatta yok.

Hukukun gelişebilmesi için bir takım ihtiyaçların olması ve o ihtiyaçlara cevap geliştirilmesi lazım. Dolayısıyla farklı yerlerden cevap arayıp bulduğun zaman bu tarafta hukukun hukuk düzeninin gelişmesine engel oluyorsun. Yani İslam hukukunun 19.yy ortalarından itibaren gelişmemesinin sebebi daha doğrusu bu yüzyılın sorunlarıyla ilgili cevapları İslam hukukunun içerisinde bulamamızın sebebi İslam hukukunun bir pozitif hukuk olarak ortadan kalkmasıdır. Bunun sebebi budur.

Tabi bu ortadan kalktıktan sonra bir kere hukuk gelişmiyor bir de hukukun buna şey derler hani ağacın kökünün etrafında çıkan bazı fidanlara piç derler. Piçleşmiş şeyler doğuyor. Yani özellikle bu ilahiyat kökenli fıkıhçıların takip ettiği yol olarak bu yaklaşımlar doğuyor. Yani İslam hukukunu bir pozitif hukuk düzeni olarak değil de pozitif hukuk düzenlerinin bir yedeği gibi yani bir ikinci tali hukuk düzeni olarak telakki eden ya da dini bir sorun olarak telakki eden anlayışlar doğuyor.

Yaklaşık bir sene oldu istihsanla ilgili bir toplantı oldu İSAM'da yapıldı. Günümüz meselelerine çözüm üretme bakımından istihsanın önemi gibi bir başlık Hanefi fıkında.

Geçen o konuşmada da istihsandan bahsettim çünkü istihsan çok önemli Hanefi fikhında bunu Marmara hukukta Akif Hoca iyi anlatmıştır diye düşünüyorum.

Kitap-Sünnet-İcma-Kıyas var. Bu dört temel kaynağın dışında da başka kaynaklar var aslında nitelik bakımından bakacak olursak hukuk kurallarının kaynağı olması bakımından daha çok bu 4 kaynağın dışındakiler kaynak olarak kullanılmıştır. Çünkü bu 4 kaynakta çok fazla şey yok yani Kur'an'da 600 civarında temel ayet kabul edilir alaka dairesine göre bazı hukukçular daha fazla ayetten istifade edebiliyor. Sünnette çok vardır ama sünnetteki hükümleri kullanma bakımından bir takım kriterlere tabi tutuyorlar özellikle Hanefiler. Bununla ilgili ciddi sıkıntılar daha o dönemde yaşanmıştır mesela Ebu Hanife'ye yöneltilen önemli eleştirilerden birisi, Ebu Hanife'ye hadis söyleniyor ama o kabul etmiyor.

Ebu Hanife'nin sünnet karşısındaki tutumunu savunan güzel ve küçük bir kitap da vardır. Zahidul Kevserinin (Bolu'da doğmuş Mısır da yaşamış) değerli bir Hanefi fakihidir. Sünnet konusunda Ebu Hanife'yi müdafaa eder.

Tabii çok farklı meseleler var. Hadis uydurma meselesi o dönemde ortaya çıkmış daha siyasi ihtilaflardan dolayı ikincisi hadisi nakleden bir kişinin Peygamberimize atfedilen bir sözü aynen onun kelimeleriyle nakletmesini istiyor Ebu Hanife. Çünkü eğer bunu bir hukuk kaynağı olarak kullanacak olursak kelimelerin önemi var. Anlam olarak rivayet ediyorsa mesela bunu kabulde biraz daha zor kriterler kullanıyor. Teknik olarak mütevatir hadisler vardır ki bunların sayısı oldukça azdır. Meşhur hadisler vardır bir de haberi ahad vardır yani tek kişiden rivayet edilen hadisler. Mesela bu haberi ahadı ve haberi vahidi Ebu Hanife fakih olursa eğer nakleden yani, ravi fakihse kabul ediyor yoksa kabul etmiyor. Şimdi hadiste de bu anlamda mütevatir hadis diyoruz bunları toplasak 10 u geçmez. Zaten bütün hadis kitaplarında ameller niyetlere göredir var. Bu bakımdan hukuk kültürü olarak olsa da hukuk kaynağı olarak doğrudan hukuk kuralını dayandırabileceğimiz hadislerin sayısı oldukça az. Yani az derken kuranda 600 ise belki hadiste de o civardadır. 200 300 500 gibi.

Daha sonra icma kalıyor. İcma bir dönemde yaşayan fakihlerin/ müçtehitlerin bir hukuki meselede ittifak etmeleridir. Ya görüş birliği vardır (sarih icma-ki bunu inkâr küfürdür akaid bakımından) bir de zımni/sarih olmayan icma vardır. O da müçtehitlerin çoğu demiştir de bazıları ses çıkarmamışlardır o konuyla ilgili. Yani eğer itirazları olsaydı söylerler diye tahmin edildiği için onu da icma kabul etmişlerdir. Ama hukukçuların hepsi bunu bağlayıcı bir icma olarak da kabul etmiyor. Fakat bu icmayı tesbit edebilmek sahabe devrinden sonra çok zorlanılıyor. Hatta sahabe devrinde bile savaflara gidenler Çin'e kadar gidenler... Tabiin döneminde iyice dağılıyorlar. Artık bir konuda ittifak edilip edilmediğini tesbit kolay değil. Problemler bu bakımdan burada icmanın sahabe döneminden sonra mümkün olmayacağını hukukçular söylüyor. İcmayla sabit olmuş hususlar umumiyetle bir kere kuran ve sünnetin dışında kalan konulara dair yeni içtihatlar değildir aslında bunların çok büyük kısmı yüzde 90 1 zaten kuran ve sünnette bulunan hususlardır. Kuran ve sünnette bulunan fakat farklı

yorumlanabilecek konularda hukukçuların çoğu bir tek yorum üzerinde ittifak etmiştir. Aslında temelde zaten bakarsak hukuki görüşlere... Mesela sala yani namaz anlatılırken derk i namaz kitap sünnet ve icma ile sabittir der mesela. Sadece icma ile sabit hususlar çok azdır yoktu diyemeyiz ama mesela salât dediğimiz şey aslında duadır Arap dilinde. Ama onun kurandaki kullanımın yerine göre bugün anladığımız manada namazı kastettiği hususunda icma vardır hukukçular arasında. Artık biz kalkıp da dua anlamına geliyor. Böyle de olabilir diyemeyiz çünkü icma hâsıl olmuştur o konuda.. Yine savm konusunda... Yine icma ile sabit olan hususların kahir ekseriyeti kuran ve sünnette bulunuyor.

Kıyasa gelince kendisine kıyas edilen meselenin (makûsun aleyh) kitap ve sünnette bulunması lazım. Orada olmayan bir hususta kıyas da yapamazsınız zaten. Bu da yine kurandaki hükümlerin bir nevi çoğaltılmasıdır. Ama gene kuran veya sünnetteki hükümlerdir. Bir kat iki ya da üç kat çoğaltabilirsek ancak o kadar olur. Dolayısıyla toplarsak kitap sünnet icma ve kıyasla elde edilen hükümler fikhin bütününe dikkate alınca azdır. Dolayısıyla bunu dışında kalan kaynakları hukukçular kullanmıştır.

Şimdi bunlardan hukukçuların kendi metodolojilerine göre bunları kullandığını görüyoruz. Mesela imam şafinin örfü yoğun olarak kullandığını görüyoruz. Hatta o kadar etkindir ki birçok konuda imam şafiden iki görüş bulunur. Mezhebi cedid mezhebi kadim diye. Iraktaki içtihatlarını Mısır'a göçtükten sonra imam Şafii bir ölçüde değiştirmiştir. 13.43 örf'e bağlı olarak değişen içtihatlardır. Örf mısırdaki değiştiği için değiştirmiştir. Doğrudan örfü kaynak olarak kullanıyor.

Maslahatı veya mesalihi mürsele dediğimiz kaynağı imam malik yoğun olarak kullanıyor. O da örfü Medine ehlinin örfü olarak daha yoğun olarak kullanıyor. Bunun mantığı Medine'de yaşayan insanların kendileri değil ama babaları belki dedeleri Hz. peygamber döneminde yaşamış dolayısıyla bunların hayatlarındaki düsturlar oradan intikal etmiş şeyler yani bunların açık olmasa da bir şekilde sünnete dayandığı tahmin edilecek şeyler. Bu nedenle Medine halkının örfünü kıyastan da önce tuttuğu durumlar var imam malikin. O buna öncelik tanıyor. Maslahat da bildiğimiz maslahattır. (kamu yararı-mesalihi mürsele)

Hanefilerde ise istihsan vardır. Hanefiler doğrudan örfü veya maslahatı kullanmamıştır. Ebu Hanife daha rafine şekilde kullanmıştır. İstihsan bir makinedir aslında bunu içine örfü atıyorsun maslahatı atıyorsun içinde bir hukuk kuralı çıkarıyorsun. Ama teknik olarak istihsan kıyasa aykırı hüküm vermektir. Bir konuyla alakalı kıyasta bir hüküm çıkarılıyor. Ama bu hüküm mesela örf'e uygun değil maslahata uygun değil bu hükmü değiştirmek istiyorsun ama ortada kıyas var kıyası nasıl aşabilirsin. Şimdi burada istihsanda aslında iki temel yöntem var. Birisi yeni bir kıyas yapıyorsun ve bu ikici kıyasla yaptığın kıyası tercih ediyorsun birinci kıyasa. Şimdi bunun klasik hanefi hukuku kitaplarında örneği şudur vakıfla ilgili olarak. Bir şeyi vakfedince vakıfla ilgili olarak irtifak hakları vakfedildiğinde açıkça söylenmemişse vakfedilmiş olur mu olmaz mı? Yani vakıf da irade beyanına dâhil midir değil midir irtifak

hakları. Vakfedilen kişinin kendi mülkiyetinden çıkıyor. Dolayısıyla bunu temel olarak satım akdine benzetebiliriz. Ona benzetince satım sırasında telfuz edilemez irtifak hakları dâhil değildir. Bunu ayrıca telfuz lazım. Buna benzetince vakfedilen bir gayrimenkulün irtifak hakları dâhil olmuyor vakfa. Böyle bir durumda zaten vakfeden kişi her ne kadar iyiniyetli olsa da o şeyi vakfedecek kadar düşünmüş yani irtifak haklarını ayrıyeten söylememiş oluyor unutuyor veya düşünülmemiş bir şey. Böyle bir durumda vakıflardan yararlandırmada sıkıntılar yaşanıyor. Ne yapalım diyorlar. Vakıfta irtifak hakları dâhil olsun diyorlar. Fakat kıyas muhalif buna o zaman diyorlar ki kira akdi ikinci akit icar akdinde baştan söylenmese de irtifak hakları dâhildir. İstisna tutmak için telaffuz gerekiyor. Bu durumda kiraya kıyas edilince maksat hâsıl oluyor. Dolayısıyla kiraya kıyas ederek irtifak haklarının da vakfedilen gayrimenkulle beraber vakfedildiğini kabul ediyorlar.

Tabi kiraya benzetilebilir mi, benzetilebilir. Bugünkü anlamda ayrı bir tüzel kişilik mefhumu yok yani Kişinin mülkiyetinden çıkıyor ama vakıf bir başkasının da mülkiyetine girmiyor. Bugünkü anlamda aslında bazı muameleler anlamında ayrı bir tüzel kişilik olarak addedebiliriz vakfı ama o günün kavramlarıyla düşününce ayrı bir tüzel kişi değil vakıf.

Dolayısıyla burada gayrimenkulün kendisi oraya intikal ettirilince orada kalıyor. Başkalarına intikal ettirilemiyor. Satılamıyor. Dolayısıyla burada gayrimenkul sabitlendiriliyor onun menfaati kullanılıyor. Dolayısıyla bu aslında kullandırma akdine yani kira akdine benziyor bu bakımdan. Ama bunu yapabilmek için biraz daha derinden düşünmek gerekiyor.

Bu bakımdan Hanefiler derler ki istihzan aslında “kolay fakat zayıf bir kıyastan örtülü veya zor ama güçlü bir kıyasa göç etmektir.” Derler. Yani ilk akla gelen kıyasta bir sonuç var ama o zayıf bir sonuç daha sonra akla gelen sonradan geliyor ama daha güçlü bir kıyas oluyor diyorlar. Birincisi bu,

İkincisi de aslında örf veya maslahat sebebiyle genel hükümden ayrılmaktır. Mesela vakıfla ilgili yine koyulmuş şey vakıf akar olacak Hanefilere göre vakıf akar olacak. Gayrimenkulde değildir bugün ki anlamda.

Çünkü herhangi bir şekilde yapısı bozularak da taşınabilir olsa bir şey gayrimenkul yani akar olmaz. Hele şimdi prefabrikleri ele aldığımızda evleri konutları nasıl g menkul olarak kabul edeceğiz bugünde tartışılıyor. Söküp başka yere taşıyabiliyorsunuz evinizi. Hanefilere göre akar bir tek arazidir. Tarla arsa. Dolayısıyla vakfedilebilecek tek şey de budur.

Fakat daha sonra ihtiyaç hâsıl olmuş özellikle ilk dönemlerde silahlar için ihtiyaç hâsıl olmuş, çünkü pahalı şeyler, savaşa gidenler var bir de gitmeyenler ihtiyarlar falan bunların silahları var bunarlı ne yapalım, ortadaki mevcut silahları toplayıp savaşa gidenlere aktarabilirsek o zaman ortaya önemli bir kolaylık çıkıyor. Bunun için demişler ki vakıf olsun.

Fakat akar olması lazım. Demişler ki burada maslahat vardır. Bu bakımdan bunun vakfedilebileceğini kabul edebiliriz. Yani maslahat sebebiyle istihsan yapılıyor ve istihsanla genel kuraldan ayrılmış oluyor yeni bir kural konuluyor.

Daha sonra kitap meselesi olmuş. Yani kütüphaneler vakıftır. Kitaplar orada vakıftır ama akar değildir bunlar. Buna da cevaz verilmiş tabi bunun sınırı nereye kadar. Osmanlıda daha sonra para vakıfları kurulmuş. Para vakıfları Osmanlıda çok önemli ve yaygın. Şimdi vakıf deyince cami han medrese yol çeşme vb. en ucuzu çeşme desek onun belli bir maliyeti var. Fakat daha çok kadınlar cüz i bir parası var. Diyelim 1 milyar para çeşme falan yapmaya yetmiyor. Ama vakıf yapmak istiyor Var ya sadaka-i cariye olsun diye bunu bir akara veya başka bir şeye tahvil edemiyor. Para cüzi bir miktar paranın kendisini vakfediyor. Mesela bu parayla her Cuma 40 yasin okunsun okuyanlara verilsin para diyor. Fakat şöyle bir durum oluyor mesela 40 Cuma sonra para bitiyor para ama vakfın kalıcı olması lazım dolayısıyla paranın döndürülmesi gerekiyor. Parayı çalıştırınca da faiz giriyor işe. Osmanlıda a bu çok tartışmalı. Bir defa paranın akar olmaması sebebiyle vakıf olup olmayacağına ilişkin özellikle Ebussuud ile İmam Birgivi/Çivizade arasında tartışma var. Çivizade gelince yasaklıyor. Hatta fatih döneminde de para vakıflarının kapatıldığını hazineye intikal ettirildiğini görüyoruz. Çivizade döneminde de bütün para vakıfları yasaklanmıyor. Sonra Ebussuud gelince yeniden cevaz veriyor.

Hukuki olmakla beraber konunun başka boyutları da var. Bir taraftan hayır yapmak isteyenler var onarlı mahrum ediyorsunuz. Bir taraftan da bundan istifade eden müderrisler talebe-i ulum falan var. Bunlar için de önemli bir kapı ve bunlar da itiraz ediyor. Fatih döneminde müderrislerin de çok ciddi itirazları var.

Dolayısıyla istihsanı uzatınca para vakıflarına kadar gelebiliyor. İşte bugünde yaşadığımız çeşitli mesela örf dediğimiz maslahat dediğimiz pek çok konunun istihsan yoluyla acaba İslam hukukuna aktarılması mümkün müdür? Diye bir anlayıştan yola çıkan bir toplantıydı o.

Orada hocaları çoğu konuştu fakat önemli ölçüde klasik ilahiyatçılar tabi bir kısmı istisna mesela Kâfi Bey(İ. Kâfi Dönmez) gibi falan, onlar kitaplardaki İslam hukukunu biliyorlar. Hicri 4–5. yy da yazılmış kitaplardakini biliyorlar. Osmanlı uygulanmasını dahi bilmiyorlar mesela birisi kalktı dedi ki omsalı kanunnamelerinde yer alan şeyler mesela Fatih hırsızlığa para cezası veriyor bu istihsan yoluyla belirlenmiş bir hükümdür diyor kanunnamedeki. Tamamen yanlış bir şey çünkü kanunnamelerdeki hükümler fıkıh müktesebatı içinde üretilen kurallar değil bilakis örfi hukuk dediğimiz İslam hukukunun yasama hukuku çerçevesinde devlete vermiş olduğu alanla ilgili hususlar. Yani burada bir el kesme cezası kaldırılmış değil de o cezanın uygulanmayacağı haller için tahsis edilmiş bir hüküm o. Ama bu detayı bilmiyor, bilmeyince de istihsan olarak yorumluyor. Niye böyle çünkü İslam hukukunu onlar bir pozitif hukuk düzeni olarak düşünmüyorlar onlar pozitif hukuk düzeni var cari düzen ve insanların bu düzen içerisinde duyduğu bir takım rahatsızlıklar var dini hassasiyetleri sebebiyle bunları

giderecek veya bunları bazen teyit edecek ir takım hükümler fetvalar üretmeye çalışıyorlar. İşte burada aslında müdahale etmek gerekiyor yani asıl sıkıntımız da burada bizim. 25.55 yani İslam hukukunu bir pozitif hukuk düzeni olarak düşünmediğimiz sürece İslam hukukuyla ilgili temel anlayış ve yaklaşımlarımız yine İslam hukukunun başka hukuk düzenleriyle mukayesesini yaptığımızda varacağımız sonuçta ciddi sorunlar taşıyacak. İşte bugün yaşanan şey bu “ya hayatın dışında bir hukuk telakkisi var veya hukukun dışında bir hayat.

İşte bu fetva müessesesi aslında bu tali hukuk düzeni oluşturmak yani bir mazeret hukuku oluşturmak gibi bir rol üstleniyor hayatımızda. Bu bakımdan İslam hukukunu pozitif bir hukuk olarak bugünkü hayatımızda düşünebilmemiz için İslam hukukunu pozitif hukuk düzeni olarak tarihte tarihi süreç içerisinde anlamamız lazım. Yani İslam hukukunu fıkıh kitaplarında bir fetvalar hukuku gibi anlamak yeterli değil en azından Osmanlı devletinde 1926 ya kadar İslam hukuku bir pozitif hukuk düzeni olarak detaylarıyla anlamamız lazım. Ancak bu durumda İslam hukukunu bir canlı hukuk düzeni olarak değerlendirebiliriz ki bugün hala varlığını şöyle veya böyle eleştirebiliriz ama sürdürüyor varlığını Pek çok İslam ülkesinde en azından ahvali şahsiyete uygulanıyor. İsrail’de bile Müslümanlara aile hukuku, borçlar hukuku dâhil İslam hukuku uygulanıyor. Mecellenin kaidelerinin önemli bir kısmı İsrail mahkemelerinde Müslümanların sorunları için uygulanıyor.

Şimdi buradan bakarken İslam hukukunu bu iki açmazdan uzak bir şekilde değerlendirmemiz lazım. Yani hem hayatın içerisinde bunu hukuku değerlendirmemiz lazım hem de bir pozitif hukuk olarak görebilmemiz lazım.

Bir de tabii Pakistan’da Mısır’da üretilen aslında içlerinde fakihler de var ama bir kısmı bunların siyasetçi sosyolog yani çok büyük hizmetleri geçmiş ama İslam hukukunun bir hukukun ötesinde bir şey olarak yani meta-hukuk olarak anlatan yaklaşımları vardı. Onlarda da biraz sorunlar var. Şu anlamda, yani bir hukuk düzeniyle bir dinin ahlak ve diğer kurallarını bütünleştiren ve bir arada mütalaa eden bir anlayış var. Aslında belki fıkıhı ilk çerçevede bununla ilişkilendirebiliriz ama onların ifade ettiği fıkıhta değil yani onlar fıkıhın üzerine bir de ahlak çerçevesini koyarak onunla bütünleştirerek İslam hukukunu anlatıyorlardı. (Sezgin Tunç: yani Seyyid Kutub’da geçen İslam’ın yaşanmadığı bir toplumda İslam hukukundan söz edilemez.) hayır, bu doğru yani her şeye itiraz etmiyorum söylediklerinin şuna itiraz ediyorum İslam hukuku mesela kişinin bütün hayatını düzenler hayatın hiçbir anı yoktur ki hukukun dışında kalsın işte doğuşundan ölümüne kadar .. Falan düzenler diyor. Genel anlamda İslam’ın insan hayatının her aklarıyla ilgili bir kuralı vardır dense bu doğrudur. (Ef’ali mükellefin-yapılan her hareket mutlaka birisine girer) fakat şöyle bir şey var fıkıhta sünnet dediğimizde İslam hukukunun kaynağı olarak peygamber efendimizin sözleri davranışları ve takrirleridir(onay ya da ses çıkarmama). Fakat Hz Peygamberin her davranışı sünnet midir? Hukuk kaynağı anlamında değildir. Mesela Peygamberin kendisine ait bazı davranışları vardır. Mesela ‘Savmu Davut’ denilen oruç

ümme için yasaklanmıştır. Ama peygamberle ilgili bu konuda cevaz var. Şimdi sünnet olarak bu davranış sünnet olduğunu söyleyemeyiz ona mahsus bir şey. Yine peygamberin 4 ten fazla hanımla evli kalması da ona mahsustur. Bu da hukuk kaynağı değil. Yine peygamberin beşeri davranışlarının da hukuk kaynağı olmadığını ifade ediyor fakihler. Yani oturması-kalkması yemesi içmesi yatması falan hukuk kaynağı değil. Fakat bu davranışlara uymanın ahlaken veya dinen bunların bir değeri var sünnettirler sevaptırlar.

Ama hukuk dediğimiz zaman buradan fıkıhın da müeyyidelendirilmiş tarafını işte bu dünyevi müeyyideyle müeyyidelendirilmiş tarafını kastediyoruz. Tabi bu müeyyide her zaman ceza değil hukuk anlamında işlemin geçersizliği yokluk butlan falan gibi hususlar da olabilir. Esas butlan eski hukukta olabilir ama burada bir hukuki müeyyide yok, uymadığımız zaman ama dini bir değeri var o ayrı bir mesele.

İslam hukuku denilince kastedilen şey hayatımızın her tarafını her safhasını düzenleyen buna bir müeyyide getiren bir sistem değil. Dinin hükümleri, ahlakın hükümleri ve hukukun hükümleri İslam hukukunda da birbirinden bağımsızlaştırılabilmiştir. Bağımsızlaştırılmış derken anlama bakımından açıklama bakımından bunu söylüyorum. Bunun birbiriyle olan ilişkisini batı hukukuyla farkını da anlatacağım burada bir anlayış farkı var tabi. Fakat buradaki mesele yani hukuk olan ayrı ahlak olan ayrı dini hüküm anlamında dini hüküm olan şey ayrı bir şey bunların hepsini hukuk olarak telakki edince içinden çıkılmaz bir karmaşaya giriyoruz. Bu bakımdan işte mısır ve Pakistan kökenli yaklaşımların sorunlu olduğunu söylüyorum. Bir de hukuk formasyonu çok önemli bir formasyon. Ve İslam dünyasında çok ciddi entelektüel krizin de sebebi entelektüellerin hemen hemen hukuk formasyonundan mahrum olmalarından kaynaklanıyor. Bizdeki ilahiyatçıların yazmış olduğu eserlere de bakınca bu sıkıntıyı görüyoruz. ... Çok güzel çok detaylı fakat hukuk formasyonu yok. Şimdi eskiden de aynı şeyleri okuyorlardı diyebiliriz ama öyle değil işte hukuku bir pozitif hukuk olarak algılama farkı burada karşımıza çıkıyor. Yani omsalı medresesinde fıkıh okuyan adam bunu bir kadı müftü olarak uygulayacak adamdır. Ama şimdi ilahiyatta bunu okuyan bir kültür olarak okuyor. Dolayısıyla bunu pratik hayata uygulama bakımından sıkıntılar yaşıyor. Yani hukukun ne olduğunu ondan sonra hukuk kuralının neye tekabül ettiğini hayat içerisinde bilmiyor. O Şunu düşünüyor mesela adamın birisi faiz alacak mesela faiz, bunu ne yapsın caiz mi değil mi falan haram mı değil mi. Netice itibariyle bunu bir sosyal düzen kuralı olarak değil de sadece kişisel bir karar mekanizması içerisinde bir kural olarak değerlendiriyor bir kriter olarak değerlendiriyor. Yani ilahiyatçıların da yazdığı eserlerdeki sıkıntılar bu bunu gördüğümüzde fark edebiliyoruz.

Bunların mesela Osmanlı hukukuyla ilgili veya pozitif hukukla ilgili mukayeseleri falan var orada çok ciddi sıkıntılar var. Yani Küçük bir benzerlikten hareketle hemen benzeştirebiliyorlar İslam hukukundaki bir kurumla pozitif hukukundaki bir kurumu. Mesele meşru müdafaaıyla ilgili bir doktora tezi vardı güzelde hazırlanmıştı. Fakat mesela Meşru

müdafaaı anlatırken manevi tazminat meselesi var kitabın belli bir bölümünde orada tazir cezalarını manevi tazminat olarak nitelendiriyor. Hâlbuki bu ceza hukukuna ilişkin bir mesele yani manevi tazminat borçlar hukukuna dair bir konu. O ceza kanunundan, Osmanlı kanunnamelerinden bunları manevi tazminat olarak alıyor. Bedeni manevi tazminatın bedeni olarak karşılanması gibi bir şey söylüyor. İşte bu uygulamacı hukukçuda yok. Mesela Osmanlı da fıkıh okuyan kadı olmak için bunu okuyan kişide bu yok.

Bu bakımdan bu tarafına gelecek olursak mevzunun yani İslam dünyasının entelektüel problemlerinde çıkış noktası krizlerinde çıkış noktası bence bir hukuk formasyonudur. O bakımdan aslında çeşitli şeyleri, dinlere veya kültürlere dair medeniyetleri bir şekilde bir şekilde anlatmak mümkün bazen buna teşebbüs ediliyor. İşte vakıf medeniyeti falan. İslam diniyle ilgili İslam medeniyetiyle ilgili söylenebilecek en önemli şey bir hukuk veya fıkıh medeniyeti oluşudur. Çok önemlidir. İslam tarihi boyunca bütün siyasi sosyal hareketlerin ve tarihi sürecin bel kemiğini fıkıh tayin etmiştir.

Hız peygamberin sözüne hani zahire göre hüküm ederiz sözü çok önemlidir. İslam medeniyetinin bel kemiğidir bu alan. Kemik formda tutan belli bir seviyede tutan şey anlamında. İslam medeniyetini belli bir formda tutan onun bozulmasını engelleyen şey fıkıhtır.

Dolayısıyla fıkıh ya da hukuk İslam medeniyetinin temelidir. İslam medeniyetiyle ilgili veya İslam kültürüyle İslam dünyasının sorunlarıyla ilgili üretilecek formüllerde bunlar siyasi formüller ya da başka şey de olabilir ama... Üreten kişilerin ciddi ölçüde bir pozitif hukuk tahsili mukayeseli olarak görmeleri gerekir. Siyasetçilerin temel problemi de bu tüm İslam ülkelerinde siyasetçiler daha çok felsefeciler, sosyologlar, mühendisler arasından çıkmıştır. Fakat hukuk tamamen bunların dışında bir şey. Birbangyang komisyonu var bilirsiniz sosyal bilimlere açım diye. Birbangyanın finanse ettiği bir rapor bu. O raporda sosyal bilimler anlatılırken, hukuk sosyal bilimler arasında mütalaa edilmez. Aslında hukuk bir sosyal bilimde değildir. Sosyal bilimler biraz sosyoloji ile başlayan sonra psikoloji falan bu çerçevede gelişen siyaset bilimi iktisat gibi bilimlerdir. Bu bilimlere biraz fasa fiso bilimlerdir aslında. Temeli itibarıyla nasıl pozitif bilimlerin bir takım kanunları vardır. Bu konuları öğrenince tabiatın işleyişini nasıl anlıyoruz? Tabii bu anlama bize daha sonra olabilecekleri tahmin imkânı veriyor. Tahmin edebildiğimize göre değiştirebiliriz de hükmedebiliriz tabiata. Pozitivizmin doğuşu bu. Sosyoloji de böyle doğuyor.

Tabiatın kanunları gibi toplumun da bazı kanunları vardır. İşte biz bu kanunları öğrenirsek sosyal hayatın nasıl işlediğini ve nasıl değişeceğini sosyal değişimin nasıl olabileceğini tahmin edebiliriz ve bu değişmeye hükmedebiliriz. Çıkış noktası bu. Tabii bu 20.yy'ın başında da böyle devam ediyor ancak daha sonra bunun böyle olmadığı sosyoloji veya fizik gibi olmadığı anlaşıldı.

Fakat hukuk farklı işte sosyolojide psikolojide bir takım vakalar üzerinden bir takım kanaatlere tezlere falan ulaşıyorsunuz. Hukukta böyle bir şey yok. Hukukta kurallar vardır ve bu kuralların uygulaması vardır. Yani bir matematiğe benziyor. Yani Hukukla en yakın bilim olarak matematik ilişkilendirilebilir. Tabi bu son tahlilde belki bilim batıdaki science in karşılığı olarak bilim, özel bir bilme metodolojisi, yöntemi ve bu yöntemle elde edilmiş bilgiyi ifade ediyor bilim. Dolayısıyla insanın bilme serüveninin bütünü bilim içerisinde mütalaa edilemez. Yani kişi olarak insanın da sadece insanlığın değil yani özel bir anlayışa dayanıyor. Bu konuda fazla detaya girmeyeyim İSAV'ın “Bilgi Bilim ve İslam” adıyla yaptığı bir seminer var. Orada İsmet Özel'in bir tebliği var orada.(bilimin dünyasından bilginin dünyasına) Tabii Heidegger'in bir temel sorusu var, doktora derslerinde bunu kullandı, ismet özel ondan hareket ediyor. İnsanın bilme yeteneğinin tek kaynağı bilim midir yoksa bilimin yerini tayin edecek başka bir bilgi var mıdır? Diye bir soruyla başlıyor. Heidegger çok çözücü bir zihindir. O bakımdan mesela Bernard Russelin batı felsefesi tarihi var. Haydegeri almıyor. Bu felsefe içerisinde kabul etmiyor onu. Nereye koyacağını da bilmiyor tabi.

İsmet Özel'in makalesine bakınız çok güzel ama kimse anlamamış hele orada şey var Süleyman Karagülle hemen söz alıyor İsmet Özel kardeşim çok güzel anlattı diyor ama söylediklerinin İsmet Özel'le alakası yok zaten anlamamış İsmet Özel'i.

Sezgin Tunç... Hukuk nedir sorusuna vereceğimiz cevap açısından önemli ama bunu ayrıca gündem yapmamız gerekiyor)

Ama o yazı açıcı olabilir orada bilim bugün dikkatli kullanıldığı şekliyle farkı yokmuş gibi birbirinin yerine kullanılıyor ama ilim bilimi de kapsayan tabi bilim tümüyle reddedilmesi gereken bir şey de değil. Belli bir bilme biçimidir bilim. Yani orada ismet özel anlatıyor. Bilimin belli ön kabulleri varsayımları var. Birisi şu bilme serüveni içerisinde bir ben bilen özne bir de bilinen şey obje vardır... Ben ayrı ve şey ayrı bilen ayrı bilinen ayrı. Yine bu esası kabul ediyoruz. İkincisi bilme dediğimiz şey bizim tamamen zihinsel faaliyetimiz çerçevesinde ortaya çıkıyor bilme faaliyeti. Yani zihnimizin faaliyetiyle biliyoruz biz. Zihin dışında bir yeteneğimizin kabiliyetimizin kullanılmadığını bilme faaliyetinde düşünüyoruz. Dolayısıyla akıl herkeste aynı olduğu için bilgi objektif oluyor bilgi bu sebeple akla dayandığı için. Öte taraftan 3. ayağı da bunun şey yani herkes böyle bilir yani ben nasıl ben nasıl ben ve o diye ayırarak bilme nesnesiyle kendimi ayırarak ve sadece aklımı bilme nesnesi üzerinde yoğunlaştırmak suretiyle bilgi elde ederek bilgi bilim yapıyorsam herkeste tek tek benim yaptığım gibi bunu yapar. Dolayısıyla bilgi bu anlamda objektiftir.

Yani genelleme yaptığımızda herkesin aynı şekilde aynı yöntemle bilgi edindiğini farz ettiğimiz takdirde böyledir. Fakat bu anlayış temel anlayış tabi aslında yıkılmış bir anlayıştır. Önemli ölçüde işte Kuantum nazariyesinden itibaren.

Kuantum nazariyesinde inceleme yapan kişinin inceleme yaptığı nesne üzerinde bir etkisinin olduğunu görüyoruz. Sosyal bilimler açısından fevkalade açık bir konudur bu. Bir kişi bir insan ya da toplumu tanımaya çalışıyorsa, soru sorduğu zaman, senin soru sormandan önceki bilme nesnesi ile soru sorduktan sonraki bilme nesnesi aynı şey değil. Bir kere o değişmiş oluyor. Hatta sen yokken olan bilme nesnesi ile sen orda görüldükten sonraki bilme nesnesi aynı şey değil. Dolayısıyla bilen ile bilinen şey “ben o” diye ayrılabilir iki ayrı varlık değil. Bilen özne aslında bilinen şeyinde içine dâhil. Bilhassa varlıkla ilgili araştırmalarda, sosyal bilimlerde zaten öyle de, bilen kişi de araştırmamanın bir nesnesi oluyor. Dolayısıyla araştırma sürecine, bilme sürecine de ayrıca etki ediyor. Bunlar hep 60 yıllar ve sonrası ortaya çıkan yeni açılımlar ama işte bu bilimin temel kabullerine aykırı açılımlar. Bu anlamda hukuk bilim midir? Aslında bu çerçevede bilim olarak kabul etmek mümkün değildir. Ama bilim öncesi de varlığı olan bir şeydir hukuk. Bilim 15. Yy.dan sonra ortaya çıkmış bir bilme serüveni metodolojisidir. Daha önce bilim yok, ama insanlar yine bilgi sahibi. Bazı ilim alanları var. İslam dünyasında da başka alanlar var. Hukuk daha önce de ilim alanı, bir bilme alanı olarak varlığını koruyor. Hukuk, tarihi süreci anlamında, bilimden sonra ortaya çıkmamıştır. Bu bakımdan hukuk için; bilim alanıdır demek doğru olmaz. Tabi bu ayrı bir tartışma konusudur. Bilhassa hukuk felsefesi kitaplarına bakılarak bu konunun tartışılmasında fayda var.

İslam hukuku ne 60’lı yıllardaki ideolojik İslam anlayışını ortaya koyan siyasetçi ve sosyologların dediği gibi, insan hayatının her tarafını düzenleyen ve değişmez kurallardan oluşan bir yapıdadır ne de dogmalardan müteşekkil ve çağa cevap vermeyen bir yapıdadır. Aslında bu iki anlayış perspektif olarak kesişmiş oluyor. Biri İslam hukuku, nefes almak dâhil hayatın her safhasını düzenliyor diyor. Buna karşı “O halde bu sistem ne zaman oluşmuştur?” sorusu temel bir sorudur. Fıkhi anlamda cevap verecek olursak 3. Yy. da oluşmuş deriz. Demek ki yaklaşık 11, 12 asır önce hayatımızın her safhasını ve hatta nefes alışımızı bile düzenleyen bir sistem söz konusu. Yani bu sistemin bugün uygulanabilirliği mes’elesini tartışılabilir. Öbür taraftan da madem böyle bir sistemdir, dogmalarla o zaman İslam hukukunun cevap vermesi mümkün değildir. İşte bu iki yaklaşım da İslam Hukuku’nun değişmezlik niteliğini ele alıyor. Tabi İslam Hukuku değişmez demek de doğru değildir. İslam Hukuku’nda değişmenin ve değişenin ne olduğu, doğru yaklaşımın ne olduğunu tespit etmek önemlidir. Çünkü İslam Hukukunun bütününe atfedilen değişmezlik ne kadar yanlışsa, hukukun her yanıyla, bütünüyle değişebileceği iddiası ve kabulü de o derece yanlıştır. İslam Hukuku bu anlamda Batı Hukuk algısından da ayrılıyor. Batı hukuk algısı temelde her şeyin değişebileceğini vurgulayan, böyle kabul eden bir anlayıştır başlangıcı itibari ile. Tabi daha sonra hukukta yaşananlar bir takım değişmezlerin olması gerektiğini göstermiş, bu yönde bir arayış da doğmuştur Batı Hukuku’nda. O mukayeseyi de biraz sonra yaparız.

Öncesinde İslam Hukuku’nda değişenin ve değişmez ne olduğuna kısa bir özet ile değinelim. Osmanlı uygulamasında bunu net olarak görüyoruz ama bu Osmanlı Hukuku’ndan çıkmış/doğmuş bir husus değil. Bir takım değişmezler Kuran’da bir takım değişmezler ise

Sünnet ile sabittir. Bu ikisinin yorumu olmakla beraber bir miktar değişmez de İcma ile söz konusudur. Peki, Kıyas değişmez getirmiş midir? Mesela kıyastan itibaren değişmezlik meselesi farklılaşıyor. Kur'an'daki hükümlerin sübutu meselesi ayrı bir de buradan/bundan çıkartılacak hükmün ne olduğu meselesi ayrıdır. Şimdi Kur'an'da var olan bir hususu/konuyu, biri hukuk ile ilgili bir ayet olarak düşünüyorken; bir diğer alim bu hükmü hukuk ile ilgili düşünmemiş veya hukuk ile ilgili ayet olarak düşünmüş ama mesela ona farklı bir yorum vermiş/getirmiştir. Biz şimdi Kur'an'a baktığımızda bir ayeti okuduğumuzda o ayeti tamamen nötr biçimde okumuyoruz. Hangi mezhebe tabi isek o mezhebin hükmünü bildiğimiz için o şekilde okuyoruz aslında. Hâlbuki başka bir mezhebin hukukçusu o ayetten başka/farklı bir hüküm çıkarıyor. Yani ayetin aslına bir itiraz yok/olamaz ama o ayetten hangi hukuk kuralının çıkarılacağına ya da bir hüküm çıkarılıp çıkarılmayacağına ilişkin farklı yorumlarla itirazlar var. İbadetle ilgili hususlarda bile bu var. Örneğin kurban kesme ile ilgili olarak “venhar” kelimesinden, daha doğrusu bu kelimeye atıflardan kaynaklı vacip ya da sünnet olduğuna dair yorumlar getirilmiştir. Hanefi mezhebi örneğin farz diyemedikleri yerde, yani “hükmün sübutu kat’i ama delaleti zanni olduğu zaman vaciptir” diyorlar. Hem sübut hem delalet kat’i olursa farz diyorlar. Sübut konusunda problem yok, yani “venhar” var ama bununla kastedilen nedir acaba? Temel ihtilaflardan biri de budur. Sadece Hz. Peygambere bir emir midir? Yoksa ümmetin tamamına bir emir midir? Delalette şüphe var, bu sebeple Hanefiler vacip demiş; ama mesela diğer mezhepler sünnet demişler kurban kesmeye. Hatta Hz. Peygamberin uygulamalarından kaynaklı olarak kurban kesimi ile ilgili olarak da farklı uygulamalar söz konusudur. Yani Kur'an ya da Sünnette bir hüküm olsa bile, O'na değişmezdir diyemiyoruz, zira farklı içtihatlar mevcut. Kıyasa geldiğimizde bu husus daha açık karşımıza çıkıyor. Mesela had suçları ve cezalarında, sarhoşluk ile ilgili duruma baktığımızda Kur'an'da şarap içme ya da sarhoşluk suçundan bahsediliyor ama bunun cezası Kur'an'da yok. Burada yasaklanan ve suç olan şey ise şarap (hamır). Hanefiler, vacip-farz meselesinde olduğu gibi, yani delaletin kat’i ya da zanni olmasından hareketle şunu ifade ediyorlar: “Şarap içmek yasak ve suçtur, içilen miktar önemli değildir. Fakat şarap dışındaki içkiler Kur'an'da yer almadığı için işte bunu kıyas yolu ile suç/yasak listesine alıyoruz. Sarhoşluk verici etkisine dayanarak çıkarıyoruz. Dolayısıyla biz bu kıyasa ve bu kıyasta kullandığımız illete dayanarak ancak yorum yapabiliriz diyor Hanefiler. Dolayısıyla şarap dışında kalan içkilerin sarhoş edenleri suç teşkil ediyor Hanefilere göre. Şarabın sarhoşluk yapıp yapmaması önemli değil zira isim zikredilmiş, yani delalet konusunda şüphe yok. Bizatihi yasaklanmış zaten. Şarap sarhoşluk yaptığı için suçtur dediğimizde, sarhoşluk yapma illetinden dolayı yasaklanacak diğer içkilerin de sarhoşluk yapması gerekiyor Hanefilere göre. Dolayısıyla onların az bir miktarı had suçunu oluşturmuyor. Sarhoşluk olması lazım. Yani iki kadeh rakı ile had cezası oluşmuyor (günah meselesi ayrı). Sarhoşluk nedir? Bununla ilgili Kadı Yusuf'un ifadesi, kadınla erkeği ayıramama halidir. Tabi Ebu Yusuf'un yorumu bu. Zannımca Osmanlıda içki ile ilgili aşırı diyebileceğimiz söz ya da uygulamaların Hanefi

mezhebinin yaklaşımı ile ilgili olabilir. Diğer mezheplerde böyle değil. Sarhoşluk sebebi ile içki yasaklanmıştır, sarhoşluk veren her şey yasaktır. Miktar önemli değildir. Tabii işte hukuk bu. Sarhoşluğun kişinin ehliyetine etkisi bakımından da, Hanefi ve diğer mezhepler arasında fark vardır. Diğer mezhepler derki nasıl alındığı önemli değildir, sarhoşluk iradeyi kaldırır, ehliyeti ortadan kaldırır o sürede; Hanefiler ise sarhoşluğun nasıl olduğuna, ne şekilde sarhoş olduğuna bakılmalıdır diyor. İradî kabiliyet ortadan kalksa da, mesela bir şahıs önce sarhoş olup sonra fiili işleyebilir diyorlar. Eğer sadece sonuca bakacak olursak, bu kişiyi cezai ehliyet bakımından ehliyetsiz görmemiz gerekiyor diyor Hanefiler. Hanefilere göre bilerek ve isteyerek sarhoş olanların iradî ehliyetleri tamdır. Ama bilmeden istemeden iradî ehliyeti kaybolmuşsa cezai sorumluluğu yoktur.

Kıyastan itibaren ihtilaflar ortaya çıkmaya başlıyor dedik. İhtilaf var ise değişmezlikten de söz edemeyiz. İslahata maslahata geldiğimizde de farklı hukuk görüşleri ortaya çıkıyor. Bu çerçevede örneğin sadece ceza hukuku bağlamında izah edecek olursak; Kur'anı Kerim'de temel olarak dört suç ve ceza belirlenmiştir:

- Zina (yoruma göre bekârın zinası)
- Zina iftirası
- Hırsızlık
- Yol kesme/eşkîyalık (hirabe)

Hatta Kur'an'da terditli olarak cezalar da belirlenmiştir. Sürgün, el ve ayağın çapraz kesilmesi, öldürme ve asma cezaları ayrı ayrı dört ceza belirtiliyor. Hirabe ile ilgili bu kadar detaylı bir belirleme olmasına rağmen bu konuda da farklı yorumlar söz konusudur. Hanefilere göre bu bir silahlı gasp ve soygun (gasp) suçudur. Hanefilere göre bu şehirlerarası bir silahlı soygun suçudur yani şehir içinde bu suçun işlenmesi söz konusu değildir. Buna göre bu suç şehir içinde işlenemezdir.

Bu dört suçun cezası da Kur'an'da belirtilmiştir. Beşinci suç ise az önce bahsini ettiğimiz şarap içme suçudur. Cezası Kur'an'da yoktur. Bununla ilgili Hz. Ömer döneminde buna ne ceza verilmelidir? Denilerek müçtehitler tartışmaya başlar ve burada Hz. Ali'nin görüşünün benimsendiği söylenir. Buna göre sarhoş olan bir kimse hezeyanda bulunur, söylediklerini kontrol etmez bunun farkında değilse, dolayısıyla bu kontrolsüz ölçsüz konuşmaya, iftiraya benzer denerek bu suç 80 değnek ile cezalandırabiliriz biçimindeki görüş benimsenir. Fakat bunu kırk + kırk benimseyen hukukçular da vardır. Mesela şafinin bir görüşü böyledir. Maliki'nin de böyledir. Yani 40 had cezası olarak 40 da tazir olarak Hz. Ali'nin önerdiğini söyleyip cezayı böyle kabul edenler de vardır.

Yine bunun dışında 6. Bir suç olarak isyan suçu (Hucurat Suresi) belirtilmiştir. Cezası olmayan bir suçtur. İsyanı bastırma sırasında meydana gelecek adam öldürme ve yaralamaların suç teşkil etmeyeceği telakki edilmiş yani bir bakıma ceza bu hale bürünmüş. İsyancılar ayrıca cezalandırılmıyor, böyle bir ceza yok.

Bir de irtidat ile ilgili bir hadis var. Buna dayanılarak ortaya konmuş bir suç var ki Hz. Ebu Bekir döneminde uygulaması söz konusu olmuştur. Dört mezhep de irtidat konusunda müttetik. Burada irtidat eden kadın hapsedilir, irtidat eden erkek ise, kendisi ile önce konuşulur ve ikna edilmeye çalışılır, ısrarı devam ederse öldürülür. Buna da sonraki dönemlerde İbn-i Teymiyye'nin bir itirazı var. İrtidat ile ilgili cezanın had değil de, tazir cezası olduğunu söylüyor, ve Hz. Ebu Bekir dönemindeki uygulamadan verilen örneklerin aslında sadece irtidatı değil, zekat vermeyen yani irtidat eden ve zekat vermeyen dolayısıyla devlete karşı isyan etmiş olan bu kavimlerle ilgili verilen cezanın bu anlamda bir tazir cezası olduğunu söylüyor.

İslam'da bir fiilin farklı müeyyideleri var. Bu müeyyideler dünyevi, cebri dediğimiz devlet müeyyidesi olabileceği gibi; ahlaki müeyyideler, dini müeyyideler işte öbür dünyaya ilişkin müeyyideler de olabilir. Bazı fiillerin birden fazla müeyyidesi var. Hukuki, ahlaki, dini müeyyide gibi. Bazı fiillerin hukuki müeyyidesi yok ama ahlaki ve dini müeyyidesi vardır. Bunları hukuki dini ve ahlaki müeyyideleri ayrı ayrı kategorik şeyler gibi düşünmemek kaydı ile (birbiri ile ilişkisini koparmadan) ayırabiliriz. İslam'da bir fiili ortada kabul edecek olursak yani dairenin odağına alırsak bu odak önce hukuk kuralları ile çevrilidir, bunun dışı ahlaki müeyyideler ile çevrilidir ve bunun dışı da çevreleyen adab-ı muaşeret dediğimiz kurallar ile çevrilidir. Bir de belki de en üstte dini manevi kaideler yer almaktadır sevap günah çerçevesinde. Dolayısıyla bir fiil ile bir kriteri ihlal ettiğimizde aslında arka arkaya bütün kaideleri domino taşı etkisi gibi etkilemiş ihlal etmiş oluyoruz. Ama hukuk derken aslında sadece ortadaki daire ile ilgileniyoruz.

Burada fiili illaki hukuk dairesi içinde olması gerekmez. Bu dairenin dışında ama diğer dairelerin içinde de herhangi bir fiil söz konusu olabilir.

Bu noktada farklı farklı daireler meselesine itiraz var.

M. Balcı: Belki de daha önceki sunumdaki esas ile bu konuya giriş yapmalısın, yani hukuku diğer (ahlak, örf adet vs.) kuralların üzerinde bir şemsiye olarak görerek başlamalıyız, bir birinden ayırmak problem teşkil edebilir.

İslam Hukuku'nda bütünüyle bir değişmezlik yok. Değişimler söz konusudur. İslam Hukuku'nun tabiatının zaruri bir neticesidir bu aslında. Ebedi olarak uygulanmayı hedeflemiş bir hukuk sistemidir. Dolayısıyla böyle bir hukuk sisteminin bütünüyle değişmezlerden oluşmaması gerekir. Zira zamanla oluşan şartlar yeni ihtiyaçlar doğurur, yeni yorumlar ve farklı hükümler gerekebilir. Fakat örneğin İslam dünyasını ele alacak olursak bir takım

sabitelerin/değişmezlerin de olması gerekir. İşte İslam Hukuku bu değişmezler ile değişebilecekler arasında bir kombinasyon oluşturmuştur. İslam Hukuku'nda temelde, Kur'an'da ve sünnette sabit olan had cezaları dediğimiz cezalar 4 mezhep hukukçularının kabul ettiği kadarı ile 7 tanedir. Bir de adam öldürme ve müessir fiil ile ilgili kısas suçları vardır. Topladığımızda bunları 9 veya 10 sabit/değişmez suç söz konusu olmaktadır. Fakat bunun dışında kalan alan oldukça geniş ceza hukuku bağlamında. Bu zamana göre, değişebilir. Örneğin mühür taklidi suçu yoktur Hz. Ömer döneminde; ama bu Osmanlı Hukuku'nda cezası ağır bir suç olarak düzenlenmiş/belirmiştir. Şeriatta ceza hukuku bağlamında sabit olan bu suçlar dışında, ki çok sınırlı az sayıda sayılmıştır, çok geniş bir alanda bir çok fiilin suç teşkil ettiğini ve cezalandırıldığını görebilmekteyiz. Yani değişmezler dışında ve bu değişmezlerden daha fazla geniş bir alanda da suç ve cezalar söz konusu olmaktadır.

Ceza hukuku bağlamında bahsini ettiğimiz sabit/değişmez suçların cezalandırılması için de, yani fiilin suç sayılıp cezalandırılması için de o suça özgü şartların oluşması gerekmektedir. Örneğin hırsızlık ile ilgili olarak, malın belli bir değerde olması ya da koruma altında olması, gizlice alınmış olması vs. bazı şartlar gerekmektedir. Bu şartlardan birinin eksik olması halinde ortada yine bir hırsızlık suçu vardır ve fakat bu suç/fiil el kesme cezasını gerektirmez hale geliyor. Burada tazir suçları alanı hayli geniş bir alan olmaktadır. Bu alan Kur'an ve Sünnet'te düzenlenmemiş fiillere/suçlara cezalar tayin ettiği gibi; Kur'an ve Sünnet'te düzenlenmiş olsa da şartları tahakkuk etmediği için cezalandırılmayan suçlara ceza tayin edebilen bir alandır. Bu bakımdan Osmanlı kanunnamelerinde hem yeni suçlar hem de bu suçlar ile ilgili cezalar var. Örneğin Osmanlı uygulamasında şartları oluşmamış zina suçu nedeni ile kişiye 80 değnek cezası yerine para cezası verilmiştir. Yani mesela 4 şahit şartı oluşmamış dolayısıyla cezalandırılmayan ve fakat mevcut olan bir zina suçu sebebi ile zaniye (fakirse değnek başı 1 akçe, orta halli ise 2, zengin ise 3 akçe) para cezası verilmiştir. Yani mesela şahitler gerektiği gibi görmemiş, sarılırken ya da çıplak iken görmüşler. Bu halde suç olmaktan çıkmaz ve fakat cezalandırılmaz da. O halde yeni bir ceza tayin etmek icap etmektedir gibi. Bunun dışında bir de yeni suçlar ve cezalar söz konusudur. Bu alan oldukça gelişmiştir. Mesela Fatih dönemindeki kanunnamelerde göremediğimiz suçları Yavuz dönemi Kanunnamelerinde görebiliyoruz. Ya da cezaların, hem de önemli ölçüde, ağırlaştığını görebiliyoruz. Bu durum Ceza hukuku alanında olduğu gibi vergi hukuku, toprak hukuku alanında da böyledir. (Burada Hz. Ömer döneminde toprak hukuku ile ilgili bir mesele naklediliyor.)

Osmanlıda mesela fethedilen yerin önemine göre düzenlemeler yapılmıştır. Vergi Hukuku'ndaki durum da böyle. Osmanlı'da örneğin Bilecik fethedildikten sonra ilk vergi baaç vergisi adı ile konuyor. Bizans'tan ve beyliklerden gelen tüccarlar ticaret yapıyor. İlk önce vergi alınmasına "Allah'ın kitabında böyle bi şey yazmıyor. Onların mallarına ortak mıyız ki alalım" biçiminde itiraz eden ve vergi alınmasına cevaz vermeyen Osman Bey, daha sonra

Ulemanın “Kur’an’da olmasa bile buranın güvenliğini siz sağladığınız ve nizamı devam ettirdiğiniz için karşılığında (güvenli biçimde ticaret yapabilme karşılığı) vergi alabilirsiniz, aksi halde bu Pazar iki günde dağılır bu sebeple vergi almanız mümkündür” fetvası ile Osman Bey ikna ediliyor ve ilk vergi alınmaya başlanıyor.

Kanunname sistemi Osmanlı’da çok önemlidir. Mütakabil anlamda Kanuni döneminde bu iş kopuyor. En son 1. Ahmet dönemi Kanunnameleri vardır genel anlamda. Prensip olarak kanunnameler Padişah’ın ömrü ile sınırlıdır. Yeni padişah ya onları yenilemeli ya da yeni kanunnameler getirmelidir. Fakat bu sistem devam ettirilememiştir. Bu şu bakımdan önemli. Daha önce de tazir suçları var. Mesela Abbasiler ya da Emeviler döneminde adamın biri kadı’nın önüne geliyor ve diyelim harmandan mal çalmış adam. Şimdi bakıyoruz adama el kesme cezası veremeyiz, zira harman umuma mahsus bir yer, korunmuş bir alan değil, hırs şartı oluşmamış. Peki, buradaki hırsızlığa ne ceza vereceğiz. Burada kadı adamın sosyal ekonomik durumunu göz önüne alarak adama bir ceza vermektedir. Tabi adam da ne ceza olacağını bilmez, belki de yaptığım değişmez suçlardan olan hırsızlık suçuna girmez deyip eylemi gerçekleştirmiştir. Bu bağlamda Suçta ve cezada kanunilik yok, önceden yaptığının suç olduğunu ve cezalandırılacağını da bilmiyor. Bu bakımdan tazir önemlidir ve bu şekilde verilecek ceza, değnekten tutun da (ki burada uygulanacak değnek cezası had cezasında uygulanacak olan cezadan en az bir aşağı olacak, miktar/sayı itibari ile, bu halde burada 79 değnek cezası olabilir örneğin) saçını sakalını traş etmek, mahkeme huzurunda azarlamak gibi tazir cezaları verilebilmektedir. Burada cezalarla ilgili, bilinebilirliği sağlayacak, düzenleme yok.

Bu Osmanlılar da veya Akkoyunlular da var. Belki de Türk devlet geleneği ile ilgili bir şey olsa gerektir. Umumiyetle söz lü olduğu ve belki de bu söze itibar edilmediğinden bir hakan “söyleye söyleye dilimizden tüy bitmiştir bu böyle olmaz, kimse dinlemiyor o vakit yazalım” diyerek belki de cezalar yazılı hale getirilmiştir. Cezalar içinde örneğin yasakname (yasakları belirten metinler) de söz konusudur. Bu kanunnameler Fatih döneminde de bu dönemle eş Akkoyunlu ve Safevi devletlerinde de söz konusudur. Bu düzenlemeler kanunilik meselesini çözüyor. Hem yazılı hale getiriliyor bunlar, hem de bütün kaza dairelerine gönderiliyor. Bunun dışında bu kanunnamelerin duyurulmasına dair hükümler var. Her yerde ilan ediliyor hatta isteyene bir örneğinin verilmesi de emrediliyor Kanunnamede. Kanunilik bu dönemde sağlanmış oluyor. Kadı önündeki bazı davalarda, bilmemek mazeret olarak kabul edilmemiş.

Özel hukuk alanı ise daha ciddi işlenmiş bir alan. Örneğin şahıslar gelip Ebu Hanife’ye sordukları için bu alan epey gelişmiş. İslam Hukuku’nda değişmez dediğimiz esaslara şeriat deniyor. Müçtehitlerin bu temel kaynaklardan şeriat çıkardıkları hukuk kurallarına da fıkıh deniyor, aslında geniş manada fıkıh şeriatı da kapsıyor; ama şeriat biraz daha fıkıhın da içtihat faaliyetlerin dışında bir alandır. Fakat Osmanlı uygulamasında fıkıh ile şeriat ayrımı birleştirilmiş bunun hepsine birden şeriat denmiş. Şer’i hukuk denmiş. Sebebi devletin yasama

alanı itibari ile bunu kabul etmemişler, müdahale edebilecekleri bir alan olarak görmemişler. Buna Şer'i Hukuk demişler. Çünkü İslam Hukuku'nda hukuk temelde hukukçuların, müçtehit hukukçuların yetkisinde bir iş olarak düşünülmüş. Bir yasama faaliyeti olarak görülmemiş ya da yasama faaliyeti bu şekilde uygun görülmüş. Yani memleketin çeşitli yerlerinden seçilen adamların bu işi yapması söz konusu olmamış. İş ehline bırakılmış. Yetkin hukukçunun, müçtehidin yapacağı bir iş olarak görülmüş. Kanunnameler de bir hukukçu faaliyetidir. Bunları padişah ya da vezir değil, nişancılar hazırlamıştır. Kanunnamelerin İlk hazırlandığı dönemlerde, Fatih dön. de nişancılar müderris ya da kadı kökenlidir. Bunların hazırladıkları taslak ya da tasarı Divan-ı Humayun'da görüşülür. Burada kazaskerler var, ki bunlar en üst düzey kadılardır (Bursa, Edirne ve İstanbul'dan gelmiş kadılardır bunlar). Bunların da onayından sonra Divanı Humayun'dan geçiyor ve Padişahın onayı ile yasalaşiyor.

Cevdet Paşa'nın Tezakir-i Cevdet'te demokrasi ile ilgili şu sözleri güzeldir: Çoğunluğun reyine itibar etmek tecrübeye mahsus konularda doğrudur. Çünkü çoğunluk reyi demek çok tecrübe etmektir. Ama ilme ve tahkikata dayanan konularda çoğunluğun reyi ile hareket etmek yanlıştır.

Osmanlı'da fakihlerin oluşturduğu alana şer, Osmanlı yasama faaliyeti ile oluşturulan kanunnamelere, yeni kurallara da kanun denmiş. Bu bakımdan Osmanlı Hukuku, Şeriat ve kanundan oluşmaktadır. 1840 yılında ilk ceza kanunnamesi hazırlanırken, had ve kısas suçları düzenlenmiyor. Çünkü tazir suçlarını düzenleyen bir metin olarak görülüyor kanunname Osmanlı'da. Daha sonra 1851 - 1858 Fransız ceza Kanunu'ndan istifade ile hazırlanmış bir kanunname var, ki alıntı bir kopya değil, istişare edilmiş ve her madde ayrı ayrı tartışılmıştır (Komisyondan Cevdet Paşa'nın ifadesi ile) ve öylece ceza kan. Düzenlenmiştir. Mesela Fransız kan. Dan farklı olarak teşebbüs düzenlenmemiştir ve 500 küsur madde iken Fransız ceza kan., Osmanlı'nın hazırladığı 200 küsur maddedir. Bu sebeple kopyadır denmesi zordur. Yine Fransız Ceza Kanununda devlet başkanına karşı suç maddesi vardır oysa bu madde Osmanlı'da Ceza Kanununa alınmamış, böyle bir düzenleme yapılmamıştır, Kimsenin Padişah'a karşı suç işleyebileceğinin tasavvur edemeyeceği düşünülerek. Tabi daha sonraları Abdülhamit'e suikast girişiminden sonra bu düzenleme kanuna giriyor. Bu düzenleme de tazir suçları alanlarını düzenliyor. Had ve Kısas suçlarını düzenlemiyor. Mesela Fransa kanununda kasten adam öldürme suçu ile ilgili idam cezası vardır. Öte taraftan kısasta adam öldürme suçları örneğin Hanefilere göre beşe ayrılıyor.

- Amden öldürme (Amd kast ayrımı yok Hanefiler'de, Kasten diyebiliriz)
- Şibih Amd ile öldürme (Kasıt benzeri öldürme)
- Hata ile öldürme
- Hata benzeri yol ile öldürme
- Sebep olma ile öldürme

Kıyas bir tek amden öldürme sonucu uygulanır, ki bunu da ceza hukukundaki objektif nazariyeyi dikkate alarak uyguluyorlar. Yani kişinin iç dünyasına bakılmaz, kullandığı araca bakılır. Ebu Hanife'ye göre kesici ve delici alet ile yapılan öldürme, kasten öldürmedir; Ebu Yusuf ve İmam Muhammed'e göre ise öldürmeye elverişli herhangi bir alet ile yapılan öldürme kasten adam öldürmedir.

Diğer dört halde kıyas yok. Yani kıyas istenemiyor, ancak diyet istenebilir buna hükmedilebilir. Kastan öldürmede de kıyas, mirasçıların talebine bağlıdır. Yani mirasçılardan bir tanesi bile kıyas talebinden vazgeçse kıyas uygulanamaz. Diyete dönüşür, diyet verilmesi gerekir. Fakat adam öldürme suçlarında kıyasın uygulanmadığı hallerde, suçun durumuna göre devletin ayrıca cezalandırma hakkı kabul edilmiştir ki bu ceza idam cezası da olabilir. Bu Osmanlı kanunnamelerinde ve daha sonraki 1858 tarihli ceza kanununda da söz konusudur. Bu bir tazir cezası olmaktadır.

Osmanlı'nın son dönemine kadar, örneğin ceza hukuku bakımından, değişmez hükümler ile değişebilir hükümler muhafaza edilmiş/korunmuştur. Hukukun bütünü ile ilgili olarak da bu anlayış söz konusu olmuştur.

- Hukukta değişmez ve değişebilir kurallar vardır
- Hukukun, Dünya görüşünün bütünü içerisinde; ahlak ile adap ile, dinin manevi esasları ile, sevap günah prensipleri ile bağlantılı bir yönü var. Burada bir hukuk kuralının ihlali aynı zamanda bir ahlak kuralının veya din kuralının, uhrevi ceza gerektiren bir yasağın ihlali anlamına da geliyor.

Buradan modern hukuk ile ilgili duruma geçebiliriz. Modern Batı hukukunun din ile, örneğin Hıristiyanlık ile bir münasebeti yok. Yani hukuk anlayışının din ile münasebeti doğrudan yok. Dolaylı vardır. Örneğin dinden etkilenmiş ya da dinden neşet etmiş bir örf adet, gelenek hukuk kuralı olmuştur. Batı'da hukukun kaynakları arasında din yoktur. Bunu şöyle izah edebiliriz. Batı Hıristiyanlık serüveni üzerinde durmak lazım, bunla ilgili okuma yapmak lazım. Ahmet Davutoğlu'nun, daha ziyade son dönemi ile ilgili, Hıristiyanlıkla Batı başlıklı makalesi var. Bakılabilir. Aslında batının hukuk temeli Roma Hukukuna dayanıyor. Roma hukukunda da dine dayanmıyor. Bundan kasıt yani hukukun kuralları vahyi değil, dinin temel metinlerine dayanmıyor. İncil'de hukuk kuralları yok. Hıristiyanlık Yahudilik ile ve İncil de Tevrat ile bütünleştirildiği, birleştirildiği zaman hukuk kuralları içeriyor. Yani Hıristiyanlık yeni bir şeriat getirmemiştir. Yahudi şeriatını sürdürmek üzere gelmiştir İsa peygamber. Hıristiyanlık daha sonra Yahudilikten ayrı bir din olarak tecrit edilince şeriatlı bir din olmuştur. Roma bu din ile tanışmış ve fakat mevcut hukuk sistemi, kuralları aynen devam etmiştir. Çünkü etki edecek bir hukuk sistemi ya da kuralı yok. Dolayısıyla Batı'da hukukun oluşumuna dinin doğrudan bir etkisi yoktur. Kilise aslında bizim anladığımız anlamda bir dini hukuk değildir. Bu din adamlarının hukukudur. Kilise adamları müçtehitler gibi hukuk yaratmışlardır ama bu dinin değil, din adamlarının hukukudur. Batı'da Hukuk, Roma'dan

itibaren, yasama organının daha geniş ifade ile devletin yarattığı bir kurumdur hukuk. Batıda hukukla ilgili sıkıntılar, örneğin hukuk devleti ve insan hakları mücadeleler buradan doğmuştur. Devlet “hüküm koyan benim” diyor ve istediği hükümü koyup değiştiriyor ya da kaldırıyor. Çünkü hukuku yaratan devlet. Buna karşı mücadele işte devlet öncesinde de hukuk vardır, doğal hukuk anlayışı ortaya konmaya çalışılıyor. Bazı esasları değiştirilemez hale getirmek için anayasacılık hareketleri doğuyor, daha zor değiştirilsin diye. Sonrasında 20. yy’ın ilk yarısında yaşananlardan sonra ulusal üstü denen hukuk, değiştirilemez kurallar, hükümler getirmek amacı ile, meydana getiriliyor. Batı’da hukuku garantiye almak amacı ile, hukuka bazı değişmez esaslar getirme/belirleme eğilimi var başından beri. Fakat bu amacı gerçekleştiremeyecek araçlar ile bunu yapmaya çalışıyor. Anayasa ya da ulusal üstü hukuk dediğimiz hukuku da yine gücü elinde bulunduran devletler yapıyor. Bunlar sonradan değiştirilebiliyor. Batı’da değiştirilemez önemi anlaşılmıştır ancak değiştirilemeyecek ilkeleri nasıl sağlayacaklarını bilememişlerdir. İşte İslam hukukunda ise bu değişmezler/sabiteler vardır ve bunlar hukukun savrulmasını/dağılmasını, bir takım barikatlar ile, engellemektedir. Batı’da da Doğu’da da çaba ve gaye hukuka değişmez/sabit esaslar getirme eğilimidir. Fakat bunun nasıl değiştirilmez kalabileceği, nasıl sağlama alınacağı konusunda bir problem vardır. Bu bakımdan bir ayrışma söz konudur. İslam Hukuku temelde bir devletin, yasamanın koyduğu kurallardan müteşekkil bir hukuk değildir.

Balcı: Batı’daki sabiteler ulaşma ve İslam Hukukunda ise sabitelerin varlığı meselesine daha da derinleşmeliyiz. Bu mukayese çarpıcıdır bunu çok fazla tartışmalıyız. Genel olarak Hukukçularımızın pozitivist bir hayranlığı söz konusu. Yani meseleyi pozitif hukuk ile halledebilme kanaati var. Bu yanlış kanaat üzerinde daha ziyade durmak gerekir. Buna derinleşmek icap eder.

M. Şentop’tan tavsiye kitap/metin: Malezyalı Attas’ın Sekülerizm. (Pınar yay. Çevirisi var ama iyi değil. Daha önce insan Yay.dan çıkmış Laiklik Sekülerizm ve Geleceğin Felsefesi yararlı bir kaynaktır.)

Seyyid Hüseyin Nasr’ın eserlerine bakmak lazım. Özellikle İnsan ve Tabiat isimli eserindeki, hukuk başlıklı bölüme bakılabilir.

Gazali’yi ve hayatını da özellikle okumak gerekmektedir.

Ayrıca meşruiyet hakkında okuma yapmak lazım. Said Halim Paşa da okunmalı. Sava Paşa’nın İslam Hukuku eseri.

Ansary’nin İslam ve Hukuk isimli kitabına da bakmak lazım.

Ahmet Davutoğlu’nun Divan’daki konuşması

M. Balcı’dan tavsiye: Hukuk Tarihini iyi bilen ve hukukçu Turabi’nin bazı eserlerine bakılabilir.