

Hukukun Sosyalleşmesi ve Alternatif Hukuk Anlayışına İhtiyaç

Prof. Dr. Sami ŞENER

Tarih, Sosyoloji ve Antropoloji Bağlamında İncelemeler

Sayfa:424-448

Yayın: Aydın Üniversitesi, 2020

Yayına Hazırlayan:

Dr. Gökçen Çatlı

Dr. Alev Duran

Özet:

Hukuk sistemi, günümüzde sosyal değerler ve kültürel sistemden önemli ölçüde bağımsız bir şekilde gerçekleşmektedir. Bu yüzden, çeşitli problemler ortaya çıkmakta ve hak kavramı, değişik etkiler altında tam olarak gerçekleşmemektedir.

Türkiye, bin yıla yakın bir dönemdir İslam kültürü ve İslam hukukunun pratik örneği olan Fıkıh uygulamasına şahit olarak; çeşitli din ve ırkların hukuki ve sosyal problemlerine çözüm üretmiş bir hukuk geleneğine sahiptir.

Pozitif hukukun sosyal olaylara nesnel yaklaşımı sebebiyle, hukuk; toplumun sosyal değer ve kültürlerinden destek almamakta, kendini kuralcı ve somut çerçevede muhafaza etmektedir. Bu durum, hukuk adına ciddi bir eksiklik ortaya koymaktadır.

Her sosyal olay gibi, hukuk sistemlerinin de, toplumdan ve toplumdaki hukuk geleneğinden uzak bir şekilde olaylara bakması, problemlere yol açmakta ve hak kavramının gerçekleşmesine engel teşkil etmektedir.

Bu incelemede, akıl temelli hukuk sistemine; ilahi sistemden (inanç, ahlak değerleri ile birlikte) yeni bir model taslağı sunulmaya çalışılmış ve bu bakışın, aslında İslam hukukunun bizzat kendi metodu olduğu örneklerle açıklanmıştır.

Aynı zamanda hukuk felsefesinin, olayların arkasından gitmek yerine, belli bir hukuk anlayış ve düşüncesi ortaya koyması itibariyle, hukuk sistemlerine temel teşkil edeceği gerçeği de vurgulanmıştır.

Anahtar kelimeler: Hukuk, Sosyalleşme, Felsefe, Fıkıh, Adalet, Kültür, Toplum

Abstract:

Today, The system of law today is been realized as significantly independent manner from social values and cultural system. Therefore problems arise and the concept of right cannot fully develop under different effects.

Turkey is a close period of a thousand years as witness to different race and religion the pratice with practical example of Islamic culture and Islamic law has a legal tradition that provide solutions to the legal and social problems of various religions and races.

Because of the objective approacah of positive law to social events it does receive support not support from the social value and cultures of society and preserves itself within a rule based and concrete framework. This situation presents produces a serious deficiency in the name of law. Just like any social event the fact that legal systems look at the events away from society and the legal tradition in society causes problems and prevents the realization of the concept of right.

In this review, to the mind-based legal system; a new model draft of the divine system (together with belief, moral values) is tried to be presented and it is shown with examples that this view is actually its own method of Islamic law. At the same time, the fact that the philosophy of law will constitute a basis for legal systems, as it reveals a certain understanding and understanding of law, rather than following the events.

At the same time, It has been emphasized that will be based to law systems, instead of the legal philosophy follow the events, present determine legal understanding and thought.

Keywords: Law, Socialization, Philosophy, Justice, Fiqh, Culture, Society

Hukukun önemi:

Hukuk, insan hayatını ilgilendiren tüm hakları güvence altına alan kurallar sistemidir.

Dolayısıyla hukuk; tarihi süreç içinde bu rolünü, hem ilahi ve hem de beşeri değer ve kurallara bağlı olarak gerçekleştirmiş ve hayatın ihtiyaçlarına cevap vermeye çalışmıştır. Hukuk geleneği, aslında hak kavramına insanın inanması ve bu konuda koyulmuş kurallara kalben güvenmesi ile başlamaktadır. *Yani insan, haklar sistemini öncelikle ruhen kabule hazır olup, onları gerçekleştirmeye çalışması ile hukukun aktif olması mümkün hale gelmektedir.* Hukukun sadece yazılı metinler olarak varlığı, onun tam olarak benimsenmiş olduğunu göstermez. Bir kültür ve medeniyette hukuk; toplumun “sosyal kabul”ü ile büyük ölçüde gerçekleşmiş olur.

Hukukun etkin olması, onun bir otorite’ye dayanmasıyla gerçekleşir. Çünkü hukuku etkin kılmayı istemeyen insanlar ve gruplar olabilir. Bu yüzden, otoritenin varlığı şarttır. *Ancak, bu otoritenin sadece müeyyideler yoluyla gerçekleşmesi, yeterli olmaz.* Öncelikle, toplumun inanç, ahlak ve gelenekler yoluyla, hukuk sisteminin varlığını ve gerekliliğine inanmış ve kendi üzerlerindeki bir otoriteye itaati kabul etmiş olması önemlidir:

Menfaatlerini korumak bir hiss-i tabî (içgüdü) olduğundan; beşerî münasebetlerde herkesi, kendi menfaatine uygun olan bir şekilde sevkeder. İnsanlar makul ve uygun gördükleri usullere, gönül rızasıyla uyarlar ve işlerini buna göre tanzim ederler. Bundan dolayı bir kanun mevcut olmadığı zamanlarda bile, insanlar arasındaki muamelelerin nasıl cereyan edeceği hususunda herkesçe veya uzmanlar tarafından bilinen usuller kurulur. Bunlar hakkında, halk arasında bir zımnî (içten, gizli) kabul meydana gelir. Bu tür hukukî kaidelere örf ve âdet denir. Ortaya çıkış itibariyle örf ve âdet, kanundan önce gelir (Ekinci,12-13).

Batı Modernleşme sürecinde; devletin toplumsal hayatta önemli bir hâkimiyete ulaşması ve hukuk kurallarını sadece “güc’e dayalı” bir hale getirmesi, hukukun ihlal edilmesini ve hukuk dışı tutum ve eylemlerin ortadan kalkmasını sağlayamamıştır. Bu durum, hukukun öncelikle “rıza ve şuur’a dayalı” olması gerektiğini, sadece güç ve otoritenin varlığına bağlı olmadığını göstermektedir. *Modernist tavır, hukuk’u bir manada ideolojik bir hale getirmiş, kendi faydası ve sistemi için, başka insan ve toplumlara yönelik hukuk dışı işlemlere müracaat etmiştir.* Uluslararası sistemde belli menfaatleri elde etmek için ortaya konulan tavırların, hukuk’un sağlamaya çalıştığı “haklara dayanmadığı görülmektedir.

Değerler, kişilerin düşünce, tutum ve davranışlarında birer ölçüt olarak ortaya çıkarlar ve toplumsal hayatın vazgeçilmez bir ögesini oluştururlar. Değerler, bir gruba; ya da topluma mensup olanların uymak durumunda oldukları veya dikkate almaları beklenen genelleşmiş ahlaki inançlar olarak kavramlaştırılabilir (Yüksel, 2016: 180-181).

Hukuku sistemi, öncelikle hak kavramını topluma kabul ettirecek aile ve eğitim kurumlarının bilgileri ile ayakta tutacak ve insanları, bir “hesap endişesi ve mükâfatı” ile yargılayacak bir otoritenin varlığı ile ayakta durmaktadır. Bu da, tamamen ahlaki bir anlayışın varlığı ile olabilir. *Ayrıca bu otorite, tüm beşeri otoritelerin üzerinde bir otorite olması halinde, herkesi kendi kurallarına uydurabilir.* Çünkü Pozitif hukuk, inanç ve ahlak yaptırımlarının yetersizliği sebebiyle, ancak güç ve caydırıcılık sayesinde varlığını gerçekleştirme imkânına sahip olmaktadır. Batı’da inanç ve ahlak değerlerinin sosyal kurallar haline gelmesi sebebiyle hukuk tercihi, kişilerin keyif ve isteklerine bağlı olarak gerçekleşebilmiş ve sadece iyi niyetli ve vicdan duygusu yüksek insanların varlığı ile sürdürülebilmıştır. *Dolayısıyla hukuk'un, insan ruhunda ve düşüncesinde yer etmesi açısından, onun bir inanç ve ahlak sistemi ile güçlendirilmesi son derece gerekli bir destek olmaktadır.* Aslında uzun insanlık tarihi, hukukun inanç ve değerler ile yoğun ve güçlü ilişkisini ortaya koyan örneklerle doludur:

Hukuki değerler alanı, zamansal açıdan insanlık tarihi ile eş zamanlı, köken olarak ise tüm çeşitliliğiyle her bir medeniyet havzasına aidiyeti olan derin köklere sahiptir. Bu alan herhangi bir medeniyete, kültürel havzaya, millete ya da topluluğa özgülenemeyecek denli zengindir (Kılıç, 2011:54).

İlk insandan itibaren ilahi dinler, hukuki otoriteyi Allah’ın otoritesi ile birlikte sunmuştur. Fakat zaman içinde Musevilik ve Hristiyanlığın hâkim olduğu toplumlarda dini otorite yerine seküler otorite ön plana çıkmış; hukuk sistemi, dini, geleneksel özelliklerinden uzaklaşarak, siyasi ve idari otoritenin kuralları ile yürütülmeye başlanmıştır.

Hemen bütün peygamberlerin tebligatında bir takım dünyevî hükümler bulunduğu için, iman edenler; *bunları kanun hükmünde tutmuş veya vaz ettikleri kanunları bu mukaddes metinlerden iktibas etmişlerdir.* Yahudi hukuku, Kanonik hukuk ve İslâm hukuku buna misaldir. Eski devirlerde hukuk, hemen hemen tamamen dinî prensiplere istinad ederdi (Ekinci,12).

Türkiye’de Hukuk problemi:

Türkiye’de hukuk alanındaki önemli tartışmalarda biri, hukukun toplumsal meseleleri anlama konusunda yetersiz olması ve çözüm sağlayıcı bir sistem özelliği taşınamamasıdır. Bu durum, hukukun çeşitli boyutlarında sürekli değişiklikler yapılmasına yol açmaktadır. Hâlbuki hukukun genel ve temel prensiplerinde değişiklik yapılmayarak, sadece pratik yönlerinde güncellenme durumu söz konusu olmalıdır. *Çünkü hukuk belli bir kültürü, ahlaki ve sosyal geleneği ayakta tutmak için vardır.* Hukuk düşünce ve fikrinin toplumdaki kabulü ve benimsemesi, ancak toplumun inandığı ve kabul ettiği değerler ile olan bağlantısı ve kuralların bunlar üzerinde yükselmesi ile süreklilik sağlanabilmektedir.

Elbette hukuk, toplumdaki hak edinme ve hakkın dağılımının düzenlemesi ve suçun cezalandırılması çerçevesinde müeyyideler topluluğu olarak da görevini yerine getirecektir. Böyle bir kurumsal bir müessesenin varlığı, son derece gereklidir. Fakat hukuk; insanı ve toplumun sosyal özelliklerinden ayrı düşünebilecek bir yapı ve sadece “cezalandırıcı“ bir kurum olarak mı işlerlik göstermelidir? Yoksa toplumun sahip olduğu, manevi ve kültürel özelliklerle "canlı bir sistem" olarak mı rol üstlenmelidir? Pozitif hukukun, formel bir yapıda kalmaması gerektiği, sürekli mevzuatta yapılan yeni ekleme ve düzenlemeler ile karşı karşıya kalması; sosyal hayatın ihtiyaçlarına cevap verme gücünün sınırlılığını göstermektedir.

Ayrıca, Hukuk sisteminin bir problemi de, sosyalleşme ve topluma dönük bir hale getirilmesi ve daha en önemlisi, “toplum üzerinde” ve ona üstten ve dışarıdan bakan bir konumda olmamasıdır. Hukuk’a sosyal özelliklerin kazandırılması, onun etkinliğini daha çok arttıracaktır. Aslında, konunun en can alıcı tarafı da burasıdır. *Çünkü hukukun toplum tarafından kabul edilmesi ve sahiplenilmesi, onun hem geçerliliği ve hem de uygulamaya geçebilmesi açısından önemli bir konudur.* Bu konuya, bir anlamda “hukuk felsefesi”nin toplumda karşılığını bulması olarak da bakabiliriz.

İdeolojik ve siyasi düşüncelere dayalı olarak, sadece güç ve otoriteden kaynaklanan bir hukuk sistemi, hiçbir zaman toplumun tam olarak huzur ve güvenliğini gerçekleştiremez. Tarihi olaylar, bunu en açık bir şekilde göstermektedir. *Hukuk, sadece devletin elinde bir yaptırım aracı haline gelirse, böyle bir hukuktan adalet ve merhamet beklemek zordur.* Çünkü pragmatist bir toplumda veya medeniyette, siyasi otoritenin ruhi ve kültürel değerlerle hareket etmesi çok zordur. Hukukun öncelikle ahlaki ve sosyal bir nitelik taşıması ve güç faktörünün sadece, hakları muhafaza etme ve haklar sistemini korumada bir otorite olarak görev yapması gerekmektedir.

Bu çerçevede, bir zamanlar Osmanlı hukuk sistemindeki “mahkeme heyeti” organının tekrar gündeme gelmesinde fayda vardır. Osmanlı Mahkeme Heyeti; tecrübeli, toplumun değer verdiği çeşitli alanlarda kariyer sahibi dürüst ve saygıdeğer insanlardan oluşan seçkin bir topluluktur. *Hakkın yorumu ve kararını, sadece hâkim'e bırakmak; hem hak arayanları tereddüde sevk etmek ve hem hâkime de çok büyük bir sorumluluk yüklemek anlamına gelmektedir.* Dolayısıyla, Amerika'nın Osmanlı'dan aldığı “jüri sistemi”nin hukuk sorumluluğu ve hakkı dağıtma konusunda sisteme paylaştıracı bir zenginlik katacağından şüphe duyulmaması gerekir. Osmanlı Mahkeme heyetinin, Amerika'daki jüri sisteminde yer verilen çeşitli gruplardan çağrılan sıradan insanlar yerine, daha seviyeli ve toplumca itibar ve değer görmüş insanlardan olması, aradaki nitelik farklılığını göstermektedir.

Pozitif Hukukun Sosyal rolü ne ölçüde gerçekleşiyor:

Özellikle, hukuk sistemlerinin çeşitli problemleri çözmek ve onları hazırlayan sebepleri bulmak ve kaldırmak yerine, bu tür fiilleri işleyen kişileri güvenlik mercileri ile kovuşturup, onları çeşitli şekillerde cezalandırması, şimdiye kadarki uygulamalara bakıldığında, çok da etkin sonuçlar vermediği bilinmektedir. Burada, suç'a yönelten veya suç'u hazırlayan sosyal ve psikolojik faktörlerin dikkate alınarak hukuki kararlara alt yapı teşkil edecek ahlaki, medeni ve kültürel faktörler ile meselelerin bağdaştırılması, hak ve suç konusunun temeline inmeyi sağlayabilecektir. *Fakat pozitif hukuk, hukukun akıl temelinde gerçekleşmesini hedeflediği için, hak olayını sosyal boyutları ile ele alamamanın getirdiği önemli bir eksikliği taşımaktadır.*

Bu konuya gerekçe olarak, bazı ön kabuller öne sürülerek; *pozitif hukukun eksikliğine mazeretler arandığını da görmekteyiz:*

Hukukun genel teorisi, hukuk felsefesinden de farklıdır. Hukukun genel teorisi konusunu açıklayan ve tasvir eden pozitif bir bilimdir. Değerler arasında tercih yapmaz. Buna karşılık hukuk felsefesi, ahlaki ve ideolojik bir tavır takınarak en iyi hukuk olarak kabul ettiği şeye göre hukuk olgusunun normatif bir analizini yapar (Marc Van Hocke'den Gözler, 1998).

Bu açıklama; hukukun sadece olayları açıklama konusunda rol oynadığını ve bu konuda değerlere karşı nötr olduğunu ifade etmektedir. *Hâlbuki hukuk sistemi; onun toplumdaki hakları sınıflandırmasını ve açıklamasını değil; çözmelerini istemektedir.* Dolayısıyla çöze-

bilmesi için de, belli bir kültür ve değer sistemini referans alması gerekmektedir. Aksi halde, sadece ilmi bir çalışma yapma noktasında kalır ve sosyal problemleri çözemez.

J.-L. Bergel'e göre, hukukun genel teorisi, hukuku metafizik olarak algılayan hukuk felsefesinden net olarak ayrılır. Hukukun genel teorisi, hukuk sistemlerinin gözleminden, bu sistemlerin daimi unsurlarının araştırılmasından hareketle bu sistemlerin temel yapılarına, tekniklerine ve kavamlarına ulaşmaya çalışır. Hukuk felsefesi ise, hukuktan ziyade felsefedir. Hukukun metafizik anlamını keşfetmek, özüne ulaşmak, onun izlemesi gereken değerleri bulmak için; onun teknik cihazından arındırılması gerektiğini savunur. Şüphesiz tarih boyunca büyük filozoflar hukuk ile ilgilenmişlerdir. Ama onlar hukukun ne olduğundan ziyade, ne olması gerektiği ile meşgul olmuşlardır. Hukukun genel teorisi ise, hukukun ne olması gerektiğini değil, ne olduğunu inceler. Diğer bir anlatımla, hukukun genel teorisi, her ne kadar "genel" de olsa, yine de "hukuk"tan hareket eder. Oysa hukuk felsefesi, hukuktan değil, felsefeden hareket eder; o daha ziyade "hukuk" üzerine bir "felsefe"dir (J.L.Bergel'den Gözler, 2008).

Bu görüşler, hak kavramı ile değer kavramı ve değerler felsefesi arasında bir bağlantı olmadığını dile getirmektedir. *Hâlbuki hak; iyiyi ve doğruyu bulmak olduğundan, bire bir değerlerle ilgili bir olaydır.* Hukuk felsefesi de, hukukun neden gerekli ve faydalı olduğu ile ilgili bir "ön kabul"den hareket eden yaklaşım şeklidir:

Hukuk felsefesi değerler âleminde faaliyet gösterir ve faaliyetin ürünü, "değerlendirme"dir. Hukukun genel teorisi ise, kavramlar alanında faaliyet gösterir ve faaliyetinin ürünü ise teorik önermelerdir (Hafizoğulları, 1978:236). Hafizoğulları'nın dediği gibi, hukuk; olayları "neye göre değerlendirmek" durumundadır. Dolayısıyla, toplumun değerler sisteminin oluşturduğu, kurallara göre yapılacaktır.

Hukuk teorisi ile hukuk felsefesinin birbirinden ayrı olması görüşü, pozitif hukuk teorisinin insan ve toplum gerçeğini yönlendiren normlar sistemiyle alakasız olduğunu, olayların gözlem ve araştırılmasından ibaret teknik bir konu halinde düşünüldüğünü göstermektedir. Hâlbuki hukuk, bütünüyle normlar sistemidir. Bu durum, "niçin" sorusuna muhatap olmanın dışlandığı somut açıklamalara bağlı olma kaygısından dolayıdır. Burada, olan ile olması gerekenin birbirinden ayrılması, ciddi bir tutarsızlığa yol açmaktadır. *"Olmaması gereken bilinmiyor ve araştırılmıyorsa, olanın araştırılmasının gereği nedir" sorusu akla gelmektedir."*

Böyle olunca kültür, eğer insanın yarattığı bir değer ise, kaynağı ilahî irade olan bir hukuk, mahiyeti bakımından insanın yarattığı bir değer olmadığından, elbette kutsaldır ama bir

kültür değeri değildir. Bundan ötürü, kültür değerlerinde aranan nitelikler, kaynağı ilahî iradeye bağlanan hukuk düzenlerinde aranmaz (Hafizoğulları; 1979:8).

Hukukun kültürden bağımsız olması, hukuk sisteminin bir “görev” halinde kalmasını ve bu görevin yürütülmesi konusunda içten gelmeyen, sadece dış izleme ve kontrol sistemiyle hareket etmesini sonuçlandırır ki, bu da hukukun zoraki çalıştırılmasına götürür. Dolayısıyla, hukukun donuk ve şekilci halinden uzaklaştırılıp, kültür ve onu hazırlayan değerler ve normlar sistemiyle, “canlı” bir hale kavuşturulması gerekir:

Dolayısıyla hukuk düzeni, sadece devlet tarafından konmuş olan yazılı hukuk kurallarından oluşmaz; devletin iradesinden daha çok, toplumun örf ve adetleri hukuk düzeninin şekillenmesini sağlar. Ancak hukuktaki değer sistemlerinin bağlayıcılık niteliği kazanmaları, otoritenin de bu değerleri tanınmış olmasına bağlıdır (Şener, 2009: 170).

İnsanı ve toplumun yapısı ve karakterini tanıma noktasında ciddi bir birikime sahip olmayan pozitif hukuk, olayların arkasından gitmek durumunda kalmakta; suç ve haksızlıkları kökten önleyici bir rol oynayamamaktadır. *Çünkü sahip olduğu sosyal malzeme ve metotlar, kendini olayın dış faktörlerini dikkate almaya şartlandırmış ve çalışma alanı bu boyutta gerçekleşmiştir.* Elbette ki, bu özelliğe de ihtiyaç vardır fakat, asıl olan insan davranışlarına yön veren değer, ortam ve bilgi -kültür gibi faktörlerin nasıl bir insan ve toplum yapısı hazırladığının bilinmesidir.

İnsan ve toplumun kültürel ve sosyal kaidelere göre yaşaması, hukuk desteğinde ve onun koruyuculuğunda gerçekleşmelidir. Bu koruyuculuğu yapacak hukuk kurumunun, toplumun sosyal ve ahlaki yapısıyla uyumlu ve onun hassasiyetini muhafaza etme yönünde kurgulanması ve düzenlenmesi gerekir. *Yani hukuk, kendini suç ve sapkınlıkların takibine değil; daha çok, hak ve bu haklara temel olan dini ve ahlaki değerlerin ayakta durmasına adanması gerekir.* Çünkü “doğru değer ve kavramlar” ayakta tutulamazsa, “yanlış” tabiatıyla kendine yer bulacaktır. Elbette, doğruyu korumak ve ayakta tutmanın yanı sıra, doğruya aykırı şekilde gerçekleşen suç ve cürümlerin de takibi, birlikte gerçekleşmek durumundadır.

Hukuk’un kadim ilahi bilgiye ihtiyacı:

Hukukun maddi kaynağı, ister kanun, ister örf ve adet, isterse hâkimin belirlediği hukuk olarak ortaya çıksın, hukuka vücut veren iradenin gözü, onun kaynağının çıktığı yerdir. Bu açıdan bakılarak, hukuka vücut veren iradenin kaynağının ya "beşerî irade" olduğu, ya da "ilahî irade" sayıldığı kabul edilmiştir.

Gerçekten bugün, genelde, kaynağı beşerî irade olan hukuk düzenleri laik (seculer) hukuk düzenleri, buna karşılık kaynağı ilâhî irade sayılan hukuk düzenleri teokratik (veya osantrik) hukuk düzenleri olarak nitelendirilmektedir (Gözler, 2008). Aslında, teokratik düzenler, hiçbir insani bilgi ve karara müsaade etmeyen düzenler olduğu için, İslam hukuk sisteminin sahip olduğu “ilahi bilgi” ile herhangi bir ilişkisi olmamaktadır.

İlahi ve beşeri bilginin bir arada yürütülmesi, her iki bilgi sisteminin varlığından haberdar olmayı; aynı zamanda, insanın kurallara uyması ile ilgili ahlaki ve manevi desteğin elde edilmesine imkân sağlayabilecektir. Çünkü insan, sadece aklıyla değil, aynı zamanda ruh ve ahlakı ile çeşitli olaylara ait inanış ve davranış şekillerini seçen bir varlıktır. Prof. Alvani, bu konuda şu değerlendirmeyi yapmaktadır:

İslami modelin, beşeriyetin belli entelektüel standartlar inşa etmesini sağlayan insan tabiatı (fitrat) ile uyumlu bir ilişkisi vardır. *İslami bilgi modeline göre, beşeri bilgi kutsal bilgi ile zenginleşmekte olup*, insanlar daima Allah’ın yardımının farkındadırlar ve hiçbir zaman tamamen kendi arzu ve eğilimlerine bırakılmış oldukları hissisine kapılmazlar (Alvani,25).

Alvani, bu bilginin niteliği ve etkinliği ile ilgili olarak da şu görüşleri öne sürmektedir:

Bilgi, aklımızla elde ettiğimiz ve çevreyi değerlendirerek kazandığımız düşünce hasılası olduğu kadar; ruh ve ahlakımızla benimsediğimiz ve hayatımıza aktardığımız manevi bir değerdir de.. Aklımızla bulup, hayata aksettirme seviyesinde, onu benimsemeden ve onu inanç ve ahlak ile bütünleştirmeden davranışlarımıza dönüştürme imkânımız çok zordur.

Bilgi ve değerler arasında çok yakın bir ilişki mevcut olup, değerler bilgiye ve amaca yönelik olma vasfı kazandırırken, fertleri de faydalı ve faydasız bilgiyi ayırt etmeleri noktasında sorumlu tutar. (Alvani,23) Bundan dolayı, hukuku bilgi ile değer arasındaki ilişkiyi de dikkate almak zorundayız.

Böylece hukuk, sadece kurallar koyma hadisesi değil; aynı zamanda ve daha çok inanılan ve belirlenen kuralları, toplum olarak içselleştirme, sahiplenme ve hayata taşıma göreviyle bağlantılı bir yaşama felsefesinin sınırlarını koruma gibi, “sosyal idrakin” de bağlı olduğu sisteme dayanmak durumundadır.

VIII. asır İslam hukukçuları, hukuk ilminin çok orijinal bir branşını tasarlayıp geliştirdiler. *Kendi görüşlerine göre, hukuk ağacı'nın dallarını (furu'), kanunlardan ve hatt-ı hareket kaideleri topluluğundan ayırdetmek için, bu branşa, hukukun kökleri (usul) adını verdiler.* Onlar, «Usul» ilmiyle, mücerred (soyut) bazı şeyleri, gerekli değişiklikler yapıldıktan son-

ra, herhangi bir ülke veya çağın hukuk sistemine uygulanabilen bir metodoloji türünü kasetmekteydiler (Hamidullah, 20).

Bu açıklamada, hukuk usulü veya metodoloji denilen bilgi ve hüküm çıkarma çalışmalarının İslam hukukçuları tarafından geliştirildiğini öğrenmekteyiz. *Usul'ün, bir manada felsefe ve sosyoloji'yi içine alarak, hukukun nasıl şekillenmesi ve uygulanması ile ilgili bilgi ve mantık çalışmalarını oluşturarak, bunu çeşitli ülkelerin din, ahlak ve gelenekleriyle bağlantısı içinde ortaya koyma çalışması olduğu anlaşılmaktadır.*

İslam hukukçuları, bugünkü Batı'nın bu terime verdiği manadan daha geniş bir mana vermede görüş birliği içindedirler. Usul(metodoloji) ilminin ilk kurucularından biri olan Ebu Hanife (v. 767), hukuku; «İnsanın, haklarını ve vazifelerini bilmesidir.» diye tarif eder. (1) İnsanın, bedeni olduğu kadar, ruhi vazifelerinin de bulunduğu gözönüne alınınca; İslami davranış kaideleri bütünü içinde sadece akitler, cezalar v.b. maddi meselelere ait değil; aynı zamanda namaz, oruç, hac gibi ibad'etlere ve kısaca, insanın bütün vazifelerine ait kaideleri içine alması hiç şaşırtıcı değildir. Bu hukuk anlayışı, “insanın bütünlüğü” fikrine sahip olan ve bedeni ruhtan ayırdetmeyen, İslami çerçeveye tam manasıyla uygun bulunuyordu. (Hamidullah, 1980,19)

Hukuk metodolojisi'nde Ebu Hanife'nin hukuk tarifi, hukukun insan tarafından kendini ve sosyal görevlerini bilme konusundaki bir “şuur hali” olduğu anlaşılmaktadır. Bu bakış açısı; İnsan tutum ve davranışlarına, dıştan hüküm verme olayından önce, onlara kendi hak ve görevlerini anlamalarına imkân veren bir bilgi ve sorumluluk çerçevesi çizdiğine şahit olmaktayız. *Bunun bir diğer açıklaması, kişinin hak kavramı ile kendisi ve çevresindeki sosyal âlem arasında bağlantı kurmaya çalışmasıdır.* Yani insanın, haklar ve görevler dengesinin kurulması ile ilgili bir hassasiyet ve sorumluluk kazanmasıdır. *İslam hukuku'nun salt teolojik (ilahi) bir hukuk sistemi olduğu şeklindeki kanaat, doğru değildir.* Kur'anı Kerim'in hükümlerinin çoğunun, hayatın ihtiyaçları ve çeşitli muameleler ile ilgili olması, onun yalnızca dini değil, aynı zamanda dünyevi bir hukuk da olduğunu göstermektedir.

Allah'ın elçisi Hz. Peygamber bile, ihtila'fları halletmek için, her zaman bir vahiy almazdı. Bilakis, akl-ı selimine göre de hareket ederdi. Sonuç olarak şu husus kayda değer ki, Peygamberin davranış ve fiillerinden meydana gelen konularda beşeri ve ilahi unsur birlikte gerçekleşmektedir. Peygamber'in ve kendisinden sonraki halifelerin İmamlarına (hukuk otoritelerine) gelince; onlar, bir kanunu yürürlüğe koymak için, bazen kimseye danışmadan hareket ettiler, bazen ise, örfî veya diğer eski bir kaideyi (tercih edip) uygulamakla yetindiler (Hamidullah,1935:1,17).

İslam hukuku, insan davranışları ve eylemleri ile ilgili, diğer hukuk tarzlarından ve özellikle bugün hâkim durumda olan Batı hukukundan çok daha hassas ve ayrıntılı bir çerçeve meydana getirmiştir. Böylece; hukukun adalet ve farklılık prensiplerini gerçekleştirmeyi hedeflemiştir:

Prensipte herkes kabul edecektir ki, iyi olanı yapmak ve kötü olandan sakınmak gerekir. *Kur'an*, «*iyi olanı emredin, kötü bilineni yasaklayın.*» diyerek bu durumdan sık sık bahseder. *Fakat beşeri fiiller her zaman aynı kolaylıkla sınıflandırılmaz. İzafilelik (görecelilik) vardır.* İşte, iyi bir matematikçi olan usulcüler, insan fiillerini hüsn (iyilik) ve kubuh (kötülük) prensiplerine göre bölümlenmek ve bölümleri de alt bölümlere ayırmak için bir rüzgar gülü düşündüler: Mutlak iyinin yapılması mecburidir. Mutlak kötü de, tam bir yasağın konusu olacaktır. (Ostrong,1972) Fakat iyi kötüye üstün gelirse, mecburi olmaksızın tavsiye edilmiş olacaktır. Aynı şekilde, kötülük tarafı iyiliğe ağır basarsa, kesinlikle yasaklanmakla beraber, vazgeçilmesi öğütlenmiş olacaktır. İki durumun eşit olması, fiilin ne iyilik ne de kötülük ihtiva etmemesi halinde ise karar, tatbikatını zaman-zaman değiştirebilecek olan ferdin takdirine bırakılmış olacaktır (Gazali,1322:55-56).

Hukukun din ve ahlaka ihtiyacı:

Hukuk, öncelikle hakların dağıtımı ile ilgilenir. Hukuk'a inanma ve değer verme düşüncesi, ahlaki ve dini değerler ile gerçekleşebilecek manevi bir zemin üzerinde güçlenebilme özelliğine sahiptir. *Çünkü hak, bir mücadele ile değil; bir anlayış ve kültür içerisinde gerçekleşir. İnsanların, yetişme tarzı, terbiyeleri ve anlayışları; hak kavramı ile birlikte yerleşen alışkanlıklardır.* Hak kavramı, kişinin çocukken kazanacağı bir özelliktir. Sonradan hak kavramını, bilgi olarak elde etmek, çok az insanın sahip olabileceği bir niteliktir. Bu yüzden hakkın, sadece kanun ve güç destekli olarak elde edilmesi; bu duygu ve anlayışın en zayıf halini teşkil etmektedir.

Din ve ahlak duygusu, alışkanlığı ve yaşama kültürünün içerisinde hak kavramının yerleşmesi; hukuk sisteminin legal yönünden önce, ahlaki davranış olarak toplumda yerleşmesini sağlar ve hukuka da, sosyal bir temel sağlamış olur.

Kaynağı beşerî irade olan modern hukuk düzenleri, yorumun yetersiz kalması, yahut yeni ihtiyaçların ortaya çıkması halinde, gene beşerî iradeyle değiştirilebilir, yenilenebilir, ortadan kaldırılabılır, eskisi yerine yenisi konabilir. Elbette bu, kaynağı beşerî irade olan hukuk düzenlerinde, toplumun gereklilikleriyle bağıntılı olarak, hukuk cihazının evrimini ifade etmektedir. Buna karşılık, kaynağı ilahî sayılan hukuk düzenlerini vurgulayan özellik, bu

düzenlerin, imkân verdiği ölçüde, sadece yorum yoluyla değişebilirliğidir. Bundan çıkan sonuç, kaynağı ilahî sayılan hukuk düzenlerinin, hukuk cihazının evrimine genelde yabancı olduklarıdır (Berki, 1959).

Berki'nin söylemek istediği, İlahi hukuk düzenlerinin; beşeri hukuk sistemleri gibi ayrıntılara girme durumunda olmadığı ve bu konuları ilim adamlarına bıraktığı için, sürekli değişim durumu ile karşı karşıya kalmadıkları hususudur.

Yukarıda da belirttiğimiz gibi, hukuk; değerler sistemine bağlı olduğunda, onun değişmesi, ancak pratik yaşama alanları ile ilgili konularda mümkün olabilir. *Hukuk'un temeli olan hak, sorumluluk ve adalet gibi kavramlarda değişiklik, hukukun tabiatına zıt bir durumdur. Çünkü bu gibi kavramlar, değişmez özellikte ve toplumların ruh ve düşünce sistemlerini belirleyici nitelikteki temel hükümleri ihtiva etmektedir.*

Hukuk, hakları güvence altına alan kurallar sistemidir. Hukuk, öncelikle hak kavramının insanın gönlünde ve aklında yer etmesi ve bu değerlerin samimi kabulüyle gerçekleşir.

Devletin iradesi dışında oluşan genel hukuk ilkeleri ile olan din, örf ve adet kuralları da hukuk düzeninin kapsamı içinde yer alır. Ancak günümüzde bunların bağlayıcılık niteliği kazanmaları, pozitif hukuk tarafından tanınmış olmalarına bağlıdır. Günümüzde, pozitif hukuk, ancak ve çaresiz kaldığı durumlarda Örf'e müracaat ederek fiilen gerçekleşmiş sosyal olaylardan örnek alarak problemleri çözmeye çalışmaktadır.

Hukuku gerçekleştirecek sosyal sistem, öncelikle hak kavramını ayakta tutacak ve insanları, bir hesap endişesi ve mükâfat ile yargılayacak bir otoritenin varlığına muhtaç durumdadır.

Dolayısıyla hukuk'un insan gönlünde ve fikrinde yer etmesi açısından, onun bir inanç ve ahlak sistemi ile güçlendirilmesi son derece gerekli bir ihtiyaç olmaktadır.

Günümüz dünyasında laik hukuk; insanı eğiten, onun kişiliğini olgunlaştıran ve sosyal yapıyı iyi örnekler ile ayakta tutmaya çalışan bir mantık içinde çalışmamaktadır.

Hukuk kurumunun, İslami bilimlerin bilgi ve tecrübesini alarak sosyal bilimciler tarafından yeniden değerlendirilmesine ve böylece "hukukun sosyalleşmesi" ne ihtiyaç vardır. *Bugün hukuk davaları, sadece hukukçular tarafından anlaşılan, halkın herhangi bir söz söyleyemediği sistem ve kurallar içinde gerçekleşmektedir.* Hâlbuki İslam hukuku ve fihkî ile ilgili Müslüman toplumlarda asırlık bir uygulama geçmişi ve sosyal yapının ihtiyaçlarına kolaylıkla cevap veren pratik ve çözümleyici bir "haklar düzeni" uygulaması vardır. Dolayısıyla

günümüz hukuk davaları ayları, seneleri alan yapısına fıkıh sisteminin metot ve yaklaşımından destek alabilme imkânı vardır.

Her nasılsa Türkiye'de muhafazakâr bir iktidar, batı şartları ve kalıplarına göre düzenlenmiş bir hukuk sistemini, hiçbir revizyona tabi tutmadan aynen uygulayarak; toplumun asırlardan beri sahip olduğu dini, ahlaki ve geleneksel değerlerinin etkisiz kalmasına, farkında olmadan müsamaha göstermektedir.

Bu durum, batılı kuralların; toplumun inanç ve kültürünün üzerinde değer taşıdığını fiilen kabul etmekte ve bu toplumun, ruh ve kültür dünyasına karşı, yıpratıcı ve hatta yıkıcı gelişmelerin ortaya çıkmasına imkân vermektedir.

Bu konuda bazı örnekler ile olayı daha anlaşılır hale getirmek gerekiyor: Mesela Türkiye'de, İslam dinine göre bir kişinin dini nikâh ile evlenmesi sonunda, tarafların hiçbir hak ve güvencesi zarar görmemişken, dini nikâh ile evlenen kişiyi batılı hukuk sistemine uygun olmayışı sebebiyle hapse atmak, hangi mantık kuralı ile bağdaşmaktadır? Suça sebep olarak gösterilen evlilikteki yaş sınırı, belli bir düzeni sağlamak, evlenecek eşlerin bilgisizce aile kurmalarını önleyici bir özellik taşıırken; ailelerinin rızasını ve desteğini alarak evlenen ve evlenme resmi yaş sınırının altında kalan kişilerin hapse atılması ve hatta “kadına tecavüz” muamelesi yapmış gibi, suç işlemi ile cezalandırması; hangi hak ve hukuk anlayışı ile bağdaşmaktadır? bilinmemektedir. Özellikle, evlenmiş kişilerin hak ve rızaları açık bir şekilde ortada ve ailelerinin de onayı varken; hukuk, nasıl olur da, toplum vicdanında kabul edilmiş bir işlemi, suç olarak cezalandırmaktadır? Üstelik bu kişiler, daha sonra resmi nikah yaptırıp, hukuki işlemi tamamlamalarına rağmen, neden hala suçlu kabul edilmektedirler, anlayamamaktadır..

Diğer bir örnek olarak, erkeğin; karısı ile anlaşamaması sonunda, kadının şikâyeti ve boşanma isteği üzerine, ondan ayrılmak ve arkasından ciddi bir nafaka ödeme yapma mecburiyetinde kalması olayı vardır. Böyle bir anlaşmazlık halinde; erkeğin, kendini haklı çıkaracak bir dayanağının dikkate alınmayıp, sadece kadının beyanı ile erkeğin maddi mağduriyete uğraması, hukukun tek taraflı işlemesi olmuyor mu?

Kadının, işinde ve herhangi bir erkekle bulunduğu bir ortamda "bana mobing yapıldı" demesiyle, yöneticisi, patronu veya herhangi bir kişinin davada “otomatikman” haksız görülmesi, hukukun hangi temel kriterine uygundur? Kadını korumak adına, erkeğe haksızlık yapmanın hukukta karşılığı neden yoktur, bilinmiyor!.. Kadının, kendisine yönelik bir ha-

reketi ispat etmeden haklı olması, hangi hukuk sisteminde vardır?.. Bu tür kuralların hukuki olarak kabul edilmesi, insan aklının almayacağı bir durumdur.

Bütün bu ve benzeri olaylar, hukuk'un Türkiye'de toplumun temel değerleri olan din, ahlak, örf ve geleneksel kuralları dikkate almayan ve Batı'da ortaya çıkan bazı haksız veya ölçüsüz tutumlara karşı üretilen hükümlerin, aynen ülkemizde de uygulandığını göstermektedir. *Bu tür yaklaşımlar, sosyal ilimlerde ülkeler, toplumlar ve normlar farklılığını göz önüne almadan, teknik bir olayda olduğu gibi bir kuralın "her yerde geçerli olması" gibi, toplumsal ve kültürel farklılıklara ters olarak olayları değerlendirme yanlısına götürmektedir.* Üstelik bu kararlar, toplumun vicdanına ve ruhuna ızdırap vermesine rağmen, maalesef hiçbir sebep; bu katı uygulamayı ortadan kaldıramamakta ve hukuku, cezacı bir yaklaşımdan uzaklaştıramamaktadır. (Şener, 2020)

Kendi sosyal değerlerimiz ile hukuk alanımızı ve sistemimizi düzenlemek; toplumsal gerçeklerimiz, sosyal sistemimiz ve tarihimiz içinde bize has bir hukuk sisteminin, hukuk sistemine yerleştirilmesine sebep olmaktadır.

Fıkıh metodolojisi, İslam hukuk felsefesi ve uygulaması konusunda çok geniş ve çok kültürlü bir problem çözme alanı ve tekniği olması dolayısıyla, Türkiye ve İslam dünyasının çeşitli bölgeleri için, çok önemli bir hukuk mirası olarak dikkate alınması gereken önemli bir kaynaktır. *Toplumların tarihleri, edebiyatları ve sosyolojisi için geçmiş uygulama ve bilgi birikimlerinin, hayatımız ve geleceğimiz için nasıl önem taşıyorsa, uygulamalı bir sosyoloji kaynağı olarak Fıkıh metodolojisinin günümüz hukuk sisteminde, hayatı düzenleme ve problemleri çözmeye vazgeçilemez bir kaynak olduğunu bilmemiz gerekmektedir.*

Karmaşık yapıların inceliklerle düzenlenmesi ihtiyacından dolayı *imparatorluklar* denen büyük ülkeler, gelişmiş, müdevven (düzenlenmiş) hukuk ile ön plana çıkarlar. Justinian, Süleyman, Napoleon'un hepsi hukuk kodlarıyla nam salmıştır. Batı'ya hukuku armağan eden Roma idi. Maveraünnehir'de yetişen en büyük fıkıhçılar, Türk kökenli olduğu gibi, Osmanlı âlimlerinin en orijinal katkıda bulunduğu İslamî ilim de fıkıhtı (Kavakçı 1976, Cici 2001).

İslam hukukunun uygulama alanını teşkil eden Fıkıh, tarihi geçmişi içinde çok büyük bir boşluğu doldurmuş ve çok farklı toplumların meselelerine çözüm yolu üretmiş bir hukuk geleneği idi. Bu konu, şimdi olduğu gibi, geçmişte de din ile bağlantısı sebebiyle, batılı düşünürler tarafından kabul edilmemiş ve modern hukukun yerel toplumlarındaki uygulama şekli, çeşitli alanlarda çözümsüzlüklerle karşılaşmıştı.

Hukukun din ve dini ölçüler içinde gerçekleşmesi, Batı'da yakın tarihte yetersizliğinden söz edilerek devre dışı bırakılmıştı. Bu konuda, Osmanlı'nın paşalarından Sava Paşa'nın, bir Hristiyan olmakla birlikte, bu konuda ilmi bir çalışma ortaya koyması; İslam fikhinin, dinler üstü bir özelliğinin dile getirilmesi çabası olarak dikkate değer bir gayrettir.

İslam düşüncesi, *asleyn* (iki asıl) denen iki disipline dayanır: *Usulü'd-din* (dinin temelleri, akaid ve kelam) ile *usûlü'l-fikh*. Birincisine nispetle ikincisinin önemi çağımızda tam anlaşılmamıştır. *Fıkıh mezheplerinin imamları (hukukçuları), doğrudan fîrû-ı fıkıh ile meşgul oldukları için, hüküm çıkarmada dayandıkları metodolojik ilkeleri ayrıca usûl-i fikh olarak ifade etmeye gerek duymamışlardır. (Gencer,3)*

Modern dünyada Sava Paşa (1955: I/12, 128)'nin eseri, hem geleneksel hem modern olmakla temayüz eder. Eseri, özünde geleneksel kadar şekilde modern kılan husus, şöyle özetlenebilirdi: Eserde "tabîî hukuk"a eş İslamî dünya görüşü olarak sunulan, teorik ve boyutlarıyla fikhın Hanefî ve Türk yorumu idi. Örneğin Paşa, Roma hukukuna karşı İslam hukukunu savunurken "İmam-ı A'zam'ın derlediği hukuk" sözüyle fikhı, fiilen onun mezhebiyle özdeşleştirir.

Sava Paşa ise bu eseriyle dar anlamda "ittihâd-ı anâsır" denen Osmanlıcı, geniş anlamda kozmopolitan bir barışın ideolojik (fikri) temelini oluşturacak bir tabîî hukuk teorisi ortaya koymayı amaçlar. Paşa gerek İslam, gerekse de Hristiyan hâkimiyeti altında yaşayan millî ve zimmî, müslim ve gayrimüslim tebaayı birbirine bağlayacak bir tabîî hukuk teorisi olarak fıkıh usulünü yeniden sunmuştur. Sava Paşa, hukukun sosyal kültür ile ilişkisi konusunda, Müslüman toplumları yöneten Batılı yöneticilere de şu tavsiyeyi yaparak, onların hukuk sisteminde dikkat etmeleri gereken hususu gösteriyordu: "Müslümanlar'ın herhangi bir emir veya kanunu kabulü ve riayeti, ancak onun İslamî olarak temellendirilmesiyle mümkündür." Aslında bu konu, hukuk ve sosyal kültür arasındaki kopmaz bağlantıyı en açık bir şekilde ortaya koyuyordu (Gencer, 11-16).

Son 10-15 yıl içinde Sudan siyasetinde önemli bir şahsiyet olan Dr. Hasan Turabi, aynı zamanda hukukçu olarak, Sudan'daki sosyal sistemin İslam hukuku ile olan bağlantısını sadece teorik olarak değil, aynı zamanda pratik meselelere getirdiği çözümler ile değerlendiren, uluslararası önemli bir hukuk adamı idi.

Dr. Hasan Turabi'nin, İslam hukukunun ilahi ve beşeri yönü ile ilgili orijinal ve İslam hukukunun şimdiye kadar çok az insan tarafından dile getiren enteresan tespitleri bulunmaktadır:

Allah'ın (cüz'i) küçük ve (külli) kapsamlı olarak hükmettiği kesin ve kalıcı kurallar vardır. Ancak bir de bu kavramların açıklanması, başkalarına anlatılması ve pratiğe aktarılmak üzere anlaşılması için uğraşan Müslümanların düşüncesi vardır. *İşte bu düşünce, beşeri bir kazanımdır, ebedi değildir. Çeşitli sınamalara uğrar ve yenilenir* (Turabi,1997: 32).

Turabi, İslamın sosyal hayatını düzenleme rolünü oynayan Fıkıh ilminin, nasıl işlediği ile ilgili, literatürde pek rastlanmayan ve halkın, fikhi bir konuda oynaması gereken rolüyle ilgili bir uygulamayı gündeme getirmesi de, İslam hukukunun nasıl işlediği ile ilgili özelliğini ortaya koymaktadır:

İlk dönem İslam şurası Müslümanların önündeki meseleler konusundaki fer'i (ayrıntılı konularda) karar alınırken dahi, halka danışırken; *sonraki dönemlerde fukaha (fıkıh alimleri)*, *halkın fikhi içtihatlarından istediklerini seçme hakkını dahi gözardı etti*. Böylece geleneksel fikhimiz "halkçı olmayan bir fıkıh" oluverdi. *Hâlbuki İslam fikhı "halkçı" olmak zorundaydı. Çünkü dinde bir konunun araştırılması, sadece bir zümrenin veya din adamlarının vazifesi değildir* (Turabi, 1997:41).

Hukuk'un ahlaki ve sosyal boyutu:

Aslında, hukukun konusu insan ve insanın tutumları olması dolayısıyla, insan davranışlarını sadece rasyonel kalıplar içinde görmek; hak ve adalet mefhumlarını açıklamak ve onlara çözüm getirmek için yeterli olmamaktadır. Hukukun işleyişi akıl sınırları içinde gerçekleşmekle beraber, sadece akıl ile davranışlar yönlendirilmemekte; inanç, merhamet, adalet, sevgi ve saygı gibi faktörler, davranışlar üzerinde yönlendirici olmaktadır:

Beşeri davranışları düzenleyen sosyal düzen kurallarının bir türü olan hukukun maddi evrende tezahür eden bir 'dış âlemi/evreni' ve bir de 'iç âlemi/evreni' söz konusudur. Hukukun olgusal dünyada dogmatik bir hukuk olarak varoluşunu ifade eden dış evreninin eğitimi, bu formasyonu alacak olanlar açısından zorunlu teknik boyutu ifade etmektedir. *Ancak bu harici boyuta ruh veren ve besleyen öz ya da cevher, hukukun asli ide ve ideallerini oluşturan değer boyutudur.* Bunlar 'adalet', 'nezafet', 'hakkaniyet', 'insaniyet' ve 'hürriyet'dir (Kılıç,2011:53).

Çünkü hak mefhumu, inanç, ahlak ve örfe dayalı müeyyideler ile ilgilidir. Hak mefhumunun belirlenmesi, dağıtılması ve ölçülmesi sadece akıl yoluyla hukuki olayların analizi ile mümkün olmamakta ve hedefine ulaşmamaktadır. Akıl, çoğu zaman şahsi menfaatleri ön plana almaktadır. *Ayrıca, insan ve topluma ait müeyyidelerin en etkilisi ise, insanın duygularına, düşüncelerine ve ahlakına ait olan müeyyidelerdir.* Çünkü insanı belli kurallara itaat etmeye sevkeden

faktör, korkudan çok; saygı, sevgi ve sorumluluk duygularıdır. Güç ve otorite, başlı başına “değer kavramı” olamadığı gibi, onun yerini de dolduramamaktadır. Hak ve hukuk, ancak adı geçen temel değerler ile bağlantılı olması sebebiyle, gerçekleşme imkânına sahiptir.

Hukuk, toplumun bütününe ilgilendiren bir olaydır ve hayatımızın her yönünü içine almaktadır. Bu yönüyle hukuk, sadece “hak” mefhumunu değil, aynı zamanda “sosyal” mefhumunu da içine almaktadır. Yani hukuk, sadece haklar konusunu sağlamamakta, aynı zamanda hakların eşit ve düzenli dağıtımı ile adil ve huzurlu bir hayatın da gerçekleşmesine de imkân hazırlama mecburiyetindedir. Yani, asıl fonksiyonu huzurlu ve medeni bir hayatın gerçekleşmesini sürdürmektir.

Osmanlı'da, suçların araştırılmasında mahalledeki camilere devam eden insanların şahitliği ve bilgisi oldukça önem taşımaktadır:

Bu noktada, hukukun bu yapısı ve mahallenin burada icra etmiş olduğu fonksiyon bakımından fertlere mahallelinin müdahalesinin, Osmanlı toplumunda “*baskı*” olarak nitelendirilemeyeceğini düşünüyoruz. Zira “*baskı*” kavramının kullanılabilmesi için yukarıda zikredilen hukukî/ahlâkî suçların meşru olduğuna inanan bir grubun ya da en azından bir “*ferd*”in var olması gerekmektedir. Yine ahlâkî ve hukukî anlamda kendilerini destekleyen bir yapının bulunması gerekmektedir (Açık, 2014: 21).

Son İslami toplum örneği Osmanlı'nın bir “milletler topluluğu” olarak anıldığını ve millet kelimesinin, bir dine bağlı olanları ifade ettiğini özellikle açıklamak gerekiyor. Bunun anlamı, herkesin kendi inanç ve kültürüne uygun bir hukuk sistemiyle yaşayabilme gerçeğinin kabulüdür. Böyle bir uygulama, aynı zamanda başka din ve düşüncelere ve dolayısıyla hukuk anlayışına karşı gösterilen bir saygı ve toleransın zirve noktasıdır.

Osmanlı sisteminde, azınlıkların kendi hukuk sistemlerini medeni, yani kişiye ait tüm haklarda kullanmakta olduğunu ve kendi mahkemelerinde muhakeme edildiklerini biliyoruz. Azınlıklar, eğer isterlerse şahsi konularda Osmanlı mahkemelerinde de kendilerini savunma imkânlarına sahiptiler.

Türkiye’de Hukuk’un Sanallığı:

Hukuk’un bir toplumun inanç ve ahlak değerleri ile hayat ihtiyaçları arasındaki ilişkinin düzenlenmesi oluştuğunu söylemiştik. *Dolayısıyla şu anki hukuk sistemi, sosyal gerçeklerin tabii bir gelişimi sonucunda ortaya çıkmamıştır.* Böyle olduğundan dolayı da, işleyişinde birçok problemlerle yüz yüze gelmekteyiz. En önemlisi, toplumda hukuk sistemine

karşı, sevecen ve saygıdeğer bir tavır olduğunu söylemek zordur. Bu konuya ait örnekler, başlı başına geniş bir araştırma konusu olarak araştırmacıların ilgisini beklemektedir.

Adaletle idare edilen şehir ideal şehir, adaletin tecelli ettiği aile, ideal aile ve adil olan fert, ideal fert olarak kabul edilmiştir. Bu bağlamda insanı medeni tabiatlı kabul eden fikhın ve Osmanlıların içerisinde buldukları geleneksel düşüncenin bizce ideal ferdi, “*udûl-i ricâlden*” (adaletten sapma) olarak nitelenen şahit’tir. Şahitler, şehirde adaletin tesis edilmesinde ve sosyal düzenin muhafazasında bilgilerine başvurulmuş kişilere işaret etmektedir. Nitekim Osmanlı’da ispat vasıtaları ekseninde konumlanmış bir adli sistem bulunmaktadır. *Kadı mahkemesinde, muhakemenin her safhası açıktır ve hâkimin takdir yetkisi dar tutulmuştur*. Yani, İslâm muhakeme hukukunda kesin deliller bulunmaktadır. Bu kesin delillerin (ispat vasıtalarının) ise, başta şahitlik daha sonra yemin ve yemin etmektan kaçınma (nükûl) olduğu görülmektedir. Dolayısıyla hâkimin takdir yetkisinden ziyade, ispat vasıtaları ekseninde konumlanan muhakemenin sağlıklı işleyebilmesi için söz konusu ispat vasıtaları üzerinde hassasiyetle durulmuş ve kesinlik niteliği kazandırmak için her türlü tedbir alınmaya çalışılmıştır (Rosental’den Çaksu,1996:41).

Sosyal ve İlmi bilgiler, Avrupa’nın geçirdiği zihni, dini ve ahlaki problemlerin sonucu, bu değerlerden sapma odaklı etkisinin başka ülkelere de yayılmasına yol açtı. Türkiye de batılılaşma arzusu sonunda, aynı tecrübeyi yaşamak zorunda bırakıldı. Avrupa’nın sosyal ve siyasi kargaşalıkları, ideolojik çatışmaları, böyle bir değişim veya farklılaşmayı mecburen yaşamak durumundaydı. *Fakat Avrupa’nın yaşadığı olayları veya zorluklarla karşılaşmamış olan Türkiye ve benzeri Avrupalı olmayan ülkelerin farklı sosyal gelişmeler içinde olmasına rağmen, aynı bilgi ve metotları benimsemesi, hiçbir ilmi ve mantiki gerekçeye dayanmıyordu*.

Çünkü batılı kodlara sahip hukuk kuralları, başka sosyal dünya ve gerçeklere göre değil, kendi şartlarına göre düzenlenmiştir. Bununla da yetinilmemiş, batı kaynaklı hukuk sistemi, batıcı siyasi kadrolar tarafından değişmez ve hatta “tartışılmaz kurallar sistemi” gibi toplum hafızasına ve vicdanına meydan okurcasına bir işleyiş ve otorite noktasına getirilmiştir. Hâlbuki hukuk, toplumun sosyal ve tabii işleyişi içerisinde ortaya çıkan gerçeklere göre kendini düzenlemesi gereken bir çözüm odağıdır. Onun, tepeden inme kural ve politikalara göre şekil alması, hukukun siyasileşmesi ve araçlaşması manasına gelmektedir.

Günümüzde hukuk, toplumdan ve insanlardan uzak fildişi kulede işleyen bir mekanizma gibi çalışmakta ve bu durum, hukuk kuralların ihlalini oldukça ileri boyutlara ulaştırmaktadır. *Hâlbuki hukuk, sürekli toplumsal ve düşünce hareketleri ile temas halinde olması gereken dinamik bir alan olarak çalışmak durumundadır*. Hukuk’un, toplumun dışında ve toplumun

iradesi ve katkısı olmadan gerçekleşen bir “üst mekanizma” şeklinde çalışması, onun tabii ve sosyal yönünü ortadan kaldıracaktır.

Sosyal sistemlerin, toplumların mana ve idealleri çerçevesinde oluştuğu inkâr edilemeyecek bir gerçektir. Fakat bazı Türk kurumları, toplumdaki onay ve destek almaksızın toplumu biçimlendirme ve kontrol alma noktasında ayakta tutularak antidemokratik bir nitelik kazanmıştır. Halen geçerli olan Anayasa'nın askeri devrimin ve dolayısıyla ihtilalci kadronun getirdiği problemler yumağı bir hukuk örneği olması da, topluma rağmen koyulan sistem çalışmalarının en yakın ve açık bir örneğidir.

Anayasa çalışmalarında, batıcı ve toplumdaki kopuk siyasi ve bürokratik kurumların, mecliste görüşülen Anayasa değişikliği çalışmalarına karşı çıkıp, kendileri de herhangi bir teklif getirememiş olmaları, hatta görüşmelerde üzerinde anlaşılmış kanun maddelerinde bile değişikliğe razı olmamaları, bu bağnaz ve statik anlayışlara örnek gösterilebilir.

21 Şubat - 31 Mart 2016 tarihleri arasında 4170 katılımcı ile yüz yüze görüşme ve internet yoluyla gerçekleştirilen araştırmaya göre, hukukçu, kamu görevlisi, öğrenci ve diğer kesimlerden alınan örneklerin hukuk sistemine yönelik değerlendirme sonuçları aşağıdaki şekilde, oldukça kaygı vericidir:

- . Hukuk ve toplum % 38 oranında uyumludur.
- . Hukuk sistemi % 35 oranında adalet üretmektedir.
- . Kanunlar toplum vicdanını % 34 oranında tatmin etmektedir.
- . Mevzuat %73 oranında Batı kaynaklıdır.
- . Hukuk-siyaset ilişkisi % 24 oranında düzgündür.
- . “Adamına göre muamele” % 85 oranındadır.
- . Kurallara uymayanlar % 67 karlı çıkmaktadır.
- . Kamu görevlileri % 39 oranında güvenilirdir.
- . Kamu kurumları % 37 oranında güvenilirdir.
- . Genel olarak insanlar % 40 oranında adildir.
- . Ortak adalet anlayışı % 37 oranında yerleşmiştir.
- . Toplumsal kamplaşmalar, hukuku % 78 oranında bozmaktadır.
- . Toplum kaynaklı kaygılar, % 78 düzeyindedir (Kaya,2016: 1).

Sonuç:

Mevcut Batı'lı kurumsal değişikliklere karşı, halk tarafından olumlu bir onay verildiğine dair kesin bir bulgu yoktur. *Toplumun hâlihazırda birçok konuda, gerek dini ve gerekse geleneksel inanç ve değerlere bağlı olarak bazı problemlerini çözmesi, aslında hukuk alanındaki zoraki kurumlaşmaya gösterilen memnuniyetsizliğin de ifadesidir.* Bir diğer ifade ile toplum, kendini altıyüz yıl hüküm süren ve hayatın ruhuna sinmiş İslam'la kaynaşmış hukuk sistemini hala hayatının bazı bölümlerinde uygulamaya çalışmaktadır. Bu gerçek, sosyal bilimciler tarafından ciddi bir şekilde araştırılması ve sebeplerine inilmesi gereken bir olaydır. Buna karşılık, Batı'dan alınmış hukuk sisteminin, hem muhtevası ve hem de uygulama şeklinden kaynaklanan çok sayıda problemin varlığının incelenmesi ve çözüme kavuşturulması, halledilmesi gereken bir başka konudur. Bu konuda yapılacak ilmi bir araştırma, hukuk sisteminin toplum tarafından hangi ölçüde benimsendiğine ve uygulamaya geçirildiğine dair önemli ipuçlarını verebilecektir.

Öncelikle batı kaynaklı Türk hukuk sistemi, doğrudan insanı muhatap almıyor ve sadece hukuk adamlarını işin içine sokarak, hak arayışını kontrolsüz ve sınırlı bir hale getiriyor. Hukuk, bu haliyle bir uzmanlık ve seçkin grup tarafından işlerliğe kavuşturularak; toplumu, hakları ile ilgili konularda kendini ifade edemeyen bir hale getirerek, resmi bir savunmacının eline bırakıyor.

Sonuç olarak; Batı hukuk sistemine alternatif olarak, İslam Hukuku ve Beşeri hukukun toplumsal uygulamalara yönelik birikimi, birlikte mütalaa edilmeli ve beşeri hukuka ait kuralların, ahlak ve değerler açısından olumlu görülmesiyle oluşacak hukuk birikimine uygun bir sistemin hukuk anlayışını oluşturması, geçerli bir çözüm olarak gözükmektedir.

Pratikte, bu konuya rezerv koyanlar olabilir. O zaman bu kişiler, Batı hukuk sistemi ile kendi hukuki problemlerini çözmeye devam edebilirler. Ama inanç ve kültürüyle bütünleşmiş hukuk sistemini isteyenlerin de önünün kesilmemesi gerekiyor.

Günümüzde, Avrupa ve Amerika'da Müslüman azınlıklar; İslam hukukuna yönelik kurallar ile kendi şahsi ve toplumsal nitelikteki işlerini yürütmektedirler. İslam hukuk sistemini altıyüz elli yıl kadar sahiplenmiş bir toplumun, böyle bir uygulama tecrübesine gözünü kapatması; sadece sosyal yapının düzenlenmesi açısından değil, hukuk ilmi için de ciddi bir kayıp olmaktadır.

Kaynaklar:

- Alvani, Taha Cabir, İslam Düşüncesinin Bugünkü Meseleleri, Çev. Süleyman Gündüz, İnkılab Yayınlar, 2017
- Berki, Himmet. Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara, 1959
- Ekinci, Ekrem Buğra. İslam Hukuku ve Önceki Şeriatlar, ekrembugraekinci.com, 2010
- Gencer, Bedri. Fıkıh Olarak Türk Düşüncesi -İslâm-Türk Düşüncesinin Doğası Üzerine- Muhafazakâr Düşünce, Sayı. 54, Ağustos, İstanbul 2018
- Gözler, Kemal. Hukuka Giriş, Ekin Basım Yayım Dağıtım, Bursa, 2008
- Gözler, Kemal. Hukukun Genel Teorisine Giriş: Hukuk Normlarının Geçerliliği ve Yorumu Sorunu, US-A Yayıncılık, VIII+245, Ankara, 1998
- Hafizoğulları, Zeki. Bir kültür ürünü olarak hukuk düzeni, 4. Türk Kültürü Kongresi 4-7 Kasım, Ankara, 1997
- Hafizoğulları, Zeki. "Hukuk ve Ceza Hukuku Biliminin Konusu ve Sınırları Sorunu", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt XXXV, sayı 1-4, s.236, 1978
- Hamidullah, Muhammed. Documents sur la Diplomatie Musulmane a' l'Epoque du Prophete et des Khalifes Orthodoxes, Paris, 1, 17: İbn Hişam v.b.den naklen, 1935
- Hamidullah, Muhammed. Müslümanlarda Hukuk Felsefesi, (Çev.İ.K.Dönmez) İslam Medeniyeti Mecmuası, Cilt.4, Sayı.4, İstanbul, 1980
- İmam-ı Gazali. El Mustasfa, 55-56. Bulak Neşriyat, Ankara, Hicri.1322
- Kavakçı, Yusuf Ziya. XI. ve XII. Asırlarda Karahanlılar Devrinde Mâverâ'un-Nehr İslam Hukukçuları. Atatürk Üniversitesi, Erzurum, 1976
- Kaya, Emir. Hukuk Zihniyeti. Adalet Yayınevi, Ankara, 2016
- Kılıç, Muharrem. Doğal Hukuksal Bir Analiz, Yetkin Yayıncılık, Ankara, 2011
- Ostrong, Leon. Conference on Rootf of Law, London University, England, 1972
- Rosenthal, Erwin I. J., Ortaçağ'da İslâm Siyaset Düşüncesi, Çev. Ali Çaksu, İz Yayınları, İstanbul, s. 33-41,1996

Şener, Sami. Sosyoloji, Sosyal Bilimlere Alternatif Yaklaşım, Strateji Yayınları, İstanbul, 2018

Turabi, Hasan. İslami Düşüncenin İhyası, Ekin Yayınları, İstanbul, 1997

Yüksel, Mehmet. Modernleşme Bağlamında Hukuk ve Etik İlişisine Sosyolojik Bir Yaklaşım, Ankara Üniversitesi SBF Dergisi. 57-1, Ankara, 2016