

# POSTMODERN BİR İNSAN HAKLARI SÖYLEMİ OLARAK HUKUKÎ ÇOĞULCULUK VE İSLÂM HUKUKU AÇISINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ

**Mehmet Salih Kumaş\***

## ÖZET

Postmodern süreçte öne çıkan anlayışlardan biri de hukukî çoğulculuk teorisi. Hukuk ile kültür arasındaki ilişkiye vurgu yapan bu teoriye göre hukuk, hem bulunduğu toplumun kültürel bir görünümünden ibarettir, hem de toplumdaki kültürün en önemli taşıyıcılarından biridir. Post-koloniyal süreçle birlikte Batılı bilim adamlarının gündemine giren hukukî çoğulculuk düşüncesi, küreselleşme sürecinde giderek heterojen bir yapı arzeden Batılı toplumlar için de idealize edilmeye başlanmıştır. Düşünce ve inanç özgürlüğü, azınlık hakları, kültürel haklar, çok-kültürlülük gibi kavramlara sık sık referansta bulunan hukukî çoğulculuk, her ne kadar Batılı bir kavram olsa da, başta İslam coğrafyası olmak üzere Batı dışı toplumlarda yüzyıllardır var olan bir sosyal olguyu ifade etmektedir. Örneğin İslam tarihinde gayrimüslimler (zimmîler), *zimmî* anlayışı çerçevesinde dinlerini ilgilendiren konularda hukukî bir otonomiye sahip olmuşlardır. Orta Çağ'ın hakim sosyo-politik anlayışının etkisiyle bazı hakları kısıtlanmış olsa da, zimmîlerin İslam toplumlarında kendi dinî ve kültürel aidiyetlerini koruyarak Müslümanlarla yan yana yaşadıkları görülmektedir. Ancak İslami zimmî anlayışının hukukî çoğulculuk gibi bir işleve sahip olabilmesi için, eşitlik temelinde bir insan hakları anlayışını benimsemesi gerekir. Bu bağlamda temel haklar konusunda tüm insanların eşit olduğunu savunan Hanefî İslam hukukçularının geliştirdiği "el-isme bi'l-ademiyye" kavramı, hukukî çoğulculuk ile zimmî anlayışının ortak bir zeminde buluşmasına imkan sağlayacak bir anlayışı formülize etmektedir. Buna göre kendilerini toplumun diğer kesimlerinden farklı şekilde tanımlayan grupların kültürel ve dinî değerlerinin hukuk aracılığıyla korunması, hem insan hakları açısından hem de toplumsal entegrasyon açısından önem arz etmektedir.

**Anahtar Kelimeler:** Hukukî çoğulculuk, Azınlıklar, Kültür hakkı, İslam Hukuku, Zimmî.

---

\* Arş. Gör. Dr., Uludağ Üniversitesi İlahiyat Fakültesi. E-posta: msalihkumas@uludag.edu.tr

## ABSTRACT

### Legal Pluralism as a Discourse of Postmodern Human Rights and Its Evaluation in Terms of Islamic Law

The theory of legal pluralism has been one of the most considerable concepts in the postmodern period. According to this theory emphasized on the relationship between law and culture, law is a cultural expression of the society, and one of the important carriers of the culture. The legal pluralism, occupying the agenda of the western scientists in post-colonial period, has been idealised for Western societies which have been increasingly heterogeneous in the process of globalization. Although this theory referring mostly to the concepts such as freedom of thought and faith, minority rights, cultural rights, cultural pluralism, is a western concept, in fact it has been a common social phenomenon for non-western societies for centuries. For instance, non-Muslims had the legal autonomy in the issues relating to their religions throughout Islamic history. They seemed to have lived together with Muslims maintaining their own cultural and religious identities even though there were the limitations on their some rights under the effect of the Medieval dominant socio-political approach. But to have a function like legal pluralism for Islamic concept of *dhimma* requires to adopt a perspective of human rights based on equality. In this context, The concept of “al-isma bi al-adamiyya” developed by Hanafite jurists having the idea of equality of all human beings formulates an understanding which makes legal pluralism and *dhimma* possible to meet on a common ground. Accordingly, the protection of the cultural and religious rights of the groups who define themselves as different from the other ones by law has importance in both terms of human rights and social integration.

**Keywords:** Legal Pluralism, Minorities, Cultural rights, Islamic Law, Dhimmis.

## A- GİRİŞ

Hukuk, olgusal gerçekleri göz önünde bulundurmakla birlikte, temelde *ideal*'in bir arayışdır.<sup>1</sup> Normatif bir bilim olarak kabul edilen hukuk, bu yönünden dolayı bazı değerler ve ilkelerden hareket etmek zorundadır. Bir fiilin yasa dışı, bir başka fiilin yasal olarak değerlendirilmesi, ancak bazı değer ve ilkelerle mümkündür. Bu durum hukukun, ideolojik bir arka plana sahip olduğu anlamına gelmektedir.

---

<sup>1</sup> Çağıl, Orhan Münir, *Hukuka ve Hukuk İlmine Giriş*, 3. bs. (İstanbul: İ.Ü.H.F. Yayınları, 1966), s.114-5.

Çok köklü sosyal bir gerçeklik olmasına rağmen, günümüzdeki anlamıyla hukukun<sup>2</sup>, Batı medeniyeti çerçevesinde oluşmuş, Batı medeniyetinin tarihsel şartlarına göre üretilmiş, Batı'nın insan, toplum ve devlet anlayışına göre şekillenmiş ve Batılı bakış açısına göre tanımlanmış hak ve sorumluluk anlayışına dayalı bir telakki ve yapı olduğu yönündeki düşünceler giderek taraftar bulmaya başlanmıştır.<sup>3</sup> Diğer bir ifade ile günümüz egemen hukuk anlayışı, Aydınlanmacı Batı düşüncesine dayalı dünya görüşünün bir yansımasıdır. Bu anlayış her ne kadar kendisini her türlü kültürel değerden bağımsız olarak sunsa da, son yıllarda yapılan çok sayıda çalışma, günümüz hukuk anlayışının bu kültürel arka planını ortaya koymaktadır.

Batı aydınlanma sürecinde birbirinden bağımsız olarak ortaya çıkan hukuk ve kültür kavramları arasında nasıl bir ilişki olduğu son yıllara kadar bilimsel araştırmalara konu edilmemiş<sup>4</sup> hatta kültürün hukuk alanında incelenmesi, bilimsel bir ihlal olarak görülmüştür.<sup>5</sup> Ancak günümüzde sosyal farklılıkların ve mücadelelerin bir alanı olarak görülen kültürün hukuksal alan içinde değerlendirilmesi, hem hukukun mahiyetinin anlaşılması, hem adaletin tesisi, hem de toplumsal bütünlük/sosyal düzen açısından bir zorunluluk olarak görülmektedir.<sup>6</sup> Hukukun kültürel yönünü öne çıkaran söylemlerin gelişmesi aslında Batı'da görülen köklü anlayış değişiminin bir uzantısıdır. Bir taraftan küreselleşmenin tetiklediği sosyo-politik değişim rüzgarı, diğer taraftan aydınlanmacı/modernist batılı anlayışın vaat ettiği âdil ve özgür dünyanın oluşturulamaması sonucu ortaya çıkan eleştirel bakış, hukuk-kültür ilişkisini gündeme getirmiştir. Postmodernizm olarak isimlendirilen bu eleştirel bakış açısı, başta yerleşik batılı hukuk anlayışı olmak üzere, tüm Batı düşüncesinde etkili olmuştur. Bu etkinliğinin en önemli sebebi de onun, her alanda aydınlanmacı/modernist anlayışa ciddi eleştiriler yöneltmesidir.

<sup>2</sup> Modern hukuk 1769'da Rusya'da, 1780'de Prusya'da, 1786'da Pensilvanya'da, 1788'de Avusturya'da, 1791'de Fransa'da uygulanmaya başlamıştır. Bkz. Şaylan, Gencay, *Postmodernizm*, 2. bs. (Ankara: İmge Yayınevi, 2002), s. 217-18.

<sup>3</sup> Sinha, Surya Prakash, "Legal Polycentricity", *Legal Polycentricity, Consequence of Pluralism in Law* içinde, Edit. Hanne Petersen and Henrik Zahle, (USA: Dartmouth Publishing, 1995), s. 52-53.

<sup>4</sup> Coombe, Rosemary J., "Contingent Articulations: A Critical Cultural Studies of Law" *Law in Domains of Culture* içinde Edit. Austin Sarat-Thomas R. Keames, (Michigan: The University of Michigan Pres., 1998), s. 22-3.

<sup>5</sup> Hukuk ile kültür arasındaki ilişki son 30 yıla kadar bilimsel bir çalışma alanı olarak görülmemiştir. Hukuku salt devlet merkezli bir olgu olarak değerlendiren pozitivist hukuk anlayışı çerçevesinde hukuk-kültür ilişkisinin çok önemli görülmemesi anlaşılır bir durumdur. Ancak pozitivist hukuk anlayışının etkisini kaybedip, hukukun kendisini devlet dışı merkezlerle meşrulaştırmaya yönelmesiyle birlikte toplumsal ve dolayısıyla kültürel değerler önem kazanmıştır. Daha önce bir bilim dalı olarak kabul edilmeyen hukuk sosyolojisi ve hukuk antropolojisinin gelişmesiyle birlikte, hukukun kültürle ilişkisi daha geniş şekilde incelenir olmuştur. Bkz. Yüksel, Murat, *Hukukî Plüralizm*, (İstanbul: Beta Yay., 2003), s. 7.

<sup>6</sup> Yüksel, Murat, *a.g.e.*, s. 7, 13, 23.

## B- HUKUKİ ÇOĞULCULUĞUN ZİHNİ ARKAPLANI: POSTMODERN SÖYLEM

1980’li yıllardan itibaren, artan bir yaygınlıkla entelektüel ve kültürel çevrelerin en önemli tartışma konularından biri olan *postmodernizm*, mimariden estetiğe, epistemolojiden antropolojiye, sosyolojiden ahlaka, siyasetten hukuka kadar çok geniş bir alanda eleştirel bir bakış ortaya koymuştur.<sup>7</sup> Daha çok özgürlük, görecelik ve çoğulculuk söyleminde yoğunlaşan bu eleştirel bakış, temelde aydınlanmacı/modernist hukuk düşüncesinin dayandığı dünya görüşünün ciddi bir eleştirisi anlamına gelmektedir. Bu eleştiriler, birçok alanda olduğu gibi hukuk alanında da çoğulculuğa ve göreceliğe dayalı bir anlayışı idealleştirmektedir. İşte hukukî çoğulculuk (legal pluralism) düşüncesi bu süreçte büyük taraftar bulmaya başlamıştır. Hukukî çoğulculuğun tanım ve çeşitlerine geçmeden önce, bu düşünceye zemin hazırlayan Batı düşüncesindeki köklü değişimin kısaca ele alınması faydalı olacaktır.

Postmodernizme göre nesnel, evrensel ve hakikati birebir temsil eden bir bilgi anlayışı kabul edilemez. Onun yerine, kişiler-arasına dayalı (entersübjektif), çok katlı ve göreceli bir bilgi anlayışı gerçeğe daha yakındır. Bu yaklaşımıyla postmodernizm, modernizmin Aristoteles’e dayanan “bir önerme ya doğrudur ya da yanlıştır” türünden ikili mantık konumunu reddetmiş olmaktadır. Postmodernistlere göre bilginin bu şekilde kabul edilmesi ile bilginin araçsallaştırılarak bir tahakküm aracı ve dogma haline getirilmesinin önüne geçilmiş olacaktır.<sup>8</sup> Bu tutum ise, Bauman’ın ifadesiyle bir uzlaşma ve tolerans ortamına daha fazla hizmet etmektedir.<sup>9</sup>

Postmodernizm, diğer taraftan günlük hayattan kopuk, *ussallık* ve soyut bir bilgi öznesine indirgenmiş ve tarihî/sosyal bağlamından koparılmış, atomistik bir insan anlayışını kabul etmez. Bundan dolayı nesnel ve genel geçer bir bilim anlayışı ile kendini meşrulaştıran her türlü üst-anlatılara göre oluşturulan bir *benlik*’e karşı çıkar. Onun yerine, bu dünyada ve günlük hayatın içinde, eylem sahibi ve bağlam-bağımlı, özerklik sahibi ve hiçbir şekilde evrensel nitelikli algılayış ve duygulara sahip olmayan bir insan anlayışı daha gerçekçi bulunur.<sup>10</sup> Bu anlayışları sebebiyle postmodernist düşünürler, özel-kamu şeklindeki kesin bir ayrıma da karşı çıkarlar. Onlara göre, toplumdan tamamen bağımsız özel bir alandan bah-

<sup>7</sup> Şaylan, *a.g.e.*, s. 50-9.

<sup>8</sup> Şaylan, *a.g.e.*, s. 217-8, 222-3; Küçükalkp, Kasım, *Nietzsche ve Postmodernizm*, (İstanbul: Paradigma Yay., 2003), s. 100-9.

<sup>9</sup> Bauman, Zygmunt, “Modernite, Postmodernite ve Etik”, *Doğu-Batı*, 19 (2002), s. 52-61; Tekeli, İlhan, *Modernite Aşılırken Siyaset*, (Ankara: İmge Yay., 1999), s. 211.

<sup>10</sup> Tekeli, *a.g.e.*, s. 50.

setmek mümkün değildir. Daha açık bir ifadeyle, özel alan, toplumsal bir zeminde oluşur.<sup>11</sup>

Postmodernizm, modernizmin toplum anlayışına da karşı çıkar. Modernizme göre insan, mensup olduğu toplumun bekası için vardır.<sup>12</sup> Her toplum, kendini yeniden üretebilmek için bir takım *doğrular* çerçevesinde birleşmek ve diğer söylemler üzerinde bir baskı kurmak zorundadır.<sup>13</sup> Hobbes, bu doğruları, *büyük belirleyici* (the great definer) olarak devletin belirleme hakkının olduğunu ifade eder. Bu bağlamda Locke, bütün yurttaşların doğal haklarını topluma bırakmaları gerektiğini, Rousseau ise *özel iradeyi, genel iradeye* tabi kılmak gerektiğini belirtir.<sup>14</sup>

Postmodernizme göre bilimin esas alınarak bireylerin toplumda nasıl düşünüp davranacaklarını belirleyen bir anlayışın kabul edilmesi mümkün değildir.<sup>15</sup> *Üst anlatuların* doğrunun tek temsili oldukları iddiasıyla diğer söylemleri inkâr ettiklerini ve bilimi dogmatlaştırarak onlar üzerinde baskı kurduklarını savunan postmodern düşünürler, *Ötekilerin sesinin* (voice of others) meşrulaştırılması gerektiğini dile getirirler.<sup>16</sup> Postmodern teorisyenler, kültürel asimilasyonu öngören<sup>17</sup> *doğal toplum modeli* yerine, toplumsal farklılıkların hoş görülmesini ve yan yana duran farklı kültürlerin iç içe ve birlikte yaşamalarını savunan *sembolik toplum* anlayışını savunurlar.<sup>18</sup>

Postmodernizmin ahlak anlayışı da bu toplum anlayışına uygun olarak şekillenmiştir. Buna göre ahlak, özgürlük ve öteki ile olan diyalog çerçevesinde ele almıştır. Postmodern düşünürlere göre, *öteki* üzerinde kurulmaya çalışılan otorite, gerçek anlamda ahlaklı olmanın önündeki en büyük engellerden biridir.<sup>19</sup> Onlara göre evrensel bir *ahlak yasası* çerçevesinde, tüm insanlara yönelik bir *ahlakleştirme projesi* öngören modern söylemi kabul etmek mümkün değildir. Postmodern düşünürlerin öncülerinden olan Foucault, modern ahlak projesinin, *değerler krizine* yol açtığını

<sup>11</sup> Murphy, John W., *Postmodern Sosyal Analiz ve Postmodern Eleştiri*, Çev. Hüsamettin Arslan, (İstanbul: Paradigma yay., 2000), s. 159.

<sup>12</sup> Murphy, a.g.e., s. 47-8.

<sup>13</sup> Şaylan, a.g.e., s. 235-6; Yüksel, Mehmet, *Modernite, Postmodernite ve Hukuk*, (Ankara: Siyasal Kitabevi, 2002), 187.

<sup>14</sup> Murphy, a.g.e., s. 22-3; Gökberk, Macit, *Felsefe Tarihi*, 12. bs. (İstanbul: Remzi Yay., 2000), s. 342-3.

<sup>15</sup> Foucault, Michel, *Toplumunu Savunmak Gerekir*, Çev. Şehsuvar Aktas, (İstanbul: Yapı Kredi Yay., 2002), s. 245-7; Şaylan, a.g.e., s. 233-4, 263-5.

<sup>16</sup> Connor, Steven, *Postmodernist Kültür Çağdaş Olanın Kuramlarına Dair*, Çev. Doğan Şahiner, (İstanbul: Yapı Kredi Yay., 2001), s. 42-7; Şaylan, a.g.e., s. 279.

<sup>17</sup> Murphy, a.g.e., s. 138-9; Tekeli, a.g.e., s. 87-8

<sup>18</sup> Bauman, Zygmunt, *Yasa Koyucular ve Yorumcular*, Çev. Kemal Atakay (İstanbul: Metis Yay., 2003), s. 10; Yüksel, Mehmet, a.g.e., s. 187-90; Murphy, a.g.e., s. 183-4.

<sup>19</sup> Connolly, William E., *Kimlik ve Farklılık, Siyasetin Açmazlarına Dair Demokratik Çözüm Önerileri*, Çev. Ferma Lekesizalın, (İstanbul: Ayrıntı Yay., 1995), s. 24-5; Benhabib, Şeyla, *Modernite, Birey ve Toplum* Çev. Mehmet Küçük, (İstanbul: Ayrıntı Yay., 2002), s. 53-4.

savunur. Çünkü *ahlakileştirme projesinin* öngördüğü tek ahlak ve biricik ahlakî kod, hiçbir zaman gerçekleştirilememiştir. Heidegger ve Derrida ise, ahlaki farklılığın (*différance*) tedirginlik oluştursa da, kimliklerin oluşumu için önemli olduğunu öne sürerler.<sup>20</sup> Bu bağlamda evrensel bir ahlakî düzen kurgulamak, insanların kişiliksizleştirilmesi anlamına gelir.<sup>21</sup>

Postmodernizm devlet düşüncesi çerçevesinde de aydınlanmacı/modernist anlayıştan bir kopuşu ifade eder. Hobbes'un *homo homini lupus* (insan insanın kurdudur) anlayışının<sup>22</sup> bir sonucu olarak geliştirilen modern devlet anlayışına göre insanlar, birbirine söz vererek (toplumsal sözleşme) ortak bir güce tüm haklarını devretmişlerdir. Bu aşamadan sonra insanlar, artık kendi kişisel çıkarlarına göre belirledikleri kurallar yerine, devletin belirlediği kurallara göre hayatlarını tanzim ederler.<sup>23</sup> Modernizme göre toplum içinde kendisini diğerlerinden farklı gören hiçbir grubun bulunmaması gerekir. Çünkü bu gruplar, özel iradelerini ve kısmî çıkarlarını öne çıkararak, *toplum sözleşmesi* ile amaçlanan genel menfaatleri zedeleyeceklerdir.<sup>24</sup> Modernizmin ulus-devlet anlayışını şekillendiren düşünürlerin başında gelen Hegel, devletin bireylerden ve dolayısıyla toplumdan üstün bir konuma sahip olduğunu ve devletin kendini idame ettirmekten daha üstün bir amacının olmadığını savunur.<sup>25</sup> O, devlet kavramına salt politik bir organizasyon olmanın ötesinde bir misyon yükleyerek devletin hem bireyler üstü bir kimliğe ve bağımsız bir bütünlüğe sahip olduğunu hem de kendine özgü gelişme yasalarının bulunduğunu ileri sürmüştür. Ulus-devlet öncesi aşamada hukuk sisteminin hatta yasama organının sivil toplum unsurları arasında olduğunu dile getiren Hegel, devletin oluşmasından sonra diğer sivil toplum unsurları gibi hukuk sisteminin de devletin şahsında toplandığını savunarak, hukuk ile toplum arasındaki organik bağları koparır. Hegelci devlet düşüncesi geleneğinde hukuk, devletin meşruyet ölçüsü olmakla birlikte devletin yüce ve aşkın bir tasarrufu olarak topluma bahşedilen ve gerektiğinde yine devlet tarafından değiştirilebilen kurallar bütünü olarak görülmektedir.<sup>26</sup>

Postmodernist düşünürlere göre XX. yüzyıl deneyimi bireylerin fiziksel bedenlerini ve toplumsal kimliklerini oluşturmayı öngören ideolojilerin başarısız olduğunu, devlet tarafından üretilmiş bir insan modeli var-

<sup>20</sup> Bauman, Zygmunt, *Siyaset Arayışı*, Çev. Tuncay Birkan, (İstanbul: Metis Yay., 2000), s. 156-7; Connolly, *a.g.e.*, s. 30.

<sup>21</sup> Murphy, *a.g.e.*, s. 83.

<sup>22</sup> Gökberk, *a.g.e.*, s. 249-50.

<sup>23</sup> Thomson, David, *Siyasi Düşünce Tarihi*, Edit. Serdar Taşçı, (İstanbul: Metropol yay.,2002), s. 70-2; Gökberk, *a.g.e.*, s. 252-4.

<sup>24</sup> Thomson, *a.g.e.*, s. 127-33; Murphy, *a.g.e.*, s. 23-4.

<sup>25</sup> Erdoğan, Mustafa, "Hikmet-i Hükümet", *Doğu Batı*, 13 (2000), s. 50.

<sup>26</sup> Çaha, Ömer, "İdeoloji ile Hukuk Arasında Devlet", *Doğu Batı*, 13, (2000), s. 88, 101-2.

sayımının gerçekçi olmadığını ortaya koymuştur. Artık ilerleme adına dahi olsa, toplumsal hedefler için insanlar üzerinde baskı kurulması meşru görülmemelidir.<sup>27</sup> Bireylerin tam bağımsızlığı, her türlü homojenleştirme ve tekdüzeleştirme projelerine karşı çıkmalarıyla mümkündür. Devletin hukuk aracılığı ile meşrulaştırmaya çalıştığı bu homojenleştirme girişimi, her türlü kültürel ve bireysel farklılıkları görmezden gelmektedir. Bu bağlamda kültür ile hukuk arasındaki ilişkiye dikkat çeken bu düşünürler, hukukun kültürel farklılıkları dikkate alması gerektiği üzerinde durmaktadırlar. Zira kültür, hem özgürlükler hem de kimliğin oluşum sürecinde önemli bir role sahiptir.<sup>28</sup>

Postmodernizme göre küreselleşme ile ortaya çıkan sosyo-politik yapılar, ulus-devlet anlayışını erozyona uğratmıştır.<sup>29</sup> Bu süreçte ulus merkezli devlet anlayışından küresel (çoğulcu) devlet anlayışına, merkezîyetçilikten adem-i merkezîyetçiliğe, ideolojik toplumu öngören siyasal anlayıştan, bağımsız sivil toplumu öngören siyasal anlayışa, klasik liberalizmden yeni liberalizme, temsili demokrasiden radikal demokrasiye doğru bir değişim yaşanmıştır. Farklı şekillerde ifade edilen bu değişim süreci, yöneten ve yönetilen arasındaki mesafeyi daraltan, tüm bireylerin yönetim sürecine katıldığı, *karşılıklı yönetim, etkileşim içinde yönetim veya yönetişim* (governance) gibi kavramlarla ifade edilen bir yönetim anlayışına vurgu yapmaktadır.<sup>30</sup>

Ulus-devlet anlayışının öngördüğü teslimiyetçi ve yönetilmeye dayalı devlet anlayışı yerine, katılımcı demokrasinin gelişmiş bir aşaması olarak nitelendirilebilecek “*yönetişim*” (governance) anlayışı idealleştirilir. Yönetişim anlayışının hayata geçirilebilmesi için, ideolojik toplum anlayışının reddedilip sivil bir toplum modelinin benimsenmesi şarttır. Bu toplum modelinde, bireylerin herhangi bir zorlamaya maruz kalmaksızın, kendi aralarında anlaşarak oluşturdukları ortak yaşam alanı tesis edilir. Sivil toplum anlayışında, devlet-toplum ilişkileri hukuksal normlara göre düzenlenmektedir. “Sivil toplum örgütleri” etkileşim içinde devleti yönetirler.<sup>31</sup> Bunlar, otonom yapıda olup devletten bağımsızdırlar. Bunun için de

<sup>27</sup> Tekeli, a.g.e., s. 180.

<sup>28</sup> Kymlicka, Will, *Çokkültürlü Yurttaşlık Azınlıkları Haklarının Liberal Teorisi*, Çev. Abdullah Yılmaz, (İstanbul: Ayrıntı Yay., 1998), s. 83-4; Benhabib, a.g.e., s. 17-8.

<sup>29</sup> Habermas, Jürgen, *Küreselleşme ve Milli Devletlerin Akibeti*, Çev. Medeni Beyaztaş, (İstanbul: Bakış Yay., 2002), s. 26-7.

<sup>30</sup> Habermas, a.g.e., s. 26-8; Aktan, Coşkun Can, “Değişim Trendleri ve Değişim Dinamikleri”, *Moderniteden Postmoderniteye Değişim* içinde, Edit. Coşkun Can Aktan, (Konya: Çizgi Kitabevi, 2003), s. 6-13.

<sup>31</sup> Çaha, Ömer “Bir Kez Daha Sivil Toplum Üzerine”, *Sivil Toplum Dergisi*, 1 (2003), s. 21-2.

devletin toplumdaki, toplumsal beklentilerden, etkilerden ve taleplerden soyutlanmamış olması gerekir.<sup>32</sup>

Jürgen Habermas, özgürlüklerin giderek önem kazandığı günümüz şartlarında devlet-toplum ilişkilerinin ideal bir noktaya ulaşabilmesi için devlet tarafından ihlal edilemeyecek şekilde hukukten güvence altına alınmış, özerk bir alanda bireylerin kendi kaderlerini kendilerinin tayin edebilmelerine imkân veren bir anlayışın hâkim kılınması gerektiğini savunur. Bunun için de, bireylerin yurttaş olma sıfatıyla siyasî karar alma süreçlerini belirlemeleri, yâni öncelik yaşamada olmak üzere, yürütme ve yargı da dâhil, devlet yönetimini kendi kamusal belirleyiciliklerine tâbi kılabilmele-ri gerekmektedir.<sup>33</sup>

## C- HUKUKSAL DÖNÜŞÜM

XX. yüzyılda Batı dünyasında yaşanan köklü zihni değişim sürecinden en çok etkilenen alanlardan biri de hukuktur. Hukuk alanında görülen bu değişim, postmodern söylemle zirveye ulaşsa da, geçen yüzyılın ikinci yarısından itibaren ciddi anlamda kendini hissettirmeye başlamıştır. Hukuk alanında meydana gelen değişimi 2 temel başlık altında ele almak mümkündür: 1- Devlet Merkezli Hukuk Anlayışından Toplum Merkezli Hukuk Anlayışına Geçiş 2- Postmodern Hukuk Anlayışının Gelişmesi.

### 1. Devlet Merkezli Hukuk Anlayışından Toplum Merkezli Hukuk Anlayışına Geçiş

XIX. yüzyılda yaygınlaşmaya başlayan ulus-devlet düşüncesi, kendine uygun bir hukuk telakkisi geliştirmiştir. Ortaçağ boyunca hâkim olan doğal hukuk düşüncesi terk edilerek *pozitivist hukuk* (hukuksal pozitivism) anlayışı hukukçular arasında yayılmaya başlamıştır. Pozitivist hukuk anlayışına göre hukukun temeli, sosyal sözleşme ya da metafizik (*a priori*) bir şey değil, egemen güç, yani devlettir. İngiltere’de ortaya çıkan bu düşünceye göre hukuk, hükümler gücün iradesinde ortaya çıkar. Bundan dolayı tebaanın, yöneticilerin belirlediği kurallara uyması gerekir. Yöneticiler tarafından oluşturulan hukuka uymanın ahlakî bir dayanağının olup olmadığını sorgulamak ise gereksizdir.<sup>34</sup>

Devlet tarafından belirlenen hakların dışında bireyin başka bir kriteri esas alarak herhangi bir hak talebinde bulunamayacağını ve adaletin, yasaların harfiyen yerine getirilmesiyle gerçekleşeceğini öngören hukukî pozitivism, İkinci Dünya Savaşı’na kadar gücünü korumuştur. Nazi Almanya’sı örneğinden hareketle bu anlayışın ne gibi haksızlıklara yol açtığına

<sup>32</sup> Çaha, a.g.m., s. 22.

<sup>33</sup> Habermas, a.g.e., s. 148-9.

<sup>34</sup> Güriz, Adnan, *Hukuk Felsefesi*, 5. bs. (Ankara: Siyasal Yayınevi, 1999), s. 300-3, 308-10.



anlaşılması, bazı hukukçuların doğal hukuk düşüncesine atıfla, devlet kanunlarına uymanın her zaman adaleti gerçekleştirmek anlamına gelmediğini savunmalarına neden olmuştur<sup>35</sup>. Bu dönemde pozitivist hukuk anlayışı etkinliğini kaybetmeye ve doğal hukuk düşüncesi yeniden değer görmeye başlamıştır.<sup>36</sup> Doğal Hukuk Rönesansı olarak adlandırılan bu süreçte, insanın doğuştan bazı haklara sahip olduğu savunulmuş ve hukuk kurallarının hem bu haklara hem de toplumsal değerlere ve akla uygunluğunun sağlanması gerektiği vurgulanmaya başlamıştır. Bu anlayışa göre bu durum, hukuk kurallarını sadece devlet gibi harici bir gücün dayatması olmaktan çıkarıp, içten gelen bir sorumluluk duygusunun da desteklediği kurallar haline dönüştürecektir.<sup>37</sup> Bu anlayışın sonucu olarak, insan hakları evrensel boyutta gelişmeye başlamış ve 1948 İnsan Hakları Evrensel Bildirisi yayınlanmış ve daha sonra Birleşmiş Milletler nezdinde insan hakları ve özgürlükleri ile ilgili çok sayıda yeni sözleşme deklare edilmiştir.<sup>38</sup>

Doğal hukuk düşüncesinin bu yükselişi, hukukun temellendirilmesi çerçevesinde gözlerin devletten insana ve dolayısıyla toplumsal değerlere çevrilmesine yol açmış ve hukukun insanların doğalarında var olan adalet idesine veya bu adaletin toplumda tecessüm etmiş hali olan örf ve âdetlerde vücut bulan genel kanaatlere dayandırılması gerektiğini savunan *sosyolojik hukuk akımı*'nin ortaya çıkmasına ve hukukçular arasında yayılmasına yardımcı olmuştur.<sup>39</sup>

## 2. Postmodern Hukuksal Dönüşüm

Genel olarak modernizmden beslenen her türlü düşünce ve yapıyı reddeden postmodern düşünceye göre, mevcut hukukî yapılar, aydınlanmacı/modernist bir felsefeden süzölmüş ve ulus-devlet anlayışı çerçevesinde şekillenmiştir. Mutlak bir akıl ve bu akıl belirleyeceği herhangi bir nesnel/evrensel ilke veya projenin olması söz konusu olmadığı için, önceden belirlenmiş bir amaç doğrultusunda oluşan, merkezîyetçi, toplumu biçimlendirmeyi amaçlayan, güçlü bir bürokrasiye dayanan modern ulus-devlet anlayışı ve bu devlet anlayışı dâhilinde oluşan hukuk anlayışı günümüz sosyo-politik gerçeklerine uymamaktadır.<sup>40</sup>

<sup>35</sup> Güriz, *a.g.e.*, s. 18-9.

<sup>36</sup> Aral, Vecdi, *Hukuk Felsefesinin Temel Sorunları*, (İstanbul: Filiz Kitabevi, 1984), s. 28.

<sup>37</sup> Aral, *a.g.e.*, s. 36-7, 93

<sup>38</sup> Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi (1976), Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Sözleşmesi (1976), Her Türlü Ayrımcılığın Ortadan Kaldırılmasına Dair Birleşmiş Milletler Sözleşmesi (1969), İşkenceye ve Diğer Zalimane, Gayri İnsani veya Küçültücü Muameleye ve Ceza Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesi (1987), Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Ortadan Kaldırılmasına Dair Birleşmiş Milletler Sözleşmesi (1981), Çocuk Hakları Sözleşmesi (1990). Bkz. Bozkurt, Enver, *İnsan Haklarını Korunmasında Uluslararası Hukukun Rolü*, (Ankara: Nobel Yay., 2003), s. 54-61.

<sup>39</sup> Özcan, Mehmet Tefvik, *Hukuk Sosyolojisine Giriş*, (İstanbul: Donkişot Yay., 2002), s. 58-9,119.

<sup>40</sup> Güriz, *a.g.e.*, s. 467-9; Yüksel, Mehmet, *a.g.e.*, s. 167.

Kendisini nesnellik ve evrenselleştirme meşrulaştırarak modernist/pozitivist hukuk yaklaşımını reddeden postmodernist hukukçular, hukukun toplumsal, kültürel, ideolojik ve insanî boyutu üzerinde dururlar ve hukukun adalet ve etik ile olan ilişkisine önem verirler. Ayrıca hukukun tutarsızlıklarını ve gizlemekte olduğu çıkarlarının olduğunu, sonuç olarak hukukun tarafsızlığı iddiasının kabul edilemez olduğunu dile getirirler.<sup>41</sup>

Postmodern düşüncenin, modernist/pozitivist hukuk anlayışına yönelik eleştirilerini dört temel başlık altında toplamak mümkündür.

1- Hukukun Araçsallaştırılması: Postmodernist düşünürlere göre hukuk, iktidarın kendisini meşrulaştırmak için başvurduğu bir araç olarak işlev görmektedir. Siyasî yapıların ve dolayısıyla hukukun amacı, insanları belli bir ideoloji çerçevesinde asimile etmek değil onların farklılıklarıyla birlikte yan yana yaşamalarını mümkün kılmak olmalıdır. Bundan dolayı, ulus-devlet anlayışının öngördüğü; tüm vatandaşlar için geçerli olan tek bir hukuk sisteminin olabileceği ve bu hukuk tarafından kabul edilen hak ve yetkilerin dışında, hiçbir vatandaş için herhangi bir hak ve yetkinin sözü konusu olamayacağı şeklindeki monist (tekçi) hukuk düşüncesi kabul edilemez. Çünkü böyle bir hukuk anlayışı, postmodernistlere göre bireyler üzerinde tahakküm kurmak ve onların önceden belirlenmiş bir ideal çerçevesinde şekillendirilmesi, yani *şeyleştirilmesi* anlamına gelmektedir.<sup>42</sup>

2- Hukukun Nesnellik İddiası: Postmodern düşünürlerin modern hukuk düşüncesine yönelttikleri bir diğer eleştiri ise onun nesnellik yöneldir. Modernist/pozitivist hukuk anlayışı, kendini rasyonellik ve iç tutarlılıkla meşrulaştırmaktadır. Hiçbir toplumsal değer ve inançtan etkilenmeksizin, kendi kendine yeterli ve tarafsız bir hukuk mekanizması olarak kendini ortaya koyan bu hukuk anlayışı, aynı şekilde hiçbir politik çıkar ve niyet gözetmeksizin sadece akıl ve mantığın soyut buyrukları tarafından şekillendiğini iddia etmektedir.<sup>43</sup> Ancak postmodernist düşünürler, hukukun nesnellik ve tutarlılığını kabul etmezler. Onlara göre hukuk yalnızca âtil bir kurallar sistemi değil, aynı zamanda bir yargı ve yorum sistemidir. Postmodern hukuk anlayışına göre nesnel bir hukuk bilgisinden söz etmek mümkün değildir. Hukukî karar alma sürecinde nesnellik engel olan üç faktör söz konusudur: Hâkimin ahlakî ve siyasî kanaatleri, hukuk sistemi hakkındaki bilgisi ve farklı hukuk doktrinleri arasındaki ihtilaflar.<sup>44</sup>

3- Hukukun Toplumdan Koparılması: Postmodern düşüncenin modern hukuk anlayışına yönelttiği diğer bir eleştiri ise hukukun toplumdan

<sup>41</sup> Yüksel, Mehmet, *a.g.e.*, s. 249-51

<sup>42</sup> Güriz, *a.g.e.*, s. 472-5, 482.

<sup>43</sup> Connor, *a.g.e.*, s. 90.

<sup>44</sup> Connor, *a.g.e.*, s. 90-95.

koparılarak, soyut ve içine kapalı bir sistem haline dönüştürülmesidir. Onlara göre hukuk, belirli kavramlar içine sıkıştırılmış, statik bir olgu olmayıp, toplumdaki değişimle birlikte değişen, dinamik bir olgudur. Hukuk, içinde yer aldığı toplumun ekonomik, siyasal ve sosyo-kültürel şartlarına göre şekillenir ve bunlarla karşılıklı ilişki içinde bulunur. Bundan dolayı postmodernistler, bir kuralın tüm bireylere aynı şekilde uygulanması anlamına gelen “*biçimsel ve denkleştirici adalet anlayışı*”na karşı çıkarlar.<sup>45</sup> Toplumsal duyguları, sevgileri, gelenekleri ve inancı dikkate alan, soyut mantık kurallarına daha az referansta bulunan ve daha esnek bir hukuk modelini idealize ederler. Sonuç olarak onlar, bireye, değişime, çoğulculuğa ve yerelliğe yönelmiş bir hukuk anlayışının toplumsal uyum için daha isabetli olacağına inanırlar.<sup>46</sup>

4- Hukukun Ahlaktan Soyutlanması: Postmodernistlerin modern hukuka yönelttikleri son eleştiri ise hukukun ahlaktan soyutlanmasına yönelik modernist çabaya ilişkindir. Bu durum aslında hukukun toplumdaki koparılmasının kaçınılmaz sonucudur. Postmodern düşünürler, bireysel ahlakî yasalara aykırı olan yasalara uymayı meşru görmezler. Onlara göre böyle bir anlayış, hukukun bireyler üzerinde bir baskı aracı haline getirilmesi anlamına gelir. Bu durum ise hukukun etkinliğinin zayıflaması anlamına gelir. Bundan dolayı postmodern hukukçular, etiğe hukuksal alanda bir yer açma çabası içine girmiştir.<sup>47</sup>

## D- HUKUKÎ ÇOĞULCULUK

### 1- Hukukî Çoğulculuk Kavramı

*Hukukî çoğulculuk* (legal pluralism) kavramı, ilk olarak sosyolojik ve antropolojik hukuk araştırmalarında bir toplumdaki kültürel, etnik, dinî, bölgesel farklılıkların sonucu olarak toplumda görülen normların çeşitliliğini (heterojenliğini) ifade etmek amacıyla geliştirilmiştir. Zamanla daha geniş bir kullanım alanına ulaşan bu kavram, günümüzde hukuk-toplum ve din-devlet ilişkileri bağlamında ve özellikle de postmodern hukuk anlayışı çerçevesinde referansta bulunulan önemli kavramlardan biri haline gelmiştir.<sup>48</sup>

<sup>45</sup> Yüksel, Mehmet, *a.g.e.*, s. 192-3; Murphy, *a.g.e.*, s. 126-8.

<sup>46</sup> Güriz, *a.g.e.*, s. 469.

<sup>47</sup> Connor, *a.g.e.*, s. 99-100.

<sup>48</sup> Santos, bu kavramı postmodern söylem çerçevesinde, Merry hukuk/toplum çerçevesinde, Sezgin ise din/devlet ilişkileri çerçevesinde üzerinde durulması gereken bir kavram olarak vasfeder. Bkz. Merry, Sally Engle, “Legal Pluralism”, *Law and Society Review*, 5 (1988), s. 869; Santos, Boaventura de Sousa “Law: A Map of Misreading: Toward a Postmodern Conception of Law”, *Journal of Law and Society*, 3 (1987), s. 279-80; Sezgin, Yüksel, “A New Theory of Legal Pluralism: The Case of Israeli Religious Courts”, *Association for Israel Studies*, (19th Annual Meeting, April 27-29 2003), San Diego, California,

John Griffiths'in 1986 yılında yayımladığı *Hukukî Çoğulculuk Nedir?* (What is Legal Pluralism?) isimli çalışmasıyla hukukçuların gündemine gelen *hukukî çoğulculuk* düşüncesi, kökleri aslında XIX. yüzyıla kadar uzanan bir hukuk anlayışını ifade etmektedir. Griffiths, adı geçen çalışmasında "hukukî çoğulculuğun ilk önce *ampirik bir olgu* olarak ortaya çıktığını, daha sonra ise *politik bir şart* olarak taraftar bulmaya başladığını ifade eder.<sup>49</sup>

Bu kavramın gelişmesinde büyük katkıları olan Sally Merry ise *klasik hukukî çoğulculuk* ve *yeni hukukî çoğulculuk* olmak üzere iki çeşit hukukî çoğulculuktan bahseder. Griffiths'in *ampirik bir olgu*, Merry'nin *klasik hukukî çoğulculuk* olarak tanımladığı bu tür hukukî çoğulculuk, daha çok sömürgecilik sürecinde görülen Batı dışı toplumlardaki hukukî yapıları ifade etmektedir. *Politik bir şart* veya *yeni hukukî çoğulculuk* olarak vasfedilen hukukî çoğulculuk ise Batı toplumları için idealize edilen hukukî yapıyı ifade etmektedir.<sup>50</sup> Bu anlamda hukukî çoğulculuk kavramının tarihini Batı için sömürgecilikle başlatmak mümkündür.<sup>51</sup>

Hukuk, Batı'da tarih boyunca kurumların, insanların ve sosyal grupların davranışlarını düzenlemek ve yönlendirmek için devletin başvurduğu bir araç olarak görülmüştür.<sup>52</sup> Bundan dolayı, bir sosyo-politik alan içinde birden fazla hukukî merkez ve bunun sonucu olarak da birden fazla hukuk sisteminin bulunması söz konusu olmamıştır. Ancak XVIII. yüzyıldan itibaren artan sömürgecilik süreci, Batılıların teorik ve hukuk dogmatikliği açısından açıklayamadıkları bir sosyo-politik alanda birden fazla hukuk sisteminin aynı anda uygulanması olgusunu gündemlerine taşımıştır.<sup>53</sup>

Hukukî çoğulculuk düşüncesi, XX. yüzyılın son çeyreğinde büyük bir kesim tarafından dillendirilmeye başlansa da, bu düşüncenin yaklaşık yüzyıl önce bazı batılı düşünürlerin savundukları görülmektedir. Bu düşünürlerin başında Friedrich Karl von Savigny (1779-1861) gelir. Ona göre, XIX. yüzyıldaki kanunlaştırma faaliyetleri profesyonel bir faaliyet olması-

Panel IV-C Religion, Ethnicity, and the Courts in Israel, s. 2; Tamanaha, Brian Z., "A Non-Essentialist Version of Legal Pluralism", *Journal of Law and Society*, 2 (2000), s. 296.

<sup>49</sup> Bu süreçte *The Journal African Law Studies* (Afrika Hukuku Çalışmaları Dergisi) adlı derginin *Journal of Legal Pluralism and Unofficial Law* (Hukukî Çoğulculuk ve Gayri resmi Hukuk Dergisi) adı altında yayın yapmaya ve *The Commission on Folk Law and Legal Pluralism* (Halk Hukuku ve Hukukî Çoğulculuk Komisyonu)'in kurularak uluslararası düzeyde çalışmalar yürütmeye başladığı görülmektedir. Bu komisyon 1978 yılında Antropolojik ve Etnolojik Bilimler Birliği (Union of Anthropological and Ethnological Sciences) tarafından kurulmuştur. <http://www.commission-on-legal-pluralism.ch/objectives.htm> (Erişim tarihi: 25.06.2007).

<sup>50</sup> Griffiths, John, "What is Legal Pluralism?", *Journal of Legal Pluralism and Unofficial Law*, 24 (1986), s. 6; Merry, a.g.m., s. 872-3.

<sup>51</sup> Hooker, M. B., *Legal Pluralism: An Introduction to Colonial and Neo-Colonial Laws*, (Oxford: Clarendon Press, 1975), s. 6; Sezgin, a.g.m., s. 7.

<sup>52</sup> Sezgin, a.g.m., s. 4.

<sup>53</sup> Yüksel, Murat, *a.g.e.*, s. 77; Sezgin, a.g.m., s. 7.

na rağmen hukuku toplumdan uzaklaştıracağı için doğru bir şey değildir.<sup>54</sup> Yine geçtiğimiz yüzyılın başlarında, *yaşayan hukuk* (living law) kavramıyla hukukî çoğulculuk düşüncesinin gelişmesine öncülük eden sosyolog Eugen Ehrlich (1862-1922) ise, tüm sosyal alanların devlet hukukunun dışında ve bazen de ona rağmen kendi formel ve normatif yapısını oluşturma ve uygulama imkanına sahip olduğunu ifade etmektedir.<sup>55</sup> XX. yüzyılın son çeyreğine kadar çok fazla taraftar bulmayan bu anlayış, postmodernizm ve özellikle de küreselleşmeyle birlikte ciddi anlamda savunulmaya başlamıştır.<sup>56</sup> Dünyanın küçük bir köy haline geldiği bu süreçte, çok sayıda farklı kültürel unsurun, farklı sebeplerle birlikte yaşamaya başladıkları ve kültürel aidiyetlerini öne çıkaran taleplerde buldukları görülmektedir. Artık Batı’da azınlıkların, marjinal ve farklı grupların taleplerinin karşılanmasını öngören anlayışlar ve hukukun toplumsal, kültürel, ideolojik ve insanî boyutuna vurgu yapan yeni düzenlemeler her geçen gün kendini daha fazla hissettirmeye başlamıştır.<sup>57</sup> Hukukun devletin tek tipleştirici politikalarının bir aracı olamayacağı yönündeki anlayışlara paralel olarak hukukun toplumsal ve kültürel yönüne yapılan vurgu öne çıkmaya ve batılı toplumlarda da toplumdaki kültürel farklılıkların hukuksal açıdan değerlendirilmesi gerektiğini savunan tezler güçlenmeye başlamıştır. Bu süreçte Griffiths’in *politik bir şart olarak hukukî çoğulculuk*<sup>58</sup> veya Merry’nin *yeni hukukî çoğulculuk*<sup>59</sup> olarak isimlendirdiği bu hukuk anlayışı giderek güç kazanmaya başlamıştır.

Hukukî çoğulculuk düşüncesinin güçlenmesinde etkili olan diğer bir faktör de, insan hakları düşüncesinin evrensel değerler haline gelmesiyle birlikte zaman içinde azınlıklara ait her türlü dinî ve kültürel değerlerin korunması amacıyla uluslararası düzeyde yeni kararların alınmasıdır. 1981 yılında yayımlanan *Din ya da Kanaate Dayalı Her Türü Hoşgörüsüzlük ve Ayrımcılığın Kaldırılmasına İlişkin Bildirge*<sup>60</sup> ile Birleşmiş Milletler bünyesinde oluşturulan *Azınlıkların Korunması ve Ayrımcılığın Önlenmesi*

<sup>54</sup> Tie, Warwick, *Legal Pluralism, Toward a Multicultural Conception of Law*, (Brookfield: Ashgate Publishing Co., 1999), s. 47; Yüksel, Murat, *a.g.e.*, s. 123.

<sup>55</sup> Ehrlich’e göre hukuk bir kural koymadır. Davranış modelleri temelli bu hukuk tanımı, direkt olarak hukuk etiketi altında sosyal fenomen çeşitlerini içine almaktadır. Buna göre Ehrlich’in terminolojisinde hukuk kendisini din, etnik adetler, ahlaki kurallar, nezaket kuralları, davranışlar ve görgü kuralları ile birleştirmiş olmaktadır. Bu durum sosyal ilişkilerin yapıcı görünümlerinin hukuk kavramından ayrılmaz hale gelir. Griffiths, *a.g.m.*, s. 29; Tamanaha, *a.g.m.*, s. 300-1.

<sup>56</sup> Von Benda-Beckmann, Franz and von Benda-Beckmann, Keebet, “Project Group: Legal Pluralism”, *Legal Pluralism*, Max Planck Institute for Social Anthropology, <http://www.eth.mpg.de/pubs/jb-99-01/jb2001-ii3.pdf> (Erişim tarihi 01.05.2007), s. 135.

<sup>57</sup> Çaha, Ömer, “İdeoloji ile Hukuk Arasında Devlet”, s. 101-2.

<sup>58</sup> Griffiths, *a.g.m.*, s. 6.

<sup>59</sup> Merry, *a.g.m.*, s. 872-3.

<sup>60</sup> Bildirgenin ayrıntıları için bkz: Aktan, Coşkun Can, *Haklar ve Özgürlükler Antolojisi*, Edit. Coşkun Can Aktan), Hak-İş Yay., (Ankara: 2000, s. 55.

*Alt Komisyonu* 'nun 1993'te yayımladığı bildirge ve Avrupa Konseyi tarafından 1995'te yayımlanan *Ulusal Azınlıkların Korunmasına İlişkin Çerçeve Sözleşme*<sup>61</sup>, bu bağlamda zikredilebilir. Küreselleşme süreciyle, devletleri *bağımsızlık* (independent) olmaktan *birbirine bağımlı* (interdependent) hale gelmeleri, alınan bu kararların daha ciddi anlamda uygulanmasını sağlamıştır.

Bu süreçte devletler *mülkîlik* esasına dayalı bir hukuk anlayışı yerine, kişisel tercih ve farklılıkların bir sonucu olarak farklı hukukî düzenlemelerin yapılmasına imkân veren *şahsîlik* esasına dayalı bir hukuk anlayışına doğru bir eğilim göstermeye başlamışlardır. Günümüz Batılı hukuk sistemlerinde sıklıkla gördüğümüz *muafiyet politikaları*, *intibak ettirici tanınma politikaları* veya *özyönetim politikaları*, son tahlilde *mülkîlik* anlayışından *şahsîlik* anlayışına doğru ciddi bir yönelişin işaretleridir.<sup>62</sup> Bu süreçte sivil toplum örgütleri oldukça önemli bir rol üstlenmektedir. Belli amaç ve ortak paydaların bir araya getirdiği sosyal grupların, hukukî zeminde temsil kabiliyetlerinin arttığı görülmektedir.

## 2- Hukukî Çoğulculuğun Tanımı

Hukukî çoğulculuk kavramının farklı perspektiflerden farklı şekillerde tanımlandığı görülmektedir. Bu çerçevede ilk yapılan tanımlama Jacques Vanderlinden'e aittir. Ona göre hukukî çoğulculuk, *kişinin günlük hayatında isteyerek veya istemeyerek üyesi olduğu farklı sosyal bağlardan kaynaklanan, yasal olsun veya olmasın, muhtemelen çatışmacı farklı düzenleyici kurallar ile bağlantılı davranışlarında karşı karşıya kaldığı bir durumu* ifade eder.<sup>63</sup> Hukukun toplumsal yönüne vurgu yapan Vanderlinden, hukukî çoğulculuğun bir sisteme veya bir ideolojiye katılımdan ziyade, özel bir sosyal yapıya katılımı ifade ettiğini savunur.<sup>64</sup>

<sup>61</sup> Sözleşmenin ayrıntıları için bkz. <http://www.ihd.org.tr/belge/uakics.html> (Erişim tarihi 05.04.2007).

<sup>62</sup> Muafiyet politikalarının ya da taleplerinin pek çok örneği vardır. Amerika'da Amiş ve İsrail'de aşırı Ortodoks Yahudiler ve Müslüman Araplar gibi bazı dini grupların üyelerinin askerlik hizmetinden muaf tutulmaları, Amerika'da Amiş ve Britanya'da Çingeneler gibi bazı cemaatlerin, çocukların okula gitme zorunluluğu ile ilgili kanunlardan muafiyetleri ya da Hıristiyan ve Müslüman grupların hayvan kesim kanunlarından muaf tutulmaları, dinî ve kültürel açıdan kutsal sayılan günlerde okul ve işten muafiyet, Sihlerin motosiklete binerken ya da inşaat alanlarında çalışırken koruyucu kask giymekten muaf tutulmaları, kamuya ait yerlerde uygulanan belli giyim kurallarından muafiyet, Ortodoks Yahudilerin başlıklarını (kippa) takabilecek şekilde Hava Kuvvetlerinin giyim kurallarından muaf tutulmaları istemektedirler. Bkz. Tok, Nafiz, *Kültür, Kimlik ve Siyaset*, (İstanbul: Ayrıntı Yay.,2003), s. 171-2, 283.

<sup>63</sup> Vanderlinden, Jacques, "Return to Legal Pluralism: Twenty Years Later", *Journal of Legal Pluralism and Unofficial Law*, 28 (1989), s. 153-4.

<sup>64</sup> Griffiths, a.g.m., s. 38.

Griffiths ise, hukukî çoğulculuğun sosyal çoğulculuk ile bağlantılı bir kavram olduğunu, toplumun hukukî organizasyonu ile toplumsal organizasyonlar arasında tam bir uyumun olduğunu belirttiikten sonra şöyle bir tanım getirir: “*Hukukî çoğulculuk, çok katmanlı (yönlü) yarı bağımsız sosyal alanların bulunduğu bir toplumdaki dinamik şartların oluşturduğu normatif farklılığı (heterojenliği) ifade eden bir kavramdır.*”<sup>65</sup>

Hooker’ın tanımı ise, “*çoğunlukla sömürge hukuku bağlamında veya gelişmiş milletlerin hukuksal modernizasyon süreçlerinde iki veya daha fazla hukukun etkileşim halinde olması ve birbirini etkilemesi*” şeklindedir.<sup>66</sup> Bu tanımda bir devlet içinde birden çok bağlayıcı hukukî sistemin aynı anda bulunması öngörülmüş ve bazı örf kuralları manzumesinin devlet hukuku tarafından tanınması gerektiği üzerinde durulmuştur.<sup>67</sup>

Chiba ise hukukî çoğulculuğu şu şekilde tanımlar: “*Bir sosyo-kültürel yapının (entity) tercihi ile oluşan ve bir bütün içinde kümelenen resmi-gayri resmî hukuk, yerli-nakledilmiş hukuk ve hukukî kuralları-hukukî postulatların*”<sup>68</sup> oluşturduğu üçlü kombinasyon içindeki bir hukukî kültürün kimlik postulatı altındaki farklı hukukî sistemlerin birlikte var olmasıdır.”<sup>69</sup>

Sonuç olarak hukukî çoğulculuk, daha çok özel hukuk alanına giren konularla ilgili yapılacak bir düzenlemede veya bir davanın çözümünde, bireysel tercih ve kültürel farklılıkların bir sonucu olarak, farklı şekillerde düzenleme yapma veya hüküm verme imkânını sağlayan bir hukuk anlayışı olarak tanımlanabilir.

### 3- Hukukî Çoğulculuk Çeşitleri

#### a) Hukukî Çoğulculuğu Oluşturan Unsurlar Açısından Hukukî Çoğulculuk Çeşitleri

Hukukî çoğulculuğu oluşturan unsurlar açısından hukukî çoğulculuk türlerinden bahsetmek mümkündür. Hukukî çoğulculuğu oluşturan unsurların nasıl isimlendirileceği konusunda da hukukî çoğulculuk taraftarları

<sup>65</sup> Griffiths, a.g.m., s. 38

<sup>66</sup> Hooker, a.g.e., s. 6; Hooker’ın bu tanımı, Sezgin’e göre devlet hukukunun geleneksel hukukun varlığını bazı durumlarda tanımına dayalıdır. O etkileşim halindeki hukuk sistemlerini hâkim ve sınırlı olmak üzere iki sınıfa ayırmış, birincisini genellikle devletin hukuk sistemi oluştururken ikincisini Hindu, İslam ve Budizm hukuku gibi adet (örf) ve ilkel etik sistemlerinin oluşturduğunu ifade etmiştir. Hooker’ın bu tanımı yeterli kabul edilse de, onun kavramı ele alışı ve analizi, hukukî çoğulculuğu daha dar kapsamlı olarak ele aldığını göstermektedir. Bkz. Sezgin, a.g.m., s. 7.

<sup>67</sup> Hooker, a.g.e., s. 2; Griffiths, a.g.m., s. 9.

<sup>68</sup> Hukukî postulatlar, genel hukuk kuralları veya prensipleri olarak görülebilir. Bu postulatlar, açık ve kesin hukukî kurallardan oluşan devlet hukukunda çok önemli olmasalar da, dini hukuk veya örf-adet hukuklarında oldukça önemlidirler.

<sup>69</sup> Chiba, Masaji, “Other Phases of Legal Pluralism in the Contemporary World”, *Ratio Juris*. 3 (1998), s. 242.

hemfikir değildirler. Örneğin Gilissen *haklar* (droits), Vanderlinden *hukukî mekanizmalar* (mécanismes juridiques), Hooker *hukukî sistemler*, Griffiths ve Santos ise *hukukî kurallar* (legal orders) kavramını kullanmayı tercih etmiştir.<sup>70</sup>

i) *Yerli Hukuk-Transfer Hukuktan Oluşan Hukukî Çoğulculuk*: Daha çok sömürge sonrası toplumlarda görülen yerli hukuk ve transfer (Batılı) hukuk şeklinde görülen hukukî çoğulculuk. 1772’de Doğu Hindistan Şirketi’nin, İngiliz hukukuna göre hazırladığı yeni hukuk sisteminin yanı sıra, özellikle özel hukuka giren alanlarda, halkın uygulamaya geldikleri kast sistemine veya İslam hukukuna dayalı kuralların da yürürlükte kalmasına izin verilmesi, yerli-transfer hukuk şeklindeki hukukî çoğulculuğun en tipik örneklerinden biridir.<sup>71</sup> Benzer şekilde Afrika ve Asya’daki birçok sömürge de, aynı tür hukukî çoğulculuğu görmek mümkündür.<sup>72</sup>

ii) *Devlet Hukuku-Azınlık Hukukundan Oluşan Hukukî Çoğulculuk*: Yaygın olarak görülen diğer bir hukukî çoğulculuk türü de *devlet* (resmi) *hukuku* ile *azınlık hukukunun* birlikte uygulanması ile oluşan hukukî yapıdır. Hindistan, Sri Lanka, Tayland, Filipinler ve Çin gibi ülkelerde İslam hukukunun Müslüman azınlığa resmen uygulanmasını bu tür hukukî çoğulculuğa örnek olarak göstermek mümkündür.<sup>73</sup>

iii) *Geleneksel Hukuk-Modern Hukuk*: Özellikle modern devlet yapılarında görülen, *geleneksel hukuk* ve *modern hukuk sisteminin* oluşturduğu hukukî çoğulculuk türüdür.<sup>74</sup> Bu hukukî çoğulculuk türünde devletin bizzat kendisi ve bir başka devletin gizli veya açık baskısı ile kabul ettiği modern bir hukuk sistemini yürürlüğe koyması sonucu, yerleşik geleneksel hukukî yapı ile birlikte çoğulcu bir yapının oluşması söz konusudur. Mısır, Hindistan, Taylan ve Çin gibi ülkelerde bu tür bir hukukî yapı söz konusudur. Aynı şekilde Afganistan, Pakistan, Bangladeş, Endonezya ve Malezya gibi ülkelerde de aynı hukukî yapıyı görmek mümkündür. Bu devletlerde, İslam hukukunun, modern veya transfer edilmiş devlet hukuku ile birlikte uygulandığı görülmektedir.<sup>75</sup>

iv) *Yerel Hukuk-Ulusal Hukuk-Uluslararası Hukuk*: Küreselleşme süreciyle birlikte ulusal hukuk sistemlerinin karşısında uluslararası ve

<sup>70</sup> Griffiths, a.g.m., s. 38; Santos, a.g.m., s. 288; Woodman, Gordon R., “Ideological Combat and Social Observation Recent Debate About Legal Pluralism”, *Journal of Legal Pluralism*, 42, (1998), s. 52-3.

<sup>71</sup> Griffiths, a.g.m., s. 6.

<sup>72</sup> Yüksel, Murat, *a.g.e.*, s. 3.

<sup>73</sup> Chiba, a.g.m., s. 232.

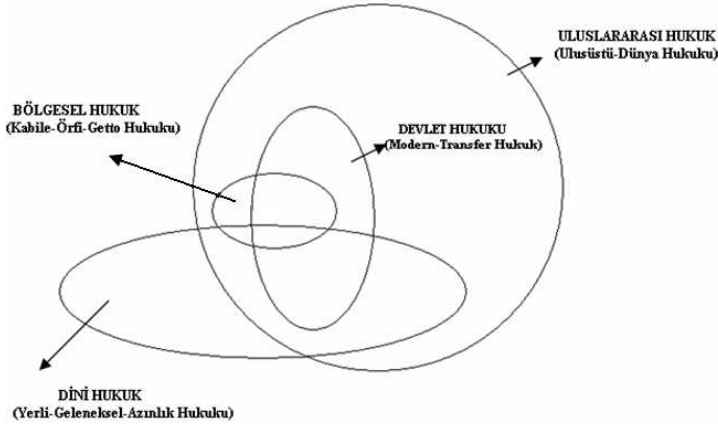
<sup>74</sup> Chiba, a.g.m., s. 231-2.

<sup>75</sup> Chiba, *geleneksel hukuk sistemi* ile *modern hukuk sistemi* şeklindeki ikili yapının Avrupa ülkelerinde de görülmesine rağmen, yerleşik hukuk anlayışı merkezîyetçi (monist) devlet hukuku üzerine kurulduğu için batılı hukukçuların bu gerçeği görmezden geldiklerini belirtir. Ancak Chiba, bu durumun son yıllarda değişmeye başladığını söyler. Bkz. Chiba, a.g.m., s. 229-30.



ulus-altı normatif değerlerin, ayrı hukukî yapılar olarak ortaya çıktığı görülmektedir. Buna göre hukukun, *yerel hukuk*, *devlet hukuku* ve *dünya (uluslar-üstü) hukuku* olmak üzere üçlü bir yapıya dönüştüğünü söylemek mümkündür. Artık bir taraftan bireyler hem kendi ülkelerinin hukuk sistemlerinin hem de uluslar-üstü hukuk sisteminin öznelere olmakta, diğer taraftan ise azınlık durumundaki sosyal grupların ulus-altı normatif değerlerini resmen kabul ettirme yolunda mücadele ettikleri görülmektedir. Bu bağlamda geleneksel uluslararası hukuktan farklı olarak bireyler, artık doğrudan doğruya uluslar-üstü hukukun öznelere durumunda olup, bu hukukun tanıdığı bazı haklara ve yükümlülüklere de sahiptirler. Örneğin Avrupa Birliği ülkelerinde kişiler iki ayrı hukuk düzeninin ve iki ayrı vatandaşlığın öznelere haline gelmişlerdir. Bu durumda kişilerin karşısında *yerel*, *ulusal* ve *uluslarüstü* olmak üzere üçlü bir hukukî yapı bulunmaktadır.<sup>76</sup>

Aşağıdaki tablo, hukukî çoğulculuğu oluşturan unsurların kapsamını göstermektedir.<sup>77</sup>



### b) Devlet Hukuk ile Olan İlişkisi Açısından Hukukî Çoğulculuk Çeşitleri

Bu unsurların devlet veya resmi hukuk ile olan ilişkisi açısından iki çeşidi söz konusudur: 1- Zayıf Yapılı Hukukî Çoğulculuk veya Devlet

<sup>76</sup> Erdoğan, Mustafa, "Siyaset ve Hukuk Perspektifinden Küreselleşme", *Siyasi, Ekonomik ve Kültürel Boyutlarıyla Küreselleşme* içinde Edit. Cemal Uşak, (İstanbul: Ufuk Yay., 2002), s. 34; "Hukuk Perspektifinden Küreselleşme ve Türkiye", (*Küreselleşme İslam Dünyası ve Türkiye, Milletler Arası Tartışmalı İlmî Toplantı*, İSAV, 09-11 Kasım 2001), (İstanbul: Ensar Neşriyat, 2002), s. 315-28.

<sup>77</sup> Benzer tablolar için bkz. Griffiths, a.g.m., s. 6, 35; Ruth S. Meinzen-Dick and Rajendra Pradhan, "Legal Pluralism and Dynamic Property Rights", <http://www.capri.cgiar.org/pdf/capriwp22.pdf> (Erişim tarihi 05.04.2007), s. 4.

Hukukî Çoğulculuğu 2- Güçlü Yapılı Hukukî Çoğulculuk veya Derin Hukukî Çoğulculuk.

*i) Zayıf Yapılı Hukukî Çoğulculuk veya Devlet Hukukî Çoğulculuğu:* Bu hukukî çoğulculuk türünde devlet, devlet dışı hukukî yapıları resmen tanıyarak kendi hukuk sistemine dâhil eder. Böylece gayri resmî hukukî normlar, devlet tarafından kayıt altına alınarak resmî hukuk sistemi ile uyumlu hale getirilir ve böylece bu hukukî yapılar, daha büyük ve güçlü bir hukuk sisteminin içinde homojenleştirilir.<sup>78</sup> Ancak devlet, devlet dışı hukukî yapıların bazen tamamını resmi hüviyete kavuştururken bazen de bir kısmını resmileştirir. Bu açıdan hukukî çoğulculuğun yeterli tanıma ve yetersiz tanıma olmak üzere iki çeşidinden söz edilebilir. Bunun en tipik örneği İsrail’de resmen İslam aile hukukunun tanınmasına rağmen çok evliliğin yasaklanmasıdır.<sup>79</sup>

*ii) Güçlü Yapılı Hukukî Çoğulculuk veya Derin Hukukî Çoğulculuk:* Bu tip hukukî çoğulculukta devlet, toplumda görülen hukukî yapıları hiçbir şekilde tanımaz ve çoğunlukla da bunlarla mücadele eder. Bu durum, devlet dışı hukukî yapıların her türlü homojenleştirme girişimlerinden uzak bir şekilde kendi asli yapısını muhafaza ederek varlığını sürdürmesine yardımcı olur. Bundan dolayı güçlü yapılı veya derin olarak vasfedilen bu hukukî çoğulculuk türünde, resmi hukuk ile gayri resmi hukuk arasında meşruiyetin kaynağı ve içeriği bakımından farklılık söz konusudur.<sup>80</sup> Ancak bu hukukî yapıların, devlet tarafından tanınmaya ve kendilerini kabul ettirmeye çalıştıkları; bazı durumlarda da bu hukukî yapıların devlet hukuku ile rakip oldukları görülmektedir.<sup>81</sup> Kuzey Nijerya’daki yerli ve İslamî kuralların devlete rağmen uygulanması, bu tip hukukî çoğulculuğa örnek olarak verilebilir.<sup>82</sup>

Sonuç olarak hukukî çoğulculuk hakkında şunları söylemek mümkündür: 1- Hukukî çoğulculuk, devlet hukuku ile devlet dışı hukuktan oluşmaktadır. 2- Devlet bu hukukî yapıları kendi hukuku içine alarak resmen tanıyabilir. 3- Hukukî çoğulculuğu oluşturan unsurlardan her birinin

<sup>78</sup> Franz ve Keebet von Benda-Beckmann, devlet araçlarının gelişmesi ile birlikte, birçok ülkede devlet dışı hukukî yapıların bazen devlet hukukuna dahil edildiğini, bazen de onlara yaşam hakkı tanınmayarak uygulanmasının önüne geçilmeye çalışıldığını söylerler. Bunda ulus-devlet düşüncesinin gücünü koruduğu bu süreçte hukukçu ve sosyal bilimcilerin devlet hukukunun sosyal ve ekonomik hayatın her alanında tam bir hâkimiyet kurması gerektiği yönündeki düşünceleri etkili olmuştur. Yine onlara göre devlet dışı hukukî yapılar, devletin tanınmaması, hatta karşı çıkışına rağmen, özel alanlarda varlıklarını sürdürmüşlerdir. Artık yeni hukuk sistemlerinde resmi-gayri resmi hukuklar birbiri içine geçmekte, örf hukuku sadece halk arasında geçmemekte, mahkemelerde ve hukukçuların çalışmalarında da görülmektedir. Bunun sonucu olarak halkın hukuku, hukukçuların da hukuku olmaya başlamıştır. Bkz. Von Benda-Beckmann, a.g.m., s. 132-3.

<sup>79</sup> Sezgin, a.g.m., s. 18.

<sup>80</sup> Sezgin, a.g.m., s. 10.

<sup>81</sup> Griffiths, a.g.m., s. 15.

<sup>82</sup> Sezgin, a.g.m., s. 9.

hukuk sistemi olması gerekmez. 4- Hukukî çoğulculuğu oluşturan unsurlar arasında normatif farklılıklar veya uygulama farklılıkları olmalıdır. 5- Bir hukukî çoğulculuktan söz edilebilmesi için belirli bir sosyo-politik alan gereklidir. Yani birbirinden tamamen izole ve çatışmacı toplumlar arasındaki hukukî farklılıklar, hukukî çoğulculuk olarak isimlendirilemezler.<sup>83</sup>

#### 4- Hukukî Çoğulculuğun Olumlu Yanları

##### a) Kimlik Oluşumu ve Özgürlüklere Daha Uygun Olması

Sosyologlar, kültürün bireyin özgürleşmesi ve kimliğinin oluşumu açısından oldukça önemli olduğunu belirtirler.<sup>84</sup> Bu bağlamda kültür, bireyin kimliğinin ve bu sebeple de kişiliğinin oluşabilmesi için gerekli bir önkoşuldur. Kültürel kimlik gerçek kişilerin zorunlu bir öğesidir. Kimlik bir kimsenin insanlığına özel içeriğini veren ve onu herhangi bir insan değil, belli bir kişi yapan şeydir.<sup>85</sup>

İşte bu amaçla hukuk-kültür ilişkisi üzerinde duran hukukî çoğulculuk taraftarları, bireyin kimlik ve kişiliğinin oluşumunda çok önemli bir unsur olan hukuk konusunda, onun sadece pasif bir alıcısı olmayıp aynı zamanda birçoğu arasından alternatif bir hukuk kuralını tercih eden aktif bir fail olabilmesini savunurlar.<sup>86</sup> Bu perspektiften hukukî çoğulculuk teorisyenleri, merkeziyetçi (monist) bir hukuk anlayışı bulunması, ülke içinde bulunan farklı kültürel değerlerin ve dolayısıyla farklı kimliklerin yok olması anlamına geldiğini savunurlar.<sup>87</sup> Ortak kimlik ve ortak değerler varsayımını öngören politikalar, *tam vatandaşlık* (full citizenship) için farklı kültürleri görmezden gelmektedirler. Ancak hukukî çoğulculuğu savunanlara göre *tam vatandaşlık* ideali için, *kültürel görünebilirlik* (cultural visibility) yok edilmemelidir.<sup>88</sup> Çoğulculuğu öngören hukukî çoğulculuk anlayışı özgürlüklere daha uygundur. Çünkü bu anlayışa göre hukuk, sadece devlet eliyle üretilen kurallar olmaktan çıkıp toplumdaki kültürel normatif değerleri tanıyarak devlet altı sosyal yapılara özgür bir alan oluşturur.<sup>89</sup>

<sup>83</sup> Vanderlinden, Jacques, *Le Pluralism Juridique: Essai De Synthèse*, (Brussels: Université Libre de Bruxelles, 1971), s. 19-20; Griffiths, a.g.m., s. 12-13; Woodman, a.g.m., s. 25.

<sup>84</sup> Tok, a.g.e., s. 38-9.

<sup>85</sup> Tok, a.g.e., s. 122, 144.

<sup>86</sup> Chiba, a.g.m., s. 238-240.

<sup>87</sup> Sezgin, a.g.m., s. 4.

<sup>88</sup> Sinha, a.g.m., s. 49; Yüksel, Murat, a.g.e., s. 5.

<sup>89</sup> De Lange, Range, "Divergence, Fragmentation, and Pluralism: Notes on Polycentricity and Unity in Law", *Legal Polycentricity: Consequences of Pluralism of Law* içinde Edit. Hanne Petersen and Henrik Zahle, (USA: Dartmouth Publishing, 1995), s. 115.

*b) Devletin Meşruiyetini Artırması, Hoşgörüyü Yaygınlaştırması ve Potansiyel Çatışma Riskini Azaltması:*

Özellikle sömürge ve çok etnikli toplumlarda, ülkedeki sosyal grupların politik desteklerini almak, etnik veya dinî gruplar arası potansiyel çatışma riskini azaltmak ve kenar bölgelere hukuk kurallarını ve devlet otoritesini yaymak amacıyla hukukî çoğulculuğa başvurulduğu görülmektedir.<sup>90</sup> Bu noktada farklı normatif toplulukların varlık ve söylemlerinin toplumu tehdit etmediği müddetçe, bu toplulukları yok etmeyi ve sindirmeyi amaçlayan hukukî düzenlemelere başvurulmamalıdır. Aksi durumlarda, bazı grupların kendilerini toplumun geri kalan kısmından tecrit etmeleri ve zamanla bir tehdit unsuru haline gelmeleri söz konusu olabilmektedir.<sup>91</sup>

*c) Hukukun Gelişimine Katkıda Bulunması*

Hukukî çoğulculuk düşüncesi, hukuk-kültür ilişkisine vurgu yaparak hukukun toplumsal değerlerden bağımsız olamayacağını savunur. Bu düşüncenin sonucu olarak hukuk, sürekli bir değişimin yaşandığı, dinamik ve değişken toplumsal yapıyla paralel olarak kendini yenilemekte ve geliştirmektedir. Böylece hukukun statik ve dogmatik kurallar bütünü olması engellenmiş olmaktadır. Ayrıca hukukun çok-merkezliliğinin savunulması, hukukun toplumsal farklılıkları yansıtmasına, hukukî düzenleme biçimlerinin, yaptırım sistemlerinin ve yorumlama biçimlerinin gelişimine ve hukukun daha işlevsel olmasına yardımcı olmaktadır.<sup>92</sup>

*d) İnsan Hakları ve Hukuk Devletin Gelişmesine Katkı Sağlaması*

Yukarıda da değindiğimiz gibi bu temel haklar, tüm insanlar için geçerli olan ortak haklar olsa da, bu haklar hayata farklı şekillerde yansiyacaktır. Bu anlamda hukukî çoğulculuk, insan haklarının gerçek anlamda hayata geçirilmesine ve dolayısıyla hukuk devletin tam olarak işlev görmesine imkân verecektir.<sup>93</sup>

## **5- Hukukî Çoğulculuğun Olumsuz Yanları**

*a) Devlet Otoritesini Azaltması*

Daha çok hukukî çoğulculuğa karşı çıkanların dile getirdiği olumsuz yönlerin başında devlet otoritesinin zayıflaması gelmektedir. Onlara göre

<sup>90</sup> Sezgin, a.g.m., s. 18; Yüksel, Murat, a.g.e., s. 85.

<sup>91</sup> De Lange, a.g.m., s. 119-20.

<sup>92</sup> De Lange, a.g.m., s. 120.

<sup>93</sup> Kadir Cangızbay, "Çok-hukukluluk, Laiklik ve Laikrasi" adlı çalışmasında hukukî çoğulculuk düşüncesinin, insanın teklifi düşüncesini reddettiğini ve hiçbir mantığı sınırı bulunmayan alt-insanlıklar halinde parçalandığını savunur. Cangızbay, insan haklarının insanın nesne yönüne ait olmaması, onu "ne" olmaktan çıkarıp "kim" konumuna ulaştırın bir bakışla ele alınması gerektiğini savunur. Bkz. Cangızbay, Kadir, *Çok-hukukluluk, Laiklik ve Laikrasi*, (Ankara: Liberte Yay., 2002), s. 63-74.

Plato'dan Hobbes'a Marx'tan Weber'e kadar Batı düşüncesinde hukukun tek yapıcısı devlettir. Çünkü hukuk devletin toplumu kontrol etmek ve şiddet kullanmayı meşrulaştırmak için başvurduğu bir yöntem olarak görülmüştür. Bu perspektiften devletin, kendi siyasal sınırları içinde bağlayıcı kurallar yapmak ve uygulamak için biricik otoritesini elinde tutmak ve bir başka otorite ile paylaşmamak amacıyla büyük mücadelelere girdiği görülmektedir. Hukukî çoğulculuk anlayışı, bu anlamda devletin otoritesini azaltacak bir anlayışı idealize etmektedir.

#### *b) Toplumsal Düzene Zarar Vermesi*

*Büyük belirleyici* (the great definer) olarak devlet, nihai modeli insanlara sunmakta ve homojen bir toplumu oluşturmayı hedeflemektedir. Ancak hukukî çoğulculuk düşüncesi, toplumdaki farklılıkları daha belirginleştirecek ve gruplar arasındaki farklılıkları arttıracak bir yapı sunmaktadır.<sup>94</sup> Özellikle hoşgörünün bulunmadığı ve farklılıklara müsamaha gösterilmeyen toplumlarda, bu hukuk anlayışı, gruplar arası mücadelelerin artmasına ve böylece toplumsal düzenin bozulmasına yol açabilecektir.<sup>95</sup>

#### *c) Hukukî Kargaşaya Yol Açmak ve Yargılamayı Zorlaştırmak*

Hukukî çoğulculuk, kendini diğer insanlardan farklı gören her grubun kendine göre kısmen veya tamamen farklı hukuk kurallarına sahip olmasını öngörmektedir. Bu durum hukukî kargaşaya neden olabilecek mahiyettedir. Böyle bir anlayışın sonucu olarak toplumdaki kozmopolitlik arttıkça hukuk kurallarının sayısı da artacaktır. Bundan dolayı hukukî çoğulculuk, hukukî kargaşaya yol açacak ve yargılama sürecinde büyük problemler ortaya çıkaracaktır.<sup>96</sup>

## **E- İSLAM DÜŞÜNÇESİ ÇERÇEVESİNDE HUKUKİ ÇOĞULCULUĞUN TEMELLENDİRİLMESİ**

### **1-Zimmîlik Anlayışının Yeniden Değerlendirilmesi**

Hukukî çoğulculuk (legal pluralism/le pluralism juridique) batılı bir kavram olarak kabul edilse de, bu kavramın ifade ettiği hukuk anlayışının, İslam hukukunun gayrimüslimlere tanıdığı din özgürlüğü çerçevesinde oluşan *zimmî* anlayışıyla benzer bir felsefeye sahip olduğunu söylemek mümkündür. İslam tarihi boyunca mevcut sosyo-politik yapıya uygun olarak uygulanan zimmî hukukunun, modern bir kavram olan hukukî çoğulculuktan bazı farklılıklar göstermesi doğaldır. Bu farklılığın temelin-

<sup>94</sup> Murphy, *a.g.e.*, s. 22-3.

<sup>95</sup> Sinha, *a.g.m.*, s. 50.

<sup>96</sup> Konuyla ilgili geniş bilgi için bkz. Akyol, Taha, "Modernleşme İnsanların Dinlerine Göre Değil, Vatandaşlıklarına Göre Hukuk Uygulamaktır." (Söyleşi), *Köprü Dergisi*, 61 (1998), s. 28-40.

de ise uluslararası ilişkiler ve öteki algılamasındaki değişim yatmaktadır. Savaşa dayalı bir uluslararası ilişkinin hâkim olduğu ve daha çok *dışlayıcılık* (exclusivism)<sup>97</sup> üzerine kurulu bir *öteki* algılamasına sahip Ortaçağ'ın şartlarında ortaya çıkan zimmîlik anlayışının, barışın egemen olduğu, *kapsayıcılık* (inclusivism)<sup>98</sup> ve *çoğulculuk* (pluralist)<sup>99</sup> anlayışının ağırlık kazandığı bir dönemde ortaya çıkan hukukî çoğulculuktan farklılık göstermesi kaçınılmazdır.

İslam hukukçularının İslam'ın öngördüğü ideal özgürlük anlayışı ile Ortaçağ'ın reel şartları arasında bir denge kurmaya çalıştıkları görülmektedir. Bugünden bakıldığında insan haklarına aykırı olarak görülebilecek olan gayrimüslimlere yönelik bazı kısıtlamaların dinî sebeplerden ziyade, dönemin şartları ve algılamasıyla ilişkili olduğunu söylemek mümkündür. Konuyla ilgili çalışmalar yapan günümüz İslam hukukçuları, gayrimüslimlere yönelik birçok kısıtlamanın siyasi sebeplere dayandığını ve eşitliğe dayalı bir insan hakları anlayışını İslam'ın reddetmediğini savunmaktadır.<sup>100</sup> Bundan dolayı İslam'ın temel kaynakları çerçevesinde zimmî anlayışının yeniden değerlendirilmesinin gerekli olduğunu söylemek mümkündür. Hukukî çoğulculuk ile amaçlanan, farklılıklara rağmen barış içinde yan yana yaşanabilmesi için eşitliğe dayalı bir insan hakları nosyonunun oluşturulması ve sağlam bir hukuk devletinin bulunması gereklidir. Bu şartların sağlanması durumunda ise İslamî zimmî anlayışının da aynı amaca hizmet etmesi mümkün olacaktır.

#### *a- İslam'ın İnsan Hakları Anlayışı*

İslam'a göre tüm insanlar bir anne-babadan yaratılmış ve aynı hak ve sorumluluklara sahip olarak dünyaya gönderilmiştir. Dünya hayatı, bir

<sup>97</sup> Bkz. Köylü, Mustafa, "Dinsel Dışlayıcılık (Eksklusivizm)", *İslam ve Öteki: Dinlerin Doğruluk Kurtarıcılık ve Birlikte Yaşama Sorunu* içinde Edit. Cafer Sadık Yaran, (İstanbul: Kaknüs Yay., 2001), s. 29-65.

<sup>98</sup> Kapsayıcılık düşüncesi ise 1960'lardan sonra II. Vatikan Konsilinde, Karl Rahner'in öncülüğünde ortaya çıkmıştır. Kilisenin dışında kurtuluş olmadığı şeklindeki geleneksel Hıristiyan dışlayıcılığının aksine bu anlayış, bir kimsenin kendi dininin dışındaki dinleri de din olarak görmesi, onlarda da doğruluk ve kurtarıcılık özelliklerinin bulunduğunu kabul etmesi ve bundan dolayı da onlarla diyalog ve iyi ilişkiler geliştirmek gerektiğini savunur. Ancak bu anlayış, çoğulculukta olduğu gibi, tüm dinlerin aynı derece hakikati temsil ettiğini ve kurtuluşa ulaştıracağını kabul etmeksizin diğer dinlere değer atfetse de, kendi dininin en üstün din olduğu kabulüne dayanır. Bkz. Yaran, Cafer Sadık, "Dinsel Kapsayıcılık (İnklusivizm)", *İslam ve Öteki: Dinlerin Doğruluk Kurtarıcılık ve Birlikte Yaşama Sorunu* içinde Edit. Cafer Sadık Yaran, (İstanbul: Kaknüs Yay., 2001), s. 67-82.

<sup>99</sup> W.C. Smith öncülüğünü yaptığı çoğulculuk düşüncesi, Hıristiyanlık dışındaki tüm büyük dinlerin manevî ve ahlaki vasıfları bakımından aşağı yukarı Hıristiyanlıkla aynı olduğundan hareketle, tüm dünya dinlerinin katılımıyla yeni bir *dünya teolojisi* geliştirmek gerektiğini savunur. Aydın, Mahmut, "Küresel Bir Teolojiye Doğru: W. C. Smith'de Dinsel Çoğulculuk", *İslam ve Öteki: Dinlerin Doğruluk Kurtarıcılık ve Birlikte Yaşama Sorunu* içinde Edit. Cafer Sadık Yaran, (İstanbul: Kaknüs Yay., 2001), s. 127-160.

<sup>100</sup> Kardâvî, Yusuf, *Fi Fikhi'l-Ekalliyati'l-Müslime*, 2. bs. (Kahire: Daru'l-Şurûk, 2005/1426), s. 32; Muhammed, Cemaleddin Atiye, *Nahve Fikhin Cedidin li'l-Ekalliyât*, (Kahire: Daru's-Selam, 2003/1423), s. 63.

imtihan yeridir.<sup>101</sup> İnsanların yaşadıkları zaman dilimi içinde, her türlü ön yargı ve baskıdan uzak, İslam'ın sunduğu öğretileri değerlendirip iman ile inkâr arasında bir tercihte bulunabilmelerine imkan sağlayacak bir dünyada yaşayabilmeleri, İslam'ın temel amaçlarından biridir. Bu anlamda ister İslam'ı kabul, ister ret yönünde olsun, kişilerin iradeleri üzerinde herhangi bir baskı kurulması İslam'ın temel anlayışına aykırıdır.<sup>102</sup>

İslam hukukuna göre kişinin bu iradesini sağlıklı olarak kullanabilmesi, kişinin her türlü baskı ve saldırıya karşı dokunulmazlığa (ismet) sahip olmasına bağlıdır. Bu anlamda İslam, başta inanç alanı olmak üzere, hayatın korunması, aklın korunması, neslin korunması ve malın korunmasını (*zarûrât-ı hamse*)<sup>103</sup> temel amaçlar (makâsidi'ş-şerîa) olarak belirlemiştir.<sup>104</sup>

İmam Şâfiî'nin (ö. 204/819) öncülüğünü yaptığı bir kısım İslam hukucusu, gayrimüslimlerin ancak Müslümanlarla anlaşma yapmaları halinde bu haklara sahip olacaklarını savunmuşlardır.<sup>105</sup> Bu İslam hukukçuları her ne kadar düşüncelerini bazı nasrlara<sup>106</sup> dayandırmış olsalar da, bu anlayışın kabul görmesinde Ortaçağ'daki hakim anlayışın büyük etkisinin olduğu açıktır. Müslüman olmayan ülke için *dâru'l-harb* (savaş ülkesi), o ülkenin vatandaşı için ise *harbî* (savaş edilen kişi) kavramının kullanılması, açık bir şekilde bu anlayışın savaşa dayalı olduğunu ortaya koymaktadır.<sup>107</sup> Bu İslam hukukçuları bazı nasrlara dayanarak inançsızlığı savaş gerekçesi olarak görmüş<sup>108</sup>, dinden çıkmayı ölüm sebebi saymış,<sup>109</sup> cana ve

<sup>101</sup> el-Mülk 67/2.

<sup>102</sup> Zorlama altında olduğu için inançsızlığı gerektirecek ifadelerde bulunan kişinin iman dairesinden çıkmadığını bildiren ayet (en-Nahl 16/ 106) ve aynı meyandaki hadislerle (Buhârî, Talâk, 11, İlim, 44, Şurût, 12, Enbiya, 27) binâen İslam hukukçuları, zorlama altında bulunan kişinin tasarruflarının geçersiz olduğunu söylemektedirler. Hanefiler boşanma konusunda farklı düşünmüş olsalar da, 1917 Hukuk-ı Âile Karamamesi'nde (Madde 105) ile bu göriştten vazgeçilmiştir.

<sup>103</sup> Karâfi, Tâcuddin es-Subkî, Tüfi, Şevkânî, İbn Âşûr gibi bazı İslam hukukçuları bu beş unsura ek olarak ırzın korunmasını eklemiştir. Gmş. bil. bkz. Pekcan, Ali, *İslam Hukukunda Gâye Problemi*, (İstanbul: Rağbet Yay., 2003), s. 135-6.

<sup>104</sup> Gazzâlî, Ebû Hamîd Muhammed b. Muhammed (ö. 505/1111), *el-Mustasfâ fi İlmi'l-Usûl*, Tah. Hamza b. Zehir Hâfîz, (Medine: ts.), I, 287; İbn Âşûr, Muhammed et-Tâhir (ö. 1394/1973), *Mekâsîdu'ş-Şerî'ati'l-İslâmiyye*, (Tunus: 1978), s. 79.

<sup>105</sup> Khaddûrî, Mâjid, *War and Peace in the Law of Islam*, (Baltimore: The Johns Hopkins Pres, 1955), a.g.e., s. 189-90.

<sup>106</sup> el-Enfâl 8/39, et-Tevbe 9/5, Buhârî, İman 17, 28, Salat 28, Zekat 1, İ'tisâm 2, 28; Müslim, İmân, 32-36.

<sup>107</sup> Zeydân, Abdulkarim, *Ahkâmü'z-Zimmiyyîn ve'l-Müste'minîn fi Dâri'l-İslam*, (Bağdat: Câmîatu Bağdat, 1382/1963), s. 18; Özel, Ahmet, *İslam Hukukunda Ülke Kavramı Dârulislam Dârulharb*, (İstanbul: İz Yay., 1998), s. 82, 86.

<sup>108</sup> et-Tevbe 9/29; Müslim, V, 139-40.

<sup>109</sup> Buhârî, Diyât, 6; Müslim, Kasâme, 25, 26; Buhârî, Muhâribîn, 2; Müslim, Kasâme 9-14; Buhârî, Cihâd 149; Ebû Davud, Hudûd 1.

bedene yönelik suçlarda Müslümanla Müslüman olmayanların aynı şekilde cezalandırılmayacağına hükmetmişler.<sup>110</sup>

Ancak Hanefilerin öncülüğünü yaptığı diğer bir grup İslam hukukçusu ise, bu dokunulmazlığın tüm insanlar için geçerli olduğunu savunmuşlardır. *İsmet bi'l-âdemiyye*<sup>111</sup> veya *hürmet-i âdemiyye*<sup>112</sup> gibi kavramlarla ifade edilen bu anlayışa göre, bir başkasının temel haklarını ihlal etmediği müddetçe, tüm insanlar bu beş temel alanda dokunulmazdırlar. “Bizim lehimize olanlar onların da lehine, bizim aleyhimize olanlar onların da aleyhinedir.”<sup>113</sup> mealindeki hadise sık sık referansta bulunan bu fakihler, eşitliği öngören birçok nas ve sahabe/tabîin uygulamasına dayanarak, inançsızlığın tek başına savaş sebebi sayılmayacağını<sup>114</sup>, salt dinden çıkmanın ölüm sebebi olmadığını<sup>115</sup> ve din ayrımı yapılmaksızın aynı suçta aynı cezanın verilmesi gerektiğini savunmuşlardır.<sup>116</sup>

Günümüz İslam hukukçularının büyük çoğunluğu, Hanefilerin temsil ettiği bu anlayışın daha isabetli olduğu görüşündedir.<sup>117</sup> Buna göre bazı dönemlerde zimmîlerin çan çalmalarına ve dinî simgeleri taşımalarına

<sup>110</sup> İbn Rüşd (el-Hafîd), Ebu'l-Velid Muhammed b. Ahmed b. Muhammed b. Ahmed b. Rüşd el-Kurtubi el-Mâlikî (ö.520/11269), *Bidayetu'l-Muctehid ve Nihâyetu'l-Muktesid*, (Kâhire: ts), IV, 391; Bilmen, Ömer Nasuhi, *Hukuk-ı İslamiyye ve İstilahât-ı Fikhiyye Kamusu*, (İstanbul: Bilmen Yay., 1970), III, 65-66; Zuhayli, a.g.e., VIII, 56-7.

<sup>111</sup> Serahsî, Şemsüleimme Ebû Bekr Muhammed b. Ahmed (ö. 539/1143), *el-Mebsût*, (Beyrüt: Dâru'l-Ma'rife, ts.), XII, 209, XXIV, 232; İbnü'l-Hümâm, Kemâlüddin Muhammed b. Abdilvâhid es-Sivâsî el-Hanefî (ö.961/1457), *Fethu'l-Kadîr*, (Kâhire: 1319), XIII, 126.

<sup>112</sup> Geniş bilgi için bkz. Erdoğan, Mehmet, “İbahâ-yı Asliyye ve Hürmet-i Âdemiyye”, *İslâmî İlimler Dergisi*, 1 (2008), ss. 9-23.

<sup>113</sup> Zeylâî, Cemaluddin Abdullah b. Yusuf el-Hanefî (ö.762/1361), *Nasbu'r-Râye li Ehâdisi'l-Hidâye*, 2. bs. (yy.: el-Mektebetü'l-İslamiyye, 1393/1973), s. IV, 126; İbnü'l-Hümâm, a.g.e., VI, 248; İbn Nuceym, Zeynüddin b. İbrahim b. Muhammed el-Misrî el-Hanefî (ö. 970/1562), *el-Bahru'r-Râik Şerhu Kenzi'd-Dekâik*, (Kâhire: 1311), V, 81. Zeydân, bu hadisin meşhur hadis kitaplarında geçmemesine rağmen, hukukçuların bu hadisin manasını hukuken geçerli gördüklerini ifade eder. Bkz. Zeydân, a.g.e., s. 70.

<sup>114</sup> el-Bakara 2/256; el-Mâide 5/32; İbn Hişâm, Ebû Muhammed Abdülmelik b. Hişâm el-Himyerî, *es-Süretü'n-Nebeviyye*, Kahire, 1355, IV, 250-1; İbn Sa'd, Muhammed, *et-Tabakâtü'l-Kübrâ*, Dâru Sâdir, Beyrut ts., II, 184; İbn Teymiyye, Takiyüddin Ahmed, b. Abdilhalim b. Abdisselam el-Harranî el-Hanbelî, *es-Siyasetü's-Şer'iyye*, Kâhire 1354/1955, s. 123; İbn Kayyim, Şemsüddin Muhammed b. Ebibekr b. Eyyub el-Hanbelî, *Ahkâmü Ehli'z-Zimme*, Tahkik: Subhî Sâlih, (Dımeşk: 1381/1961), I, 17; Özel, a.g.e., s. 52-3.

<sup>115</sup> Hz. Ömer'in mürtedi öldürmek yerine hapsedmesi ve Ömer b. Abdulaziz'in dine girdikten sonra çıkan bir kavmi yeniden cizyeye bağlaması irtidadin ölüm sebebi olmadığını göstermektedir. Bkz. İbn Hazm, Ebû Muhammed Ali b. Ahmed (ö. 456/1064), *el-Muhallâ*, (Mısır: Mektebetü'l-Cumhûriyyetü'l-Arabiyye, 1387/1967), XII, 113.

<sup>116</sup> Cassâs, Ebû Bekr Ahmed b. Ali er-Râzî el-Hanefî (ö. 370/981), *Ahkâmü'l-Kur'an*, (İstanbul: 1335-8), I, 141-2; Bilmen, a.g.e., III, 70, 73, 75,-6; Zeydân, a.g.e., s. 250; Merğınânî, a.g.e., VIII, 307; Mevsîlî, Abdullah b. Mahmud b. Mevdud (ö. 683/1284), *el-İhtiyâr li Ta'lîli'l-Muhtâr*, (İstanbul: 1987), V, 36-7.

<sup>117</sup> Üdeh, Abdulkadir *et-Teşriü'l-Cinâi'l-İslâmî*, (Beyrut, Daru'l-Kitabu'l-Arabî, ts.), 2/123, Zeydân, a.g.e., s. 268-273; Erdoğan, Mehmet, a.g.m., ss. 9-23; Muhammed, a.g.e., s. 70-1, 81-5; Şentürk, Recep, “Evrensel ve cemaatçı yaklaşımlar arasında İslâm'da insan hakları: Sosyolojik bir yaklaşım” (Çev. Şule Akbulut), *İnsan Hakları Araştırmaları Dergisi*, 5 (2006), s. 56-7.



yönelik yasaklar, bazı kılık kıyafet düzenlemeleri,<sup>118</sup> cizye uygulaması,<sup>119</sup> ordu komutanlığı ve hâkimlik gibi devlet görevlerinden ve bazı siyasi haklardan mahrum bırakılmalarının dinî olmaktan ziyade siyasî ve sosyal gerekçelere dayandığı söylenebilir.<sup>120</sup> İslam hukuk geleneğinde Hanefilerin temsil ettiği bu damar, Tanzimat Fermanı'yla birlikte güç bulmaya başlamış ve günümüz hukukçularının da desteği ile hâkim anlayış olma yoluna girmiştir. Bu anlayış hem günümüzün evrensel insan hakları anlayışı ile uyum içindedir, hem de bir hukuk devletinden bahsedebilmek için en önemli şarttır.

### *b-İslam'da Hukuk Devleti Anlayışı*

Kur'an'da devletin şekli ve teşkilatlanma modeli üzerinde durulmamış olmasına rağmen hem geçmiş kavimlerden bahseden ayetler, hem de Hz. Peygamber'in uygulamaları, İslam'ın öngördüğü devlet anlayışının ipuçlarını vermektedir. Mecelle'de ifade edilen "Ra'iyeye üzerine tasarruf maslahata menüttür." ilkesi,<sup>121</sup> İslam'ın siyaset felsefesini özetler niteliktedir. Bu ilkeye göre bir siyasî otoritenin meşruiyeti, toplumdaki her ferдин maslahatını yani temel insan haklarını (zarûrât-ı hamse) korumasına bağlıdır.<sup>122</sup>

İslam tarihi boyunca özellikle azınlık konumunda olan gayrimüslimlerin hiçbir baskı altında tutulmaksızın kendi inançlarını istedikleri gibi yaşadıkları, İslam'a ve Müslümanlara karşı düşmanca bir tutum sergilemedikçe, herhangi bir Müslüman gibi dokunulmaz ve koruma altında oldukları görülmektedir. Bu koruma, Allah ve Rasûlünün şahsında devlet eliyle sağlanmış ve bundan dolayı onlara "koruma altında olan" anlamında *zimmî* denilmiştir.<sup>123</sup>

İnanç özgürlüğünü temel ilke olarak benimseyen İslam hukuku, dinlerini ilgilendiren konularda gayrimüslimleri İslam hukukuna tabi tutmamıştır. Bundan dolayı İslam'ın ilk dönemlerinden itibaren gayrimüslimlere, dinleriyle ilişkili konularda farklı hukukî düzenlemelerde bulunma imkânı verildiği görülmektedir. Bazı müsteşriklerin bu özerklikten hareketle İslam toplumunda yaşayan gayrimüslimlerin hukukun bir öznesi olmadık-

<sup>118</sup> Ebû Yusuf, *a.g.e.*, s. 127; İbn Kayyim, *a.g.e.*, s. II, 737.

<sup>119</sup> Kardâvî, *a.g.e.*, s.58-60; Karaman, *Mukayeseli İslam Hukuku* (İstanbul: Nesil Yay., 1991), III, 276-7; Bilmen, *a.g.e.*, IV, 102; Hamidullah, Muhammed, *İslam'da Devlet İdaresi*, Çev. Hamdi Aktaş, (İstanbul: Beyan Yay.,1998), s. 185-6, Şentürk, *a.g.m.*, s. 48.

<sup>120</sup> Kardâvî, *a.g.e.*, s. 100-2; Khaddûrî, *a.g.e.*, s.402-3; Öztürk, *a.g.e.*, s. 70-1, 193-4.

<sup>121</sup> Mecelle, 58.

<sup>122</sup> Hamidullah, *a.g.e.*, s. 14.

<sup>123</sup> "Kim sözleşme yapılan zimmîlere zulmederse, yahut gücünün yettiğinden fazlasını teklif ederse, ben onun hasmıyım." (Ebû Dâvud, Sünen, 2/255) Hz. Ömer, kendinden sonraki devlet başkanlarına Zimmîler konusunda hayrı tavsiye ettiğini, onlara karşı kötü muamelede bulunanlara karşı durmaları ve güçlerinin yetmediği yükler altında ezmemeleri gerektiğini tavsiye etmiştir. Gşş. bil. bkz. Zeydân, *a.g.e.*, s. 74-6.

ları yönündeki iddiaları ise hem Kur'an ve Sünnet'le ortaya konulan anlayış hem de Hz. Peygamber'den Osmanlı Devleti'nin yıkılışına kadarki uygulamalarla örtüşmemektedir.<sup>124</sup>

Müslümanlarla birlikte yaşayan gayrimüslimlerin sahip oldukları haklar konusunda Hz. Peygamber'in "*Bizim lehimize olanlar onların da lehine, bizim aleyhimize olanlar onların da aleyhindedir.*"<sup>125</sup> hadisi ile "*onları kendi inançlarıyla baş başa bırakmakla emrolunduk.*" ilkesi, İslam hukukçularının büyük çoğunluğu tarafından benimsenmiştir.<sup>126</sup> Bu anlayışın bir gereği olarak, onlara kendi mahkemelerinde ve kendi dinlerine uygun olarak davalarını çözebilme imkânı verilmiştir. Örneğin Osmanlı Devleti'nde yaşayan gayrimüslimler, *millet sistemi* olarak adlandırılan bir yapılanma içinde özel hukuk (ahvâl-ı şahsiye) alanına giren evlenme, boşanma, nafaka, velayet, vasiyet, miras, vekâlet, vakıf kurma gibi birçok konuda kendi dinlerinin kurallarına ve rûhânî liderlerine bağlı idiler.<sup>127</sup> Örneğin Rumlar, Roma hukukunu ve Bizans yargı geleneğini sürdürüyorlardı.<sup>128</sup> Rûhânî liderlere tanınan yargı hakkı dinî konularla sınırlı olmakla birlikte bazı ticarî uyuşmazlıklar, millet içindeki küçük çaplı meseleler de millet dâhilinde çözüme kavuşturulabiliyordu. Ancak rûhânî liderlerin ceza davalarına bakma hakları olmayıp tüm ceza davaları şer'î mahkemelerce görülüyordu.<sup>129</sup>

Ancak kanunlaştırma faaliyetlerinin bir sonucu olarak gayrimüslim vatandaşların bağlı oldukları hukuk kuralları resmi kayıt altına alınmaya ve davaları devlet mahkemelerinde görülmeye başlanmıştır. Çok fazla uygulanma imkanı olmasa da 1917 Hukuk-ı Âile Kararnamesi dinî farklılıklara göre aynı konuda birbirinden farklı hukukî düzenleme yapılabileceğinin güzel örneklerinden birini teşkil eder.<sup>130</sup> İslam Aile Hukuku sahasında

<sup>124</sup> Khaddûrî, *a.g.e.*, s. 205; Şentürk, *a.g.m.*, s. 67.

<sup>125</sup> Zeylâî, *a.g.e.*, s. IV, 126; İbnü'l-Hümâm, *a.g.e.*, VI, 248; İbn Nuceym, *a.g.e.*, V, 81. Zeydân, bu hadisin meşhur hadis kitaplarında geçmemesine rağmen, hukukçuların bu hadisin manasının hukuken geçerli gördüklerini ifade eder. Bkz. Zeydân, *a.g.e.*, s. 70.

<sup>126</sup> Serahsî, *a.g.e.*, XI, 102; İbn Nuceym, *a.g.e.*, VI, 77; İbnü'l-Hümâm, *a.g.e.*, III, 284.

<sup>127</sup> Yavuz, Ercan, *Osmanlı Yönetiminde Gayrimüslimler: Kuruluştan Tanzimat'a Kadar Sosyal, Ekonomik ve Hukukî Durumları*, (Ankara: Turhan Kitabevi, 2001), 203-6; Bozkurt, Gülmihal, *Gayrimüslim Osmanlı Vatandaşlarının Hukukî Statüsü*, (Ankara: Türk Tarih Kurumu Yay., 1989), s. 14-5; Soykan, Tankut T., *Osmanlı İmparatorluğu'nda Gayrimüslimler*, (İstanbul: Ütopya Kitapevi Yay., 2000), 139.

<sup>128</sup> Rumlar, Justinian'ın Latince hazırladığı kanunlardan hazırlanmış Bizans yasasının bir özetini esas alıyordu. Tüm özel hukuk alanında, konuşma dilinde yazılmış olan Malaxos'un Nomocanon'unu, aile hukukunda ise Harmenopoulos'un Hexabiblos'unu esas alıyorlardı. Soykan, *a.g.e.*, s. 139-40.

<sup>129</sup> Bostancı, *a.g.e.*, s. 245-7; Menekşe, Ömer, "Osmanlı'da Zina Cezası Olarak Recm", *Mârifet*, 2 (2003), s. 14-17.

<sup>130</sup> 25 Ekim 1917'de yayınlanan Hukuk-ı Âile Karamâmesi'nin Esbab-ı Mûcibe Lâyihasında şu açıklama yer almaktadır: "*Bu suretle Müslümanlar için icabâtı medeniyyeye müstenid olan kanunu esasât-ı fikhîyyeye istinad ettirmek*" kolay olduğundan "*gayrimüslimler hakkında da onların ahkâm-ı mezhebiyesinden kavâidi lâzimeyi istihrac ve teftik ile müşterek mesâilin cümleye şamil olmak üzere*" karamame tedvin edilecektir. Bkz. Bozkurt, *a.g.e.*, s. 209.

hazırlanmış modern anlamda ilk kanun olan bu kararname, Müslüman tebânın yanı sıra gayrimüslim tebânın da evlenme ve boşanmalarını düzenlemektedir.<sup>131</sup>

Osmanlı devleti, Tanzimat Fermanı'yla birlikte klasik zimmîlik anlayışını bırakarak temel haklar bağlamında müslüman-gayrimüslim şeklindeki ayrımı ortadan kaldırmıştır. Bu fermanla savunulan eşitlik düşüncesi Hanefî *ismet* düşüncesine uygun olarak, herkese eşit haklar ve yetkiler sunmuştur. Bu fermanla birlikte zimmîlik statüsüne son verilerek cizye vergisi kaldırılmış, gayrimüslimlerin her türlü devlet görevlerinde bulunmalarına imkân verilmiş, askerlik hizmeti tüm vatandaşlara teşmil edilmiştir. Sonuç olarak Osmanlı uygulaması, İslam'ın eşitliğe dayalı bir insan haklarına karşı olmadığını açık bir şekilde göstermiştir.<sup>132</sup>

## 2- Azınlık Hukuku Olarak İslam Hukuku

Hukukî çoğulculuk kavramı çerçevesi üzerinde durulması gereken diğer bir konu ise, gayrimüslim ülkelerde yaşayan Müslümanların durumuyla ilgilidir. Zira gayrimüslim ülkelerde yaşayan Müslüman azınlıkların durumunu klasik İslam hukuku kitaplarından hareketle tanımlamak oldukça güçtür.<sup>133</sup> Klasik İslam hukuku anlayışına göre, Müslümanlar ancak geçici olarak darulharpte bulunabilirler. Çünkü bir Müslüman'ın dinini gereği gibi yaşayabilmesi için İslam beldesinde yaşaması zorunludur. Ancak günümüzde çok sayıda Müslüman'ın gayrimüslim ülkelerde dinlerini büyük ölçüde yaşayabildikleri görülmektedir. Bu durumun klasik İslam hukuku anlayışının darulharp-darulislam şeklindeki ikili ayrımının yeniden gözden geçirilmesini gündeme getirmiştir.<sup>134</sup> Bu çerçevede bazı tarihî olaylar konuya ışık tutacak niteliktedir. Bu tarihî olaylardan hareketle günümüz İslam hukukçuları, Müslümanların gayrimüslim bir belde yaşayabileceklerine ve devletin izin verdiği ölçülerde İslam hukukunu uygulayabileceklerine hükmetmişlerdir.

<sup>131</sup> Mısır'daki bazı münferit düzenlemeler bir tarafa bırakılırsa, bu karamameden sonra uzun süreler bu sahada ikinci bir kanun yapılamamıştır. Bu bakımdan kararname uzun seneler, başta Ortadoğu ülkeleri olmak üzere birçok İslam ülkesi için kanunlaştırılmada önemli bir örnek olmuştur. Ayrıca bazı ülkeler bu karamameyi uzun müddet aynen tatbik etmişlerdir. Bkz. Bostancı, Ahmet, "Ürdün Ahval-ı Şahsiye Kanunları'nda Osmanlı Tesiri", *Mârîfe*, 2 (2003), s. 122-3; Aydın, Mehmet Akif, *İslam-Osmanlı Aile Hukuku*, (İstanbul: M.Ü.İ.F. Yay., 1985), s. 226.

<sup>132</sup> Aydın, *Türk Hukuk Tarihi*, 3. bs. (İstanbul: Beta Yay., 1999), s. 421-35; Şentürk, a.g.m., s. 81-5.

<sup>133</sup> Shadid, Wasif –Sjoerd Van Koningsveld, "Gayri Müslim Yönetime Bağlılık: İslam Fıkhdındaki Tartışmaların ve Bazı Modern İslamcılarının Görüşlerinin Analizi", Çev. H. Mehmet GÜNAY, *Usul Dergisi*, 2 (2004), s. 168-70; Kardâvî, a.g.e., s. 32.

<sup>134</sup> Kardâvî, a.g.e., s. 80. Câbirî, Muhammed Abid, *Çağdaş Arap-İslam Düşüncesinde Yeniden Yapılanma*, Çev. Ali İhsan Pala, Mehmet Şirin Çıkar, (Ankara: Kitabiyat Yay., 2001), s. 80; Muhammed, a.g.e., s. 70-1.

*a- Ortak Siyasal Zemin*

Müslümanların gayrimüslim bir beldeye yaşayabilmesi için, yaşadıkları ülkenin darulharp olarak tanımlanmaması gereklidir. Zira bu durumda fiili mücadelede bulunmak veya hicret etmek dinî bir gereklilik haline gelmektedir. Bundan dolayı meşru ortak bir siyasal zeminde buluşmak gerekmektedir.

Yöneticileri gayrimüslim olan bir ülkeyi *darulharp* olarak tanımlayan anlayışta görülen ilk kırılma, Endülüs Emevî Devleti (765-1031)'nin Hıristiyanların eline geçmesi üzerine yaşanmıştır. Buradaki Müslüman halkın durumu ile ilgili olarak dönemin İslam hukukçuları "*Müslümanların herhangi bir baskı ve zulme uğramaksızın dinlerini açıktan gereği gibi yaşayabildiklerini, İslam hukukunu uygulayabildiklerini göz önünde bulundurarak, hicretle mükellef olmadıklarına ve oranın İslam beldesi olduğuna hükmetmişlerdir.*"<sup>135</sup> Benzer şekilde Moğol istilası (m. 1221) üzerine Hanefî İslam hukukçuları, Müslüman kadınların görevlerini yaptıkları ve dini açıktan yaşayabildikleri için o beldenin darulharp olmadığını ve idarecilere itaat edenlerin fâsık, mürted veya kâfir görülemeyeceklerini söylemişlerdir.<sup>136</sup> Benzer bir bakış açısı da, Batılıların XVIII. yüzyılda Hindistan'ı sömürge haline getirmeleri üzerine İslam hukukçuları, eğer ezanlar açıktan okunuyor, insanlar ibadetlerini serbestçe yapabiliyor ve dinlerini ilgilendiren konularda müslüman bir kadıya gidebiliyorlar ise, o beldenin yöneticisinin müslüman olmaması, İslam hukukunun hepsinin uygulanamaması ve Müslümanların tasvibini alması koşulu ile kadınların gayrimüslim devlet başkanı tarafından atanmasının, o beldenin *dâruislam* olarak görülmesi için yeterli olduğuna hükmetmişlerdir.<sup>137</sup> Bazı fıkıh kaynaklarında da gayrimüslim devlet başkanının müslüman bir kadı atamasının caiz olduğu,<sup>138</sup> bazılarına göre ise Müslümanların kendi aralarından bir vali tayin etmelerini, bu valinin kendisi veya atayacağı bir kadı ve imamın davalara bakıp namazları kıldırabileceğinin daha doğru olduğu ifade edilmektedir.<sup>139</sup>

Çağdaş İslam hukukçularından Abdulkerim Zeydân, yabancı hâkimiyeti altında bulunan İslam beldelerinde bazı İslamî simgelerin gösterilmesi ve özel hukukla ilgili bazı hükümlerin yürürlükte olması sebebiyle

<sup>135</sup> Remlî, Şihâbuddin Ahmed b. Hamza eş-Şâfiî (ö. 957/1550) *Fetâvâ'r-Remlî*, (İbn Haver el-Heytemî'nin el-*Fetâvâ'l-Kubrâ*'sının kenarında), (Kâhire: 1392), IV, 52-4.

<sup>136</sup> İbn Âbidîn, Muhammed Emin b. Ömer b. Abdilaziz ed-Dimeşkî el-Hanefî (ö.1252/1836), *Reddu'l-Muhtâr alâ'd-Dürrî'l-Muhtâr*, (Bulak: 1272), I, 450, IV, 308; Özel, *a.g.e.*, s. 118; Shadid-Koningsveld, *a.g.m.*, s. 162

<sup>137</sup> İbn Âbidîn, *a.g.e.*, IV, 308; Khaddûrî, *a.g.e.*, s. 181.

<sup>138</sup> İbn Nuceym, *a.g.e.*, VI, 293; el-*Fetâvâ'l-Hindîyye*, III, 307.

<sup>139</sup> İbnü'l-Hümâm, *a.g.e.*, VI, 365; İbn Nuceym, *a.g.e.*, IV, 298; İbn Âbidîn, *a.g.e.*, IV, 308.

böyle bir beldenin *dârulislam* sayılacağını belirtir.<sup>140</sup> Elmalılı Hamdi Yazır ise, “ülilemri minkum” ayetini<sup>141</sup> tefsir sadedinde Müslümanların haklarını gözeten gayrimüslim yöneticilere isyan edilmesinin söz konusu olamayacağını ifade etmektedir.<sup>142</sup> Endonezya’nın önde gelen alimlerinden Abdurrahman Vâhid (d. 1940) ise 1945 Endonezya anayasasında öngörülen çok kültürlülük anlayışına dayanarak Endonezya’nın, İslam devleti anlayışına, açıkça adı konmuş bir İslam devletinden daha uygun olduğunu söylemektedir.<sup>143</sup>

Birçok çağdaş İslam bilgini klasik anlayışa dayalı darulharp ve darulislam şeklindeki ikili ayrımın günümüz şartları için uygun olmadığını savunmaktadırlar. Bu konuda yeni bir terminolojinin oluşması konusunda görüş birliği henüz oluşmasa da mevcut uluslararası anlaşmalar sonucu barışın hâkim olduğu günümüz şartlarında Müslümanların dinî konularda bir baskı altında olmadıkları, teşkilatlanmalarına imkan verilen ve çocuklarına dinî eğitim verebildikleri ülkeleri *darulharp* olarak isimlendirmek yerine, anlaşmalı ülke (daru’l-ahd) olarak isimlendirmenin daha doğru olacağını savunan görüşler öne çıkmaktadır.<sup>144</sup>

Günümüzde din-devlet ilişkilerinde yeni bir ayırma gitmek gerektiğini ifade eden Muhammed Âbid el-Câbirî ise klasik anlamda dinin devletten ayrılmasının sonucu olarak İslam hukukunun uygulanamaz olduğu şeklindeki anlayıştan kurtulmak gerektiğini, bu bağlamda “devlet” yerine “iktidar” kavramı, “din” yerine de “ahkam” kavramı koyularak, klasik ikilemden kurtulmanın mümkün olunacağını savunur.<sup>145</sup> Buna göre, devletin İslam hukukunun uygulanmasına imkân sağlaması o devletin *darulharp* olarak nitelenmesinin de önüne geçmiş olacaktır. Bu anlamda İngiltere<sup>146</sup>, Endonezya, Kanada gibi ülkelerde özel hukuk alanında İslam hukukunun uygulanması ile daha önce belirttiğimiz *devlet hukukî çoğulculuğu* veya *zayıf yapılı hukukî çoğulculuk* olarak tanımladığımız hukukî yapı oluşmuş olmaktadır. Bu tür hukukî çoğulculukta devlet, azınlık hukukunu resmi hukuk sistemine dâhil eder ve uygular. Bu uygulamada ise gayrimüslim birinin Müslümanların davalarına bakıp bakamayacağı ve Müslüman hâkimin İslam dışı kanunlarla hüküm verip veremeyeceği sorunu gündeme gelmektedir.

<sup>140</sup> Zeydân, *a.g.e.*, s. 21.

<sup>141</sup> en-Nisâ, 4/59.

<sup>142</sup> Yazır, Muhammed Hamdi (v. 1942), *Hak Dini Kur'an Dili*, (yy.: Eser Neşriyat 1979), II, 1375.

<sup>143</sup> Kurzman, Charles, “Liberal İslam: Umutlar Ve Zorluklar”, *Liberal Düşünce Dergisi*, 21 (2001).

<sup>144</sup> Yeni bir terminoloji arayışları için bkz. Shadid-Koningsveld, *a.g.m.*, s. 155-88.

<sup>145</sup> Câbirî, *a.g.e.*, s. 80.

<sup>146</sup> İslam hukukunun İngiltere mahkemelerindeki uygulanışı için bkz. Pearl, David, *The application of Islamic law in the English Courts* (1995 Noel Coulson Memorial Lecture) <http://www.library.cornell.edu/colleV, mideast/isllaw.htm> (Erişim tarihi 10.02.2009)

*b- Muhakeme Usulü*

Yukarıda da belirttiğimiz gibi, klasik İslam hukuku kaynakları, gayrimüslim birinin Müslümanların davalarına bakmasının câiz olmadığını belirtirler. Buna göre adaletin tesisi anlamına gelen yargılama yetkisi, dinî bir görev olarak algılanmıştır.<sup>147</sup> Ancak Müslümanların azınlıkta olduğu ülkelerde Müslümanların resmi yargı kurumlarına başvurmaları caiz görülmüştür. Abdulkerim Zeydân ve Hayrettin Karaman gibi bazı günümüz İslam hukukçuları, gayrimüslimlerin Müslümanlar hakkındaki şahitliğinin caiz olduğundan hareketle dinî olmayan konularda Müslümanların davalarına bakmalarının da câiz olduğunu savunmaktadırlar.<sup>148</sup> Bu görüşten hareketle gayrimüslim hâkimin, Müslümanlara ait bir davayı İslam hukukuna göre çözmesinin dinen bir sakıncasının olmadığını söylemek mümkündür. Öte yandan Müslüman olan kimsenin hâkim olması halinde, kişinin isteği üzerine İslam dışı bir kanunla davayı çözmesi de dinen mümkündür.<sup>149</sup> Ancak uygulanacak hukuk kurallarının zarûrât-ı hamse ile belirlenen hakları veya günümüz temel insan haklarını koruyabilecek nitelikte olması gereklidir. Bu bağlamda Yazır'ın *şir'a* ve *minhâc* kavramları çerçevesinde ortaya koyduğu bakış açısı bizlere yol gösterici niteliktedir.<sup>150</sup> Buna göre İslam'ın temel amaçlarına (makâsîdu's-şerîa) uygun ve adaleti sağlayan her türlü hukuk kuralının uygulanması dinen caizdir. Çağdaş İslam bilgini Cemaleddin Atiye Muhammed ise gayrimüslimlerle birlikte yaşama çerçevesinde *şir'a* ve *minhâc* kavramlarının önemli bir dinî referans olduğunu belirtir.<sup>151</sup> Tanzimat'la birlikte 1846'da Şer'îye Mahkemeleri'nin yanında Avrupa'dan alınan seküler hukuk kurallarının uygulandığı Nizâmîye Mahkemeleri'nin kurulmasını da bu çerçevede değerlendirmek mümkündür.<sup>152</sup>

Sonuç olarak şunları söylemek mümkündür: 1- Hukukî çoğulculuk, sömürgecilikle birlikte Batılıların gündemine giren bir sosyal olgu olup, 20. yüzyılın ikinci yarısından itibaren ortaya çıkan teorik ve yapısal değişimin bir sonucu olarak Batı'da savunulmaya başlamıştır. 2- Bu hukuk anlayışı, bir din veya kültür etrafında toplanan ve belli bir temsil gücüne sahip olan toplulukların dinî ve kültürel taleplerinin hukukî bir zeminde cevap bulabilmesini amaçlar. 3- Batılı bir kavram olmasına rağmen hukukî çoğulculuğun, İslamî zimmet anlayışı ile aynı felsefeye sahip olduğunu söylemek mümkündür. 4- İslam'ın gayrimüslimlere tanıdığı inanç özgür-

<sup>147</sup> Zeydân, *a.g.e.*, s. 572-3, 596; Karaman, *a.g.e.*, III, 307-8.

<sup>148</sup> Zeydân, *a.g.e.*, s. 595; Karaman, *a.g.e.*, III, 307-312.

<sup>149</sup> İbnü'l-Arabî, Ebû Bekr Muhammed b. Abdillâh el-Mâlikî (ö. 543/1147), *Ahkâmü'l-Kur'an*, (Beirut: 1392/1972), II, 632; Karaman, *a.g.e.*, III, 366.

<sup>150</sup> Yazır, *a.g.e.*, III, 1697-8.

<sup>151</sup> Muhammed, *a.g.e.*, s. 71-2.

<sup>152</sup> Aydın, "Osmanlı'da Hukuk", *Osmanlı Devleti ve Medeniyeti Tarihi* içinde Edit. Ekmelettin İhsanoğlu, (İstanbul: İrcica, 1994), s. 384-7.

lüğünün bir gereği olarak, dinlerini ilgilendiren konularda onların, kendi dinlerine dayalı hukuk kurallarına göre yaşamlarını sürdürmelerine ve davalarını çözmelerine imkan verilmiştir. 5- İslamî zimmilik anlayışı ile hukukî çoğulculuk anlayışının ortak bir zeminde buluşması, eşitliğe dayalı ortak bir insan hakları anlayışının bulunmasına bağlıdır. 6- Bu bağlamda Hanefilerin öncülüğündeki İslam hukukçularının benimsediği *ismet* anlayışı önem arz etmektedir. 7. Bu anlayıştan hareketle tarihte gayrimüslimlere yönelik uygulanan bazı kısıtlamaların Ortaçağ'ın sosyo-politik şartlarının bir sonucu olduğunu söylemek mümkündür. 8- Günümüz devlet anlayışının bir gereği olarak tüm hukukî yapıların resmi yapı içine alınması ve devlet eliyle uygulanması bir zorunluluktur. 9- Davaya bakan hâkimin farklı dinden olması mümkündür. Ancak dinî içerikli davalarda konunun uzmanlarına başvurarak davayı çözüme kavuşturması daha uygundur. 10- Dinî ve kültürel içerikli hukuk kuralları, kişilerin talebine bağlı olarak yürürlük kazanırlar. 11- Zimmet anlayışında İslam hukuku, Batılı hukukî çoğulculuk anlayışında ise seküler devlet hukuku, üst/ortak hukuk durumdadır. Kişiler, bu üst/ortak hukuka, temyiz mahkemesi olarak başvurabildikleri gibi, bir davada tarafların davanın hangi hukuk kuralına göre çözüleceği konusunda anlaşamamaları halinde de bu hukuk sistemi geçerli hale gelir. 12- Ayrıca hem zimmet anlayışında hem de Batılı hukukî çoğulculukta, temel insan haklarına aykırı talepler, din özgürlüğü veya kültürel haklar olarak ileri sürülemez.

## KAYNAKÇA

- Aktan, Coşkun Can, "Değişim Trendleri ve Değişim Dinamikleri", *Moderniteden Postmoderniteye Değişim* içinde, Edit. Coşkun Can Aktan, (Konya, Çizgi Kitabevi, 2003).
- Akyol, Taha, "Modernleşme İnsanların Dinlerine Göre Değil, Vatandaşlıklarına Göre Hukuk Uygulamaktır." (Söyleşi), *Köprü Dergisi*, 61 (1998).
- Aral, Vecdi, *Hukuk Felsefesinin Temel Sorunları*, (İstanbul: Filiz Kitabevi, 1984).
- Aydın, "Osmanlı'da Hukuk", *Osmanlı Devleti ve Medeniyeti Tarihi* içinde Edit. Ekmelettin İhsanoğlu, (İstanbul: İrcica, 1994).
- Aydın, Mahmut, "Küresel Bir Teolojiye Doğru: W. C. Smith'de Dinsel Çoğulculuk", *İslam ve Öteki: Dinlerin Doğruluk Kurtarıcılık ve Birlikte Yaşama Sorunu* içinde Edit. Cafer Sadık Yaran, (İstanbul: Kaknüs Yay., 2001).
- Aydın, Mehmet Akif, *İslam-Osmanlı Aile Hukuku*, (İstanbul: M.Ü.İ.F. Yay., 1985).
- Bauman, Zygmunt, "Modernite, Postmodernite ve Etik", *Doğu-Batı*, 19 (2002).
- Bauman, Zygmunt, *Siyaset Arayışı*, Çev. Tuncay Birkan, (İstanbul: Metis Yay., 2000).
- Bauman, Zygmunt, *Yasa Koyucular ve Yorumcular*, Çev. Kemal Atakay (İstanbul: Metis Yay., 2003).

- Benhabib, Şeyla, *Modernite, Birey ve Toplum* Çev. Mehmet Küçük, (İstanbul: Ayrıntı Yay., 2002).
- Bilmen, Ömer Nasuhi, *Hukuk-ı İslamiyye ve İstilahât-ı Fıkhiyye Kamusu*, (İstanbul: Bilmen Yay., 1970).
- Bostancı, Ahmet, “Ürdün Ahval-ı Şahsiye Kanunları’nda Osmanlı Tesiri”, *Mârife*, 2 (2003).
- Bozkurt, Enver, *İnsan Haklarını Korunmasında Uluslararası Hukukun Rolü*, (Ankara: Nobel Yay., 2003).
- Bozkurt, Gülnihal, *Gayrimüslim Osmanlı Vatandaşlarının Hukukî Statüsü*, (Ankara: Türk Tarih Kurumu Yay., 1989).
- Câbirî, Muhammed Âbid, *Çağdaş Arap-İslam Düşüncesinde Yeniden Yapılanma*, Çev. Ali İhsan Pala, Mehmet Şirin Çıkar, (Ankara: Kitabiyat Yay., 2001).
- Cangızbay, Kadir, *Çok-hukukluluk, Laiklik ve Laikrasi*, (Ankara: Liberte Yay., 2002)
- Cassâs, Ebû Bekr Ahmed b. Ali er-Râzî el-Hanefî (ö. 370/981), *Ahkâmü'l-Kur’an*, (İstanbul: 1335-8).
- Chiba, Masaji, “Other Phases of Legal Pluralism in the Contemporary World”, *Ratio Juris*. 3 (1998).
- Connolly, William E., *Kimlik ve Farklılık, Siyasetin Açmazlarına Dair Demokratik Çözüm Önerileri*, Çev. Ferma Lekesizalın, (İstanbul: Ayrıntı Yay., 1995).
- Connor, Steven, *Postmodernist Kültür Çağdaş Olanın Kuramlarına Dair*, Çev. Doğan Şahiner, (İstanbul: Yapı Kredi Yay., 2001).
- Coombe, Rosemary J., “Contingent Articulations: A Critical Cultural Studies of Law” *Law in Domains of Culture* içinde Edit: Austin Sarat-Thomas R. Kearnes, (Michigan: The University of Michigan Pres. 1998).
- Çağıl, Orhan Münir, *Hukuka ve Hukuk İlmine Giriş*, 3. bs, (İstanbul: İ.Ü.H.F. Yayınları, 1966).
- Çaha, Ömer “Bir Kez Daha Sivil Toplum Üzerine”, *Sivil Toplum Dergisi*, 1 (2003).
- Çaha, Ömer, “İdeoloji ile Hukuk Arasında Devlet”, *Doğu Batı*, 13, (2000).
- De Lange, Range, “Divergence, Fragmentation, and Pluralism: Notes on Polycentricity and Unity in Law”, *Legal Polycentricity: Consequences of Pluralism of Law* içinde Edit: Hanne Petersen and Henrik Zahle, (USA: Darmouth Publishing, 1995).
- Erdoğan, Mehmet, “İbahâ-yı Asliye ve Hürmet-i Âdemiyye”, *İslami İlimler Dergisi*, 1 (2008).
- Erdoğan, Mustafa, “Hikmet-i Hükümet”, *Doğu Batı*, 13 (2000).
- Erdoğan, Mustafa, “Hukuk Perspektifinden Küreselleşme ve Türkiye”, (*Küreselleşme İslam Dünyası ve Türkiye, Milletler Arası Tartışmalı İlmî Toplantı*, İSAV, 09-11 Kasım 2001), (İstanbul: Ensar Neşriyat, 2002).
- Erdoğan, Mustafa, “Siyaset ve Hukuk Perspektifinden Küreselleşme”, *Siyasi, Ekonomik ve Kültürel Boyutlarıyla Küreselleşme* içinde Edit: Cemal Uşak, (İstanbul: Ufuk Yay., 2002).
- Foucault, Michel, *Toplumunu Savunmak Gerekir*, Çev. Şehsuvar Aktaş, (İstanbul: Yapı Kredi Yay., 2002).
- Gazzâlî, Ebû Hamîd Muhammed b. Muhammed (ö. 505/1111), *el-Mustasfâ fi İlmi'l-Usûl*, Tah. Hamza b. Zehir Hâfîz, (Medine: ts.).



- Gökberk, Macit, *Felsefe Tarihi*, 12. bs. (İstanbul: Remzi Yay., 2000).
- Griffiths, John, "What is Legal Pluralism?", *Journal of Legal Pluralism and Unofficial Law*, 24 (1986).
- Güriz, Adnan, *Hukuk Felsefesi*, 5. bs. (Ankara: Siyasal Yayınevi, 1999)
- Habermas, Jürgen, *Küreselleşme ve Millî Devletlerin Akibeti*, Çev. Medeni Beyaztaş, (İstanbul: Bakış Yay., 2002).
- Hamidullah, Muhammed, *İslam'da Devlet İdaresi*, Çev. Hamdi Aktaş, (İstanbul: Beyan Yay., 1998).
- Hooker, M. B., *Legal Pluralism: An Introduction to Colonial and Neo-Colonial Laws*, (Oxford: Clarendon Press, 1975).
- <http://www.commission-on-legal-pluralism.ch/objectives.htm> (Erişim tarihi: 25.06.2007).
- İbn Âbidîn, Muhammed Emin b. Ömer b. Abdilaziz ed-Dimeşkî el-Hanefî (ö.1252/1836), *Reddu'l-Muhtâr alâ'd-Dürri'l-Muhtâr*, (Bulak: 1272).
- İbn Âşûr, Muhammed et-Tâhir (ö. 1394/1973), *Mekâsîdu's-Şerî'ati'l-İslâmiyye*, (Tunus: 1978).
- İbn Hazm, Ebû Muhammed Ali b. Ahmed (ö. 456/1064), el-*Muhallâ*, (Mısır: Mektebetü'l-Cumhûriyeti'l-Arabiyye, 1387/1967).
- İbn Kayyim, Şemsuddin Muhammed b. Ebibekr b. Eyyub el-Hanbelî, *Ahkâmu Ehli'z-Zimme*, Tahkik: Subhî Sâlih, (Dimeşk: 1381/1961).
- İbn Nuceym, Zeynüddin b. İbrahim b. Muhammed el-Mısırî el-Hanefî (ö. 970/1562), el-*Bahrü'r-Râik Şerhu Kenzi'd-Dekâik*, (Kâhire: 1311).
- İbn Rüşd (el-Hafîd), Ebu'l-Velîd Muhammed b. Ahmed b. Muhammed b. Ahmed b. Rüşd el-Kurtubî el-Mâlikî (ö.520/11269), *Bidayetu'l-Muctehid ve Nihâyetu'l-Muktesid*, (Kâhire: ts).
- İbnü'l-Arabî, Ebû Bekr Muhammed b. Abdillâh el-Mâlikî (ö. 543/1147), *Ahkâmu'l-Kur'an*, (Beirut: 1392/1972).
- İbnü'l-Hümâm, Kemâlüddin Muhammed b. Abdilvâhid es-Sivâsî el-Hanefî (ö.961/1457), *Fethu'l-Kadîr*, (Kâhire: 1319).
- Karaman, *Mukayeseli İslam Hukuku* (İstanbul: Nesil Yay., 1991).
- Kardâvî, Yusuf, *Fi Fikhi'l-Ekalliyyati'l-Müslime*, 2. bs. (Kahire: Daru'l-Şurûk, 2005/1426).
- Khaddûrî, Mâjîd, *War and Peace in the Law of Islam*, (Baltimore: 1955).
- Köylü, Mustafa, "Dinsel Dışlayıcılık (Eksklusivizm)", *İslam ve Öteki: Dinlerin Doğruluk Kurtarıcılık ve Birlikte Yaşama Sorunu* içinde Edit. Cafer Sadık Yaran, (İstanbul: Kaknüs Yay., 2001).
- Kurzman, Charles, "Liberal İslam: Umutlar Ve Zorluklar", *Liberal Düşünce Dergisi*, 21 (2001).
- Küçükkalp, Kasım, *Nietzsche ve Postmodernizm*, (İstanbul: Paradigma Yay., 2003).
- Kymlicka, Will, *Çokkültürlü Yurttaşlık Azınlıkları Haklarının Liberal Teorisi*, Çev. Abdullah Yılmaz, (İstanbul: Ayrıntı Yay., 1998).
- Menekşe, Ömer, "Osmanlı'da Zina Cezası Olarak Recm", *Marife*, 2 (2003).
- Merry, Sally Engle, "Legal Pluralism", *Law and Society Review*, 5 (1988).

- Mevsilî, Abdullah b. Mahmud b. Mevdud (ö. 683/1284), *el-İhtiyâr li Ta'lîli'l-Muhtâr*, (İstanbul: 1987).
- Muhammed, Cemaeddin Atiye, *Nahve Fıkhin Cedidin li'l-Ekalliyât*, (Kâhire: Daru's-Selam, 2003/1423).
- Murphy, John W., *Postmodern Sosyal Analiz ve Postmodern Eleştiri*, Çev: Hüsamettin Arslan, (İstanbul: Paradigma yay., 2000).
- Özcan, Mehmet Tefvik, *Hukuk Sosyolojisine Giriş*, (İstanbul: Donkişot Yay., 2002).
- Özel, Ahmet, *İslam Hukukunda Ülke Kavramı Dârulislam Dârulharb*, (İstanbul: İz Yay., 1998).
- Pearl, David, The application of Islamic law in the English Courts (1995 Noel Coulson Memorial Lecture) [http://www.library.cornell.edu/colldeV\\_mideast/islaw.htm](http://www.library.cornell.edu/colldeV_mideast/islaw.htm) (Erişim tarihi 10.02.2009).
- Pekcan, Ali, *İslam Hukukunda Gâye Problemi*, (İstanbul: Rağbet Yay., 2003).
- Remlî, Şihâbuddin Ahmed b. Hamza eş-Şâfî (ö. 957/1550) *Fetâvâ'r-Remlî*, (İbn Haver el-Heytemî'nin el-*Fetâvâ'l-Kubrâ*'sının kenarında), (Kâhire: 1392).
- Ruth S. Meizen-Dick and Rajendra Pradhan, "Legal Pluralism and Dynamic Property Rights", <http://www.capri.cgiar.org/pdf/capriwp22.pdf> (Erişim tarihi 05.04.2007).
- Santos, Boaventura de Sousa "Law: A Map of Misreading: Toward a Postmodern Conception of Law", *Journal of Law and Society*, 3 (1987).
- Serahsî, Şemsüleimme Ebû Bekr Muhammed b. Ahmed (ö. 539/1143), *el-Mebsût*, (Beyrût: Dâru'l-Ma'rife, ts.).
- Sezgin, Yüksel, "A New Theory of Legal Pluralism: The Case of Israeli Religious Courts", *Association for Israel Studies*, (19th Annual Meeting, April 27-29 2003), San Diego, California, Panel IV-C Religion, Ethnicity, and the Courts in Israel
- Shadid, Wasif-Sjoerd Van Koningsveld, "Gayri Müslim Yönetime Bağlılık: İslam Fıkıhındaki Tartışmaların ve Bazı Modern İslamcıların Görüşlerinin Analizi", Çev. H. Mehmet GÜNAY, *Usul Dergisi*, 2 (2004).
- Sinha, Surya Prakash, "Legal Polycentricity", *Legal Polycentricity, Consequence of Pluralism in Law* içinde, Edit: Hanne Petersen and Henrik Zahle, (USA: Dartmouth Publishing, 1995).
- Soykan, Tankut T., *Osmanlı İmparatorluğu'nda Gayrimüslimler*, (İstanbul: Ütopya Kitapevi Yay., 2000).
- Şaylan, a.g.e., s. 235-6; Yüksel, Mehmet, *Modernite, Postmodernite ve Hukuk*, (Ankara: Siyasal Kitabevi, 2002).
- Şaylan, Gencay, *Postmodernizm*, 2. bs. (Ankara: İmge Yayınevi, 2002).
- Şentürk, Recep, "Evrensel ve cemaatçi yaklaşımlar arasında İslâm'da insan hakları: Sosyolojik bir yaklaşım" (Çev. Şule Akbulut), *İnsan Hakları Araştırmaları Dergisi*, 5 (2006).
- Tamanaha, Brian Z., "A Non-Essentialist Version of Legal Pluralism", *Journal of Law and Society*, 2 (2000).
- Tekeli, İlhan, *Modernite Aşılırken Siyaset*, (Ankara: İmge Yay., 1999).
- Thomson, David, *Siyasi Düşünce Tarihi*, Edit: Serdar Taşçı, (İstanbul: Metropol yay.,2002).

- Tie, Warwick, *Legal Pluralism, Toward a Multicultural Conception of Law*, (Brookfield: Ashgate Publishing Co., 1999).
- Tok, Nafiz, *Kültür, Kimlik ve Siyaset*, (İstanbul: Ayrıntı Yay.,2003).
- Ûdeh, Abdulkadir *et-Teşriu'l-Cinâi'l-İslâmî*, (Beyrut, Daru'l-Kitabu'l-Arabî, ts.)
- Vanderlinden, Jacques, “Return to Legal Pluralism: Twenty Years Later”, *Journal of Legal Pluralism and Unofficial Law*, 28 (1989).
- Vanderlinden, Jacques, *Le Pluralism Juridique: Essai De Synthèse*, (Brussels: Université Libre de Bruxelles, 1971).
- Von Benda-Beckmann, Franz and von Benda-Beckmann, Keebet, “Project Group: Legal Pluralism”, *Legal Pluralism*, Max Planck Institute for Social Anthropology, <http://www.eth.mpg.de/pubs/jb-99-01/jb2001-ii3.pdf> (Erişim tarihi 01.05.2007).
- Woodman, Gordon R., “Ideological Combat and Social Observation Recent Debate About Legal Pluralism”, *Journal of Legal Pluralism*, 42, (1998).
- Yaran, Cafer Sadık, “Dinsel Kapsayıcılık (İnkülvizizm)”, *İslam ve Öteki: Dinlerin Doğruluk Kurtarıcılık ve Birlikte Yaşama Sorunu* içinde Edit. Cafer Sadık Yaran, (İstanbul: Kaknüs Yay., 2001).
- Yavuz, Ercan, *Osmanlı Yönetiminde Gayrimüslimler: Kuruluştan Tanzimat'a Kadar Sosyal, Ekonomik ve Hukukî Durumları*, (Ankara: Turhan Kitabevi, 2001).
- Yazır, Muhammed Hamdi (v. 1942), *Hak Dini Kur'an Dili*, (yy.: Eser Neşriyat 1979).
- Yüksel, Murat, *Hukukî Plüralizm*, (İstanbul: Beta Yay., 2003).
- Zeydân, Abdülkerim, *Ahkâmu'z-Zimmîyyîn ve'l-Müste'minîn fi Dâri'l-İslam*, (Bağdat: Câmîiatu Bağdat, 1382/1963).
- Zeylâî, Cemaluddin Abdullah b. Yusuf el-Hanefî (ö.762/1361), *Nasbu'r-Râye li Ehâdisi'l-Hidâye*, 2. bs. (yy.: el-Mektebetu'l-İslamiyye, 1393/1973).