

Şer'î Hukuk: Bir Metodoloji mi, Bir Somut Kurallar Bütünü mü?

Ann Elizabeth MAYER*
Türkçesi: Arş. Gör. Sami ERDEM*

Giriş

1960'ta çağdaş İslâmî yasamanın problemleri üzerine yayımlanmış olan bir makalede Joseph Schacht İslâm hukukunun kanunlaştırılmasını tartışıyordu. Kanunlaştırmalarla ilgili olarak şu gözlemi yapmıştı:

"Ancak, bir kanun metninden ziyade, bir doktrin ve bir metot olarak geleneksel İslâm hukuku (...), tabiatı itibarıyla kanunlaştırılmaya müsait değildir ve her kanunlaştırma, sınırsız onu çarpıtmak durumundadır."¹

Schacht, o zaman için nisbeten umumi olmayan bir fenomen hakkında konuşuyordu. 1960'tan beri, en azından on yıl kadar öncesinden itibaren İslâmî uyanışın etkisi hukukî alanda kendisini hissettirmiş; İslâm hukukunun kanunlaştırılmış kısımlarını uygulamaya koyarak hukukî sistemleri İslâmîleştirme yolundaki resmî kampanyalar Pakistan, Libya, İran, Birleşik Arap Emirlikleri, Sudan ve Mısır gibi Ortadoğu'nun birçok ülkesinde gündeme gelmiştir. Buna göre halihazırda, Schacht'ın kastettiği mânada geleneksel İslâm hukukunun ihlâli anlamına gelecek ya da başkalarının tercih edebileceği bir bakış açısıyla, İslâm hukukunun gelişimi için yeni bir hareket noktasını gösterecek bir biçimde İslâmîleştirme yolunu tutan pek çok devlet bulunmaktadır.

Müslümanlar arasında, şer'î hukukun kanunlaştırılması konusundaki umumi görüşe hatırı sayılır bir desteğin mevcut olduğu görülmektedir. Kanunlaştırmanın geleneksel İslâm hukukunu haleldâr edeceği iddiası kabul edilecek olursa, böyle bir desteğin mevcudiyeti, kanunlaştırma yanlısı müslümanların ya kanunlaştırma ile ters düşebilecek olan geleneksel hukukun prensiplerini terketmeye hazır olduklarını ya da kanunlaştırmanın, mensubu buldukları geleneksel doktrin-

* "The Shari'ah: A Methodology or a Body of Substantive Rules", *Islamic Law and Jurisprudence*, ed. Nicholas Heer, (Washington: The University of Washington Press, 1990), s. 177-198. Müellif, Pennsylvania Üniversitesi'nde (Wharton School) Hukukî Araştırmalar Bölümü öğretim üyesidir (çev.).

* M. Ü. İlahiyat Fakültesi İslâm Hukuku Anabilim Dalı. Mütercim notları köşeli parantez içinde veya (çev.) notuyla belirtilmiştir.

¹ Joseph Schacht, "Problems of Modern Islamic Legislation", *Studia Islamica*, 12 (1960), s. 108.

lerle uyummadığının farkında olmadıklarını gösterir. Hukukî gelişmeler, İslâm hukukunun halihazırda dönüşüme uğramakta olduğu hususlarda geleneksel teorinin yetersiz kaldığını ortaya koyacak yönde cereyan ettiği halde, müslümanlar, İslâm hukukunun geleneksel kaynaklar teorisini terke istekli olmadıklarını ortaya koymuş durumdadırlar.

Bu yazı şunu ortaya koymaya çalışacaktır: Geleneksel şer'î hukuk doktrin ve metodunu, kanunlaştırılmış bir hukuk sisteminin gereklerine uyarılmanın teorik problemleri henüz tam anlamıyla anlaşılmiş ve çözülmüş değildir; ayrıca bu problemler İslâm hukukunun kaynaklarına ilişkin geleneksel teori çerçevesinde yer almaktadır. Bu problemler, hukukun kaynaklarına ilişkin bir teorinin, ait olduğu hukukî sistemin gelişmeye bağlı ihtiyaçlarının gerisinde kalması sonucu vâkıadaki hukukî gelişmelerin bu teoriyle bağdaştırılmasının güçleştiği zamanlarda ortaya çıkan türden problemlerdir. Şunu vurgulamak gerekir ki, modası geçmiş bir kaynaklar teorisine bağlılıkla fiilî yasama uygulamaları arasındaki gerilimler yalnızca İslâmî çevreye has olmayıp diğer hukukî sistemlerde de bulunmaktadır.² Yani bu gerilimlerin mevcudiyeti, hiç bir şekilde İslâmî hukuk mirasına has bir eksiklik ve yetersizliğin varlığını ifade etmez. Aksine bu tür gerilimlerin mevcudiyeti, bir hukukî kültürün normal gelişim tarihinin bir parçası ve bir hukukî geleneğin tarihî gelişiminde bir değişim aşamasının göstergesi olarak görülmelidir.

Bu makale, yakın dönemdeki İslâmîleştirme kampanyalarınca ortaya atılan bazı problemleri kısaca tartışacak ve şer'î hukukun tabiatını ve İslâm hukukunun kaynaklarını ele alan geleneksel telakkilerle bağlantılı olarak kanunlaştırma hareketinin önemi üzerine muvakkat bir değerlendirme yapmaya gayret edecektir.

İslâmîleştirme Öncesinde Kanunlaştırma ve Şer'î Hukuk

Şer'î hukukun modern dönemde kanunlaştırmaya konu oluşunun etkilerini ele almadan önce, hukukun ne olduğunu tesbit üzere ehliyetli hukukçulara müracaat edildiğinde, geleneksel şer'î hukukun nasıl olup da bir hukukçular hukuku (jurist's law) haline geldiğini gözden geçirmek yararlı olacaktır.

Her ne kadar tarihsel olarak şer'î hukuk, bir hukukçular hukukuna doğru gelişmişse de, pekalâ aynı şekilde kanunlaştırılmış bir hukuka da dönüşebilir. Kanunlaştırma geleneği kadîm dünyada olduğu kadar Ortadoğu kültüründe de iyi bir şekilde yerleşmişti ve İslâm hukuk tarihinin başlangıcında tercih, idareci-

² Hukukun kaynakları ile ilgili karşılaştırmalı tarihsel problemler şu eserde ele alınmıştır: Alan Watson, *Sources of Law, Legal Change and Ambiguity*, (Philadelphia: University of Pennsylvania, 1984).

nin yürürlüğe koyacağı İslâmî kanunların (codes) oluşturulması yönünde gerçekleşebilirdi. Yani, şer'î hukukun kanunlaştırılmış bir formda yürürlüğe konması tam anlamıyla mümkün olabilirdi.

Nitekim sekizinci asırda, kanunlaştırmanın meziyetlerini farkederek halifenin, birleştirilmiş tek ve resmî bir İslâm hukuku versiyonu oluşturmak üzere şer'î hukuku kanunlaştırmasını öngören, yüksek düzeyde bir hükümet görevlisi olan İbn Mukaffa' gibi tarihî bir örneğe de sahip bulunmaktayız.³ Bu, idareciye hukuku oluşturma konusunda merkezî bir kontrol imkanı sağlar ve hem 632'de Hz. Peygamber'in vefatını takiben şer'î hukukun gereklerinin farklı ictihadî tefsirlerini, hem de klasik fıkıh mezheplerinin birbirinden farklı doktrinlerinin gelişimini engellerdi. İbn Mukaffa'nın önerisi tatbik edilmiş olsaydı şu anda müslümanlar, kanunlaştırılmış çağdaş millî sistemleri temellendiren şu iki varsayımına yatkın olacaktı: Hangi kuralların kanun mecmualarında yer alacağını ve dolayısıyla da hukukun ne olacağını belirleme işi devlete aittir ve birleştirilmiş tek bir hukukî standart bir devletin sınırları dahilinde hakim olmalıdır. Tabii ki şer'î hukukun kanunlaştırılması yönündeki bu erken dönemli öneri kabul görmemiştir.

Ondokuzuncu asra kadar şer'î hukukun kanunlaştırılması yönünde ciddi herhangi bir girişimin bulunmadığı görülmektedir. Osmanlı *kanunnâmeleri* gibi bir örnek mevcut ise de bunlar İbn Mukaffa'nın kanunlaştırma fikrinin uygulamaları sayılamaz. Nihayette bunlar, çok sınırlı konuları kapsadığı için şer'î hukuk gereklerinin hukukçularca şerhedilmesinin teorik üstünlüğüne karşı koymamış ve şer'î hukukun kesin ifadeleri olarak ele alınmamıştır. Aksine, kavramsal olarak bu kanunnameler, şer'î hukuk sisteminde, nisbeten zayıf kaldığı [açık bıraktığı] alanlarda şer'î hukuku tamamlayıcı marjinal unsurlardır.

Ondokuz ve yirminci asırlarda Ortadoğu toplumları kendi hukukî geleneklerinin bir gereği olarak değil, bilakis onlara rağmen, hukukun kanunlaştırılmış versiyonlarını alıp uygulama ihtiyacı içine girdiler. Kanunlaştırma yönündeki bu

³ Joseph Schacht, *The Origins of Muhammadan Jurisprudence*, (Oxford: Clarendon Press, 1953), s. 95; Patricia Crone - Martin Hinds, *God's Caliph: Religious Authority in the First Centuries of Islam* (Cambridge: Cambridge University Press, 1986), s. 85-87. Hattâ bir rivâyete göre Halife el-Mansur, Mâlik'in *Muwatta'*ını reâyası için yegâne İslâm hukuku kaynağı yapmayı düşünmüş ancak bizzat Mâlik tarafından böyle yapmaktan caydırılmıştır (*God's Caliph*, s. 86). Crone ve Hinds, Hz. Peygamber'in vefatından Abbasîler'in ilk dönemlerine kadar mevcut olduğuna inandıkları bir "halife-hukuku" (Caliphal law) kavramı öne sürmektedirler (bk. *God's Caliph*, s. 43-57). Bunun, İbn Mukaffa'nın kanunlaştırma düşüncesinden ve halihazırda kanunlaştırma yoluyla hazırlanan İslâmî kanun mecmualarından ve kanun maddelerinden oldukça farklı olduğu anlaşılmaktadır ki kaynakları Kur'an, Sünnet ve re'y olarak belirtilmektedir (bk. *God's Caliph*, s. 54).

çağdaş hareket, modernleşmeye doğru gelişmeyi mümkün kılmak üzere şekillendirilen ve siyasî liderler tarafından Ortadoğu hukukî sistemlerindeki arkaik unsurların terk edilmesini gerektirdiği zannedilen seküler bir sâikten doğmuştur.⁴ Bu süreçte, hukukçular hukuku biçimindeki şer'î hukuk, kanunlaştırmaya diğer yerlerden daha fazla muhalefetin bulunduğu Suudî Arabistan hariç, terkedilmiştir.

Ortadoğu'da millî kanun mecmualarının (law codes) kabulü, millî sınırlar dahilinde kanunu belirleyen şeyin, hükümet tarafından düzenlenip yürürlüğe konan kurallar olduğu düşüncesinin benimsendiğini göstermektedir.

Hukukun kanunlaştırılmış formlarına topyekün geçiş sadece müslüman ülkelere has değildir. Bu, modern millî hukuk sistemlerinin hukukta birlik ve daha fazla verim ihtiyacını karşılamak üzere yapmak durumunda buldukları düzenlemenin bir parçası idi. Kanunlaştırmanın elverdiği, kuralların netleştirilmesi ve sistematik hale getirilmesi imkânı, bu ihtiyacın giderilmesi için evrensel en iyi yol olarak kabul edilegelmiştir. Buna karşılık hukukçular hukuku türündeki hukuklar genel olarak yetersiz addedilmiş ve bu yüzden terkedilmiştir.⁵ Tabî ki 'common law' dünyasında kanunlaştırma gecikmiştir ve nisbî olarak bazı Ortadoğu ülkeleri, özel (civil) hukuk sistemleri kadar yaygın biçimde kanunlaştırılmamış bulunan 'common law'dan etkilenmişlerdir. Ancak, en azından hukukun büyük bir kısmının kanunlar biçimindeki yasalarla düzenlenmesi düşüncesine uymak durumundaydılar. Başka bir ifadeyle, kanun maddeleri haline getirilmiş ya da kanunlaştırılmış hukukun kabulünü teşvik eden çağdaş evrensel baskılar hakim durumda görünmektedir.

Ortadoğu'daki yönetimler, yasamanın imtiyazını dikkate aldıklarından, çoğunluğu Fransa'dan veya Fransa etkisindeki modellerden alınma, büyük ölçüde seküler kaynaklı kanunları yürürlüğe koydular. Yani, yakın zamanlara kadar Ortadoğu'da kanunlaştırma, umumiyetle, Batı'dan kanun alma uygulaması ve yeni kanunların kapsamına giren alanlarda İslâm hukukunu her türlü takip iddiasının terk edilmesi anlamına gelmekteydi. Bununla birlikte, Avrupa kodlarının resepsiyonu yoluyla alınmasının yegâne hukuk reformu yöntemi olduğu dönemde bile, Ortadoğu'da hükümetlerin, zaman zaman, eski ve kullanışsız

⁴ Hukukî reform ve kanunlaştırma ile ilgili kısa ve yararlı tetkikler şuralarda bulunabilir. J.N.D. Anderson, *Law Reform in the Muslim World*, (London: Athlone, 1976), s. 34-85; Herbert Liebesny, *The Law of the Near and Middle East: Readings, Cases, and Materials*, (Albany: SUNY Press, 1975), s. 46-125.

⁵ Batı'da, millî kanunlaştırmaların bir hukukçular hukuku anlayışı içinden nasıl ortaya çıktığı konusunda değerli bir araştırma için bk. Alan Watson, *The Making of the Civil Law*, (Cambridge: Harvard, 1981).

hukukî eserleri bir kenara bırakmakla beraber kanun formu içinde yürürlüğe koydukları somut şer'î hukuk kurallarını muhafaza etme gayretleri mevcuttu. Şer'î hukuku kanun tertibinde yeniden ifade etme konusundaki en meşhur girişim, Hanefî kitaplarından alınmış olan mutedil ve rasyonalize edilmiş bir iltizâmât hukuku ortaya koyan 1877 tarihli Osmanlı *Mecelle*'sinde ortaya çıkmıştı. Kuralların seçimini Hanefî kaynaklarıyla sınırlamamış olan 1917 tarihli Osmanlı *Hukûk-ı Aile Karamâmesi* de bunun gibi bir başka muazzam eserdir. Yine 1950 ve 1960'larda, ahvâl-i şahsiye konularını kanunlaştırmada dikkate değer birtakım girişimler bulunmaktadır. Ancak bunlar daha önceleri uygulanabilir olan bir geleneksel şer'î hukuk geçmişine muhalif tavır takınmışlardır. Bu değişimlerin arkasındaki sâik de mevcut hukukun İslâmîleştirilmesi yönünde bir istekte değil, liberal reformcu politikaların uygulanması konusundaki bir arzuda yatmaktadır.

Belirtilen istisnalara rağmen şu söylenebilir: Ortadoğu'da hukukun kanunlaştırılması, çoğunlukla sekülerleşme ile bir tutulmuş, buna karşılık İslâm hukuku geleneksel, kanunlaştırılmamış bir hukukçular hukuku olarak anlaşılmaya devam etmiştir. Gerçek şu ki bugün İslâmîleştirme, kanunlaştırma girişimleriyle özdeş hale gelmiştir ve bu yönüyle büyük bir değişimi ortaya koymaktadır.

İslâmîleştirme Döneminde Kanunlaştırma

Ortadoğu'daki İslâmî uyanışla birlikte, Batılı hukukun ithalini Batılı kültür emperyalizminin bir görünümü olarak açıklama eğilimi artmıştır. Batılı hukuk ithallerinin terkedilmesi ve İslâm hukukunun ülkenin yegâne hukuku olarak yeniden canlandırılması şeklindeki düşünce, büyük ölçüde yaygınlık kazanmıştır.

1970'lerin başında Libya'da Muammer el-Kaddâfi, daha önce Batılı modellerden alınmış kuralların yerine geçmek üzere şer'î kuralları kanunlar haline getirerek, bir hukukî sistemi İslâmîleştirme yolunda ilk resmî girişimi başlatmıştır. Diğer İslâmîleştirme programları da müteâkiben başka yerlerde tatbik edilmiştir. Bazı ülkelerde münferid kanunlar oluşturulmuş, diğer bazılarında ise girişimler hukukun bütün alanlarını, yeni bir biçimde formüle edilmiş İslâmî kurallar şeması vasıtasıyla kanunlaştırmaya yönelmiştir.

Hukukî sistemlerin İslâmîleştirilmesi için ısrarla kanunlaştırma ve kanunların tercih edilmesi dikkate şayandır, çünkü, tarihsel örneğe bakılırsa, İslâm hukukunun tatbik edilmesi için yasama mekanizması yoluyla hükümetlerin müdahalesinin gerekli olduğu gibi bir sonuca varılmaz. Her şeyden öte İslâm hukuku, bin yıldan fazla bir süredir, mer'iyet kazanması için hükümetlerin teşrîfî tedbirlerine müracaat edilmeksizin tatbik edilmiştir. O halde tamamen imkân dahilinde olan başka bir seçenek, Batılı kanunlaştırılmış hukukun resepsiyonun-

dan önce mevcut bulunan geleneksel "hukukçular hukuku"na yeniden dönmek olabildi. Bunun anlamı da âdeta hükümetin, artık Batı etkisindeki hukuka istinad edilmeyeceğini ve müslüman hukukçuların yeniden şer'î hukukun gereklerini açıklama durumunda olacaklarını ilan etmesi olurdu.

Mamafih bu son seçeneğin takip edilmesi, hükümetlerin Avrupa tarzı kanunlaştırılmış hukuk ilk defa alındığı zaman hukukî sistemler üzerinde kazandıkları gücü terketmeleri sonucunu doğururdu. Teşrî'î imtiyazlardan feragat edilmesi, uygulamalarının da gösterdiği üzere siyasi otoritelerin hukuku belirleme gücünü ellerinde tutacakları birleşik millî hukuk sistemlerini tercih eden ilgili hükümetler için bir başarısızlık doğurabilirdi. Tabiatıyla, İslâmîleştirme ülküsünü takip etme arzusundaki hükümetler, İslâmî prensipleri, hükümet kontrolündeki bir teşrî'î faaliyet süreci vasıtasıyla yeniden ifade etmeyi tercih edeceklerdir. Böylece hükümetler, İslâmîleştirmenin hükümet kararlarıyla icra edilmesi gerektiği görüşünü -ki bu, behemehal birçok sivil [siyasî olmayan] müslüman tarafından da desteklenir hale gelen bir görüştür- bayraklaştırmak için her türlü gerekçeye sahip bulunuyorlardı.

Çağdaş Hukuk Sistemlerindeki Kaynaklar Hiyerarşisine Karşılık İslâm Hukukunun Kaynaklar Teorisi

Şer'î hukukun kanunlaştırılması yolunda günümüzdeki hareketin talep ettiği yeni düzenlemelerin tam olarak anlaşılabilmesi için, hukukun kaynakları konusundaki geleneksel İslâmî teorinin ya da *usûl-i fikh*ın gözden geçirilmesi önemlidir. Çok kısa olarak söz konusu teori, şer'î hukukun hükme esas teşkil eden (material) kaynaklarını (esas itibarıyla Kur'an ve Sünnet'i), bu kaynakları açıklamak ve yorumlamak üzere kullanılan istinbat tekniklerini (*kıyas* ve *ictihad* gibi) ve hukukî görüş birliği yoluyla onaylama prensibini (*icmâ*) ortaya koyar.

Şer'î hukuku açıklamak ve bir hukuk problemine tatbik etmek için, geleneksel anlayışa göre yorumcunun ilgili metinler ve metodoloji konusunda, yakın zamanlara kadar İslâm hukukçularının salâhiyetinde bulunan bir ehliyete sahip olması esastı. Hukuk bilginlerinin, hukukî problemlerin sahih İslâmî çözümleri/hükümleri konusunda vardıkları neticelerde büyük bir çeşitlilik bulunuyordu, fakat, klasik Sünnî mezheplere ait fıkıh kitaplarında ortaya konan geniş ölçüde farklı temel kurallar İslâmî muteberlik açısından eşit değere sahip görülüyordu. Bu sistemde hukukî prensiplerin sıhhatini sağlayan şey, geleneksel sistemin elde etmek istediği bir amaç olmayan, sonuçların birliği değil, kabule şayan ilmi esasların ve kaynakları yorumlama metodlarının genel kullanımıydı. Somut

hukuk kurallarının İslâmî köklerini oluşturan şey ise, usûl-i fıkıh esaslarına olan ispatlanabilir bir bağlılık idi.⁶

Mukayese için, usûl-i fikhın geleneksel şeması ile hukukî kaynakları sıralamaya yarayan başka bir şema arasında karşıtlık kurulabilir. Buradaki sıralama, hukukî kuralların nerede oluşturulduğunu ve bu hukukî kuralların tam olarak tesbiti için hangi kaynaklara gidilmesi gerektiğini öğrenmek istediğimizde çok önem taşır.

Modern bir hukuk yapısında kaynakları, mevcut hukuk metinlerini bulmak üzere başvurulacak birincil kaynaklar ve bu birincil kaynaklarda ortaya konulmuş olan kuralların izahlarının bulunduğu ikincil kaynaklar olarak sınıflandırabiliriz. Bunlar, hukukun nihaî olarak kaynaklandığı dinî-kültürel miras ve örfî normlar gibi hukukun uzak kaynaklarından tefrik edilmelidir. Uzak kaynaklarında bulunduğu şekliyle hukukî kuralların kökenlerini ve tarihî arka planlarını anlamak, birincil ve ikincil kaynakların anlaşılmasını kolaylaştırır, fakat hukukî sistemin gerçekte itibar ettiği kesin hukuk kurallarına ilişkin esaslarını öğrenmek için bu uzak kaynaklara müracaat edilmez.

Bu hiyerarşik hukukî kaynaklar sıralaması basite indirgenmiş gibi görünebilir ve bunun değişik hukukî kaynak tipleri arasındaki ilişkinin tarihsel giriftliğini yansıtmadığı şeklinde itirazda bulunulabilir. Buna rağmen bu sıralama, hukuku tesbit etmek için nereye müracaat edeceğimizi incelerken bir başlama noktası olarak kullanılabilir.

⁶ Usûl-i fıkıhla ilgili literatür çok geniştir. Özet bir tetkik Joseph Schacht, *An Introduction to Islamic Law*, (Oxford: Oxford University Press, 1964), s. 58-68'de bulunabilir [Türkçesi: *İslâm Hukukuna Giriş*, trc. Mehmet Dağ - Abdülkadir Şener, (Ankara: Ankara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Yayınları, 1986 (çev.))]. Son zamanlarda usûl-i fikhın temelleri üzerine yazılmış fevkalâde bir makale için bk. George Makdisi, "The Juridical Theology of Shaft'i - Origins and Significance of *Usul al-Fikh*", *Studia Islamica*, 59 (1984), s. 5-47 [Türkçesi: "Şâfi'i'nin Hukukî Teoloji Anlayışı: Usûl-i Fikhın Kökenleri ve Önemi", trc. Sami Erdem, *M. Ü. İlahiyat Fakültesi Dergisi*, sy. 13-14-15 (1995-1996-1997), s. 263-294; aynı tercüme *Sünnî Paradigmanın Oluşumunda Şâfi'i'nin Rolü*, hazırlayan: M. Hayri Kırbaoğlu, Kitâbiyât, Ankara 2000, s. 13-48'de de yayımlanmıştır.]. Bu çalışmada George Makdisi, usûl-i fikh teriminin her zaman, nihaî olarak kendisiyle özdeşleştirilmiş olan anlamı taşımadığını göstermektedir. Her ne kadar, geleneksel İslâm hukukunda umumi olarak İslâm hukuku metodolojisini ifade etmişse de, en azından onunca asra kadar anlamı bu şekliyle yerleşmemiş olan bu terimin, maddî kaynakları açıklama bilimini ifade etmek üzere değil, aksine pozitif hukukun veya somut hukuk kurallarına ait prensiplerin ifadesi için kullanıldığına dair işaretler bulunmaktadır (*a.g.m.*, s. 8-9). Ben bu önemli terimin ilk [dönemdeki] muğlaklığını ilginç buluyorum. Zira bu, İslâm hukukunun bir metodoloji mi, yoksa somut hukuk kurallarını bütünü olarak mı görülmesi gerektiği konusundaki çağdaş bulanıklığı giderici mahiyette görünmektedir.

Geleneksel şer'î hukuk sistemine tatbik edildiği vakit bu sıralama fikir vericidir. Muhakkak ki bir ölçüde sun'îlik ve basite indirgeme yoluyla bu şemanın tatbiki sonucu, halihazırdaki kanunlaştırma eğiliminin ne şekilde, geleneksel şer'î hukuk doktrin ve metoduyla çekişmelere yol açtığını tesbit etmede yardımcı olabilecek bir sınıflamaya ulaşırız.

Kanaatime göre, geçmişteki müslümanlar İslâm hukukunun birincil ve ikincil kaynakları arasında bir ayrıma giderek bunların dışındakileri uzak kaynaklar mertebesine indirmişlerdir. Bununla birlikte, geleneksel usûl-i fıkıh düşüncelerine olan vurgu, bu ayrımların tabiatını örtbas etmiş olmalıdır.

Modern-öncesi dönemde, fıkıh mezhepleri kâfi derecede tebellür edip mümeyyiz prensipleri gelişince, *fıkıh* (jurisprudence) literatürü, genel olarak hukukun birincil kaynağı olarak muamele görmüştür. Buna göre, hukukî problemleri çözmek üzere başvurulmuş şeyler Kur'an ve Sünnet'ten ziyade, tahmin edilebileceği üzere Kur'an ve Sünnet'in hukuk bilginlerince yapılmış olan tahlilleriydi. Bir hukukî problemde hangi fakihin görüşlerinin otorite kabul edileceği, ilgili tarafların bağlı oldukları mezhep, bölgede takip edilen mezhep, ilgili hukukî topluluk içinde en fazla kabul gören fıkıh kitabı ve bölgenin hukuk mütehasıslarının nisbî şöhreti gibi çok çeşitli faktörlere dayanıyordu. Birincil bir kaynaktan çözüme kavuşturulmamış hukukî problemleri aydınlatmada yardımcı olarak fakihler, fıkıh kitaplarını, fetva mecmualarını, şerh ve haşiyeleri kullanabiliyordu ki bu, fıkıh literatürünün bu unsurlarının ikincil kaynaklar olarak kullanılabilmesi anlamına geliyordu. Bu tabloda Kur'an ve Sünnet hakikâten hukukun uzak kaynakları konumuna indirgenmişti. Zira fakihler tarafından geliştirilen mezhep doktrinleri bu iki kaynağa ait metinlerde ortaya konan hususların önüne geçmiştir.⁷

Fıkıhın şer'î hukukun birincil kaynağı kabul edilmesi yönündeki imtiyaza yönelik olarak zaman zaman dile getirilmiş olan güçlü karşı koymalara rağmen, tarihî kayıtlar göstermektedir ki, modern-öncesi dönemdeki şer'î hukuk genel olarak, gerçek hukukî kuralların hukukçuların söylediklerinden ibaret olduğu anlamına gelen bir "hukukçular hukuku" olarak görülmüştür. Gerçekten, İslâm hukukçularının geleneksel olarak sahip oldukları itibar, onların hukukî yorumlama üstadları olarak hâiz oldukları statü ve hukukî otorite konusundaki inhisarlarından kaynaklanıyordu.

⁷ Yves Linant de Bellefonds, *Traité de droit musulman comparé*, I-III, (The Hague: Mouton, 1956), I, s. 19-34. Kısa olmakla birlikte, mukayeseli hukuk araştırmacısının İslâm hukukunun kaynaklarını nasıl sınıflandırıp derecelendireceğini belirleme girişimindeki problemleri inceleyen bu çalışma rastladığım en iyi incelemedir.

Hukukun kaynakları ile ilgili geleneksel teori, her ne kadar geçmiştekenden daha fazla süregelen bir münakaşayla da olsa, bugün hâlâ hayâtiyetini sürdürmektedir. Çağdaş müslüman dünyada, İslâm'ın kaynaklar hiyerarşisi ile ilgili sorular, modern-öncesi dönemde olduğundan daha yaygın bir tartışma konusu haline gelmiştir.⁸ Seküler eğitimin yaygınlaşması, okuma-yazma oranındaki artış ve iletişim alanındaki devasa gelişme yalnızca tebârüz etmiş ilim adamlarının değil, farklı kesimlerden pek çok müslümanın bu sorularla ilgili olarak sesinin duyulması demektir. Geçmişte müslüman hukukçuların otoritelerine nadiren meydan okunurken, çağdaş pek çok müslüman, yalnızca çok iyi yetişmiş din âlimlerinin Kur'an ve Sünnet'i açıklamaya ehliyetli olduğu anlayışını sorgulamaya başlamıştır. Hukukçuların şer'î kaynakların yegâne açıklayıcısı olma konusundaki otoritelerini sorgulayan çağdaş müslümanlar arasında, *fikhî* ihtiva eden fikhî kitaplarını ikincil kaynaklar düzeyine indirgeme ve onların herhangi bir bağlayıcı hukukî güce sahip olduklarını kabul etmeme yolunda gelişen bir eğilim mevcuttur.

Yine günümüzde, *fikhî*n otoritesini tamamıyla reddederek Kur'an ve Sünnet'i İslâm hukukunun birincil kaynakları olarak gören müslümanlar da bulunmaktadır. Diğer bazı müslümanlar da hadis külliyatının sıhhatini tartışmakta ve Sünnet'in önemini azaltma eğilimi taşımaktadırlar. Bunlar Kur'an'ı şer'î hukukun yegâne kaynağı kabul ederek, Sünnet'i, bazen *fikhî*yla aynı kefedede olmak üzere, en fazla ikincil bir kaynak olarak görmektedirler.

Kur'an, Sünnet ve *fikhî*n hukukî kaynaklar olarak nasıl bir sıralamaya tabi tutulacağı konusundaki yoğun karmaşaya ilave olarak bir de yorumlama amelîyesine yaklaşımlarda artan bir farklılık bulunmaktadır. Günümüzde, klasik dinî ilimlerde yetişmemiş müslümanlar şer'î hukukun çeşitli hukukî problemleri nasıl ele aldığını tesbitte geçerli kriter konusunda kendi şahsî kanaatlerini esas aldıklarından, kaynakları yorumlama metodları bakımından zaman zaman geleneksel hukukî istidlal formlarının terkedilerek bunların yerine yeni ve daha bağımsız olanlarının ikame edildiği görülmektedir.

Özetle, hukukçuların hukukî yorumunun İslâm hukukunun birincil kaynağı olarak telakki edilmesini destekleyen modern-öncesi görüş birliği kırılmış görünmektedir.

Her ne kadar günümüzdeki müslümanlar, geleneksel hukuk kaynakları teorisinin çeşitli yönleri üzerinde derin ayrılık içinde iseler de, İslâm hukuk ilmi ve kelâmının bir meselesi olarak İslâm hukukunun, bir çağdaş millî-devlet yöneti-

⁸ Kaynaklar konusunda günümüzdeki tartışmalarla ilgili bazı hususlar, aşağıda işaret edilecek olan Pakistan'daki dava örneklerinden anlaşılabilir.

minin varsaydığı şey olarak anlaşılması lazım geldiği şeklinde ya da bir başka deyişle, devletin [İslâm hukukunu] kanunlaştırma yoluyla mer'î (pozitif) hukuka dönüştürmesi halinde çağdaş yasamanın İslâm hukukunun birincil kaynağı sayılması veya Kur'an ve Sünnet'in bundan böyle hukukun uzak kaynakları seviyesine indirilmesi yolunda bir düşünce ortaya koymuş olan ciddi bir iddia bilmiyorum.⁹

Kanaatime göre bu, Schacht'in kısaca işaret ettiği -geleneksel İslâm hukuku ile kanunlaştırmanın bağdaşmazlığı şeklindeki- problemin arka planını oluşturmaktadır. Çağdaş yönetimler, yeni İslâmî kanun mecmuaları ve kanunlar da dahil olmak üzere hazırladıkları kanun mecmuaları ve kanunların hukukun birincil kaynağı -hattâ yegâne kaynağı- olarak tanınıp bunlara uyulmasını istemektedirler. Ancak nasıl olur da, hukukun kaynaklarına ilişkin İslâmî teoriler, şer'î hukuku, hükümet iradesiyle meydana getirilmiş bir somut kurallar manzumesi olarak tasavvur etmezken, müslümanların, hükümet tasarrufuyla kanun metni haline dönüştürülmüş şer'î kurallara itaat isteğine muvafakat etmeleri beklenebilir?

Şer'î Hukukun Birincil Kaynakları Olarak İslâmîleştirme Uygulamalarına İtirazlar

Daha önce de belirtildiği üzere, ne usûl-i fikhın geleneksel telakkileri ne de İslâm hukukunun kaynakları ile ilgili günümüz teorileri, seküler bir kanun yapıcının İslâm hukukunun prensiplerinin neler olduğunu belirleme yetkisine sahip olduğu şeklindeki bir anlayışı destekler. Muasır hukuk sistemlerinin İslâmîleştirilmesi taraftarlarının bu hususa açıkça karşı çıktıkları görülmediği gibi müslümanların niçin, İslâmîleştirme politikalarını takip eden çağdaş yönetimlerin yasamayla ilgili inisiyatiflerini İslâm hukukunun bağlayıcı ifadeleri olarak kabul etmeleri gerektiğini açıklayan tutarlı bir teori geliştirebilmiş oldukları da görülüyor. Bu eksikliğin sonucu olarak bugün, çeşitli ülkelerde şer'î hukukun birincil kaynağı olması düşünülen yeni yürürlüğe konmuş "İslâmî" yasamayla, bunun İslâm hukukunun birincil kaynağı olarak görülmesi için herhangi bir gerekçesi bulunmadığını kabul eden geleneksel ya da çağdaş usûl-i fikh teorilerinin eşzamanlı olarak mevcudiyetine şahit oluyoruz

⁹ Hükümetlerce yapılan İslâmî yasamayı destekleyen bir şahıs tarafından ileri sürülen bir iddiaya göre, vatandaşların yönetimde bulunanlara karşı taşıdıkları yükümlülük ve birleşik genel bir hukuka olan ihtiyaç gereği, bunlara ve sözkonusu yönetimlerin hukuk olarak ilan ettiği şeylere uyulmalıdır (Ayatullah Ahmad Jannati, "Legislation in an Islamic State", *Al-Tawhid*, 2, (1985) s. 66). Bu iddia, niçin, İslâm hukuk teorisinin bir gereği olarak müslümanların, hükümetin yaptığı kanunları İslâm hukukunun birincil ve yegâne kaynakları olarak kabul etmeleri veya usûl-i fıkha ilişkin kanaatlerini terketmeleri gerektiğini açıklamamaktadır.

İslâmîleştirme literatüründe bu meselenin ihmal edilmiş olmasından, pratikte müslümanların, çağdaş devletlerin şer'î hukuk prensiplerinin belirlenmesinde inhisar oluşturma girişimleri sebebiyle hukukun kaynaklarına ilişkin teorilerle yasama uygulaması arasında çıkan uyumsuzlukları sîneye çektikleri gibi bir anlam çıkarılmamalıdır. En geniş İslâmîleştirme kampanyalarının uygulandığı Pakistan ve İran'da, İslâm hukuk ilminin ya da kelâmının bir gereği olarak müslümanları bağlayan İslâmî hukuk kurallarının otoriter ifadelerini ortaya koyan idarî yasanın teşebbüslerine müslümanların itirazlarını gösteren örneklerle sahibiz.

1980'de Pakistan'da önemli bir itiraz, sâbık bir hakim olan Kai Kaus tarafından bir mahkeme davası şeklinde, 1977'de Ziyâulhak'ın yönetimi ele geçirmesinden kısa bir süre sonrasında itibaren takip edilen İslâmîleştirme kampanyasının kaziyelerine karşı ortaya konmuştu.¹⁰ Kur'an ve Sünnet'e dayanan açıklayıcı hükümler ve mahkeme kararları biçiminde bir sonuç peşinde olan bu davacı, İslâmîleştirme hedefine bağlılığını beyan etmekte ancak, Pakistan'da şer'î hukuku zorunlu hale getirmek için beşerî yasamaya ihtiyaç olmadığına ısrar etmekteydi. Zira bütün hukukî kurallar Kur'an ve Sünnet'te mündemiç bulunuyordu. İddiasına göre, şer'î hukuk kuralları ilâhî karakterlerinden ötürü yaptırıma sahip olurlardı ve zaten Pakistan müslümanları üzerinde bağlayıcı durumdaydılar.¹¹ Mahkemeden, Pakistan müslümanlarının Kur'an ve Sünnet'teki kurallara uyma yükümlülüğü müstesna, özgür fertler oldukları ve Allah'ın iradesine uygun olmadığı açıkça görülen her türlü düzene karşı direnme yetkisine sahip oldukları şeklindeki iddiasının tanınmasını istedi.¹² Zımnî olarak o, Pakistan hükümeti tarafından yürürlüğe konmuş olan "İslâmî" yasanın bağlayıcı karakterini inkâr ettiğini ve bu yolla yapılan kanunların Pakistanlı müslümanlar için şer'î hukukun birincil kaynağı olabileceği düşüncesine karşı olduğunu ortaya koymuş oluyordu. Kai Kaus'a göre yalnızca Kur'an ve Sünnet, şer'î hukukun temel kaynakları olma hakkına sahipti.

Âşikârdır ki hiçbir çağdaş devlet, vatandaşlarına, Kai Kaus'un istediği türden, kendilerinin hukukî hak ve yükümlülüklerinin nelerden ibaret olduğunu dinî metinlerin kendilerince yapılacak bağımsız yorumlarına dayalı olarak belirleme özgürlüğünü tanıyamaz. Nitekim normal olarak, söz konusu mahkeme, hükümetin İslâmîleştirme programının meşruiyetine yöneltmiş olduğu teorik itirazlara tatminkâr bir cevap vermeksizin Kai Kaus'un davasını reddetmiştir. Mahkeme, şer'î hukuka dayalı kanunlaştırmalara, hukukun klişeleştirilmesinin

¹⁰ Dava dosyası için bk. B.Z. Kai Kaus v. President of Pakistan, 1980 PLD SC 160.

¹¹ Aynı kaynak, s. 163.

¹² Aynı kaynak, s. 164.

yani kanunlaştırmanın Allah'ın yegâne kanun koyucu (*şâri'*) olduğu prensibinin terkine yol açtığı ve İslâm hukukunun kanunlaştırmaya uygun olmadığı şeklinde İslâmî dayanaklar muvacehesinde itiraz edilebileceğini belirtmiştir.¹³ Mahkeme, devletin diğer kanunları yaptığı şekilde İslâmî kanunları da oluşturabileceği anlayışını destekleyen İslâmî dayanak bulmaktan aciz görünmekle beraber, davanın reddini, İngilizler'in Hindistan üzerindeki yönetimlerini güçlendirdikleri zamandan beri İngiliz ve yerel kültürlerin bir karışımı olan alt kıtanın hukukî geleneğinden dayanak ve kaynaklara atıfta bulunarak gerekçelendirmiştir. Mahkemenin iddiasına göre:

"Yukarıda işaret edilen örnek uygulamaların (precedents) da ortaya koyduğu üzere, kanunların yürürlüğe konulması hususunun -ve İslâmî olanların da böyle olduğunu söyleyebiliriz (İbare esas metinde böyle yer almaktadır -yazarın notu)-, yaşayışlarını, muamelelerini ve tatbikatlarını, muktezâsınca tanzim etmelerini temin için ilgili hukukun önce yayın ya da ilan yoluyla halk tarafından bilinmesini sağlayan devletin bir fonksiyonu olduğu inkâr olunamaz."¹⁴

Tabii ki, iktibas edilmiş olan İngiliz hukuk sisteminin normlarına göre devletin, hukuku bilinir hale getirmesi doğrudur ve uygundur. İslâmî bir sistemde de durumun niçin aynı olması gerektiği hususu, gereği kadar ele alınmamıştır.

1977'de Butto yönetimini devirdiklerinden beri askerî görevlilerin ülkeyi yönettiği Pakistan'da siyasal sistem, 1978-1979 devriminden sonra din adamlarının yönetiminde belirleyici bir rol oynamaya başladıkları İran'dan çok farklıdır. İran'da, devrim sonrası rejimde İslâm hukukçularının ellerinde bulundurdukları güçlü mevki sebebiyle hukukçuların geleneksel imtiyazlarına daha fazla bağlılık gösterileceği beklenebilir. Bu bakımdan İran'da İslâmîleştirme kampanyasının şer'î hukuk kurallarının birincil kaynağı olarak hukukçular hukukuna geri dönülmesini ihtiva etmemesi şaşırtıcıdır. Aksine, Devrim sonrasında İran hukuku, aynen Pehleviler'in yönetiminde iken olduğu gibi, İran meclisi veya parlamentosu tarafından yürürlüğe konan kanunlar ve kanun mecmuaları şeklinde yapılmaya devam etmiştir. İslâm devriminin açıklanmış gayelerinden birisi olan hukukî sistemin İslâmîleştirilmesini gerçekleştirmek üzere İran meclisinde çeşitli "İslâmî" kanunlar yapılmıştır.

Âyetullah Humeyni'nin, hem karizmatik bir siyasî lider hem de resmen kabul edilmiş mütemâyiz bir hukukçu olarak hatırı sayılır bir otoriteye sahip bulunuşu ve rejim üzerindeki gücü de göz önüne alınırsa bu, garip bir sonuç olarak görünür. Humeyni'nin ifadesine göre İslâm'da 'Allah yegâne şâri'dir ve İslâmî yönetimde beşerî teşri' faaliyetine yer yoktur. İran'da yönetime gelmeden önce,

¹³ Aynı kaynak, s. 179.

¹⁴ Aynı kaynak, s. 174.

İslâmî bir yönetim için [öngördüğü] meşhur programında o, şunu öne sürmektedir:

"Gerekli kanunlarla birlikte hükümet ve idare sisteminin tamamı senin için hazır beklemektedir (...) şayet kanunlara ihtiyaç olursa, İslâm zaten onların hepsini ortaya koymuştur. Bir hükümet meydana getirdikten sonra artık oturup da kanunları belirlemene veya yabancılara tapan ve kafaları Batı ile hemhâl olmuş yöneticiler gibi kanunlarını ödünç almak için başkalarının ardından koşturmana gerek yoktur. Yapılması gereken şeyler hükümet idaresi ile ilgili programları oluşturmaktan ibarettir."¹⁵

Bu demek oluyor ki Humeynî'ye göre İslâm hukuku zaten tamamdır ve herhangi bir idarî kanun yapma prosedürüne gerek olmaksızın icraâta konulabilir. Onun anlayışına göre hükümetin yegâne rolü, esas itibarıyla icra ve yönetime matuftur, yani İslâmî kanunların tatbikini ve onlara riayet edilip edilmediğini gözetlemekten ibarettir.

Humeynî, İslâm hukukuna dayanan bir sistemde beşerî yasama faaliyetinin gereksiz olduğu şeklindeki geleneksel İslâmî anlayışı benimseyen tek İranlı hukukçu değildir. Mesela İslâm devriminden hemen sonra meclis, kısas ve diyetle ilgili olarak geleneksel şer'î kuralların bu konularda kanun haline getirilmesi için hazırlanan yeni bir kanun tasarısını görüşürken, bir başka mütemâyiz din adamı, Âyetullah Tehrânî tasarıya şiddetle karşı çıkmış, Kur'an'da ortaya konmuş olan kuralların beşerî yasama tarafından tasdik edilmesi gerektiği varsayımını, "haddi aşma" olduğu gerekçesiyle kınamıştı.¹⁶ Humeynî'nin, yasama meclisinin kurulmasına karşı olan alenî tavrının, onun İslâm devriminden sonra kabul edilen hükümet yapısının diğer yönleri üzerindeki prestijinin gerçekleştirebileceği etkiye rağmen görmezden gelinmesi, hukukî-tarihî açıdan önemsiz bir husus değildir. Meclisin rolü resmî olarak İslâm Devletinin 1979 tarihli anayasasının 4. fıkrasında belirtilmiştir. 71. madde ise yasama organını anayasal sınırlar dahilinde her türlü mesele ile ilgili kanunları uygulamaya koyma hususunda yetkili kılmaktadır. 72. madde, yasama organının, resmî dinin (İsnâaşeriyeye Şiîliği) emir ve prensiplerine ters düşemeyeceğini söyleyerek bunun nasıl olması gerektiğini belirtmektedir.

İşaret edilmelidir ki rejim tarafında şu ana kadar, anayasal çerçevede belirlendiği üzere yönetimin yasama faaliyetleri girişiminin -İslâmî yasama da dahil olmak üzere- bizâtihi kendi içinde Şiî İslâm'ın emirlerini ihlal edebileceğini itiraf hususunda bir istekliliğin mevcut olmadığı görülüyor. Humeynî'nin İran anayasa-

¹⁵ (Ayatollah Ruhollah) Khomeini, *Islam and Revolution*, (Berkeley: Mizan, 1981), s. 137.

¹⁶ Shahrough Akhavi, "Ideology and Praxis of Shi'ism in the Iranian Revolution", *Comparative Studies in Society and History*, 25 (1983), s. 216.

sının kabulüne muvafakatı, kendisinin daha önceki kanaatlerinden bir taviz olarak görünüyor. Zira, diğer bir çok İslâmî muhafazakâr ve gelenekçi gibi o da beşer ürünü bir belgenin değil, Kur'an ve Sünnet'in İslâmî bir yönetimin anayasası olması gerektiği görüşünü savunmaktaydı.¹⁷ İslâm Cumhuriyeti'nin, resmî olarak Şii İslâm üzerinde en mütemâyiz otorite olarak kabul edilmiş bir şahsiyetin görüşlerini tebcil etmesi beklenirken görünen o ki, İran'ın 1920'lerde Fransız tarzı hukuku ithal etmesinden itibaren geçen zaman içinde Humeyni'nin devrim öncesinde Batı etkisindeki anayasalar ve yasama modellerine karşı geniş biçimde aleniyete dökülüp üzerinde sıkça durulan itirazlarının aşırı derecede etkili olduğu bir dönemde, modern hukukî kültür oldukça etkili bir duruma gelmiştir.

İslâmî hukuk teorisi açısından bizâtihi anayasanın kendisinin su götürür meşruiyeti bir yana bırakılacak olursa, İran İslâm Cumhuriyeti Anayasası'nca oluşturulan çerçevede, hiçbir şüpheye mahal bırakmayacak şekilde, meclis tarafından yürürlüğe konulan yasama, hukukun ana kaynağı rolünü üstlenmiş durumdadır. Mesela, İran Anayasası'nın 167. maddesinde hakimlerin kararlarını ilk elde İran'ın tedvin edilmiş kanunlarına (*kavânin-i müdevvene*) dayandırmaya çalışmaları ve bunun mümkün olmaması durumunda da muhtemelen fıkıh literatürünü ve fetvaları ihtiva eden meşhur İslâmî kaynakları (*menâb'i-i mu'tebere-i islâmî*) kullanmaları esası getirilmiştir. Bu da gösteriyor ki, şer'î hukukun geleneksel birincil kaynaklarına (ve belki de ikincil kaynaklar) yalnızca tanzim edilmiş bir kanun maddesinin bulunmaması durumunda müracaat edilecektir. Evet, "meşhur İslâmî kaynaklar," Meclis'in uygulanabilir bir kural koymadığı yerlerde birincil kaynaklar olarak kullanılabilir. Ne var ki, sadece teşri'î bir boşluğun bulunduğu yerlerde kendilerine müracaat edileceğinden zaman zaman birincil kaynaklar olarak kullanılacakları bu yerlerde onlar, açık bir şekilde en fazla ikinci dereceden birincil kaynaklar olarak kullanılacaklardır.

Pakistan ve İran'daki bu örneklerin de sergilediği gibi, beşer ürünü kanunların, İslâm hukukunu yeniden ifade etmek üzere düzenlendiği anlaşılabilir hukukî sistemlerde hukukun birincil kaynakları düzeyine çıkarılmasındaki tenakuzların farkında olan müslümanlar da bulunmaktadır. Şu kadar var ki, "kanun" statüsünü kazanaçak şeyleri belirleyen hususun hükümet kararları olduğu düşüncesi, çağdaş hukukî sistemlerde öylesine yerleşmiştir ki, İslâmîleştirme programlarının geleneksel şer'î hukuk metodolojisini muhafaza etmesi gerektiğini savunanların istidlalleri dikkate alınmaz olmuştur.

¹⁷ Khomeini, *Islam and Revolution*, s. 55.

Yeni İslâmî Yasamanın Çelişkili Sonuçları: Zina Kanunları Örneği

Ulusal İslâmî yasamanın ilginç örnekleri, zina ile ilgili olarak Libya, Pakistan, Sudan ve İran'da kanun haline getirilerek yürürlüğe konan farklı kurallarda görülebilir. Zina, şer'î hukukta en ciddi suçlardan biridir ve hem Kur'an hem de Sünnet'ten oldukça fazla sayıdaki delillere dayanır. Yani bu, hakkında geniş malzeme kaynağının bulunduğu ve hakkında başka pek çok konuda olduğundan daha hususi kurallar konmuş olan bir konudur. Hal böyle olmakla birlikte, sözü edilen ülkelerde zina ile ilgili yasamalar tek bir devletin sınırları dahilinde uygulanabilen tek bir hukukî standardın bulunduğu, ancak zina ile ilgili kuralların suçun işlendiği ülkeye bağlı olarak değiştiği bir duruma götürecektir. Bazı noktalarda farklılık gösterir. Bu ise hukukun yöreselliği gibi -geleneksel şer'î hukukta öngörülme- bir anlam içerir.

Zina cezası konusunda yazılı kaynaklarda potansiyel olarak uygulanabilir özellikte kurallar bulunmaktadır. Mesela Kur'an, [en-Nûr] 24/2'de 100 değneklik bir ceza öngörmektedir. Ayrıca Sünnet'te zânîlerin ölünceye kadar taşlanması ile ilgili hususlar yer almaktadır. Zina haddi ile ilgili nassları uzlaştırmanın yegane olmasa bile, muhtemel yollarından birisi, Kur'an'daki cezanın evlenmemiş zânî için, recm cezasının da *muhsan* olan, yani zinadan önce evlilik yaşamış zânî için olduğunu ifade etmek olagelmıştır. Geleneksel fıkhıta, gerçek zina haddini neyin belirlediği konusunda nihaî olarak çözüme kavuşturulmamış tartışmalar mevcuttur.

Tabii olarak, zina haddi ile ilgili ulusal yasama, kaynaklardaki farklılıkları ya da onların geleneksel yorumlarını yansıtamaz. Aksine o, her bir durumda zina cezasının ne olması gerektiği konusunda yalnızca tek bir yorumu resmî standart olarak seçmek durumundadır. Normal olarak, zinanın nasıl bir cezaya tabi tutulması gerektiği konusunda görüş birliği bulunmadığından, bunun sonucunda ulusal yasama çok farklılık gösteren bir hal almıştır.

1973'te Libya zânî için 100 değnek cezasını öngören bir zina kanunu çıkarmış,¹⁸ 1979'da ise Pakistan, muhsan olmayan zânî için 100 değnek ve muhsan zânî için de recm cezası getiren bir kanunu yürürlüğe koymuştur.¹⁹ 1983 Sudan Ceza Usulü Kanunu'ndaki zina ile ilgili maddeler, cezanın muhsan zânî için idam, bekâr erkek için sopa ve aynı zamanda bir yıl süreyle hapis ve sürgün olması dışında Pakistan hukukundakinin benzeridir.²⁰ İran ise, 1982 yılında

¹⁸ Bu kanunla ilgili bir tartışma için bk. Ann Mayer, "Libyan Legislation in Defense of Arabo-Islamic Sexual Mores", *American Journal of Comparative Law*, 27 (1979), s. 297-298.

¹⁹ Enforcement of Hudood Ordinance VII of 1979, Sections 5 (2) (a) ve 6 (3) (a).

²⁰ 1983 tarihli Sudan Ceza Usulü Kanunu, madde 318.

zânîleri farklı cezalar alan beş kategoriye ayırmıştır. Bu cezalar içinde, muhsan için recm, muhsan olmayan için 100 değnek, yaşlı muhsanlar için recmden evvel 100 değnek, evlenmiş ancak henüz zifafa girmemiş kişiler için sopalama, başını traş etme ve bir yıl sürgün ve özel bir takım durumlar ihtiva eden cürümlerde de idam hükümleri yer almaktadır.²¹

Geleneksel İslâm hukukunda sonuçların sıhhatini sağlayan şey, makbul yorumlama yöntemlerinin kullanılmasıydı. Böylece sonuçlardaki çeşitlilik müsamaha ile karşılanıyordu. Oysa söz konusu yeni ulusal zina kanunları bağlamında sonuçlardaki çeşitlilik, tamamen, adı geçen yasama organlarınca yapılmış olan tercihlerden kaynaklanmaktadır. Peki bu şartlarda İslâmî teori açısından sonuçların sıhhatini sağlayacak olan nedir? Kaynakların muayyen bir ceza tayin ettiğine inanan bir müslüman, yalnızca devlet tarafından ilgili şer'î kural, ulusal olarak uygulanabilir olması için kanun haline getirilip uygulamaya kondu diye niçin farklı bir standardı kabul etmek durumunda olsun? Öyle görünüyor ki böyle bir kabulü isteyebilmek için herhangi bir teorik meşruiyet bulunmamaktadır.

Zina ile ilgili kanuna efkâr-ı umûmiyenin tepki gösterme ihtimalinin diğer ülkelerden daha fazla olduğu Pakistan'da yeni zina kanununda öngörülen recm cezasına karşı hukukî bir itiraz, 1979 tarihli Anayasa Tadil Talimatı'nda mevcut olan bir prosedür işletilerek yapılmıştı. Buna göre, "Kur'ân-ı Kerîm ve Sünnet'te yer alan İslâmî emirlere aykırı" olan kanunlara itiraz sadedinde şahsî olarak vatandaşların dava açmalarına izin veriliyordu.²² Recm cezasının geçerli olup olmadığı konusundaki tartışma, hükümetin, Pakistan'lı müslümanların Pakistan yasamasını İslâm hukukunun birincil kaynağı olarak tanımları gerektiği yolundaki düşüncesine teorik bir meşruiyet sağlayamadığını ortaya koymuştur. Yine bu tartışma, müslümanların şer'î hukukun kaynakları konusunda geleneksel düşünceye bağlılıkta devam ettiklerini ve resmî İslâmîleştirme düzenlemelerinin, zorunlu olarak İslâm hukukunun birincil kaynakları gibi kabul edilmesinin beklenemeyeceğini göstermiştir. Gerçekten de, zina ile ilgili hususta görüldüğü kadarıyla davacılar zina konusundaki yasamanın İslâm hukukunun gerçek kaynaklarında ortaya konmuş olan zina hükümlerinin daha vazih hale getirilmesi girişiminden öteye gidemeyeceğini düşünmüşlerdi. Bu nedenle de söz konusu girişim, şayet uygulanabilir İslâmî prensipleri tam olarak dile getirmiyorsa, düzeltme konu olmalıydı.

²¹ İran'da zina ile ilgili esaslar, Resmi Gazete'nin 10972 no ve 1361/8/4 tarihli nüshasında yayımlanmış olan hudud ve kısas ile ilgili bir kanunun parçası olarak yayımlanmıştır. İlgili maddeler 99-103.

²² Hazoor Bakhsh v. Federation of Pakistan, 1981 PLD FSC 145.

Davacılar iddialarında, kendilerine göre İslâm hukukunun birincil ve/veya ikincil kaynakları olarak geleneksel otoritelerini açık biçimde muhafaza eden Kur'an, Sünnet ve fık'hî yorumlara müracaat etmişlerdi. Analiz ve açıklamalarını Kur'an ve Sünnet'ten naslara dayandıran davacılar, Pakistan zina yasamasının şâibeli olduğunu, çünkü doğru standardın Kur'an ([en-Nûr] 24/2) tarafından ortaya konduğunu iddia etmişlerdi. Davacılar, ilgili Pakistan yasamasının doğru olmayan bir biçimde Sünnet'te yer alan -kendi değerlendirmelerine göre sıhhati şüpheli olan- recm hükümlerine öncelik tanıdığını ve özel ya da istisnâî vasf taşıyan durumlarla ilgilendiğini ileri sürmüşlerdir. Davacılar mahkemeyi recm cezasının İslâmî emirlere aykırı olduğu konusunda ikna etmeye muvaffak olmuşlar ve mahkeme de sözkonusu kanunun iptaline karar vermiştir. Bunun üzerine Pakistan'da zinâ için öngörülen recm cezası mahkeme kararıyla yürürlükten kaldırılmış, yalnızca Kur'an'da ([en-Nûr] 24 /2) belirtilen 100 değnek cezası korunmuştur.

Bu karar Pakistan ortamında belirgin siyasî sonuçları olan bir karardı. Çok basite indirgeme gibi olsa da, nisbeten mülâyim olan Kur'anî cezanın bugün daha fazla sayıda liberal Pakistanlı müslüman tarafından desteklendiği, buna karşılık, suçluların recmedilmesine izin veren Sünnet'teki hükmün İslâmî gelenekçiler, muhafazakârlar ve İslâm hukukçuları tarafından tercih edildiği söylenebilir. İslâmî liberaller nasıl ilk hazırlanan zina kanununu kabul edilemez bulmuşlarsa aynı şekilde İslâmî muhafazakâr ve gelenekçiler de onun yürürlükten kaldırılmasına ve 100 değnek standardıyla değiştirilmesine şiddetle karşı çıkmışlardır. Pakistan yönetimi için muhafazakâr grubun desteği, siyasal açıdan önemlidir. Muhtemelen bu gruba olan bağımlılık ilk elde recm cezasının benimsenmesinde bir faktör olmuştu. Bu sebeple hükümet daha önceden, muhafazakâr din adamlarını dahil etmek suretiyle mahkemenin kompozisyonunu değiştirerek davanın temyizini istedi. İkinci davada mahkeme, tahmin edilebileceği üzere muhsan zânî için recmin gerçek şer'î ceza olduğu konusunda hükümetle aynı görüşü paylaşarak ilk başta hazırlandığı şekliyle kanunun geçerliliğine karar verdi.²³

Kanunu eleştiren taraflar gibi mahkeme de ilk başta kararlaştırılan recm cezasının doğru olduğuna hükmederken Kur'an ve Sünnet'e geniş atıflarda bulunmuş ancak yazılı kaynakları, Kur'anî cezanın yalnızca muhsan olmayanlara uygulanacağı sonucuna vararak farklı bir biçimde yorumlamıştı. Şurası önemlidir ki, ne davada bir taraf olarak Pakistan Hükümeti ne de mahkemeler, Pakistan zina kanununun esas itibariyle hükümetçe yürürlüğe konduğu için bağlayıcı sayılması gerektiğini ileri sürmeye hazırды. Aksine, gerek mahkemeler, gerekse

²³ Federation of Pakistan v. Hazoor Bahsh, 1983 PLD FSC 255.

hükümeti temsil eden davalılar, sanki şer'î kaynakların geleneksel teorisi sapasağlam yerindeymiş gibi davranmışlardır. Her ne kadar İslâmî emirleri ihlâl ettikleri gerekçesiyle Pakistan kanunlarına karşı çıkmaya izin veren kanun açık biçimde, İslâmîleştirme süreci içinde gözden geçirilecek olan seküler Pakistan kanunlarına karşı itirazlara imkân tanımak için yürürlüğe konmuşsa da, adı geçen mahkeme aynı kanunun, hükümetin İslâmîleştirme kampanyalarının bir parçası olarak uygulamaya koyduğu yeni "İslâmî" kanunların meşruluğuna karşı çıkmak için kullanılamayacağı yönünde bir karar vermemiştir. Şu halde ilgili bütün taraflar için İslâm hukukunun birincil ve ikincil kaynakları hakikaten Kur'an, Sünnet veya fıkıh ya da bunların kısmî terkibi idi ve taraflar, zina cezasının İslâmî kriterlere göre geçerli olup olmadığını tayin için Pakistan hukukuna değil bunlara başvurmuşlardır.

Ancak bir kere hükümet, davanın yeniden gözden geçirilmesinin neticesini önceden belirleyecek şekilde müdahale edince artık açtıkları ki bundan sonra ilgili İslâmî kaynakları anlayışlarına bakılmaksızın bütün Pakistanlıların Pakistan zina kanununa, uygulanabilir şer'î hukuk prensiplerinin nihaî bir ifadesi olarak boyun eğmeleri beklenebilirdi. Yani, Pakistan İslâmîleştirme programı çerçevesinde yeniden gözden geçirilmesi istenmiş olan ve resmî olarak İslâmî kaynakların sahih açıklamasını içerdiği hükme bağlanan recm cezası ile ilgili kanun, bundan sonra artık Pakistan'da zina cezasının birincil kaynağı statüsüne çıkarılmıştır. Ancak bu durumun geleneksel kaynaklar teorisi ile nasıl bağdaştırılabileceği konusu bir yana bırakılırsa -ki, kesin olduğu varsayılan bu kanun, mahkeme kararlarıyla iki kez değiştirilmiş bulunuyor- bunun nasıl bir öncelikli prestije sahip olmuş olabileceği hususu büyük ölçüde belirsiz hale gelmiştir. İlk hazırlandığı şekliyle kanundaki recm cezasının İslâmî gerekçesini kabul etmeye meyyal olmayan müslümanların, mahkemenin kendi görüşünü değiştirdiği ikinci kararına boyun eğmelerini beklemek çok zordur. Geçmiş uygulamaların Pakistan hukukî sistemindeki gücüne rağmen, burada açıkça hukukî prosedür dışı güçlerin, siyasal gerekçeli müdahalenin ve Pakistan askerî yöneticilerinin baskılarının bir ürünü olan bu kararın meşru bir hukukî hüküm ortaya koyduğunu kabul etmek zordur.

Sudanlı müslümanların, Numeyri'nin 1985'te yönetimi ele geçirdikten sonraki İslâmîleştirme düzenlemelerine zina kanununun pek çok yönlerini de içine alan eleştirileri umumda konuşulur olmuştur. İran ve Libya rejimlerinin baskıcı politikaları, bu ülkelerde, İslâmî yasamayı eleştirenlerin umuma açık konuşmalarını tehlikeli hale getirmektedir. Ancak bu ülkelerdeki müslümanların, hükümetin İslâmîleştirme tedbirlerini İslâm hukukunun geleneksel kaynaklarına dayanarak değerlendirmeye tabi tutmaya Pakistan ve Sudan'dakilerden daha az meyyal olduklarını düşünmek için bir sebep yoktur. Şu söylenebilir: Müslümanlar bu

ülkelerde yasama organlarınca seçilmiş olan cezaların çeşitliliğini kavradığı ölçüde zinanın nasıl cezalandırılacağı konusunda tutarlı olmayan ulusal standartların var olduğu gerçeği, bütün bu standartların uygulanabilir şer'î hukuk kurallarının hakiki ifadeleri oluşunun güvenilirliği konusundaki şüpheleri şiddetlendirmeye yönelik olacaktır.

Şu halde, İslâm hukukunun kanunlaştırılmış versiyonlarının otoritesi, hükümetin, sınırları dahilinde İslâm hukukunun ne olacağını belirleme konusunda yegâne imtiyaza sahip olmasının kabulünü gerekli kılmakta ise de, İslâmîleştirme, müslümanların hukukî otoriteyi tekeline alma yönündeki her türlü hükümet iddiasıyla bağdaşmayan bir İslâmî hukuk kaynakları teorisine sınıksız bağlı bulunduğu bir dönemde ilerlemesini sürdürmektedir.

İslâmîleştirme Döneminde İslâmî Kaynaklar Teorisinin Akıbeti

Yukarıda belirtildiği üzere İslâmîleştirme uygulamaları zaman zaman eleştirilmesine rağmen, müslümanlar, İslâm hukukunun geleneksel kaynaklar teorisi ile bağdaştırılamaz oluşundan hareketle İslâmîleştirme projelerini terketmeye gönüllü görünmüyorlar. Görünen o ki, bugünün müslümanlarının öncelikleri değişiyor. Bundan dolayı da onlar şer'î hükümlerin hükümetlerce kanun haline getirildiğini görmeye büyük önem atfediyorlar. Gerçi aynı zamanda bunun, müslümanların terk etmekten uzak oldukları geleneksel şer'î kaynaklar teorisine büyük ölçüde problemler getirdiği yolundaki bilinçlenme de gelişmek durumundadır.

İslâmîleştirme çizgisini takip eden hükümetler ne fakihlere ne de vatandaşlarına, kendilerini sorumlu sayacakları İslâm hukukunun hükümlerini belirleme imtiyazını devretme arzusu gösteriyorlar. Aksine bütün rejimlerin, kendi kanun ve kodlarını İslâm hukukunun birincil kaynağı statüsüne çıkararak İslâmî emirlerin resmî açıklamasının ne olacağı konusunda kontrolü elde tutmaya azimli oldukları görülmektedir. Böylece, hukukun İslâmîleştirilmesi için baskılar devam ederken, hükümetler eliyle İslâm hukukunun kanunlaştırılması ve sistemleştirilmesi uygulaması da büyük ihtimalle benzer şekilde devam edeceğe benziyor.

İslâm hukukunun kanunlaştırılması devam etmek durumunda olduğuna göre, nihâî olarak geleneksel kaynaklar teorisi ile hükümet yasaması kanalıyla uygulanan İslâmîleştirme arasındaki ihtilâfların çözülmesi gerekir. Somut şer'î hükümlerin geleneksel kaynaklar teorisinden ayrıştırılması ve modern devletlerce yapılan yasamanın meşruiyetine uygun düşecek yeni kaynak anlayışlarının ortaya çıkması sürecinde bu ihtilâfların hemen hemen çözülmeye yaklaştığı görülmektedir. Müslümanların geleneksel kaynaklar teorisine olan güçlü bağlılıkları ve bilindiği kadarıyla bu teorinin bin yıldan fazla bir süredir şer'î hukukun anlaşıl-

masındaki merkezi yeri dikkate alınır, bu sürecin hakikaten çok nazik ve sıkıntılı olacağı anlaşılır. Şayet tamamlanırsa bu süreç, şer'î hukukun, metodolojinin esas olduğu hukukî bir gelenekten, ayırıcı özelliği somut kurallara ilişkin belirli prensiplerin hükümetlerce kanun haline getirilmesi olan bir hukukî geleceğe dönüştürülmesinde gerçekten bir etki sahibi olabilir.