

İSLAM HUKUKUNUN FELSEFİ MER'İYETİ

Doç. Dr. Şahban YILDIRIMER*

Özet: Bir hukuk normunun meşruiyeti ne onun pozitif hukuk olarak devlet doktrini şeklinde uygulanmasına ne de toplum tarafından hayatı şekillendiren bir norm olarak kabul edilmesine bağlıdır. Başka bir ifadeyle bir normun devlet tarafından insanların yaşamlarını düzenleyen bir hukuk normu olarak düzenlenmiş olması ve buna bağlı olarak insanların bu normu hayatlarına uygulamaları onun için yeterli bir meşruiyet kriteri değildir. Sonuç olarak aslanan bir normun felsefi değeridir, onun pozitif olarak uygulanması yani sosyolojik mer'iyeti değildir. Bu kabul, hukuk tarihi içinde "tabii hukuk" teorisini savunanların en önemli ilkesi olmuştur.

Anahtar Kelimeler: İslam hukuku, hukuk felsefesi, pozitif hukuk, ahlak, değer.

The Philosophical Validity of The Islamic Law

Abstract: The legitimacy of a legal norm depends neither upon its application of a state doctrine as positive law nor on its application as a norm that shapes life by society. In other words, the fact that a norm is regulated by the state as a norm of law regulating the lives of people, and therefore the application of this norm to their lives is not a sufficient criterion of legitimacy. As a result, the main thing is the philosophical value of a norm, not its positive implementation that is to say sociological validity. This acceptance was the most important principle of the 'natural law' advocates in the history of law.

Keywords: Islamic law, philosophy of law, positive law, morality, value.

GİRİŞ: HUKUKTA MEŞRUIYET

Meşruluk kavramı, genel olarak alışılmış anlamıyla yürürlükteki bir hukuk normuna uygunluk biçiminde anlaşılacakla birlikte, bunun yeterli bir ölçü vermediği ortadadır. Her konulmuş norm, varlığının meşruluğunu belirli bir ölçüye göre kanıtlamak durumundadır. İçeriği ne olursa olsun, herhangi bir hukuksal normun, meşru olarak benimsenmesi onun salt konulmuş bir hukuk normu olmasıyla sağlanamaz. Bu itibarla meşruluk kavramının, var olan hukuk normuna uygunluktan başka bir anlamının bulunması gerekmektedir.¹ Bundan dolayı hu-

* Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi İslami İlimler Fakültesi İslam Hukuku Anabilim Dalı, sahan.yildirim@asbu.edu.tr

1 Gürbüz, *Hukuk ve Meşruluk*, s. 37. Özbilgen bu durumu şöyle ifade eder: "filhakika meşruiyet kelimesinin umumiyetle alışılmış olan manası, müspet bir hukuk normuna uygunluk keyfiyetidir. Pozitivist telakki tarzının noktai nazarı olan, meşruiyetin dar manası, tabirin ifadelendirdiği muhtelif vaziyetleri ihata edebilme kudretinden mahrumdur. Mevzu hukuk kaideleri, meşruiyete bizatihi bir kıstas teşkil etme vasfını bizzarure haiz değillerdir. Zira bu mevzu normlar da mevcudiyetlerinin meşruluğunu, muhtelif esaslara göre, ispatla mükelleftirler." Özbilgen, *Hukukta Meşruiyet Meselesi Üzerine Bir Deneme*, s. 8.)

kuksal normlar, salt konulmuş olmak ve mer'î bir şekilde tatbik edilmekle hukuk-sallık özelliğini kazanamazlar. Söz konusu normlara verilmiş biçim ne olursa olsun, bu normların içeriğinde belirli değerler ve inanışlar düzeneğinin bulunduğu ve hukuksal normların özünde bir değer yargısı taşıdığı unutulmamalıdır.²

Bu açıdan hukuk normatif bir düzeni ifade ettiğinden dolayı, “olan” ı değil “olması gereken”i gösterir. Başka bir ifadeyle hukukun betimlediği düzen eylemsel bir düzen olmayıp, gerçekleşmesi gereken ideal bir düzendir. Hukukun varlık nedeni, “olan”ın “olması gereken” doğrultusunda belirlenmesidir ve bu da hukukun deontolojik özelliğinin anlamına da uygun düşmektedir.³ Burada şunu ifade etmek gerekir ki, “olması gereken” hiçbir zaman “olan”dan çıkarılamayacaktır. Hukukun “olan” değil “olması gereken” şeklinde deontolojik içerikle ifade edilmesi, bu alana ilişkin değerlerin metafizik/teolojik/transandan kaynağını gündeme getirmektedir. Zaten toplumda geçerli değer yargılarının toplumsal ilişki ve gerçekliğin tek ölçütü olarak alınması, “olan”dan “olması gereken”i çıkarmak olur ki bu da değerler mantığına aykırıdır. Burada temel soru, “olması gereken”in içeriğinin nasıl doldurulacağıdır. Bu konudaki temel kabul, hukukun belirleyici ögesinin etik değer olduğu ve hukukun etik değer temeline dayalı bir düzeni ifade ettiğidir. Olgusalın normatif gücüne ancak bu çerçevede; yani etik değerler süzgecinden geçirildikten sonra kıymet verilebilir. Yoksa kendiliğinden oluşan olgusal bir gerçekliğin, yalnızca “olgusalılığı” nedeniyle “hukuksal olarak korunan bir duruma dönüştürülmesi” gereğini içeren bir görüş benimsenemez. Haddizatında hukuksal normlar aracılığı ile topluma bir kimlik kazandırılmaktadır.⁴ Bu ayırım, meşruluk kategorisinde; olgusal meşruluk ve gereksel meşruluk şekline tanımlanır. Olgusalılığın belirleyici bir ölçüt olarak alınmasıyla, meşruluk ifadesi; “eylemsel olan”la açıklanırken, “olması gereken”in bir kriter olarak belirlenmesi ile meşruluk kavramı, “gereksel olan”la açıklanmaktadır. Meşruluğun “eylemsel olan”la açıklanmasıyla yetinilmesi bu açıdan eleştiriye açık bir yaklaşımdır.⁵

Hukukun oluşumunda etik değer, temel bir öge ise de hukukun tespitine tek başına yetmemektedir. Etik değerın gerçekleşme olanağını olgular biçimlendirmektedir. Çünkü değerın yerleşmesine karşı bir direnç söz konusudur. Zira değerın gerçekleşmesi için olayların direncini kırma fonksiyonunu görmek üzere normun somutlaşması gerekmektedir. İslam dininin toplum hayatını değiştirme

2 Gürbüz, *Hukuk ve Meşruluk*, s. 40.

3 Özbilgen, *Eleştirel Hukuk Başlangıcı Dersleri*, s. 303.

4 Gürbüz, *Hukuk ve Meşruluk*, s. 21. Bu konuda bakınız: Ernest E. Hirsch, “İktidar ve Hukuk”, s. 305.

5 Gürbüz, *Hukuk ve Meşruluk*, s. 7.

sürecinde de aynı şekilde değerler karşısında büyük bir direnç söz konusu idi. Bu direncin gerçekliğinin kabulü nasların tedrici gelişi ve değer yüklü hukuki ve ahlaki normların toplum hayatına uygulanmasında bu gerçeklik belirleyici olmuştur. Hatta toplumsal direnç o kadar uzun bir süre almıştır ki; hayatının sonuna doğru bu dirence karşılık değiştiremediği kimi hususlar bu dinin önderinin vicdanında bir ukde olarak kalmıştır.⁶ Aslında peygamberler tarihi “olan”ı “olması gereken” şekline dönüştürme tarihidir. Başka bir ifadeyle peygamberlerin temel mücadelesi yaşadıkları toplumları ilahi öğretiyi doğrultusunda, “olması gereken” yönünde evirmek ve bunu kalıcı kılmak olmuştur

A. HUKUKUN POZİTİVİTESİ SORUNU

Hukuka saygının istenilen düzeyde gerçekleşmesi için ahlaksal değerler içermesi gerektiğine işaret eden hukukçulara göre; ahlaka dayanmayan bir hukukun varlığını düşünmek olanaksızdır. Zira hukukun en önemli içeriğini ahlaki değerler oluşturur. Hatta ahlaki değerler ve onlara inanç olmaksızın bireysel ve toplumsal yaşam hiçbir biçimde insani bir kimliğe kavuşturulamaz. Ahlaki bir değer olan adalete dayanmayan ve ahlaki değerlere inancın olmadığı bir hukukun egemen olduğu bir ortamda hiçbir sorumluluk ve ödev bilinci oluşmayacaktır.⁷ “Hukukun mer’iyeti, felsefi anlamda ahlaka dayanmasına bağlıdır. Çünkü hukukun gayesi, ahlaki bir hedefe yöneliktir. Gerçi hukuk, ahlaki doğrudan doğruya gerçekleştirmez, fakat ahlaki mümkün kılar. Bu manada hukuk, ahlakın imkân sahalarından biridir. Çünkü ahlaki mümkün kılmak, hukuk nizamının bir hedefidir; daha doğrusu hukuk nizamının bir hedefi de ahlaki mümkün kılmaktır. Bu ahlak, hukukun, hukuk olabilmesi için içermekle sorumlu olduğu bir hayır unsurudur. Bu hayır unsuru ise en genel anlamıyla adalettir.”⁸

Bu bağlamda İslam hukukunun devlet gücüne dayanmak suretiyle pozitif bir hukuk olarak mer’iyette/yürürlükte olmaması onun için bir eksiklik değildir. Çağdaş kimi hukuk felsefecilerine göre; *hukukun kendi öz karakterini muhafaza edebilmesi için mutlaka harici bir otorite ve buna bağlı olarak bir yaptırım gücünün bulunması şart değildir. Yaptırımdan mahrum olduğu için tatbik kabiliyeti bulama-*

6 Hz Aişe'den rivayet edilmiştir. “Nebî (s.a.v.) buyurmuştur ki: kavmin, cahiliyye devrine yakın olmasaydı, Beytullah'ı yıktırır ve Kâ'be'ye, Hıcr'ı yeniden dâhil ederdim. Beytullah'ı zemin seviyesine indirir; Bâb-ı şarki ve Bâb-ı garbi olmak üzere iki kapı yapardım. Ve böylece İbrâhim'in (inşâ ettiğ Beyt'in) vaz'-ı aslîsine bâliğ ve vâsıl olurudum. Buhari, Kitabu'l Hacc, Hadis no:784.

7 Aral, *Hukuk Felsefesinin Temel Sorunları*, s. 92-93.

8 Çağıl, *Hukuka ve Hukuk İlmine Giriş*, s. 71.

yan bir hukuk kaidesi “hukuki” vasfını yine muhafaza eder. Çünkü yaptırım (cebir unsuru) hukukun mahiyetine dâhil değildir. Yalnız hukuk tahakkuk edebilmek için yaptırıma istinat edebilir, daha doğrusu yaptırım vasıtasıyla gerçekleştirilebilir. Fakat bu keyfiyet yaptırımın (cebir unsuru) hukukun mahiyetine dâhil olduğunu gerektirmez. Bundan dolayı da yaptırımdan mahrum bir hukuk, yine de mahiyetini muhafaza eder. Bu itibarla bir hukuk normu ihtiva eden herhangi bir kanunun tatbikini temin edecek bir kudrete, mesela devletin kudretine istinat edip etmemesi hukuk mefhumu için ehemmiyeti haiz değildir.⁹ Bundan dolayı hukuk kaidelerinin güç ve yaptırıma istinat eden sosyal kurallar olarak nitelendirilmesine yönelik eleştiriler vaki olmuştur.

Hukuk normunun yaptırımla desteklenmesinin zorunluluğunu reddeden günümüz bazı hukuk felsefecileri, aynı bakış açısıyla hukuk normunun uygulamaya geçişi için devletin uygulama otoritesine ihtiyaç olmadığı kanaatindedirler. Örneğin, hukuk felsefeci Özbilgen'e göre; “bir hukuk normu ihtiva eden herhangi bir kanunun tatbikini temin edecek bir kudrete, mesela devletin kudretine istinat edip etmemesi hukuk mefhumu için ehemmiyeti haiz değildir. Bundan dolayı hukuk kaidelerini kuvvete, cebre istinat eden sosyal kurallar olarak nitelendirmek doğru değildir.¹⁰ Normun içeriğinin devlet tarafından belirlenmesi teorisine kimi çağdaş hukukçular “etatist pozitivizm” adını vermişlerdir.¹¹ İslam hukukunda normun içeriği belirlemede devletin herhangi bir yetkisi yoktur. Yukarıda ifade ettiğimiz gibi İslam hukuku, devlet organizasyonlarının olmadığı dönemlerde de toplum hayatını düzenleme fonksiyonunu icra ediyordu. Bu gerçeğin bir başka ifadesi şudur: *Cebir yolu ile tatbik edilebilme kabiliyetinden mahrum bir hukuk, hukuk olmaktan çıkmaz.*¹²

İslam hukukunun bu özelliği “sivil hukuk” kavramıyla nitelendirilmiştir. İslam hukukçularına göre; *fıkıh; Kur'an ve Sünnet temelinde üretilmiş sivil bir hukuktur. Bu açıdan pozitif hukuk sistemlerinden farklı olarak bu hukuk, herhangi bir siyasi erkin kontrolü veya görevlendirmesi olmaksızın tamamen sivil bir çaba ile ve özgür bir ortamda oluşturulmuştur. İslam tarihinde tesis edilmiş olan devletlerin bağımsız bir hukuk yapmaması ve bunun yerine mezheplerin tesis ettiği hukuku esas almış olması da fıkıhın sivil bir irade ile tesis edildiğini göstermektedir.*¹³

9 Çağlı, *Hukuk Metodolojisi Dersleri*, s. 112.

10 Çağlı, *Hukuk Metodolojisi Dersleri*, s. 112.

11 Özbilgen, *Eleştirel Hukuk Başlangıcı Dersleri*, s. 46.

12 Çağlı, *Hukuk Metodolojisi Dersleri*, s. 114.

13 Bayder, *Fıkıh Konusunda Bilinmesi Gereken 88 Soru*, s.16.

Çağdaş kimi hukuk felsefecilerinin temel tezi; pozitif hukuk dışında sosyal hayatı düzenleyen normların varlığının kabulüdür. Bu tezin İslam hukuku açısından uygunluğunu ifade etmek gerekir. Yukarıda belirttiğimiz gibi, İslam hukukunun devlet doktrini olarak uygulanmadığı dönemlerde de İslam hukuk normları toplum hayatını düzenlemekte idi. Bu durum insanların devlet şeklinde bir organizasyon içinde olmadıklarından dolayı değildir. Başka bir ifadeyle bu durum, primitif olarak nitelendirilen dönemlere ilişkin bir uygulama örneği olmayıp aksine insanların devlet şeklinde organizasyonların içinde yaşadığı dönemlerde de görülen bir uygulamadır. Bu durum “kanunlaştırma hareketleri” sürecine kadar böyle devam etmiştir. Hatta bu açıdan kimi hukukçular, uygulamada birliğin sağlanması gerekçesiyle girilen “kanunlaştırma hareketleri”ni İslam hukukunun çoğulcu yapısını kısıtladığı gerekçesi ile eleştirmektedirler. Gerçek şu ki; İslam hukuk normları devlet doktrini olarak pozitif hukuk şeklinde düzenlenmese de bu hukuk, varlığını sürdürecektir bir dinamizme sahiptir. Aslında bu durumu; hukuk felsefesi açısından “ekstraetatik” yani devlet dışı hukuksal uygulamaların var olabileceği tezinin en güzel örneğini İslam hukukunun tarih içindeki uygulamalarında görebilmekteyiz. Ülkemizde vatandaşların resmi nikâhını yaptıktan sonra ayrıca dini nikâh yaptırılmaları buna örnek olarak verilebilir. Ayrıca Müslümanların dini duyarlılıkları nedeniyle faize mesafeli duruşları ve tasarruflarını faizli bankalardan uzak tutmaları atıl bir sermayenin birikmesine sebep olmuştur. Gerek ülkemizde gerekse farklı birçok İslam ülkesinde bu kaygıları taşıyan Müslümanların pasif tasarruflarını finansal sisteme dâhil etmek için ülkemizdeki nitelendirilmesiyle katılım bankacılığı devreye konulmuştur. Müslümanların dünyada finansal sisteme hakim olan kapitalizme entegre olmamaları İslam'ın felsefi mer'iyeti açısından kayda değer bir yaklaşımdır.

B. NORMATİF YÜRÜRLÜK

Normatif yürürlük, hukukun norm boyutunda yürürlük göstermesi halidir. Bu yürürlüğe, en basit ifadesiyle; kâğıt üzerindeki yürürlük de denir. Hukuksal pozitivizmi savunanlara göre, yetkili makamlarca gerekli şekil şartlarına uyularak meydana getirilen hukuk normları, öngörülen zamanda yürürlük kazanır ve bu yürürlük varlığını sürdürür. Bu teoriyi savunanların eylemsel yürürlükle kast ettikleri şey biçimsel yürürlüktür.

Hukuk olgusunun genellikle üç unsurdan; norm, sosyal olgu ve etik değerden oluştuğu kabul edilir. Bu unsurlardan “norm” u esas alan ve “hukukun özü normdur” anlayışını savunan ekoller; hukuksal pozitivizm ve normativizmdir. Reel görüşler içinde yer alan hukuksal pozitivizm, var olan hukukun pozitifitesi-

ne önem vermekte ve her türlü metafizik, aşkın ve soyut unsurları ret etmektedir. Yine reel görüş içinde yer alan normativist okula göre, hukukun özü mantıksal bir yapı olan hukuk normudur. Bu akım da sosyal olgu ve etik değeri, hukuk ötesi (metajüridik) unsurlar olarak nitelendirmekte ve “hukuksal pozitivizm”in hatalarına düşmektedir.¹⁴ Hukuksal pozitivizm, yasama erkine ait iradenin biçimsel olarak ortaya çıkmasını yeterli görmekte ve biçimci bir özelliğe bürünmektedir. Bağımsız bir varlık niteliğine sokularak adeta tabulaştırılan yasama iradesi ya da devlet, hukukla özdeşleştirilmektedir. Eğer hukuk yalnızca siyasal erki elinde bulunduran gücün iradesini ifade ediyorsa ve ‘yasamanın iradesi’ olmanın dışında hiçbir bağlayıcı ilke söz konusu değilse, bu durumda hukuk kaçınılmaz olarak, egemen sınıfın isteğini yasa biçiminde kutsallaştırmasından başka bir anlama gelmeyecektir. Diğer yandan, hukuksal pozitivizm ahlaki değerlere ters düşen bir hukuk kuralını da hukuk olarak benimseme durumuna düşebilmektedir. Oysa hukukun sadece verili bir buyruk olmayıp toplumsal koşullarla, bilimsel verilerle, etik değerlerle ilintili bir toplumsal olgu olduğunda hiç kuşku yoktur.¹⁵

Hukuksal pozitivizm, yasama iradesinin biçimsel olarak ortaya çıkmasını yeterli görmekle biçimci bir özelliğe bürünmektedir. Bağımsız bir varlık niteliğine sokularak adeta tabulaştırılan yasama iradesi ve dolayısıyla devlet, hukukla özdeşleştirilmektedir. Haddizatında hukuksal pozitivizm, orijini itibarıyla, otoriteye salt boyun eğmeyi barındırdığı için teolojik bir yaklaşımı ifade etmektedir. Çünkü bu teoride, yönetilenlerin yönetmenlerin iradesine salt bağımlılığı söz konusudur.¹⁶ Eğer hukuk yalnızca siyasal erki elinde bulunduran gücün iradesi anlamına geliyorsa ve ‘yasama erkinin talebi’ olmanın dışında hiçbir bağlayıcı ilke söz konusu değilse, bu durumda hukuk kaçınılmaz olarak, egemen sınıfın talebinin yasa biçiminde kutsallaştırmasından başka bir anlam ifade etmeyecektir. Diğer yandan hukuksal pozitivizm ahlaki değerlere ters düşen bir hukuk kuralını da hukuk olarak benimseme durumuna düşebilmektedir. Oysa hukukun sadece verili bir buyruk olmayıp toplumsal koşullarla, bilimsel verilerle, etik değerlerle ilintili bir toplumsal olgu olduğunda hiç kuşku yoktur.¹⁷ Sonuç olarak, sosyo-moral gereksinimleri karşılamayan hatta onunla çatışan davranış kuralları, kâğıt üzerinde kalmaya mahkûm oldukları gibi, hukuksal kimlik de taşımazlar.¹⁸

14 Öktem, *Fenomenoloji ve Hukuk*, s. 52.

15 Gürbüz, *Hukuk ve Meşruluk*, s. 36.

16 Özbilgen, *Eleştirel Hukuk Başlangıcı Dersleri*, s. 52.

17 Gürbüz, *Hukuk ve Meşruluk*, s. 36.

18 Özbilgen, *Eleştirel Hukuk Başlangıcı Dersleri*, s. 51. Özbilgen’in şu hassasiyetine katıldığımızı ifade etmek isterim. “Sosyo-moral gereksinimleri teknik biçimde sistemleştirmeyen yasamalara karşı başkaldırma gereğini savunuyor değiliz.” Özbilgen, *Eleştirel Hukuk Başlangıcı Dersleri*, s. 67.)

C. FELSEFİ YÜRÜRLÜK

İnsanı tarif edenler genellikle insanın sosyal bir varlık oluşunu merkeze koyan bir tanım yaparlar. Oysa insanın ayırıcı karakteri başka bir ifadeyle mümeyyiz vasfı; onun sosyal değil ahlaki bir yaratık oluşundadır. Zira insanın dışında da sosyal yaratık karakteri taşıyan varlıklar bulunmasına karşılık; insan, ahlaki karakterli tek yaratıktır. Sosyallik insanın ontolojisinde varken, ahlakilik, deontolojisinde ve teleolojisinde yer almakta; insan istese de istemese de sosyal bir yaratık iken, ahlaki bir varlık olmak üzere kendi kendisini oluşturmaktadır. Bu gerçeklikten hareketle hukuk, insanı ahlaki bir varlık olarak değil, ahlaki olması gereken bir varlık olarak dikkate almak durumundadır. Bu ise doğası gereği ileriye dönük bir düzenlemedir. Başka bir ifadeyle hukuk, insana, sosyal bir varlık olarak bakmakla birlikte onun için ahlaki olma yollarını açık buldurmak ve onu bu yolda teşvik etmekle yükümlüdür.¹⁹

Kimi çağdaş hukukçular insanın ahlaki doğasının ilahi kaynağına işaret ederken bu verili durumun “normatif şuur” ile ampirik sahada görüldüğünü ifade etmişlerdir. Örneğin, Ord. Prof. Dr. Orhan Münir Çağıl, insanı diğer canlılardan ayıran en temel özellik olarak, insanın normatif şuura sahip oluşunu zikreder. Ona göre “*insan bu şuurla doğru ile yanlışı, olumlu ile olumsuz, günah ile sevabı, iyi ile kötüyü, haklı ile haksızı, Rabbani olan ile şeytani olanı bir birinden ayırır. Teknik olarak ifade edecek olursak insan, mantiki şuurunu ile doğru ile yanlışı, ahlaki şuurunu ile iyi ile kötüyü, hukuki şuurunu ile haklı ile haksızı, dini şuurunu ile İlahi olan ile şeytani olanı ayırırken, estetik şuurunu ile de güzel ile çirkinini bir birinden ayırır.*”²⁰

Hukuk, normatif bir düzenlemeyi ifade ettiğinden dolayı, “olan” ı değil “olması gereken” i gösterir. Dolayısıyla, hukukun betimlediği düzen, eylemsel bir düzen olmayıp, gerçekleşmesi gereken ideal bir düzendir; böylece hukukun varlık nedeni, “olan”ın “olması gereken” doğrultusunda belirlenmesidir.²¹ Bu açıdan hukuk normu “olması gereken”i deyimler. Hukuk, tıpkı ahlak kuralları gibi insanların belli biçimde davranmalarını buyurur. “Olması gerekeni” belirleyen bu kuralların iyiyi, güzeli, adili ve doğruyu gerçekleştirmek gibi amaçları vardır. Estetik, etik, hakikat ve adalet değerleri teleolojik niteliktedirler. “Olan” ise bir durum saptamasından ibarettir. Örneğin, doğa olayları gözlemlenerek onlardan bazı kurallar çıkarılıp genellemelere gidilebilir. Ama bu genellemeler hiçbir zaman “olması gereken” değildir. Oysa hukuk ve ahlak kurallarında durum farklıdır. “Yalan söylememelisin”

19 Özbilgen, *Eleştirel Hukuk Başlangıcı Dersleri*, s. 396.

20 Çağıl, *Hukuka ve Hukuk İlimine Giriş*, s. 12, 554

21 Aral, *Hukuk ve Hukuk Bilimi Üzerine*, s. 55. Aral, *Hukuk Felsefesinin Temel Sorunları*, s. 90.

ahlak kuralına aykırı davranmak olanaklıdır, ama aslanan yalan söylememektir.²² Bu manada etik yürürlük, realiteye ilişkin olmakla birlikte, realiteden çıkmamakta; realitenin, kendisine göre belirlendiği bir regülatif (düzenleyici) karakteri taşımaktadır. Etik yürürlük, deontolojik (gereksel) ve teleolojik (ereksel) bir yürürlüktür. İnsan ve dolayısıyla da toplum, bir takım gerek ve ereklere gerçekleştirmek üzere vardır. Varlık amacı bu gerçekleşimi garanti altına almak olan hukuk da, doğallıkla, bu doğrultuda bir yürürlüğe sahiptir. Bir başka deyişle hukuk, sosyal olay ve kurumları, realitede oldukları gibi değil, olması gerektiği biçimde ele almaktadır.

Normun felsefi meriyetini savunan hukukçular yasaların biçimsel veya yasal geçerlilik usul ve yöntemleri yerine, yasaların mahiyetine ve değerine odaklanmışlardır. Bunlara göre; hukukî meriyet (geçerlilik) büyük ölçüde ahlâkî ve vicdanîdir. Çünkü akıl ve vicdan sahibi olan insan, hukuku anladığı ve içten onadığı ölçüde ona uygun davranır. Hukuku koyan üstün güç karşısında insan, körü körüne tüm beden ve ruhu ile teslim olmak istemez. Hukuk, var olduğu ve bilindiği için değil, aksine bir toplumun tüm hakkaniyetli ve adaletli düşünenlerinin vicdanlarına uygun bulunduğu için hukuktur. Hukukun niteliğinin, salt güce dayalı zorlayıcı bir düzen olmadığı, daha ziyade ahlâk açısından bağlayıcı bir nitelik taşıdığı göz önünde bulundurulmalıdır. Böylece hukuku koyan üstün güç, kanun koyma işinde ahlâkî bir sorunla karşı karşıyadır. Adaletle uygun olabilecek bir düzenin ayrıca bazı mantıkî formlar içinde ve belli bir sisteme göre meydana getirilmesi gerekmektedir. Daha açık bir deyimle, bu düzen boşluk ve çelişme ihtiva etmeyen mantıkî ve planlı bir sistem olmalıdır. Hukuk hem etik hem de mantıkî açıdan doğru olmalıdır. Bundan dolayı hukukta yalnızca mantıkî değerlendirme yeterli değildir, bunun etik değerlendirme ile tamamlanması zorunludur. Bu bakımdan, bir normun somutlaştırılmasıyla elde edilecek kararın gerçekten inandırıcı olabilmesi, ancak onun hem kanundan mantıken çıkarılmış olması ve hem de adaletli olarak algılanmasıyla mümkündür.²³ Örneğin; post-positivist bir hukukçu olarak kabul edilen Aulis Aarnio, bir normun geçerliliği için; biçimsel geçerlilik (sistemik geçerlilik), etkililik ve kabul edilebilirlik (aksiyolojik geçerlilik) kriterlerini belirlemektedir. Ona göre, bir normun geçerliliği sadece onun biçimsel geçerliliğine (sistemik geçerliliğine) ve etkililiğine bağlanamaz. Onun kabul edilebilirliğini de hesaba katmak gerekir. Zira bir hukuk sistemi, bazı asgari ahlâkî icaplara saygı gösterdiği oranda hukuk düzenidir.²⁴

22 Öktem, *Fenomenoloji ve Hukuk*, s. 58.

23 Aral, *Hukuk ve Hukuk Bilimi Üzerine*, s. 157.

24 Gözler, *Hukukun Temel Teorisine Giriş*, s. 81.

D. SOSYOLOJİK YÜRÜRLÜK

Hukukun felsefi açıdan mer'iyeti ya da sosyolojik açıdan mer'iyetinden hangisinin daha önemli olduğu konuları hukuk felsefecileri tarafından tartışılmış, her ekol kendi görüşünü desteklemek için farklı argümanlar kullanmıştır. Hukukun ya da normun felsefi mer'iyetinin asıl olduğunu iddia edenlere göre; bir normun görünürde uygulanır olması hakikatin ölçüsü değildir. Aksi kanaatte olanlara göre ise; 'hukukun pozitifitesi, yani hukukun yürürlük kazanmış olması son derece önemlidir. Eğer hukuk, sağlayacağı sosyal düzen için yürürlükte değilse en adaletli norm dahi değersizdir.²⁵ Daha yalın bir ifadeyle; insanların hukuka itaatlerinin nedeni önemli değildir. Önemli olan hukukun uygulanmasıdır. Bu durumda hukuka itaat; cebrî, tanrısal müeyyide korkusu ya da sadece bir takım sosyal baskılarından kaçınma arzusuna dayansa da önemli değildir, önemli olan sonuçtur. Böylece beklenti çıtası düşürülerek normun veya hukukun sosyolojik mer'iyetinin yeterliliği savunulmuştur. Oysa hukukun muteber olması ve mer'iyetini sadece sosyal, iktisadi, milli bünye ve amillerin, kısaca münhasıran meknî (immanent) etkenlerin tasvibine, başka bir ifadeyle müspet hukukun mer'iyeti ve meşruiyeti münhasıran sosyal ve iktisadi bünyeye benimsenmeye ve münhasıran halk tarafından tasvip edilme keyfiyetine müstenit olamaz. Bu mevzuda son merhale bu değildir. En derin ve nihai anlamda hukuk, kuvvet ve tasvibe değil, bilakis daha yüksek, en ulvi bir "olması lazım gelen"e, "süper pozitif" bir kıymete istinat etmek zorundadır.²⁶ Aynı zamanda hukukun muhtevasında, hukuku hukuk yapan manevi bir hayır unsurunun da bulunması lazımdır. Müspet hukukun ruhunu teşkil eden bu hayır unsuru hukukun ahlakıdır. Hukukun ahlakı, ahlaki ideali de adalet ve insaniyettir. Bu manada ahlak cebren elde edilemez, fakat hukuk cebren uygulanmaya müsaittir. Buna muvazi olarak, vazife şuuru da zorla elde edilemez. Buna mukabil vazife zorla ifa ettirilebilir. Bundan dolayı, "vazife şuurundan kuvvet almayan, vecibe ve mükellefiyet ifası düşüncesine dayanmayan" bir hukuk nizamının zemini çürük ve tesadüflere bağlıdır.²⁷

Bu tür yürürlüğü temel yaklaşım olarak kabul edenlere göre; hukuk ne yasa-manın keyfi iradesinin ürünü ve ne de istenilen içeriğin verilebileceği bir hukuksal normlar sistemidir. Hukuk; sosyal yaşam için vardır ve bu nedenle de yasama erki tarafından konduğu hallerde bile, bir kez konduktan sonra, artık ona ait olmaktan çıkar; sosyal yaşama ait olur ve dolayısıyla da, onu sosyal yaşam koşulları-

25 Aral, *Hukuk ve Hukuk Bilimi Üzerine*, s. 22.

26 Çağıl, *Hukuka ve Hukuk İlmine Giriş*, s. 55.

27 Çağıl, *Hukuka ve Hukuk İlmine Giriş*, s. 60-61

na göre kavramak gerekir. Oysa hukuk, sadece sosyal olaylarca belirlenmemekte; sosyal olaylar, etiğin gerçekleşmesine sınır çizmektedir.²⁸

Hukukun sosyolojik meriyetini bir kriter olarak kabul eden kimi Müslüman düşünürler (bilinçli ya da bilinçsiz) bu kabul üzerinden İslam hukukunun pozitif hukuk olarak tümüyle bir devlet doktrini şeklinde uygulanmadığı gerekçesi ile değersizleştirmektedirler. İslâm hukuku adına yeni teklifler getirdiği iddiası ile kimi entelektüellerin hukukun meşruiyeti için sosyolojik mer'iyeti bir kriter olarak belirledikleri de görülmektedir. Bu düşüncede olanlar, hukuku, felsefi bağlamından koparmak pahasına bunu yapmanın bu hukuka bir katkı olduğunu zannetmişlerdir. Hatta daha da ileri giderek İslâm hukukunun sosyolojik olarak mer'iyette olmamasının bu hukuka bir nakisa getireceği endişesi içinde olmuşlar, bu hukukun temel değerlerinden tavizler vererek ve onu rasyonalist bir çizgiye çekerek her şeye rağmen pozitif olarak uygulanması gereken bir hukuk olduğunu zannetmişlerdir. İslâm hukukunun pozitif hukuk olarak uygulanmasını bu hukuk için tek meşruiyet kriteri şeklinde görenler diğer tüm faktörleri göz ardı etmekten de çekinmemişlerdir.²⁹

Bu anlayışla son iki yüz yılda İslâm toplumlarının Batı dünyası karşısında teknolojik, askeri, eğitim, sağlık ve kalkınmışlık gibi birçok alanda geri kalmışlığının faturası ne yazık ki bu değerlere yöneltilerek bir hedef saptırmasına gidilmiştir. Entelektüeller maalesef bu konuda fikrî savrulmalar yaşamış ve birçok yönden apolejetik bir yaklaşımla bu değerler üzerinden başarısız bir tartışma zemini oluşturmuşlardır. Hukuk alanında normun ve hukukun felsefi değerini maalesef idrak dahi edememişlerdir. “*Aslında hukuki düşünmenin hareket noktasında: hukuk mantığı ve kanun tekniği; hukuk sistematiği ve hukuk tekniği; dar manada hukuk ilmi ve yine dar manada hukuk metodolojisi vardır. Fakat hedef noktasında da: hukuk etiği, hürriyet ve adalet idesi; hukuk felsefesi ve geniş manada hukuk metodolojisi; nihayet kanun üstü ve hatta hukuk üstü ve ötesi değerler vardır.*”³⁰ İslam hukuku adına hukukun metafizik alana ilişkin evrensel hukuki ve ahlaki değerlerin olması ve bu değerler üzerine inşa edilecek normatif düzenlemelerin varlığını iddia etmenin beşeri hukukçular nezdinde de makul gerekçeleri olduğu görülmektedir. “*İnsan ve insanın muayyen bir dimasiyonu olan sosyal kâinat 'hukuk'suz, 'ahlak'sız ve 'metafizik'siz payidar olamaz. Hukuk, ahlak ve metafizik*

28 Özbilgen, *Eleştirel Hukuk Başlangıcı Dersleri*, s. 435.

29 Bedir, “Fetva ve Değişim” s. 42-52.

30 Çağıl, *Hukuka ve Hukuk İlmine Giriş*, s. XXV.

(din) de: hürriyetsiz olamaz. Hürriyet, akılda ve aşk ile dolup taşan vicdanda en son haddini bulur. Hürriyet bütün idelerin çıktığı yaratıcı manevi bir ana zemindir. Ve yine hürriyet, bütün idelerin yöneldiği namütenahi bir hedeftir. İdeler, hürriyetin tükenmez istikametleridir. Hürriyet idelerde, idelerin diyalektik hareketinde aktüelleşir. Bu diyalektik hareket, hakikatin hareketidir. Hakikat, hürriyetten çıkan idelerin diyalektik hareketine mündemiçtir. Hürriyetin özünden gelen iki kuvvet, akıl ve vicdan bu diyalektik hareketi sevk ederler, etmelidirler. Bu bakımdan akıl ve vicdan hareket halinde hakikattir. Mesela, 'hukuki akıl ve vicdan' şeklinde tezahür eden adalet, hakikatin sosyal kâinattaki hareket şeklidir.”³¹

Sosyolojik meriyete takılan entelektüeller sıklıkla İslam dünyasının geri kalmışlığı üzerinden hareketle paradigma oluşturmaya çalışmaktadırlar. Oysa dikey boyutta yüksek değerlerin yatay düzlemdeki görüntüsü ve bu değerlerin yatay düzlemdeki pozitivitesi/uygulanması bu değerlerin hakikatini test etme kriteri değildir. Zira yatay düzlemdeki uygulamalar dikey boyuttaki değerler için bir kriter olarak alındığında ya da düz mantıkla böyle bir öncül durumunda yanlış sonuçlara ulaşmak kaçınılmaz olacaktır. Yatay düzlemde bu değerlerin pozitivitesini hedefleyen bir hukuk sisteminin muhtemel başarısızlık durumlarında bu değerler, öneminden asla bir şey kaybetmeyecektir. İslâm hukukunun uygulama alanındaki görüntüsü dikey boyutta savunduğu değerler için bir ölçü olmayacaktır. Entelektüel bakış açısıyla uygulamadaki aksaklıklar dikey boyuttaki değerlerin savunulmasına engel olmamalıdır.

Transandantal kaynaklı dikey boyuttaki değerler ile bunların yatay düzlemde aktüalize oluşları arasındaki ilişki de son derece önemlidir. Yatay düzlemdeki bu değerlerin görüntüsü, başarılı ya da başarısız uygulamaları dikey düzlemdeki bu değerler için asla bir kriter niteliğinde olmamalıdır. Başka bir ifadeyle bu değerlere dayalı pozitif hukukta ve toplumsal yaşamda olumlu görüntüler verilmemesi bu dikey değerlere asla gölge düşürmemelidir. Ancak düz bir mantıkla konu ele alınınca bu değerlerden böyle bir yaşam modeli ortaya çıkmaktadır. O halde “bu değerler hayatın gerçekleriyle barışık değerler değildir” şeklindeki bir anlayış kabul edilebilir olmaktan uzaktır. İslâm toplumlarında yatay düzlemdeki görüntüler dikey düzlemdeki değerlerin savunulmasına engel olmamalıdır. Entelektüel bakış bunu gerektirmektedir.

31 Çağıl, *Hukuka ve Hukuk İlmine Giriş*, s. XXV.

E. HUKUKTA CEBİR UNSURU VE TASVİP BOYUTU

Bir hukuk normunun formel (biçimsel), sosyolojik ve etik açılarından mer'iyetlerinin uygulamada gelenek, cebir ve tasvip şeklinde tezahür eden boyutları vardır. Bu boyutların birbiri ile olan ilişkilerini kısaca açıklayalım: Kanun koyucu, belirli bir prosedür çerçevesinde usulüne uygun olarak bir irade izhar ettiğinde bu irade, kanuni bir hukuk normu olma hüviyetini kazanır ve bu sıfatla biçimsel bir mer'iyeti haizdir. Bu formel mer'iyet yaptırım gücünü devletin otoritesinden almaktadır ki buna “cebir” denir. Bu güç kanun koyucunun iradesinde bil kuvve mevcuttur. Bu yaptırım gücü sosyolojik mer'iyette aktüalize olur. Bu yönüyle hukukun otoritatif bir cephesi vardır ki bu unsura “zecrilik” denir. Bu otoritatif cephe, hukukun nizam fonksiyonunun etkin olmasını sağlar. Hukuk, otoritatif tarafıyla, sosyal davranış normları olan hukuki emirlere, gönüllü olmasa dahi bireylerin saygı göstermesi ve uyması temin edilir. Hukuktaki bu zecrilik keyfiyeti hukukun mahiyetine ve mefhumuna dâhil bir unsur değildir. Çünkü hukuk, hukuk olabilmek için daima cebre muhtaç değildir. Cebir, daha ziyade hukukun mahiyetinin bir sonucudur. Bununla ‘*hukuk normlarına riayet*’ hususunda zor kuvvetini kullanmaya ihtiyaç olmaksızın hukuka riayet temin edilir. Hukuk güvenliği ve istikrarı için maddi cebir meşru olarak kabul edilmektedir. Bütün insanlar hukuka kendiliklerinden riayet edebilecekleri bir olgunluk seviyesine erişemedikleri ve belki de tam manasıyla erişemeyecekleri için hukuki cebrin zaruretinin de kabul edilmesi gerekir.³² Şu da bir gerçektir ki, hukuk, adalet dediğimiz ahlaki değere hizmet etmekte, onun toplumsal yaşamda gerçekleşmesine yardımcı olmaktadır. Adalet, salt ve objektif ahlâki bir değer olduğundan ötürü insanların akıl ve vicdanlarına seslenmekte, onlara belli bir davranışı buyurabilmektedir. Hukuk adalet gibi etik bir değere dayalı olduğu için, anlayışlarına yöneldiği bireylerden kendisini onamalarını beklemekte ve ancak böylece, belli davranışlar için bir buyruk karakterini kazanmaktadır. Yoksa vicdanen kabule değer olmayan, sırf dışarıdan buyrulan bir normun bağlayıcılığının, bireyleri yükümlü kılması düşünülemez.³³

Ancak cebrin, normun muhtevasına dâhil olduğu ya da hukuk normunu diğer davranış kurallardan ayıran temel özelliğın, hukuk normunun yaptırımla donatılmış olduğu tezine yönelik eleştirel yaklaşımlar felsefi olarak son derece tutarlıdır. Hukuk normları genellikle “maddesel yaptırımlarla donatılmış davranış kuralı” olarak tanımlanır. Bu tanıma göre hukukun ayırıcı karakteri “maddesel yaptırımla

32 Çağlı, *Hukuka ve Hukuk İlmine Giriş*, s. 93

33 Aral, *Hukuk Felsefesinin Temel Sorunları*, s. 189.

donatılmış olma"sıdır. Oysa yaptırım, hukukun bir unsuru olmayıp, yürürlüğünü sağlamak üzere ona sonradan eklenmektedir. Hukukun, sadece bu yönü ile üstelik kendi bünyesine dâhil olmayan bir yönü ile tanımlanmasına karşı çıkan hukukçular bu tanımın şu şekilde ifade edilmesiyle doğru bir tanıma dönüşebileceğini ifade etmişlerdir: Hukukun ayırıcı özelliği (ayırıcı karakteri değil) "maddesel yaptırım ile donatık" değil; "maddesel yaptırım ile donatılmaya elverişli" olmasıdır.³⁴ Başka bir ifadeyle maddesel yaptırım, hukukun kriterini biçimlememekte, ona sonradan eklenmektedir. Sonuç olarak bir norm, maddi yaptırımla donatıldığı için hukuksal karakter taşımamakta, hukuksal karakter taşıdığı için maddi yaptırımla donatılmaktadır.³⁵ Çünkü yaptırım, hukukun belirleyici karakterini biçimlememektedir. Yalnız, hukuk tahakkuk edebilmek için yaptırıma dayanabilir, daha doğrusu yaptırım vasıtasıyla gerçekleştirilebilir. Fakat bu keyfiyet cebrin/ yaptırımın hukukun mahiyetine dâhil olmasını gerektirmez. Ayrıca sıradan bir davranış kuralını, maddesel bir yaptırım ile donatmak, ona hukuk kuralı olma niteliğini kazandırmaz. Zira hukuk kuralı sosyal bir realiteyi, etik esaslara göre düzenleyen ve türdeşleri ile belirli ilişkiler halinde bulunan normdur.

Hukukî mer'iyetin bir *iktidar cephesi*, bir de *psikolojik cephesi* vardır. Hukukun, uygulandığı toplumda mer'iyetinin tamamlanması için ifade edilen devlet otoritesine müsteniden zorla uygulanabilir olmaktan başka, bir de hukuka tâbi olanlarca kabul görmesi gerekir. Başka bir ifadeyle hukukun uygulandığı toplum, hukuka meşru bir nizam olarak itaat ederse işte o zaman hukuk tam olarak mer'iyetine kavuşmuş demektir. Bu itaat cebir ya da korku ile sağlanabilir. Başka bir ifadeyle hukuk, mer'iyetini ceza müessesesi yoluyla belki sürdürebilir. Fakat yürürlükte kalmasının meşruiyeti sadece böyle bir mesnede dayandırılmamalıdır. Bunu sosyolojik mer'iyetin psikolojik cephesi olan "*hukuka tâbi olanların kabulü*" takip etmelidir.³⁶ *Hukuku yalnızca eylemsel olarak belli bir normun yürürlükte olmasıyla tanımlayan ve savunan bir görüş, hukukun bağlayıcılığının temeli sorununu açıklayamaz.*³⁷ Hukuk normlarının muhtevasının kabulünde bir de "tasvip" boyutu vardır ki bu da hukukun etik boyutu ile ilgilidir. Dar manada her hangi bir normun, geniş manada hukukun, uygulandığı toplum tarafından "*kabul*" görmesi sosyolojik mer'iyeti ifade ederken, bu kabulün "tasvip" düzeyinde karşılık bulması "*etik mer'iyeti*" ifade etmektedir. Başka bir ifadeyle hukukun toplum tarafından itaat ve kabul keyfiyetinin "tasvip" düzeyinde gerçekleşmesine "etik meriyet" de-

34 Özbilgen, *Eleştirel Hukuk Başlangıcı Dersleri*, s. 28.

35 Özbilgen, *Eleştirel Hukuk Başlangıcı Dersleri*, s. 349.

36 Çağıl, *Hukuka ve Hukuk İlmine Giriş*, s. 88-89.

37 Gürbüz, *Hukuk ve Meşruluk*, s. 41

nir. Bu tasvip, psikolojik ve sosyolojik unsurları ihtiva etmekle beraber hukukun meri'yetinin etik esaslarına götüren bir köprüdür. Zira hukukun meri'yetinde en son nokta, hukukun etik meri'yetidir. Çünkü hukukun nihaî hedefi, adalete ve ahlâka uygun olmaktır. Başka bir ifadeyle pozitif hukukun nihaî gayesi ve idealî, *akli-ahlâkî nizamı* gerçekleştirmektir.³⁸ Leh hukukçulardan Petrajitski'nin ifade ettiği gibi; *“insanların hukuk kaidelerine uyması ya da boyun eğmesi devletin icbar kuvvetinden değil, insanların ruhlarında doğurdıkları bir duygudan neşet etmelidir.”*³⁹

Etik boyutun eksik olduğu durumlarda hukuk ile hukukun uygulandığı süje arasında adeta bir kin oluşur. Hukuk normunun tasvip ve itaat düzeyinde bir kabulünün önemsizliğini kabul edenlere göre; vatandaş, isterse hukukun buyruğuna, dışlerini gıcırdatarak uysun; yalnızca hukuka uygun davranmakla o, hukuk düzeninin kendisinden istediği şeyi yapıyor ve legaliteyi yerine getiriyor demektir.⁴⁰ Oysa bireylerin hukukî ödev ve buyrukları içten benimsemeleri, daha doğrusu hukukun, bireylerin içten benimseyeceği ve onayacağı bir öğeyi içermemesi durumunda, onun yürürlük ve bağlayıcılığının rastlantıya kalacağı ya da, hukuk düzenine (toplumsal düzene) ihtiyaç duyulduğu için dış zorlamaya ve sırf devlet gücüne dayanacağı açıktır. Bununla da, hukukta bizi bağlayan şeyin kendi irademiz değil, yabancı bir irade olduğu, tümüyle hukukun yasa koyucu dediğimiz yabancı bir iradenin bize yüklediği yasak ve buyruklardan oluşan bir sistemden ibaret bulunduğu görüşüne varılmış olacaktır.⁴¹

Hukukî meriyet (geçerlilik) büyük ölçüde ahlâkî ve vicdanîdir. Çünkü akıl ve vicdan sahibi olan insan, hukuku anladığı ve içten onadığı ölçüde sürekli olarak ona uygun davranır. Hukuku koyan üstün güç karşısında insan, körü körüne tüm beden ve ruhu ile teslim olmak istemez. Hukuk, var olduğu ve bilindiği için değil, aksine bir toplumun tüm hakkaniyetli ve adaletli düşünenlerinin vicdanlarına uygun bulunduğu için hukuktur. Hukukun niteliğinin, salt güce dayalı zorlayıcı bir düzen olmadığı, daha ziyade ahlâk açısından bağlayıcı bir düzen olduğu göz önünde bulundurulmalıdır. Böylece hukuku koyan üstün güç, kanun koyma işinde ahlâkî bir sorunla karşı karşıyadır. Adalete uygun olabilecek bir düzenin ayrıca bazı mantıki formlar içinde ve belli bir sisteme göre meydana getirilmesi gerekmektedir. Daha açık bir deyimle, bu düzen boşluk ve çelişme ihtiva etmeyen

38 Çağıl, *Hukuka ve Hukuk İlmine Giriş*, s. 90-91.

39 Arsal, *Hukukun Umumî Esasları*, s. 63.

40 Aral, *Hukuk ve Hukuk Bilimi Üzerine*, s. 78-79.

41 Aral, *Hukuk Felsefesinin Temel Sorunları*, s. 90.

mantıki ve planlı bir sistem olmalıdır. Hukuk hem etik hem de mantıkî açıdan doğru olmalıdır. Bundan dolayı hukukta yalnızca mantıkî değerlendirme yeterli değildir, bunun etik değerlendirme ile tamamlanması zorunludur. Bu bakımdan, bir normun somutlaştırılmasıyla elde edilecek kararın gerçekten inandırıcı olabilmesi, ancak onun hem kanundan mantıken çıkarılmış ve hem de adaletli olarak algılanmasıyla mümkündür.⁴²

F. HUKUKUN AHLAKI GERÇEKLEŞTİRME GÖREVİ

Hukuk, ahlakla birlikte bütün hayata hâkimdir. Başka bir ifadeyle hukuk, tek başına beşeri hayatın tümünü tanzim etmeye kâfi gelemeyeceğini, onun ahlak tarafından tamamlanması lazım geldiği de kabul etmek gerekir. Aynı şekilde ahlakın da tek başına beşer hayatının tümünü tanzim etmeye yetmeyeceğini kabul etmek gerekir.⁴³ Seküler bir anlayışa sahip olmakla birlikte hukukun ahlaki gerçekleştirme görevi olduğunu savunan çağdaş hukuk felsefecileri olduğu gibi Çağıl gibi kimi hukuk felsefecileri hukukun “hayır” unsurunu gerçekleştirme görevi olması gerektiğini savunmuşlardır. Ona göre, *hukuku hukuk yapan şey, onun sadece muayyen bir usûl ve merasim dahilinde, muayyen şekillere riayet edilerek izhar edilmiş bir irade, bir teşriî meclis iradesi karakterini taşıması keyfiyeti değil bilakis ihtiva ettiği ve gerçekleştirdiği hayır unsurudur, adalet idesidir. Bundan dolayı müsbet hukuk daima adaletin daima objektif bir ifadesi olmamıştır.*⁴⁴ Hukuk normunun *formal- mantıkî ve transandantal- mantıkî bir bünyeden ve ampirik unsurlardan başka bir de “hayır” unsurunu haiz olması lazımdır. Bu unsurları haiz olmayan bir norm, bir hukuki kazıye belki formal- juridik ve transandantal- lojik bakımdan yine hukuktur, fakat materyal bakımdan (objektif muhteva ve esas bakımdan) hukuk değildir.*⁴⁵

Hukukun gerçekleştirmeyi hedefleyeceği ahlak skalası için ikili bir ayırım yapılmıştır. Bunlardan ilki *görev ahlaki* olarak tanımlanmış olan temel ahlaki gereklerdir ki, onlar olmadan bir düzenin (bir toplumun ya da bir hukuk düzeninin) var olması imkânsızdır. Buna mukabil *gaye ahlaki* ise ahlakî bir asgariye değil, azamiye gönderme yapar. Görev ve gaye ahlaki, yalın ahlakî zorunluluklardan başlayıp en yüksek ahlakî ideallere kadar uzanan bir ahlak yelpazenin zıt uçları-

42 Aral, *Hukuk ve Hukuk Bilimi Üzerine*, s. 157.

43 Çobanoğlu, “Fenomen ve İdeal Olarak Hukuk” s. 689.

44 Çağıl, “Hukukun Mahiyeti ve Fonksiyonu”, s. 26–27.

45 Çağıl, “Hukukun Mahiyeti ve Fonksiyonu”, s. 24.

dır. Hukukun vatandaşlardan talep edeceği düzeyin asgari ahlak ile sınırlı olması gerektiği ifade edilmiştir. Çünkü hukukun hedefi azizler yetiştirmek değildir. Bir hukuk sisteminin düzeni ve tutarlılığı asgari bir ahlakî içeriğe bağlıdır. Bunlar olmaksızın o bir hukuk sistemi olma özelliğine hiçbir biçimde sahip olamaz.⁴⁶ Bu ayırım İslam düşüncesinde fetva- takva yelpazesi içinde değerlendirilmiştir.

İslam hukukunun temel referans kaynağı olan Kur’ân-ı Kerim, bir konuyu hukuki açıdan düzenlerken aynı anda hem dini hem de ahlaki açıdan da düzenlemiştir. Örneğin; Nur suresi 4 ve 5. ayetleri⁴⁷ incelendiği zaman bu ayetlerin dini, ahlaki ve hukuki olarak normatif düzenlemelerde bulunduğu görülmektedir. Buna göre iffete iftira eden bir kimse; 1. Hukuken suç işlediği için, asli ceza olarak had cezasına çaptırılır. 2. Ek ceza olarak hukuken güvenilir olma niteliğini (adalet) kaybeder ve artık şahitliği kabul edilmez.⁴⁸ 3. Dini boyutuyla iffete iftira suçu işleyen bir kimse bu davranışıyla kul hakkına girmiş ve dinen günah işlemiştir. Bu günahtan dönüş için pişmanlık ifadesi olarak tövbe etmesinin gerektiği hatırlatılmıştır. Ancak kişinin tövbe etmesi hukuki değil dini açıdan değerlendirilmesi gereken bir husustur. Bu konunun hukuki bağlama taşınmasıyla tövbe etmiş bir kimse hukuken adalet/güvenilir olma niteliğini kaybetmiştir. Böylece kişi dinen günah olan bu davranışı işlemesi sonucu tövbe etmesiyle hukuki sorumluluktan kurtulamayacaktır. Çünkü kişi ancak dini boyutuyla Allah’tan bağışlanma dileyebilir. Yoksa tövbe ile kişi işlediği suçtan kurtulmak bir yana, hukuken kaybetmiş olduğu “güvenilir olma” (adalet) niteliğini bile tekrar elde edemez. Ancak Allah’ın yasakladığı bir fiili işlemle asi olmanın iç dünyasındaki pişmanlık hissini tövbe ile ifade edebilir.⁴⁹ Günümüz hukuk felsefecileri hukuki normların bağlayıcı olmasını pekiştiren temel unsurun ahlaki niteliği olacağına şu şekilde işaret etmişlerdir: *Ahlâka dayanmayan bir hukuk sisteminin, insan davranışlarında gerçek bağlayıcı bir gücü olamaz. Pozitif hukukun üstünde, mantiki bir geçerlik nedeni olarak bulunacak temel norm gibi bir hipotez de, insan davranışlarını bağlayıcılık konusunda asla yeterli değildir; böyle bir hipotez, mantikî niteliğinden ötürü davranışları değil, sadece düşünceleri bağlayabilir.*⁵⁰

46 Cotterrell, *Hukukbilimin Politikası*, s. 207.

47 “Namuslu (ve hür) bir kadına (zina suçu) isnadında bulunup da sonra (bu hususta) dört şahit getirmeyenlere seksen değnek vurun ve onların şahitliğini ebedi olarak kabul etmeyin. İşte onlar (yalancılıkları dolayısıyla) fâsiklardır.” Nur suresi, 24/4. “Ancak (hükmolunan bu cezaların infazından) sonra tövbe edip düzenlenler hariçtir. Çünkü Allah çok bağışlayan, çok merhamet edendir.” Nur suresi, 24/5.

48 Udeh, *Et-Teşrîu’l-Cinâiyu’l-İslâmî Mukârenen bi’l-Kânûni’l-Vaz’i*, II/491.

49 Yıldırım, “İslam Hukukunda Bazı Terminolojik Problemler,” s. 43-44.

50 Aral, “Hukuk Felsefesinde Değer Rölativizmine Karşı Değer Objektivizmi”, s. 527.

Hukuk, fonksiyonel varlığı ve ideali itibariyle tüm ahlakı gerçekleştirmekle yükümlü bulunmakta; fakat bireysel ve sosyal ampirik koşullar buna imkan vermediği için, bir kesimini sınırları dışında tutmaktadır. Bu gerçek nedeniyle hukuk, ahlakın tümünü değil de sadece bir kısmını gerçekleştirme misyonuna sahiptir. Bunun dışında kalan unsurları kendi sınırları dışında tutar ki, bu, artık ahlak alanına dâhil olur ve ahlaki yaptırımlara bağımlı bulunur. Eğer ahlaki yaptırım, ihlalleri önlemeye yetmiyorsa bu hukukun bir problemi değildir. Bunun, hukukun ahlsızlığa imkân tanınması şeklinde yorumlanması da doğru değildir. Hukukun ahlsızlığa imkân tanınması ile ahlsızlığa zorlaması farklı şeylerdir. Hukuk ahlsızlığa zorlayamaz zaten ahlsızlığa zorlayan bir davranış kuralının hukuk kuralı olarak nitelendirilmesi uygun da değildir.⁵¹

G. OLGUSALIN NORMATİF GÜCÜ

Bilindiği gibi kimi Avrupa ülkelerinde eşcinsel evlilikler yasal zeminde onanmış, devlet doktrini olarak özgürlükler kapsamında pozitif hukuk olarak yürürlüğe konmuştur. Bu yasal izin toplum tarafından hoşgörü ile karşılanmış ve hayata uyarlanması ile bu durum nikâh salonlarında evlilik akitlerinin konusu olmuştur. Bu uygulama, bir hukuk normu olarak düzenlenmiş olmakla meşruiyeti elde edemeyeceği gibi sosyal hayatta uygulanıyor oluşu bu normu felsefi olarak meşru bir zemine yükseltmeyecektir. Zira hukuk dediğimiz ahlaki değer, fiilen ihlal edildiği vakit dahi ideal bir değer olarak varlığını korumaktadır. Tecavüz ve ihlal asla hukuku ortadan kaldıramaz.⁵² Hukuk normları gibi ahlaki normlarının da felsefi mer'iyeti esastır. Nasıl ki, ahlaki anlamda bu güne kadar hiç kimse mükemmel insan olmayı yakalayamamış, ancak yine de bu, hedef olmaktan çıkmamıştır; ahlaki anlamda bu ideal, vicdanlarda sürekli yaşamakta hatta bütün insanlar 'ahlsız' olsalar bile ahlak kanunu değerinden hiçbir şey kaybetmemektedir.⁵³ Hukukun mer'iyeti, felsefi manada olmak üzere, ahlaka dayanmaktadır. Çünkü hukukun gayesi, ahlaki bir hedefe yöneliktir. Her ne kadar hukuk ahlakı doğrudan doğruya gerçekleştirmez ise de hukuk ahlakın gerçekleşmesini mümkün kılmaktadır. Başka bir ifadeyle hukuk ahlakın imkân sahalarından biridir. Bu itibarla hukuk uğrunda savaş, aynı zamanda ahlaki bir görevdir. Ahlak hukukun mer'iyetinin temelidir. Çünkü ahlakı mümkün kılmak, hukuk nizamının bir hedefidir; daha doğrusu hukuk nizamının bir hedefi de ahlakı mümkün kılmaktır. Bu ahlak, hukukun hukuk olabilmesi için ihtiva etmekle mükellef olduğu bir hayır unsurudur, yani adalettir.⁵⁴

51 Özbilgen, *Eleştirel Hukuk Başlangıcı Dersleri*, s. 20.

52 Yörük, *Hukuk Felsefesi Dersleri*, s. 138.

53 Çağıl, *Hukuk Başlangıcı Dersleri*, s. 47.

54 Çağıl, *Hukuka ve Hukuk İlmine Giriş*, s. 71.

Hukukun sosyolojik olarak uygulanması ona tek başına meşruiyet kazandırmadığı gibi hukukun ihlal edilmesi de onun meşruiyetine zarar vermez. Hukuk, bağlayıcı bir emri ihtiva eder ve biçimsel mer'iyeti haizdir; hukuk hem kendisini vaz' edenlerin, hem de kendisine tabi olanların rıza ve muvafakatinden, şu veya bu arzusundan müstakil olarak emreder. Hukuk nizamından kaçınmak isteyen ve fiilen kaçınan kimseler, hukuku ihlal etmiş olurlar; fakat buna rağmen hukukun etkisinden kurtulamazlar. Çünkü hukuk, külli (umumi) mer'iyeti haizdir. Bir hukuk normunun mer'iyeti, ancak yine hukukun kendi hükmü ile ortadan kalkar; lakin ihlal edilmek suretiyle ortadan kalkmaz. Mamafih hukukun hakiki mer'iyeti ve muteberiyeti, onun felsefi mer'iyetinde mündemiçtir.⁵⁵ Hukuk, var olduğu ve bilindiği için değil, aksine bir toplumun tüm hakkaniyetli ve adaletli düşünenlerinin vicdanlarına uygun bulunduğu için hukuktur. Bu manada hukukun, salt çiğ güce dayalı zorlayıcı bir düzen olmadığı, aynı zamanda ve daha çok ahlak açısından bağlayıcı bir düzen olduğunu gözden uzak bulundurmamak gerekir.

Yukarıda ifade ettiğimiz gibi, hukukun belirleyici ögesi etik değerdir. Bundan dolayı da hukukun etik değer temeline dayalı bir düzeni ifade ettiği kabul edilmektedir. Olgusalın normatif gücüne ancak bu çerçevede; yani etik değerler süzgecinden geçirildikten sonra kıymet verilebilir. Yoksa kendiliğinden oluşan olgusal bir gerçekliğin, yalnızca "olgusalılığı" nedeniyle "hukuksal olarak korunan bir duruma dönüştürülmesi" gereğini içeren bir görüş benimsenemez. Haddizatında hukuksal normlar aracılığı ile topluma bir kimlik kazandırılmaktadır.⁵⁶ Olgusalılığın belirleyici bir ölçüt olarak alınmasıyla, meşruluk ifadesi; "eylemsel olan"la açıklanırken, "olması gereken" in bir kriter olarak belirlenmesi ile meşruluk kavramı, "gereksel olan"la açıklanmaktadır. Meşruluğun "eylemsel olan"la açıklanmasıyla yetinilmesi bu açıdan eleştiriye açık bir yaklaşımdır.⁵⁷

SONUÇ

Hukuk ile hukukun uygulandığı süje arasında itaat düzeyinde bir kabulün oluşması istenilen hatta hedeflenen bir durumdur. Ancak bunu sağlamanın yolu hukuka ya da hukuk normuna etik değer yüklemekten geçtiği için buna mesafeli duran anlayışlarca bunu gerçekleştirmek mümkün görünmemektedir. Oysa hukuk, içerdiği adalet değerinden ötürü bireylerin kendisini içten benimsemesini talep

55 Çağlı, *Hukuka ve Hukuk İlmine Giriş*, s. 69.

56 Gürbüz, *Hukuk ve Meşruluk*, s. 21.

57 Gürbüz, *Hukuk ve Meşruluk*, s. 7.

edebilmektedir. Adalet ise ahlâkî nitelikte bir değerdir. Ahlâka dayanmayan bir hukukun varlığı tasarlanamaz. Ahlâk, toplumsal düzenin biricik temeli ve dayanağıdır. Bu itibarla ahlâkî değerler ve onlara inanç olmaksızın ne bireysel yaşam, ne de onun uzantısı olan toplumsal yaşam, insani bir kimliğe dönüştürülebilir. Ahlâkî değerlere inancın olmadığı ve ahlâkî bir değer olan adalete dayanmayan bir hukukun egemen bulunduğu bir yerde hiçbir ödev kavramı bulunmayacak, hukuk güçlülerin güçsüzlere karşı güç kullanmasından ibaret olacaktır. Hukuk; toplumu, “olan” dan “olması gereken” yönde evirmeyi ifade etmekte ise de bu konuda herhangi bir dirençle karşılaşılmayacağı zannedilmemelidir. İnsanlar genellikle var olan duruma alıştıkları için onun değiştirilmesine direnç gösterirler. Bu manada peygamberler tarihi bu direncin tarihidir. Hukuk normlarını diğer davranış kurallarından ayıran temel farklılığın, hukuk normlarının “cebir” e dayandığı şeklindeki tanım, hukuk felsefecilerince eleştirilmiştir. Onlara göre, hukuk normlarını diğer normlardan ayıran temel nitelik, bu normların cebir unsuru ile donatılmış olması değil, buna elverişli bir yapıda olmasıdır. Bu görüş sahiplerine göre; insanların hukuk kaidelerine uyması ya da boyun eğmesi devletin icbar kuvvetinden değil, insanların ruhlarında doğurdıkları bir duygudan neşet etmelidir.

İslam hukukunun temel referans kaynağı olan Kur’ân-ı Kerim, bir konuyu hukuki açıdan düzenlerken aynı anda dini ve ahlaki açıdan da düzenlemiştir. Bu gerçek günümüz hukuk felsefecilerinin yasama erkine önerdikleri bir husustur. Hukuk normuna etik ve ahlaki bir içerik kazandırmak, hukukun uygulandığı süje açısından son derece önemlidir. Son yıllarda gerek dünyada gerek ülkemizde ahlaki içeriklerin “meslek etiği” kapsamında değerlendirilmesi son derece önemlidir. Etik değeri hukuk normu için yadsınamaz bir unsur olarak gören hukuk felsefecilerinin ifade ettiği gibi hukuk, var olduğu ve bilindiği için değil, aksine bir toplumun tüm hakkaniyetli ve adaletli düşünülerinin vicdanlarına uygun bulunduğu için hukuktur

İslam, din olarak insanların yaşamlarını düzenleyecek dünya ve ahiret mutluluğunu sağlayacak ilkeler getirmiştir. Yani İslam sadece ahiret hayatı için gelmiş bir din değildir. İnsanların dünya hayatında uygulayacakları ilkeler de getirmiştir. İslam hukukunun sosyolojik mer'iyeti ne denli önemli ise bu hukukun taşıdığı değerlerin felsefi mer'iyeti de o denli önemlidir. İslâm dininin toplumsal yaşam için önerdiği değerler, bu dine inandıklarını iddia edenler dâhil hiçbir toplum tarafından uygulanmasa dahi bunlar felsefi olarak kıymetlerinden bir şey kaybetmeyecektir. Başka bir ifadeyle dikey boyuttaki değerlerin yatay boyutta uygulanmaması ya da toplumsal yaşamda başarılı bir görüntü sunamaması bu değerleri

savunma noktasında bir endişeye yol açmamalıdır. Tarihin belli dönemlerinde bu hukuktan mühlhem doktrinlere dayalı pozitif hukuk uygulamalarındaki sosyolojik mer'iyet, bu hukukun meşruiyeti açısından yeterli bir kriter olduğu zannedilmiş ve bu uygulamalar İslâm hukuku adına haksız eleştiri zemini oluşturmuştur. Sonuç olarak İslam hukuku ve bu hukukun taşıdığı evrensel ilkeler, pozitif bir uygulama alanı bulamasa da felsefi değerinden bir şey kaybetmeyecektir. Ayrıca taşıdığı aşkın ahlaki değerleri mündemiç oluşu açısından kendisine tabi olanlarca bir ideal ve hedef olmaktan asla geri durmayacaktır.

Kaynakça

- Aral, Vecdi, *Hukuk ve Hukuk Bilimi Üzerine*, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1975.
- Aral, Vecdi, "Hukuk Felsefesinde Değer Rölativizmine Karşı Değer Objektivizmi", *İÜHFİM*, c. 40, Sy. 1-4, İstanbul 1974.
- Aral, Vecdi, *Hukuk Felsefesinin Temel Sorunları*, Filiz Kitabevi, İstanbul 1992.
- Arsal, Sadri Maksudi, *Hukukun Umumî Esasları (Hukukun Pozitif Felsefesi)* (m.y.) Ankara 1937.
- Bayder, Osman, *Fıkıh Konusunda Bilinmesi Gereken 88 Soru*, (Ed: Osman Güman-Soner Duman) Beyan Yayınları, Ankara 2019.
- Bedir, Murteza, "Fetva ve Değişim: Geleneksel Fıkıh Yönteminde Büyük Kırılma", *Hanefilerde Mezhep Usûlü*, (İnceleme-Tercüme: Şenol Saylan), Şenyıldız Matbaacılık, İstanbul 2016.
- Çağıl, Orhan Münir, *Hukuka ve Hukuk İlmine Giriş*, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1971.
- Çağıl, Orhan Münir, *Hukuk Başlangıcı Dersleri*, Nazir Akbasan Matbaası, İstanbul 1961.
- Çağıl, Orhan Münir, *Hukuk Metodolojisi Dersleri*, Kenan Matbaası, İstanbul 1949.
- Çağıl, Orhan Münir, "Hukukun Mahiyeti ve Fonksiyonu Hukuk: Nizam, Emniyet, Beşeri Hayat ve Adalet", (Hazırlayan: Ahmet Yaman), *Makâsîd ve İctihad*, Sebat Ofset Matbaacılık, Konya 2002.
- Çobanoğlu, Rahmi, "Fenomen ve İdeal Olarak Hukuk", *İÜHFİM*, c. 29, Sy. 3, İstanbul 1968.
- Gözler, Kemal, *Hukukun Temel Teorisine Giriş*, Us-A Yayıncılık, Ankara 1998.
- Gürbüz, Ahmet, *Hukuk ve Meşruluk*, Beta Basım, İstanbul 1998.
- Hirsch, Ernest E., "İktidar ve Hukuk", (Çev. Hayrettin Ökçesiz) *Çağdaş Hukuk Felsefesi ve Hukuk Kuramı İncelemeleri*, (Haz. Hayrettin Ökçesiz) Kurtiş Matbaası, İstanbul 1997.
- Özbilgen, Tarık, *Hukukta Meşruiyet Meselesi Üzerine Bir Deneme*, Anıl Matbaası, İstanbul 1969.
- Özbilgen, Tarık, *Eleştirisel Hukuk Başlangıcı Dersleri*, Sulhi Garan Matbaası, İstanbul 1976.
- Udeh, Abdulkâdir, *Et-Teşrîu'l-Cinâiyyu'l-İslâmî Mukârenen bi'l-Kânûni'l-Vaz'î*, Dâru't-Turâs, Kahire, ty.
- Yıldırım, Şahban, "İslam Hukukunda Bazı Terminolojik Problemler," *İHAD*, Sy. 26, Konya 2015.
- Yörük, Abdülhak Kemal, *Hukuk Felsefesi Dersleri*, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul 1952.