

İSLAM HUKUKU İLE BEŞERİ HUKUKUN BİRBİRİNDEN YARARLANMA İMKÂNI ÜZERİNE¹

Sahip Beroje²

ÖZET

Günümüzde bazı ideolojik nedenlerden dolayı İslam hukuku ile Beşeri hukuk birbirinden tamamen farklı iki hukuk sistemiymiş gibi bir algı mevcuttur. Orijin farklılığından dolayı bu iki hukuk sisteminin birbiri ile telif edilmeyecek yanlarının bulunduğu elbette inkâr edilemez. Ancak bu olgu, iki hukuk sisteminin bütün yönleri ile birbirinden farklı norm ve yaklaşımlara sahip olduğu anlamına gelmez. Aksine bu iki hukuk sistemi incelendiğinde birçok yönüyle örtüşen taraflarının bulunduğunu görmek zor değildir. Esasen hukukun gayesi ve finalist karakteri de bunu gerektirir. Çünkü hukukun esas gayesi toplumsal problemleri çözmektir ve hukuk buna ulaşmak için daima kendini yenilemek zorundadır. İki hukuk sisteminin bu ortak yönü bile birçok konuda benzeri yaklaşım ve çözümlere sahip olmasını gerektirir.

İslam hukukunun ilahi menşeli olması, buna karşın günümüz hukukunun beşeri kaynaklara dayanması gibi nedenlerden dolayı tabii ki iki hukuk sisteminin birbiri ile telif edilmeyecek yanları olacaktır. Ancak bu husus iki hukuk sisteminin birbirlerinden istifadeye kapalı olduğu anlamına gelmez. Yaptığımız araştırmalarda, bu iki hukuk sisteminin farklı yaklaşımlara sahip olduğu konularda da birbirinden istifadeye açık olduğunu gördük. İslam hukukçularının yaklaşık bir asırdır günümüz hukukunun sistematiğinden istifade ettikleri bir gerçektir. Bununla beraber yapılan ilmi çalışmalarda araştırmacılar birçok konuda günümüz hukukunun ferî çözümlerinden de yararlanmaktadırlar. Aynı tecrübeyi ben de yaşadım. Bu konuda mesafeli davrananların daha çok beşeri hukukçular olduğunu görüyoruz. Yazdıklarına bakıldığında onların İslam hukukuna çağdışı/zamanı geçmiş hukuk muamelesi yaptıkları görülmektedir. Oysa ön yargılar bir tarafa bırakılırsa modern hukukun da İslam hukukundan alabileceği çok şey olduğu görülecektir. Bu iki hukuk sistemi kendilerini geliştirmek istiyorlarsa müstağni tavırlarından vazgeçmek zorundadırlar.

¹ Bu makale, 17-20 Mayıs 2018 tarihinde Almanya/Berlin’de düzenlenen “II. Uluslararası Sosyal ve Beşeri Bilimler Berlin Konferansı” adlı Sempozyumda sunulan tebliğin geliştirilmiş şeklidir.

² Prof. Dr., Van Yüzüncü Yıl Üniversitesi İlahiyat Fakültesi

Bu tebliğin amacı, her iki hukuk sisteminin birbirinden istifade edebilecekleri yönleri sahip olduğunu bazı somut örneklerle göstermektir. Bu husus anlaşılırsa iki hukuk sisteminin kendini geliştirme imkânı da artmış olacaktır.

Anahtar Kelimeler: İslam Hukuku, Beşeri Hukuk, Orijin, Yararlanma, Ferî Çözümler.

ON THE POSSIBILITY OF BENEFITING OF ISLAMIC LAW AND HUMANITARIAN LAW FROM EACH OTHER

ABSTRACT

Nowadays, for some ideological reasons, there is a perception that Islamic law and Humanitarian law are two completely different legal systems. Of course, there is no denying that these two legal systems have some sides that cannot be reconciled because of the difference of origin. However, this does not mean that they have different norms and approaches with all aspects of the two legal systems. On the contrary, when these two legal systems are examined, it is not difficult to see that there are many overlapping sides. Essentially, the aim and finalist character of the law necessitate this. Because the main objective of the law is to solve social problems and the law must always renew itself in order to achieve this. Even these commonalities of the two legal systems require similar approaches and solutions to many issues.

Of course, because of the divine origin of Islamic law, and the fact that today's law is based on human resources, there will be sides to be reconciled with each other. This does not mean, however, that the two legal systems will not benefit from each other. In our research, we have seen that these two legal systems are open to exploitation in the cases where they have different approaches. It is a fact that Islamic lawyers have been benefiting from the system of present-day law for about a century. However, in the scientific studies carried out together with these, researchers are also benefiting from the practical solutions of today's law in many respects. I also experienced the same experience. We see that those who act more distantly in this are mostly humanitarian lawyers. Judging from their writings, it is seen that they have done an outdated/time-honored legal treatment for Islamic law. However, if prejudices are left aside, it will be seen that modern law has much to gain from Islamic law. If these two legal systems want to improve themselves, they have to give up their attitude.

The purpose of this paper is to show some concrete examples of the ways in which both legal systems can benefit from each other. If this is understood, the possibility of self-development of the two legal systems will increase.

Keywords: Islamic law, Humanitarian law, Orijin, Benefit, Practical Solutions.

GİRİŞ

Hukuk, insanların toplumsal hayatta yaşadıkları anlaşmazlıkları, uğradıkları haksızlıkları ve yaptıkları hak ihlallerini hakkaniyet ve adalet kuralları çerçevesinde çözmeyi gaye edinen bir ilimdir. Farklı orijinlere sahip olsalar da bütün hukuk sistemlerinin temel gayesi budur. Bu gaye birliği, hukuk sistemlerinin birçok konuda benzer yaklaşım ve yöntemlere sahip olmasını gerektirir. Kaynakların farklı olması, yöntemlerin ve çözümlerin de mutlak farklı olmasını gerektirmez. Bu açıdan farklı hukuk sistemlerinin bir birlerinden istifade etmeye çalışmaları gayet doğaldır.

Oysa günümüzde dinî ve ideolojik nedenlerden dolayı İslam hukuku ile Beşeri hukukun birbirinden istifade etme imkânı arzu edilen düzeyde değildir. Orijin farklılığından dolayı bu iki hukuk sisteminin birbiri ile telif edilmeyecek yanlarının bulunduğu elbette inkâr edilemez. Ancak bu olgu, iki hukuk sisteminin bütünüyle birbirinden farklı norm ve yaklaşımlara sahip olduğu anlamına gelmez. Aksine her iki hukuk sistemi incelendiğinde birçok yönüyle örtüşen taraflarının bulunduğunu görmek mümkündür. Esasen hukuktaki gaye birliği ve hukukun finalist karakteri de bunu gerektirir. Çünkü her hukuk sisteminin temel gayesi ortaya çıkan toplumsal problemleri çözmektir. Oysa hiçbir hukuk sistemi ne kaynakları ne de çözüm yolları itibarı ile gelecekteki bütün hukuki problemleri tasavvur edip önceden çözüme kavuşturma imkânına sahip değildir. Bu açıdan hukukçular her zaman ortaya çıkan yeni hukuki problemlere çözüm üretme uğraşısı içerisinde olmuşlardır. Bir hukuk sisteminin karşılaştığı problemleri çözmek için öncelikle kendi kaynak ve yöntemlerine başvurması doğaldır; ancak kendisini geliştirmek için başka hukuk sistemlerinden müstağni kalması da düşünülemez. Farklı hukuk sistemleri biri birinden ne kadar çok istifade ederlerse hem kendilerini daha çok geliştirme imkânları bulacaklardır hem de ortak doğruya doğru yol almaları kolaylaşacaktır. Hukuk ilmi geliştikçe ortak çözüm yöntemleri ve vardıkları ortak sonuçlar da o nispette artacaktır. Dolayısı ile hukuk sistemlerini biri birinden yaralanma ihtiyacı her geçen gün daha da artmaktadır. Bu gün dünyada biri birinin alternatifi gibi duran iki büyük hukuk sistemi vardır. Bunlar Batıda gelişen Beşeri hukuk ve ilahi orijinli İslam hukukudur. Bu iki hukuk sisteminin, birbirini rakip

görmek yerine birbirinden yararlanma yollarını aramaları daha doğru bir politika olacaktır.

Yaptığımız araştırmalarda, bu iki hukuk sisteminin farklı yaklaşımlara sahip olduğu konularda bile birbirinden istifadeye açık olduğunu gördük. Bu tebliğin amacı, her iki hukuk sisteminin birbirinden istifade edebilecekleri yönere sahip olduğunu bazı somut örneklerle göstermektir. Bu husus anlaşılırsa iki hukuk sisteminin biri birinden yararlanma gereği ve imkânı da artmış olacaktır.

Önce İslam Hukukunun Günümüz Hukukundan Yararlanma İmkânı üzerinde duracağız.

1. İslam Hukukçuları Günümüz Hukukunun Sistematiğinden Yararlanmaktadırlar

İslam Hukukunun fıkhi problemleri kazuistik denilen meseleci bir tarzda ele aldığı bilinen bir husustur. Kazuistik yöntemde, kişinin karşılaşması muhtemel olan her meselenin hükmü hazır halde sunulmaya çalışılır. İslam hukuk bilginlerinin kazuistik metodu tercih etmelerinin sebepleri vardır. Birincisi, fikhin anlaşılmasını ve yaşanmasını kolaylaştırmak; ikincisi hâkimlerin keyfi hareket etmelerini önlemek ve mahkeme kararları arasında hüküm birliğini temin etmektir.³

³ Bilindiği gibi İslam hukuku sadece muamelattan ibaret bir hukuk olmayıp ibadetleri de kapsamaktadır. İbadetler, günlük yaşamın bir parçası olduğu için bir Müslümanın sık sıkı cevabını bilmediği meselelerle karşılaşması mümkündür. Öyle olunca bir Müslüman için fıkıh/hukuk yılda birkaç kez başa vuracağı bir müessese olmaktan çıkıp, neredeyse günlük olarak başvuracağı bir müessese haline gelmektedir. İşte bundan dolayı fıkıh bilginlerimiz her meselenin hükmünü tartışmaya mahal bırakamayacak bir netlikte çözüme kavuşturmayı gerekli görmüşlerdir. Eğer fıkıh kitaplarında meseleler sadece uzmanların anlayabileceği tarzda genel kurallar halinde vaz' edilseydi, bir Müslümanın hükmünü hemen öğrenmesi gereken şeyleri öğrenmesi zorlaşacak, ibadetlerini yerine getirme konusunda sıkıntıya girecekti. Esasen diğer alanlarda da buna benzer bir durum söz konusudur. Çünkü bir Müslüman yeme-içme, evlenme ve alış-veriş gibi muamelelerinde de helal ve harama dikkat etmek zorundadır. Dolayısı ile neyin haram neyin helal ve hangi muamelelerin caiz ve hangilerinin caiz olmadığını bilmek zorundadır. Bu da ancak meselelerin hükmünü kolayca öğrenmeyi sağlayan bir yöntemle mümkün olur. İşte bu yöntem fukahânın benimsediği meseleci yöntemdir. Kısacası fıkıh bilginlerinin meseleci yöntemi seçmesinin sebebi, akıllarına başka bir yöntem gelmediği için değil; toplumun fıkıh bilgisine ulaşmasını kolaylaştırmak içindir.

Oysa beşeri hukukta durum farklıdır. Müslüman olmayan toplumlarda fertlerin hukuka olan ihtiyacı daha nadirdir. Seküler bir hayat tarzında kişi ancak ya evlendiğinde ya boşandığında ya

Bu tür faydalarına rağmen son iki asırda Batı'da bu metot hukuk tekniği açısından eleştirilmiş ve terk edilmiştir. Çünkü bu metot çok teferruatlı hükümler koymayı gerektirmektedir. Yani her meselenin bütün ayrıntılarının önceden düşünülüp onunla ilgili hükümlerin tespiti gerekir. (Bilge, 1983, s. 73.) Aksi takdirde boşluklar kalacağından beklenen netice hâsıl olmayacaktır.

Oysa bütün hukuki olayları ve muhtemel şekillerini önceden kestirip hükme bağlamak ulaşılmaması zor bir hedeftir. Bu usul, teferruata boğulup esas kaybetme riskini barındırdığı gibi; hâkime takdir hakkı bırakmadığı ve kanunların tatbikinde hâkime somut olaya göre hareket etme imkânı vermediği için de nisbi adaleti gerçekleştirme imkânını kısıtladığı gerekçesiyle eleştirilmiştir. Ayrıca bu denli teferruatlı bir kanunu ihata etmek ve ilgili meselenin hükmünü bulmak zor bir iş olduğundan uygulamada da problemler yaşanacaktır. İşte bu zorluklarından dolayı günümüz hukukunda meseleci metot yerine soyut/mücceret metod tercih edilmektedir. Soyut metotta kanunlar, olayların detayları bir tarafa bırakılıp, hükümler meselelerin genel niteliklerine şamil olacak tarzda soyut olarak vaz' edilir. Başka bir ifade ile soyut metotta, olayların benzer yönleri esas alınarak kanun birçok benzer olayın çözümünü ihtiva edecek tarzda düzenlenir. (Bilge, 1983, s. 72-3.) Bu açıdan soyut metot meselelere hâkim bir metottur.

İslam hukukçuları bu eleştirilerde haklılık payı gördükleri için hukukun hem yazımında hem de kanunlaştırılmasında günümüz hukukunun benimsediği soyut metodu kullanmaya başlamışlardır. Bu konuda herhangi bir kompleks de göstermemişlerdir. Son bir asırda İslam dünyasında yazılan hukuk kitaplarının çoğunda eski usul terk edilmiş, farklı hukuki görüşlerin bir teori şeklinde işlenmesi metodu tercih edilmeye başlanmıştır. Adurrezzak es-Senhuri, Ali el-Hafif, Muhammed Ebu Zehra, Abdulkerim Zeydan ve Subhi el-Mahmasani ve Hayreddin Karaman gibi pek çok müellif kitaplarını bu yeni yöntemle yazmışlardır.

Sadece hukuk kitapları değil, İslam âleminde son bir buçuk asırdır yazılan kanunlar da soyut metotla yazılmıştır. Kısmen Mecelle-i Ahkâm-ı Adliye, Osmanlı Aile Hukuku Kararnamesi, Suriye ve Irak Medeni Kanunları, Mısır Ahval-i Şahsiyye Kanunu gibi pek çok kanun soyut metotla yazılmıştır. Kısacası İslam hukukçuları sistematik konusunda günümüz hukukçularının tercih ettiği soyut metodu tercih

bir alış-verişte aldandığında ya da bir suç işlediğinde hukuka ihtiyaç duymaktadır. Bu tür durumlar ise bir insanın hayatında nadiren vuku bulur. Dolayısı ile seküler hayat tarzında hukuk her gün ihtiyaç duyulan bir şey değildir. Bu açıdan hukuk kitaplarının fıkıh kitapları gibi kazuistik bir metotla yazılmasına zaten ihtiyaç yoktur. Ayrıca hukuk, günümüzde sadece mahkemelerde hukuk eğitim almış hukuk adamları tarafından uygulanan bir şeydir.

etmişlerdir. Buradaki istisna ibadete konularıdır. İbadet konuları genellikle değişime açık olmadığı için

2. İslam Hukukçuları Günümüz Hukukunun Ferî Konulardaki Yaklaşım ve Çözümlerinden de İstifade Etmektedirler.

Bunun en somut örneği günümüzde yapılan İslam hukuku ile ilgili çalışmalarda, beşeri hukuk kitaplarına yapılan atıflardır. İslam hukuku alanında yapılan her hangi bir doktora tezine bakıldığında orada günümüz hukukuna yapılan onlarca bazen yüzlerce atıf görmek mümkündür. Hatta birçok konuda beşeri hukuktaki yaklaşım ve çözümün daha isabetli olduğuna dair görüşlere de artık sık rastlanmaktadır. Bu gerçeklik, İslam hukukçularının beşeri hukuktan yaralanma konusunda bir gayret içerisinde oldukları ve bir ön yargıya sahip olmadıklarını göstermektedir. Gösterilen tek hassasiyet ilgili çözüm veya görüşün nassların açık hükmüne, icmaa ve temel inanç esaslarına aykırı olmamasıdır.

Bu hususta çalıştığım bir konudan somut bir örnek vermek istiyorum. İslam Ceza Muhakemesinde İspat Esasları tezini çalışırken, İslam fıkıh bilginlerinin yargılama hukukunu; ceza muhakemesi ve medeni muhakeme (usul hukuku) şeklinde ayırmadıklarını, ceza yargılaması ile medeni yargılamayı genel olarak aynı esaslar çerçevesinde ele aldıklarını gördüm. Her ne kadar ceza davaları ile hukuk davalarının ispat ve delil açısından farklı yönleri bulunduğu dair önemli tespitler yapılmışsa da, yine de fukahanın ispat açısından ceza davaları ile hukuk davaları arasındaki farkı yeterince fark etmediklerini tespit ettim. Esasen bu hususun yeterince anlaşılmasında hem nassların hem de konjonktürün etkisi vardır. Şöyle ki: İslam hukukçuları “*delil getirmek davacıya, yemin ise davalıya düşer*” (Tirmizi, *Ahkâm*, 12; Beyhâkî, 1986, X, 252; Buhârî, *Şehâdet*, 20; Müslim, *Akdiyye*, 1; Ebû Davud, *Akdiyye*, 22), hadisinden hareketle, hukuk davalarında olduğu gibi ceza davalarında da *beyyine külfetin*, yani *ispat yükünün şahsî davacıya düştüğü* kanaatine varmışlardır. Ayrıca nasslarda şahitlik, ikrar ve yemin gibi belli delillere yapılan vurgudan hareketle, hukuk davalarında olduğu gibi ceza davalarında da suçun ispatının sadece nasslarda geçen delillerle yapılabileceği şeklinde bir anlayış hakim olmuştur. Öyle anlaşılıyor ki hadd ve kısas gerektiren suçların ispat için iki adil erkek şahit veya kesin karineler gibi güçlü delillerin istenmesi onları bu kanaate götürmüştür.

Bu kanaatin oluşmasında rol oynayan ikinci etken ise o günün ispat anlayışıdır. Çünkü bu konjonktürde fukaha bir suç olayının, ispat açısından evlenme, bo-

şanma ve alış-veriş gibi bir medeni ilişkiden farklı bir mahiyet arz ettiğini, dolayısıyla ispatta farklı delil sistemleri kullanmak gerektiği şeklindeki ispatla ilgili inceliği fark edememiştir. Bu faktörlerden dolayı fukaha ceza davalarını bir açıdan hukuk davaları gibi düşünmüş, bu açıdan kesin kanuni deliller aramışlar; delillerin tespitinde hâkime takdir hakkı tanımaya lüzum görmemişlerdir.

Fakat konjonktüre rağmen işin mahiyetini önemli derecede fark eden âlimler de vardır. İbn Kayyım, İbn Ferhun ve Trablûsî gibi bazı âlimler meselenin mahiyetini fark etmiş ve özellikle adam öldürme ve yaralama gibi şahıs aleyhine işlenen suçlarda delil tahdidine gidilmemesinin yanlış olacağını, aksine ispatta her türlü delilin kullanılması gerektiğini savunmuşlardır. Fakat bunların çabaları, o konjunktürde meselenin özünün kavranmasında yeterli olmamıştır. Esasen bu görüşün öncülüğünü İbn Kayyım yapmıştır. Eserleri incelendiğinde O'nun had suçları hariç, diğer konularda tam bir delil serbestisi ilkesiyle hareket etmeyi savunduğu görülmektedir. (Bkz. İbn Kayyım, *İ'lâmu'l-Muvakkî'in*, ts., I, 90; *Turuku'l-Hükmiyye*, ts., s. 9, 10, 21, 111).

Çalışmam sırasında konuyu araştırırken, meselenin, İslam fihhında yeterince fark edilmeyen fakat günümüz hukukunda artık bir olgu haline gelen bir yönünün olduğunu gördüm. Günümüz hukukunda, ceza muhâkemesindeki ispatla medenî muhâkemedeki ispatın tamamen farklı karakterde olması gerektiği artık müsellem bir olgu haline gelmiştir. Çünkü hukuk davaları, toplum hayatının normal seyri içerisinde her zaman meydana gelen medenî münasebetlerdeki anlaşmazlıklardan doğan davalardır. Medenî muhâkemeye konu olan alış-veriş, borçlanma, evlenme ve boşanma gibi davalarda tarafların önceden delil hazırlama imkânları vardır. Bu açıdan kanun koyucu, muhtemel anlaşmazlıkların nasıl çözüleceğini belirlemek için uyulması gereken şekil şartlarını önceden kanununla belirlemiştir. Yani kanun koyucu fertler arasındaki hukukî münasebetlerin kanun tarafından belirlenmiş şekilde yapılmasını istemiştir. (Bkz. Yurtcan, 1996, s. 285).

Konumuz açısından ifade edersek, kanun koyucu, tarafların ileride bir hak kaybına uğramamaları için bu tür ilişkilerde, delillerini önceden hazırlamalarını istemiştir. Ayrıca hangi olayda nelerin delil olabileceğini de göstermiştir. İspat delilleri önceden belli olduğu için, medenî muhâkemede kanunî deliller istenir. Bu açıdan ileride bir anlaşmazlık olursa beyyine külfeti yani ispat yükü taraflara yüklenmiştir. Bu durumda ispat külfeti kendisine düşen taraf delil getiremezse davayı kaybedecektir. Yani o, kanun koyucunun kendisine hazırlamasını emir veya tavsiye ettiği delili önceden hazırlamadığı için hak kaybına uğrayarak medeni bir

yaptırımla karşılaşacaktır. Bu açıdan hukuk davalarında kanun delil sistemi geçerlidir. Biraz daha açacak olursak, kanunî delil sistemi, belli hususların kanunda gösterilen belli delillerle ve hâkimi bağlayacak tarzda ispatı ön gören bir sistemdir. Çünkü bu sistemde ispat faaliyetinde nelerin delil olarak kullanılabilceği kanun tarafından önceden belirlenir. Hâkim bu delillerle bağlı olup kanunda gösterilmeyen herhangi bir delili kullanamaz. (Kunter, 1974, s. 384; Beroje, 2007, s. 117).

Beyyine külfeti ise, bir davayı ispat yükü olarak tarif edilmiştir. Beyyine külfeti kuralları, bir davada belli bir olayın ispatının taraflardan hangisine düştüğünü belirleyen kurallardır. İspat yükünün kime düştüğü kanunla belirlenir. İspat yükü kendisine düşen taraf/kişi davasını ispat edemezse yargıcın aleyhteki kararı ile karşılaşacaktır. (Umar/Yılmaz, 1980, s. 3, 5-6; Beroje, 2007, s. 45-7).

Oysa ceza davalarında önceden delil hazırlama imkânı yoktur. Çünkü bir suçun kim tarafından nerede ve ne zaman işleneceği önceden bilinemez. Ceza davalarında bir suçun ispatı ile ilgili deliller sonradan elde edilmeye çalışılır. (Yurtcan, 1996, s. 285). Bazen değil iki adil erkek şahit bulmak, bir şahit hatta zayıf bir ipucu bulmak bile mümkün olmayabilir. Bu açıdan ceza davalarında delil tayin ve tahdit yoluna gitmek suçun ispatını zorlaştırmaktan başka bir işe yaramayacaktır. Suçların bu kendine has özelliklerinden dolayı günümüzde suçun ispatını kolaylaştırmak için, ceza muhakemesinde takdiri delil sistemi öngörülmüştür. Takdiri delil sistemi, kanunî delil sisteminin tam aksine, bir olayda nelerin delil olabileceğininin tamamen hâkimin takdirine bırakıldığı bir sistemdir. Bu sistemde ispat vasıtaları hiçbir şekilde sınırlandırılmadığı gibi hiç bir kanunî delil de kabul edilmemiştir. Yani ikrar, şahit, yemin, hatta bilirkişi raporları dahi hiç bir delil hâkimi mutlak olarak bağlamaz. (Bkz. Yurtcan, 1996, s. 51; Kunter, 1974, s. 383). Hâkim bir olayda, ispata elverişli her türlü veriyi toplar ve bu veriler içerisinde hangilerinin o olayın ispatına delil olabileceğini bizzat kendisi belirler. Bu açıdan sisteme, takdiri delil sistemi veya vicdanî delil sistemi denmiştir. Çünkü hâkim delilleri belirlemede hem vicdanı ile baş başadır, hem de tam bir takdir hakkına sahiptir.

Açacak olursak bu delil sisteminde hâkim elde ettiği verilerden bir delil tablosu oluşturur, suçun kim tarafından ne şekilde işlendiğini bu delil tablosu sayesinde bulmaya çalışır. Geçmişte bir anlam ifade etmeyen zayıf bir delil veya ipucu günümüzde adli tıp, kriminalistik ve iz bilimi gibi hukuka yardımcı ilimlerin sağladığı imkânlar sayesinde güçlü delillere dönüşebilmektedir. Örneğin bir çocuğun şahitliği, bir kan lekesi bir deri parçası veya bir parmak izi bile suçun ispatı için yeterli

bir veri haline gelebilmektedir. Çünkü bunlardan hareketle başka güçlü delillere ulaşmak artık mümkündür. Bu açıdan günümüzde ceza davalarında nelerin delil olacağı nelerin olmayacağı tartışması artık anlamını yitirmiştir. Oysa geçmişte böyle bir imkân olmadığı için fukaha ispatta şüphe kalır gerekçesiyle kadının ve çocuğun şahitliğini, çok güçlü olmayan karineleri delil kabul etmemişlerdir.

İşte ispat hukukunda meydana gelen bu gelişme İslam âlimlerinin de kanaatini etkilemiştir. Bugün konuyu çalışan araştırmacıların neredeyse tamamı ceza muhakemesi açısından delillerin nasslarda geçenlerle sınırlandırmanın İslam'ın suç ve ceza siyaseti, nassların konuluş gayesiyle bağdaşmayacağını açıkça ifade etmektedirler. İbn Kayyim'in geçmişte ilgi görmeyen yaklaşımları bugün konuyla ilgilenen her araştırmacının referansı haline gelmiştir. Abdulkerim Zeydan, Muhammed b. Ma'cuz, M. Muhammed Haşim, Şenkiti ve M. Daw et-Terhunî gibi pek çok âlim ve araştırmacı ceza davalarında delil serbestisi ilkesine, yani takdiri delil sitemine göre hareket etmenin daha isabetli olduğunu savunmaktadırlar. (Berroje, 2007, s. 39-41).

Bütün bunlar, İslam hukukunun günümüz hukukundan alabileceği şeyler olduğunu ortaya koyduğu gibi; İslam âlim ve araştırmacılarının bu konuda bir ön yargıya sahip olmadığını da göstermektedir. Ama beşeri hukukçular için aynı şeyi söylemek mümkün değildir.

Günümüz Hukukunun İslam Hukukundan İstifade Etme İmkânı

Bir de Günümüz hukukunun İslam hukukundan alabileceği şeyler olup olmadığına bakalım. Şimdi tabii olarak *bütün medeni dünyada uygulanan evrensel bir hukukun, dini bir hukukundan alacağı ne ola bilir ki* diye düşünülebilir. Ben Günümüz hukukunun da İslam hukukundan alabileceği şeyler olduğu kanaatindeyim. Burada meseleyi af konusu bağlamında ele alacağım.

Af Konusu: Af konusunu seçmemin nedeni günümüzde en çok tartışılan hukuk konularından biri olmasındandır. Günümüzde beşeri hukukçular hala ceza kanunlarında af yetkisine yer vermenin gerekli olup olmadığını tartışmaktadırlar. Bir kısım hukukçular ceza kanunlarında affa hiç hiçbir şekilde yer verilmemesi gerektiğini savunurken; diğer bir kesim kanunlarda af yetkisine yer vermenin gerekli ve faydalı olduğunu savunmaktadırlar. Diğer kısım kesim ise, kanunlarda sadece siyasi suçlular için affa yer verilmesinin doğru olacağını; adi suçların affının söz konusu olmaması gerektiğini savunmaktadırlar. Bunların her birisinin kendilerine

göre gerekçeleri vardır. Asıl konumuz bu olmadığı için bunlar üzerinde durmayacağız. Ancak şunu ifade etmem gerekir ki; bir kesimin sert muhalefetine rağmen günümüzde demokratik devletlerin kahir ekseriyeti kanunlarında af müessesesine yer vermişlerdir. Fakat affi çıkartma yetkisi siyasi otoritede olduğu için uygulamada çok büyük farklılıklar ortaya çıkmaktadır. Bazı devletlerin siyasi nedenlerden dolayı haklı gerekçeler bulunmadan sık sık af çıkartmaları affi savunanları bile çıkmaza sürüklemiştir. Bu açıdan affi savunanlar dahi af yetkisinin yerli yersiz kullanılmasının toplumun adalete olan güvenini sarstığını, ceza kanunlarını kâğıttan kaplana çevirdiğini, cezanın etkinliğini yok ettiğini dillendirmektedirler (Bu tür mülâhazalar için bkz., Beroje, 2013, s. 45-47). Ülkemizde son çıkartılan ve Rahşan affi olarak bilinen af kanunu bunun en iyi örneği olmuştur. Bu affin toplumun adalete olan güvenini nasıl sarstığını, nasıl bir toplumsal travmaya neden olduğunun canlı şahitleriyiz.

Öte yandan affa sık sık başvuran ülkeler, çoğunlukla demokrasinin yeterince gelişmediği ve siyasi popülizmin baskın olduğu ülkelerdir. Bir af kanunu çıkartılırken genellikle siyasi suçlular kapsam dışı bırakılır, sadece adi suçlular affedilir. Çıkartılan af kanunlarına gösterilen tepkilerin en önemli nedenlerinden biri, bu ayırımdır.

Fakat Günümüz hukukunun afla ilgili temel problemi, sadece af yetkisinin yersiz ve yanlış kullanılması değil; asıl problem benimsenen af anlayışıdır. Meselenin tam olarak anlaşılması için Günümüz hukukunun af anlayışı ile İslam hukukunun af anlayışını kısaca karşılaştırmakta fayda vardır. Bilindiği gibi günümüz hukukunda af yetkisi tamamıyla devlet organlarına tanınmıştır. İster siyasi suçlar veya kamu aleyhine işlenen suçlar olsun; ister adam öldürme, yaralama ve gasp gibi doğrudan şahısların zarar gördüğü suçlar olsun, af yetkisi tümüyle devlet organlarına tanınmıştır. Yürürlükteki kanunlarda çoğunlukla genel af yetkisi yasama organına, özel af yetkisi ise devlet başkanına tanınmaktadır. Bu af anlayışı içerisinde affedilmeyecek suç da yoktur. Bu açıdan anayasalarda yasama organının genel af yetkisine genellikle sınırlama getirilmez. Yasama organı bir af kanununu yaparken, hangi suçları affa dâhil edeceğini, hangilerini etmeyeceğini kendisi belirler.

Buna karşılık İslâm hukukunun af anlayışı Allah hakkı-kul hakkı ayırımı üzerine kuruludur. Adam öldürme, yaralama gibi kul hakkı kapsamına giren suçlarda, af hakkı suçtan doğrudan zarar gören mağdur, mağdur ölmüş ise onun vârislerine tanınmıştır. Devlet dâhil, hiç kimsenin bu tür cezaları mağdur ve velilerine rağmen af yetkisi yoktur.

Zina, hırsızlık, içki içme ve yol kesme gibi topluma ve dinî değerlere karşı işlenen suçlarda ise, suç mahkemeye intikal ettikten sonra aracı olmak caiz olmadığı gibi, sübutu halinde affı da mümkün değildir. Kazif ve hırsızlık gibi iki hakkın beraberce ihlâl edildiği suçlara gelince, bu tür suçlarda mağdur kendi hakkını affedebilir, fakat Allah hakkını affedemez. Bu açıdan İslâm hukukunun af anlayışı içerisinde Allah hakkı ve kul hakkı kapsamına giren suçlarda günümüz hukukundaki gibi bir genel af mümkün değildir.

Devlet nizamı aleyhine işlenen siyasi suçlara gelince, İslam hukuku bu tür suçlarla ilgili cezayı taktir yetkisini devlete verdiği gibi, af yetkisinin de devlete tanınmıştır. Dolayısı ile devlet siyasi suçlarla ilgili hem genel af hem özel af yetkisine sahiptir. Mukayese edecek olursak Günümüz hukukunun af konusundaki temel açmazı, af yetkisinin tümüyle devlete tanınmasıdır. Burada yürütülen mantık şudur: Genel af yetkisi, bir fiili suç sayma ve cezalandırma hakkını elinde bulunduran erkin elinde olmalıdır. Bir fiili suç saymak ise devletin yetkisi dâhilindedir. Kanun koyucu olarak devlet, bir fiili suç olarak düzenleyip cezalandırma konusunda nasıl takdir yetkisine sahip ise, bir fiili suç olarak cezalandırmamak veya geçici bir süre için suç olmaktan çıkarmak veya cezayı ortadan kaldırmak konusunda da takdir yetkisine sahiptir. Bu işlemlerin yapılması konusunda temel ölçü yine kamu menfaatidir. (Soyaslan, 2001, s. 413; Alacakaptan, 2001, s. 384).

İşte yürürlükteki kanunlarda af yetkisinin tümüyle devlet organlarına tanınması bu yaklaşımın bir sonucudur. Buna binaen Günümüz hukukunda suçtan doğrudan zarar gören mağdur ve vârislerine af konusunda hiçbir söz hakkı ve yetki tanınmamıştır. Meclis bir af kanunu yaparken mağdur ve vârislerinin taleplerine göre hareket etme yükümlülüğü altında değildir. Hatta teorik olarak kamuoyunun beklentisi doğrultusunda hareket etmesi gereken Meclis, uygulamada bunu da göz ardı etmektedir. Bu açıdan af kanunları çıkarılırken adam öldürme, yaralama, tecavüz ve gasp gibi doğrudan şahısların zarar gördüğü suçlarda bile ne suçtan doğrudan zarar gören mağdurlara ne de suçtan dolaylı zarar gören vâris ve yakınlarının rızasına bakılmaktadır. Günümüzde, özellikle ülkemizde çıkartılan af kanunlarındaki problemlerin esas kaynağı olan bu yaklaşım, birçok hukukçu ve aydın tarafından şiddetli bir şekilde eleştirilmektedir. Bir hukukçumuzun, “*Şahıs aleyhine işlenen suçları Devletin tek başına affetmesini kabul edemiyoruz. Her ne kadar bu kişiye cezayı Devlet mağdur adına vermiş ise de, bunun nedeni mağdurun vereceği cezanın bir ölçü almaya dönüşmesini önlemektir. Aynı mantık af konusunda yürütülemez. Aksi halde ihkak-ı hak yolu tahrik edilmiş olur ve vatandaşın*

Devlete, onun adalet sistemine, hukukun üstünlüğü kavramına olan güveni kalmaz,” şeklindeki tespiti son derece yerindedir. (Kuzu, 2001, s. 292-3.) Esasen devletin suçluları cezalandırma yetkisini kendi uhdesine almasının bir gerekçesi de, mağdur veya yakınlarının suçu kovuşturma ve suçluyu cezalandırma güç ve imkânlarının bulunmamasıdır. Bu güç ve imkan ancak devlette vardır. Hâlbuki af hakkının mağdur veya velîlerine tanınmasında bu tür bir gerekçe mevcut değildir. Bugün gelinen noktada artık birçok hukukçu, yazar ve sivil toplum örgütü devlet organlarına adî suçlular için genel af yetkisinin tanınmasına şiddetle karşı çıkmaya başlamışlardır. Son af kanunu vesilesi geniş toplum kesimleri bu tür suçların devlet tarafından affedilmesine şiddetle karşı çıktılar. Gösterilen tepkiler medyada geniş bir şekilde yer aldı. (Bu tepkiler için bkz, Beroje. 2013, s. 287-303). Konu ile ilgili bir yazarın dile getirdiği şu yaklaşım oldukça dikkat çekicidir: Adam öldürme, yaralama, dolandırıcılık ve hırsızlık gibi şahıs aleyhine işlenen suçlarda devletin af yetkisi olmamalıdır. Devletin, babası veya oğlu öldürülen; ağır şekilde yaralanan veya malı çalınarak suçtan doğrudan zarar göreni hiç dikkate almadan suçluyu affetmesinin aklî ve hukukî açıdan makul bir izahı yoktur. Bir şahsın borcunu alacaklıya rağmen devletin af etmesini haklı görmek nasıl mümkün değilse; devletin, suçtan zarar gören kimselerin acılarına ve adalet beklentilerine göz yumarak suçluları affetmesini haklı görmek de o nispette yanlıştır. Bir şahsın borcunu af yetkisi olmayan devletin, kâtilini veya kendisini yaralayanı af etme yetkisi hiç olmaması gerekir. (Balamir, 1960, sy. 2, s. 6).

Öte yandan af kanunları çıkarılırken sadece suç failleri değil, suçtan zarar görenler de düşünülmelidir. Bu yapılmadığı için suç mağdurları, devletin affettiği kişileri öldürmek suretiyle canileri kendileri cezalandırma yoluna gitmektedirler. Bu da sık sık çıkarılan afların kişinin tabiatında var olan intikam duygusunu tahrik ettiğini göstermektedir. (Çağlayan, 1974, sy. 11-12, s. 69).

Görüldüğü gibi günümüz hukukunda afla ilgili tek problem, yasama organının af yetkisini yersiz kullanmasından ibaret değildir; esas problem günümüz ceza hukukunda benimsenen af anlayışıdır. Af kanunlarının toplum tarafından kabul görmemesi, mevcut af anlayışının toplumsal realiteye ve toplumun hukuk telakkisine tekabül etmediğini göstermektedir. Bugün geldiğimiz noktada neredeyse bütün toplum kesimleri mevcut af kanunlarının toplumsal barışa hizmet etmediğini haykırmaya başlamışlardır. Daha enteresan olanı, kamuoyunda ortaya konan tepkiler ve dile getirilen temennilerden, toplumun özlediği af biçiminin, İslâm hukukunun

af sistemi olduğu açıkça görölmektedir. Af hukuku ile ilgili bu gerçekler, günümüz hukukunun da İslâm hukukundan alabileceği şeyler olduğunu net bir şekilde ortaya koymaktadır.

Kısacası günümüz hukukunda mağdur ve yakınlarının afta itibara alınmaması isabetli olmamıştır. Özellikle uygulamada siyasî ve popülist nedenlerle affın daha çok adî suçlular için kullanılması sosyal açıdan büyük problemler doğurmaktadır. Toplum vicdanının rahatsız olmaması, adalete olan güvenin sarsılmaması ve suçtan zarar görenlerin intikam hislerine kapılarak ihkak-ı hak yoluna sapmaması için, özellikle adî suçların affında, suçtan doğrudan zarar görenlerin de af sistemine etkili bir şekilde dâhil edilmesi kaçınılmaz hale gelmiştir.

Günümüz hukukun İslam hukukundan istifade edebileceği tek konu tabii ki aftan ibaret değildir. İstifade edebileceği başka konular da vardır. Örneğin İslam Hukukunda adam öldürme ve yaralama suçlarında, mağdur ve yakınları, failin cezalandırılması yerine bir çeşit maddi tazminat olan diyetle isteye bilirler. Hatta suçluyla, diyetten az veya çok bir miktar üzerinde de anlaşabilirler. Buna da sulh denir. Diyet ve sulh, geçmişte çok başarı ile uygulanmış ve devletin adalet sisteminin önemli derecede rahatlatmış İslam hukukunun benimsediği bu iki çözüm yoludur. Maalesef günümüz hukukçuları bazı ön yargılardan dolayı bu iki çözüm yolunu hala görmezden gelmektedirler. Oysa günümüzde adam öldürme ve yaralama suçlarında diyet ve sulh yolu kabul edilseydi, bunun, sosyal bir yara haline gelmiş birçok kan davası ve husumetin sona ermesinde büyük faydaları olduğu görülecekti. Günümüz hukukunda diyet ve sulhun kabul edilmemesi, hem devletin adalet istemine büyük bir yük bindirmekte hem de ihkak-ı hak yolunu tahrik etmektedir. Bu da husumetlerin ve kan davalarının ila nihâye sürmesine sebep olmaktadır. Yapılacak şey, belli hukuki yaklaşımları mutlak doğru olarak kabul etmekten vaz geçip toplumun faydasına olan hukuki çözümleri aramaya yönelmektir. Hukuki çözümleri toplumun değer yargılarında aramak en doğru yoldur. Bu da İslam hukukunun yaklaşımlarından ve çözümlerinden yararlanmakla mümkün olur.

SONUÇ

Bugün dünyanın gelişmiş ülkelerinde yürürlükte olmasının verdiği avantajla, modern hukukta geliştirilen teorilerden ve ortaya çıkan muazzam müktesebattan İslâm hukuku açısından istifade edebilecek birçok yön bulunduğu inkâr edilemez. Ancak bu, günümüz hukukunun mükemmeliyete ulaştığı ve İslam hukukundan

alabileceği bir şey olmadığı anlamına gelmez. Esasen sosyal bilimlerde mükemmeliyet noktası denilecek nihai bir aşama da yoktur. Bu açıdan günümüz hukukunun en kabul gören doktrinleri ve en iyi kabul edilen kanunlarının bile gün geçtikçe önemli yanlışları ve eksiklikleri tespit edilmekte, bunlarla ilgili eleştiriler yapılmakta yeni düzenlemeler önerilmektedir. Bunun en bariz örneği de bu çalışmada üzerinde durduğumuz af hukukuyla ilgili teori ve kanunlardır.

Ancak realiteye baktığımızda daha çok İslam hukukçularının beşeri hukuktan istifade etmeye çalıştıklarını; buna karşın beşeri hukukçuların İslam hukuku konusundaki ön yargılarından kurtulamadıklarını, hala İslam hukukuna, doğmalara dayalı çağ dışı arkeolojik bir hukuk muamelesi yaptıkları görülmektedir. Bu tür ön yargılar beşeri hukukçuların İslam hukukundan yararlanmalarına engel teşkil etmektedir. Günümüz hukukçularının bu tür ön yargılarını bir tarafa bırakarak İslam hukukunu incelemelerinde fayda vardır.

KAYNAKLAR

Alecakaptan, “Uğur, 23 Nisan 1999 Tarihine Kadar İşlenen Suçlardan Dolayı Şartla Salıvermeye, Dava ve Cezaların Ertelenmesine Dair Kanuna Genel Bir Bakış”, *Anayasa Yargısı*, XVIII, (2001).

Balamir, İ. Hakkı, “Af Kanunları”, *Ankara Barosu Dergisi*, XVIII, (1960).

Beroje, Sahip, *Ceza Muhakemesi Hukuku Açısından İslam İspat Hukuku*, Fecr Yay, Ankara 2007.

----- *Günümüz ve İslam Ceza Hukukunda Af*, Fecr Yay., Ankara 2013.

Beyhâkî, Ebû Bekr Ahmed b. Hüseyin b. Ali, (öl.458/1050) *es-Sunenü'l-Kübrâ*, Daru'l-Marife, Beyrut 1986.

Bilge, Necip, *Hukuk Başlangıcı*, Ankara 1983.

Buhârî, Ebû Abdillâh Muhammed b. İsmail, (öl.256/870), *el-Câmiu's-Sahîh*, İstanbul, ts.

Çağlayan, Muhtar, “1803 Sayılı Af Kanunu ve Tatbikatımız”, *Adalet Dergisi*, LXV, 1974.

Ebû Davûd, Süleyman b. Eş'as es-Sicistanî, (öl.275/888), *Sunenu Ebî Davûd*, (Thk. Mustafa Ebu'l-Muâtî. Elbanî'nin Tahrici ile), Daru'l-Ğaddi'l-Cedîd, Kahire 2014.

İbn Kayyım, Ebû Abdillâh Muhammed b. Kayyım el-Cevziyye, (ö. 751/1350), *İ'lâmu'l-Muvakkî'in*, Daru'l-Cîl, Beyrut ty.

-----Turuku'l-Hükmiyye, (Takdim ve Ta'lik, Behic Azavî), Beyrut, t.y.

İbn Mâce, Ebû Abdillâh Muhammed b. Yezid el-Kazvîni, (öl.275/888), *Sunenu İbn Mâce*, (Thk. M. Fuad Abdülbaki), Daru İhyai't-Turasi'l-Arabî, Beyrut 1975.

Kunter, Nurullah, *Ceza Muhâkemesi Hukuku*, İstanbul Ünİv. Yay. Sermet Matbaası, İstanbul 1974.

Kuzu, Burhan, "Af Müessesesi ve Düşünceleri Açıklama Özgürlüğü", *Anayasa Yargısı*, XVIII, (2001).

Müslim, Ebû'l-Hüseyin Müslim b. Haccac, (öl.261/875), *Sahihu Müslim*, Daru'l-Ma'rife, Beyrut 2005.

Nesâî, Ebû Abdurrahman Ahmet b. Şuayb b. Ali, (öl.303/915), *Sunenu Nesâî*, (Thk. Mustafa Ebu'l-Muâtî. Elbanî'nin Tahrici ile), Daru'l-Ğaddi'l-Cedîd, Kahire 2014.

Soyaslan, Doğan, "Af", *Anayasa Yargısı*, XVIII, (2001).

Tirmizî, Muhammed b. İsa es-Sevre, (öl.279/892), *Sunenu't-Tirmizî*, (Thk. Mustafa Ebu'l-Muâtî. Elbanî'nin Tahrici ile), Daru'l-Ğaddi'l-Cedîd, Kahire 2014.

Umar, Bilge/Yılmaz, Ejder, İspat Yükü, Kazancı Hukuk Yay., İstanbul 1980.

Yurtcan, Erdener, Ceza Yargılaması Hukuku, Alfa Yay., İstanbul 1996.