

# İSLAM HUKUKU PERSPEKTİFİYLE HUKUKİ POZİTİVİZMİN ANALİZİ

Doç. Dr. Ayhan AK\*

**Özet:** Bu makalede hukukî pozitivizm genel yaklaşımları itibariyle el alınmış, ardından elde edilen veriler İslam hukuku perspektifiyle analiz edilmiştir. Bu doğrultuda öncelikle hukukî pozitivizmin üç türü olan analitik hukukî pozitivizm, sosyolojik hukukî pozitivizm ve normativist hukukî pozitivizm temel iddiaları bakımından ayrı ayrı verilmiş, bu görüşlerin temsilcilerinin hukuka ilişkin yaklaşımları aktarılmıştır. Sonrasında hukukun sabitlenmesi, oluşumu, gelişimi, kapsamı, yöntemi, hukuk-değer ve kişi-devlet ilişkisi bakımından hukukî pozitivizmle İslam hukuku mukayese edilmiştir. Hukukî pozitivizmin türlerine bağılı olarak hukukun devlet, toplum ve norm ekseninde sabitlenmesi, gelişim süreci, devlet, kanun ve emir kavramlarıyla ilişkisi, hukukun yöntemi ile hukuk-değer ilişkisi çalışmanın odaklandığı diğer konuları oluşturmaktadır. Neticede elde edilen sonuçlar verilerek çalışma tamamlanmıştır.

**Anahtar Kelimeler:** İslam Hukuku, Hukukî Pozitivizm, Analitik Hukukî Pozitivizm, Sosyolojik Hukukî Pozitivizm, Normativist Hukukî Pozitivizm.

## Analysis of Legal Positivism from the Perspective of Islamic Law

**Abstract:** In this article legal positivism has been expressed in terms of its general approach, then the data obtained analyzed from the perspective of Islamic law. In this context, firstly analytical legal positivism, sociological legal positivism and normative legal positivism as its three types in terms of their basic claims have been presented separately, the approach of these viewers about law have been transferred. Then, Islamic law and legal positivism have been compared in terms of fixing the law, creation, formation, development, scope and method of the law, person-state and law-value relationship. Besides, fixing the law depending on the types of legal positivism, its development process, its relation to the concepts of state, law and order, method of law and law-value relationship have been evaluated. The article has been ended up with expressing the results.

**Keywords:** Islamic Law, Legal Positivism, Analytical Legal Positivism, Sociological Legal Positivism, Normative Legal Positivism.

## GİRİŞ

Hukukî pozitivizm (HP), hukuku devlet, toplum ya da normatif yapı üzerine sabitleme fikrine dayanan bir akımdır. Bu sabitleme analitik HP'de devlet, realist HP'de toplum ve normativist HP'de normlar hiyerarşisi ile izah edilmektedir. Değer, ahlak, adalet ve ideal hukuk karşıtlığıyla anlamını bulan bu akım, "olması gereken hukuk" anlayışına ve tabii hukuka tepki olarak ortaya çıkmış<sup>1</sup> ve bazı araştırmacılar, tabii hukuk karşıtı bütün akımları<sup>2</sup> HP kapsamında değerlendirmişlerdir.<sup>3</sup>

\* OMÜ İlahiyat Fakültesi İslam Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi, akayhan1@gmail.com

1 Torun, *Hukuk Felsefesi*, s. 272.

2 Tabii hukuku savunanlara göre ise pozitif hukukun değeri, tabii hukuk ilkelerine uygunlukla ölçülür. Arsal, *Hukuk Felsefesi Tarihi*, s. 123.

3 Güriz, *Hukuk Felsefesi*, s. 286.

Esasında her hukuk sistemi bir “olması gereken toplum” tasarımıdır. Hırsızlığın yasaklanmasının bunun yanlışlığını belirterek olması gereken duruma işaret etmesi gibi bütün hukuk kuralları her zaman bir “olması gerekeni” temsil eder. Ancak Hp’de karşı çıkılan, yürürlükteki hukukun karşısında bir olması gereken hukuk düşüncesidir.<sup>4</sup>

Bu genel değerlendirmelerden sonra HP’in üç farklı görünümünü ele alınacak, ardından bu görüşlerle İslam Hukuku karşılaştırılacaktır.

## 1. HUKUKÎ POZİTİVİZMİN GÖRÜNÜMLERİ

Bu başlıkta iradeci (analitik), sosyolojik (realist) ve normativist HP ele alınacaktır.

### 1.1. İradeci (Analitik) Hukukî Pozitivizm

İradeci HP hukuku adalet, olması gereken hukuk, tabii hukuk<sup>5</sup> gibi yargılardan ve metafizik ilkedен arındırılmış bir şekilde kanun koyucunun tecelli etmiş iradesi olarak ele alan akımdır.<sup>6</sup> Bu yaklaşıma göre pozitif (mevcut) - ideal hukuk ayrımı anlamsız olup;<sup>7</sup> ahlakî değerler, adalet ilkeleri, gelenekler ve diğer sosyal normlar hukuk kuralı<sup>8</sup> ve hukuk biliminin konusu değildir. Çünkü bilimsel bilgi objektif, değerler ise sübjektiftir.<sup>9</sup> Toplum baştan aşağıya, örf ve ahlak gibi yazılı olmayan kurallar üzerine değil, soyut akılla tespit edilen bilgiler üzerine kurulmalıdır.<sup>10</sup> Hukuk kendiliğinden oluşmamış, hukukun temelini oluşturan kanun koyucunun iradesi olarak ortaya konmuştur. Tartışılmayan gerçek hukukî olgu, uygulanan hukuk kuralları ve mahkeme kararlarıdır.<sup>11</sup> Hukuk bir iradenin ürünüdür ve sadece budur. Ancak bunun kimin iradesi olduğu hususunda farklı görüşler bulunmaktadır<sup>12</sup> ki burada bunlar sırayla ele alınacaktır.<sup>13</sup>

4 Kozak, *Hukuk Felsefesi*, s. 81.

5 Tabii hukuku benimseyenlere göre ise yasa koyucular, kanun yaparken tabii hukuk veya ideal hukuktan esinlenerek hareket etmeli, pozitif hukuku oluştururken, ideal hukukun temel ilkelerine ulaşmaya çalışmalıdır. Bkz. Önen, *Hukukun Temel Kavramları*, s. 48.

6 Kozak, *Hukuk Felsefesi*, s. 80.

7 Torun, *Hukuk Felsefesi*, s. 265.

8 Kozak, *Hukuk Felsefesi*, s. 88.

9 Kozak, *Hukuk Felsefesi*, s. 81.

10 Barry, *Modern Siyaset Teorisi*, s. 38.

11 Torun, *Hukuk Felsefesi*, s. 263, 265.

12 Torun, *Hukuk Felsefesi*, s. 266-268.

13 Çin’de ortaya çıkan Yasacı Okul’un (Kanuncu Mektep) devletçi, realist, legalist ve pozitivist yaklaşımına göre hukuk, devletin koyduğu ve kamu gücüyle desteklediği kurallardan ibarettir. Ekolün kurucusu olan

### 1.1.1. Jeremy Bentham (ö. 1832)

İngiltere'nin ilk pozitivist düşünürü olan Bentham deney ve gözleme dayalı bir hukuk teorisi oluşturmayı hedeflemiştir. Ona göre hukuk, amprik olaylar, emirler ve yasaklardan oluşmuştur. Bu sebeple fayda esas alınmalı,<sup>14</sup> tabîi hukuk teorileri<sup>15</sup> ve ahlak<sup>16</sup> bir kenara bırakılmalıdır. Hukukun gerisinde sadece belli bir dönemdeki egemen güç değil ondan önceki egemen güçler de vardır. Yöneticilerin, düzenin devamı için devleti o zamana kadar yönetenlerin çıkardıkları kanunlara uymaları zorunludur. Sonrakilerin bunu ayrıca belirtmelerine gerek yoktur. Mevcut yönetimin, mahkemelerin önceki kararları vereceğini kabul ettiği öngörülür. Yönetim, hâkimin kararını engellemeyerek kararı onaylamıştır. Bu, idari, yargısal ve askeri bütün emirleri hukuk olarak nitelendiren ve kocanın aile ile ilgili emirlerini de hukuk kavramı içerisinde ele alan<sup>17</sup> Bentham'ın "kabul teorisi" olup onun emir anlayışı ile yakından ilişkilidir. Ona göre hukuk, hükümler gücünün iradesinde bir şekilde beliren, davranışları düzenlemek için çıkarılan ve ceza tehdidi içeren beyanlardır. Kanun formu zorunlu olmamakla birlikte, cezasız hukuktan söz edilemez. Yöneten iradenin bir şekilde belirlemesi, onun geçerli bir hukuk kuralı olması için yeterlidir.<sup>18</sup>

### 1.1.2. John Austin (ö. 1859)

Bentham'ın izinden giden Austin faydacı hukuk teorisinden de yararlanarak hukukta tabîi hukuk ve ahlak ilkelerini reddetmiş, pozitif hukuk anlayışını esas

---

Shang Yang (ö. MÖ 338) ülkede birliği sağlamak için her yolu mubah gören sert bir devlet felsefesi geliştirmiştir. Ona göre her şey devleti güçlendirmek içindir. Devletin çıkarları neyi gerektiriyorsa doğru odur. Dostluk, fazilet gibi şeyler kişilerin devlet uğruna savaşmalarını olumsuz etkileyebileceği için zararlıdır. Halk, yasaların öngördüğünden başka bir düşünce veya inanca sahip olmamalı, devlet halktan güçlü olmalı, gücünü her yerde hissettirmeli, tüm şarkılar savaşla ilgili olmalıdır. Kanunların işlevi, devletin gücü için halkı itaatkâr vaziyette tutmaktır. Sıradan insanlar kendilerini iyi bir şekilde yönetecek kadar akıllı olmadıkları için onları elit ve ehil bir zümre yönetmelidir. Yasacı okulun bir diğer düşünürü olan Han Fei Tzu'ya (ö. MÖ. 233) göre devlet yönetimini "idarecilerin faziletli ve örnek şahıs olmaları" gibi ilkeler üzerine kurmak gerçekçi değildir. Yönetimde kişiler değil yasalar ve cezalar esas alınmalı, hiçbir şey yasaların düzenleme alanı dışında kalmamalı, çiftçilik ve askerlik şeklinde iki temel görevi bulunan halk devlet gücüyle itaate zorlanmalı, bu zorlama her birey itaatkâr hale gelene kadar devam etmelidir. Kanunlar, imparatoru değil halkı bağlar. Halk aptaldır, açık ve anlaşılır yasalarla halkı yönetmek kolaydır. İmparator ve onun buyruğu olan yasa her şeyin üstündedir, tartışılmaz. Bkz. Kozak, *Hukuk Felsefesi*, s. 73-76.

14 Ben, *Siyasal Düşünceler Tarihi*, s. 229.

15 Ayrıntı için bkz. Aral, *Hukuk Felsefesinin Temel Sorunları*, s. 199-215.

16 Bowring, *The Works of Jeremy Bentham*, s. 81.

17 Ebenstein, *Siyasi Felsefesinin Büyük Düşünürleri*, s. 283.

18 Güriz, *Hukuk Felsefesi*, s. 276-278.

almıştır. Austin'e göre hukukla adalet arasında zorunlu bir ilişki bulunmaz, hukukun adaleti gerçekleştirmek gibi bir amaç gütmesi gerekmez. Bir kanunun iyi ya da kötü olması, ahlaka ve adalete uygunluğu hukuk biliminin kapsamı dışındadır.<sup>19</sup> Hukuk biliminin konusu, yetkileri sınırsız olan egemenlerin yönetilenler için belirlediği kuralların toplamından ibaret olan pozitif hukuktur. Hukuk, başka bir güce tâbî olmayan üst otoritenin (iktidar/bağımsız siyasal toplum/egemen toplum) kanun yapma gücünden ortaya çıkan irade bildirimidir. Hukuk kuralı (yasa), bir rasyonel varlığın, hakimiyeti altındaki diğer rasyonel varlığın davranışlarını düzenlemek için belirlediği davranış modeli,<sup>20</sup> egemen gücün iradesinin yansımaları<sup>21</sup> olup; yönetimi bağlayıcı değildir. Toplumun çoğunluğu egemen güce uyma alışkanlığına sahip olmalıdır.<sup>22</sup> Egemenlerin yetkileri anayasa gibi metinlerle sınırlandırılmaz, Anayasa hukuku geçerli bir hukuk dalı değildir.<sup>23</sup>

Austin'in kuramı egemenlik, buyruk (emir) ve yaptırım şeklinde üç kavramla ele alınabilir. Yasa hâkim gücün yaptırımla desteklenmiş emridir. Emrin muhatapı olmak, ödev ve yükümlülük altında olmaktır. Bir kuralın gerçek anlamda yasa olabilmesi için cezâ yaptırımla desteklenmesi,<sup>24</sup> âmir iradenin, icabında bu cezayı uygulayabilecek güçte olması gerekir. Emrin diğer ifade biçimlerinden ayrıldığı nokta, emir verenin gereği yapılmadığında cezalandırma gücünün bulunmasıdır. Austin'e göre gereği yapılmadığında zarar ve ceza öngörülmemişse, ifade biçimi nasıl olursa olsun, o, emir değildir. Yaptırım uygulanma ihtimali, zorlama ve cebir gücü hukuka uymanın temel sebebidir.<sup>25</sup> Devletler hukuku da kurallara riayet etmeyenlere yaptırım uygulanmadığı için<sup>26</sup> pozitif hukuk içerisinde değerlendirilemez.<sup>27</sup>

19 Aral, *Hukuk Felsefesinin Temel Sorunları*, s. 146.

20 Torun, *Hukuk Felsefesi*, s. 268, 269; Güriz, *Hukuk Felsefesi*, s. 278, 290.

21 Torun, *Hukuk Felsefesi*, s. 270.

22 Güriz, *Hukuk Felsefesi*, s. 279, 293.

23 Torun, *Hukuk Felsefesi*, s. 270.

24 Güriz, *Hukuk Felsefesi*, s. 279, 290, 292.

25 Torun, *Hukuk Felsefesi*, s. 271.

26 Shaw, *Uluslararası Hukuk*, s. 2.

27 Güriz, *Hukuk Felsefesi*, s. 293. İradeci pozitivizm kapsamında değerlendirilebilecek bir diğer düşünür olan Oliver Wendell Holmes'a (1935) göre birey araç, toplum amaçtır. Devlet kendi varlığını koruma noktasında bireylerin haklarını gözden çıkarmada tereddüt etmemelidir. Hayatta esas olan mücadeledir ve zafer güçlü olanındır. İnsan hakları ve tabii hukuk söylemleri yapaydır. İnsanlar için devletin verdiği başka bir haktan söz edilemez. Zayıflara acımak ve idealist davranmak yararlı ve gerçekçi bir davranış değildir. Hukuk idealizmden arındırılmalı, ahlaki anlamı ve önemi bulunan her kelime hukuktan çıkarılmalıdır. Bkz. Kozak, *Hukuk Felsefesi*, s. 82.

## 1.2. Sosyolojik (Realist) Hukukî Pozitivizm

Sosyolojik HP kapsamında Comte ve Duguit'nin yaklaşımları dikkat çekmektedir.

### 1.2.1. Auguste Comte (ö. 1857)

Comte'un üç hal yasaı olarak ortaya koyduğu teolojik, metafizik ve pozitivist dönem ayrımı HP'den ziyade felsefi pozitivizmde temel ayrım niteliğindedir.<sup>28</sup> İlk iki safhayı eleştiren Comte, olguların sebeplerinin deney ve gözlemlerle ortaya konmasına dayanan pozitivist aşamanın gerekliliğini açıklamaya çalışmış, akılcı metoda alternatif olarak deneysel yöntemi merkeze almış; bilimi, deney ve gözlemlerle ulaşılan gerçeklik şeklinde ifade etmiştir. İnsanın tabiatından kaynaklanan haklardan söz edilemeyeceğini, kimsenin devletin tanıdığı haklardan başka bir hakka sahip olmadığını, üzerinde durulması gerekenin, haklar değil yükümlülükler olduğunu söyleyen Comte, tutarlı bir hukuk teorisi ortaya koymamasına karşılık yaklaşımları itibarıyla bazı araştırmacılarca HP'in zemini olarak ifade edilmiştir.<sup>29</sup> Ancak bu yaklaşım tarihi vakıa ile muvafık değildir. HP'in önemli teorisyenlerinden Bentham'ın (ö. 1832) Comte'dan önce ve Austin'in (ö. 1859) de onunla aynı zaman diliminde yaşadığı düşünüldüğünde HP'in ortaya çıkmasında değil de gelişmesinde Comte'un felsefi pozitivizminin etkisinden söz edilebilir. Nitekim Güriz de Bentham ve Austin üzerinde Comte'un herhangi bir etkisinin bulunmadığını, felsefi pozitivizmle HP arasında ilişki kurma isteğinin terminoloji sorunundan kaynaklanan uyumsuzluklara sebep olduğunu ifade etmektedir.<sup>30</sup>

### 1.2.2. Leon Duguit (ö. 1928)

Comte'un görüşlerini benimseyip geliştiren Duguit "doğal haklar öğretisi" ile insanın toplumdan bağımsız bir varlık olduğu ve doğuştan hayat, hürriyet ve mülkiyet haklarına sahip olduğu yaklaşımını savunan on sekizinci asır tabii hukuk anlayışına karşı çıkmış, bilimsel gerçeklerin aksini ispatladığını, toplum ve devletten bağımsız bir takım haklardan bahsedilemeyeceğini, insan toplumla birlikte haklara sahip olduğunu, yalnız değil toplum içinde yaşayabilmesi sebebiyle hukukun temeline sosyal insan anlayışının<sup>31</sup> yerleştirilmesi gerektiğini iddia etmiştir. Onun sosyolojik hukukî pozitivizmine (realist hukuk teorisi) göre bir adada Robinson gibi tek başına yaşayan kişinin hiçbir hakkı yoktur. Toplumdan soyutlanmış insan

28 Weber, *Felsefe Tarihi*, s. 397.

29 Torun, *Hukuk Felsefesi*, s. 263, 264.

30 Güriz, *Hukuk Felsefesi*, s. 283-287.

31 Aral, *Hukuk Felsefesinin Temel Sorunları*, s. 145.

anlayışının metafizik değeri olsa da hukukî değeri bulunmamaktadır. Teorisinde egemenlik kavramına yer vermeyen ve bu kavramı reddeden Duguit kişi haklarının toplumdan ve devletten önce var olduğu yönündeki kabulün ya devlet egemenliğini ya da kişi özerkliğini ortadan kaldıracığını söylemektedir. Ona göre önceden var olduğu kabul edilen bireysel hakların devlet iktidarını sınırlandırdığı kabul edildiğinde egemenlikten söz edilemeyecektir. Devletin bireysel hakları sınırlandırdığı durumda ise bireysel özerklik ortadan kalkacaktır.<sup>32</sup>

Hak kavramını eleştiren Duguit hukukun temeline ödevi yerleştirmekte, “sosyal dayanışmanın” önemine dikkat çekmekte ve bunun kişilere ve devlete hukukî ödevler yüklediğini belirtmektedir. Ellerindeki mülkü sosyal bağlılığı korumak ve geliştirmek için kullanmanın kişiler için ödev olduğunu söyleyen Duguit’ye göre iyi ve kötünün, haklı ve haksızın ölçüsünü ortaya koyacak bir ilke bulmak imkânsız olduğu için bütün inançlar ve değerler hukuk dünyasından uzaklaştırılmalıdır.<sup>33</sup>

İnsanların ortak ihtiyaçları vardır ve bunlar işbölümü ile sosyal birleşme süreci içerisinde aynı yeteneklerin birleştirilmesi ya da hizmet değişimleri ile ancak ortaklaşa karşılanabilir. İnsanların değeri, “sosyal dayanışma” içindeki fonksiyonlarına göre belirlenmelidir. Kişilerin karşılıklı ilişki içerisinde olmaları eylemlerini düzenleyen, yapacakları ve yapmayacakları şeyleri belirleyen sosyal norm ortaya çıkarır. Sosyal normların tek temeli sosyal olgudur.<sup>34</sup> Devleti de bağlayan bu normlar (kurallar) devletin müdahalesi olmadan, toplumun benimsemesi ile ortaya çıkar, mevzuatta yer alması, hukukçuların oybirliğiyle karar almaları ya da yöneticilerin iradeleriyle değil, mevzuata girmesinden çok önce toplum tarafından kabul edilmesi, toplum bireylerinin bilinç dünyalarında bağlılık oluşmasıyla varlık kazanır. Kanun koyucunun işi, toplum hayatında oluşan hukuk kurallarına uygun şekilde kanun normlarını belirlemektir.<sup>35</sup>

Siyasal iktidarın sosyal evrim sonucunda ortaya çıktığını söyleyen Duguit’ye göre bir gerçeklik olan siyasal gücün meşru olması ya da olmaması gibi bir problem söz konusu değildir. Ona göre toplumda bir kesim güç kullanma hakkına sahipse, yönetenle yönetilen arasında sürekli bir farklılaşma söz konusu ise devlet var demektir. Esas olan devletin iradesi değil yönetenlerin iradesidir. Yöneticiler topluma vekâleten değil kendi iradeleriyle ve kendileri olarak hareket ederler. Buna aykırı bir devlet teorisi gerçekçi değildir.<sup>36</sup>

32 Torun, *Hukuk Felsefesi*, s. 272-274.

33 Güriz, *Hukuk Felsefesi*, s. 283-307.

34 Torun, *Hukuk Felsefesi*, s. 273.

35 Güriz, *Hukuk Felsefesi*, s. 296-302.

36 Torun, *Hukuk Felsefesi*, s. 273, 274; Güriz, *Hukuk Felsefesi*, s. 296, 304.

Kararı önceden hukuk kuralı olarak oluştuğu için işi hukuk kuralını yorumlamaktan ibaret olan hâkimin hukuk oluşturmasından söz edilemez. Hâkimin toplumsal tepkiye sebep olmayan, toplumun kabulle karşıladığı kararları gerçek hukuk normları ile uyumlu kararlardır.

“Devletler hukuku” güçlü devletin, iradesini tâbi devletlere kabul ettirmesi değil, uluslararası bir bilinçtir. Devletler bazı ahlaki ve ekonomik kuralların bilincine sahip olur ve bunları gerekirse organize olarak ya da olmadan kuvvet kullanmak suretiyle korurlarsa, devletler hukukundan söz etmek mümkün olur.<sup>37</sup>

### 1.3. Normativist Hukukî Pozitivizm

Hukuku yine hukukun oluşturduğunu, hukuk kurallarının başka hukuk kurallarınca belirlenen kişi ya da kurumlar tarafından yine hukukun ortaya koyduğu usuller çerçevesinde belirlendiğini, bir normun başka bir normu ortaya çıkardığını savunan normativist (normcu/mevzuatçı<sup>38</sup>) pozitivizm (saf hukuk teorisi), HP’in bir diğer görünümüdür.<sup>39</sup>

Normativist HP denince akla gelen düşünür Kelsen olmakla birlikte,<sup>40</sup> yaklaşımları dikkate alındığında Hart ve Levi’yi de bu akım içerisinde değerlendirmek mümkündür.

#### 1.3.1. Hans Kelsen (ö. 1973)

Kelsen’in HP’ine göre hukukta esas olan normlar hiyerarşisidir. Hukukun amacına değil ne olduğuna odaklanan Kelsen’e göre hukuk kuralı ancak hiyerarşik bütünlük içerisinde uygulanabilir.<sup>41</sup> Kelsen’in piramit metaforunda zirvede temel norm yer alır. Anayasa bütün normların dayanağı olup onun da özünde hukuk kuralı değil varsayımsal bir norm olan ve vazedicisi bulunmayan “temel norm” vardır.<sup>42</sup> Her norm hiyerarşik yapılanmaya uygun olarak kendisinin üstünde bulunan bir başka norm ile nasıl hareket edecekleri ve bu hareketlerle hangi sonuçların meydana gelmesi gerektiği<sup>43</sup> tespit edilmiş olan kişi ya da kurumlar tarafından

37 Güriz, *Hukuk Felsefesi*, s. 302-306.

38 Her ne kadar bütünüyle hukukî pozitivistler için ifade ediliyorsa da “mevzuatçı” ifadesinin normativistler için daha uygun olduğu söylenebilir. Kozak, *Hukuk Felsefesi*, s. 73.

39 Güriz, *Hukuk Felsefesi*, s. 314.

40 Torun, *Hukuk Felsefesi*, s. 275, 276.

41 Furtun, *Hukuk Felsefesi Dersleri*, s. 123.

42 Torun, *Hukuk Felsefesi*, s. 275, 276.

43 Furtun, *Hukuk Felsefesi Dersleri*, s. 122.

belirlenir, geçerliliğini bir üst normdan ve onu uygulayan iradenin uygulama yönündeki fiilinden alır. Yetkili bir organ tarafından çıkarılan bir norm daha sonra yine yetkili bir organın çıkaracağı başka bir normla yürürlükten kaldırılabilir. Bir normun geçerliliği herhangi bir olguda değil, başka bir normda aranmalıdır. Bir kuralın geçerliliği, bağlı olduğu hukuk düzeninin geçerliliği ile mümkündür. Meclisin çıkardığı kanunu, bir çetenin haraç toplama kararından ayıran husus, meclisin hiyerarşik yapı içerisinde kanun yapma yetkisini kullanıyor olması, bir norma dayanmasıdır.<sup>44</sup>

Kanunlar, kanun koyucu tarafından belirlenen genel normlardır. Normlar hiyerarşisinde en genel ve en soyut normdan en özel, en ferdi ve en somut norma doğru bir geçiş söz konusu olup; idari işlemler ve mahkeme kararları soyut hukuk normlarının somutlaştırılması ve ferdileştirilmesi anlamına gelmektedir. İçtihatlar, örf ve adetler ancak anayasaya dayanması ve yasa koyucunun tanınması ile hukukun kapsamında sayılır.<sup>45</sup> Austin'in emperatif pozitivizmini eleştiren Kelsen hukuk kuralının, muhataba ihtiyaç duymayan hipotetik (şarta bağlı) hüküm olduğunu,<sup>46</sup> bir kişinin iradesi anlamında emir olarak nitelendirilemeyeceğini, amirin ölmesi, meclislerde kararların görüş birliğiyle değil de çoğunluk oyuyla alınması, bazı kişilerin yeterince bilgi sahibi olmadan oylamaya katılmaları gibi sebeplerle emirlerin belirsizlik taşıdığını ifade etmektedir.<sup>47</sup>

Kelsen bilimsel bir temele dayanmadığı gerekçesiyle, Roma hukukundan gelen kamu hukuku-özel hukuk ayırımına yer olmadığı, devletin kamu hukukunda olduğu gibi özel hukukta da tarafların üstünde bir konuma sahip olduğu kanaatindedir.<sup>48</sup>

Düalizmi reddederek hukuk-devlet özdeşliğini savunan Kelsen, devleti hukuk düzeninin kurumlarının oluşturduğunu, hukukun kendi oluşumunu düzenlediğini, devletle hukukun farklı olmadığını söyler.<sup>49</sup> Kelsen objektif hukuku normun kendisi, sübjektif hukuku normun uygulaması olarak ifade etmek suretiyle objektif hukuk-sübjektif hukuk düalizmini de ortadan kaldırdığını iddia etmektedir.<sup>50</sup>

Normlar ve bu normlarla düzenlenen ilişkiler arasındaki mantıkî bağı inceleyen objektif bir sosyal bilim olan hukuk, değerlerden arındırılmalı, saflaştırılmalı,<sup>51</sup>

44 Güriz, *Hukuk Felsefesi*, s. 312, 313.

45 Kozak, *Hukuk Felsefesi*, s. 80.

46 Güriz, *Hukuk Felsefesi*, s. 312.

47 Furtun, *Hukuk Felsefesi Dersleri*, s. 121-123.

48 Güriz, *Hukuk Felsefesi*, s. 312, 321, 322.

49 Hukuk, devletten önce değildir. Torun, *Hukuk Felsefesi*, s. 276.

50 Güriz, *Hukuk Felsefesi*, s. 314-324.

51 Kozak, *Hukuk Felsefesi*, s. 81, 82.



hukuka yönelik her türlü sosyolojik, politik, ideolojik<sup>52</sup> ya da felsefi müdahale reddedilmelidir.<sup>53</sup> Objektif ve normatif bir bilim olmakla birlikte tabiatta nedenselliğin, hukukta ise normatif ilişkinin esas olması, tabiat kanunlarının olanı, hukuk kurallarının ise olması gerekeni, insanların nasıl hareket etmeleri gerektiğini göstermesi sebebiyle tabiat kanunları ile hukuk kuralları birbirinden farklıdır. Ancak bir davranışın hukuka uygunluğunu denetleyen hukuk bilimi değil mahkemelerdir. İrrasyonel, duygusal ve subjektif menfaatlerin evrenselleştirilmesi yönünde bir iddia ve yanılığın ibaret olan adalet, ahlaki ya da siyasi içeriklidir. Bir ülkedeki vatandaşların çoğunun adalet idesi aynı olsa da objektif bir adalet idesinden söz edilemez. Adalet standardı olarak kullanılan normlar kişiden kişiye değişir. Bir kişinin hürriyeti, diğerinin eşitliği esas aldığı bir durumda hürriyetçi adalet ve eşitlikçi adaletten hangisinin üstün olduğunu belirleme imkânı yoktur. Bir davranışta bulunmanın istenmesi, aksi davranış için yaptırım öngörmek anlamına gelir. Mı-silleme ve savaş hallerinde olduğu gibi yaptırım toplumun diğer üyelerine de yönelmişse kolektif sorumluluk söz konusudur. İstisnaları bulunmakla birlikte genel olarak hakkın temeli olan ödev kiminse sorumlu odur. Kelsen'e göre devletleri belli davranışlara zorlaması ve aksi durum için yaptırım öngörmesi sebebiyle devletler hukuku gerçek bir hukuk dalıdır. Ulusal hukuk düzenlerinin üstünde bir normlar düzeni bulunmakta ve bu normlar düzeni milli hukuk düzenlerini evrensel bir hukuk düzeni içerisinde birleştirmektedir. Bu kapsamda devletin egemenliğinden kaynaklanan engel "uluslararası topluluğun egemenliği" ile açıklanmakta, devletler hukukunun her bir milli hukukun üstünde olduğunu kabul edilmekte, böylece evrensel bir hukuk sisteminin kurulmasının söz konusu olacağı vurgulanmaktadır.<sup>54</sup>

### 1.3.2. *Herbert Lionel Adolphus Hart (ö. 1992)*

Hart'ın öğretisinin merkezinde birincil ve ikincil normlar düşüncesi yer almaktadır. Hukuk, birincil ve ikincil normların birlikteliği şeklinde tanımlanabilir. Birincil normlar emreden, yasaklayan, serbest bırakan, yani kapsamında davranış kalıpları barındıran normlardır. İkincil normlar ise birincil normların kesin olarak belirlenmesi, ortaya konması, ortadan kaldırılması, değiştirilmesi ve ihlalini kesin olarak belirleme biçimini ortaya koyan normlardır. İkincil normların en önemlisi, neyin hukuk olduğunu gösteren tanıma kuralıdır. İkincil normlar zorlayıcı değildir, belli kişi ve kurumlara hukuku yorumlama ve değiştirme hususunda yetki verir.<sup>55</sup>

52 Furtun, *Hukuk Felsefesi Dersleri*, s. 122.

53 Torun, *Hukuk Felsefesi*, s. 276.

54 Güriz, *Hukuk Felsefesi*, s. 309-324.

55 Torun, *Hukuk Felsefesi*, s. 279, 280.

Hart'a göre hukukla ahlak arasında zorunlu ilişkinin varlığına inanmak, bazı çelişkiler barındırır. Hukuk hangi ahlakı, iyiyi ya da adaleti esas alacak, hangisine göre yapılandırılacaktır? Genel geçer bir ahlakın varlığı, bu noktada bir belirsizlik olarak ortaya çıkacaktır. Ahlak zemininde tesis edilen kurallar, her zaman eleştiriye açık olacaktır.<sup>56</sup> Ahlak eksenli bir hukuk tasarımına ilişkin önerme, ilkelerle desteklenmesi gereken eleştirel bir ahlak tezidir. Bu ise belli toplumların ahlakı referans alınarak ne kanıtlanabilir ne de çürütülebilir. Hart'a göre adil bir yasal sistemle böyle olmayan sistem arasında fark olduğuna yönelik düşünce temelsizdir. Çünkü adaletin özü, bir hukuk kuralının uygulanmasıdır. Bir yasanın ahlaken kabul edilemez olması, onun hukuk niteliği kazanmasına engel değildir. Bu yaklaşım, onun teorisinin temelini teşkil eder.<sup>57</sup>

İradeci pozitivizm kuramını ortaya koyan Austin'i eleştiren Hart'a göre hukuk emir olması yönüyle sadece kötü vatandaşa ceza vermemeli, iyi vatandaş için bir yaşam modeli oluşturabilmelidir. Uygulayıcı sadece acı vermemeli, vatandaş acı veren fiilin/cezanın gerekçesini anlamalı, böylece hukuka gönülden bağlanmalı, içsel bir bağlılık oluşmalıdır.<sup>58</sup>

Hart'a göre hukuku ilkel toplum yapısı dışına çıkararak, yükümlülük değil ödevin esas alınmasıdır. Bunların tamamlayıcısı olarak tanıma, değiştirme (yetkilendirme) ve muhakeme normları söz konusudur. Kelsen'den farklı olarak Hart'a göre tanıma varsayımsal değil fiili tanıma ölçütleriyle varlık kazanmaktadır.

### 1.3.3. Edward Hirsch Levi (ö. 2000)

Levi hukuk kurallarının konuya ilişkin genel önerme ile özel önerme arasındaki mantıklı ilişkinin tabii sonucu olan belirsizliğinden kaynaklanmak üzere genel kurallarla somut kararlar arasında boşlukların var olduğunu belirtmektedir. Birden fazla kişi ve durumu kapsamasını, esnekliği, değişen şartlarda yeni fikirlerin muhakeme süreçlerine dâhil edilmesini ve böylece istikrarın sağlanmasını mümkün hale getiren zemin olan hukukta, herhangi bir somut tekil önerme bir genel önermeye dâhil edilebileceği gibi genel (büyük) önerme içerisinde önceden ifade edilerek tüketilemeyecek kadar çok tekil önerme yer alabilir. Genel norma dayalı olarak hâkimin verdiği somut kararın, önermelerle hareket edilmiş, gerekli ve tutarlı bir hüküm olması sebebiyle keyfi olduğu söylenemez. Karar mutlak doğru değil ve tartışmaya açıksa da rasyonel ve tutarlıdır.<sup>59</sup>

56 Hart, *Hukuk, Özgürlük ve Ahlak*, s. 80.

57 Torun, *Hukuk Felsefesi*, s. 277, 278.

58 Furtun, *Hukuk Felsefesi Dersleri*, s. 124.

59 Furtun, *Hukuk Felsefesi Dersleri*, s. 119, 120.

Muhakeme süreçleri için ortaya konan kesinlik, bilimsel doğruluk ve öngörülebilirlik özellikleri yanılgıdan ibaret olup hukuk alanında irrasyonelite esastır. Bu aşamada muhakeme sürecinde önemli olan, yargılamanın kendi öncülleri üzerinden olaylara ilişkin bir karara varmak ve tercih edilen karara dair inandırıcı (makul) gerekçeler ortaya koymaktır. Böyle olunca hâkimin keyfi hukuk oluşturması, hukuku bulması ya da mevzuatın lafızlarıyla determine etmesi sonucu bir karar vermesinden söz edilemez.<sup>60</sup>

Levi'nin genel norm-somut norm ayrımıyla ikili normativist bir yaklaşım ortaya koyduğu görülmektedir. İki norm türünün birbirine bağlanma sürecindeki zorunlu belirsizlik onun normativizminin ayırıcı özelliğini oluşturmaktadır.

## 2. HUKUKÎ POZİTİVİZMİN İSLAM HUKUKU BAĞLAMINDA DEĞERLENDİRMESİ

Karşılaştırmalı yaklaşımla bakıldığında İslam hukuku ile HP arasında birçok farklılık müşahade edilmektedir. Bunlar hukukun sabitlemesi, oluşum ve gelişimi, kapsam ve yöntem analizi, hukuk-değer ve kişi-değer ilişkisi başlıklarında ele alınacaktır.

### 2.1. Hukukun Sabitlemesi

Analitik, realist ve normativist hukukî pozitivizmin temelini hukuku devlet, toplum ya da norm sistemi ile sabitleme fikri oluşturmaktadır. Analitik (iradeci) HP'de hukuk, yöneticinin iradesi üzerine inşa edilmiş, sabitlemiş, onun iradesinden ibaret görülmüştür.<sup>61</sup>

Tabii hukuk anlayışında uygulanmakta olanın üstünde ve ötesinde daha ideal bir hukukun var olduğu ifade edilirken,<sup>62</sup> HP'de var olanın ötesi, öncesi ya da

60 Furtun, *Hukuk Felsefesi Dersleri*, s. 120, 121.

61 Düşünce tarihi, insanlığın sabite arayış tarihi ya da daha güvenilir ilkeleri arama süreci olarak isimlendirilebilir. İnsanlar güven veren sabitelerin arayışına yönelmişler, nispeten güvenilir sabiteler üzerine hayatlarını ve hukuklarını inşa etmeye çalışmışlardır. Hukuk düzleminde sabite arayışı özellikle batı dünyasında sonu gelmeyen bir süreç olmuş, ortaya çıkan farklı akımlar, çeşitli irade ve yöntemleri hukukun sabiteleri olarak sunmuşlardır. Bunun temelinde batının kültür ve medeniyet konularında hukuka ilişkin bağlayıcı kurallar konmamasının ve sistematik bir hukuka zemin teşkil etmemesinin bulunduğu söylenebilir. Nitekim İslam'ın bütün hayatı kuşatan kurallar koymasına karşılık Hıristiyanlıkta özellikle hukuk düzleminde böyle bir kapsamlılık müşahade edilmemektedir. Bkz. Ortaylı, "Yahudilerin-Müslümanların Şeriatları ve Hıristiyanlık", 133.

62 Bilge, *Hukuk Başlangıcı*, s. 27. Tabii hukuk, pozitif hukuk için tükenmez bir kaynak niteliğinde olup kimi hukukçular, tabii hukuk kavramıyla eş anlamlı olarak, "ideal hukuk" kavramını kullanmaktadırlar. Vecchio, *Hukuk Felsefesi Dersleri*, 326.

sonrası göz ardı edilmekte, hukuk vâkıa üzerine inşa edilmekte, sabitlenmektedir. Tabii hukukta sürekli ideal arayışı söz konusu iken; HP'de yöneticinin iradesi, toplumda beliren kurallar ya da normlar hiyerarşisi ideali ifade etmekte, bunların ötesinde bir ideal arayışı söz konusu olmamaktadır.

Hukukun sabitlenmesi ya da hukukta sabiteler oluşturulması bakımından İslam hukukuna bakıldığında karşımıza icmâ kavramı çıkmaktadır. İslam hukuk literatüründe icmanın temel işlevi sabitlemedir. Ümmetin icmâ ettiği hususlar sabitlenmiş, yoruma kapatılmıştır.<sup>63</sup> İcmânın sabitleyici rolü usulden furûa hukukun bütün alanlarında işlevseldir.<sup>64</sup>

HP'de hukukun kaynağı bakımından bir sabitleme söz konusu iken yöntem ve hukuk dallarına ilişkin sabitleme yoktur. Buna karşılık İslam hukukunda hem kaynaklara, hem hukukun anlaşılma yöntemlerine hem de uygulamaya ilişkin sabitlemeler mevcuttur.<sup>65</sup>

Sabitlenme yaklaşımına dair bu genel değerlendirmeden sonra HP'de görülen devlet, toplum ve norm eksenli sabitlemeleri ayrı ayrı İslam hukuku ile karşılaştırmaları olarak ele alalım.

### 2.1.1. Devlet Eksenli Sabitleme

HP'de hukukun kökeni bakımından ortaya konan sabitleme hukukî istikrarın değil istikrarsızlığın kaynağı niteliğindedir. Özellikle analitik HP'de bunu açıkça görmek mümkündür. Hukukun, yöneticinin iradesi olarak tanımlanması ve sabitlenmesi süreli bir istikrar ihtimalini barındırsa da uzun vadede hukukî istikrarı imkansız hale getirmektedir. Çünkü hukuk yöneticinin iradesi üzerine sabitlenmek suretiyle anlık muhtemel istikrar için genel hukukî istikrar feda edilmektedir. Bu yaklaşım iyi bir yöneticinin mevcudiyetinde iyi sonuçlar verebilir. Ancak zayıf, dirayetsiz, ferasetsiz yöneticilerin bulunduğu zaman dilimlerinde hukukun nasıl

63 Karâfi, *Envâru'l-burûk fî envâi'l-furûk*, IV, 51; Ebû Ya'lâ, *el-Udde fî usûli'l-fikh*, IV, 1111; Tûfi, *Şerhu Muhtasari'r-Ravza*, I, 162.

64 Şîrâzi, *et-Tebîra fî usûli'l-fikh*, s. 447.

65 Zerkeşi, *el-Bahru'l-muhît fî usûli'l-fikh*, V, 286. İcmâ İslam hukukunda istikrarı temin eden temel kavram olarak yerini almıştır. Ancak bu, İslam hukukunun bütünüyle sabitelerden ibaret olduğu, hukukçulara yorum alanı bırakmadığı gibi bir yaklaşıma asla imkan vermez. Çünkü İslam hukukunun sabiteleri olarak ifade edebileceğimiz icmâ edilen hususlar, bütünün küçük bir kısmını oluşturur. İslam hukuku bütünlüğünün kahir ekseriyetinde ise farklı içtihatlar, muhtelif değerlendirme biçimleri vardır. O halde usulde ve farklı hukuk dallarında görülen icmâlar o alanların omurgası niteliğinde olup, meselenin aslı icmâ ile ortaya konduktan sonra tamamlayıcı hususlar içtihadı bırakılmış, böylece hem usulde hem de ilgili hukuk dallarında belli düzeyde istikrar sağlanmıştır.

bir yapıya dönüşeceği, hukuk diye neyin uygulanacağı belirsizdir.<sup>66</sup> Böyle bir durumun nihai nitelemesi hukuksuzluk ve keyfiliktir.

İslam hukuku açısından devlet başkanının iradesi analiz edildiğinde, karşımıza öncelikli olarak ülülemre (meşru yöneticiye) itaat konusu çıkar. İslam yöneticiye itaati Müslüman bireyler için zorunluluk olarak tanımlamıştır.<sup>67</sup> Ancak itaatin şartı yöneticinin adaletten ayrılmaması ve meşruiyetini kaybetmemesidir. Eğer adaletten ayrılmışsa, böyle bir idareciye itaat etmemek ve kendisine hakkı hatırlatmak esastır.<sup>68</sup>

İslam'a göre yönetimde sınırlı iktidar ilkesi esas olup devlet başkanı İslam'ın kurallarına riayet etmekle sorumludur, İslam'a aykırı kurallar koyamaz.<sup>69</sup> İslamî perspektifle devlet başkanının, hukukun mutlak kaynağı olarak görülmesi mümkün değildir. Başkan, kendisi için tanımlanan menduplar, mekruhlar ve mubahlar alanında inisiyatifini kullanır, kendisi ya da yetki verdiği kurullar aracılığıyla kurullar koyabilir. Ancak idarecinin olağan şartlarda haramlar ve farzlar alanına müdahalesi söz konusu olmaz. Yönetici icmâ edilen bir haramın yapılmasını emredemeyeceği gibi aynı nitelikteki bir farzın terk edilmesini de emredemez, bu yönde hukukî düzenlemeler yapamaz.<sup>70</sup>

Bu bağlamda netice itibarıyla analitik HP'de hukukun devlet başkanı ile anlamını bulmasına ve başkanın sınırsız yetkiye sahip olmasına karşılık, İslam hukukunda sınırlı yetkinin söz konusu olduğu, adalete uygun davrandığı sürece halkın, başkanın karar ve düzenlemelerine bağlı kalma mükellefiyetlerinin bulunduğu söylenebilir.<sup>71</sup>

66 Böyle bir yapıda gerçek anlamda hukuk sisteminden de söz edilemez. Çünkü yönetimi eline alan kişinin kendi döneminde sınırlı süre içerisinde sistematik tarzda bir hukukî yapı oluşturması mümkün değildir. Bir yöneticinin kendi döneminde ortaya koyacağı hukukî bütünlükte eksiklerin, boşlukların olması kaçınılmazdır.

67 en-Nisâ 4/59.

68 Aydın, *Türk Hukuk Tarihi*, s. 198.

69 Bu hususu Ebussuûd Efendi'nin Sultan Süleyman'a söylediği "nâmeşru nesneye emr-i sultanî olmaz" sözü veciz biçimde ortaya koymaktadır. Bkz. Akgündüz, "Osmanlı Hukuk Sisteminin Şer'îliği Meselesi ve Kanunnamelerin Şer'î Tahlili", s. 175.

70 Cessâs, *Ahkâmü'l-Kur'ân*, III, 56. Fakat temel hukuk ekollerinde görüş ayrılıklarının bulunduğu, birinin haram, diğerinin mekruh olarak nitelendirdiği bir durum varsa ve devlet başkanı da uygulamada mekruh olanı esas almışsa bu, meşruiyet alanı içinde aynı konuyla ilgili farkı içtihatlardan biriyle amel etmektir.

71 Devlet başkanı müçtehit olsa dahi bütünüyle hukukun kaynağı olamaz, ancak içtihadın mümkün olduğu alanlarda hukuksal tahliller yapabilir. "Mevrid-i nassta içtihadı mesâğ yoktur." Bk. Mecelle-i Ahkâmî Adliye, md. 14.

### 2.1.2. Toplum Eksenli Sabitleme

Sabitleme bakımından yapılan değerlendirmede realist HP'e bakıldığında toplum vurgusunun ön planda olduğu görülmektedir. Bu yaklaşıma göre hukukun kaynağı toplumdur ve hukuk yaşanan dönemde toplumda mevcut olan kurallardan ibarettir.<sup>72</sup> Böyle bir sabitleme hukukun kaynağı olarak yöneticinin iradesini kabul eden analitik pozitivizme göre tercihe şayan görülebilse de hukuku mazi ve atiden kopararak sadece mevcut toplumun iradesine bağlı kılması, yöneticiyi işlevsiz, iradesiz, inisiyatifsiz bir pozisyonda konumlandırması ve toplumun o anki durumunu ideal hal olarak kabul etmesi itibariyle büyük sorunlar ihtiva etmektedir.

Maddi geçerlilik anlayışının<sup>73</sup> esas alındığı bu yaklaşımda Hukukun bütünüyle topluma endekslenmesi, toplumda o sırada görülen ve uygulanan kuralların ideal olduğu kabulünü beraberinde getirmektedir. Nitekim bu yaklaşımdan dolayı toplumun kabul ettiği mahkeme kararları gerçek kararlar olarak nitelendirilmektedir.<sup>74</sup>

İslam'a göre Yüce Allah hakiki Şâri'dir,<sup>75</sup> sosyal düzen kurallarını belirleyen (teşrî) iradesiyle hukukun kaynağıdır<sup>76</sup> ki bu da Kitâb ve sünnetle tezahür etmiştir.<sup>77</sup> Bu kaynaklardaki derin manaları belli ilkeleri kullanarak<sup>78</sup> keşfedip ortaya çıkaracak ve bunların hayatla bağını kuracak olan ise insandır.<sup>79</sup> Nitekim bireysel ve ko-

72 Emredici nitelikteki sosyal normların tek temeli sosyal olgudur. Sosyal olgudan kaynaklanan bu kurala Duguit sosyal kural der. Bu kurallar devletin müdahalesi olmadan, toplumun onu benimsemesi ile ortaya çıkar. Hukuk kuralı devlete de bağlar. Hukuk kuralları mevzuatta yer almasıyla değil mevzuata girmesinden çok önce toplum tarafından kabul edilmesiyle varlık kazanmıştır. Bunların hukuk kuralına dönüşmesinde, mevzuatta yer alması değil toplum tarafından benimsenmesi ölçüttür. Kuralı hukuk kuralına dönüştüren, hukukçuların oybirliğiyle karar almaları ya da yöneticilerin iradeleri değil toplum bireylerinin bilinç dünyalarında oluşan bağlılıktır. Bkz. Güriz, *Hukuk Felsefesi*, s. 299-302.

73 Realist yaklaşımın toplum vurgusunu kuralların geçerliliği açısından yapılan değerlendirmeler üzerinden ele alabiliriz. Hukuk kurallarının geçerliliği bakımından temelde maddi geçerlilik anlayışı ve biçimsel geçerlilik anlayışı şeklinde iki eğilim söz konusudur. Maddi geçerlilik anlayışına göre toplumda uygulanmakta olan kurallar geçerli iken toplumda karşılığı olmayan kurallar geçersizdir. Biçimsel geçerlilik anlayışına göre ise mevzuatta hukuk olarak yer alan kurallar geçerlidir. Bunların toplumda uygulanmaları ya da uygulanmamalarının belirleyiciliği yoktur. Post pozitivist geçerlilik anlayışına göre ise hakikaten geçerli olan hukuk kuralları hem mevzuatta yer alan hem de toplumsal yaşantı içerisinde kendiliğinden uygulanmakta olan kurallardır. Gözler, *Hukukun Genel Teorisine Giriş*, s. 58-75; Türcan, *İslam Hukukunda Norm-Amaç İlişkisi*, s. 179-186.

74 Sosyalist HP'e göre hâkimin işi, hukuk kuralını yorumlamaktan ibarettir. Toplumsal tepkiye sebep olmayan, toplumun kabulü karşılığında mahkeme kararları gerçek hukuk normları ile uyumlu kararlardır. Bkz. Güriz, *Hukuk Felsefesi*, s. 302, 303.

75 Şîrâzi, *el-Lüma' fî usûli'l-fikh*, s. 33; Abdülaziz Buhârî, *Keşfü'l-esrâr şerhu Usûli'l-Pezdevi* II; 492; Hudari, *Usûli'l-fikh*, s. 19; Hamidullah, *Introduction to Islam*, s. 155.

76 Baudouin, *Law and the person in the modern middle east*, s. 116; Gölcük - Toprak, *Kelam*, s. 194; Zühayli, *et-Tefsîru'l-münir*, V, 416.

77 Hamid, *Islam the natural way*, s. 35.

78 Râzi, *el-Mahsûl fî ilmi usûli'l-fikh*, I, 7.

79 Zeydan, *Nazarât fi ş-şer'iatî'l-İslâmiyye*, s. 286; Kamali, *Shari'ah Law: An Introduction*, s. 27.

lektif içtihatlar arasında bağlayıcılık bakımından fark bulunsa da İslam hukukunun bütününde içtihat geniş bir alana sahiptir.<sup>80</sup> Nakil (Kitâb, sünnet) ve aklın yanı sıra İslam hukukunun hüküm kaynağı olarak kabul ettiği bir diğer yapı toplumdur. İslam hukukunda toplumun hukuka kaynaklığı örf kapsamında değerlendirilebilir.<sup>81</sup>

Ulemanın ortaya koyduğu genel kaynak tasavvuruna bakıldığında ilahi irade ve ona tâbî olarak beşeri irade şeklinde temelde iki kaynak müşahede edilmektedir. Beşer iradesinin kaynaklığında bireysel ve kolektif içtihatların (icma) yanı sıra toplumda yerleşik meşru uygulamalar (örf) da değer taşımaktadır. İslam'ın topluma yönelik tavrı ilgâ değil ıslahtır. İslam'ın ortaya çıktığı cahiliye toplumunda dahi bu tavır esas alınmış, bütünüyle İslam'a aykırı olan cahiliye uygulamaları ilga (iptal) edilirken, mümkün olanlar ıslah edilmiş, onarılmış,<sup>82</sup> bir kısım cahiliye adetleri de İslam'a uygun olması sebebiyle ibkâ edilmiş, aynıyla devam ettirilmiştir. Müslümanlar hiçbir zaman karşılaştıkları toplumların yaşantılarını bütünüyle değiştirme, dönüştürme yaklaşımı içerisinde olmamışlar, hakim oldukları bölgelerde yaşayan insanların İslam'ın temel kurallarına aykırı olmayan örflerinin devamına müsaade etmişler, kişilerin özel hukuk alanında kendi din ve düşüncelerine göre yaşamalarına izin vermişlerdir. Ulema hukukun işleyişinde toplumda yerleşik uygulamalara, örf ve adetlere değer atfetmiş, bunları hukuk kaynağı olarak görmüştür. Ancak bu, realist pozitivizmdeki gibi hukukun tek kaynağı olarak toplumu kabul etmek şeklinde değildir.<sup>83</sup>

Bu değerlendirmeden sonra realist HP'in toplumu hukukun tek kaynağı olarak görmesinin ortaya çıkardığı ideal toplum varsayımının da ele alınması gerekir. Bu akım, hukukun tek kaynağı olarak kabul etmek suretiyle mevcut toplumu ideal toplum saymış olmaktadır. Bu yaklaşıma göre toplum bütünüyle çürümüş de olsa, her türlü ahlaksızlık toplumun bütün tabakalarına sirayet etmiş de olsa, o toplum hukukun kaynağıdır, belirleyicisidir ve dolayısıyla idealdir.

Bu yaklaşım tahlil edildiğinde İslam'ın ortaya koyduğu ideal ve faziletli toplum anlayışının varlığı ele alınmalıdır. Temel kaynaklarda ve ulemanın izahlarında bir "ideal toplum" söz konusu mudur?

80 Cüveynî, *el-Burhân fî usûl'l-fıkh*, II, 536.

81 Dinin açık emirlerine aykırı olmayan (sahih) örfler hukukun kaynağıdır, muteberdir. Bkz. Kıyıcı, *İslam Hukukunda Örf ve Adet*, s. 131. Âdet muhakkemdir. Bkz. Mecelle-i Ahkâmı Adliye, md. 36. Örfle tayin nassla tayin gibidir. Bkz. Mecelle-i Ahkâmı Adliye, md. 45.

82 Hamidullah, *Introduction to Islam*, s. 181.

83 İslam hukukunun evrenselliğine karşılık örf ve adetlerin bölgeselliği, söz konusu delilin aslı değil fer'i (ikincil) kaynaklar içerisinde değerlendirilmesini beraberinde getirmiştir bkz. Hallâf, *İlmu usûl'l-fıkh*, s. 79.

Bu soruyu iki açıdan ele almak mümkündür. Birincisi hukukun kaynağı olarak ideal toplum, ikincisi ideal hukuktan kaynaklanan ideal toplum. Hukukun kaynağı niteliğindeki ideal toplum olarak sahabe nesli, sahabe toplumu ifade edilebilir. Hz. Peygamber (sas) bir beyanında sahabe neslinin ideal yapısını “İnsanların en hayırlısı ashabımdır. Sonra onların ardından gelenler ve onlardan sonra gelenlerdir.”<sup>84</sup> şeklinde ifade etmiştir. Sahabe kavli ve özellikle sahabe icmâsının İslam hukukunun güçlü kaynaklarından biri olması<sup>85</sup> da sahabe neslinin hukuk kaynağı olarak ideal toplum kabul edildiğini göstermektedir.<sup>86</sup> Bütün toplumun değil ulemanın görüş birliği olması<sup>87</sup> itibariyle, icmanın aslî deliller arasında yer alması, toplumun hukuk kaynağı olarak nitelendirilmesini ortaya çıkarmaz.<sup>88</sup>

Örf ve adetlerin İslam hukukunun kaynaklarından olması, söz konusu örf ve adetlerin bulunduğu toplumun hukuk kaynağı ideal toplum olarak kabul edilmesi anlamına gelmez mi?

Örfün kaynaklığında toplumdaki bütün uygulamaların değil belli adetlerin muteber olarak kabul edilmesi söz konusudur. Hukuka kaynak olan, bütünüyle toplum değil toplumdaki bir kısım uygulamalardır ki bunların kabul edilebilmesi için sahih olma, başka bir deyişle İslam’ın genel kurallarına uygun olma şartı vardır.<sup>89</sup> O halde örfün delil olarak kabulü belli bir toplumun idealleştirilmesi ve bütünüyle hukuk kaynağı olarak tanımlanması anlamına gelmemektedir.

İslamî perspektifle sahabe neslinden sonra “hukuk kaynağı ideal toplumdan” söz edilemeyecekse de Fârâbî’nin ifade ettiği gibi ideal hukuk ve düzenden kaynaklanan Medîne-i Fâzıla<sup>90</sup> gibi ideal toplumlardan söz edilebilir.<sup>91</sup> Ancak realist HP’dekinin aksine bu tasavvurda ideal toplum hukukun kaynağı değil sonucudur.

Buna göre İslam hukuku bakımından realist HP’de ileri sürülen yaklaşıma benzer biçimde sahabe toplumu hukukun kaynağı olarak ifade edilebilir. Ancak

84 Buhârî, “Fezâil”, 1.

85 Zühaylî, *el-Vecîz fî usûli’l-fıkıh*, s. 105.

86 Kaynaklarımızda gördüğümüz başka “hukuk kaynağı ideal toplum” var mıdır? Yukarıdaki tahlilde yer alan sahabe icmâsından hareketle icmânın gerçekleştiği her toplum, hukuk kaynağı ideal toplum olarak nitelendirilebilir mi?

87 Şahin, *Fıkıh Usûlü*, s. 68.

88 İcmâ her dönemde hukukun kaynağıdır. Ancak sahabe döneminde icmânın kaynaklığı, sahabe toplumunun hukukun kaynağı olması anlamına gelirken; sonraki dönemlerde müçtehitlerin ve muzhir olarak aklın hukukun kaynağı olması anlamına gelmektedir.

89 Zeydan, *el-Vecîz fî usûli’l-fıkıh*, s. 239.

90 Corbin, *İslam Felsefesi Tarihi*, s. 288.

91 Fahri, *İslam Felsefesi Tarihi*, s. 168.



temel fark şudur ki realist HP'de toplum hukukun tek kaynağı iken; İslam hukukunda sahabe toplumu Kitâb ve sünnete uygunluk kriterine tâbî ikincil kaynaktır.

Realist HP'in ortaya çıkardığı bir diğer sorun devlet yöneticilerinin inisiyatiflerini tamamıyla ortadan kaldırmasıdır. Bu yaklaşıma göre idarecilerin ve yargıçların işi toplumda yerleşik halde bulunan kuralları uygulamaktan ibarettir. Bu durumda devlet başkanının ya da yönetici kurulların düzenleme yapma hakkı söz konusu olmamakta, yönetim adeta mekanik bir yapıya dönüştürülmektedir. İradeli varlıkları irade kullanmaksızın yönetmek mümkün değildir. Yönetilen toplumundaki toplumun iradesi böyle bir durumda daima yöneticiyi idare edecek ve bu şekilde paradoksal bir durum ortaya çıkacaktır. Esasında bu, idarenin olmadığı bir toplum tasarımı olup; anarşizmin<sup>92</sup> farklı bir görünümü niteliğindedir. Devlet fikrine karşı çıkarak insanların tabii denge içerisinde yaşamalarını savunan anarşizmle toplumu tek hukuk kaynağı olarak görüp yönetimi iradesiz mekanik yapıya dönüştüren realist HP arasında temel yaklaşım itibarıyla formalite bir devletten başka fark yoktur.

Yönetilemeyen toplum tasarımı ile anarşizmin farklı bir versiyonunu savunan realist HP'in aksine İslam hukukunda hukuk devleti ve sınırlı iktidar esas olmak üzere devlet başkanına iradesini kullanacağı bir yönetim alanı tanınmıştır. Böylece devlet başkanı veya yetkili kurullar toplumdaki sorunları tespit edip, bunların çözüme kavuşturulması için düzenlemeler yapabilecektir.<sup>93</sup>

### 2.1.3. Norm Eksenli Sabitleme

Normativist HP hukuku mevcut hiyerarşik normlar üzerine sabitlemektedir. Hiyerarşik yapı içerisinde üst normun alt normu oluşturduğunu söyleyen Kelsen, ilk ve temel normun oluşumunu izah edememektedir. Normativizme göre nereden ve nasıl geldiği belli olmayan hiyerarşik norm sistemi vardır ve hukukta esas olan bu sistemdir. Kelsen'in üst normun alt normu ortaya çıkardığını ve hukukun kendisini oluşturduğunu söylemesi de sistemindeki temel belirsizliği ortadan kaldırmamaktadır. Temel normun belirlenmesinin hukukî olmadığını söylemesi ise onun sistemindeki belirsizliği daha da artırmaktadır.<sup>94</sup>

92 Barry, *Modern Siyaset Teorisi*, s. 87.

93 İslam'a göre devlet başkanı İslam'ın kurallarına uygun hareket etmeli, kamu yararı doğrultusunda devleti sevk ve idare etmelidir. Ancak ne ayetler ve hadisler ne de kamu yararı yönetimin iradesini bütünüyle ortadan kaldırır. Aksine hem din hem de toplum, iradesini hak ve adalet üzere kullanması hususunda devlet başkanına sorumluluk yükler. Bkz. Yaman, *İslam Kamu Hukuku*, s. 53.

94 Saf Hukuk Teorisi olarak da adlandırılan normativist yaklaşıma göre hukuku oluşturan yine hukuktur.

Normativist pozitivizmde görülen bu tür belirsizlikleri göz ardı ederek Kelsen'in hukuku temel norma<sup>95</sup> dayalı normlar hiyerarşisi olarak tanımlama çabası İslam hukuku bağlamında tahlil edildiğinde hiyerarşik hukuk düşüncesinin farklı görünümüleri müşahade edilmektedir. Bir meselenin hükmünü araştırırken aslı ve fer'i kaynaklara müracaat hususunda usulde mevcut olan Kitap ve sünnetle başlayıp diğer delillerle devam eden kaynak sıralaması,<sup>96</sup> makâsîdü'ş-şerîa kapsamında ortaya konan zarûriyyât, hâciyyât, tahsîniyyât ayrımı<sup>97</sup> ve kavâid-i külliye, eşbâh ve nezâir çerçevesinde idhal<sup>98</sup> suretiyle temel kaidelerin ortaya konması hiyerarşik hukuk düşüncesinin farklı görünümüleri olarak değerlendirilebilir. Esasında İslam hukukunda yerleşik biçimde görülen azimet-ruhsat ayrımı<sup>99</sup> ve evleviyet prensibi<sup>100</sup> hiyerarşik düşüncenin farklı görünümüleri niteliğindedir.

Bunlar İslam hukukundaki hiyerarşik düşünce görünümüleri olarak değerlendirilebilecekken; bir içtihadın başka bir içtihatla nakz olunmayacağı yönün-

---

Hukuk kuralları, başka hukuk kurallarınca belirlenen kişi ya da kurumlar tarafından yine hukukun ortaya koyduğu usuller çerçevesinde belirlenir. Bir norm başka bir normu ortaya çıkarır. Bkz. Güriz, *Hukuk Felsefesi*, s. 314. Anayasa bütün hukukî normların temeli olup onun da temelinde "temel norm" vardır. Temel norm bir hukuk kuralı değil varsayımsal bir normdur ve bir vazedicisi yoktur. Bkz. Torun, *Hukuk Felsefesi*, s. 275, 276.

- 95 İslam hukuku açısından bir temel norm ifade etmek gerekirse ilk olarak "tevhid", bunun farklı bir ifade biçimi olarak "ilâyi kelimetüllah", insan ve toplum ekseninde "Dünya salâhi, ahiret felâhi", bunun farklı ifade şekli olarak "iyilik yarışı" (Bakara 2/148.) "def-i mefâsîd celb-i menâfi" (bkz. Zerkeşi, *el-Bahrul'-muhit fi usûli'l-fikh*, VII, 281; Zuhayli, *el-Kavâidü'l-fikhiyye*, II, 231.)
- 96 Şeybanî, *es-Câmiu's-sağîr*, s. 11.
- 97 Pekcan, *İslam Hukukunda Gâye Problemi Zarûriyyât-Hâciyyât-Tahsîniyyât*, s. 86-110.
- 98 Yaman, *İslam Hukukuna Giriş*, s. 62.
- 99 Ruhsatın temelinde kolaylaştırma ve insanı koruma ilkesi vardır. Ruhsat tanınan her bir fiildeki temel ilke ruhsatın özünü teşkil eden kolaylık ve insanın korunması ilkesinin altındadır, buna tâbidir. Ruhsatlar için tek ilke ile tahdidin söz konusu olmayacağı da açıktır. İnsanı korumak ruhsatın özünü teşkil ettiği gibi kimi zaman malı korumak için de ruhsatlardan yararlanır. Burada odaklandığımız nokta ruhsat ilkelelerinin neler olduğu değil, bunların diğer ilkeler bakımından temel norm teşkil etmesidir. Fakat ruhsatların zemininde tespit edilen temel normların da üstünde normlar bulunmaktadır ki bunları ruhsata kapalı alanlar üzerinden görüyoruz. Kişi kendi canını korumak için başkanının namusuna zarar veremez. İslam kişiye böyle bir ruhsat tanımamıştır. Burada namusu koruma ile canı koruma arasında normatif hiyerarşik ilişki ortaya çıkmaktadır. Bkz. Çalış, *İslam'da Kolaylaştırma İlkesi Azimet - Ruhsat İlişkisi*, s. 254-265.
- 100 Kamusal zararların giderilmesinin bireysel zararların giderilmesinden evlâ olması (bkz. Şeyh Nizam, *el-Fetâva'l-Hindiyye*, V, 395.) hiyerarşi içerisinde, kamu menfaatini koruyan normun bireysel menfaati koruyan normdan üstün olması şeklinde anlaşılabilir. Anne babaya itaatın nafilie hacdan evlâ olarak nitelendirilmesinde (bkz. Tahtâvî, *Hâşiyetü't-Tahtâvî alâ Merâkî'l-felâh şerhu Nûri'l-izâh*, s. 484.) ebeveyne itaati gerekli kılan norm, nafilie ibadete sevk eden normdan üstün görülmüş olmaktadır. Nikâhla meşgul olanın nafilie ibadetlerden evlâ görülmesi (bk. Semerkandî, *Tuhfetü'l-fukahâ*, II, 118.) nikahı emreden normun belli durumlarda nafilie ibadeti emreden normdan üstün olduğu şeklinde anlaşılmalıdır. Burada normun üstünlüğü ile kastedilen normdaki mananın üstünlüğüdür. Aksi halde bir ayetin ya da hadisin diğerinden üstün görülmesi gibi bir mana ortaya çıkar ki bunun kabul edilebilir olmadığı açıktır.

deki temel kural<sup>101</sup> İslam hukuk düşüncesinin hiyerarşik norm yapılandırmasına müsait olmadığı fikrini ortaya çıkarmaktadır. Ancak mesele derinlemesine tahlil edildiğinde bir içtihadın başka bir içtihadı ortadan kaldırmamasının, içtihat eden kişi açısından etki ortaya çıkardığı, bu ilkenin devlet sistemi açısından bir teorik engel teşkil etmediği ve çelişki oluşturmadığı görülür. Nitekim bir içtihat temelde o içtihadı ortaya koyan müçtehidî bağlar.<sup>102</sup> İctihat eden kişi devlet başkanı da olsa durum aynıdır. Toplum tarafından benimsenmemiş ya da yönetimin uygulama yönündeki iradesine muhatap olmamış bir içtihadın toplumsal yaşantının gidişatına dair bağlayıcı inşa edici bir özelliği yoktur. Müçtehidin içtihadı, ilmî bir mesele olup usulünce ortaya konan içtihat İslamî ilimler külliyyatında yer alan diğer içtihatlar gibi değerli, korunmuş bir içtihatdır. Ancak bunun devlet yönetiminde esas alınması, uygulanması toplumun ve yönetimin inisiyatif alanındadır. Dolayısıyla İslam'ın ortaya koyduğu içtihat hürriyeti, her bireyin dilediği gibi hareket etmesiyle yönetilemez bir toplum modelini üretecek yapı olarak sunulamaz. Kişi müçtehit dahi olsa amirin ve hakimin kararına uymak durumundadır.<sup>103</sup>

İslam hukuk düşüncesinde genel hiyerarşik yapı görülse de bu tevhit gibi temel ilkelerin dışında diğer herhangi bir normun mutlak üstünlüğü anlamında katı bir hiyerarşi değildir. Olayın niteliğine göre bir durumda belirleyici temel norm olan bir kural, başka olay ve durumlarda başka bir normun belirleyiciliği altında işlevsel olabilir. Diğer yandan Kelsen'in savunduğu katı hiyerarşik yapıda hukukun oluşumu ve temel norm belirsiz iken İslam hukuk düşüncesi açısından bu tür belirsizliklerden söz edilemez.

## 2.2. Hukukun Oluşum ve Gelişimi

HP'de hukuk yönetici, toplum ya da mevcut hiyerarşik yapı üzerine sabitlenmektedir. Böyle bir durumda hukuk biliminin hukukun gelişimi bakımından herhangi bir işleve sahip olmayacağı açıktır. Çünkü sabit hukuk anlayışı kapsamında hukuk biliminin faaliyeti herhangi bir ideal arayışı söz konusu olmaksızın, yöneticinin iradesinde, toplumda ya da hiyerarşik yapıda mevcut normu ortaya koymaktan ibarettir.

Hukuk biliminin gelişmesi ve uygulamaya etkisi bakımından İslam hukukunun tarihi seyri ele alındığında, serbest ilmî ortamın esas olduğu görülür. İslam

101 İbn Kudâme, *Ravzatü'n-nâzir ve cünnetü'l-münâzir fi usûli'l-fıkh*, II, 378.

102 Şahin, *Fıkıh Usûlü*, s. 413.

103 Kâsânî, *Bedâiü's-Sanâi' fi tertibiş-şerâi'*, VII, 6.

hukukun icmâ ile sabitlenen cüz'î kısmının dışında kalan ve şartlara göre değişim, gelişim alanı olarak nitelendirilebilecek kahir ekseriyetinin süreç içerisinde serbest ilmî ortamda belli bir sistematik yapıya ulaştığı müşahede edilir.

İlmî ortam ve hukukçular, pozitivist yaklaşımlarda ancak yönetici ya da toplum kanalıyla hukukun işleyişinde yer alabilirlerken<sup>104</sup> İslam hukukunda doğrudan hukukun işleyişinde belirleyicidirler.<sup>105</sup> Esasında İslam tarihinde umerâ ile ulemâ arasında bazı dönemlerde ortaya çıkan gerilim ve çatışmalar<sup>106</sup> ilmiyenin hukukî işleyişteki belirleyiciliğinin açık göstergesidir. HP'in aksine<sup>107</sup> İslam hukukuna göre yöneticiler ve toplum ilmî birikime tâbidir, gerek yöneticiler ve gerekse toplum hukukî işleyişte bu ilmi birikimi göz önünde bulundurmamak zorundadır.

İslami ilimler tarihine bakıldığında, ilmiyenin serbest ortamda gelişimini sürdürerek hukukî işleyişte etkili olmasını önleyici bir kısım taleplerin alimlerce kabul görmediğine dair örnekler müşahede edilmektedir. Nitekim Abdullah b. Mukaffâ Malik'e Muvatta isimli eserinin devlet içerisinde adeta kanun metni gibi kabul edilmesi ve uygulanmasını önerdiğinde<sup>108</sup> Malik buna karşı çıkmış, hukukî tekâmülün serbest ilmi ortamda devamını engelleyeceği, hukuk düşüncesinde yeni arayışların önünü kapatacağı ve donuklaşmaya sebep olacağı için bu talebi kabul etmemiş, serbest ilmî ortamı korumuştur.

Normativist HP'e göre bir genel hukuki önerme içerisinde önceden söylenecek tüketilemeyecek sayıda tekil önerme yer alabilir. Böylece ortaya çıkan belirsizlikle yargılama süreçlerine yeni fikirlerin dâhil olmasının önü açılır ve istikrar sağlanır.<sup>109</sup>

Böyle bir yaklaşım tarzı öncelikle genel önerme-özel önerme ya da genel norm-özel norm ayırımını ve hukuk sisteminde normlar hiyerarşisini kabul et-

104 İradeci (analitik/çözümleyici) pozitivismze göre hukuk kendiliğinden oluşmamış, kanun koyucunun iradesi olarak ortaya konmuştur. Bu yaklaşıma göre hukuku koyan irade hukukun da temelidir. Torun, *Hukuk Felsefesi*, s. 263.

105 İlmîye sınıfı, hukukçular, müçtehitler hukukî pozitivismde yöneticinin, toplumun ya da hiyerarşik yapının arkasında, İslam hukukunda ise bunların önündedirler.

106 Osman, *en-Nizâmü'l-kazâi fi'l-fikhi'l-İslâmî*, s. 48. Ayrıca mihne olayları bağlamında bkz. Ebû Ya'lâ el-Ferrâ, *el-Ahkâmü's-sultâniyye*, s. 20.

107 Pozitivismze göre hukuk alanındaki ilmî birikim ancak devlet başkanı ya da toplumun müsaade ettiği ölçüde hukukî işleyişe dahil olur, ilmî birikim devlet başkanı ya da topluma tâbidir.

108 Karaman, *İslam Hukuk Tarihi*, s. 163-164.

109 "Levi'ye göre herhangi bir somut tekil önerme, bir genel önermeye dâhil edilebileceği gibi genel (büyük) önerme içerisinde de önceden ifade edilerek tüketilemeyecek kadar çok tekil önerme yer alabilmektedir. Ona göre genel önerme ile konuya dair özel önerme arasındaki mantıklı ilişkiden kaynaklanan belirsizlik esnekliği ve değişen şartlarda yeni fikirlerin muhakeme süreçlerine dâhil olmasını, böylece istikrarın sağlanmasını mümkün kılmaktadır." Bkz. Furtun, *Hukuk Felsefesi Dersleri*, s. 119-120.

meyi zorunlu kılmaktadır. İslam hukuku açısından normların hiyerarşik yapılandırılmasının bütünüyle kabul edilemeyecek bir durum olmadığı daha önce ifade edilmişti. Özellikle hükmün kaynakları bakımından açık hiyerarşik yapının var olduğu malumdur. Nitekim hukukun açılım, değişim ve gelişim aracı olarak içtihadın kabulü de normatif hiyerarşinin mevcudiyetiyle anlaşılabilir bir durumdur. Buna göre içtihadın dayanağını teşkil eden ayet, hadis ya da icmâ hükmü genel norm, bunlara dayalı olarak çıkarılan içtihadî hüküm de özel norm ya da tikel önerme niteliğinde değerlendirilebilir.

Bu aşamada Levi'nin ifade ettiği belirsizliğin tahlili önem arz etmektedir. Acaba içtihadın kaynağı olarak genel norm niteliğindeki ayet ve hadislerden sınırsız sayıda tikel önerme ya da özel çözüm üretilebilir mi? Üretilebilirse, söz konusu genel norma dayalı olarak henüz ortaya konmamış çözümler noktasındaki belirsizlik nasıl değerlendirilmelidir?

Hükmüne dair icmânın söz konusu olmadığı, ilk dönemden itibaren hakkında farklı yorumların yapıldığı ayet ve hadislerin manalarını sabitleyip bunları içtihadı kapatacak herhangi bir irade bulunmamaktadır.<sup>110</sup> Zaman ve şartlara göre bu naslardan kaynaklanmak üzere sayısız farklı içtihat ortaya konabilir. İslami ilimler tarihi bunun birçok örneğiyle doludur. Mesela Mekke'de nazil olan Hz. Musa'nın sekiz yıl çalışması karşılığında Hz. Şuayb'ın kızlarından biriyle evlenmesini ifade eden ayete dayalı olarak "belli bir hizmet karşılığında evlilik",<sup>111</sup> "Kur'an öğretiminin mehir olarak tayini",<sup>112</sup> "cariyeyi azat etmenin, onunla nikâh akdetmede mehir olarak kabul edilebilmesi",<sup>113</sup> "mehir verilecek kişi",<sup>114</sup> "mehri belirleme yetkisine sahip olan kişi",<sup>115</sup> "nikâh akdinde, kanuni temsilci konumundaki velinin âma olması",<sup>116</sup> "icâre akdinin meşrûiyeti" ve "teberru"<sup>117</sup> konuları bağlamında değerlendirmeler yapılmıştır. Bütün bunlar Hz. Peygamber'den sonra ilgili ayete dayalı olarak ortaya konan tikel önermeler, içtihadî çözümlerdir. Bir ayete dayalı olarak bu kadar farklı çözüm ortaya konmuştur. Ancak ayetten çıkarılabilecek hükümlerin bitirildiği söylenemez. Kıyamete kadar belki sadece bu ayetten

110 Her ne kadar muallel olmaması sebebiyle ibadetler, ceza hukuku ve miras hukuku alanlarında büyük oranda sınırlılık söz konusu ise de bu alanların tamamıyla içtihadı kapalı olduğunu söylemek mümkün değildir.

111 Mâverî, *el-Hâvî fî fıkhiş-Şâfiî*, IX, 411.

112 Zeylâi, *Tebyinü'l-hakâik şerhu Kenzi'd-dekâik*, II, 146.

113 Serahsî, *el-Mebsût*, V, 192.

114 Buhûtî, *Keşşâfü'l-kınâ' an metni'l-iknâ'*, II, 136.

115 İbn Kudâme, *el-Muğnî*, VIII, 13.

116 Nevevî, *el-Mecmû' şerhu'l-Mühezzeb*, XVI, 157, 160.

117 İbn Rüşd el-Ced, *el-Beyân ve't-tahsil*, XVII, 79.

sayısız mesele için sayısız yeni çözüm üretilebilecektir. İleride üretilebilecek olan çözümler şimdi için belirsizdir. Bu durum, içtihadî alan için bütün zamanlarda geçerli bir yargı ortaya konamayacağı ya da bu yargının geçerliliğinin sonraki dönemlerdeki yeni içtihatlarla sorgulanır olacağı yönünde değerlendirmeleri beraberinde getirebilir. Nitekim İslam hukukunun sabit hükümleri bakımından evrensel,<sup>118</sup> içtihadî hükümleri bakımından ise değişken bir yapıya sahip olduğu malumdur.

İslam hukuk düşüncesinin karakteristik yapısı, genel norma dayalı tikel önermeler üretmek suretiyle hukukun değişim ve gelişimini zorunlu kılmaktadır. Çünkü sünnî hukuk yaklaşımı, beşer iradesinin ilahi iradeden bağımsız olarak norm üretmesini mümkün görmez.<sup>119</sup> Bu açıdan ilahi iradeden bağımsız olarak üretilen normun genel ya da özel olması arasında fark yoktur. Bunun İslam hukuk literatüründeki kavramsal karşılığı içtihadın ispat değil izhar olduğudur. İnsan iradesi ayetler ve hadislerden bağımsız olarak hukuk üretemez. İnsanın ve aklın hukuktaki rolü genel normların (nassların) derunundaki manaları ortaya çıkarmaktan ibarettir.<sup>120</sup> İchtihada açık hususlarda ehkinden sadır mahalline masruf olmaktan başka bir şart söz konusu değildir.<sup>121</sup> Her ne kadar bazı eleştiriler söz konusu<sup>122</sup> ise de bu hususta Levi'nin yaklaşımı ile İslam hukukundaki görünümün benzer nitelikte olduğu söylenebilir.

Bu aşmada cevabı aranması gereken soru, genel normdan çıkarılan tikel önermelerden herhangi birinin diğerine karşı üstünlüğü meselesidir. Aynı genel normdan üretilen sayısız çözümden birinin ya da birkaçının doğru, diğerlerinin yanlış olduğu söylenebilir mi?

HP'e göre aynı normdan kaynaklanan farklı tikel çözümlerde önemli olan gerekçeli ve tutarlı olmaktır. Genel normlardan üretilen özel normlarda tutarlılık yeterlidir. Ancak özel norm ya da çözümlerin tutarlı olması doğru olması anlamına gelmemektedir.<sup>123</sup> Bu mesele İslam hukuk literatüründe "ıçtihatıta hata-isabet"

118 Şahin, *İslam Hukuku*, s. 64-74.

119 Serahsî, *Usûlü's-Serahsî*, II, 55.

120 Zeydan, *Nazarât fiş-şer'iatı'l-İslâmiyye*, s. 286.

121 Şâşî, *Usûlü's-Şâşî*, s. 225; Şahin, *Fetvâ Âdâbı*, s. 164-165.

122 Dworkin, mevzuat boşluklarında hâkime kanun koyucu gibi hareket etme hususunda sınırsız bir yetki tanıyan pozitif hukuk yaklaşımlarına karşı çıkmaktadır. Çünkü bu, kişinin fiil esnasında mevcut olmayan bir hukuk kuralına göre cezalandırılması anlamına gelecektir. Bu, yargı kararlarının önceden öngörülebilir olması ilkesiyle de bağdaşmaz. Hâkim yasa koyucu gibi davranarak halk egemenliği ilkesine ve kuvvetler ayrığı prensibine aykırı hareket etmiş olacaktır. Hâkimin görevi hukuk kuralı koymak değil, hukuku keşfedip uygulamaktır. Bkz. Kozak, *Hukuk Felsefesi*, s. 89.

123 Levi'ye göre genel önerme ile konuya dair özel önerme arasındaki mantıkî ilişkiden kaynaklanan belirsizlik

başlığıyla ele alınmış, muhattıe ve musavvibe şeklinde temel iki yaklaşım ortaya çıkmıştır. Hata-isabet tartışmalarının temelinde Hz. Peygamber'in "isabet eden müçtehide iki, hata eden müçtehide ise bir sevabın var olduğunu" bildiren beyanı<sup>124</sup> bulunmaktadır. Bu doğrultuda içtihat faaliyetinin iki aşamada ele alındığı söylenebilir. Birincisi bizatihi içtihat faaliyetinin hatalı-isabetli ya da doğru-yanlış olması, ikincisi ise bu faaliyetle ortaya çıkan hükmün/yargının hatalı-isabetli ya da doğru-yanlış olması. İctihat ehliyetine sahip kişinin içtihadında açık alanda yaptığı içtihat faaliyeti isabetli ve doğrudur. Bu aşamada ele alınan, bizatihi içtihat faaliyetidir. Bu, içtihat hürriyetiyle alakalı bir mesele olup teorik olarak İslam hukukunda içtihat hürriyetini tanımayan belirleyici bir bakış açısı söz konusu değildir.<sup>125</sup> Asıl tartışma konusu ise içtihat ile ortaya çıkan hükmün/yargının isabeti-hatası, doğru-yanlış olmasıdır. Musavvibeye göre aynı konuyla ilgili farklı içtihatlardan her biri isabetli ve doğrudur. Muhattıeye göre ise müçtehit için kendi içtihadı yanlış olma ihtimaliyle birlikte doğru, diğer içtihatlar doğru olma ihtimaliyle birlikte yanlıştır. O müçtehide tâbî olanlar için de aynı durum geçerlidir.<sup>126</sup> Muhattıenin yaklaşımı, müçtehit için kendi içtihadının bağlayıcı olmasını izah etse de haki ki doğrunun hangisi olduğunu gösteren bir vahiy bağı bulunmadığı için teorik düzlemde bütün çözümler doğruluk ya da yanlışlık bakımından eşit seviyede olacaktır. İslam'ın insan iradesine değer vermesi ve içtihadı teşvik etmesi<sup>127</sup> dikkate alındığında sistem içerisinde doğruluk ve yanlışlık ihtimali eşit olan içtihatların doğruluğunun tercihe şayan olacağı ifade edilebilir. Bu kapsamda nihaî olarak hukuk külliyatındaki yeri bakımından değerlendirildiğinde, bir içtihadın başka bir içtihatla bozulamayacağı,<sup>128</sup> bunun İslam hukukunun temel prensiplerinden biri olduğu ifade edilebilir.

---

lik esnekliği ve değişen şartlarda yeni fikirlerin muhakeme süreçlerine dâhil olmasını mümkün kılmaktadır. Böyle bir durumda hâkimin kararının keyfî ve irrasyonel olduğu söylenemez. Bu durumda önermelerle elde edilmiş gerekçeli karar söz konusudur. Hâkim önermelerle hareket etmiş ve belli bir gerekçe ile tutarlı bir karar vermiştir. Fakat kararın rasyonel ve tutarlı olması, mutlak doğru olduğu anlamına gelmez. Dolayısıyla belli önermelerle gerekçeli olarak ortaya konan karar rasyonel ve tutarlı olsa da mutlak doğru olarak nitelendirilemez ve bundan dolayı tartışmaya açıktır. Bkz. Furtun, *Hukuk Felsefesi Dersleri*, s. 119, 120.

124 Buhari, "İtisam", 13; Müslim "Akziye", 15.

125 Esasında içtihat kapısının kapandığına dair söylemler, (Bk. Karaman, *İslam Hukukunda İctihad*, s. 175.) o döneme kadarki hazır çözümlerin toplumun hukuk ihtiyacını karşılamak için ziyadesiyle yeterli olduğunun ve yeni bir içtihadı gerek olmadığının beyanından, adeta mevcut tablonun tasvirinden ibarettir. Aksi yöndeki anlama çabası, İslam hukukunun teorik çerçevesiyle uyumlu değildir.

126 Dönmez, "İctihadın Bağlayıcılığı Meselesi ve Fıkıh Mezheplerine Bağlanmanın Anlamı", s. 38.

127 İctihadı teşvik hususunda Muaz (ra) hadisi (Ebû Davûd, Akziye, 11; Tirmizî, Ahkâm, 3; İbn Mâce, Menâsik, 38.) önemli bir örnektir. Ayrıca bkz. Hamid, *Islam the natural way*, 34.

128 İbn Kudâme, *Ravzatü'n-nâzir ve cünnetü'l-münâzir fi usûl'l-fıkıh*, II, 378.



### 2. 3. Kapsam Analizi

HP’i değerlendirmek bakımından “hukuk” kavramının kapsamına dair tahliller önem arz etmektedir. Bu yaklaşımla hukukun devlet, iktidar, kanun ve emir kavramlarıyla kapsam ilişkisi ele alınacaktır.

#### 2.3.1. Hukuk – Devlet İlişkisi

Hukuk-devlet ilişkisi bağlamında analitik HP’in ilk görünümü olarak nitelendirilen Yasacı Okul’un hukuku devlet kavramı içerisinde eriten, adeta yok eden yaklaşımı<sup>129</sup> dikkat çekmektedir. Analitik HP’in savunucularından Holmes ve sosyolojik HP’in öncüsü Comte’a göre de hak ve hukuk devletin menfaatleri içerisinde kaybolmuştur, devlet karşısında varlığından bahsedilebilecek bir hukuk söz konusu değildir.<sup>130</sup> Bir diğer pozitivist olan Duguit’ye göre ise toplumdaki kaynaklanan hukuk devleti de bağlar. Sadece bireyler değil devlet de hukuk kurallarına uygun hareket etmelidir.<sup>131</sup> Normativist HP’in savunucularından Kelsen ise hukukla devletin özdeş olduğunu ileri sürmektedir.<sup>132</sup>

Toplumu esas alan sosyolojik HP’e göre devletin yıkılması halinde hukukun varlığından söz edilebilecekken; hukuku devlete endeksleyen analitik HP ve hukukla devleti özdeşleştiren normativist HP’e göre devletin olmadığı yerde hukuktan söz edilemeyecektir. Bu yaklaşımlara göre devlet yoksa hukuk da yoktur.

İslam hukuku bağlamında devlet yapısı içerisinde kaybolmuş bir hukuk anlayışından söz edilemeyeceği açıktır. Çünkü İslam’da hukuk devleti ilkesi esastır ve devlet hem kuruluş hem de işleyiş bakımından hukukun denetimi altındadır. İslam hukukunun ilahi bir hukuk olması, mevcudiyetinin herhangi bir devletin varlığına bağlanmasını imkansız hale getirmektedir. Bu yönüyle İslam’ın hukuk formu kaçınılmaz olarak herhangi bir Müslüman devletin mevzuatından, yürürlükteki hukukundan daha geniş, daha kapsamlıdır.<sup>133</sup> O halde hukuku devlet içe-

129 Yasacı Okula göre her şey devleti güçlendirmek içindir. Devletin çıkarları neyi gerektiriyorsa doğru olan odur. Dostluk, fazilet gibi şeyler kişilerin devlet uğruna savaşmalarını olumsuz etkileyebileceği için zararlıdır. Bkz. Kozak, *Hukuk Felsefesi*, s. 73-76.

130 İnsanlar için devletin verdiğiinden başka bir haktan söz edilemez. Devlet kendi varlığını koruma noktasında bireylerin haklarını gözden çıkarmada tereddüt etmemelidir. Bkz. Kozak, *Hukuk Felsefesi*, s. 82.

131 Güriz, *Hukuk Felsefesi*, s. 296-302.

132 Kelsen hukuk - devlet düalizmini reddeder ve hukukla devleti farklı varlıklar olarak kabul etmez, hukuk - devlet özdeşliğini savunur. Ona göre hukukla devletin ayrı olduğunu söylemek büyük bir yanılıdır. Hukuku oluşturan, hukuk düzeninin kurumları olduğu için devletle hukuk farklı değildir, hukuku oluşturan devlettir. Hukuk, devletten önce değildir. Bkz. Torun, *Hukuk Felsefesi*, s. 276.

133 Şahin, *İslam Hukuku*, s. 52-53.



risinde eriten analitik HP ve hukukla devleti özdeş gören normativist HP'in yaklaşımları İslam hukuku ile muvafık değildir. Çünkü İslam'a göre hukuk, herhangi bir devletin mer'î mevzuatından geniş bir yapıdır.

Hukuk-devlet ilişkisinin hukukun mevcudiyeti bakımından tahlili böyle olmakla birlikte hukukun işlerliği/yürürlüğü bakımından tahlili farklı değerlendirmeleri gerektirmektedir.

İslam hukuku, hiçbir devletin olmadığı durumda da ilahi bir hukuk olarak vardır. Müslüman bireyler herhangi bir otoritenin icbarı olmaksızın İslam'ın kurallarına uyarlar. Yalandan, hırsızlıktan, terörden, cana kıymaktan uzak durmak için devlete ihtiyaç yoktur. Kişi düzeyinde durum böyle olmakla birlikte, toplum düzeyinde kuralların uygulanması, bir otoriteyi zorunlu kılmaktadır.<sup>134</sup> Bu otoritenin yapısı ve kurumları tarihi süreç içerisinde büyük değişimlere uğramıştır. İslam'ın ilk dönemlerindeki devlet mefhumuyla beş asır önceki devlet anlayışı ve günümüzdeki devlet yapısı büyük oranda farklılık arz etmektedir. Devletin temel unsurlarından olan ülke kavramı farklılaşmış, dijital dönüşümle sınırlar büyük oranda ortadan kalkmış, kara, hava ve denizin ötesinde yeni bir egemenlik alanı olarak sanal alem insanlığın gündemine girmiş, devletlerin temel unsuru olan insan bizatihi dijitalleşmiştir. Devletlerin bir araya gelmesiyle oluşturulan AB gibi entegrasyonlar da devlet mefhumundaki farklılaşmanın önemli görünümülerindendir.

Bu çerçevede İslam hukuku perspektifiyle, hukukun toplum düzleminde yürürlüğü için yapısı zaman göre farklılaşan bir otoritenin gerekli olduğu ifade edilmelidir. Nitekim ulemâ devleti din ve dünya işlerinin sevk ve idaresi için zorunlu görmüşlerdir.<sup>135</sup> Bu, işleyişle ilgili bir mesele olup asla hukukla devletin özdeşleştirilmesi ya da hukukun bütünüyle devlete tâbî kılınması değildir.

Hukuk-devlet ilişkisinin alt başlığı olarak hukuk-iktidar ilişkisi de özel önem arz etmektedir. Nitekim devlet kavramı, yasama, yürütme ve yargı kuvvetlerinin tümünü ifade ederken; iktidar, belli bir dönemde devletin yürütme kuvvetini elinde bulunduran yöneticileri ifade etmektedir.<sup>136</sup>

Hukuk-iktidar ilişkisi bağlamında özellikle analitik HP'in temsilcilerinden Austin'in ortaya koyduğu yaklaşımlar dikkat çekmektedir. O, hukuku iktidarın irade bildirimini olarak görmekte, egemen gücün çıkardığı bütün kanunların

134 Aydın, *Türk Hukuk Tarihi*, s. 168.

135 Kâsânî, *Bedâiu's-Sanâi' fi tertibiş-şerâi'*, VII, 2.

136 Türcan, "Anayasa Hukuku", s. 296.

hukûkîliğini kabul etmenin zorunlu olduğunu söylemektedir.<sup>137</sup> Bentham da yöneticinin iradesinin herhangi bir şekilde belirmesinin hukukilik için yeterli olduğunu ifade etmektedir.<sup>138</sup> Sosyolojik HP'in temsilcisi olmasına karşılık Duguit'nin siyasal iktidarın alanını oldukça geniş tanımladığı görülmektedir. Ona göre esas olan devletin iradesi değil yönetenlerin iradesi yani iktidardır. Devlet karşısında iktidara mutlak bir güç tanıyan Duguit, çelişki olarak nitelendirilebilecek şekilde, iktidara hukuku belirleme yetkisi vermemekte, yöneticinin iradesine dayalı bir hukuku kabul etmemekte, hukukun toplumda mevcut olduğunu ifade etmektedir.<sup>139</sup> Normativist HP'in temsilcisi Kelsen ise hukuku iktidarın faaliyet alanlarını belirleyen, iktidarın sınırlarını ortaya koyan bir hiyerarşik yapı olarak ifade etmektedir.<sup>140</sup>

Özellikle analitik HP'in iktidara tanıdığı geniş yetki<sup>141</sup> ve sorgulanamazlık sayısı yasa koyucunun keyfi iradesi haline getirmesi ve otoriter devlet anlayışını<sup>142</sup> ortaya çıkarması bakımından eleştirilmektedir.

İslam hukuku açısından yapılacak tahlilde analitik HP'in iktidar için tanımladığı sınırsız alanın kabul edilemez olduğu açıktır. Çünkü İslam'a göre iktidar için

137 Austin'e göre hukuk, iktidarın kanun yapma gücünden ortaya çıkan irade bildirimidir. Hukuk kuralı, bir rasyonel varlığın, hakimiyeti altındaki diğer rasyonel varlığın davranışlarını düzenlemek için belirlediği davranış modelidir. Austin'e göre hukukun kaynağı "bağımsız siyasal toplum" ifadesiyle açıklamaya çalıştığı ve kimseye itaat etmemesi gerektiğini vurguladığı üst otoritedir. Ona göre egemenliği kullananların yetkileri sonsuz ve sınırsızdır. Yasalar egemen gücün iradesinin yansıması olup egemen gücü bağlayıcı değildir. Austin'e göre egemenlerin yetkileri anayasa gibi metinlerle sınırlandırılmaz. Bundan dolayı anlamını egemenliğin sınırlandırılmasında bulan Anayasa ve bunu konu edinen Anayasa hukuku geçerli bir hukuk dalı değildir. Egemen gücün çıkardığı bütün kanunların hukukîliğini kabul etmek zorunluluktur. Toplumun çoğunluğu egemen güce uyma alışkanlığına sahip olmalıdır. Torun, *Hukuk Felsefesi*, s. 268-269; Güriz, *Hukuk Felsefesi*, s. 278-293.

138 Bentham'a göre yöneten iradenin bir şekilde belirlenmesi, onun geçerli bir hukuk kuralı olması için yeterlidir. Kanun formu zorunluluk değildir. Güriz, *Hukuk Felsefesi*, s. 276-277.

139 Duguit'e göre bir gerçeklik olan siyasal gücün meşru olması ya da olmaması gibi bir problem söz konusu değildir. Ona göre toplumda bir kesim güç kullanma hakkına sahipse, başka bir deyişle yönetenle yönetilen arasında sürekli bir farklılaşma söz konusu ise devlet var demektir. Esas olan devletin iradesi değil yönetenlerin iradesidir. Yöneticiler topluma vekâleten değil kendi iradeleriyle ve kendileri olarak hareket ederler. Duguit'e göre buna aykırı bir devlet teorisi gerçekçi değildir. Egemen gücün iradesinin sonucu olarak kabul ettirilen bir hukuk kuralından söz edilemez. Kanun koyucu da hukuk kuralı oluşturamaz. Kanun koyucunun işi, toplum hayatında oluşan hukuk kurallarına uygun şekilde kanun normlarını belirlemektir. Torun, *Hukuk Felsefesi*, s. 273, 274; Güriz, *Hukuk Felsefesi*, s. 296-304.

140 Kelsen'e göre hukuk kuralı yetkililerin nasıl hareket edeceklerini ve bu hareketlerle hangi sonuçların meydana gelmesi gerektiğini belirler. Furtun, *Hukuk Felsefesi Dersleri*, s. 122.

141 HP yasa koyucunun zorunlu gördüğü şeyleri yasa olarak kabul etmekte ve böylece yasayı yasa koyucunun keyfi iradesinin ürünü haline getirmektedir. Torun, *Hukuk Felsefesi*, s. 264.

142 HPin ilk örneği niteliğindeki Yasacı okulun yaklaşımları, modern dönemdeki faşist/devletçi, totaliter/militarist görüşleri hatırlatmaktadır. Kozak, *Hukuk Felsefesi*, s. 76. HPin anlamı otoriter ve totaliter devlettir. Torun, *Hukuk Felsefesi*, s. 267.

hukuk devleti ve sınırlı iktidar ilkeleri esastır.<sup>143</sup> İktidarın herhangi bir sınırlamaya tâbî olmaksızın dilediği gibi düzenleme yapması mümkün değildir. Duguit'nin iktidara kural koyma yetkisi tanımaması İslam hukuk düşüncesiyle uyumlu değildir. Çünkü yönetimin belli ilkeler ışığında kurallar koyma yetkisi vardır.

Normativist yaklaşımın iktidar için normlar hiyerarşisi içerisinde kesin faaliyet sınırları tanımlaması da İslam hukuku ile bütünüyle uyumlu görülmez. Çünkü İslam'a göre hukuk devleti ve sınırlı iktidar esas olmakla birlikte bu, yönetimin her tasarrufunun kat'i kurallarla sınırlandırılması değil, belli oranda iktidara inisiyatif alanı tanınması şeklindedir. Dolayısıyla her bir akımın hukuk-iktidar ilişkisi bağlamında ortaya koyduğu yapı İslam hukuku bakımından eksiklikler içermektedir.

### 2.3.2. Hukuk-Kanun İlişkisi

Değerlerin reddedilmesi suretiyle mevcut uygulamaları esas almak, hukuku kanunlar ve mevcut pratiklerle eşitlemek ve ideal arayışının önünü kapatmak anlamına gelmektedir. Bu açıdan hukukî pozitivistler hukukun üstünlüğünü değil de yasanın üstünlüğünü esas almaları itibarıyla tenkit edilmişlerdir. HP'e tepki olarak ortaya çıkan bazı akımlarda yasal dayanaklar oluşturularak Nazi rejimi uygulamalarının yapıldığından hareketle yasanın hukuktan farklı olduğu özellikle vurgulanmıştır.<sup>144</sup>

Hukuk-kanun ilişkisi bakımından normativist yaklaşımın hiyerarşi anlayışı da dikkat çekmektedir. Nitekim bu yaklaşıma göre normlar hiyerarşisinde yer almayan herhangi bir kuralın hukuk düzleminde anlamı ve değeri yoktur.<sup>145</sup>

143 Yaman, *İslam Kamu Hukuku*, s. 53.

144 Pozitivist yaklaşım, hukukun üstünlüğü bağlamında da tenkit edilmekte, yasanın değil hukukun esas olduğu, yasanın üstünlüğüne değil hukukun üstünlüğüne odaklanılması gerektiği, yasallık adına çok defa hukukun çiğnendiği vurgulanmaktadır. Pozitivist hukuk anlayışına karşı ortaya çıkan akımlardan biri Tabii Hukuk Rönesansı olarak ifade edilen okuldur. Tabii hukuk anlayışını yeniden canlandırmaya çalışan bu akımın ortaya çıkmasında pek çok insanlık dışı uygulamayı yasal dayanaklar oluşturularak yapan faşist ve Nazi rejimi uygulamalarının da etkisi vardır. Bu yaklaşıma göre temel bazı tabii hukuk ilkeleri vardır ve bunlar hukukun zorbalık aracı olarak kullanılmasını engelleyip kanun koyucunun keyfilğini sınırlandıracak niteliktedir. Bkz. Kozak, *Hukuk Felsefesi*, s. 84, 85.

145 Kelsen'in HPine göre hukukta esas olan normlar hiyerarşisidir. Kanunlar, kanun koyucu tarafından belirlenen genel normlardır. Örf ve adet kuralları da anayasaya dayanır. İçtihatlar, örf ve adetler ancak yasa koyucunun tanınması ile hukukun kapsamında sayılır. Bkz. Kozak, *Hukuk Felsefesi*, s. 80. Yetkili bir organ tarafından çıkarılan bir norm daha sonra yine yetkili bir organın çıkaracağı başka bir normla yürürlükten kaldırılabilir. Bir normun geçerliliği herhangi bir olguda değil, başka bir normda aranmalıdır. Meclisin çıkardığı kanunu, bir çetenin haraç toplama kararından ayıran husus, meclisin hiyerarşik yapı içerisinde kanun yapma yetkisini kullanıyor olması, bir norma dayanmasıdır. Bkz. Güriz, *Hukuk Felsefesi*, s. 312, 313.

Kanunun önemi ve değeri analitik HP'de yöneticinin iradesinden,<sup>146</sup> normativist HP'de normatif yapıdan ve sosyolojik HP'de toplumdan kaynaklanır. Bu üç yaklaşımda kanunun önemi ve sistemdeki yeri bakımından sıralama yapmak gerekirse normatif HP, analitik HP ve sosyolojik HP şeklinde bir sıralama mümkündür. Çünkü normativizmde kanun adeta hukukun özü iken; sosyolojik HP'de topluma uygun olmayan kanunun anlamı yoktur.<sup>147</sup>

İslam tarihinde kuralların bilinmemesinden kaynaklanan keyfiliğin ortadan kaldırılması için<sup>148</sup> kanunlaştırma<sup>149</sup> yönünde ilk hamle olarak İbn Mukaffâ'nın Malik'ten talebi ifade edilmektedir.<sup>150</sup> Sonraki dönemlerde özellikle Osmanlı devletinde kanunnameler çıkarılmış,<sup>151</sup> teknik anlamda ilk kanun olarak Mecelle-i Ahkâm-ı Adliye hazırlanmıştır.<sup>152</sup> Günümüzde ise bütün Müslüman toplumlarda kanun fikrine dayalı hukuk sisteminin esas olduğu, devletlerin anayasa ve ona tabi yasalarla normatif hiyerarşik yapıyla yönetildiği müşahede edilmektedir.

Bu verilere bakıldığında teknik anlamda kanun fikrinin İslam hukuk düşüncesine son iki asırda etkili bir şekilde girdiği söylenebilir. Nitekim herhangi bir kanunun dinî nitelenmesine ilişkin yaklaşımlar ve meseleyle ilgili tartışmalar da bunu göstermektedir. Son dönem araştırmacılarından bir kısmı bir normun kanun formunu kazanmasının, onun şer'î olarak nitelendirilmesi için yeterli olmadığını ifade ederken<sup>153</sup> diğer bir kısmı ülülemre itaatın gereği olarak usulünce çıkarılan kanunların şer'î olacağına söylemektedirler.<sup>154</sup>

Hukuk-kanun ilişkisi bağlamında HP'in mecrası ile İslam hukukunun mecrası oldukça farklıdır. İslam hukuk düşüncesinde kanunların hukuka dahil edilebilmesi analiz edilirken; HP'de hukukun kanunla eşitlenmesi tartışılmaktadır. Nitekim formel olarak kanunlara uygun olduğu halde, gerçekte hukuka aykırılık teşkil eden, hukukun üstünlüğü ilkesiyle çelişen, hukukun üstünlüğü ilkesini ihlalden öteye gitmeyen<sup>155</sup> birçok durum söz konusudur.

146 Bentham'a göre yöneten iradenin bir şekilde belirlenmesi, onun geçerli bir hukuk kuralı olması için yeterlidir. Kanun formu zorunluluk değildir. Kanun formunda ise de gücü yöneticinin iradesinden kaynaklanmaktadır. Güriz, *Hukuk Felsefesi*, s. 276-277.

147 Güriz, *Hukuk Felsefesi*, s. 302, 303.

148 Önen, *Hukukun Temel Kavramları*, s. 129-133.

149 Zerkâ, *el-Medhalü'l-fikhiyyü'l-âmm*, s. 44.

150 Karaman, *İslam Hukuk Tarihi*, s. 163-164.

151 Heyd, "Eski Osmanlı Ceza Hukukunda Kanun ve Şeriat", s. 633.

152 Cin - Akyılmaz, *Türk Hukuk Tarihi*, s. 97.

153 Mayer, "Şer'î Hukuk: Bir Metodoloji mi? Bir Somut Kurallar Bütünü mü?", s. 218.

154 Karaman, "Fıkıh", XIII, 12.

155 Aslan, "Hukukun Üstünlüğü ve İslam Hukuku", s. 265.

Kanunların şer'î olduğunu kabul edenler açısından bakıldığında, bu yaklaşım sahipleri hukuku kanunlaştırılan hükümlerden ibaret gördüklerinde HP'in yaklaşımını ortaya koymuş olacaktırlar. Ancak İslam tarihinin mezhep realitesi ve bu hususta ortaya konan temel yaklaşım biçimi, hukukun herhangi bir formunun İslam hukukunun bütünü olarak kabul edilmediğinin açık göstergesidir. Mesela Osmanlı devletinde İslam hukukunun Hanefi yorumu uygulanırken, diğer mezheplerin İslam dışı olduğu söylenmemiştir. Onların çözümleri de İslamîdir. Ancak yönetimde istikrarın sağlanması ve toplumsal düzenin temini için bir mezhebin esas alınması gereği söz konusudur.<sup>156</sup> Kanunlaştırılan herhangi bir hüküm ya da hükümler topluluğu için de aynı yaklaşım geçerlidir. Usulünce kanunlaştırılan kurallar dînîdir, fetva ekseninde işleyen denetim mekanizması ve diğer kontrol süreçlerinden geçmiş olmaları itibarıyla<sup>157</sup> İslam hukukun parçalarıdır. Ancak İslam hukukunun mutlak kendisi değildir, İslam hukuku bu kanunlardan ibaret değildir. Yukarıda hata-isabet tartışmalarında görüldüğü üzere böyle bir yaklaşım teorik olarak da imkânsızdır. İslam'ın kesin hükümlerinin kanun formunda sunumu, hâsılı tahsilden ibarettir. Bunun dışındaki kanunlar kökeni itibarıyla içtihatdır ve kimse kendi içtihadının yanlış olma ihtimali bulunmaksızın doğru olduğunu söyleyemez. Söyleyebileceği en ileri söz, yanlış olma ihtimaliyle birlikte doğruluktur. Aksi halde müçtehit murad-ı ilahiyi kesin olarak bildiğini iddia etmiş olacak ki bu ancak Hz. Peygamber'le son bulmuş olan vahiy bağıyla mümkündür. Bu kapsamda nihâî olarak belirtilmelidir ki hiçbir kodifikasyonun mutlak olarak İslam hukukunun bütünü olduğu söylenemez.<sup>158</sup> Dolayısıyla İslam hukuku bağlamında HP'de ifade edildiği gibi bir hukuk kanun eşitliğinden söz edilemez.

### 2.3.3. Hukuk –Emir İlişkisi

Analitik HP'e göre her hukuk kuralı bir emirdir. Emre uymayanların cezalandırılması, hukukun temel özelliklerinden biri olup; emir veren iradenin, gerektiğinde söz konusu cezayı uygulayabilecek güçte olması gerekir. Emrin diğer ifade biçimlerinden ayrıldığı nokta, emir verenin gereği yapılmadığında cezalandırma gücünün bulunmasıdır. Gereği yapılmadığında zarar ve ceza öngörülmemişse, ifade biçimi nasıl olursa olsun, o, emir değildir. Emrin muhatabı olmak, ödev ve yükümlülük altında olmaktır.<sup>159</sup>

156 Dönmez, "İçtihadın Bağlayıcılığı Meselesi ve Fıkıh Mezheplerine Bağlanmanın Anlamı", s. 45.

157 Aslan, "Osmanlı Hukukunun Oluşumunda Fetvâ ve Kazâ Münasebeti", s. 99.

158 Usulünce çıkarılan kanunlar İslam hukukunun parçasıdır ancak İslam hukuku bu kanunlardan ibaret değildir.

159 Torun, *Hukuk Felsefesi*, s. 269; Güriz, *Hukuk Felsefesi*, s. 278.

Normativist HP'in temsilcilerinden Kelsen bu yaklaşıma karşı çıkararak hukuk kuralının bir kişinin iradesi anlamında emir olarak nitelendirilemeyeceğini,<sup>160</sup> emri verenin ölmesi, meclislerde kararların görüş birliğiyle değil de çoğunluk oyuyla alınması, bazı kişilerin yeterince bilgi sahibi olmadan oylamaya katılmaları gibi birçok sebepten dolayı emrin belirsizlik taşıdığını ifade etmektedir.<sup>161</sup>

Emir, İslam hukuk metodolojisinin önemli konularından biri olup fıkıh usûlü eserlerinde tüm yönleriyle ele alınmıştır. Emrin delâleti bağlamında yapılan tahlillerde aksine karine yoksa emrin vücûb/farziyet ifade ettiği, usul kuralı olarak ortaya konmuştur.<sup>162</sup> Ancak emir vücûba delâlet edebileceği gibi nedbe ve ibâhaya da delâlet edebilir.<sup>163</sup> Dolayısıyla her emir vücûba delâlet etmediği için her emrin terkinde cezadan söz edilmez. Vücûba delalet eden emirlerin terkinde yaptırım söz konusu iken nedbe ve ibâhaya delâlet eden emirlerin terkinde herhangi bir yaptırım söz konusu değildir.

İslam hukukunda ele alınan biçimiyle emir, sözün ifade şeklidir. Bir ifadenin emir olup olmadığı dilbilgisi kurallarıyla tespit edilir. Dilin emir formu kullanılarak ortaya konan ifade emirdir. Ancak analitik HP'de emir başlığında emir konusu değil, "vücûba delâlet" konusu ele alınmıştır. İslam hukukunda emrin yarı sıra diğer ifade şekillerinin vacip hükmünü ortaya çıkarması ayrıntılı olarak tahlil edilmiş, hangi lafızların vücûb ifade ettiği belirtilmiştir.<sup>164</sup> Bu açıdan bakıldığında emir konusunun hukuki pozitivizmde ele alınma biçim ve derinlik düzeyinin İslam hukukuna göre son derece sathi olduğu söylenebilir.

Analitik HP'de her emrin yükümlülük oluşturduğu ifade edilmekte ise de özellikle mubaha delalet etmesi dikkate alındığında İslam hukukundaki analiz biçimi itibarıyla her emrin ödev oluşturmadığı söylenebilir.

Her hukuk kuralının bir "emir" olarak nitelendirilmesi, İslam hukuku bağlamında tahlil edildiğinde tutarlı ve geçerli değildir. Her emir farklı bağlayıcılık düzeylerinde hukuk kuralları üretir. Ancak İslam hukuku emirlerin ürettiği kurallardan ibaret değildir. Emirlerin yanı sıra nehiyeler, ihbar cümleleri ve diğer ifade biçimleri de farklı bağlayıcılık düzeylerinde hukuk kuralları üretir.<sup>165</sup> Nehiyeler terk yönünde emirler olarak nitelendirilse dahi emir eksenindeki bir hukuk tasarımı İslam hukukunu anlamak için yeterli değildir. Çünkü İslam hukuk sistemi-

160 Furtun, *Hukuk Felsefesi Dersleri*, s. 121.

161 Furtun, *Hukuk Felsefesi Dersleri*, s. 122.

162 Zerkeşi, *el-Bahrü'l-muhît fî usûli'l-fikh*, III, 366.

163 Merdâvi, *et-Tahbîr şerhu't-Tahrîr fî usûli'l-fikh*, III, 1016.

164 Zâhidî, *Telhîsü'l-usûl*, s. 9.

165 Anzî, *Teysîru ilmi usûli'l-fikh*, s. 254.

ğinde sadece farzlar ve haramlar değil, ara kategoriler olarak menduplar, mekruhlar ve mubahlar da vardır. Fazlar ve haramlar nasıl hukuk kuralı ise diğerleri de muhtelif ifade şekillerinden kaynaklanan hukuk kurallarıdır. İslam hukuku emir ve yasaklardan ibaret bir hukuk sistemi değildir.

Kelsen'in belirsizlik gerekçesiyle emirlere yönelik ortaya koyduğu yaklaşım da emir konusunu ele alma hususundaki sathiliğe ve yöntemsizliğe işaret etmektedir. Fıkıh usulü eserleri, bu meseleleri sistematik biçimde ele almış, emrin delaletinde ya da sübütündeki zanniliğin hükme tesirini ortaya koymuştur.<sup>166</sup>

İdari, yargısal ve askeri bütün emirleri hukuk olarak nitelendiren Bentham'ın kocanın aile ile ilgili emirlerini de hukuk kavramı içerisinde ele alması<sup>167</sup> dikkat çekicidir. Bu yaklaşımı İslam hukuku bağlamında tahlil ettiğimizde, toplumun aile üzerine bina edilmesi, ailenin küçültülmüş devlet olarak ya da devletin büyütülmüş aile olarak ifade edilmesi ve kocanın aile reisi olarak konumlandırılması belli ölçüde fikir vermektedir. Elbette aile reisi olarak babanın ev düzeni kapsamında bazı kurallar koyması mümkündür. Ancak bunun sınırının çok geniş olduğunu düşünmemek gerekir. Aksine bu yetki çocukların eğitilmesi gibi konularla sınırlıdır. Aile reisinin aile boyutlarını açacak nitelikte kurallar koyması ve cezalandırması söz konusu olamaz. Çünkü yargısız infaz yoktur, yargılayıp ceza verecek olan yargı kurumlarıdır.<sup>168</sup>

## 2.4. Yöntem Analizi

İslam hukukunun kaynakları Kitâb, sünnet, icma, sahabe kavli ve örf; hukuk kurallarının ortaya çıkarılma yöntemleri ise kıyas,<sup>169</sup> dengeleme (istihsan),<sup>170</sup> tümevarım (seddi zeria, istishab),<sup>171</sup> tümdengelim (maslahat) ve gözlem<sup>172</sup> olarak ifade edilebilir.

İslam hukukunda görülen yöntem genişliğine ve potansiyeline karşılık analitik hukukî pozitivizmde hukukun gelişim sürecinde kullanılacak bir yöntem önerisi görülmezken; realist HP'de, normativist HP savunucuları tarafından da

166 Semerkandî, *Mizânü'l-usûl fî netâici'l-ukûl*, s. 129.

167 Güriz, *Hukuk Felsefesi*, s. 278.

168 Aslan, *İslam Hukukunda Yargılama Etiği ve İlkeleri*, s. 10.

169 Kıyas bazen analogi, bazen genel kural anlamı itibarıyla tümevarım niteliğinde ortaya çıkar.

170 İstihsan, hukukun farklı kuralları arasında dengeleme faaliyetidir. Eserlerde istihsanın "udûl" lafızıyla ifade edilmesi de bu bağlamda göz önünde bulundurulabilir. Nitekim udûl, yanlıştan uzaklaşıp doğruya yönelmektir, adâlettir, dengedir. Bkz. Sem'ânî, *Kavâtu'l-edille fî'l-usûl*, II, 270.

171 Sedd-i zerâide çoğunlukla mefsedete götürenin haram olarak nitelendirilmesi tümevarım mantığının sonucudur. "Bir şeyin olduğu hal üzere kalması asıldır" kuralı tikelden tümele ulaşılmayı ifade etmesi itibarıyla istishab delili bizatihi tümevarım niteliğindedir.

172 Örfün itirad ve galebesinin tespiti ya da seddi zerâide bir fiilin çoğunlukla mefsedete yol açmasının tespiti.



eleştirilen,<sup>173</sup> tek başına hukuk üretme imkanı bulunmayan bir yöntem olarak deney ve gözlem önerilmektedir.<sup>174</sup> Konusu madde olan fizik, kimya gibi bilimlerin için mümkün olan deneysel yöntemin, konusu toplum olan hukuk bilimi için de kullanışlı olduğunu düşünmek toplumun iradeli canlı varlıklardan oluştuğu ve her an değiştiği gerçeği ile çelişmektedir. Toplumda aynı şartların tekrarı ve dolayısıyla deneysel değişmez veriler elde etmek neredeyse imkânsızdır. Çünkü bir deney grubu ile yapılan deney tekrar edildiğinde, aradan geçen zamanla iradeli varlıklar olan insanlar değişmişlerdir. Aynı nitelikte olduğu düşünülen başka bir deney grubuyla deneyin yenilenmesi durumunda, deney grubu yani kişiler değişmiştir ve sürece farklı unsurlar dahil olmuştur. Bu durumda zorunlu olarak farazi sabitlemeler yapılacak ve deneylere dahil edilen varsayımlar toplumu hukukun tek kaynağı olarak gören yaklaşım bakımından çelişki oluşturacaktır. Çünkü topluma ilişkin hukukî deneylerin bir kısım varsayımsal sabitelerle yapılması, aklın hukukun kaynağı olarak kabul edilmesi anlamına gelecek ve realist yaklaşım bünyesine rasyonalist yaklaşımı da almış olacaktır.

İslam hukukunun kaynağı olarak özellikle örf bağlamında yer verdiğimiz “gözlem” ise örfün uygulanma durumuna ilişkin tam bilgi değil yaklaşık bilginin kaynağıdır. Nitekim gözlemlerle bir uygulamanın galebesi yani toplumda çoğunlukla dikkate alınan bir uygulama olduğu tespit edilecektir.<sup>175</sup> Sosyolojik pozitivismde ise deney ve gözlemlerle kesin sonuçlara ulaşmak hedeflenmektedir.

## 2.5. Hukuk - Değer İlişkisi

HP'in ayırıcı hususlarından biri değer karşılığıdır. Gerek Analitik HP gerek Sosyolojik HP gerekse Normativist HP'de inanç,<sup>176</sup> ahlak<sup>177</sup> ve adalet<sup>178</sup> değerlerine karşı çıkmakta, bunların hukuk alanından bütünüyle çıkarılması gerektiği savunulmaktadır.

173 Kelsen'e göre tabiat kanunları ile hukuk kuralları birbirinden farklıdır. Tabiatta nedensellik, hukukta ise normatif ilişki esastır. Tabiat kanunları olanı gösterirken, hukuk kuralları olması gerekeni, insanların nasıl hareket etmeleri gerektiğini gösterir. Hukuk olanı açıklamak yerine olması gerekeni açıklamaya çalışan düsturcu (normatif) bir bilimdir. Bkz. Güriz, *Hukuk Felsefesi*, s. 309, 310.

174 “İngiltere'nin ilk pozitivist düşünürü olarak ifade edilen Bentham deney ve gözleme dayalı bir hukuk teorisi oluşturmayı hedeflemiştir. Ona göre hukuk, varlığı amprik olarak bilinen olaylardan oluşmuştur.” bkz. Güriz, *Hukuk Felsefesi*, s. 276-277.

175 Dönmez, *İslam Hukuk İlminin Esasları*, s. 262.

176 Sosyolojik HP'in önde gelen savunucusu Duguit bütün inançların hukuk dünyasından uzaklaştırılması gerektiğini ifade etmektedir. Bkz. Güriz, *Hukuk Felsefesi*, s. 295, 296.

177 Holme'sa göre hukuk idealizmden arındırılmalı, ahlaki anlamı ve önemi bulunan her kelime hukuktan çıkarılmalıdır. Kelsen'e göre hukuk değerlerden arındırılmalı, saflaştırılmalıdır. Bkz. Kozak, *Hukuk Felsefesi*, s. 81, 82.

178 Austin'e göre bir kanunun iyi ya da kötü olması, ahlaka ve adalete uygunluğu hukuk biliminin kapsamı dışındadır. Bk. Torun, *Hukuk Felsefesi*, s. 268-269, 271; Güriz, *Hukuk Felsefesi*, s. 278, 286-290.



HP'de görülen değer karşıtlığının gerekçeleri, hangi değer iyi ya da kötü olduğu hususunda geçerli bir ölçütün,<sup>179</sup> genel geçer bir ahlakın bulunmaması,<sup>180</sup> değerlerin sübjektif olması,<sup>181</sup> hak ve adaletle davranmanın yararlı ve gerçekçi olmaması,<sup>182</sup> hak ve adaletin devlet iradesine endekslenmesi<sup>183</sup> ve adaletin hukukun uygulanmasından ibaret görülmesi<sup>184</sup> şeklinde ifade edilebilir. HP'e karşı olan birçok düşünürün de eleştirdiği<sup>185</sup> değer karşıtı yaklaşım biçimi İslam hukuku bağlamında farklı yönlerden değerlendirilmelidir.

HP'in inanç ve değer karşıtlığının aksine İslam hukuku anlamını inanç ve değer zemininde bulur. Hukuk inancın dışavurum şekillerinden biridir. Özünde tevhid inancı bulunan İslam, sanattan iktisada hayatın her alanına ilişkin muhtelif formların kaynağı olduğu gibi hukukun da kaynağı olmuştur. Bir inanç ya da dü-

- 
- 179 Duguit'ye göre bütün inançlar hukuk dünyasından uzaklaştırılmalıdır. İyi ve kötünün, haklı ve haksızını ölçüsünü ortaya koyacak bir ilke bulmak imkânsızdır. Bkz. Güriz, *Hukuk Felsefesi*, s. 283-307.
- 180 Hart'a göre hukukla ahlak arasında zorunlu ilişkinin varlığına inanmak, bazı çelişkiler barındırır. Hukuk hangi ahlakı, iyiyi ya da adaleti esas alacak, hangisine göre yapılandırılacaktır? Genel geçer bir ahlakın varlığı, bu noktada bir belirsizlik olarak ortaya çıkacaktır. Ahlak zemininde tesis edilen kurallar, her zaman eleştiriye açık olacaktır. Ahlak eksenli bir hukuk tasarımına ilişkin önerme, ilkelere desteklenmesi gereken eleştirel bir ahlak tezidir. Bu ise belli toplumların ahlakı referans alınarak ne kanıtlanabilir ne de çürütülebilir. Bkz. Torun, *Hukuk Felsefesi*, s. 277, 278.
- 181 Kelsen'e göre hukuk objektif bir değeri temsil ederken adalet sübjektiftir. Adaletle ilgili yargılar ahlaki ya da siyasi içeriklidir. Bir ülkedeki vatandaşların çoğunun adalet idesi aynı olsa da objektif bir adalet idesinden söz edilemez. Adalet standardı olarak kullanılan normlar kişiden kişiye değişir. Kelsen'e göre bir kişinin hürriyeti, diğerinin özgürlüğü esas aldığı bir durumda hürriyetçi adalet ve eşitlikçi adaletten hangisinin üstün olduğunu belirleme imkanı yoktur. Kelsen'e göre adalet irrasyonel, duygusal ve sübjektif menfaatlerin evrenselleştirilmesi yönünde bir iddiadan ibarettir. Bu yönüyle adalet yanılsamaya yol açmakta, insanları yanıltmaktadır. Bkz. Güriz, *Hukuk Felsefesi*, s. 314, 315. Furtun, *Hukuk Felsefesi Dersleri*, s. 123.
- 182 Holmes'a göre hayatta esas olan mücadeleidir ve zafer güçlü olanındır. İnsan hakları ve tabii hukuk söylemleri sun'idir, yapaydır. Zayıflara acımak ve idealist davranmak yararlı ve gerçekçi bir davranış değildir. İnsanlar için devletin verdiğiinden başka bir haktan söz edilemez. Devlet kendi varlığını koruma noktasında bireylerin haklarını gözden çıkarmada tereddüt etmemelidir. Bkz. Kozak, *Hukuk Felsefesi*, s. 82.
- 183 Comte'a göre insanın tabiatından kaynaklanan haklardan söz edilemez. Ona göre kimse devletin tanıdığı haklardan başka bir hakka sahip değildir. bkz. Güriz, *Hukuk Felsefesi*, s. 283. egemen gücün irade bildirim olması itibarıyla pozitivist yaklaşımda, hukuk adaletle uygun olmak zorunda değildir, hukuk için adalet gibi bir kriter söz konusu değildir. bkz. Torun, *Hukuk Felsefesi*, s. 266.
- 184 Hart'a göre adil bir yasal sistemle böyle olmayan sistem arasında fark olduğuna yönelik düşünce temelsizdir. Çünkü adaletin özü, bir hukuk kuralının uygulanmasıdır. Bir yasanın ahlaken kabul edilemez olması, onun hukuk niteliği kazanmasına engel değildir. Bkz. Torun, *Hukuk Felsefesi*, s. 278.
- 185 HP'e karşı çıkan düşünürlerden olan Ronald Dworkin (2013) hukuk ve ahlakın kesin bir şekilde birbirinden ayrılmasına karşı çıkmakta, adalet ilkesinin hakimiyetine dayalı bir hukuk anlayışını savunmakta, hukukun bir yorumlama faaliyeti olduğuna dikkat çekmektedir. Tabii hukuk rönesansı akımının temsilcilerinden Jacques Maritain'e (ö. 1973) göre değerler dünyasını tanımayan kişi hak ve adaletle ulaşamaz. Bkz. Kozak, *Hukuk Felsefesi*, s. 86, 88. HP çağdaş toplum gereklerinden oldukça uzak bir hukuk anlayışıdır. Çünkü bu akım gerçek hukuk olarak, yalnızca tasarlanarak oluşturulan bir hukuku kabul etmektedir. Bu yaklaşıma göre hukuk bütünüyle insan iradesinin bilinçli bir ürünüdür. Böylece yasa içerik olarak adalet, ahlak gibi değerlerden bağımsız olarak düşünülmemekte, adalet sadece mevcut yasaya bağımlı hale getirilmektedir. Bkz. Torun, *Hukuk Felsefesi*, s. 266.

şünce sisteminin, kendi hukuk formunu oluşturması o sistemin gücünü ve etkisini gösterir. İslam'ın emirleri sadece duygu ve düşünce düzlemine ilişkin değil aynı zamanda hayatla ilgilidir. İslam Müslümanlara ahirette nasıl davranacaklarını değil dünyada nasıl hareket edeceklerini, aile, borç, miras vs. ilişkilerinin nasıl olacağını gösterir. Bu yönüyle İslam hukuku İslam'ın sonucudur. Sebepsiz sonuçtan söz edilemeyeceğine göre inançtan soyutlayarak bir İslam hukukundan söz etmek de mümkün değildir. İslâmî varlık ve bilgi anlayışının temelinde yer alan dinin aksiyolojide (değerler ve uygulama alanında) yer almaması imkânsızdır.

HP'de inanç gibi ahlak da reddedilmekte, hukuk dışı olarak nitelendirilmekte iken; İslam hukuku inanç gibi ahlaki da hukukun ayrılmaz parçası olarak tanımlanmaktadır. Nitekim yaptırımla desteklenmiş ahlak hukuk, çoğu zaman yaptırımdan soyutlanmış hukuk ise ahlaktır. Müslüman ahlakının temel kaynağı olan Hz. Peygamber'in hayatı (sünneti), aynı zamanda hukukun da kaynağıdır. Onun ahlaki cezalarda eşitlik,<sup>186</sup> işkence yasağı,<sup>187</sup> hırsızlık suçunun cezası<sup>188</sup> gibi birçok meselede hukuk kuralı olarak tezahür etmiştir.

HP'de iddia edildiği gibi insan fitratını ve ahlakını göz ardı ederek bir hukuk sistemi ortaya koymaya çalışmak, mantikî çelişki niteliğindedir. Çünkü insana hitap eden sistemlerin insan fitratını göz önünde bulundurmaları zorunluluktur. Buna karşılık İslam fitrat dinidir ve İslam hukuku da insan fitratına uygun bir yapıya sahiptir. İslam hukukunun hükümleri, bozulmamış selim fitrat ve ahlak sahibi insanların tabii olarak kabul edeceği hükümlerdir.<sup>189</sup>

HP'in reddettiği bir diğer değer adalettir. İnanç ve ahlak gibi adaletin reddinde de temel gerekçe hangi değer iyi ya da kötü olduğu hususunda geçerli bir ölçütün, genel geçer bir ahlakın bulunmaması ve değerlerin sübjektif olmasıdır. Bu yaklaşıma göre "Hangi adalet?" "Kimin adaleti?" sorularının sayısız cevabı vardır ve bu da adalet kavramına dayalı bir hukuk tasarımı imkansız hale getirmektedir. Bu yaklaşım da değerlere yönelik diğer yaklaşımlar gibi mantikî çelişki içermektedir. Çünkü alternatiflerin varlığı yok sayma gerekçesi olarak sunulmuştur. Bu tavır, okunabilecek milyonlarca kitabın mevcudiyetini, kitap gerçeğini yok sayma gerekçesi olarak kabul etmek gibidir. Hâlbuki alternatiflerin çokluğu yok saymayı değil, doğru seçeneğe ulaşmak için en doğru ölçütleri aramayı gerektirir.

186 Buhârî, "Fezâil", 18; Müslim, Hudûd, 8; Ebû Dâvûd, Hudûd, 4; Tirmizî, "Hudûd", 6, Nesâî, "Sârik", 6; İbn Mâce, "Hudûd", 6.

187 Buhârî, "Mezâlim", 30; Ebû Dâvûd, "Cihâd", 110.

188 Buhârî, "Hudûd", 12; Müslim, "Hudûd", 9.

189 Şahin, *İslam Hukuku*, s. 60.

İslam adaleti emreder,<sup>190</sup> sadece hukukun değil genel olarak İslam düşüncesinin ve ahlakın temel kavramlarından biri olmasından da anlaşılacağı üzere, İslam medeniyeti adalet medeniyetidir.<sup>191</sup> İslam'ın emrettiği adalet nedir? Adalet kelime kökü itibariyle denge anlamına gelmekte olup<sup>192</sup> marjinalikten uzak orta yolu, hem hukuk normlarına hem de normun uygulanmasına objektif/nesnel bir perspektifi esas alarak denge yaklaşımıyla bakmayı ifade etmektedir. Nitekim ayetlerde adaleti ifade etmek üzere somut, çifte standarda imkan tanımayan belli ölçüleri esas almak anlamında “kısıt” kavramının kullanılmış olması<sup>193</sup> bu objektiviteye işaret etmektedir. Adaletin ölçüğü olarak “mizan” teriminin kullanılması<sup>194</sup> da İslam'ın ortaya koyduğu adalet anlayışında imkanlar dahilinde objektif, belirlenir ve ölçülebilir olmanın esas alındığını göstermektedir. Suç ve cezanın şahsiliği, berâet-i zimmet, yargılamada eşitlik, hükümde somut verilerin esas alınması ve aleniyet ilkeleri de İslam medeniyetinin, adalet medeniyeti olduğunu göstermektedir. Bu kapsamda bir diğer gösterge adaletin tesisi için tarihi süreç içerisinde Müslümanların nasslar ekseninde güçlü bir yargı sistemi ve yargılama hukuku oluşturmalarıdır.<sup>195</sup>

İslam hukukunun adalet kavramı ekseninde oraya koyduğu bu denge sürecinde normlar bakımından sabitlediği kısımlar bulunduğu gibi zamana ve şartlara bıraktığı kısımlar da vardır. Dolayısıyla adalet normlarının bir kısmı sabit, bir kısmı ise zamana ve şartlara göre değişkendir. Kasten öldürme suçu işleyenin kısasla cezalandırılması<sup>196</sup> gibi sabitlenen noktalarda normatif düzlemde daha adil ve ideal olanı arayış söz konusu değildir, bu normlar içtihadı kapalıdır. Ancak İslam hukukunda sabit adaletin alanı oldukça dardır. Sabit normlar bakımından daha adil olanın arayışından söz edilemeyecekse de uygulanacağı olayların değişkenliği ve farklı özellikler ihtiva etmesi sebebiyle, bu normların tatbiki bakımından adalete ilişkin arayış varlığını daima sürdürür. Olay farklılaşırken uygulamanın sabit kalması adalet anlayışına muvafık değildir. Olaya dahil olan yeni unsurun dik-kate alınması ve uygulamanın bu doğrultuda yapılması kaçınılmazdır. Normatif sabitlemenin söz konusu olmadığı konularda ise gerek norm gerekse uygulama bakımından daha adil ve ideal olanın arayışı hiç bitmez, kıyamete kadar devam

190 en-Nisâ 4/58, 135; el-Mâide 5/8, 42; el-En'âm 5/152; el-Araf 7/29; en-Nahl 19/90.

191 Aslan, “Adalet Medeniyeti Üzerine”, s. 9.

192 İbn Manzûr, *Lisânü'l-Arab*, XI, 431.

193 el-Maide 5/42; el-Hadid 57/25.

194 Aslan, “Hukukun Üstünlüğü ve İslam Hukuku”, s. 264.

195 Aslan, “Adalet Medeniyeti Üzerine”, s. 10.

196 Kâsânî, *Bedâiu's-sanâi' fi tertibi's-şerâi'*, VII, 237.

eder. O halde İslam hukukuna göre adalet, bazı normlar ve bütün uygulamalar için bitmeyen bir “daha iyi” arayışı olarak nitelendirilebilir. Bu arayış hukukun temel metinleriyle toplumu buluşturur, toplum gerçeklerinden bağımsız bir şekilde “kitaptan konuşmayı” zorlaştırır. Çünkü fıkıh yalnızca Kitâb'dan konuşma değildir, nasslarla hayat olayları arasında bağ kurma çabasıdır ki bu da ancak adalet değeriyle mümkün olur.

Değer ve özellikle adalet karşılığında gerekçe olarak sunulan “hak ve adaletle davranmanın yararlı ve gerçekçi olmaması”, “hak ve adaletin devlet iradesine endekslenmesi” ve “adaletin hukukun uygulanmasından ibaret görülmesi” şeklindeki maddelerin temelinde otoriter devlet anlayışı yer almaktadır. Holmes’un adaletle davranmanın gerçekçi olmadığı yönündeki yaklaşımı tarihi gerçeklikle çelişmektedir. Nitekim tarih sahnesinde yer alan her devletin bir adalet anlayışı olmuş, bütünüyle adalet fikrini reddeden bir devlet yapılanması ortaya çıkmamıştır.

Hart’ın adaleti “hukukun uygulanması” olarak nitelendirmesi, onun hukukta adalet değerini kabul ettiği düşüncesini ortaya çıkarmaktadır. Ancak onun adaleti içi boşaltılmış, uygulamaya indirgenmiş, daha adil olanı aramaya imkan vermeyen iyi ya da kötü bir hukuk uygulamasından ibarettir. Çünkü ona göre mevcut hukukun uygulanması adalettir. Dolayısıyla daha ideali aramayı mümkün kılan bir adalet söz konusu değildir.

## 2.6. Kişi-Devlet İlişkisi

Kişi-devlet ilişkisi hukuk felsefesinin önemli konularından biridir. Devletin alanının genişletilmesi kişinin özgürlük alanının daraltılması anlamına gelmektedir. Özgürlük bağlamında kişilerle devletin faaliyet alanlarının sınırı ters orantılıdır. Analitik HP’in ilk görünümü niteliğindeki Yasacı okulun yaklaşımlarında kişi devlet karşısında adeta yok edilmiş, devletin aleyhine olduğu düşünülen bütün kişisel değer ve durumlar zararlı sayılmış;<sup>197</sup> Sosyolojik HP’de kişi toplum karşısında yok edilmiş, toplumdan bağımsız olarak kişiye hiçbir hak tanınmamıştır.<sup>198</sup> Normativist HP de ise normlar hiyerarşisi mutlaklaştırılmış, insan göz ardı edilmiştir.

Devletin alanının azami düzeyde genişletilmesi ve kişinin büyük oranda yok sayılmasının farklı görünümleri söz konusudur. Hukuk sistemleri itibarıyla bakıldığında örneğin sosyalist hukuk sisteminde, bireyin alanı oldukça daraltılmış,

197 Kozak, *Hukuk Felsefesi*, s. 74-76.

198 Torun, *Hukuk Felsefesi*, s. 272-274.

alan bütünüyle kamuya bırakılmış, kamu hakları alanı kişi hakları alanını adeta yok etmiştir. Sosyalist sistemde kişinin mülk edinme hakkı bulunmadığından, kendi inisiyatifıyla hayatına dair çeşitli planlamalar yapması, haklarını çeşitli yöntemlerle kullanması da söz konusu olmamaktadır. Sosyalizmin karşısında yer alan hak sistemi ise her bireyin dilediği gibi hareket ettiği bir yapıyı ifade eden anarşizmdir. Bu yapıda, sosyalist sistemin tam aksine olmak üzere kamu hakları alanı yok edilmekte, kamu düzeni ve toplum yapısı ortadan kaldırılmakta, kişi hakları hayatı kuşatmaktadır.<sup>199</sup> Kara Avrupası hukuk sistemi sosyalist sisteme, Anglosakson hukuk sistemi ise anarşizme yakın bir hak sistemini esas almaktadır.

Bu görünümde analitik, sosyolojik ve normativist HP kişisel alanı yok eden aşırı devletçi yaklaşımları temsil ederken; İslam, kişi (kul hakkı) – devlet (kamu hakkı) ayrımında dengeyi ifade etmektedir. İslam ne kamu hakkını ne de kişi hakkını olabildiğince geniş tutmuş, iki hak kategorisi arasında kavranabilir ve uygulanabilir bir denge kurmuştur. İslam'da bütün hayatını devletine feda etmiş bir birey tanımlaması ve bu şekilde ortaya konmuş bir hak sistemi söz konusu olmadığı gibi devletin bütünüyle yok sayıldığı, her durumda kişilerin şahsî çıkarlarının esas alındığı bir hak sistemi de söz konusu değildir. İslam'a göre esas olan, bu iki uç arasında dengeyi sağlamaktır.<sup>200</sup>

## SONUÇ

Hukukî pozitivizmin İslam hukuku perspektifiyle tahlilini amaçlayan bu çalışma ile elde edilen sonuçları hukukun sabitlenmesi, kapsamı, yöntemi ve ilişkili olduğu kavramlar üzerinden ortaya koymak mümkündür.

Medeniyet kodlarının hukuka dair bağlayıcı kurallar koymaması ve sistematik bir hukuka zemin teşkil etmemesi sebebiyle hukuk düzleminde sabite arayışı özellikle batı dünyasında sonu gelmeyen bir süreç olmuş, ortaya çıkan farklı akımlar, çeşitli irade ve yöntemler hukukun sabiteleri olarak sunulmuştur. HP'in üç çeşidinde bu sabiteler devlet, toplum ve normatif yapı olarak karşımıza çıkmaktadır. Bunlar ekseninde hukuk sabitlenince, ideal arayışı ortadan kalkmakta, sabite ideal olarak kabul edilmektedir.

HP'de hukukun kaynağı bakımından sabitleme söz konusu iken; İslam Hukukunda hem kaynaklara, hem hukukun anlaşılma yöntemlerine hem de uygula-

199 Barry, *Modern Siyaset Teorisi*, s. 87.

200 Yaman, *İslam Kamu Hukuku*, s. 65.

maya ilişkin sabitlemeler mevcuttur. HP'de hukukun kaynağı bakımından ortaya konan sabitleme hukukî istikrarın değil istikrarsızlığın kaynağı niteliğindedir. Özellikle analitik HP'de hukukun, yöneticinin iradesi olarak tanımlanması ve sabitlenmesi süreli bir istikrar ihtimalini barındırsa da uzun vadede yönetimdeki el değiştirmeler sebebiyle hukukî istikrarı imkânsız hale getirmektedir. Hukuk yöneticinin iradesi üzerine sabitlenmek suretiyle anlık muhtemel istikrar için genel hukukî istikrar feda edilmektedir. Bu yaklaşım iyi bir yöneticinin mevcudiyetinde iyi sonuçlar verebilirse de zayıf, dirayetsiz, ferasetsiz yöneticilerin bulunduğu zaman dilimlerinde hukukun nasıl bir yapıya dönüşeceği, hukuk diye neyin uygulanacağı belirsizdir.

Analitik HP'de hukukun devlet başkanı ile anlamını bulmasına ve başkanın sınırsız yetkiye sahip olmasına karşılık, İslam hukukunda sınırlı yetki söz konusudur. Adalete uygun davrandığı sürece halkın, başkanın karar ve düzenlemelerine bağlı kalma zorunlulukları söz konusudur.

Sosyolojik HP'de olduğu gibi hukukun bütünüyle topluma endekslenmesi toplumda o sırada görülen ve uygulanan kuralların ideal olduğu kabulünü beraberinde getirmektedir. Bu açıdan bakıldığında Müslümanlar hiçbir zaman karşılaştıkları toplumların yaşantılarını bütünüyle değiştirme, dönüştürme yaklaşımı içerisinde olmamışlar, hakim oldukları bölgelerde yaşayan insanların İslam'ın temel kurallarına aykırı olmayan örflerinin devamına müsaade etmişler, kişilerin özel hukuk alanında kendi din ve düşüncelerine göre yaşamalarına izin vermişlerdir. Ancak bu, toplumun sınırsız hukuk kaynağı olması anlamına gelmemektedir. İslam'a göre hukukun kaynağı olarak nitelendirilebilecek tek ideal toplum sahabe nesli, sahabe toplumdur. Örfün delil olarak kabulü ise belli bir toplumun idealleştirilmesi ve bütünüyle hukuk kaynağı olarak tanımlanması anlamına gelmemektedir.

Devlet fikrine karşı çıkararak insanların tabii denge içerisinde yaşamalarını savunan anarşizmle toplumu tek hukuk kaynağı olarak görüp yönetimi iradesiz mekanik yapıya dönüştüren realist HP arasında temel yaklaşım itibariyle formalite bir devletten başka fark yoktur.

İslam'a göre devlet başkanı İslam'ın kurallarına uygun hareket etmeli, kamu yararı doğrultusunda devleti sevk ve idare etmelidir. Ancak ne ayetler ve hadisler ne de kamu yararı yönetimin iradesini bütünüyle ortadan kaldırır. Aksine hem din hem de toplum, iradesini hak ve adalet üzere kullanması hususunda devlet başkanına sorumluluk yükler.

İslam hukuk düşüncesinde genel hiyerarşik yapı görülse de bu, tevhit gibi temel ilkelerin dışında diğer herhangi bir normun mutlak üstünlüğü anlamında katı bir hiyerarşi değildir. Olayın niteliğine göre bir durumda belirleyici temel norm olan kural, başka olay ve durumlarda başka normun belirleyiciliği altında işlevsel olabilir. Diğer yandan HP'le savunulan katı hiyerarşik yapıda hukukun oluşumu ve temel norm belirsiz iken İslam hukuk düşüncesi açısından bu tür belirsizliklerden söz edilemez.

Pozitivist yaklaşımlarda ilmî ortam ve hukukçular ancak yönetici ya da toplum kanalıyla hukukun işleyişinde yer alabilirlerken İslam hukukuna göre doğrudan hukukun işleyişinde belirleyicidirler. İslam tarihinde umerâ ile ulemâ arasında bazı dönemlerde ortaya çıkan gerilim ve çatışmalar ilmiyenin hukukî işleyişteki belirleyiciliğinin açık göstergesidir. İlmiye sınıfı hukukî pozitivizmde yöneticinin, toplumun ya da hiyerarşik yapının arkasında, İslam hukukunda ise bunların önündedir.

Hükmüne dair icmânın söz konusu olmadığı, ilk dönemden itibaren hakkında farklı yorumların yapıldığı ayet ve hadislerin manalarını sabitleyip bunları içtihadı kapatacak herhangi bir irade bulunmamaktadır.

İslam hukuku bağlamında devlet yapısı içerisinde kaybolmuş bir hukuk anlayışından söz edilemeyeceği açıktır. Çünkü İslam'da hukuk devleti ilkesi esastır ve devlet hem kuruluş hem de işleyiş bakımından hukukun denetimi altındadır. İslam hukukunun ilahi bir hukuk olması, mevcudiyetinin herhangi bir devletin varlığına bağlanmasını imkânsız hale getirmektedir. Bu yönüyle İslam'ın hukuk formu kaçınılmaz olarak herhangi bir Müslüman devletin mevzuatından, yürürlükteki hukukundan daha geniş, daha kapsamlıdır.

Bu çerçevede İslam hukuku perspektifiyle, hukukun toplum düzleminde yürürlüğü için yapısı şartlara göre farklılaşan bir otoritenin gerekli olduğu ifade edilmelidir. Nitekim ulemâ devleti din ve dünya işlerinin sevk ve idaresi için zorunlu görmüşlerdir. Bu, işleyişle ilgili bir mesele olup asla hukukla devletin özdeşleştirilmesi ya da hukukun bütünüyle devlete tâbî kılınması değildir.

Hukuk-kanun ilişkisi bağlamında HP'in mecrası ile İslam hukukunun mecrası oldukça farklıdır. İslam hukuk düşüncesinde kanunların hukuka dâhil edilebilmesi analiz edilirken; HP'de hukukun kanunla eşitlenmesi tartışılmaktadır. Bu kapsamda hiçbir kodifikasyonun mutlak olarak İslam hukukunun bütünü olduğu söylenemez.

İslam hukukunda görülen yöntem genişliğine ve potansiyeline karşılık analitik hukukî pozitivizmde hukukun gelişim sürecinde kullanılacak bir yöntem önerisi görülmezken; realist HP’de, normativist HP savunucuları tarafından da eleştirilen, tek başına hukuk üretme imkanı bulunmayan bir yöntem olarak deney ve gözlem önerilmektedir

HP’in inanç ve değer karşıtlığının aksine İslam hukuku anlamını inanç ve değer zemininde bulur. Hukuk inancın dışavurum şekillerinden biridir. Özünde tevhid inancı bulunan İslam, sanattan iktisada hayatın her alanına ilişkin muhtelif formların kaynağı olduğu gibi hukukun da kaynağı olmuştur. İslam’ın emirleri sadece duygu ve düşünce düzlemine ilişkin değil aynı zamanda hayatla ilgilidir. İslam Müslümanlara ahirette nasıl davranacaklarını değil dünyada nasıl hareket edeceklerini, aile, borç, miras vs. ilişkilerinin nasıl olacağını gösterir.

HP’de iddia edildiği şekliyle insan fıtratını ve ahlakını göz ardı ederek bir hukuk sistemi ortaya koymaya çalışmak, mantıkî çelişki niteliğindedir. Çünkü insana hitap eden sistemlerin insan fıtratını göz önünde bulundurmaları zorunluluktur.

Hangi değer in iyi ya da kötü olduğu hususunda geçerli bir ölçütün, genel geçer bir ahlakın bulunmaması ve değerlerin sübjektif olması gerekçesiyle HP’in reddettiği bir diğer değer adalettir. Bu yaklaşıma göre “Hangi adalet?” “Kimin adaleti?” sorularının sayısız cevabı vardır ve bu da adalet kavramına dayalı bir hukuk tasarımı imkânsız hale getirmektedir. Alternatiflerin çokluğunun yok sayma gerekçesi olarak sunulması itibariyle bu yaklaşım da değerlere yönelik diğer yaklaşımlar gibi mantıkî çelişki içermektedir. Bu tavır, okunabilecek milyonlarca kitabın mevcudiyetini, kitap gerçeğini yok sayma gerekçesi olarak kabul etmek gibidir. Hâlbuki alternatiflerin çokluğu yok saymayı değil, doğru seçeneğe ulaşmak için en doğru ölçütleri aramayı gerektirir.

İslam hukukuna göre adalet, bazı normlar ve bütün uygulamalar için bitmeyen bir “daha iyi” arayışı olarak nitelendirilebilir. Bu arayış hukukun temel metinleriyle toplumu buluşturur, toplum gerçeklerinden bağımsız bir şekilde hukukî tahlil yapmayı zorlaştırır. Çünkü fıkıh yalnızca Kitâbdan konuşma değildir, nasslarla hayat olayları arasında bağ kurma çabasıdır ki doğru bağların kurulması adalet kavramıyla ifade edilmektedir.

Analitik, sosyolojik ve normativist HP kişisel alanı yok eden aşırı devletçi yaklaşımları temsil ederken; İslam, kişi-devlet ayrımında dengeyi ifade etmektedir. İslam’da bütün hayatını devletine feda etmiş bir birey tanımlaması ve bu şekilde ortaya konmuş bir hak sistematığı söz konusu olmadığı gibi devletin bütünüyle



yok sayıldığı, her durumda kişilerin şahsî çıkarlarının esas alındığı bir hak sistemi de söz konusu değildir.

Sonuç olarak asırlarca kıtaları yönetmiş olan İslam hukuk sistemi perspektifiyle bakıldığında hukukî pozitivizm bağlamında ortaya atılan iddia ve yaklaşımların tutarsız, belirsiz, çelişkili, marjinal ve irrealist yönlerinin açık bir şekilde ortaya çıktığı söylenebilir.

## Kaynakça

- Abdülaziz Buhâri, Aladuddin Ahmed b. Muhammed, *Keşfü'l-esrâr şerhu Usûli'l-Pezdevi*, Beyrut: Dâru'l-Kütübi'l-İlmiyye, 1997.
- Akgündüz, Ahmet, "Osmanlı Hukuk Sisteminin Şer'îliği Meselesi ve Kanunnamelerin Şer'î Tahlili", *XV ve XVI. Asırları Türk Asrı Yapan Değerler*, İstanbul: Ensar Neşriyat, 1999.
- Anzî, Abdullah b. Yusuf b. İsâ, *Teyşîru ilmi usûli'l-fikh*, Beyrut: Müessesetü'r-Reyyân, 1997.
- Aral, Vecdi, *Hukuk Felsefesinin Temel Sorunları*, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2012.
- Arsal, Sadri Maksudi, *Hukuk Felsefesi Tarihi*, İstanbul: İsmail Akgün Matbaası, 1945.
- Aslan, Nasi, "Adalet Medeniyeti Üzerine", *İslam Hukuku Araştırmaları Dergisi*, sy. 28 (2006), s. 9-27.
- , "Hukukun Üstünlüğü ve İslam Hukuku", *İslamî Araştırmalar*, c. XIV, sy. 2 (2001), s. 252-266.
- , *İslam Hukukunda Yargılama Etiği ve İlkeleri*, Adana: Karahan Kitabevi, 2014.
- , "Osmanlı Hukukunun Oluşumunda Fetvâ ve Kazâ Münasebeti", *Dinî Araştırmalar*, c. II, sy. 4 (1999), s. 85-100.
- Aydın, Mehmet Akif, *Türk Hukuk Tarihi*, İstanbul: Beta, 2010.
- Barry, Norman, *Modern Siyaset Teorisi*, Ankara: Liberte, 2003.
- Baudouin, Dupret, *Standing Trial: Law and the person in the modern middle east*, London: I. B. Tauris, 2004.
- Ben, Jacob, *Siyasal Düşünceler Tarihi*, Ankara: Savaş Yayınları, 1983.
- Bilge, Necip, *Hukuk Başlangıcı: Hukukun Temel Kavram ve Kurumları*, Ankara: Turhan Kitabevi Yayınları, 2013.
- Bowring, John, *The Works of Jeremy Bentham*, Edinburgh, ts.
- Buhûti, Mansur b. Yunus b. Selahaddin, *Keşşâfü'l-kınâ' an metni'l-İknâ'*, Beyrut: Dâru'l-Fikr, 1402.
- Cessâs, Ahmed b. Ali Ebubekir er-Râzî, *Ahkâmü'l-Kurân*, Beyrut: Dâru İhyâit-Türâsi'l-Arabî, 1412.
- Cin, Halil - Akyılmaz, Gün, *Türk Hukuk Tarihi*, Konya: Sayram Yayınları, 2003.
- Corbin, Henry, *İslam Felsefesi Tarihi*, İstanbul: İletişim Yayınları, 2001.
- Cüveynî, Ebu'l-Meâli Abdulmelik b. Abdullah b. Yusuf, *el-Burhân fî usûli'l-fikh*, Mısır, 1418.
- Çalış, Halit, *İslam'da Kolaylaştırma İlkesi Azimet - Ruhsat İlişkisi*, İstanbul: Ensar Neşriyat, 2013.
- Dönmez, İbrahim Kafi, "İçtihadın Bağlayıcılığı Meselesi ve Fıkıh Mezheplerine Bağlanmanın Anlamı", *Usul Dergisi*, 1 (2004): 35-48.

- , *İslam Hukuk İlminin Esasları*, Ankara: Türkiye Diyanet Vakfı Yayınları, 2018.
- Ebenstein, William, *Siyasi Felsefesinin Büyük Düşünürleri*, İstanbul: Şule Yayınları, 2001.
- Ebü Ya'lâ el-Ferrâ, Muhammed b. Hüseyin, *el-Ahkâmü's-sultâniyye*, Beyrut: Dâru'l-Kütübi'l-İlmiyye, 2000.
- , *el-Udde fi usûli'l-fikh*, 1990.
- Fahri, Macit, *İslam Felsefesi Tarihi*, İstanbul: Birleşik Yayıncılık, 2000.
- Furtun, Ayşen, *Hukuk Felsefesi Dersleri*, İstanbul: Beta, 2014.
- Gölcük, Şerafeddin - Toprak, Süleyman, *Kelam*, Konya: Selçuk Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Yayınları, 1988.
- Gözler, Kemal, *Hukukun Genel Teorisine Giriş*, Ankara: US-A Yayıncılık, 1998.
- Güriz, Adnan, *Hukuk Felsefesi*, Ankara: Siyasal Kitabevi, 2017.
- Hallâf, Abdülvehhab, *İlmu usûli'l-fikh*, Beyrut: Müessesetü'r-Risâle, 2011.
- Hamid, Abdulwahid, *Islam the natural way*, London: Mels, 1989.
- Hamidullah, Muhammed, *Introduction to Islam*, Ankara: The Turkish Religious Foundation, 1997.
- Hart, Herbert Lionel Adolphus, *Hukuk, Özgürlük ve Ahlak*, Ankara: Dost Kitabevi Yayınları, 2000.
- Heyd, Uriel, "Eski Osmanlı Ceza Hukukunda Kanun ve Şeriat", *Ankara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi*, 27 (b.y.): 633-652.
- Hudârî, Muhammed, *Usûlü'l-fikh*, Mısır: el-Mektebetü't-Ticâriyye, 1969.
- İbn Kudâme, Muvaffakuddin Ahmed b. Muhammed, *el-Muğnî*, Beyrut: Dâru'l-Fikr, 1405.
- , *Ravzatü'n-nâzir ve cennetü'l-münâzir fi usûli'l-fikh*, b.y.: Müessesetü'r-Reyyân, 2002.
- İbn Manzûr, Ebu'l-Fazl Muhammed b. Mükerrrem, *Lisânü'l-Arab*, Beyrut: Dâru Sâdır, 1414.
- İbn Rüşd el-Ced, Ebu'l-Velid Muhammed b. Ahmed, *el-Beyân ve't-Tahsil*, Beyrut: Dâru'l-Garbi'l-İslâmî, 1988.
- Kamali, Muhammad Hashim, *Shari'ah Law: An Introduction*, England: Oneworld, 2008.
- Karâfi, Ebu'l-Abbas Şihâbüddin Ahmed b. İdris b. Abdurrahman, *Envâru'l-burûk fi envâi'l-furûk*, yy: Âlemü'l-Kütüb, ts.
- Karaman, Hayreddin, "Fıkıh", *TDV İslam Ansiklopedisi*, XIII, 1-14. İstanbul: Türkiye Diyanet Vakfı Yayınları, 1996.
- , *İslam Hukuk Tarihi*, İstanbul: İz Yayıncılık, 2001.
- , *İslam Hukukunda İctihad*, İstanbul: İFAV, 1996.
- Kâsânî, Alaüddin Ebubekir b. Mes'ûd b. Ahmed, *Bedâiu's-Sanâi' fi tertibi's-şerâi'*, Beyrut: Dâru'l-Kitâbi'l-Arabî, 1982.
- Kıyıcı, Selahattin, *İslam Hukukunda Örf ve Adet*, Ankara: İşaret, 1990.
- Koçak, Muhsin - Dalgın, Nihat - Şahin, Osman, *Fıkıh Usûlü*, İstanbul: Ensar, 2017.
- , *İslam Hukuku*, İstanbul: Ensar Neşriyat, 2018.
- Kozak, İbrahim Erol, *Hukuk Felsefesi*, Konya: Palet Yayınları, 2014.
- Mâverdî, Ebu'l-Hasen Ali b. Muhammed b. Habib, *el-Hâvi fi fikhî's-Şâfiî*, Beyrut: Dâru'l-Kütübi'l-İlmiyye, 1994.

- Mayer, Elizabeth, “Şer’î Hukuk: Bir Metodoloji mi? Bir Somut Kurallar Bütünü mü?” *Marmara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi*, 18 (2000), 203-222.
- Merdâvî, Alaüddin Ebu’l-Hasen Ali b. Süleyman, *et-Tahbîr şerhu’t-Tahrîr fî usûli’l-fikh*, Riyad: Mektebetü’r-Rüşd, 2000.
- Nevevî, Ebu Zekerriyya Muhyiddin Yahya b. Şeref, *el-Mecmû’ şerhu’l-mühezzeb*, Beyrut: Dâru’l-Fikr, ts.
- Ortaylı, İlber, “Yahudilerin-Müslümanların Şeriatları ve Hıristiyanlık”. *İslamiyât*, 4 (1998): 127-133.
- Osman, Muhammed Ra’fet, *en-Nizâmü’l-kazâi fi’l-fikhi’l-İslâmî*, b.y.: Dâru’l-Beyân, 1994.
- Önen, Mesut, *Hukukun Temel Kavramları*, İstanbul: Der Yayınları, 1991.
- Pekcan, Ali, *İslam Hukukunda Gâye Problemi Zarûriyyât-Hâciyyât-Taahşiniyyât*, İstanbul: Rağbet Yayınları, 2003.
- Râzî, Fahrüddin Muhammed b. Ömer, *el-Mahsûl fî ilmi usûli’l-fikh*, Beyrut: el-Mektebetü’l-Asriyye, 1999.
- Sem’ânî, Ebu’l-Muzaffer Mansur b. Muhammed b. Abdülcebbar, *Kavâtü’l-edille fi’l-usûl*, Beyrut: Dâru’l-Kütübî’l-İlmiyye, 1999.
- Semerkandî, Muhammed b. Ahmed b. Ebî Ahmed Ebubekir Alaüddin, *Mizânü’l-usûl fî netâici’l-ukûl*, Bağdat: Vizâratü’l-Evkâf, 1987.
- , *Tuhfetü’l-fukahâ*, Beyrut: Dâru’l-Kütübî’l-İlmiyye, 1994.
- Serahsî, Muhammed b. Ahmed b. Ebî Sehl Şemsüleimme, *Usûlü’s-Serahsî*, Beyrut: Dâru’l-Ma’rife, ty.
- , *el-Mebsût*, Beyrut: Dâru’l-Fikr, 2000.
- Shaw, Malcolm, *Uluslararası Hukuk*, Ankara: Türkiye Bilimler Akademisi, 2018.
- Şahin, Osman, *Fetvâ Âdâbî Fetvâ İsteyen ve Fetvâ Verenlere Rehber*, Samsun: Fıkıh Kitapları, 2009.
- Şâşî, Nizameddin, *Usûlü’s-Şâşî*, Beyrut: Dâru İbn Kesîr, 2007.
- Şeybanî, Ebu Abdullah Muhammed b. El-Hasan b. Ferkad, *es-Câmiu’s-sağîr*, Beyrut: Âlemü’l-Kütüb, 1406.
- Şeyh Nizam, *el-Fetâva’l-hindiyye*, yy: Dâru’l-Fikr, 1991.
- Şirâzî, Ebu İshâk İbrahim b. Ali b. Yusuf, *el-Lüma’ fî usûli’l-fikh*, Beyrut: Dâru’l-Kelimi’t-Tayyib, 1994.
- , *et-Tebssira fî usûli’l-fikh*, Dimeşk: Dâru’l-Fikr, 1403.
- Tahtâvî, Ahmed b. Muhammed b. İsmail, *Hâşiyetü’t-Tahtâvî alâ merâki’l-felâh şerhu nûri’l-izâh*, Mısır: el-Matbaatü’l-Kübrâ, 1318.
- Torun, Yıldırım, *Hukuk Felsefesi*, Ankara: Orion Kitabevi, 2012.
- Tûfî, Necmüddin Süleyman b. Abdügavi b. el-Kerim, *Şerhu Muhtasari’r-Ravza*, b.y.: Müessesetü’r-Risâle, 1987.
- Türcan, Talip, “Anayasa Hukuku”, *İslam Hukuku*, Ankara: Grafiker Yayınları, 2012.
- , *İslam Hukukunda Norm-Amaç İlişkisi*, Ankara: Ankara Okulu Yayınları, 2009.
- Vecchio, Giorgio Del, *Hukuk Felsefesi Dersleri*, İstanbul: Maarif Matbaası, 1940.
- Weber, Alfred, *Felsefe Tarihi*, İstanbul: Sosyal Yayınları, 1998.

Yaman, Ahmet - Çalış, Halit, *İslam Hukukuna Giriş*, İstanbul: İFAV, 2012.

———, *İslam Kamu Hukuku*, Ankara: Bilay, 2020.

Zâhidî, Senâullâh, *Telhîsü'l-usûl*, Küveyt: Merkezü'l-Mahtûtât, 1994.

Zerkâ, Mustafa Ahmed, *el-Medhalü'l-fıkhiyyü'l-âmm*, Dimeşk: Dâru'l-Kalem, 2004.

Zerkeřî, Ebu Abdullah Bedrüddin Muhammed b. Abdullah, *el-Bahru'l-muhît fi usûli'l-fikh*, yy: Dâru'l-Kütüb, 1994.

Zeydan, Abdülkerim, *el-Vecîz fi usûli'l-fikh*, Beyrut: Müessesetü'r-Risâle, 2009.

———, *Nazarât fi ř-řeriati'l-İslâmiyye*, Beyrut: Müessesetü'r-Risâle, 2000.

Zeylai, Fahrüddin Osman b. Ali, *Tebyinü'l-hakâik şerhu Kenzi'd-dekâik*, Kahire: Dâru'l-Kütübi'l-İslâmi, 1313.

Zuhayli, Muhammed Mustafa, *el-Kavâidü'l-fıkhiyye ve tatbikâtühâ fi'l-mezâhibi'l-erbea*, Dimeşk: Dâru'l-Fikr, 2006.

Zuhayli, Vehbe, *el-Vecîz fi usûli'l-fikh*, Dimeşk: Dâru'l-Fikr, 1999.

———, *et-Tefsîru'l-münîr*, Dimeşk: Dâru'l-Fikr, 2003.