

TOPLUMSAL HAYATI DÜZENLEYEN KURALLAR VE FIKIH İLMİ

Dr. Öğr. Üyesi Necmeddin GÜNEY*

Özet: Batı hukuk literatüründe, toplumsal hayatı düzenleyen kurallar genel olarak din, hukuk, ahlak, örf-adet ve görgü kuralları olarak belirlenmiştir. Hukuk kuralları, toplumsal hayatın ve insani ilişkilerin yegâne belirleyicisi ve düzenleyicisi değildir. Toplumsal yaşamda düzeni sağlamak, çıkar çatışmalarını engellemek üzere çok sayıda kural türü ortaya çıkmıştır. Bunlardan hukuk kuralları, toplumsal ilişkilerin ancak bir kısmını düzenleyen bir mahiyete sahiptir. Bir toplumun düzen ve intizam içinde hareket edebilmesinin yolu, bütün toplumsal normların birbirleriyle uyum içinde işlemlenmesinden geçer. Yalnızca hukuk kurallarına bel bağlayan, diğer kuralların etkinliğini kaybettiği bir toplumda ilişkilerin sağlıklı sürdürülmesi mümkün değildir. Bu makalede, fıkıh ilmi ile toplumsal hayatı düzenleyen kurallar arasındaki ilişki ele alınacaktır. Öncelikle bu kurallar tanıtılacak, ardından fıkıh ilmiyle bu kuralların irtibatı ortaya konulacaktır. Böylece fıkıhın, din, hukuk ve ahlak kurallarının hepsini kapsayan oldukça geniş bir ilgi ve faaliyet alanının olduğu görülecektir. Makalede ayrıca günümüzde bu bütünlüğün göz ardı edilip fıkıhı sadece hukuk kuralına indirgemenin sakıncalarına dikkat çekilecektir. Fıkıhın toplumsal hayatı düzenleyen kuralların birçoğunu bünyesinde barındıran bütüncül bir bakış ve uygulama sahasına sahip olduğunun ortaya konulması, günümüzde 'İslam hukuku' olarak da ifade edilen fıkıh ilminin asıl mahiyetinin daha iyi anlaşılmasına da katkıda bulunacaktır.

Anahtar Kelimeler: Fıkıh, Sosyal Norm, Hukuk, Ahlak, Kural

Relationship Between Social Norms and Fiqh (Islamic Jurisprudence)

Abstract: In the Western legal literature, the rules governing social life (social norms) are generally categorized as the rules set up by religion, law, ethics, customs and manners. Rules laid down by law are not the sole determinant and organizer of social life and human relations. In order to ensure order in social life and to prevent conflicts of interest, many types of rules have emerged. Norms of law have a nature that regulates only a part of social relations. The way in which a society can act in order is through the harmonious functioning of all social norms. It is not possible for a society to rely only on law and go without other types of norms. In this article, the relationship between Fiqh (Islamic jurisprudence) and social norms will be discussed. First, these rules will be introduced, and then the connection of these rules with Fiqh will be presented. In result, it will be seen that Fiqh has a wide range of interest and activity area covering many types of norms put by either law, religion or ethics. The article also draws attention to the drawbacks of breaking the integrity between social norms and reducing Fiqh to norms of law only. The fact that Fiqh has a holistic approach and practice that includes many of the rules governing social life will contribute to a better understanding of the actual nature of Fiqh which is also called 'Islamic law'.

Keywords: Fiqh, Social Norms, Law, Ethics, Rules.

* Necmettin Erbakan Üniversitesi A. Keleşoğlu İlahiyat Fakültesi İslam Hukuku Anabilim Dalı, necmguney@gmail.com

GİRİŞ

Yazar ve akademisyen Alev Alatl, 2014 yılında Cumhurbaşkanlığı tarafından ‘Edebiyat’ dalında ‘Kültür ve Sanat Büyük Ödülü’ne layık görüldüğünde, son derece dikkat çeken bir konuşma yapmıştı.¹ “Her yasal hakkın ‘helâl’ olmayabileceği”ne dikkat çeken Alatl, sosyal medyada da yoğun biçimde paylaşılan bu konuşmasında şu cümlelere yer vermişti: *“Dinden, gelenekten, kadim örf ve adetlerden soyundurulmuş, yegâne ölçüsü nesnel yasaların ‘harf’inden ibaret olan toplumlar ‘eşref-i mahlûkat’a layık toplumlar olamıyorlar.” “Yirmi birinci yüzyılın en yaman toplum projesi, ‘helal olanı’ ‘yasal olan’la örtüştürmek olsa gerektir.” “Hakkın helal edilmesi, helalleşmek asıl olmalıdır. Helalleşmek mahkemede dava kazanmaktan daha üstün olmalıdır.”*

‘Hukuk’ ve ‘hukuk devleti’ kavramları, toplumları ayakta tutan temel dinamiklerden kabul edilmektedir. Toplumda menfaat çatışmalarının önüne geçilmesi ve kişiler arasındaki hak-yükümlülük dengesinin sağlanması için bir siyasi otoritenin yani devlet otoritesinin bulunmasının gereği açıktır. Bu sebeple, genel bir tespit olarak, “nerede toplum varsa, orada hukuk vardır.” denilmiştir.² Ancak günümüz toplumlarında hukuk kuralları çok öne çıksa da, toplumsal hayatın ve insani ilişkilerin yegâne belirleyicisi ve düzenleyicisi hukuk değildir. Aksine hukuk kuralları, bu ilişkilerin ancak sınırlı bir kısmını düzenler. Toplumsal hayatı düzene sokan kuralların büyük bir kısmı ise öncelikle ahlak, din, örf-adet ve görgü kuralları tarafından belirlenir. Zaten insan davranışlarını belirleyen/düzenleyen kuralların tamamının ‘hukuk kuralı’ olması da pek mümkün değildir. Çünkü bir hukuk kuralı koymak, aynı zamanda bu kuralı koyan otoriteye onu takip etme ve ihlaline de somut bir müeyyide (yaptırım) uygulama külfeti yükler.

Elinizdeki çalışma, fıkıh ilmiyle toplumsal hayatı düzenleyen kurallar arasındaki ilişkiyi ortaya koymayı hedeflemektedir. Bu amaçla, öncelikle bu kural/norm türleri ve bunların özellikleri, Batı hukuk anlayışının esas aldığı taksime göre ortaya konulacaktır. Akabinde, fıkıhın ‘hukuk kuralları’nın ötesindeki mahiyeti, toplumsal kural türleriyle ilişkisi ve bunları ne oranda kapsayıp kapsamadığı üzerinde durulacaktır. Netice olarak, fıkıh ilminin bütün toplumsal normları kapsayan/kucaklayan bir özelliğe sahip olduğu vurgulanacaktır.

1 “Cumhurbaşkanlığı Kültür ve Sanat Büyük Ödülleri 03.12.2014”, <https://www.tccb.gov.tr/cumhurbaskanligi/kultursanatodulleri/2014/> [Erişim Tarihi: 10.09.2017]

Konuşmanın tamamına şu videodan ulaşılabilir: <https://www.youtube.com/watch?v=grO4ZVKwkVE>

2 Bu ilkenin Latincesi “ubi societas ibi jus” şeklindedir.

I. TOPLUMSAL HAYATI DÜZENLEYEN KURALLAR VE GENEL ÖZELLİKLERİ

Toplum halinde yaşayan insanların davranışları, yazılı olan ve olmayan çeşitli kurallar tarafından belirlenir. Bu kuralların başlıcaları şunlardır: Hukuk, din, ahlâk, örf-âdet ve görgü kuralları. Kaynaklarda bu kurallar için birçok isim kullanılmaktadır. ‘Sosyal/toplumsal hayatı düzenleyen kurallar’, ‘içtimâî nizâm kaidele-ri’, ‘toplumsal düzen kuralları’ veya ‘beşeri davranış kuralları’ bunlardandır.³ Biz bu yazıda, cümleleri uzatmamak için kısaca ‘toplumsal norm’ ifadesini kullanacağız.

Toplumsal hayatın ve insani ilişkilerin belli kurallara bağlanması son derece önemlidir. Kurallar, önceden belirlenen ve ilan edilen, uygulanıp bittikten sonra geriye dönük olarak değiştirilemeyen ilkelerdir. Kuralların muhataplarca önceden biliniyor olmaları, geriye dönük değiştirilemeyecek olmaları ve kuralı koyan kişileri de bağlamaları zorunludur. Bu özellikleri nedeniyle kurallar, insanlara güven hissi sağlarlar. Kuralların sağladığı güven hissi, kuralın içeriğinin iyi veya kötü oluşundan bağımsız olarak gerçekleşir. Belli bir kurala göre hareket edilmemesi durumunda ise, keyfilik ortaya çıkar. En kötü kural bile keyfilikten daha iyidir. Zira kurallar kötü bile olsa, kişiler önceden bunlara göre hareket ederek kendilerini güven altına alma şansı yakalarlar. Hâlbuki herkesi bağlayan kuralların olmadığı bir ortamda, keyfilik ve güçlünün hâkimiyeti sorunu ortaya çıkar.⁴

Toplumsal normların tamamı, insanın davranışını düzenlerler. Bütün kurallar gibi bunlar da, ‘normatif olma’ niteliğine sahiptir. Yani bütün toplumsal normlarda, emretme, yasaklama veya izin/yetki verme özelliklerinden birisi bulunur.⁵ Kuralların başka bir özelliği de, ihlâl edene karşı belli bir müeyyideye sahip olmalarıdır. Zaten müeyyideye sahip olmayan bir kuralın anlamsız kalacağını söyleyebiliriz.

Bu noktada, toplumsal norm türleri, bunların temel özellikleri ve bunların ihlali durumunda karşılaşılan müeyyideler üzerinde durulacaktır.

A. Toplumsal Norm Çeşitleri

Norm kelimesi, ‘beklenmeye aykırı olmayan, kural olarak benimsenmiş, yerleşmiş ilke veya kanuna uygun durum’ gibi anlamlara sahiptir. Toplumsal normlar,

3 Gözler, Kemal, *Hukuka Giriş*, s. 21. Bu kurallar, İngilizcede ‘social norms’ veya ‘rules of human behavior’ gibi terimlerle ifade edilir.

4 Gözler, Kemal, *Hukuka Giriş*, s. 22-23.

5 Balı, Ali Şafak, *Hukuk*, s. 240; Kurban, Yasin, “Norm-Değer İlişkisi”, s. 6, 8.

bir toplumda hem bireyler hem de gruplar tarafından, o toplumda herkes tarafından onaylandığı düşünülerek uyulan davranış kurallarıdır.⁶ Toplumsal hayatı düzenleyen normların başlıcaları şunlardır:

a) Din kuralları:

İlahi bir irade tarafından koyulan (veya en azından öyle olduğuna inanılan) ve uhrevî müeyyidesi bulunan emir ve yasaklardır. Din kurallarının ihlal edilmesi 'günah' teşkil eder ve asıl müeyyidesi uhrevîdir yani öbür dünyada gerçekleşir. Ancak dünya hayatına yansımaları ise manevîdir ve inanan kişinin cehennem azabı korkusu hissetmesi şeklinde kendini gösterir.⁷ Uhrevî yaptırımlar, hukuk kurallarında olduğu gibi maddi/somut ve cebri değil; aksine kişinin dini inancının düzeyi ölçüsünde etkili olabilen sübjektif, vicdani ve derûni yaptırımlardır.⁸ Mesela bir müslümanın namazını geçirmesi veya içki içmesi; bir yahudinin cumartesi iş yasağına uymaması veya domuz eti yemesi; bir hristiyanın İsa'nın tanrının oğlu olduğuna inanmaması veya çocuğunu kürtaj yoluyla düşürmesi, kendi inançları açısından dini birer kuralın ihlalidir.

b) Hukuk kuralları:

Devletin yetkili organları tarafından konulan ve cebir ile müeyyidelenendirilmiş emir ve yasaklardır. Hukuk kurallarının müeyyidesi, *cebirdir*. Cebri müeyyideye sahip olması, hukuk kurallarını diğer toplumsal normlardan ayıran en önemli niteliktir. Cebir, bir kuralı ihlal edene, öngörülen cezanın -gerekirse fiziki güç kullanılarak- uygulanmasıdır. Buna göre, kişilerin, hukuken gerekli olan yükümlülüklerini kendiliklerinden yerine getirmemeleri durumunda, hukuk sistemi yoluyla uygulanan müeyyideler vasıtasıyla, kişi ödevini yapmaya zorlanır.⁹ Bu müeyyide, bedeni cezalar, hürriyeti kısıtlayıcı cezalar veya mali cezalar gibi çok çeşitli şekilde olabilir. Ayrıca bir işlemin hukuk sistemi tarafından geçersiz kabul edilmesi, iptal edilmesi veya mahkemeye konu edilememesi de müeyyide kapsamındadır.¹⁰

6 Balı, Ali Şafak, *Hukuk*, s. 239.

7 Gözler, Kemal, *Hukuka Giriş*, s. 35-38.

8 Türcan, Talip, "Fıkıhtan İslâm Hukukuna...", s. 15.

9 Yaman, Ahmet, "Fıkıhın Mahiyeti...", s. 21

10 Gözler, Kemal, *Hukuka Giriş*, s. 33-34; Yaman-Çalış, *İslam Hukukuna Giriş*, s. 28.

c) *Ahlak kuralları:*

Kişinin kendisine ve başkalarına karşı görev ve sorumluluklarını düzenleyen kurallardır. Ahlak kurallarının müeyyidesi, kişinin kendi içinde hissedeceği vicdan azabıdır. Kişinin herhangi bir kurala uyması, içinden/vicdanından gelen bir his sebebiyle oluyorsa, bu kural ahlak kuralıdır.¹¹ Mesela kişinin verdiği sözleri tutması, yalan söylememesi birer ahlak kuralıdır. Ahlak, içe dönük (*otonom*) ve daha subjektif; hukuk ise dışa dönük (*heterenom*) ve objektif birer disiplindir.¹²

Din, ahlak ve hukuk kuralları arasındaki ilişkiyi, bir 'otomobil metaforu'yla¹³ anlatmak mümkündür. Hukuk kaideleri, eğimli bir arazide boşa alınmış bir otomobili durdurmak için tekerleklerine takoz koymaya benzer. Takozun engelleyici dış baskısı kalktığı anda, otomobil istemsiz olarak hareket etmeye başlayacaktır. Hâlbuki otomobilin içeriden frenlenmesi durumunda (din/ahlak kuralları) ona dışarıdan takoz konmasa da hareket etmeyecektir. Bu örnek, sadece dışardan uygulanan kontrol mekanizmalarının bazı durumlarda zayıf ve etkisiz olabileceğini gösterir. İdeal olanı, arabanın el freninin çekilerek içerden frenlenmesi ve dışarıdan ayrıca takoz konularak tedbir alınmasıdır.

d) *Örf ve adet kuralları:*

İçinde yaşanılan sosyal çevre tarafından uzun süredir tekrarlanarak benimsenen ve toplum tarafından kendisine uyulması zorunlu kabul edilen kurallardır. Örf ve adet kurallarından herkesi ilgilendirenler *genel*; belli grupları mesela taksicileri veya kuyumcuları ilgilendirenler ise *özel* örf kurallarıdır. Bu kurallar, belirli bir konuda uzun yıllar boyunca hep aynı şekilde davranılmış olması yoluyla oluşur. Bu kuralların müeyyidesi, ihlal edilen kuralın toplumdaki önem derecesine göre çeşitlilik göstermektedir. Ayıplama, kınama, gruptan atma veya kişinin fiziki bütünlüğüne zarar verilmesi hatta öldürülmesi gibi ağır müeyyideler söz konusu olabilir. Bu kurallara uymayanlara uygulanacak müeyyideler ise ilgili toplumsal çevre tarafından veya bunların görevlendirdiği bir kişi tarafından yerine getirilir. Mesela kan davaları bu türün en ağır örneğidir.¹⁴

Görüldüğü gibi, cebir nitelikli müeyyideler, örf-adet kuralları çerçevesinde de ortaya çıkabilmektedir. Bu sebeple, güç/cebir kullanma tekeline sahip siyasi bir

11 Gözler, Kemal, *Hukuka Giriş*, s. 39-42.

12 Köse, Saffet, "Hukuk mu Ahlak mı?", s. 17.

13 Köse, Saffet, "Hukuk mu Ahlak mı?", s. 25.

14 Gözler, Kemal, *Hukuka Giriş*, s. 46-50.

topluluk (veya devlet) olmadan, hukuk kurallarını diğer normlardan ayırmak her zaman mümkün değildir.¹⁵ Ancak bir devlet ve hukuk sistemi oluştuğunda, cebir özelliği gösteren örf-adet kurallarının yerini hukuk kuralları alır.¹⁶ Bu aşamadan sonra, artık hâlâ örf-adet kurallarına dayalı bir cebir uygulaması, hukuk sistemi açısından kabul edilemez bir durumdur.

e) Görgü kuralları:

Hayatı süsleyen, sosyal ilişkileri daha zarif ve yumuşak hale getiren kurallardır. Bir tanıdıkla karşılaşınca hal hatır sormak, dostların sevinç ve üzüntülü durumlarda birbirlerine ziyarette bulunmaları gibi davranışlardır. Yolda karşılaşan iki dolmuşun korna çalarak selamlaşması gibi, belli meslek grupları arasında geçerli olanları da vardır. Bu kuralları ihlal etmenin müeyyidesi toplum karşısında gülünç ve küçük duruma düşmedir. Görgü kurallarına uymayan kişiler, ‘nezaket-siz’ veya ‘kaba’ olarak görülürler. Görgü kuralları, diğer kurallara göre daha sınırlı sayıdadır ve daha hafif bir müeyyideye sahiptir.¹⁷

B. Toplumsal Normların Ortak İşlevsel Özellikleri ve Etkileşimleri

Toplumsal normlar farklılık arz etseler de, bazı ortak işlevsel özelliklere sahiptirler. Bunlardan başlıcalarını ve aralarındaki etkileşimi şu şekilde ifade edebiliriz:

a) Hukuk kuralları ile diğer toplumsal normlar birbirlerini destekler ve tamamlarlar. Bir toplumda diğer kurallar olmaksızın, sadece hukuk kuralları toplumsal düzeni sağlamakta yetersiz kalır. Şayet toplumsal hayatı düzenleyen diğer kurallar olmasa, kolluk kuvvetlerinin veya suçu ihbar edecek kişilerin bulunmadığı yer ve durumlarda insanlar çekinmeden suç işler hale gelebilirlerdi. Ancak Allah korkusu, vicdanın sesi, başkalarının önünde küçük düşme endişesi veya utanma gibi çok sayıdaki müeyyide, kişilerin hukuk kurallarını da kapsayan birçok toplumsal norma kendiliğinden uymalarını sağlamakta ve toplumsal düzeni sağlamaya yardımcı olmaktadır.¹⁸

b) Bütün toplumsal normlar, arka plan olarak toplumun dini, ahlaki ve örfi değerler dünyasına dayanır. Bu sebeple, normal şartlarda birbirleriyle uyumlu-

15 Balı, Ali Şafak, *Hukuk*, s. 222.

16 Hukukun kaynağı konusundaki tartışmalar hakkında bkz. Ünsal, Ahmet, “Hukukun Temeli İle İlgili Yaklaşımlar”, *Hitit Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi*, c. IX, 18 (2010), s. 5-23.

17 Gözler, Kemal, *Hukuka Giriş*, s. 43-44.

18 Balı, Ali Şafak, *Hukuk*, s. 232; Gözler, Kemal, *Hukuka Giriş*, s. 52.

dur. İdeal olarak hukuk kuralları da aynı şekilde, bir toplumun değerlerine uygun olarak ve yazılı olmayan norm türlerinden ilhamla oluşturulur.¹⁹ Hukuk kuralları, toplumda karşılığı olan bir değerler manzumesine dayanmıyorsa, bu kuralların toplum nazarındaki meşruiyeti sorunlu hale gelir. Özellikle belli bir ideolojiye dayalı devrimler neticesinde veya kanunları başka bir ülkeden aynen alma (*resep-siyon*) yoluyla oluşturulan hukuk kuralları, toplumdaki yerleşik diğer kurullarla çatışabilir. Diğer bir çatışma ihtimali ise, hukuk düzeninin toplumda yerleşmiş bulunan eski kurullardan daha üstün değerleri hukuk kuralı olarak belirleyerek toplumu değiştirmek istemesi durumunda ortaya çıkar. Her halükarda, toplum tarafından benimsenmeyen kuralların, otorite zayıfladığında ihlal edilmesi ve fırsat bulunduğu ise tamamen ortadan kaldırılması kaçınılmazdır. Toplum ve bireyler tarafından benimsenen hukuk kuralları ise, bir kontrol mekanizması olmadığında bile işlemeye devam edebilir.²⁰

c) Normların düzenleme alanları birbirlerinden ayrı/bağımsız değildir. Aksine çoğu zaman kesişen kümeler halindedir. Dolayısıyla bazen bir fiilin yapılması veya terk edilmesi, birden fazla toplumsal norm türü tarafından talep ediliyor olabilir. Mesela hırsızlık yapmak, hem din, hem ahlak hem de hukuk kurallarına aykırıdır. Bir insanı öldürmek, ahlak, din ve hukuk kuralları tarafından aynı anda yasaklanmaktadır. Yalan söylemek ahlak kurallarına aykırı iken, mahkemede yalancı şahitlik hem ahlak hem de hukuk kurallarına aykırıdır. Ekmek israf etmek ise din ve ahlak tarafından yasaklanmıştır ancak hukuki bir düzenlemeye konu olmamıştır. Birden fazla kural türü tarafından aynı yönde belirlenen normlar, toplumsal karşılığı ve yaptırım çeşidi daha fazla olduğu için, çok daha güçlü bir şekilde korunmuş olmaktadır.²¹

Hukuk dışındaki kurallar tarafından öngörülen bir husus, hukuk sistemi tarafından da bir müeyyideye bağlanabilir. Bu durumda bu kurallar, aynı zamanda hukuk kuralı haline gelmiş olurlar. Mesela bir ülkede zekât vermeyenlere belli bir ceza öngörülmesi durumunda, zekât vermek hem din kuralı hem de hukuk kuralı haline gelmiş olur. Fakirlik ve sefalet içindeki akrabaya yardım etmek kanunen zorunlu tutulduğunda, din ve ahlak kuralı olduğu kadar hukuk kuralı olarak da hüküm ifade eder. Bu şekilde, normların bir değerler manzumesine dayandırılması, normların çok daha güçlü ve etkin hale gelmesini sağlar.

19 Klasik dönemde böyle olmakla birlikte, aydınlanma sonrası modern dönemde hukuk kurallarının toplumun din-ahlak ve örfünden bağımsız olarak hümanist, rasyonalist ve pozitivist bir çerçevede oluşturulduğu söylenebilir.

20 Gözler, Kemal, *Hukuka Giriş*, s. 52; Güriz, Adnan, *Hukuk Felsefesi*, s.16.

21 Güriz, Adnan, *Hukuk Felsefesi*, 18.

d) Son birkaç asra kadar, bütün dünyada geleneksel toplumlarda din kuralları, en etkili ve en yaygın toplumsal norm konumundaydı. Bu durum, Avrupâda aydınlanma ve moderniteyle birlikte, bireyselliğin yaygınlaşmasına kadar sürmüştür. İnsanların görece olarak dinden ve ahlaki değerlerden uzaklaşması, yazılı olmayan toplumsal normların düzeni korumada artık yetersiz kalmasına yol açmıştır. Dolayısıyla günümüzde yazılı hukuk kurallarının diğer norm kategorilerinin önüne geçmesinin sebebinin, hukuk kurallarının maddi yaptırım gücüne sahip olması ve insanların haklarını ancak bu yolla koruyabilmesi olduğu söylenebilir.²² Modernitenin tamamen etkisine girmemiş, kolektivizmin etkili olduğu birçok toplumda, din kuralları ve örf-adetler, ülkenin hukuk kurallarından çok daha etkili ve belirleyici durumdadır.²³

e) Çağımızda, modern devletler, hukuk kurallarının hem yapıcısı hem de uygulayıcısı konumundadır. Yani hukuk kurallarının oluşturulması da, cebri müeyyidenin uygulanması da merkezileşmiştir. Bu çerçevede, cebir ancak mahkemenin aldığı karardan sonra, yetki verilen kişilerce ve usulüne uygun olarak icra edilebilir.²⁴ Örf ve adet kurallarının oluşumu ve icrası ise merkezileşmemiştir, kendi bölgesinde veya dar bir çevrede meydana gelebilir. Aynı ülkedeki şehir veya meslek grubuna göre farklılık arz edebilir. Hukuk sisteminin ve devletin mevcut olduğu bir ortamda, örf ve adet kurallarına bağlı olarak uygulanan, vücut bütünlüğüne yönelik veya ölüm türünden müeyyideler hukuk kurallarına aykırıdır ve suç oluştururlar. Benzer şekilde, çete veya illegal örgüt türü grupların liderlerinin koyduğu kuralların müeyyidesi de cebir nitelikli olabilir. Bunlar da aynı şekilde hukuk sistemine aykırıdır. Bütün bunlarda cebir bulunsa da, hukuk kurallarının sağladığı cebir, nicelik açısından yani büyüklük ve kalıcılık açısından bu kuralların cebrinden çok daha güçlüdür.²⁵

II. TOPLUMSAL NORMLAR VE FIKIH İLMİ

Fıkıh, şer’î amelî hükümlerin deliller ve yöntemler yoluyla tespit edilmesi ya da önceden elde edilmiş hükümlerin bilinmesini ifade eder. Mecelle’nin tanımıyla, “İlm-i fıkıh, mesâil-i şer’iyye-i ameliyyeyi bilmektir.” (md. 1) Fıkıh ilmi, insanın bütün davranışları ve bunların hükmüyle ilgilenir. Bu ilmin kapsamadığı bir in-

22 Kurban, Yasin, “Norm-Değer İlişkisi”, s. 7.

23 Konuyla ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. Balı, Ali Şafak, *Hukuk*, s. 231-234.

24 Balı, Ali Şafak, *Hukuk*, s. 222-223; Gözler, Kemal, *Hukuka Giriş*, s. 33-34. “Hukuk ve Cebir” konusunda ayrıntılı bilgi ve tahliller için bkz. Güriz, Adnan, *Hukuk Felsefesi*, s. 75-84.

25 Gözler, Kemal, *Hukuka Giriş*, s. 50-56.

san fiili söz konusu değildir. İslami literatürde ‘amel’ olarak ifade edilen bu insan davranışları, fıkıh ilmi tarafından en genel şekliyle beş teklifi hüküm (*ahkâm-ı hamse*) çerçevesinde değerlendirilir. Fakihler, bu hükümlere fıkıh usulünde belirlenmiş kaynak ve yöntemler yoluyla ulaşırlar. İctihad olarak anılan bu faaliyet, ilahi iradeyi tespit yönünde gösterilen azami gayrettir.

Bu başlık altında, fıkıh ile toplumsal norm türleri/çeşitleri arasındaki ilişki üzerinde durulacaktır. Modern hukuk anlayışında hukuk kuralları, kendisini büyük oranda diğer sosyal normlardan ayırtmıştır. Hâlbuki İslam fıkında din, ahlak ve hukuk kurallarının birbirini destekler mahiyette bir arada bulunduğu görülmektedir. Bu üç kural türü dışındaki diğer iki kural olan ‘görgü kuralları’ ile ‘örf - adet kuralları’ ise, İslami ilke ve düzenlemelere aykırı olmadıkları sürece bir engelle karşılaşmamışlar ve İslam toplumlarında uygulanmaya devam etmişlerdir.

A. Din Kuralı Kaynağı Olarak Fıkıh İlmi

Günümüzdeki bazı marjinal yeni yorumlar bir kenara bırakılırsa, dayandığı irade ve kaynaklar açısından, fıkıhın ‘din kuralı’ koyduğunda tereddüt yoktur. Fıkıh, İslam dininin ameli boyutunu temsil etmesi itibarıyla, ilâhî iradeye dayanır. Hükümlerin koyucusu (*Şâri*) Allah ve O’nun izin verdiği ölçüde elçisi Hz. Peygamber’dir. Fıkıhi hükümler, dinin temel kaynaklarından elde edilir. Bunlar, Kur’ân-ı Kerim (*‘kitap’*) ve Hz. Peygamber’in söz, fiil ve onaylarıdır (*‘sünnet’*).

Fıkıhi hükümlerin ‘din kuralı’ olması, İslam fıkının bütünüyle ilahi ve kutsal bir hukuk düzeni olduğu anlamına gelmez. Fıkıh, aslen uzman fakihlerin (müctehidler) elinde gelişmiştir ve bu yönüyle beşeridir. Fıkıhi hükümlerin ‘dini kural’ olmasına rağmen, beşeri yöne sahip olmasının temelde iki sebebinden bahsedilebilir:

a) Beş yüz kadar âyet ve iki bin kadar hadis fıkıhi alanla ilgilidir. Nassların bu şekilde sınırlı olmasına karşılık, olaylar sınırsızdır. Ayrıca nasslarda zikredilen bütün konular ayrıntılı olarak düzenlenmemiş, bazı alanlarda sadece genel prensipler konulmuştur.

b) Bizzat nasslarda ele alınan konuların da önemli bir kısmı, ifade ettiği anlam (*delâlet*) veya bize ulaşma güvenilirliği (*sübût*) açısından, fakihlerin yorumuna açık (*zannî*) niteliktedir.

Bu iki sebep neticesinde, nassların anlaşılması, boşlukların doldurulması ve yeni karşılaşılan olayların hükümlerinin belirlenmesi, fıkıh alanında ehil kimsele-re (müctehidlere) bırakılmıştır. Fakihlerin görevi, nasslara ve genel ilkelere dayalı

olarak, ameli konulardaki hükümleri belli bir yöntem çerçevesinde tespit etmektedir. Ancak bu, tamamen bağımsız bir faaliyet değil, nasslar ve İslam'ın tümel hedef ve ilkeleriyle sınırlıdır.²⁶ Ortaya çıkan hükümler ise, müctehid olmayan kimseler açısından uyulması gerekli olan din kurallarıdır. Bu kurallar yalnızca ibadet alanını değil, hayatın bütün yönlerini helallik/haramlık, *ahkâm-ı hamse* ve sıhhat-fesad/butlan açısından kapsar.

B. Hukuk Kuralı Kaynağı Olarak Fıkıh İlmi

Modern anlamda 'hukuk'un toplumsal hayatta yerine getirdiği 'toplumsal düzen ve adaletin gerçekleştirilmesi' görevini, İslam tarihi boyunca fıkıh ilmi üstlenmiş ve ifa etmiştir. Dolayısıyla fıkıh ilmi, uzun asırlar boyunca İslam toplumlarının yaşayan (mevzu/pozitif) hukukuna kaynaklık etmiştir. Fıkıhta hükümlerin tespiti, bir bakıma hukuk kuralı koyma işlemine benzese de, fıkhi hükümlerin ortaya konulması merkezileşmemiştir yani meclis gibi merkezi bir yasama organının faaliyetleri neticesinde ortaya çıkmamıştır. Ancak hicri dördüncü yüzyılda mezhep doktrinlerinin nihai şeklini alması, bir tür tedvin/kanunlaştırma görevi ifa etmiştir.²⁷ Fıkıhın Batılı anlamda kanunlaştırıldığı yani Mecelle'nin hazırlandığı XIX. yüzyılın sonları, aynı zamanda fıkıhın yerine 'İslam hukuku' ifadesinin kullanılmaya başlandığı dönemlerdir. Bu isimlendirme neticesinde, fıkıhla hukukun ortak yönleri öne çıkmış ancak farklılıkları göz ardı edilmeye başlanmıştır.

Hukuk kuralları ile fıkıh arasındaki ilişki ve farka dair şunlar söylenebilir:

a) Daha önce de vurgulandığı üzere fıkıh, yalnızca İslam toplumunun hukuk kuralları ihtiyacını karşılamak için ortaya çıkmış bir ilim değildir. Fıkıh, günümüzdeki hukuk kurallarını da kapsayan ancak ona göre çok daha geniş bir ilgi/faaliyet alanına sahiptir. İbadetler, helaller-haramlar, kişinin kendine dönük görevleri ile toplumsal hayatın gerektirdiği bütün idari, siyasi ve ekonomik konulara ilişkin kurallar bütünüdür.²⁸

b) Hukukun varlık sebebi, toplumsal yaşam ve insanlar arası ilişkilerdir. Hukuk, yalnızca gerçek veya tüzel kişiler arasındaki ilişkileri düzenler. Hukuk, bu ilişkileri hak ve sorumluluklar şeklinde normatif bir hale dönüştürür. Fıkıh ise, -bir ilişki niteliği taşımasına bakmaksızın- insanın tüm davranışlarıyla ilgilenmekte ve düzenlemektedir. Bu sebeple, ibadetler fıkıhın en önemli ilgi alanlarındandır. Benzer şekilde, bir kimsenin kendisine dönük davranışları ve ödevleri de

26 Yaman-Çalış, *İslam Hukukuna Giriş*, s. 25-26.

27 Türcan, Talip, "Fıkıhtan İslâm Hukukuna...", s. 12, 19.

28 Yaman-Çalış, *İslam Hukukuna Giriş*, s. 108; Türcan, Talip, "Fıkıhtan İslâm Hukukuna...", s. 12-13.

fıkıh ilminin kapsamındadır. Mesela intihar, ölüm orucu ve zorunlu/hayati tedaviyi reddetme fikhen haram iken, bu tür kişisel tercihler hukuk kuralları kapsamına girmez. Bu son kısım, günümüz hukuk literatüründe ‘sübjektif ahlak kuralları’ olarak ifade edilmektedir.²⁹

c) Hukukun cebre varan yaptırım araçları içermesinin yanı sıra bu yaptırımın ‘kurumsallaşmış’ olması yani ‘organize devlet gücü’ne sahip olması asıl ayırt edici özelliğidir.³⁰ Fıkıhın geçerlilik alanı ise yalnızca devlet ve hukuk sisteminin yetki alanıyla sınırlı değildir. Fıkıh, söz gelimi ıssız bir adada tek başına yaşayan bir Müslümanın davranışlarını dahi belirler ve düzenler. Zira müslüman bireyler, hukuk sisteminin cebri müeyyide alanı dışında da Allah’a ve kullara karşı sorumlu olmaya devam ederler. Fikhi hükmün ihlali öncelikle uhrevi ve bazı hükümler bakımından da yalnızca uhrevi yaptırım içerir. Ancak fıkıh, belli konu ve alanlarda yapılan kural ihlallerine, dünyevi bir yaptırım mekanizması da öngörmektedir. Dolayısıyla fikhi hükümlerin bazıları sadece uhrevi yaptırım, bazıları hem uhrevi hem dünyevi yaptırım; salt düzeni sağlamaya yönelik bazı hükümler ise sadece dünyevi yaptırım öngörmektedir.³¹ Fıkıh ilmi açısından, hukuk kuralları alanı da diğer kapsadığı alanlar gibi dini karaktere sahiptir ve birçok yönüyle nasslar tarafından belirlenmiştir. “Yeryüzünde uygulanan bir had cezası, yeryüzü halkı açısından kırk gün boyunca yağın sabah yağmurundan daha hayırlıdır.”³²

d) Hukuk sistemleri, yalnızca dünya hayatıyla sınırlı oldukları için tek yönlü bir yaptırıma sahiptirler. Hâlbuki fıkıh, yükümlülüklerin ihmal edilmesinin, haksızlık yapılmasının veya çiğnenen kuralların yalnız dünyada hukuk sistemi karşısında değil, aynı zamanda öteki dünyada da hesaba çekileceğini hatırlatır. ‘Çift yönlü yaptırım’ olarak ifade edilebilecek bu durum, kişinin hukukun gereğini yapmasına katkıda bulunur hatta kendiliğinden gönüllü olarak harekete geçmesini sağlayabilir.

C. Ahlak Kuralları ve Fıkıh İlmi

Ahlak kurallarının fıkıhla ilişkisine geçmeden önce, hukuk-ahlak ilişkisine dair bazı noktalara değinmek istiyoruz. Modern hukuk anlayışında, müeyyide kaynağı itibariyle, ahlak ile hukukun birbirinden ayrı alanlar olduğu kabul edi-

29 Yaman-Çalış, *İslam Hukukuna Giriş*, s. 21; Türcan, Talip, “Fıkıhtan İslâm Hukukuna...”, s. 14.

30 Güriz, Adnan, *Hukuk Felsefesi*, s. 23; Balı, Ali Şafak, *Hukuk*, s. 240.

31 Türcan, Talip, “Fıkıhtan İslâm Hukukuna...”, s. 15-16.

32 İbn Mâce, “Hudûd”, 3; Ahmed b. Hanbel, *Müsned*, 2/362: حَدُّ يَعْْمَلُ بِهِ فِي الْأَرْضِ، خَيْرٌ لِأَهْلِ الْأَرْضِ مِنْ أَنْ يُمْطَرُوا أَرْبَعِينَ صَبَاً

lir. Ahlak iç müeyyideye sahipken, hukuk dış müeyyideye sahiptir. Bu yaklaşıma göre, modern hukukta genellikle 'legalite' (hukuka uygunluk) ile 'moralite' (ahlaka uygunluk) birbirinden ayrılmıştır. Ancak hukuk kurallarının çeşitli sebeplerle ahlâkın gerisinde kaldığı vâkidir. Bu durumda, ahlak kurallarının kişinin vicdanında kendisini gösteren 'iç denetim' özelliğinin devreye girmesi beklenir. Ancak kişilerin vicdani iç denetimi işlemediğinde, hukuk adaleti sağlama görevini ifa edemez hale gelir.

Hâlbuki ahlak, hukukun temelidir ve hukuk kuralları, ahlâkın öngördüğü değerleri belli ilkeler çerçevesinde somutlaştıran bir özelliğe sahiptir. Hukuk kuralları, ahlaki ilkelerin kamu yaptırım gücüyle desteklenmiş objektif biçimsel halidir denilebilir.³³ Zaten hukukun temel idesi olan 'adâlet', aynı zamanda ahlak ilminin konusu olan bir kavramdır. Bir hukuk sisteminin hedefleri olan düzen, mutluluk, iyiliği gerçekleştirme, özgürlük vb. değerlerin tamamı da yine ahlak ilmi kapsamındadır.³⁴ Çoğu zaman hukuki yükümlülükle ahlaki yükümlülük arasında bir ahenk ve uygunluk söz konusudur. Bu sebeple, genel yaklaşıma göre hukuk, aslında 'asgari ahlak'ı temsil etmektedir. Söz gelimi, kişinin verdiği sözü tutması ahlak kuralıyken, bir söz verme türü olan sözleşmeleri yerine getirmesi, 'sözleşme hukuku' oluşturularak ayrıca hukuk kuralıyla düzenlenmiştir. Yine fakir akrabalara sahip çıkmak ahlaki bir ödevken, akrabalık nafakası yükümlülüğü belli şartlarda hukuk kuralları tarafından da düzenlenmiştir. Böylece hukuk, ahlaki ilkeleri (asgari ahlakı) en alt düzeyde de olsa garanti altına almaktadır.³⁵

İslam fıkhiinde kesin bir ahlâk kuralı-hukuk kuralı ayırımından bahsetmemiz mümkün değildir. Aksine fıkıh, ahlâk kurallarını da kapsayan bütünleşik bir yapı arz eder. Fıkıhın 'salt hukuk'a indirgenmesi durumunda, Batı hukukundakinin benzeri bir olumsuz sonuç ortaya çıkabilmektedir. Hâlbuki fıkıhın ahlak ile bütünleşik olması ve ondan kaynaklanması, bir hüküm veya işlemde bu ikisinin mutlaka birlikte bulunmasını gerektirir. Bu anlamda, ahlakiliğin ölçüsü olarak müslümanın vicdani hadislerde vurgulanmaktadır: "*Kalbine danış. İyilik, nefsin uygun gördüğü ve yapılmasını kalbin onayladığı şeydir. Günah ise içini tırmalayan ve başkaları sana yap diye nice nice fetvâlar verse bile içinde şüphe ve tereddüt uyandıran şeydir.*"³⁶

33 Köse, Saffet, "Hukuk mu Ahlak mı?", s. 15.

34 Yaman, Ahmet, "Fıkıh-Ahlak İlişkisi", s. 101, 103; Kaya, Süleyman, "Fıkıh Tarihi Bağlamında Osmanlı Tecrübesini Doğru Anlamak", s. 9.

35 Güriz, Adnan, *Hukuk Felsefesi*, s. 16; Yaman, Ahmet, "Fıkıhın Mahiyeti...", s. 23.

36 Ahmed b. Hanbel, *Müsned*, 4/194, 228; Dârimî, "Büyü", 2.

Fıkıhın ahlakla bütünleşik oluşunun başka bir yansıması, fıkıhın hükümler yelpazesinin tavsiye edici ve irşad edici kuralları da barındırmasıdır. Mendub, müstehap, mekruh gibi hükümler bu çerçevededir. Bu yönüyle, yalnızca toplumsal düzenin sağlanmasını hedefleyen hukuk kurallarının ötesinde, daha iyinin elde edilmesini ve insana en yaraşır olanın gerçekleştirilmesini amaçlar.³⁷ Hukuk kuralları ise yalnızca tek kademeli yani emredici (buyurucu) veya tecviz edici (yetkilendirici/izin verici) düzenlemeler içerir.³⁸

Fıkıhın din ve ahlaktan bağımsız, yalnızca bir hukuki kurallar manzumesi olarak görülmesi durumunda, konunun dini/ahlaki boyutu da göz ardı edilebilmektedir. Hâlbuki İslami anlayışta, yargı kararına uygun davranılması her zaman uhrevi sorumluluğu ortadan kaldırmaz. Hz. Peygamber dahi, mahkemede verdiği hükümler konusunda, insanları bu açıdan uyarmıştır: “Sizler davalarınızı bana getiriyorsunuz. Belki biriniz (haksızken) delilini ötekinden daha düzgün ifade eder ve ben de duyduklarıma göre (haklı zannederek) onun lehine hüküm verebilirim. Kardeşinin hakkından kimin lehine bir şey kesip vermişsem sakın onu almasın. Zira ben (zâhire göre verdiğim) bu hükümle ona ancak ateşten bir parça kesmiş olurum.”³⁹

Bu hadis din/ahlak ile hukuk arasında yaşanabilecek uyumsuzluklara dikkat çekmektedir. Mesela kişilerin mahkemedeki manipülatif beyanları veya sunulan belgeler sebebiyle, adalet her zaman bu dünyada doğru olarak tecelli etmeyebilir. Böyle uyumsuzluk durumlarında dahi, hukuki geçerlilik ile ahlaki/dini tutarlılığı beraberce sağlamak amacıyla hükümler *diyânî* ve *kazâî* şeklinde iki ayrı açıdan ele alınmıştır. Bir hükmün veya işlemin, hukukun aradığı şekil şartlarına uygun olması veya somut delillerle ispat edilebilir durumda olması, o işlemin dünyevi hükümler bakımından geçerli olduğu anlamına gelir ki, bu *kazâî hükümdür*. Diğer bir ifadeyle, *kazâî hüküm* bir konunun mevcut haliyle yargıya intikal etmesi halinde ona şer’î mahkeme tarafından verilecek hükümdür.⁴⁰

Normalde *diyânî* ve *kazâî* hükmün aynı olması beklenir. Ancak iç iradenin veya asıl niyetin farklı olması, bir durumun/hakkın somut olarak ispatlanamaması veya yalancı şahitlik gibi sebeplerle adalet ortaya çık(a)mamışsa *diyânî* ile *kazâî* hüküm arasında farklılık ortaya çıkar. Zira yargılama faaliyetinin amacı maddi gerçeğe ulaşmak olsa da, mahkemeler toplumsal düzenin sağlanması ve korunması için objektif ölçüler içinde kalmak ve ulaşılabilen kanıtlarla yetinmek

37 Yaman-Çalış, *İslam Hukukuna Giriş*, s. 22; Türcan, Talip, “Fıkıhtan İslâm Hukukuna...”, s. 15.

38 Güriz, Adnan, *Hukuk Felsefesi*, s. 22.

39 Buhârî, “Ahkâm”, 20.

40 Yaman, Ahmet, “Fıkıh-Ahlak İlişkisi”, s.114-5; Yaman, Ahmet, “Fıkıhın Mahiyeti...”, s. 22.

durumundadır. Böyle bir durumda mahkemenin verdiği karar, sadece dünyada/zâhiren geçerlidir, ahirette/bâtinen geçerli değildir, kişiyi uhrevî sorumluluktan kurtarmaz. Diğer bir ifadeyle, hâkimin hükmü bir şeyin gerçekte var olan niteliğini ortadan kaldıramaz veya değiştiremez. Dolayısıyla yargı kararının zahiri geçerliliği, o hükmün batını geçerliliğini garanti etmez. Hukuk sistemi, somut ispat vasıtalarına dayandığı için bu noktada kalır ancak böyle bir durumda kişi uhrevî hükümler açısından sorumlu olmaya devam eder.⁴¹

Örnek olarak, para alacaklısı bir kişi, hukuk sisteminin esas aldığı zaman aşımı süresi sebebiyle alacaklısını artık dava edemez hale gelebilir. Birinden alacağı olan kişinin bu alacağını ispatlayamaması, karşı tarafın ise borcunun olmadığına dair mahkemede yemin etmesi söz konusu olabilir. Her iki durumda da, dünyevi olarak adaletin sağlanma imkânı kalmamıştır ve şer'î yargının yapabileceği bir şey yoktur. Borçlu kişi *kazâî hüküm* bakımından sorumsuzdur. Ancak *diyânî hüküm* açısından ise her iki durumda da uhrevî sorumluluk devam eder ve kişiler borçlarını ödemekle halen yükümlüdür. Yine kişinin bir süre yaşayıp ayrılma niyetiyle normal bir evlilik yapması ve bu niyetini gizlemesi durumunda, evliliği kazâen geçerli olsa da, kişinin niyetinden dolayı akit diyâneten geçerli değildir ve kişi bu niyetinden dolayı günahkâr olur.⁴² Bütün bu örneklerde, cebri müeyyide bulunmasa da, manevi ve vicdani yaptırım devam etmektedir. Zaten bu türden durumların doğru bilgi verilerek bir müftiye sorulması halinde, müfti fetvasında konunun diyânî boyutunu ortaya koyacaktır. Müftinin bir konuda olumlu fetva vermesi halinde bile 'kalbe danışma' ilkesinin müstefti açısından devam ettiği ise yukarıda izah edilmişti.

D. Örf - Adet Kuralları ve Fıkıh İlmi

Örf-âdet kuralları, uzun asırlar boyunca uygulanagelmiş, cebri müeyyideye sahip olması halinde hukuk normu niteliği de taşıyan kurallardır. Toplumun ortak vicdanının ürünü olan bu kurallar, daha önce de işaret edildiği üzere, hukukun merkezileşmesiyle birlikte –belli şartlarda– hukuk kurallarına dönüşürler. Örf-adet kurallarından cebri müeyyideye sahip olmayanları ise toplumlarda uygulanmaya devam ederler.

Örf ve adetler, fıkıhın doğrudan kaynakları arasında değildir. Yine de belli davranış standartlarını ve dilsel kullanımların anlamını önceden belirlediği için,

41 Türkan, Talip, "İslâm Hukukunda İki Farklı Geçerlilik Alanı: Kazâî ve Diyânî Hüküm Ayrımı", s. 160 vd.; Türkan, Mustafa, "İnsan Hayatında Denge Unsuru Olarak Fikhî Hükümler", s. 76-77,

42 Köse, Saffet, "Hukuk mu Ahlak mı?", s. 26; Yaman-Çalış, *İslam Hukukuna Giriş*, s. 28.

fıkıhın da tanıdığı bazı işlevler görür. Mesela örf, mutlak sözleşmeleri kayıtlar, yine sözleşmelerdeki hükümlerin uygulanması sırasında görülen boşlukların doldurulmasını sağlayarak ihtilafların çözümünde hakem rolü üstlenir. Elbette bir örfün fıkhıta muteber olabilmesi için, İslami ilkelere aykırı olmaması gerekir. Ayrıca konu bir irade beyanı ile ilgiliyse, beyan esnasında örfte öngörülenin aksine açık bir belirleme (*tasrih*) yapılmamış olmalıdır.⁴³ Örfün buradaki konumu, Batı hukukundaki ‘yedek hukuk kuralı’na benzemektedir.⁴⁴

Fıkıhta örf ve âdetin bu tamamlayıcı ve yorumlayıcı ek fonksiyonunu çok sayıda külli kâide ifade eder. Bunlardan bazılarına Mecelle’deki ifadeleriyle yer vermek istiyoruz: “*Örfen mâruf olan şey, şart kılınmış gibidir*” (md. 42), “*Beyne’t-tüccar mâruf olan şey, beynlerinde meşrûd gibidir*” (md. 43.), “*Örf ile tayin, nas ile tayin gibidir*” (md. 44), “*Âdet muhakkemdir*” (md. 36), “*Nâsın isti’mali bir hüccettir ki onunla amel vacip olur*” (md. 37), “*Âdetin delâletiyle mânâ-yı hakîkî terk olunur*” (md. 40). Ayrıca “*Ezmânın tağayyürü ile ahkâmın tağayyürü inkâr olunmaz*” (md. 39) kuralı da örf ve maslahata dayalı hükümlerin, bunların değişmesi durumunda aynı şekilde değişeceğine ve meselenin yeni duruma/örf göre değerlendirileceğine işaret etmektedir.

E. Görgü Kuralları ve Fıkıh İlmi

İslam dini, nezaket ve inceliğe değer vermiştir. İslami literatürde bu konu, *edeb* ve bunun çoğulu olan *âdâb* kelimeleriyle ifade edilir. Dini nasslar, görgü kuralı olan birçok uygulamayı aynı zamanda din kuralı haline de getirmiştir. Örnek olarak iki müslümanın karşılaşınca selamlaşması⁴⁵ ve tokalaşması⁴⁶, birbirleriyle mütebessim olarak iletişim kurmaları⁴⁷ vb. hususlar, hadislerde tavsiye edilmiştir. Ancak bunlar genellikle dini bir zorunluluk yüklemekten ziyade, tavsiye ve teşvik nitelikli düzenlemelerdir.

Görgü kurallarının sayısı sınırlı olduğu gibi, bu kurallar kültürden kültüre ve zamandan zamana değişebilen hususlardır. Fıkhi açıdan önemli olan, tıpkı örf-adet kurallarında olduğu gibi, bir görgü kuralının İslami ilkelere aykırı olmaması-

43 Yaman-Çalış, *İslam Hukukuna Giriş*, s. 50-52.

44 Emredici ve yedek hukuk kuralları ayrımı hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Pala, Ali İhsan, “Emredici-Yedek Hukuk Kuralı Ayrımı ve Bunun İslam Hukuku Açısından İmkânı”, *İLTED: İlahiyat Tedkikleri Dergisi*, 46 (2016), s. 15-49

45 Nûr sûresi 24/27; Buhârî, İmân 20.

46 Ebû Dâvûd, “Edeb” 143.

47 Müslim, “Birr” 144.

dır. Söz gelimi, büyüklerin yanında veya kişilere karşı ayağın uzatılmaması kuralı, Anadolu coğrafyasına mahsus bir görgü kuralıdır. Bildiğimiz kadarıyla, Araplarda bu yönde bir görgü kuralı bulunmamaktadır. Anne-babaya, büyüklere ve kişinin arkadaşlarına saygısının bir yansıması olan bu görgü kuralının sürdürülmesinde fıkhen bir mahzur yoktur. Hatta anne-babaya iyilik ve ihsanla ilgili nasslar sebebiyle, bu tür kültüre sahip toplumlarda anne babanın yanında buna dikkat etmenin fıkhen de en azından *müstehap* olacağı söylenebilir. Yine mesela karşılama, buyur etme ve tebrik etme gibi durumlarda insanların tokalaşması günümüzde görgü kuralı ise de, mahrem olmayan karşı cinslerin tokalaşması ise -tarafardan birinin çok yaşlı olması hariç- fıkhen caiz değildir. Dolayısıyla fıkhi ilkelerle çelişmesi sebebiyle bu gibi durumlarda görgü kuralına göre hareket edilemez.

SONUÇ

Pozitif düzeyde hukuk, müeyyidesi bakımından din, ahlak vb. diğer kuralardan ayrıştırılabilmektedir. Ancak toplumsal düzen hiçbir zaman sadece hukuk kurullarına indirgenemez. Toplumsal hayatı ve insanların davranışlarını düzenleyen din, ahlak, örf-adet ve görgü kuralları da beşeri düzenin parçasıdır ve bir toplumda düzenin ve huzurun sağlanmasında son derece önemli katkıları vardır.

Ülkemizde fıkıh ilmini ifade etmek için Batıdan çeviri yoluyla alınan bir kavram olan 'İslam hukuku' ifadesi kullanılmaktadır. Hâlbuki fıkıhın, günümüze ait Batılı kurum ve kavramlarla karşılanması, mahiyetinin ve özgün niteliklerinin ıskalanmasına yol açabilecektir. Fıkıh, müslüman toplumların 'amelî hikmet'ini temsil eden bir ilimdir. İslam'ın hayata bakan yüzüdür ve müslümanların ideallerini pratiğe dökebilecekleri bir alandır. Bu sebeple, fıkıhı salt hukuk kuralı görme eğilimi hatalı olduğu gibi, fıkıhın sadece din kuralı olarak görülüp hükümlerinin yalnızca vicdanlara hapsedilmesi yaklaşımı da hatalıdır.

Fıkıh ilmi, ibadet, ahlak ve hukuka ilişkin yükümlülükleri beraber düzenleyen, her birini aynı dini iradenin otoritesine bağlayan bir yapıya sahiptir. Bu açıdan fıkıh ilmi, din, ahlak ve hukuk kurallarından oluşan, dini değerler ve aklı selimle çatışmayan örfü de sistemine dâhil eden bir 'beşeri davranış kuralları bütünü' mahiyetindedir. Fıkıhî hükümlere bakıldığında, kamuya yansıyan yönü bulunmayan, sadece ferdi ilgilendiren hususları genellikle dini ve ahlaki kurallara bağlanmıştır. Bunlar iman ve vicdan temelli oldukları için, çoğunlukla maddi yaptırım içermezler ve dünyevi açıdan ihtiyârî niteliktedir. Topluma etkisi veya yansıması olan hususlarda ise, çoğunlukla hukuki/kazâî düzenlemelerde de bulu-

nulmuş ve bu kurallara uymak maddi yaptırıma bağlanarak mecburi hale getirmiştir. Böylece bu ikinci tür konularda vicdani ve uhrevi yaptırımın yanına, cebri yaptırım da eklenmiş konumdadır.

Beşeri hukuk sistemleri, dünya görüşleri sebebiyle tek yönlü yaptırıma sahiptirler. Bu yaptırım, devlet otoritesine bağlı maddî-dünyevî niteliktedir. İslam fıkıhı ise, dünyevi yaptırımın yanı sıra, âhirette hesap verme anlayışı sebebiyle manevi-uhrevî yaptırımla da desteklenmiştir. Akla ve vicdana aynı anda hitap eden bu iki yönlü yaptırım, müslümanları hak ve hukukun gereğini gönüllü olarak yerine getirme yönünde destekler. Din ve ahlakın önemi, kendisini hukuk sisteminin ulaşamadığı alanlarda ve zamanlarda gösterir.

Alatlı, yazımızın başında yer verdiğimiz konuşmasında “aydınlanma kutbundan merhamet kutbuna hicret etmeye çalıştığını” söylemiş ve neyi kastettiğini şu ifadelerle açıklamıştı: *“Aydınlanma kutbu dediğim, yegâne terazisi yasaların harfinden ibaret olan bir düzen, merhamet kutbundan kastım yasaların ötesinde kadim değerlerin esas olduğu toplumsal düzen...”* Alatlı şu örnekleri de sorunu somutlaştırmak için sunmuştu: *“İmar ruhsatı olan bir müteahhit, şehrin ufkuna tecavüz ederken yasal olarak suçsuzdur. Yeni ve çok daha ucuz bir enerji türünün pazara girmesini önlemek üzere üretim haklarını satın alıp sümen altı eden bir petrol şirketi de yasal olarak suçsuzdur. Raf ömrünü uzatmak için ekmeğin hamuruna kanserojen madde katan gıda üreticisi, formülü ambalajın üstünde yazdığı süreç suçsuzdur. Son olarak, Bir kalem darbesiyle atar ergenleri sokağa döken yazar, alevler afaki sardığında suç mahallinde değilse, olayları evinden seyrettiğini ispat edebiliyorsa yasal olarak suçsuzdur ama yaptığı helal değildir”*

Hukuk kuralları, “Allah’tan korkmayan, kuldan utanmayan” yani dinen ve ahlaken sorunlu kişilere karşı ‘asgari ahlâk’ı korumak için vardır. Bu sebeple, her toplumun sağlıklı işleyen bir hukuk sistemine ihtiyacı vardır. Ancak hukuk kuralları her şey demek değildir. Ahlaklı ve vicdanlı insanlardan oluşmayan bir toplumun hukuk sistemi ne kadar ‘mükemmel’ olursa olsun, orada hak ve hukuk tam anlamıyla yerini bulmaz. Kanuna karşı hile, rüşvet, doğrudan ihlal gibi birçok sorunla karşılaşılır. Bu durum, İslâmî bir hukuk sistemine sahip olduğunu iddia eden bazı günümüz ülkelerinde de gözlemlenebilen temel bir sorundur. Nihayetinde bütün kurallar, insana ve onun haklarına saygıya dayanır. Diğerinin hakkına saygı, beraber yaşamanın vazgeçilmez bir kuralıdır. Fert ve toplum olarak iyi bir hayat sürebilmek, hakka saygı göstermekle başlar. Belki de insan eğitiminde hedeflenmesi gereken en temel değer, başkalarının hakkına saygı göstermektir.

Kaynakça

- Balı, Ali Şafak, *Hukuk: Tanım, Kavram, İşlev ve Nitelik Sorunları*, Konya: Çizgi 2005.
- Gözler, Kemal, *Hukukun Genel Teorisine Giriş: Hukuk Normlarının Geçerliliği ve Yorumu Sorunu*, Ankara: Us-A yayıncılık 1999.
- _____, *Hukuka Giriş*, Bursa: Ekin 2017, Genişletilmiş 14. baskı.
- Güriz, Adnan, *Hukuk Felsefesi*, Ankara: Siyasal 2003, 6. baskı.
- Kaya, Süleyman, “Fıkıh Tarihi Bağlamında Osmanlı Tecrübesini Doğru Anlamak”, *Sakarya Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi*, c. XVIII, 33 (2016), s. 1-15.
- Köse, Saffet, “Hukuk mu Ahlak mı? İslam Nokta-i Nazarından Din-Ahlak-Hukuk İlişkisi Bağlamında Bir İnceleme”, *İslam Hukuku Araştırmaları Dergisi*, 17 (2011), s. 15-50.
- Kurban, Yasin, “İslam ve Batı Hukuk Düşüncesinde Norm-Değer İlişkisi”, *XIII. İslam Hukuku Anabilim Dalı Koordinasyon Toplantısı ve İslam Perspektifinden Hukuk/Yargı-Ahlak İlişkisi Sempozyumu*, Adana, 30 Nisan 2016, (Basılmamış tebliğ) s. 1-33.
- Pala, Ali İhsan, “Emredici-Yedek Hukuk Kuralı Ayrımı ve Bunun İslam Hukuku Açısından İmkânı”, *İLTED: İlahiyat Tedkikleri Dergisi*, 46 (2016), s. 15-49.
- Türcan, Talip, “Fıkıhtan İslâm Hukukuna -Fıkhın İslâm Hukukuna Evrilme Süreci Üzerine Bazı Düşünceler-”, *İslam Hukuku Araştırmaları Dergisi*, 6 (2006), s. 11-22.
- _____, “İslâm Hukukunda İki Farklı Geçerlilik Alanı: Kazâi ve Diyânî Hüküm Ayrımı”, *İslami Araştırmalar Dergisi*, c. 19, s. 1 (2006), s. 159-167.
- Türkan, Mustafa, “İnsan Hayatında Denge Unsuru Olarak Fıkhî Hükümler”, *Medeniyet İnsan ve Din*, (ed. Kemal Göz – Mustafa Türkan), s. 69-88.
- Ünsal, Ahmet, “Hukukun Temeli İle İlgili Yaklaşımlar”, *Hitit Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi*, c. IX, 18 (2010), s. 5-23.
- Yaman, Ahmet - Çalış, Halit, *İslam Hukukuna Giriş*, İstanbul: İFAV 2014, 7. basım.
- Yaman, Ahmet, “Fıkıh-Ahlak İlişkisi: İslam Amelî Ahlâkının İlke ve Uygulamaları Çerçevesinde Bir Giriş”, *Usûl: İslam Araştırmaları*, 9 (2008), s. 87-118.
- _____, “Fıkhın Mahiyeti, Özellikleri ve Toplumsal Yürürlüğüne Etki Eden Bazı Yöntemleri”, *Fıkıh Sosyolojisi*, ed. Mustafa Tekin, Ankara: EskiYeni 2016, s. 11-37.