

Hukukun İşlevleri Arasındaki Zıtlık ve Adaletin Üstünlüğü Bakımından İslâm Hukuku

ADNAN KOŞUM
DOÇ.DR., SÜLEYMAN DEMİREL Ü. İLAHİYAT FAKÜLTESİ
e-mail: akosum@ilahiyat.sdu.edu.tr

abstract

The Islamic Law from View Point of Contradiction between the Functions of Law, and the Superiority of Justice. *The law plays active role in social life. To understand its nature and to put it into practise successfully depends on the knowledge of its functions and the knowledge of the relations between these functions. The functions of law can be enumerated as to realize justice, to meet social needs and to order social life. These functions, even within single legal system, sometimes contradict each other. Thus, those who practise the law must follow a balanced and harmonic approach in application of these functions to reach ultimate goal of the realization of justice.*

Key words

Justice, social order, practical aim.

Giriş

Hukuk, fertlerin ve toplumun hayatında aktif ve aktüel bir rol oynar. Zira o, adalete hizmet eden beşeri bir hayat düzenidir. Bu nedenle tarih boyunca bütün toplumlarda hukuk bir şekilde var olagelmıştır. Hukukun işlevlerinin ve işlevler arasındaki münasebetin tam olarak bilinmesi ve değerlendirilmesi, onun mahiyetini anlama için olduğu kadar, başarılı bir hukuk uygulaması için de önem taşımaktadır.

Hukukçular tarafından hukukun değişik işlevleri olduğu ortaya konmuştur. Bu işlevlerin sayısı kimi yazarlar tarafından çoğaltılmakla birlikte bunların adaleti gerçekleştirme, düzen kurma ve sosyal ihtiyaçları karşılama gibi başlıklar altında toplanabileceği söylenebilir.¹ Bu nedenledir ki hukuk,

¹ Güriz, Adnan, *Hukuk Başlangıcı*, Ankara 1992, s. 2.

adalete yönelmiş bulunan bir toplumsal yaşam düzeni olarak da tanımlanmıştır. Hukukun işlevleri arasında, bir gerçeğin farklı tezahürleri olarak bir çatışmanın olmaması beklenir. Ne var ki, sözü edilen amaçlar aynı yönde değildir. Bu yüzden aralarında çelişik, daha doğrusu hepsi hukukun niteliği gereği ve aynı zamanda geçerli olduğu için zıt (antinomik) ilişkiler vardır. Söz konusu tezat ilişkiler, birbirine zıt münasebetler, esas itibarıyla aynı hukukun farklı yönlerini içerir. Gerçekte tek hukuk vardır. Bu hukuk bütünlük ve teklik arzeder. Kendi içinde beliren *zıt bakış noktalarını*, *zıt yönlerini* daha yüksek bir zeminde, bir terkip halinde birleştirir.² Bu çalışmamızda söz konusu ilişkiler bakımından İslâm hukukunu ele alacağız.

Hukukun İşlevleri Arasındaki İlişkiler

Hukukun varlık sebeplerinden biri insanlar arasındaki münasebetler olduğundan hukuk, toplumsal gerçeklikle bağlıdır ve toplum içinde fonksiyonunu görebilmek için, onun ihtiyaçlarını karşılamak, onun şartlarına uymak zorundadır. İnsanlar birbirleriyle bir amacı gerçekleştirmek için ilişki kurarlar. Bu amaca toplumsal (pratik) ihtiyaçların karşılanması denilebilir. Fertlerin ve toplumun ihtiyaçlarının karşılanması hukukun önemli işlevlerindedir. Bu anlamda hukuk teleolojiktir, amaca bağlıdır.³

Hukukun adalet işlevi, mutlak anlamda olması gerekeni bildirir. Salt bir değer olarak adalet, aynı zamanda hukukun ideali, nihai hedefidir. Zira ideal, idenin amaç edinilmesi, ide ile amacın birleştirilmesidir. Hukukun ve dolayısıyla kanun koyucunun da, toplum içerisindeki çıkarları değerlendirmede kullandığı ve hukukun asli örneği olmak bakımından gerçekleştirmek amacını güttüğü şey, adalettir. Bu bakımdan adalet, hukukun nihai amacıdır. Hukuk sonunda adaleti gerçekleştirmek isteyen bir düzendir.⁴

Diğer taraftan uygulamaya dönük düzenleyici bir bilim dalı olan hukuk, tamamen ve her şeyden önce gerçek olgularla ilgilidir, insan davranışlarını düzenlemeyi amaçlamaktadır. Bu minvalde hukukun belirli ilişkileri önceden biçimlendirip, belirli kalıplar halinde ifade etmesi onun düzen işlevi gereğidir. Bununla hukuki uygulamada istikrar ve düzen sağlanır. Zira insani ilişkiler kurala bağlanmakla düzene girerler. Gerçekten insan, yapısı gereği varlığını korumak ve geliştirmek durumunda olan bir varlık olduğun-

² Aral, Vecdi, *Hukuk Felsefesinin Temel Sorunları*, Filiz Kitabevi, İstanbul 1983, s. 194; *Hukuk ve Hukuk Bilimi Üzerine*, İstanbul 1979, s. 13-14; Çağal, Orhan Münir, *Hukuka ve Hukuk İlimine Giriş*, İstanbul 1966, s. 34.

³ Aral, *Hukuk ve Hukuk Bilimi Üzerine*, s. 26-27.

⁴ Aral, Vecdi, *Hukuk ve Hukuk Bilimi Üzerine*, s. 31.

dan, toplumdaki ilişkilerinin uyum içinde sürmesi büyük önem taşımaktadır. Koruma ve geliştirme maddi olduğu kadar manevi özellikleri de taşır. Ayrıca insanın tek başına yaşaması söz konusu olamayacağına göre, toplumsal bir varlık olduğu gerçeğini kabul etmek kaçınılmazdır. Toplumsal bir varlık olan insanın diğerleriyle ilişkilerinde çıkarlar önemli rol oynamaktadır. Zira çıkar ilişkilerindeki tezat, toplumda kargaşa, başıboşluk ve düzensizliğe yol açabilir. Bu nedenle toplumsal hayat bir düzeni zorunlu kılmaktadır.⁵ Toplum hayatının hukuk kuralları aracılığıyla ile düzenlenmesi olan hukuk düzeni, ancak bir biçim içerisinde ve biçimle güncel olabilir, gerçeklik kazanabilir. Zira insan davranışlarını düzenlemek, bu davranışları belli bir düzene, biçime sokmak demektir. Bu yüzden hukuk kargaşalık, ölçsüzlük ve başıboş davranışın karşıtıdır. Bu anlamda bir formalizmin hukukta kaçınılmaz bir şey olduğu sonucu çıkmaktadır.⁶

Hukukun işlevlerinden adaletle düzeni sağlama işlevi arasında zıt bir ilişki vardır. Düzen bir biçimlendirmeyi (formalizm) gerektirir. Bu ise, tek tek ve somut olayların özelliklerinin dikkat dışı bırakılması/göz önüne alınmaması sonucunu doğurur. Buna karşılık adalet, hakkaniyet düşüncesi gereği, olayların özellik ve ayrılıklarının göz önünde bulundurulmasını istemekte ve böylece adaletle düzen ve düzenin sağladığı hukuk güvenliği düşüncesi arasında açık bir aykırılık olduğu görülmektedir.⁷ Ancak şu da var ki, bilindiği üzere adaletin görünümünden biri içerik bakımından eşitlik düşüncesidir. Hukukun düzen fonksiyonu gereği tek tek somut olaylar gözardı edilse de çoğunluk için ortaya konulan hukuk salt düzen fonksiyonu itibarıyla bir eşitlik sağlamaktadır. Bu açıdan bakıldığında bu eşitliğin, adaletin içerik olarak sağladığı eşitlikle tamamlanması gerekir.⁸

Adaletle düzen işlevi arasındaki zıt ilişkiyi açık bir şekilde hukukta niyet ve irade olgusunda görmek mümkündür. Gerçekte hukukun adalet işlevi gereği ve gözettiği değerler açısından, hukuka konu olan fiil ve davranışların iç iradeye göre değerlendirilmesi gerektiği apaçık bir husustur. Ancak hukukun yerine getirmesi gereken bir diğer işlevi de toplumun bireyleri arasındaki ilişkilerde düzeni ve düzene ilişkin güveni yani hukuk emniyetini sağlamaktır. Bu durum ise, zahiri esas alan normlar ihdasını, fiil ve davra-

⁵ Kılıoğlu, İsmail, *Ahlak-Hukuk İlişkisi*, Marmara Ün. İlahiyat Fakültesi yay., İstanbul 1998, s. 284-5.

⁶ Aral, Vecdi, *Hukuk ve Hukuk Bilimi Üzerine*, s. 17; Belgesay, Mustafa Reşid, *Medeni Kanununun Başlangıç Faslı Üzerine Etüd*, İÜHFİM, Cilt: XVIII, Sayı: 1-2, s. 131-132, İstanbul 1952.

⁷ Aral, Vecdi, *Hukuk ve Hukuk Bilimi Üzerine*, s. 35, 36.

⁸ Işıktaç, Yasemin, *Hukuk Normunun Mantıksal Analiz ve Uygulaması*, Filiz Kitabevi, İstanbul 1999, s. 18.

nışların buna göre değerlendirilmesini gerekli kılmaktadır. Zira iç iradeye-niyete itibar, onu tespit imkanı ile sınırlıdır. Bu nedenle kişilerin hukuka aykırılık teşkil eden maksatları açıkça belirlenemediği sürece zahire göre hükmedileceği bütün mezheplerce ilke olarak benimsenmiştir.⁹ Nitekim Hz. Peygamber'in bir yargılama sırasında söylediği ifade bu kuralın dayanağını teşkil etmektedir. "Kuşkusuz ben, sizin gibi bir insanım. Yargılanmak için huzuruma geliyorsunuz. Belki sizden biri daha güzel konuşur da, kendini daha iyi savunur. Ben de dinlediklerime dayanarak onun lehine karar veririm. Böyle bir durumda, kimin lehine, kardeşine ait bir hakkı hükmetmişsem sakın onu almasın. Ben bu hükümle ona cehennem ateşinden bir parça ayırmışımdır."¹⁰ Açıkça görüleceği üzere sözü edilen ilke kabul edilirken çatışan iki işlevden düzen işlevi adalet işlevinin önüne geçmiştir.

Hukukun fonksiyonları arasındaki zıtlık, adaletle sosyal ihtiyaçlara uygunluk (pratik amaç) arasında da söz konusu olabilir. Bu nedenle, pratik amaca uygun ve yararlı olan her şey adaletli olmadığı gibi, adaleti gerçekleştiren ve adalete uygun düşen her şey yararlı olmak zorunda değildir. Sözgelimi adam öldüren bir kimsenin akıl hastası olması durumunda dahi cezalandırılması, korkutma aracılığı ile suçları önleme bakımından yararlı olabilir, fakat adalete aykırıdır. Çünkü adalet, kusur ile ceza arasında bir bağlılık ve uygunluğu gerektirir.

Öte yandan hukukun pratik amacını, toplumsal realitenin belirlediği düşünülmalıdır. Toplumsal bir olay olarak hukuk, bu olaylarla birlikte reel dünyanın, reel ilişkilerin objektif nitelikteki yasaları altında bulunmaktadır.¹¹

Pratik amaca uygunluk ile adalet arasındaki zıt ilişki fiyatlara sınırlama getirme (tes'îr, narh) olayında da görülür. Sosyal hayatta düzenin bozulması nispetinde düzenin sağlanması için narh sistemi benimsenmiştir. İslâm'ın öngördüğü fiat sistemi, her türlü tekellerin önlenmesi serbest bir ortamda, karşılıklı tarafların rızası ile belirlenmesi şeklindedir ve bu nedenle Hz. Peygamber narh koymaktan kaçınmıştır.¹² Bununla birlikte toplu-

⁹ Türcan, Talip, *İslâm Hukuk Biliminde Hukuk Normu, Kavramsal Analiz ve Geçerlik Sorunu*, Ankara Okulu, Ankara 2003, s. 168.

¹⁰ Buhârî, Ahkâm, 20, Mezâlim, 16, Şehâdât, 27; Müslim, Akdiye, 4-5; Ebû Dâvûd, Akdiye, 7; Nesâî, Edebü'l-Kudât, 13, 33; Tirmizî, Ahkâm, 11; İbn Mâce, Ahkâm, 5; İmam Mâlik, *Muvattâ*, Akdiye, 1; Serahsî, *Mebûsât*, XVI, 85; Kâsânî, *Bedâiyü*, VII, 3; İbn Ferhûn, *Burhânü'ddîn Ebi'l-Vefâ İbrâhîm İbnü'l-İmâm Şemsü'ddîn b. Ebî Abdullâh b. Muhammed, Tabsiratü'l-Hukkâm fî Usûli'l-Akdiyeti ve Menâhici'l-Ahkâm*, Dârü'l-Kütübi'l-Arabiyye, Beyrût, ty., I, 60.

¹¹ Killoğlu, *Ahlak-Hukuk İlişkisi*, s. 98.

¹² Tirmizî, *Buyû*, 73; İbn Mâce, *Ticârât*, 27; Ahmed b. Hanbel, *el-Müsned*, İstanbul 1981, III, 85, 286.

mun yararı narh koymayı gerektirdiği takdirde -bunun adalet göz önüne alındığında- toplumun bazı fertleri bakımından adaletsiz bir durum teşkil etmesine rağmen cevaz verilmiştir.¹³ Nitekim bu durum, Mecelle'nin genel kuralları arasında "Zarar-ı âmmı def için zarar-ı hâss ihtiyar olunur." (madde: 26) şeklinde yer almıştır.

Esasen yukarıda sözü geçen, Mecelle'de "Zarar-ı âmmı def için zarar-ı hâss ihtiyar olunur"¹⁴ şeklinde ifade edilen ve "Geniş kapsamlı zararın önlenmesi uğruna dar kapsamlı zarara katlanılır." şeklinde güncel ifadelerle belirtebileceğimiz kural, hukukun adaletle düzen arasındaki zıt işlevlerini göstermesi bakımından çarpıcı bir örnektir. İslam hukukunda evlilik dışı çocuk (veled-i zina) problemini sözü geçen kuralın açıklanması için örnek olarak vereceğiz. İslâm hukukuna göre evlilik dışı çocuk (veled-i zina) babaya mirasçı olamaz. Veled-i zinâ, bir kadının nikahsız veya nikah şüphesi¹⁵ bulunmaksızın dünyaya getirdiği çocuktur. Nikahsız olarak dünyaya getirilmiş olan çocuğun babası bilirse dahi, zina mahsulü oluşu onun babasına mirasçı olmasına engeldir. Adalet esas alındığında iki kişinin günah ve gafletin cezasını bunda hiçbir rolü olmayan bir masuma çektirmek doğru değildir. Zira adalet veled-i zinaya babasının mirasından pay verilmesini gerektirir. Ancak sosyal düzeni koruma, ve toplumun temeli olan aileyi dinamitleyen zinayı engellemeye yönelik olarak bu gayr-ı meşrû fiilin meyvesi olan çocuk hukuki olarak miras açısından tanınmamıştır.¹⁶ "Çocuğun yararı"- "kamu yararı" ikileminde ehemmiyetine binaen kamu yararı tercih edilmiştir.

Günümüz hukuk felsefesinde pratik amaca uygunluk (yarar) olarak adlandırılan kavram, İslâm hukukunda hikmet¹⁷ olarak da isimlendirilebilir.

¹³ Bâcî, Ebu'l-Velîd Süleyman b. Halef, *el-Müntekâ şerhu'l-Muvattâ*, Beyrut 1983, V, 18; Şevkânî, Muhammed b. Ali, *Neylül'Evtâr Şerhu Müntekâ'l-Ahbâr*, Mısır, ty., V, 248; Merginânî, Burhânuddîn, *el-Hidâye şerhu Bidâyetül-Mübtedî*, yy., ty., IV, 93; Ebû Ruhayya, Mâcî, *Hükmü't-Tes'îr fi'l-İslâm*, Ammân 1403/1983, s. 17-18.

¹⁴ İbn Nüceyn, Zeyne'l-Abidin b. İbrahim, *el-Eşbâh ve'n-Nezâir*, Dârü'l-Kütübü'l-İlmiyye, Beyrut 1985/1405, s. 43; Mecelle, madde: 26. Bu kural en geniş çerçevede "toplumun, tüm üyelerinin ortak çıkarı, tekil üyelerin çıkarlarından önde gelmektedir." şeklinde ifade edilebilir.

¹⁵ İslâm hukukuna ait bir kavram olan nikah şüphesi için bkz. Derdîr, Seydî Ahmed, *eş-Şerhu'l-Kebîr*, Dârü'l-Fikr, Beyrut, ty., II, 219; İbn Nüceym, Muhammed b. Ebû Bekr, *el-Bahrü'r-Râik*, Dârü'l-Ma'rife, Beyrut, ty., IV, 172; İbnü'l-Hümâm, Muhammed b. Abdülvâhid, *Şerhu Fethi'l-Kadîr*, Dârü'l-Fikr, Beyrut, ty., V, 251.

¹⁶ Belgesay, a.g.m., s. 145.

¹⁷ Usûl terminolojisinde hikmet terimi genellikle iki anlamda kullanılmaktadır. Birinci anlama göre hikmet, hükmün konulmasında etkili olan vasıftır. Sözelimi yolculukta bulunan meşakkat vasfı, yolcu için namazın kasrı, oruç tutmama gibi ruhsat hükümlerinin konulmasında etkili bir vasıftır. Diğer bir kullanıma göre hikmet, hükmün konulmasındaki maksattır; başka bir

İslâm hukukçuları kimi zaman adaleti sağlamak adına maksada uygunluğu yani hikmeti de bir kenara bırakmışlardır. Zira maksada uygunluk bu açıdan her zaman munzabıt (istikrarlı) ve zâhir (açık) olmayabilir. Sözelimi kasten adam öldürme fiili için öngörülen kısas cezasında pratik amaç, esasen bir hikmet olan “adam öldürme suçunun önüne geçme” olarak kabul edildiği takdirde, “kisasın dışında başka cezalarla adam öldürme suçunu engelleme gerçekleştirilebilir” düşüncesi ileri sürülebilir ve İslâm hukukunun kısas uygulamasıyla gerçekleştirilmeyi hedeflediği “adalet” zedelenebilir. Zira kısas konusundaki tikel şer’i norm¹⁸, bu cezada adaleti gerçekleştirmeye yönelik olarak vazedilmiştir. Aynı şekilde zina cezasının maksadı “neseplerin karışmasını engellemektir” denilebilir. Neseplerin karışması evlilik dışında kesin bir yöntemle önlenirse zina fiilinin cezalandırılmaması gerekir. Ancak bu görüşte olan bir fakîh yoktur.¹⁹ Bu nedenle İslâm hukukçuları pratik amaç olan hikmet yerine her zaman istikrarlı, açık yani kolayca anlaşılabilen bir gerekçeyi (illet) dikkate almışlardır. Bu bağlamda hikmet ile adalet arasında bir zıt ilişkiden söz edilebilir. Ancak kimi zaman hikmetin kendisi de adalet işlevinin bir görünümü olabilir ki, bu duruma aşağıda değineceğiz.

Hukukun işlevleri arasındaki zıt (antinomik) ilişkiler adaletle hukuki emniyet (düzen) arasında da söz konusu olabilir ve bu iki işlev arasında bir tezat meydana geldiğinde hukuk emniyetinin tercih edilmesi gerektiği durumlar ortaya çıkabilir. Kuşkusuz hukuk düzeni tarafından bireylerin güven altına alınmaları ne kadar önemliyse, güvenliği sağlayan hukuk düzeninin o kadar güvenilir olması da o derece önem taşımaktadır. Düzene olan ihtiyaç, aynı zamanda sürekli ve kararlı bir hukuki hayatı, geleceğe yönelik planlar yapma zorunluluğundan doğan bir isteği de anlatmaktadır. Geleceğin bilinir ve kestirilir olması, hukuk normlarının kişiden kişiye değişmez nitelikte olması ancak hukuk düzeninin güvenilirliğine, yani “hukuk güvenliğine” sıkı sıkıya bağlıdır. Bu bakımdan hukuk güvenliğinden hukuk aracılığıyla yaratılan güvenliği anlamak gerekir. Hukuk bunu düzen olarak, yürürlüğüyle, kesin ve açık kavramlarıyla ve sürekliliğiyle gerçekleştirir.²⁰ İslâm huku-

deyişle Şâri’in koyduğu hüküm neticesinde bir faydanın sağlanması veya bir zararın önlenmesidir. Âmidî, Ali b. Muhammed Seyfüddin, *el-İhkâm fi Usûli’l-Ahkâm*, Dârü’l-Kütübî’l-Arabî, 1404, thk. Seyyid el-Cümeylî, III, 224; Molla Fenârî, *Fusûlü’l-Bedâyi*, İstanbul, 1289, II, 371. Hikmete verilen anlamlar ışında onun özellikle ikinci anlamdaki muhtevasının, günümüz hukuk felsefesinde pratik amaç (yarar) kavramıyla kesiştiğini söylemek mümkündür.

¹⁸ Bakara, 2, 178-179; Mâide, 5, 45.

¹⁹ Karâfi, Şihâbüddîn Ahmed b. İdris, *Şerhu Tehkîhi’l-Fusûl fi’htisâri’l-Mahsûl*, Kahire, 1307, s. 406 vd.

²⁰ Kılhoğlu, *Ahlak-Hukuk İlişkisi*, s. 295.

kunda hukuk güvenliğinin adalet işlevine tercihini müçtehitlerin illet anlayışında görmek mümkündür. Söz gelimi yolculuk halinde Ramazan orucunu kaza edebilme ve namazı kasredebilmenin illeti olarak yolculuk belirlenmiştir. Bu anlayışın altında hukuk emniyeti, nizam fonksiyonu yatar. Diğer taraftan bu durum adalet idesini zedeleyebilir. Çünkü illetin yolculuk olarak tespit edilmesi halinde meşakkat çektiği halde fırıncıya, tarlada çalışan işçiye bu kolaylık tanınmazken, uçakla yolculuk yapana belki de hiç meşakkat olmadığı halde bu hak tanınacaktır. Dolayısıyla adaletten söz etmek mümkün olmayacaktır. Zira meşakkat, İslâm hukukçularına göre her olayda açık (zahir), munzabıt (istikrarlı), çeşitli kişi ve durumlara göre değişiklik gösterebilir. Bu nedenle İslâm hukukçularının çoğunluğu hukuk emniyetine öncelik vererek şer'î hükümleri ta'lîl işlemiyle hikmet yerine illeti esas almışlardır.²¹ Esas itibarıyla her bir tikel Şer'î delil, adaleti gerçekleştirecek niteliktedir. Bir başka ifadeyle adalet nassın ifade ettiği gibidir. Ancak hukukçuların düzen kurma, hukuk emniyetini sağlama çabaları adaletin ikinci plana itilmesi sonucunu doğurmuştur. Bir diğer husus, hukuk düzeni düzen işlevi gereği, yalnızca dış görünüşleri ele alıp bireysel olanı ayıklamakla bir eşitlik meydana getirir. Bunun içindir ki, biçim ve biçimcilikten doğan hukuk güvenliği de, bir bakıma adaletin kendisi sayılır.²²

İslâm hukuk metodolojisinde istihsan adıyla anılan yöntem sonucu ulaşılan kimi hükümlerde hukukun işlevleri arasındaki zıtlık ilişkisinde birinin diğerine tercih edilmesi olayı yatar. Sözgelimi adalet açısından baktığımızda, hukuken, bir başka ifadeyle yerleşik genel kural olarak, hamamlarda yapılan yıkanma sözleşmelerinin geçersiz kabul edilmesi gerekir. Zira burada semen ile hizmet arasında bir nispetsizlik söz konusudur. Zira kullanılacak su ve kalınacak süre kişiden kişiye değişir. Dolayısı ile hizmet ile ücret arasında adalet açısından bir denge sağlanması söz konusu değildir. Ancak burada sosyal ihtiyaçlara uygunluk üstün tutulmuş ve bu tür bir sözleşme istihsanen (icmaya dayanan istihsan) cevaz verilmiştir.²³

Hız. Ömer'in uygulamalarında fonksiyonlar arasındaki zıt münasebetleri görmek mümkündür. Sözgelimi Hız. Ömer Sevâd topraklarını gazilere dağıtmamıştır. Adalet, fethedilen arazinin gaziler arasında dağıtılmasını gerektirirdi. Hız. Ömer'e yapılan itirazlarda bunun adaletsizlik olduğuna "sen,

²¹ Âmidî, *İhkâm*, III, 224; Karâfi, *Şerh*, s. 406; Şevkânî, Muhammed b. Ali Muhammed, *İrşâdü'l-Fuhûl*, Dârü'l-Fikr, Beyrut 1992/1412, thk. Muhammed Saîd el-Bedrî, I, 353.

²² Aral, Vecdi, *Hukuk ve Hukuk Bilimi Üzerine*, s. 33.

²³ Şa'ban, Zekiyüddin, *İslâm Hukuk İlminin Esasları*, çev. İbrahim Kafi Dönmez, Ankara 1990, s. 166.

Allah'ın bize kılıçların gücü ile sağladığı bir hakkı vermeyip de, onu savaşta hazır bulunmayan insanlar ve onların henüz ortada olmayan çocukları ve torunları lehine mi vakfedeceksin?" ifadeleriyle işaret edilmiştir. Ancak Hz. Ömer pratik amaca uygunluk (maslahat) fonksiyonunu öncelik tanıyarak araziye dağıtmamış, fethedilen arazileri haracî topraklar halinde bırakarak sonraki nesillerin yararını düşünmüştür. Nitekim bunu onun şu ifadelerinde de görebiliriz. "Sonradan gelen müslümanların hali ne olacak? Araziyi, taksim edilmiş ve babadan intikal eden bir mülk olarak bulacaklar!"²⁴

Mahkeme kararlarının kesinleşmesi de, hukuk güvenliği düşüncesine dayalı bulunmaktadır. Mahkemenin bir olayda vermiş bulunduğu karara karşı belli kanun yollarına başvurma imkanı vardır. Ancak bu yollar kapandıktan sonra artık o kararın yeniden incelenmesi istenemez, karar kesin bir hüküm (kazıyye-i muhkeme) niteliğini alır. Buna rağmen karar yanlış ve adalete aykırı olabilir. Fakat bu ihtimalin varlığı mahkeme kararlarının sürekli bir biçimde yeniden incelenmesini haklı kılmaz. Aksinin kabulü davaların uzaması, düzene olan güvenin ortadan kalkması sonucunu doğurur. Görüldüğü üzere hukuk güvenliği düşüncesi ile hata imkanı göze alınmakta, isabetsiz bir kararın eski bir hakkı kaldırıp yeni bir hak ihdas etmesi yadırganmamaktır.²⁵

Hukukun Fonksiyonları Arasında Tercih

Hukukun amaçları son derece değişik olduğu ve bu amaçların zaman zaman birbiriyle çatışabileceğini yukarıda değinmiştik. Eğer hukukun çeşitli amaçları birbiriyle çatışırsa, bu amaçlardan hangisinin üstün olduğu, hukuk düzeninde hangi ilkenin üstün olduğu fikrine göre çözümlenebilir. Kolayca takdir edileceği gibi, hukuk düzeninin temel ilkesinin ne olduğu sorusuna verilecek cevaplar hukukun uygulanması yönünden değişik sonuçlara varılmasında rol oynayabilir. Hukuk uygulanırken, hukukun sözüne, amacına oranla daha önemli bir yer verilmesi de, uygulamada çelişik sonuçların ortaya çıkması gibi bir durum yaratabilir.²⁶

Nasslardan hüküm çıkarma konumunda olan bir kişi, çatışan menfaatlerin sosyal değeri hakkında Şârii'den farklı bir hüküm veremez. Fakat bu kişi, nassa ancak Şâri'in nass ile düzenlemek istediği menfaatleri (pratik yararı)

²⁴ Koçak, Muhsin, *İslâm Hukukunda Hükümlerin Değişmesi Açısından Hz. Ömer'in Bazı Uygulamaları*, Samsun, 1997, s. 6-44; Demir, Fahri, *İslâm Hukukunda Mülkiyet Hakkı ve Servet Dağılımı*, Ankara 1986, s. 204-5; Şa'ban, Zekiyüddin, *İslâm Hukuk İlminin Esasları*, s. 107.

²⁵ Aral, Vecdi, *Hukuk ve Hukuk Bilimi Üzerine*, s. 23-4; Çağal, *Hukuka ve Hukuk İlmine Giriş*, s. 27-28.

²⁶ Güriz, Adnan, *Hukuk Felsefesi*, Ankara 1996, s. 52.

göz önünde tuttuğu ve çatışan menfaatler hakkında biçtiği kıymeti hatırladığı takdirde riayet edecektir. Zira ahkâmın esası, toplumun ve fertlerin maslahatını (menfaatlerini) gözetmektir.²⁷ Norm bildiren metinleri yorumlayan ve uygulayan makamların ya da kişilerin bu konudaki titizlik derecesi ne kadar fazla olursa ferdin toplumda edineceği emniyet hissi de o kadar kuvvetli olur ki hukuk düzeninin de esas itibarıyla gayesi budur.²⁸

Hukukun diğer fonksiyonlarıyla adaletin ilişkilendirilmesindeki zorluk kadar, hukuktaki değerlerin biçimsel ve içerik olarak sınırlarının çizilmesi de zordur. Ne var ki bunun yapılması da gereklidir. Zira hukukun işlevleri arasındaki kimi zaman görülen zıtlıklar o hukuk sisteminde gözetilen değerlerin doğru bir şekilde sıralanmasını, bazı durumlarda karşı karşıya gelen iki değerden hangisinin yüksek olduğu şeklindeki bir sorunun belirli ve zorunlu durumlarda çözümlenmesiyle ilgilidir. Yani manevi bir dünyaya sahip olan bir insanın bir değerler bütünlüğü içinde yaşadığı kabul edilmekle birlikte bu değerler arasında bir sıralamanın yapılması gerekliliği kaçınılmaz görünmektedir.²⁹

Yukarıda adı geçen istihsanın tanımı ve işlevlerinin belirlenmesinde metodolojik olarak ciddi tartışmalar olmakla birlikte, onun işlevselliğini ortaya koyan tanımlarında, hukukun işlevleri arasında bir tercih yapmayı gerektirecek bir üst değere/norma atıfta bulunur. Bu minvalde bazı usulcüler tarafından istihsan; sözgelimi Kerhî'ye (340/951) yapılan atıfla “daha üstün bir delil/değer/gereğe’ye dayanarak, bir konuda benzerlerinin hükmünden vazgeçip başka bir hükme dönmek”³⁰ şeklinde tanımlanmıştır. Yine Cessâs (370/981) istihsanı “kendisine nispetle önceliği bulunan bir delil/değer/gereğe nedeniyle kıyasın terkedilmesi” biçiminde tanımlanmıştır.³¹ Tanımlarda açıkça görüleceği üzere istihsan bir üst değer ile hukuk(un işlevleri) arasında bir köprü görevini yerine getirir.³²

²⁷ “*el-Ahkâmü mebnîyyetün alâ mesâlihi'l-ibâd*”. el-Ensârî, Muhammed Nizamuddîn, *Fevâtihu'r-Rahâmût Şerhu Müsellemi's-Sübût*, Mısır 1324, II, 260; el-Buhârî, Abdulaziz, *Keşfu'l-Esrâr*, İstanbul 1308, III, 294; Devâlibî, Muhammed Marûf, *el-Medhal ilâ İlmi Usûli'l-Fıkh*, Beyrut 1965, s. 438; Mecelle'nin “Raiyye üzerine tasarruf maslahata menuttur” şeklindeki 58. maddesi sosyal ihtiyaç=pratik amaca yöneliktir.

²⁸ Topçuoğlu, Hamide, *Kanuna Karşı Hile (Kanundan Kaçınma Yolları)*, İzmit 1950, s. 4.

²⁹ Ülken, Hilmi Ziya, *Felsefeye Giriş*, 2 kısım, Ankara 1958 s. 163; Killioğlu, *Ahlak-Hukuk İlişkisi*, s. 98.

³⁰ Abdulaziz el-Buhârî, *Keşfu'l-Esrâr*, Beyrut, 1994, IV, 3; Gazzâlî, Ebu Hamîd Muhammed b. Muhammed, *el-Mustasfâ fi İlmi'l-Usûl*, Bulak, I, 283.

³¹ Cessâs, Ebu Bekr Ahmed b. Ali er-Râzî, *el-Fusûl fi'l-Usûl*, thk. Uceyl Kâsım en-Neşemî, Kuveyt 1994, I-V, IV, 234.

³² Kılıç, Muharrem, Karşılaştırılmalı Hukuk Tarihinde Metodolojik Formalizmin Aşılmasında İki Yöntem: İstihsan ve Equity, *İslâm Hukuku Araştırmaları Dergisi*, sayı:1, Yıl: 2003 Konya, s. 158.

İşlevler arasındaki ilişkilerde, İslam hukukunun göz önünde bulundurduğu değerlerin derecelendirip dengelenmesinde İslâm hukukçularına yol gösteren bir rehber, Şâtıbî'nin (790/1388) tümel ve tikel hükümlerden süzerek çıkardığı makâsıdı şer'îa diye isimlendirilen din, can (nefs), akıl, nesil, mal ile ilgili olan normlar arasında yaptığı bir derecelendirmedir.³³ Şâtıbî söz konusu değerler arasındaki derecelendirmeyi nasslara dayanarak yaptığını ifade etmektedir. Söz gelimi din devamlılığını sağlayan normların diğer normlara karşı bir rüchâniyeti vardır.

Şâtıbî nasslardan tümevarım (istikrâ) yoluyla tespit ettiğini ifade ettiği değerleri öncelikle üç ana kısma ayırır. Zaruriyat (zaruretler), haciyat (ihtiyaçlar) ve tahsiniyat (güzelleştirici, iyileştirici hususlar). Zaruriyat hiyerarşik (sıradüzenli) olarak; dinin, canın, aklın, neslin ve malın korunması şeklinde beş ana başlık altında toplanmıştır. Dinin en temel ve evrensel ilke/değerlerini içermektedir. Haciyat ise, zorluk ve darlığı ortadan kaldırmak için ihtiyaç duyulan her şeydir. Tahsiniyat ise, aklın -ister zaruriyyat alanında isterse haciyat alanında olsun- güzel gördüğü şeyleri almak, çirkin gördüğü şeylerden ise kaçınmaktan ibarettir. Ahlaki alanı içermektedir. Bu her üç kategoriye, herhangi bir ilkeyi geçersiz kılmaya yol açmayan bir takım tamamlayıcı unsurlar ilave edilmiştir. Câbirî zaruriyyattan olan değerlere ifade özgürlüğü, siyaset özgürlüğü, yöneticileri seçme ve değiştirme özgürlüğü, çalışma, iş, giyinme ve barınma özgürlüğü, eğitim ve sağlık özgürlüğü gibi değerleri de saymak gerektiğini ifade etmektedir. Ona göre her çağın kendine göre zaruriyatı olduğu gibi her çağın kendine göre haciyatı ve tekmiyatı vardır.³⁴ Bu sırada hiyerarşik (sıradüzenli) bir düzenleme içinde daha alt düzeydeki değerler, asıl amaç olan nihai iyiye ulaşmanın araçları durumundadırlar.³⁵

Adaletin Üstünlüğü

Hukukun fonksiyonları arasında adalet ön planda ve üstün bir yer alır. Adalet fikrinin bütün hukuk uygulamalarında aksiyom (apaçık gerçek) olarak

³³ Esasen değerlerin derecelendirmesi Şâtıbî öncesi Cüveynî (v. 478/1085), Gazzâlî (v. 505/1111), İzz b. Abdisselâm (v. 660/1262) ve Şihabüddin el-Karâfi (685/1286) gibi usûlcüler tarafından da yapılmıştır. Ancak bunu sistemli ve yeni bir üslupla ele alan Şâtıbî'dir. Pekcan, Ali, *İslâm Hukukunda Gaye Problemi, Zarûriyyât-Hâciyyât-Tahsiniyyât*, Rağbet yay., İstanbul 2003, s. 86-113.

³⁴ Câbirî, Muhammed Âbid, *Çağdaş Arap-İslâm Düşüncesinde Yeniden Yapılanma*, Kitâbiyât, Ankara, 2001 s. 66.

³⁵ Şâtıbî, Ebû İshâk, *el-Muvâfakât fî Usûli'ş-Şer'îa*, Dârü'l-Ma'rife, Beyrut, ty., thk. Abdullah Draz, II, 7-17.

varlığı savunulmuştur. Adaletin uygulanabilmesi, daha doğrusu bir toplum içindeki somut ilişkileri düzenlemek üzere hukuk normları kimliğine girebilmesi için bir içerik kazanması gereklidir. Değer olarak adaletin içeriğinin doldurulması ya da adalete uygun bir tanım vererek bununla hukuk arasındaki bağlantının net bir biçimde gösterilmesi zor görünmektedir. Bu nedenle hukukta adalet, herkes tarafından kesin olarak kabul edilmiş evrensel bir ilke olarak görülmeyle birlikte, insani ilişkiler açısından somut hale getirilmek istendiğinde ise, öznel bir karaktere bürünmektedir. Batı hukukundaki doğal hukuk anlayışının doğuşu da bu probleme dayanmaktadır, bu ihtiyacın bir sonucu olarak çıkmıştır. Bu nedenle hukukun çatışan fonksiyonları içinde adalete öncelik vermek için, onun İslâm hukuku açısından içeriğinin ne olduğunun belirlenmesi gerekir. Başka bir ifadeyle adalet için nesnel bir ölçüt bulmak gerekir. İslâm hukuk teorisinde ise, ilke olarak, adaletin ancak ilahi iradeyi temsil eden Kitap ve Sünnet'e göre hükmetmek suretiyle gerçekleşebileceği kabul edilmiştir. Bu bağlamda nasslardaki tekil hukuk normları İslâm hukukuna göre adaletin formal bir biçime girmiş ve somutlaşmış şekli olarak görülür. Başka bir ifadeyle her bir şer'i hüküm, aynı zamanda adil bir normdur.³⁶

Bu itibarla günümüz hukuklarında en büyük hedef, ideal olan olması gereken hukuka/doğal hukuka/adalete ulaşma problemi, İslâm hukuk teorisinde varit olmamaktadır. İslâm'da ideal hukuk ilkeleri, Kur'an ve Sünnet nasslarındaki normlarda mevcuttur. Pozitif hukuk, yürürlükte olan kuralları, ideal (doğal hukuk) ise yürürlüğe konması istenen, arzu edilen, özlenen kuralları ifade ettiği yaklaşımdan hareket edersek İslâm hukuku, çok nispi bir zaman ve mekanla kayıtlı olarak, kendi pozitif hukukunun ideal hukukunu oluşturur. Çünkü ideal hukuk denilen bu kısım İslâm'da hiç bir zaman İslâm hukuku ilkelerinin dışına çıkamaz.³⁷ Daha belirgin ifadeyle İslâm hukuk düşüncesi açısından doğal hukuka, vahiyle gelmiş ahkâm tekabül eder.

Diğer yandan nasslarda adaletin nihai hedef olduğunu anlamak mümkündür.³⁸ Batılı hukuk sistemlerinde adaletin gerçekleşmesi sosyal bir hedef, İslâm hukukunda ise, bu hedefin yanısıra kişiyi namaz, oruç gibi Allah'a yaklaştıran bir ibadet olarak telakki edilmiştir. Bu açıdan bakıldığında fakih düşen görev, adalet mutlak olarak değil norm çerçevesinde düşünüldüğünden, hükmü sağlıklı bir şekilde istinbat ederek, uygulamaktır.

³⁶ Türcan, s. 186-188.

³⁷ Uzunpostalcı, Mustafa, *Hukuk ve İslâm Hukuku*, Konya, 1987, s. 5; Eskicioğlu, Osman, *İslâm Hukuku Açısından Hukuk ve İnsan Hakları*, İzmir 1996, s. 61.

³⁸ Adaleti emreden ayetler için bkz. Nisâ 4/58, 135; Mâide 5/8; En'âm 6/152; Nahl 16/90; Şûrâ 42/15.

Sonuç

Hukukun işlevleri arasındaki bu zıtlıklar, hukukun niteliği gereği ortaya çıktığından ve birinin yararına diğerlerinden tümüyle vazgeçmek imkansız olduğundan, tamamen ortadan kaldırılamaz. Hukuku tam ve kavrayıcı bir bakış, hukukun ihmal edilemez bu fonksiyonlarının daima göz önünde bulundurulmasını gerektirir. Bu nedenle yapılması gereken, bu amaçlar arasında uyum sağlamaktır. Hukukun uygulamasının bir sanat olarak ortaya çıkması, bu fonksiyonlar arasında dengeli bir ilişki kurulabilmesine bağlıdır. İyi bir uygulama ile hukuk, hem adil, hem de sosyal ihtiyaçları karşılayacak ve düzeni sağlayacak bir biçimde ortaya çıkmalıdır.³⁹ Ancak İslâm hukukuna göre adaletin bu amaçlar arasında üstünlük taşıdığı unutulmamalıdır. Zira Nahl 90. “Allah adaleti ve iyiliği (ihsan)...emreder” ayette adaletin üstünlüğü vurgulanmıştır. Gerçekten adaletsiz bir düzenin anlamsızlığı kolayca kabul edilebileceği gibi, böyle bir düzenin pratik amaç bakımından da zararlı olacaktır. Bu nedenle hukuk, sosyal hayat içindeki ihtiyaçları bir düzen içinde ancak adaleti de gerçekleştirecek şekilde uygulanmalıdır. Zira İslâm hukukunun asıl ve son amacı adaleti gerçekleştirmektir.

³⁹ Işıktaç, a.g.e., s. 2, 19, 108.