

AKDİ MÜNASEBETLERDE İNSAN UNSURUNUN ÖNEMİ

Doç. Dr. Ali BARDAKOĞLU

İnsanlar birlikte yaşamaya başladığı, daha doğrusu toplum halinde yaşama zarureti ile karşı karşıya kaldığı günden itibaren mutlu ve huzurlu bir biçimde, kavgasız ve görülmüş yaşamayı düşlemiş, bunu gerçekleştirmek için de bildiğimiz birçok kalıpları, ilke, kanun ve sistemleri benimsemiş, bu uğurda sürekli değişikliklerle en iyiyi ve en güzeli arayagelmıştır .Biz, bugün için toplumumuzun ulaştığı merhaleyi, benimsediği hayat tarz ve kurallarını en nihâi ve en doğru sonuç olarak görme arzu ve temayülündeyiz. Ayrıca her toplum, her çağda kendisi hakkında bu iyimserliği yaşamıştır. Fakat bütün bu iyimser yöneliş ve arayışlara rağmen, insanların şu veya bu devirde nihâi doğru ve mutlak âdil düzene kavuştukları, düzenli ve âhenkli bir toplum kurmayı başardıkları da söylenemez. Çoğunluk ideolojiler, hatta ekonomistler, hukukçular; insan toplumunun geçmişte ve halen uğradığı bu hayal kırıklıklarını, olanca iyimserliğine rağmen sonuçta kendini mutlu edecek bir toplumsal düzene kavuşamamış, kavuştuğunda da kısa zamanda elinden kaçırmış olmasını, benimsenen ilkelerin, toplumsal, siyasal ve ekonomik modelin bozukluğuna bağlama temayülündedirler. Bunu biraz da savundukları modelin üstünlüğünü ve karşı oldukları modellerin tutarsızlıklarını ispatlamada bir araç olarak kullanırlar. Bu iddianın hakikat payı olmakla birlikte, kanaatimizce problemin düğümlendiği nokta, «insan unsuru» ve «insanın yetişkinliği» meselesidir. Modellerin, sistemlerin başarıya ulaşması, yasaların ve diğer bütün şekli kural ve müeyyidelerin beklenen sonucu vermesi hep «yetişkin insana» bağlıdır. Sıkıntılarının da, başarılarının da kaynağı budur. İşte bu sebepledir ki, İslâm dininin gerçekleştirmeye yöneldiği temel gayelerden birisi insanı eğitmek, insanı anlamlandırmak, ona kutsal ve ebedî bir fonksiyon vererek onu yönlendirmek ve inandırmak olmuştur.

Birtakım şekilci kural ve müeyyidelerle hukuki çerçevesi belirlenmiş akdî münasebetlerin ve bu arada haliyle bütün özel borç münasebetlerinin sağlıklı ve verimli bir şekilde işlemesi, tarafların, daha doğrusu insan unsurunun yetişkinliğine bağlıdır. Çünkü şekil itibariyle birbirine yakın veya benzer kural ve sistemler, farklı toplumlarda ve hatta farklı fertler arasında farklı sonuçlar vermektedir. Bu hakikat sebebiyledir ki; İslâm dini, detaya inen kuralcı ve şekilci bir düzenlemeden ziyade insanı müstakil bir değer olarak ele almış, onu beşeri münasebetlerin nüvesi kabul edip, yetişmesini, olgunlaşmasını gâye edinmiştir. Bedeni yanısıra aklı güç ve kabiliyetlerini de tekâmül ettiren insan, en kuralsız beşeri münasebetleri bile sağlıklı bir biçimde kuracak ve işletecektir.

Birçok hukukî olayı bu bakış açısından değerlendirebiliriz :

a— Temel insan haklarından biri olan «her insanın hür doğması» ilkesine aykırı düşen «kölelik» müessesesi ve köle-efendi münasebeti, geçmişte farklı toplumlarda farklı neticeler vermiştir. Kölelerin İslam öncesi Arap toplumundaki yeri ve İslâm sonrası yeri tamamen farklıdır. İslâmın iyi anlaşıldığı ve içe sindirildiği hicri I. ve II. yüzyılda köleler her yönden şahsiyet kazanmış, insan muamelesi görmeyen onuruna kavuşmuş, köleliğin hukukî statüsü ilim ve insanlık lehine değerlendirildiğinden kölelerden ve azatlılardan büyük ilim adamları yetişmiştir.

b— Bir başka örnek olarak «ideal devlet ve yönetim tarzının ne olduğu» meselesi üzerinde durulabilir İslâm dininin aslı kaynağı olan Kur'an-ı Kerim'de ve Hz. Peygamber'in Sünnetinde devletin işleyişi ve devlet başkanının seçilişi gibi günümüz Âmme Hukuku açısından birinci derecede önemli meselelere cevap verilmiş, buna karşılık insanlararası münasebetlerin iyileştiği, insanın yaratana, kendine ve çevresine karşı sorumluluklarını iyi idrak ettiği bir toplumun teessüssü amaçlanmış, bunu sağlamaya matuf genel kaideler konmuş, emir ve yasaklar doğrudan fertlere yöneltilmiştir. Hepsinden daha önemlisi, fert ile yaratana arasında samimi bir inanç diyalogu tesis edilerek bütün bu kuralların filizlenip gelişeceği verimli bir zemin yaratılmıştır. Dikkat edilirse Doğulu ve Batılı birçok ilâhiyatçı ve tarihçinin, devirlerini hayranlıkla araştırdığı ilk Dört Halife farklı farklı usullerde işbaşına getirilmişler ve bu, ciddi bir problem doğurmamış, kayda değer bir usul tartışması başlatmamıştır. Çünkü iyi yetişmiş insanın egemen olduğu toplumlar tabii olarak kendilerine en uygun devlet modelini, yönetim tarzını seçecek ve konulan kurallar işleyecek-

tir. Nitekim İslâm âmme hukukçuları da en uygun devlet modelinin ne olduğu konusunda net bir ifade kullanmak yerine, yöneticilerde olması gereken temel özellikleri ve devlet-halk münasebetinin ana kurallarını belirtmekle yetinmişler, şekilden ziyade mahiyet üzerinde durmuşlardır. İslâm hukukunun yazılı kaynakları, müslümanlara herhangi bir şekil ve modeli önermezken İslâm hukukçularının bu konuda, İslâmın görüşü olarak bir şekil üzerinde birleşmeleri de zaten İslâm hukukunun yasama (teşri') kuralarına aykırı olurdu.

İslâm âmme hukukçularının şekilden ziyade muhteva ile ilgilenip yetişkin insan unsurunu hedef alan birtakım kurallar koymasını, tercihlerde bulunmasını ve fitne ve karışıklığa şiddetle karşı çıkarak mevcut otoriteden yana veya karşı olmasını, kendi devirlerindeki yönetim modelini benimseme veya reddetme olarak anlama ne derece yanlış ise, totaliter yönetimler karşısında gösterilen bir suskunlukla izah etmek de o derece haksızlıktır. İslâm tarihi, yönetimle çatışma pahasına da olsa kanatlerini açıkca savunan, yöneticileri en ağır dille tenkit eden ve bu uğurda ölümü göze alan İslâm âlimleriyle doludur. O halde mesele bu değildir. Asıl ve gerçek sebep; «yetişkin insanların kendilerine en layık yönetim biçimini bulacakları» ilkesidir. Çünkü, inancımıza göre İslâm, insanlık var olduğu sürece devam edecek evrensel bir dindir. İslâm krallık ve imparatorlukların, yerleşik, göçebe ve feodal toplumların egemen olduğu orta çağ ve sonraki çağlarda devam etmiş, demokratik ve antidemokratik devlet şekillerinin birarada yaşadığı yirminci yüzyılda da devam eden ve yönetimlerin ne şekil olacağını bilemediğimiz gelecek yüzyıllarda da devam edecek olan bir dindir. Her devirdeki bütün insanlara ve bütün toplumlara hitap etme zarureti, İslâmı esnek genel ve makul bir yapıya sahip kılmış, insan ve manası esas alınıp kalıp ve şekil ikinci plana itilmiştir. Konulan kurallar ne kadar gelişmiş ve isabetli de olsa işleyişini sağlayacak ve denetleyecek olan insan, yetişkin olmadıkça umulan müspet sonucun elde edilmeyeceği açıktır. Bu, âmme hukuku dalında benimsenen rejim ve ilkelerin işlerliği kadar özel borç münasebetlerini düzenleyen kanunların da tatbik ve başarısını yakından ilgilendiren bir husustur.

c— İslâmın bu nev'i şahsına münhasır (sui generis) tavrını, «İslâm'da benimsenen ekonomik modelin ne olduğu» tartışmasında da rahatlıkla görüyoruz. Gerçekten de, öteden beri çağdaş iktisatçılar İslâmın müslüman toplum için öngördüğü ekonomik mo-

delin ne olduğunu tartışagelmışler, her ekol İslâmın yazılı kaynaklarında, mütemayıl bulunduğu iktisadî sistemi destekler ilke ve kurallar bulmuştur. Gerçek şudur ki, İslâm bu konuda da, bugün anladığımız manada bir ekonomik model çizmemiş, aksine insanlararası münasebetlerin aksayan yönlerini gidermiş, doğrudan insanı hedef alan ve sonuçta toplumun iyileşmesini sağlayan emir ve yasaklar koymuştur. İslâmın aslı iki kaynağını çok iyi anlayan ve yorumlayan İslam hukukçuları, bilhassa hukuk ekollerinin (mezhep) önder ve kurucuları, mevcut bu esneklikten ve müsamahadan azami derecede istifade etmişler, İslâmın bu yöndeki genel prensipleri içinde devir ve şartlarının gerektirdiği en uygun uslubu geliştirmişlerdir. Meselâ bazı konularda Hanefi hukuk ekolünün daha ferdiyetçi, Malikî ekolün daha devletçi görüşlere sahip olması, mevcut şartların gerektirdiği bir gelişmedir.

d— Konuyu, adaletin gerçekleşmesinde insan faktörü açısından da ele alabiliriz. Felsefedeki değer rölativizmine paralel olarak hukuk felsefesinde de adalet değerinin izafi bir kavram olduğu söylenebilir. Çünkü adaletin, bireylere göre farklı algılanan subjektif (öznel) yönü, beşeri münasebetlerin mücerret bir özelliği olarak objektif (nesnel) yönü vardır. Mevcut hukuk nizamına uygunluğu ifade eden «kanûnî adalet» yanında, olması gerekeni simgeleyen ve bir hukuk idesi olarak karşımıza çıkan, objektif ve mutlak bir değer niteliğindeki «aşkın adalet» vardır (1).

İnsan, fıtratı gereği iyiye ve doğruya yönelir ve hakkı savunur. Hatta Montaigne'nin dediği gibi «iyi olma isteği, bazen öyle azgın bir tutku olur ki, iyi olalım derken kötü oluruz» (2). Kişi, çevresindeki aksaklıkların düzelmesini, haksızlıkların önlenmesini, herkesin kendine düşen görevi yapmasını isterken daima kendi zihninde yerleşik yargıları, kendi adalet ve fazilet anlayışını ölçü alır. Bu kişisel çaba elbetteki adaletin kendisi değildir, belki adalet severliktir (3). Birşeyin adaletli olup olmadığını belirlemede bu ferdi değerlendirme ve yönelişi ölçü almamız doğru olmaz. Çünkü hakkın ve adaletin gerçekleşmesini isteyen bireyin önce, her olay ve durumda adaletin ne olabileceğini bilmesi gerekir. Şah-

1. Bu konuda bkz. Aral, Vecdi, Toplum ve Adaletli Yaşam, İstanbul 1988, s. 161-162; Öktem, Niyazi, Hukuk Felsefesi (Ders Notları), İstanbul 1983, s. 58 vd.

2. Montaigne, Michel de, Denemeler, (Çev. Sabahattin Eyüpoğlu), Millî Eğitim Basımevi, İstanbul, 1960, s. 88.

3. Aral, 161.

sî fazilet olarak tezahür eden bu subjektif adaletin üstünde, kişiden kişiye değişmeyen objektif ve mutlak bir değer olarak adalet mevcuttur.

Kanunlar adaletin ölçüsü değildir. Diğer bir anlatımla kanunlara bağlılık ve mevcut kanunların çerçevelediği hukuki düzeni koruma, insanlığın nihâî hedefi ve adaletin değişmez göstergesi değildir. Olması gerekeni araştırırken «olanı» ölçü alırsak, daha doğrusu adaleti tanımlarken mevcut kanunları hareket noktası edinirsek fasit bir dairenin içine girmiş, amaç ile aracın yerini değiştirmiş oluruz. Öte yandan, toplumda belli bir düzenin sağlanması, eşit durumda olanlara eşit hak ve ödevlerin verilmesi de (dağıtıcı ve denkleştirici adalet) âcil bir zarurettir. Hatta, «çinde bulunulan şartların, vâkıa ve insanların özellik ve farklılıklarının da göz önünde tutulması» şeklinde ifade edebileceğimiz «hakkaniyet» ilkesinin de belli bir kural dahilinde uygulanması, fertleri müstakil bir değer olarak değil toplumun bir üyesi olarak değerlendiren ve ferdin toplum içindeki hak ve sorumluluklarını belirleyen «sosyal adalet»in de gerçekleşmesi vazgeçilemeyecek birer ihtiyaçtır. Kanunların şekilci bir anlayışla katı bir tarzda uygulamak, çoğu zaman haksızlıklara yol açabilir. Hukuk insanlar için vardır, insanlar hukuk için değil. O halde kanunlar gerçek anlamda adaleti, yani olması gerekeni gerçekleştirme çabamızda bir merhale, bir denemedir ve bir dereceye kadar da adaletlidir. (4).

Konuya ister subjektif adalet, ister kanun adaleti veya kanun üstün (aşkın) adalet yönünden bakalım, her durumda karşımıza insan unsuru çıkmaktadır. Gerek hak ve adalet aşığı bireyin ve gerekse belli yasal güçlerle toplumda düzeni sağlamaya memur ve yetkili kanun koyucunun kendi insiyatifine bırakılmaması, objektif ve aşkın adalete doğru yükseltilmesi gerekir. Fertleri kendi değerlendirmeleriyle başbaşa bırakmayıp onların daha dengeli ve objektif düşünmesine imkan hazırlamak, neticede ortak bir anlayış etrafında -veya en azından yakınında- onları toplayabilmek için eğitici ve birleştirici bir güce ihtiyaç vardır. Bu yönlendirme olmazsa, fertleri toplumdaki baskın ve yaygın fikir ve değerler eğitir ve neticede kuvvet ve menfaat çatışmasının belirleyeceği bir istikamet ortaya çıkar. Kanaatimizce, XX. yüzyılda bile insanlığın bu problemi çözmede yeteri kadar durulduğunu ve

4. Aral, 162, 193.

içinde bulunduğu fasit daireden kurtulduğunu söylemek pek mümkün gözükmemektedir.

Problemi bu haliyle bir tarafa bırakıp bir de İslam dininin yazılı kaynaklarının adaletin tahakkuku ile ilgili yaklaşım tarzına göz atalım. İslam inancına göre mahz ve mutlak adalet, ilâhî hak ve adalettir. Bunun da tamamen ve nihâî olarak gerçekleşeceği yer Ahiret hayatıdır. Mutlak âdil olan Allah'tır. İslam dininin dünyada mutlak adaleti ve hakikatı gerçekleştirme gibi bir iddiası yoktur. Kur'anın gerek genel hükümleri ve gerekse özel hukuka ilişkin düzenlemeleri, ilâhî adaletin insanlar ve içinde yaşadıkları çevre yönünden müşahhaslaşmış ve bir kısmı da genel pozitif hukuk ilkeleri halini almış şeklidir. İnsanlar kendilerini kuşatan bütün olumsuz şart ve amillere rağmen bu ölçü ve ilkeleri esas alarak kendileri için en âdil gözüken hukûkî nizamı kuracaklardır.

Kur'anın ve Hz. Peygamberin en çok önem verdiği ve sık sık gündeme getirdiği konulardan biri, adaletin gerçekleşmesidir. Kur'anda Allah, bütün insanlara hitaben mutlak bir anlatımla adaleti emretmekte (16/90), insanın bilgisiz ve zulme meyyal olduğunu bildirerek (33/72) onu hakka ve hakikata sahip çıkmaya, doğru yol üzerinde olmaya, adaleti gerçekleştirmeye davet etmektedir. Kur'an, ferdi ve ictimâî bütün münasebetlerde, aile hayatından (2/282, 65/2) yargıdan (4/58) tutun uluslararası münasebetlere kadar (49/9) daima adaleti ve adaletle muameleyi emreder, onu hakim kılmaya çalışır. Fakat Kur'an adaletin ne olduğunu belirtmez ve adaletin bir tanımını yapmaz. Hz. Peygamberin sünnetinde de durum böyledir. Çünkü adaletin ne olduğu meselesi, olaya, çevre şartlarına ve muhataba göre farklı farklı tezahür eder. Kur'an bu uslûbuyla bir bakıma, Allaha ve ahiret gününe inanan yetişkin müslümanın adaleti gerçekleştireceğine ve en âdil olanı yapacağına olan inancını dile getirir. Gerçekten de tarihî seyr içerisinde müslüman idarecilerin -hepsi de en âdil ve doğru olanı yaptıkları inancında olsa bile- kendi telakkî tarz ve gelişmişliklerine doğru orantılı bir yönetim icra ettiklerini, toplumların da bu kuraia uygun olarak kendilerinin hakka yakınlıkları oranınca âdil bir düzen kurduklarını görüyoruz.

Bir kıyaslama yapmak gerekirse; rasyonalist doğal hukukun XVII. yüzyıldaki öncülerinden H. Grotius adaleti «hakka saygı, kusurlu kimsenin zararı ödemesi, başkasına ait olanın verilmesi

ve ahde vefa» şeklinde dört kuralla açıklar (5). Thomasius ise daha somut bir adalet tanımı vererek «Sana yapılmasını istemediğini başkasına yapma, başkasına yapılmasını istediğin şeyi kendine yap, sana yapılmasını istediğin şeyi başkalarına yap» şeklinde özetler (6). Bu yaklaşım tarzı hukuk ile ahlakın, ictimâî düzenle ahlâkî yetişkinliğin yakın münasebetini ifade etmesi bakımından dikkate değer. Öte yandan bu kurallar ve bu kuralara zemin teşkil edecek mahiyetteki genel ahlâkî prensipler VII. yüzyılda Kur'anda ve Hz. Peygamberin sünnetinde dinî ve ahlâkî birer umde olarak konmuş, İslam hukukçuları tarafından aynı zamanda hukuk düzeninin bir parçası olarak geliştirilmiştir. Ferdî planda olsun ictimâî planda olsun adaletin gerçekleşmesinde insanın yetişkinliği ve eğitilmişliği çok büyük bir önemi hâizdir. Batılıların öteden beri «iyi hakimler iyi yasalardan daha önemlidir» (7) demeleri de bu gerçeği ifade içindir.

Demek ki hangi açıdan bakarsak bakalım İslâmın hedefi insandır. İnsanın gelişmişliği ve yetişkinliğidir. Bunun dışındaki konular hep ikinci, üçüncü planda kalan meselelerdir. Kur'an ve Hz. Peygamber'in Sünneti bu açıdan incelendiğinde, bu iki kaynaktan biraz daha farklı bir sonuçla karşılaşmamız mümkündür. Biz bunları, insan unsurunun haricinde kalan ve yardımcı unsur olarak yer ve önem verilmiş konuları göz ardı etmek veya küçümsemek için değil, dikkatleri konunun özünde toplamak gayesiyle belirtmekteyiz.

Konumuza dönecek olursak, İslâm'ın, borç münasebetlerinde özel hükümler sevk etmek yerine beşeri münasebetlerde hakim genel ilkeler vaz' etmeyi ve özel borç münasebetlerini de bu çerçevede ele almayı benimsediğini rahatlıkla söyleyebiliriz. Kural koymak kadar o kuralı benimseyecek ve işletecek olan insanın yetiştirilmesi de önemlidir. Akdî münasebetleri düzenleyen kanun ve kuralların isabetle seçilmiş olması önşart ise de, yeterli şart değildir. Çünkü hukukun yaptırım gücü çoğu defa taraflar arası anlaşmazlıklarda ve kuralların ihlalinde kendini gösterir. Halbuki insanlararası münasebetler çoğu defa kapalı devrede cereyan etmekte, hukukun denetiminden uzak kalmaktadır. Bu açıdan ah-

5. Öktem, 62.

6. Öktem, 62-63.

7. Aral, 192.

lâkın, daha doğru bir tabirle dinin beşeri münasebetlerin iyileşmesine olan tesiri, kuralcı maddî hukuka göre daha fazla, denetim ve müdahale alanı daha geniştir. Bu itibarla İslâm'da bütün özel borç münasebetleri önce bu yönden, diğer bir ifadeyle insan unsuru yönünden genel bir zeminde, daha sonra ise iki taraflı bir borç münasebeti olarak özel hukuk zemininde ele alınmalıdır. Bu genel ilkeler, İslâmın akdî münasebetlere bakışını ve tavrını belirleyen genel bir çerçevedir. Bir bakıma pozitif hukuka nisbetle tabii hukuk mesabesinde.

İnsanı varlığının şuuruna erdiren tek güç Allah inancı, daha doğrusu Allah sevgisi, Allah aşkıdır. Kur'anda Allah, «şüphesiz ki ben insanları ve cinleri bana kulluk etmeleri için yarattım» (52/56) buyurmaktadır. Allah'a kulluk, insanın dünya hayatında yaratan tarafından çizilen programa tâbii olması demektir. İslâm, ferdin olgunlaşmasını ve yücelmesini hedef alan, yeryüzünde iyi ve yararlı işler işlemesini, yaratanına, kendine ve diğer bütün varlıklara karşı saygılı ve ölçülü davranmasını öğütleyen emirlerini, maddi müeyyidelerle desteklediği gibi, onları insanların gönüllerine nakşederek insanî ve ahlâkî prensipler haline de getirmiştir. Fertlerde anlayış seviyelerine göre korku, ümit, sevgi ve aşk şeklinde tecelli eden Allah'a ve Ahiret Günü'ne İman, kişilerin kendilerini kontrol etmelerini sağlayacağı gibi; İslâmın ictimâî düzeni sağlamaya matuf emirleri de fertlerin birbirlerini denetlemesini, olumlu ve yapıcı bir kamuoyu oluşmasını temin edecektir. Bu zeminde kurulan beşeri münasebetlerin daha âdil ve ahenkli bir işleyişe sahip olacağı açıktır.

Konuyu, birkaç akit nevi üzerinde daha müşahhas ve açık olarak tartışmamız yararlı olacaktır.

e— Bilindiği gibi alım satım (bey') akdi, insanların ihtiyaç duyduğu eşyayı para karşılığı elde etmesini sağlayan bir akit nevi olup insanlararası borç münasebetlerinin en köklü ve yaygın olanıdır. Karşılıklı borç doğuran hukûkî bir işlem olan bu akit nevi, borçlar hukukunun genel kurallarına, hatta diğer akitlerle ilgili düzenlemelere büyük ölçüde örneklik ve kaynaklık etmiştir (8).

Ferdi ve ictimâî hayatımızın, hatta günümüzde uluslararası münasebetlerimizin önemli bir kısmını işgal eden alımsatım ak-

8. Tuncomağ, Kemal, Borçlar Hukuku, İstanbul 1974, c. II s. 21-23.

di, Kur'anda birkaç yerde geçer. Bunlardan birinde faizin yasak, alışverişin helal olduğu (2/275), diğerinde alışveriş yaparken şahit bulundurma gereği (2/282) belirtilirken diğerlerinde, âhirette artık şefaatin, dostluğun ve alışverişin fayda vermeyeceği (2/254, 14/31), ticaret ve alışverişin müminleri Allahı anmaktan alkoymaması gerektiği (24/38), Cum'a ezanı okunduğunda alışverişin bırakılması gereği (62/9) dile getirilir. Kur'an, alımsatım akdine göre daha kapsamlı bir kelime olan «ticaret»in karşılıklı rızaya dayanması ilkesini koyarken (4/29) asıl gerçek ve uzun vadeli ticaretin Allah ve Rasûlüne iman ile Allah yolunda cihat olduğunu (61/10-11) belirtir.

Hız. Peygamber de ticaret ve alışverişin dîni ve ahlâkî temelleri üzerinde durmuş, müslümanlardan; alışverişleri esnasında birbirlerini kandırmamalarını, masiyet sayılan veya harama vesile olabilen alışverişlerden kaçınmalarını, darda veya zorda kalmış veya bilgisiz kimselerin bu durumunu istismar etmemelerini istemiştir. Faiz, ihtikar ve diğer haksız kazançlar ile risk oranının yüksek olduğu alışveriş neveleri yasaklanmıştır (9). Hadislerde birinci planda gözetilen husus, insanların karşılıklı rıza ile bilerek ve farkında olarak borç altına girmeleri, birbirlerinin hukukunu gözeterek ihtiyaçlarını gidermeleridir.

Sahabeden bir zat Rasulullaha gelerek kendisinin alışverişte daima aldatıldığını söylediğinde Hız. Peygamber ona «Sen de bir kimseyle alışveriş ettiğinde «(İslam dininde) aldatma yoktur» dersin» buyurdu (10). Başka bir hadiste Hız. Peygamber «... Alışverişte taraflar doğru olur ve herşeyi açıkca beyan ederlerse bu akit onlara bereket getirir. Yok yalan konuşur ve gizlerlerse alışverişlerinin bereketi giderilir.» (11) buyurmuştur. Başka bir hadiste de «Kim aldatırsa bizden değildir» (12) denmiştir.

Görüldüğü gibi hadisler de konuyu dîni ve ahlâkî bir zemine oturtmakta, hukûkî müeyyide ile çözüme genelde temas etmemektedir. Getirilen müeyyideler «dîni ikaz», «malın bereketinin gitmesi», «müslüman toplumun iyi bir üyesi sayılmama» gibi dîni

9. Geniş bilgi için bkz. Şevkânî, Muhammed b. Ali, Neylu'l-Evtâr, Mısır ts., c.V., s. 160 vd.

10. Müslim b. Haccâc el-Kuşeyrî, Sahih, Buyû 12.

11. Müslim, Buyû 11.

12. Ebu Davud, Süleyman b. Eş'as es-Sicistânî, Sünen, Humus 1971, Buyû 52 (III, 731-732).

ve ahlaki mahiyette müeyyidelerdir. Çünkü, çoğu zaman ikili ilişkiler çerçevesinde başlayıp yine bu çerçevede sona eren bu nevi akdi münasebetlerin sağlıklı işleyişi, tarafların iç denetimlerine bağlıdır. Hukûkî müeyyideye ancak olay üçüncü şahıslara veya topluma aksettiğinde ihtiyaç hissedilir. Dinî yaklaşım, olayı başlangıcı itibariyle ele almakta ve münasebetlerin sağlıklı doğmasına özen göstermekte iken, hukuk düzeninin yaklaşımı, sağlığı bozulan münasebetleri, muttali olduğu ve güç yetirebildiği oranda, eski sağlığına kavuşturma yönünde gelişmektedir.

f— Konuyu aile hukuku açısından ele aldığımızda da durum pek farklı değildir. Evlenme, dar anlamıyla bir akit olmaktan çok bir statü, kadın-erkek beraberliğinin meşru tarzda müesseseleşmesi ve toplumsallaşmasıdır. Gerek ferdin eğitiminin ilk ocağı olan ve gerekse toplumun temel taşı sayılan aile müessesesine ve bunun başlangıcı olan evlenme olayına İslam ayrı bir önem vermiştir.

Kur'anın aile müessesesine ve evlenme olayına bakışı, bizim alışkın olduğumuz yaklaşım tarzlarına göre oldukça farklıdır. Kur'an evliliği kocanın karısına verdiği «sağlam ve teminat» olarak vasıflandırır (4/21), insanları evliliğe teşvik eder (4/3, 4/24, 24/32, 60/10), zaman zaman da evliliğin çeşitli fayda ve hikmetlerine temas eder (16/72, 30/21). Kur'an, karının kocası, kocanın da karısı üzerinde bir takım haklarının bulunduğunu bildirmekle birlikte (2/228, 2/233, 4/4, 4/20-21, 65/7) bu hakların neler olduğu konusunda ayrıntıya girmez. Prensip olarak erkeklere «kadınlarla iyi geçinmeyi» tavsiye ederek (4/19) evlilik bağının korunmasında kocaya daha ağır bir sorumluluk yükler (4/34). Kur'an, taraflar arasında geçimsizlik olduğunda da taraflara sabrı, hoşgörüyü tavsiye eder (4/19, 4/34). Topluma da hakemler vasıtası ile karı-kocanın arasını ıslah etme görevi yükler (4/35). Geçinme imkanı yoksa güzellikle ayrılmayı, karşılıklı olarak haklara saygıyı öğütler (65/1-2, 65/6-7).

Gördüğümüz kadarıyla Kur'an, aile hayatını karşılıklı anlayış ve olgunlukla yürütülecek insânî bir müessese saydığından gerek kadının ve gerekse erkeğin haklarını net çizgilerle belirtmemiş, evliliğin hukukî çatısı ve sonuçları üzerinde ayrıntıya girmemiş, her zaman olduğu gibi bu konuda da sabrı, ahlâkî olgunluğu, adaletli davranmayı, tevekkülü ve Allahtan korkmayı tavsiye et-

miştir (bkz. 4/3, 4/19, 4/128, 65/1). Çünkü tarafların arasına alış-veriş, icâre, şirket gibi borç münasebetlerinde pek giremediğimize ve olaya ancak dışa aksettiğinde muttali olup müdahale edebildiğimize göre, evlilik gibi tamamen kendine has insânî yönleri, gizlilik ve mahremiyetleri bulunan bir hâdiseye şekli ve hukûki müdahalemiz çok gecikecektir. Halbuki önemli olan, problemi doğduktan ve aleniyet kazandıktan sonra çözmek değil, o problemin doğmasına fırsat vermemek veya ilk kademelerde sıkıntıyı giderebilmektir. Bu da doğrudan doğruya, tarafların şahsiyetleriyle, ahlâki ve insânî meziyetlerinin gelişmişliğiyle alakalı bir meseledir. Bunun için de Kur'an ve sünnetin bu tür olaylarda yönü, hukûki olaya değil taraflardır. Gerçi İslam hukukçuları sonraki asırlarda evlenmeyi bir akit tekniği ve sistematiği içinde ele almış, aile hukukunu, evlenme ve boşanmayı, karşılıklı hakları en ince ayrıntıya kadar tespit eden bir hukuk doktrini geliştirmişlerdir. Fakat bu gelişme, ayrıntının yargılama hukuku açısından gerekliliği ile izah edilebileceği gibi, içinde yaşadıkları toplumun yaygın ataerkil anlayışının hukuk doktrininde karşılıklı hak ve görevler manzumesi şeklinde tezahürü ile de izah edilebilir.

Özetle ifade etmek gerekirse, Kur'an ve sünnetle diğer akdî münasebetler de, söz gelimi işçi-işveren ilişkisi, ortaklık, rehin ve kefalet, faiz ve mülkiyet gibi konular da çok genel çerçevede ve tamamen hukûki ve şekli tarzın dışında ele alınmıştır.

Bu itibarla, Kur'an'ın ve Sünnetin özel borç münasebetlerini tanzimden ziyade, beşerî münasebetlerde hâkim olması gereken ahlâki esasların tesisine ağırlık vermesini ve hukûki kuralları aynı zamanda dinî ve ahlâki umdeler olarak da takdim etmesini bu açıdan değerlendirmek gerekir. Salt hukûki gözükten olaylar bile daha genel ve farklı uslûpta ele alınmıştır. Çünkü insan bir bütündür. İnsanı birbiriyle bağıntısız bölümlere ayırmak ve her bir dünyasında insana ayrı bir şekil vermek yerine, insanı dünyüyle ve yarınıyla, maddesiyle ve ruhuyla bir bütün olarak ele almak, insana yöneltilen ödevleri birbiriyle irtibatlandırarak bütünleştirmek, insan tabiatına daha uygun olacaktır. Böyle olunca, İslam hukukunda akdî münasebetler incelenirken İslâm'ın yazılı kaynaklarının konuyla ilgili ayrıntıya girmemesini fazla yadırgamak gerekir. Özel borç münasebetlerinin, İslam borçlar hukukundaki bildiğimiz yerini alması, daha çok İslam hukukunun yazılı kaynaklarını yorumlayan ve bu doğrultuda yeni hükümler ko-

yan İslam hukukçularının çabaları sonucudur. Fakat müslüman toplumda bu akdi münasebetlerin işleyişinde ciddi problemler çıkmamışsa, bunu sadece İslam hukukçularının koyduğu kuralların isabetliliğine bağlamak, başarının temelinde yatan hakiki sebebi görmemek olur.