

İSLAM HUKUKUNDA ERKLER AYRILIĞI Kemal Gözler'in "İslam Hukukunun Değeri" Başlıklı Makalesine Bir Cevap

Adem TÜRK*

Rahman ve Rahim Olan Allah (C.C)'ın Adıyla

Prof. Dr. Kemal Gözler hocamızın 2019 yılında kaleme aldığı "İslam Hukukunun Değeri: İslam Hukuku Batı Hukukunun Alternatifi Olabilir mi? başlıklı makalesini¹ ilk okuduğumda Türkiye'de hukuk eğitimi görmüş bir Müslüman olarak büyük bir üzüntü ve burukluk yaşadığımı itiraf etmeliyim. Nitekim daha sonra bu makale üzerine düşünme fırsatı bulunca, makalede sayın hocamızın (Batı hukuku alanında) haklılık payı olan konular olmakla beraber çok fazla eksik bilgi ve yanlış algılamaların olduğunu fark ettim. Bu arada İslam hukukunda var olan anayasal kriz üzerine bazı araştırmalar yaparak, okuyacağınız yazıyı kaleme alma gereği duydum.

* Avukat. İletişim: adembetul13@gmail.com.

1. Kemal Gözler, "İslâm Hukukunun Değeri: İslâm Hukuku, Batı Hukukuna Alternatif Olabilir mi?", www.anayasa.gen.tr/islam-hukuku.htm (Yayın Tarihi: 16 Aralık 2019). Makale daha sonra kâğıt olarak şurada yayınlanmıştır: Kemal Gözler, *Türkiye Nereye Gidiyor? Akademi ve Hukuk Üzerine Gözlemler ve Eleştiriler (Makalelerim 2019)*, Bursa, Ekin, 2. Baskı, 2020, s.471-500. Bu çalışmada atıflar makalenin kâğıt versiyonunadır.

Yazıya geçmeden önce Prof. Dr. Kemal Gözler hocamızın Türkiye’de kamu hukuku alanında bir otorite olduğunu, kendisinin Türk hukukuna etkili katkılarının bulunduğunu, hem görevde bulunan hakimler, hem de üst mahkemeler tarafından kendi kitaplarına çokça atıf yapıldığını rahatlıkla söyleyebilirim. Kendisi alanında işinin hakkını veren biridir. Ayrıca makalelerine karşı yazacağımız yazı, kesinlikle bir reddiye niteliğinde olmayıp, kendisinin uzmanlık alanın dışında olan İslam hukukuna dair bazı bilinmeyenlerin duyurulması çabasıdır.

1. Terminoloji: “Fıkıh” mı, “İslâm Hukuku” mu?

Bu konuda hocamıza katılmamak mümkün değildir. Her ne kadar “fıkıh” terminolojide İslam hukukundan daha kapsayıcı olarak kullanılmış olsa da hukuk kelimesinin hem anlaşılır olma bakımından hem de İslam’ın yalnızca Allah (c.c) ile kul arasındaki ilişkiyi düzenlemekten ibaret olmadığı, aynı zamanda insanların diğer insanlar ile olan ilişkileri başta olmak üzere, devlet ile insan ilişkisi ve devletin yönetimine dair de düzenlemeler içerdiğinin anlaşılması açısından önemli bir kavramdır.

2. Ya Uygulama?

Kemal Gözler, makalesinde İslam hukukunun uygulaması konusunda şöyle yazıyor:

“Yukarıda İslâm hukukunun gerek teorik olarak gerekse değerler olarak Batı hukukundan geri olmadığını ve hatta Batı hukukundan pek çok konuda daha ileri olduğunu söyledik. Ancak eğer öyleyse, neden

nüfusunun tamamı veya çoğunluğu Müslüman olan ülkelerde adalet yok? Neden bu ülkelerde insan hak ve hürriyetlerine değer verilmiyor? Neden bu ülkelerin pek çoğunda can ve mal güvenliği bulunmuyor? Asıl önemlisi, neden bu ülkelerde barış yok? Neden bu ülkelerin çoğu kan gölü? Neden?"²

İslam hukuku ve bu hukukunun vaaz edicisi olan Hz. Peygamber (s.a.v)'in hayatı ile Raşid halifelerin devleti idare ettiği dönemler bir bütün olarak incelendiğinde görülecektir ki; bugün gerek kendini İslam'a isnat eden ülkeler, gerekse iç hukuklarında kısmen İslam hukukunu uygulayan ülkelerin devlet yönetimine geliş biçimleri (siyasi meşruiyet) ve devleti yönetirken yaptıkları uygulamaların İslam hukukuyla uzaktan yakından ilgilerinin bulunmadığı anlaşılacaktır. Ayrıca burada etkisi olmakla birlikte, hukuken kanıtlanabilirliği olmadığı için yabancı ülkelerin, bu devlet ve yöneticileri üzerinde var olan etkisine değinmeyeceğiz. Çünkü bize göre hukuken elinizde herhangi bir kanıt olmadan böyle bir iddia ortaya atmak ve üzerinde konuşmak sizi hiçbir zaman sonu gelmeyecek bir tartışmaya götürecektir. Bize göre İslam hukuku bir bütündür, bölünerek ya da parçalı bir şekilde uygulanması mümkün değildir. Bu yüzden makalede bu başlık altında yukarıda yer verdiğimiz eleştiriler tamamen haksız ve yanlış örneklerdir.

Bu durumda İslam hukukuna göre siyasi meşruiyeti olmayan bu ülke yöneticilerinin, kendi iktidarlarını korumak için yaptıkları uygulamalarının İslam hukukun-

2. Kemal Gözler, *Türkiye Nereye Gidiyor? Akademi ve Hukuk Üzerine Gözlemler ve Eleştiriler (Makalelerim 2019)*, Bursa, Ekin, 2. Baskı, 2020, s.474.

dan kaynaklandığını ima etmek adilane bir tutum değildir.

Kaldı ki, makalede yazar bizzat kendisi bu uygulamaların İslam'a mal edilemeyeceği, tam tersine İslam'ın bu tarz uygulamaları tamamen yasakladığını kendisi de belirtmiş olmasına rağmen, bu örnek ülke uygulamalarının sanki İslam hukukundan kaynaklandığı şeklinde lanse edilmesi de haklı bir yazım tekniği olmamıştır.

3. İslâm Hukuku İktidarın Sınırlandırılması Konusunda Teknik Olarak Yetersiz Bir Hukuktur!

Kemal Gözler'in İslam hukukun iktidarın sınırlandırılması konusunda yetersiz kaldığını iddia etmekte ve şöyle yazmaktadır:

“(...) İslâm hukukunun iktidarın kötüye kullanılmasını önlemek ve iktidarı sınırlandırmak için getirdiği bir mekanizma yoktur”³.

Bu iddia gerçeklikten uzak bir söylemdir. Buradan anlıyoruz ki makalenin yazarı İslam hukukunda iktidarın sınırlandırılması ve siyasi meşruiyete dair yapılan çalışmalardan haberdar değildir. İslam'da iktidarın sınırlandırılması ve buna dair kavramlara aşağıda değineceğiz inşallah.

Yine yazar bu başlık altında Batı'da iktidarın sınırlandırılması için yapılan çalışmalar ve buna dair bazı teorilerden bahsederek İslam hukukunda, bu bağlamda bir çalışma olmadığını söylemiştir. Halbuki İslam hukukunda da bu bağlamda çok sayıda çalışma yapılmış

3. *Ibid.*, s.475.

ve bizzat İslam hukukunun anayasası olan Kur'an'ı Kerim referans alınarak birçok anayasal kavram tespit edilmiştir.

4. Üç Büyük Teori

Yazarında belirttiği gibi Batı'da devlet iktidarının sınırlandırılması çok uzun bir süreç sonunda ve ortaya atılan teoriler sayesinde zamanla bugün ki son halini almıştır. Kaldı ki gelişme süreci kaldığı yerden devam edecektir. İslam hukukunda ise, devlet iktidarının sınırlandırılması ve devlet karşısında vatandaşların temel hak ve hürriyetlerinin güvence altına alınması için herhangi bir teorinin geliştirilmesine gerek yoktur. Çünkü vatandaşlara ilişkin temel hak ve hürriyetler esas itibariyle Kur'an'ı Kerim'de dağınık bir şekilde yer almaktadır. Bununla birlikte bir takım hak ve hürriyetlerde yine Hz. Peygamber (s.a.v)'in sözlü ve kavli sünnetinde yer almıştır. Ancak bunların düzenli ve belli bir kurala bağlı olarak bu günkü haliyle sistematik bir şekilde düzenlenerek uygulandığı söylenemez. Fakat iktidarın siyasi meşruiyeti, sınırlandırılması, şura, istişare, biat ve Allah ve Resulüne götürme gibi birçok kavram üzerinde çok sayıda çalışma yapılmıştır.

5. Montesquieu: Kuvvetler Ayrılığı Teorisi

Kemal Gözler, kuvvetler ayrılığı konusunda şöyle yazıyor:

“Batı hukukunda 1748 yılında kuvvetler ayrılığı teorisi geliştirilirken, İslam hukukunda aynı yıllarda acaba benzer bir teori geliştirilmiş midir? Hayır. Devlet iktidarının sınırlandırılması ve temel hak ve

hürriyetlerin korunması konusunda Batı hukukunun Montesquieu'sü var; İslam hukukunun kimi var?"⁴

Yukarıda da belirttiğimiz gibi İslam hukukunda gerekli tüm değer ve haklar Kur'an ve sünnette yer aldığı için İslam hukukçularının yeni bir teori üretmesine gerek kalmamıştır. Ancak devlet iktidarının sınırlandırılması ve insan haklarının korunmasına dair tespitler için çok sayıda çalışma ortaya konmuştur. "İslam hukukunun kimi var?" sorusuna cevap vermek gerekirse; Biz burada sadece bu konuyla ilgili birkaç ismi saymakla yetineceğiz: İbn Teymiyye (Hilafet ve Mülk), İbn Haldun (Mukaddime), Mevdudi (Hilafet ve Saltanat), el-Maverdi (Ahkamu-s Sultaniyye), Abdüsselam Yasin, Souran Mardini, et-Ticani Abdülkadir, Abdurrahman el-Hac, el-Mutayri, Muhammed Esed ve son olarak Muhammed Muhtar Şankiti'yi eklemekle noktalıyoruz.

Yazarın "İslam hukukunda kuvvetler ayrılığı teorisi yoktur" iddiasına gelindiğinde ise; bu iddianın cevabına geçmeden önce şunu belirtmeliyiz ki Hz. Muaviye (r.a) döneminden başlayarak 14 asırdır kurulan veya kendisini İslam'a nispet eden hiçbir devlet yönetimi, İslam hukuku açısından siyasi meşruiyete sahip değildir. Bu devletlere ilk kurulan Emevî ve Abbasi devletleri başta olmak üzere son olarak yıkılan Osmanlı devleti de dahildir. Çünkü İslam devleti olarak kabul edilen tüm devletler her ne kadar iç hukuklarında kısmen ya da tamamen İslam hukukunu uygulasalar da siyasi iktidarların yönetime geliş yöntemleri itibarıyla siyasi meşruiyete sahip değildirler. Bu yüzden sadece bu

4. *Ibid.*, s.476.

devletlerin uygulamalarına bakarak İslam hukukunda kuvvetler ayrılığının olmadığını söylemek doğru bir tespit değildir.

İslam hukukunda, beşerî hukuktan farklı olarak, kuvvetler ayrılığına dair ortaya konulan tüm kavramlar anayasal bir metine dayanmaktadır. Yani hiçbiri insan düşüncesinin ürünü değildir. Bu kavramaların tamamı bütün Müslümanların kabul ettiği ortak anayasa referans alınarak ortaya konmuştur. Ancak üzümlere belirtmeliyim ki bu kavramlar çok uzun süre geçmesine rağmen kurumsal bir kimlik kazanamamıştır. Elbette bunun birçok farklı kültürel, coğrafi ve amaçsal sebepleri vardır. Bu tartışmanın konusunun bu yazı olmaması hasebiyle sadece bunun bir yönüne değinmek istiyoruz. Batıda bu teorilerin konuşulduğu ve tartışıldığı bir dönemde “ısrırcı krallık” ile yönetilen İslam ülkeleri, artık yavaş yavaş yıkılma sürecine girdikleri için Batı’da yaşanan bu gelişmelere paralel olarak, bu konuda herhangi bir gelişme gösteremeyip, tamamen devletlerini ayakta tutmaya yönelik çözümlere odaklanmış olup, aslında devletlerini ayakta tutacak olan İslam’da siyasi meşruiyet ve erkler ayrılığı meselelerini gözden kaçırmışlardır.

Son olarak şunu belirtelim ki, biz İslam’ı Hz. Peygamber (s.a.v)’in getirdiği şekliyle bütün kurallarıyla, olduğu gibi kabul etmekteyiz. Ayrıca buradaki amacımız İslam’da var olmayan bir şeyi, sırf bir yerlere yaranmak, ya da şirin görünmek için, bugün mevcut olan erkler ayrılığının onayına sunmak babında yapmıyoruz. Ortaya koymak istediğimiz şey, İslam hukukunun tamamen

kendine özgü (nevi şahsına münhasır) bir erkekler ayrılığı sisteminin olduğunu ortaya koymaktır.

a) Siyasi Otoritenin Kuruluşunda Şura (Ehlü'-Hal Ve'l Ahd)

Hz. Peygamber (s.a.v)'in vefat etmeden önce herhangi birini kendi yerine atamaması, Hz. Ebu Bekir (r.a)'in kendinden sora Hz. Ömer (r.a)'i tavsiye etmesi ve ümmetin bunu kendi rızası ile onaylaması Hz. Ömer (r.a)'in ise tüm tavsiyelere rağmen kendi yerine direk birini bırakmayarak, 6 kişilik bir heyet belirleyerek devletin başına geçecek kişinin Kur'an ve sünnette belirlenen kurallar çerçevesinde, ümmet tarafından belirlenmesini istemesi bize göstermektedir ki, İslam hukukunda devlet başkanının seçim şekli, belirli bir zamana kayıtlı, o dönem için geçerli olan seçme şekliyle kayıtlanmadığı, bizzat Şari tarafından belirlenen kurallar çerçevesinde, seçilmesi şartıyla zaman ve mekana göre seçilme şeklinin değişebileceğini göstermektedir. Aslında bu durum İslam'ın geldiği tarih itibarıyla son din olduğu ve kıyamete kadarda Allah (c.c) indinde tek geçerli din olduğunun delillerindedir. Çünkü dünya genelinde 14 asır boyunca devlet yöneticilerinin seçilme şekilleri sık sık değişikliğe uğramıştır. Bundan sonrada dünyanın ömrünün ne olacağı ve bu süre boyunca yeni devlet başkanlarının hangi usullerle seçileceğine dair herhangi bir bilgimiz bulunmamaktadır. Tamda bu yüzden, İslam hukukunda belirtilen kurallar çerçevesinde seçildikten sonra, devlet başkanının nasıl seçildiğinin bir önemi kalmamaktadır. Bu durum ümmet için bir rahmettir. En iyisini Allah (c.c) bilir.

İslam hukukuna göre devleti yönetme hakkı kimindir? İslam bu konuda açık bir görüş sunmuştur. İslam, herhangi bir baskı ve zorlama olmaksızın, karşılıklı rıza ve sözleşmeye dayalı bir seçimle yöneticinin belirlenmesini ve verilen sözün yerine getirilmesi durumunda, yine aynı yöntemle değiştirilmesini tercih etmiştir. Bu sorunun cevabı İslam'a özgün bir terim olan "Şura" kelimesidir. "Onların işleri aralarında şura iledir" (Şura, 42/38). Tarihteki çarpıtma ve belli maslahatlar gereği gerçek anlamı dışında kullanılmasını bir kenara bıraktığımızda, Şankiti'nin tanımıyla "şura ilkesi, yönetilenlerin tercihi olmadığı sürece yöneticinin meşru olmadığı ve halkın seçimine dayanmayan yönetimin ümmetin bu yönetimdeki hakkını gasp etmek anlamına geldiği şeklinde özetlenebilir."⁵

İslami siyasi şura yöntemi; "ilk başta yöneticilerini kendi anayasalarının (Kur'an'ı Kerim) belirlediği kurallar çerçevesinde özgür bir şekilde seçme, ikinci olarak bu seçimin belli bir kesimin elinde olmayıp, toplumun geneli tarafından yapıldığı, son olarak ise, yöneticiyi seçenlerin onun icraatlarını takip etme ve işini yapmadığında ya da ihanet ettiğinde onu azletme yetkisine sahip olduğudur. Şura, yönetici ile yönetilenler arasındaki ahengi sağlayan, ümmete gücünü ve dokunulmazlığını vererek onun birliğini garanti eden şeydir."⁶ Hz. Peygamber (s.a.v)'in yönetici seçmeye dair hadislerine bakıldığında, daha çok yöneticide olması gereken özelliklere dikkat çektiği, "güçlü olma, güvenilir olma, dünya malından uzak

5. Muhammed Muhtar Şankiti, *İslam Medeniyetinde Anayasal Kriz Büyük Fitneden Arap Baharına*, Çev. Muhammet Çelik, İstanbul, Mana Yayınları, 2. Baskı, 2021, s.143.

6. *Ibid.*, s.144.

durma ve yol gösterici olma” özelliklerini belirterek ve ümmeti kendi başkanını özgür iradesiyle seçmeye yöneltmiştir. “Eğer şunu seçerseniz, bunu seçerseniz...” üslubuyla tavsiyesini dile getirmesi de bunu kanıtlar niteliktedir.

İslam hukukunda devlet başkanının seçiminde icma şart koşulmamış olup, büyük çoğunluğun sağlanması yeterli görülmüştür. Bunun ilk örneği de Hz. Ebu Bekir (r.a)’in başkan olarak seçilmesinde kendini göstermiştir. Kaldı ki icmanın aranması pratik olarak ta mümkün değildir.

“İbn Teymiyye’nin de gözlemlediği üzere, Raşid halifeleri meşru devlet yöneticisi yapan şey, insanların geneli tarafından seçilmiş olmalarıydı. Oysa düzenle uyum içinde olmaya çalışan fukuhanın çoğu bunu göz ardı etmiştir. Zehebi, İbn Teymiyye’nin ilgili sözlerini şöyle özetliyor: ‘Eğer insanlar Ebu Bekir’in Ömer’le ilgili tavsiyesini yerine getirmeselerdi Ömer imam olmazdı. (...) Eğer Ebu Bekir’e sadece Ömer ve bir grup insan biat etseydi de sahabenin geri kalanı biat etmeseydi, Ebu Bekir bu şekilde imam olamazdı. O ancak insanların genelinin biatıyla imam olmuştur. (...) Ebu Bekir’in Ömer’i öneren vasiyeti ise, onun ölümünden sonra insanların Ömer’e biat edişini tamamlayıcı bir faktör olmuş ve böylece Ömer imam olmuştur.’”⁷

Şura konusundaki son sözü ise Şankiti’ye bırakıyoruz:

“Sözün özü, halkın özgür ve bilinçli bir şekilde seçimi olmaksızın İslam’da yöneticinin meşru olamayacağı

7. *Ibid.*, s.147.

şeklindedir. Özgür ve bilinçli bir seçim ise ancak iktidar makamının el değiştirmeye açık olması ve ehliyet sahibi kişilerin tehdit ve baskı altında kalmadan özgürce bu makama seçilebilmesiyle mümkündür. Böylece sağlanacak olan bu akışın semeresi ise yönetenlerin iradesi ile halkın iradesinin bir araya gelmesidir. Şu hadisi şerifte buna işaret etmektedir: İmamlarınızın iyileri, sizi seven ve sizin tarafınızdan sevilenlerdir. Onlar sizin için hayır diler, sizde onlar için hayır dilersiniz. İmamlarınızın kötülere ise, sizden nefret eden ve sizin nefret ettikleriniz, size lanet eden ve sizin lanet ettiklerinizdir (Sahihu Müslim). Yöneticilerle yönetilenler arasındaki bu irade birliği, devlet gücünün en önemli kaynağıdır.”⁸

b) Temsil Zorunluluğu

“Onların işleri aralarında şura iledir” (Şura-38). Dolayısıyla söz konusu “işlerden” kasıt ister devlet başkanı seçimi olsun ister diğer işler olsun, bu işler ve alınan kararlardan etkilenen herkes görüş bildirme hakkına sahiptir ve ümmetin ferdi olan herkesin görüşü eşittir. Ancak “şura”da herkesin bulunması ve herkesin katıldığı, doğrudan görüş bildirdiği bir istişare ortamının gerçekleştirilmesi olanaksızdır.

İslami referans metinler ve İslami referans vakıaları, görüş bildirmek için imkansızlığın meydana geldiği ve doğrudan temsilin mümkün olmadığı durumlarda yine bize, kendine has bir çözüm yöntemi ortaya koymaktadır. Hz. Peygamber (s.a.v) ikinci Akabe biatın da, biat için gelen Ensar ekibinden düzenli bir temsil heyeti oluşturdu. Gelen sahabeler den on iki kişilik bir

8. *Ibid.*, s.148.

grubu seçerek onları “nakib”(vekil) tayin etti. Bir kişiyi de “nakibü'n-nükeba”(başvekil) seçerek onların başkanı yaptı. Ayrıca bunu yaparken de temsilde adalet ilkesine dikkat ederek, on iki vekil arasından dokuzu Hazrec, üçü de Evs'ten seçmişti. Çünkü Hazrec büyük, Evs ise küçük bir kabileydi. Nitekim buna benzer bir durumda Huneyn savaşı sonrasında Hevazın kabilesi esirlerinin serbest bırakılması durumunda da meydana gelmişti.

“O halde şunu söyleyebilmeliyiz ki, siyasi temsil meselesi İslam'da özgün bir konuma sahiptir. Buradaki temsil, asıl hak sahibinin yerine geçmek veya ona alternatif olmak değil, ona vekalet etmektir.”⁹

c) Biat (Siyasi Sözleşme)

Biat, İslam devletinde idare edenle idare edilenler arasında yapılan, seçim veya bağlılık karakteri taşıyan sosyopolitik akid. (TDV) Maverdi'ye göre biat, karşılıklı rızaya ve sözleşmeye dayanır, zorlama ve baskıya değil.¹⁰ Bu tanımlardan da anlaşılacağı üzere biat, Türkiye'de algılandığı gibi körü körüne bağlılık değildir. İslam devletinde yaşayan ümmet açısından biat, Raşid halifelerin döneminde olduğu gibi, yönetenin Allah'ın kitabına ve Peygamber'inin sünnetine bağlı kalarak ülkeyi yöneteceğine dair verdiği söz üzerine kurulan bir sözleşmedir. Tamamen yöneticiye meşruiyetini veren fiili bir durumdur. Halbuki Batı, İslam'daki bu siyasi toplumsal sözleşmeye çok uzun zaman sonra “toplum sözleşmesi” teorisi ile ancak ulaşabilmiştir. Yani İslam'daki biatın, Batı hukukundaki görünüm şekli yüz

9. *Ibid.*, s.150.

10. Ebu'l-Hasan Habib el-Maverdi, *El-Akkamü's-Sultaniyye (İslam'da Devlet ve Hilafet Hukuku)*, Çev. Ali Şafak, İstanbul, Bedir Yayınları, 2020, s.34.

yıllar sonra ortaya çıkan toplumsal sözleşmedir. Her iki durumda da halklar kendi haklarından vazgeçmemektedirler, sadece haklarını daha sistematik bir şekilde elde etmek için organize olmaktadır.

“İslam’daki meşru siyasi biatın ilk şartı, tıpkı diğer sözleşmelerde olduğu gibi bu sözleşmenin de seçme hürriyetine dayanmasıdır. Çünkü sözleşme düşüncesi, herhangi bir zorlamayla bağdaşmaz. Resulullah (s.a.v)’in şu hadisi de bu durumu edebi bir üslupla ifade etmektedir. “Kim bir imama biat ederse, elini uzatıp onunla tokalaşsın, kalbinin meyvesini ona versin ve gücü yettiğince ona itaat etsin.” (Müslim-1472) Buradaki “elini uzatıp tokalaşma” ve “kalbinin meyvesini ona verme” ifadeleri, biatın ancak gönül rızasıyla ve içeriği net olan açık sözleşmeyle yapılacağına dair kesin bir delildir.”

“Biatın şartlarından biri de tüm sözleşmelerde olduğu gibi, sözleşmeye katılan taraflardan herhangi birinin aldatma ve saptırmaya başvurmamasıdır. Aldatma, saptırma ve yanlış beyanda bulunma gibi durumlar, sözleşmeyi meşru olmaktan çıkarır ve bu aldatılan tarafın sözleşmeye bağlı kalma yükümlülüğünü ortadan kaldırır. Örneğin siyasi yönetim makamına aday olan kişi insanlara yalan söyler ve siyasi yeterlilik şartlarıyla ya da çalışma deneyimiyle ilgili yanlış beyanatta bulunursa, hem halkın sözleşmeye bağlı kalma yükümlülüğü ortadan kalkar, hem aldatan kişi bu makamda bulunma hakkını kaybeder ve hem de halkın genel maslahatına zarar verdiği için bu kişi cezalandırılır.”

“Biat karşılıklı rızaya dayalı bir sözleşme olduğu için, sözleşmenin doğasına ve sözleşmeye katılanların şartlarına uygun olarak, sözleşmenin feshedilmesi

mümkündür. Hâkim el-Mutayrî'nin de gözlemlediği üzere “şeriatta, feshi mümkün olmayacak şekilde bir devamlılığı zorunlu kılan hiçbir sözleşme yoktur. (...) İmamet sözleşmesi de feshi mümkün olan diğer sözleşmeler gibidir.”

“Biat hususundaki temel İslam’i metinler de tıpkı şura konusundaki temel İslam’i metinler gibi geneli muhatap alan bir üsluba sahiptir. Yani biat uygulaması özel bir toplumsal tabakaya değil toplumun geneline has kılınmıştır.”¹¹

İslam’daki itaat, mutlak bir itaat olmayıp, şartlı bir itaattir. Bu itaatin iki şartı vardır. Birincisi meşruiyet, ikincisi ise şeriata (İslam hukukuna) uygun olmasıdır.

Elbette ki konunun ayrıntıları olan, biat eden ile biat edilen tarafların her ikisinin de sözleşmenin meşru olması için gerekli olan ehliyet şartlarına sahip olması gerekliliğidir. Doğal olarak bunlar İslam devleti fiili olarak kurulduğu zaman konuşulacak ve yazılacak şeylerdir.

d) Müşavereli (İstişare) Hükümet Sistemi

Biz buradaki “İstişare” kavramı ile “Şura” kavramın birbirinden farklı olarak değerlendirilmesi gerektiğini düşünüyoruz şöyle ki; “Onların İşleri aralarında şura iledir”¹² ayetinde ki şura'nın yukarıda açıkladığımız, şekilde belirli vasıfları taşıyan hem temsil hem denetim hem de Kur’an ve sünnetin belirlediği sınırlar çerçevesinde yasama görevi olan bir kurul olduğudur. İstişarenin ise, “...Onları affet, onların bağışlanmasını

11. Şankı, *op. cit.*, s.151-156.

12. *Kur’an-ı Kerim*, Şura Suresi, 42/38.

dile, iş hakkında onlara danış, karar verince de Allah'a güven, doğrusu Allah kendisine güvenenleri sever."¹³ Ayeti kerimesindeki peygambere hitaben yapılan, ancak ümmetinde onu örnek alarak bir danışma meclisi ya da kurulu şeklinde kullanacağı bir kurum olduğu düşüncesidir.

Nitekim Raşid halifelerin dördü de işlerinde ve yasama meselelerinde ümmetin ileri gelen sahabeleri ile istişare etmeden karar almazlardı. Hz. Ebu Bekir (r.a)'ın usulü şöyleydi: Bir muamele ile karşılaştığı zaman, derhal Kur'an'da bu gibi mesele hakkında bir hüküm bulunup bulunmadığını araştırırdı. Kur'an'ı Kerim'de bu hususta herhangi bir hüküm bulamazsa, o zaman da Resulullah (s.a.v)'in böyle bir muameleyle karşılaşmış karşılaşmadığına bakardı. Karşılaşmış ise Hz. Resul'ün bu hususta verdiği hüküm ve meseleyi nasıl karara bağladığını incelerdi. Eğer sünnet-i seniye de herhangi bir hüküm bulamazsa, o zaman, onlarla istişare eder, ona göre meseleyi halleder ve karar verirdi. Hz. Ömer (r.a)'da böyle yapardı.

O dönem için şura ve istişare heyetlerinin net bir şekilde birbirinden ayrılmamış olması ya da kurumsal bir kimlik kazanmamış olmaları, bugün bunun yapılmayacağı anlamına gelmemektedir. Ayrıca bu heyette bulunanlar görüş ve fikirlerini tam bir serbestlik içinde ifade etmekteydiler. Bu husustaki siyasi görüşü anlamak için Hz. Ömer (r.a)'ın şu hutbesi yeterlidir:

"Allah (c.c) arkadaşımın sonra sizi benimle, beni de sizinle imtihan edecektir. Allah!a yemin olsun ki sizden

13. *Kur'an-ı Kerim*, A-li İmran, 3/159.

biri, işi için yanıma geldiğine o esnada bu işin üstesinden gelecek kimseler yanımda bulunsunlar. Allah'a yemin olsun ki iyi olurlarsa ben de kesinlikle onlar için iyi olurum. Şayet kötü davranırlarsa ben de onları üstesinden gelirim.”¹⁴

e) Allah ve Resulüne Götürme (Bağımsız Yargı)

Allah ve Resulüne götürme ilkesi hem itikadi hem de kanuni yönüyle diğer ilkelere nazaran çok büyük önem arz etmektedir. Bu ilke, Kur'an'da çeşitli yerlerde geçmekle birlikte, bizim ele alacağımız norm yönüyle yönetenle yönetilenler arasındaki ilişki bağlamında geçmekte ve her iki tarafın da bir birine karşı, ilişkisinde tabi olması zorunlu olan bir görev olarak belirlenmektedir Allah (c.c) yöneticiye emanet ve adaleti emrettikten sonra, yönetilenlere de meşru siyasi otoriteye itaat etmeyi emretmiş, ardından iki taraf arasında bir uyuşmazlık meydana geldiğinde tarafların uyması gereken ortak bir ilke olarak bu uyuşmazlığı “Allah ve Resulüne Götürme” ilkesini, yani güç kullanma ya da heva ve hevesine göre başka çarelere başvurma yerine Kur'an ve sünnetin hakemliğine başvurma ilkesini koymuş ve bunu kanunlaştırmıştır.

Daha öncede belirttiğimiz gibi İslam hukukunda ele aldığımız bu kavramların tamamı anayasal bir metin referans alınarak belirlenmiştir. Bu bağlamda; Allah (c.c) yöneticilere seslenerek “Allah size mutlaka emanetleri ehli olanlara vermenizi ve insanlar arasında

14. Ali Muhammed Sallabi, *İslam Tarihi 4: Raşid Halifeler- Hz. Ömer(r.a) Hayatı-Şahsiyeti-Dönemi*, Çev. Mehmet Akbaş, İstanbul, Ravza Yayınevi, 7. Baskı, 2020, s.111.

hükmettiğiniz zaman adaletle hükmetmenizi emreder”¹⁵ şeklindeki buyruğunu yöneltmiş; sonrasında ise halka hitap ederek “Ey iman edenler, Allah’a itaat edin, Peygamber’e itaat edin ve sizden olan emir sahiplerine de... Herhangi bir hususta anlaşmazlığa düştüğünüz takdirde, Allah’a ve ahiret gününe gerçekten inanıyorsanız, onu Allah ve Resulüne arz edin”¹⁶ diye buyurmuştur. Bu ayet aynı zamanda “emaneti yerine getirme, adaletle hükmetme, meşru otoriteye itaat, Allah ve Resulüne götürme” ilkelerinin birbiriyle irtibatını da ortaya koymaktadır.

Bu ilke aynı zamanda anayasal açıdan kanun önünde yöneticiyle halkın eşit olduğunu ortaya çıkarmakla birlikte, vahyin kaynaksal otorite olması, İslam siyasi sistemin (Halifelik Yönetim Sistemi) diğer sistemlerden ayıran önemli ayırt edici özelliklerden biridir. Ayrıca “Allah ve Resulüne Götürme” ilkesi, günümüzde İslami sistemle laik sistemi birbirinden ayıran en önemli farklardan biridir.

İkinci önemli fark ise, İslam hukukunda hakimiyet kayıtsız, şartsız Allah (c.c)’a aittir. Hâkim olan, (Hâkim-i Asli) ve (Hâkim-i A’la) Allah’tır. Asıl itaat edilmesi gereken şey de yine O’dur. Batı hukukunda ise, hakimiyet kayıtsız, şartsız halkındır. Her şey halk adına yapılır.

Yine İslam’i siyasi sistemi (Halifelik Yönetim Sistemi) diğer sistemlerden ayıran özelliklerden biride; otoriteye bağlı olan ümmetin tüm fertlerinin kendi anayasaları

15. *Kur’an-ı Kerim*, Nisa, 4/58.

16. *Kur’an-ı Kerim*, Nisa, 4/59.

olan ve bağımsız yargı olarak başvurulması zorunlu olan Kur'an'ı Kerim'i sürekli olarak okuma yükümlülüklerinin olmasıdır. Çünkü anayasalarının ilk emri "oku" dur. Kaldı ki yine bu siyasi sistem bu oku emriyle yetinmeyip, her hafta cuma günü ve yılın değişik gün ve gecelerinde kendi vatandaşlarının yönetildiği kanunları ve sahip oldukları hak ve özgürlükleri onlara öğretmektedir. Vatandaşlarının kendi yasal haklarının öğrenilmesine bu kadar önem veren başka herhangi bir hukuk sistemi henüz ortaya konmamıştır. Yani neredeyse ümmetin çok büyük bir kısmı anayasadan ve kanunlardan haberdar olarak, hak ve özgürlüklerin neler olduğunun farkında olacaktırlar. Bu da pratikte anayasal bir ihlal durumunda herkesin rahat bir şekilde bireysel hakkını kullanarak bu ihlali Allah ve Resulüne götürebilecektir.

Bu başlık altında son olarak İslam'ı siyasi sistemi (Halifelik Yönetim Sistemi) diğer sistemlerden ayıran bir özellikte; adalet anlayışının tamamen kendine has, yani nevi şahsına münhasır olmasıdır. Örneğin Türk hukuk sisteminde yakın akrabalık tanıklıktan çekilme sebebi sayılmasına rağmen, İslam hukuk sisteminde ise Allah (c.c)'ın emriyle kişinin kendi öz anne ve babasının aleyhine dahi olsa gerçekleri söyleme yükümlülüğü vardır (bkz. Nisa-135).

Sonuç olarak bu beş başlığı Mevdudi'nin diliyle özetlersek, Hilafet; "seçime dayalı hilafet" ve "şuraya dayalı hükümet" modeli olarak kurulmuş ve yürütülmüş, onda "demokratik bir ruh" somutlaşmış, "hukukun üstünlüğü" tanınmış, "kamu malı emanet olarak görülüş", ayrıca toplumsal açıdan "asabiyyete

dayanmayan bir hükümet” inşa edilmiştir. Elbette ki şunu itiraf ediyoruz ki, ilk yıllarda ümmetin birliği için, siyasi meşruiyetin feda edilmesi tüm bu bahsettiğimiz kavramların kurumsallaşmasını engellemiş ve etkin bir şekilde kullanılamamıştır.

6. Sieyes: Anayasacılık Teorisi

Makalenin yazarı Kemal Gözler bu başlık altında ise, Batı hukukunda var olan anayasacılık teorilerinden söz ederek onların nasıl değiştirileceği, bu değişimi kimin yapacağı ve bu değişimin zorluğundan bahsederek, İslam’da böyle bir çalışmanın olmadığını, bununda mümkün olamayacağını belirtmiştir.¹⁷

Daha öncede değindiğimiz gibi İslam’da hukukçuların anayasal açıdan yeni bir teori üretmelerine gerek yoktur, çünkü Şari olan Allah (c.c) 14 asır önce yerlerin ve göklerin tek iktidarı olarak, o günden bugüne ve dünyanın son gününe kadar geçerli olacak tek bir anayasayı tüm Müslümanlar (hatta tüm insanlık) için göndermiştir. Kişilerin sahip olduğu hak ve özgürlükler bakımından 14 asır önceki bir Müslüman ile bugün ya da 1000 yıl sonraki bir Müslüman arasında hiçbir fark yoktur. Aslında bu durum bu anayasanın ne kadar adil ve özenli olduğunun kanıtıdır. Ayrıca bu anayasada tanınan hak ve özgürlükler hiçbir zaman ve hiçbir kimse tarafından değiştirilemeyecektir. Bu akıl almaz bir hukuki güvence ve hukukta sürekliliğin son noktasıdır. Yani hiçbir iktidar, hiçbir zaman İslam hukukunun anayasasında ümmete verilen hak ve özgürlükleri değiştiremeyecektir.

17. Gözler, *op. cit.*, s.478-479.

Nitekim Kur'an'ı bir defa dahi baştan sona kadar okuyan her kes görecektir ki, bu anayasa devlet yönetimine ve yöneticilere yönelik getirdiği normlar çok azdır. İmani mesellerden sonra en çok üzerinde durulan ve vurgulanan, yapılması ve kaçınılması gereken şeylerdir. Elbette ki vurgulanan, bu yapılması ve kaçınılması gerekli olan şeyler, bu günkü deyimle hak ve özgürlükler başlığı altındadır. Ancak bu anayasada hak ve özgürlükler dağınık bir şekilde ayetler arasına serpiştirilmiştir. Sadece yapılması gereken bu hak ve özgürlüklerin, emir ve yasakların ortaya konulması işidir. Bu durumda yazarın İslam hukukuna yönelttiği temel hak ve özgürlüklerin anayasal açıdan korunmadığı eleştirisi havada kalmaktadır. Hatta yazara göre hak ve özgürlüklerden çokça bahseden ve yasama organı tarafından değiştirilmesi zor olan anayasaların, daha iyi olduğu savı doğrultusunda bile, İslam hukukunun anayasası birinci sıraya oturmaktadır. Çünkü bu anayasa dünyanın sonuna kadar hiçbir kimse tarafından değiştirilemeyeceği gibi, hak ve özgürlüklerden de en çok bahseden anayasa konumundadır. Elbette ki bu hak ve özgürlüklerin yazarın ya da Batı hukukunun kabul ettiği hak ve özgürlükler olması gerekli değildir. Çünkü bu hukuk sisteminin, kendine özgü hak ve özgürlükleri vardır. Bunun yanı sıra dünyanın da kabul ettiği insani ortak hak ve özgürlüklerde bulunmaktadır.

Bu hak ve özgürlükleri ortaya koyan yazarlardan biri olan, Mevdudi bunların bir kısmını şöyle sıralamıştır;

“1-Can Emniyeti Hakkı (İsra-33)

2-Mülkiyetin Korunması Hakkı (Bakara-188, Nisa-29)

3-Haysiyet ve Şerefın Korunması Hakkı (Hucurat-11,12)

- 4-Özel Hayatın Gizliliği (Nur-27, Hucurat-129)
- 5-Zulme Karşı Sesini Yükseltme Hakkı (Nisa-148)
- 6-İyiliği Emretme ve Kötülükten Menetme Hakkı (Maide-78,79, Araf-165)
- 7-Toplanma Hürriyeti (A'li İmran-104,105)
- 8-İnanç ve Düşünce Hürriyeti (Bakara-191,256, Yunus-99, E'nam-108)
- 9-Herkesin Kendi Fiilinden Sorumlu Olma Hakkı (E'nam-164, İsra-15, Fatır-18)
- 10- Suç Sabit Olmadan, Suç ile İtham Edilememe Hakkı (Hucurat-6, İsra-36, Nisa-58)
- 11-Eşit Muamele Hakkı (Kasas-4)
- 12-İfade Hürriyeti
- 13-Günah İşlemekten Kaçınma Hakkı
- 14-Devlet İşlerine Katılma Hakkı
- 15-Adalete Erişim Hakkı
- 16-Kişi Özgürlüğü Hakkı"¹⁸

Bu sayılan hak ve özgürlükler dışında daha birçok hak ve özgürlük anayasal güvence altına alınmış olmakla beraber, Batı hukukunun insanı bir makineden ibaret görmesinin aksine, biz bir matematik formülünün ya da bir mekanizmanın yeterli olmadığını düşünüyoruz. Hak ve özgürlükleri korumaya yönelik bir matematik ve mekanizmanın yanında aynı zamanda bir ahlaki değer ve vicdani sınırlayıcı öğretilerinde olması gerektiğini kabul ediyoruz. Nitekim İslam hukuk sistemi bunların tamamını aynı anda bize sunmuştur.

7. Kelsen: Normlar Hiyerarşisi Teorisi

Yazara göre Batı hukukunda var olan normlar hiyerarşisi, hem “norm sıralama” hem bir “norm üretimi”,

18. Ebu'l A'la Mevdudi, *Hilafet ve Saltanat*, Çev. Ali Genceli, İstanbul, Hilal Yayınları, 2021, s.49-55.

hem de bir norm denetimi ve geçersizleştir-mesine ilişkin hususları içerdiği'dir. Bu Batı hukukunda var olan ve genel olarak iyi işleyen bir sistemdir.¹⁹

Ancak bir kere daha anlıyoruz ki, yazar İslam hukuku hakkında çok az ve yüzeysel bir bilgiye sahiptir. Ayrıca İslam hukuku başlı başına bir sistem olduğu için kaçınılmaz olarak Batı hukukunda var olan bazı kavram ve mekanizmalar İslam hukukunda olmayacağı gibi, buna karşılık bu görevi sağlayan başka kavram ve mekanizmalar da olabilir. Ayrıca ben bu makaleyi okuduğumda yazarın yaptığı şeyin sadece iki hukuk sisteminin karşılaştırılması olduğunu düşünmüştüm, halbuki makaleyi okudukça yazarın çoğu zaman Batı hukuku kavramlarıyla İslam hukukunu yargıladığını gördüm. Aslında yapılması gereken şey her iki hukuk sisteminin kavram ve mekanizmalarını ortaya koyarak bir karşılaştırma yapmaktı. Halbuki yazar genel olarak Batı hukukundan bir kavram getirerek sürekli olarak eksik bilgilerle İslam hukukunu yargılamaya çalışmıştır.

Konumuza dönecek olursak, İslam hukukunda bir normlar hiyerarşisi vardır. Bunun ilk sırasında Kur'an yer almaktadır. Kur'an'da nas ile sabit olan bir mesele için artık başka bir kaynağa başvurmaya gerek yoktur. Ancak burada yer almayan bir mesele için ikincil olarak sünnete başvurulur. Sünnette "emir" ve "haber" şeklinde ikiye ayrılarak, Kur'an'dan sonra sünnette emredilen şeyler yasa hükmündedir. İcma ise, Kur'an ve sünnette olmayan bir mesele hakkında yapılan oybirliğidir. Yani icma ile alınan karar Kur'an ve sünnete aykırı olamaz.

19. Gözler, *op. cit.*, s.479-481.

Ancak günümüz itibariyle icma imkânsız hale gelmiştir. İçtihat her ne kadar geneli bağlamama gibi bir özelliği olsa da bu daha çok Batı hukukunda ki “kanun boşluğunu doldurma” gibi bir görev görmektedir. İslam hukukunun geçerli olduğu bir yerde daha önce bahsettiğimiz “şura” ve “Allah ve Resulüne Götürme” ilkelerinin kurumsallaşması durumunda artık herkesi bağlayıcı kararlar bu kurumlardan çıkacaktır. Ayrıca bunun yanında Devlet Başkanı ve yürütme heyeti de Kur’an ve sünnete aykırı olmaması şartıyla, çizilen yasal çerçevede kural koyma hakları olacaktır. Nitekim Raşid halifeler döneminde bunun çok sayıda örneği vardır. Böylece içtihad, daha çok yargı alanında hakimler tarafından kullanılacak bir yol olacaktır. Yine İslam’da norm üretiminin olmadığı eleştirisi havada kalmıştır. Evet İslam’daki norm üretimi sınırlı olup, Kur’an ve sünnetin çizdiği çerçeve dışına çıkamaz. Elbette ki İslam hukukunda Kur’an ve sünnete yer alan normları değiştirme gibi bir durum söz konusu değildir. Ancak bu lanse edildiği gibi bir dezavantaj olmayıp, tam tersine büyük bir avantajdır. Çünkü bu İslam’ın geldiği günden, dünyanın son gününe kadar tüm Müslümanlar aynı hak ve özgürlüklere sahip olacak, temel olarak aynı üst normlar tarafından yargılanacak ve bu normlardan sorumlu olacaklardır. Bu da hiçbir zaman ve hiçbir hukuk sisteminde olamayacak adil ve eşitlikçi bir durumdur.

Norm denetimi olmadığı sorunsalına geldiğimizde ise, bunun da yine haklı bir eleştiri olmadığını anlıyoruz, çünkü ilk derecelerde verilen yargı kararları başta olmak üzere, alınan ve yürütülen tüm kararlar bir üst normun

denetimine tabidir ve hiçbir Kur'an ve sünnete aykırı olamayacaktır. Bu denetimi de görev dağılımına göre "Şura" ya da "Allah ve Resulüne Götürme" ilkesinin kurumsal bünyesinde yapılacaktır. Yani bu günkü ismiyle Anayasa Mahkemesi tarafından yapılacaktır.

Bu kapsamda İslam hukukunun durağan olduğu söylemi de yerinde değildir. Her hukuk sistemi gibi İslam hukuk sistemi de dinamiktir. Anayasasının değiştirilemez olması onun durağan olduğu anlamına gelmez. Bu sadece hak ve özgürlükler ile itikadi konuları tartışma konusu yapmadığının kanıtıdır. Buda İslam hukukunun kendisine özgü yapısı ve kendine özgü hak ve özgürlükler tanımlamasıdır. Bunun dışında elbette İslam hukukçuları zamanla karşılına çıkan yeni olaylar karşısında İslam hukukuna özgü çözümler bulacaktır. Nitekim tarihi süreç bize bunu açık bir şekilde göstermiştir. Zaten yazarda İslam hukukunun çok zengin bir hukuk olduğunu ifade etmektedir. Bu çıkarımdan yola çıktığımızda bile durağan hukukların zenginleşmesi mümkün değildir. Bu itibarla İslam hukuku gayet dinamik bir hukuk sistemidir.

8. Bir "İde" Olarak Hukuk ve Bir "Mekanizma" Olarak Hukuk Ayrımı

Yazar bu başlık altında İslam hukukunu "ide" (fikir) olarak çok iyi bir hukuk olduğunu, ama uygulama ve devletin sınırlandırılması açısından ise zayıf olduğunu, bunun kanıtı olarak da günümüzde İslam hukukunu

kısmen uygulayan devletlerde yaşanan olayları örnek göstererek temellendirmek istemiştir.²⁰

Daha önce de belirttiğimiz gibi İslam bir bütündür, parçalı bir şekilde ya da içinden birkaç normu çekip uygulayarak İslam hukukunun uygulandığını iddia etmek doğru değildir. Nitekim Allah (c.c) bir bütün olarak İslam'a girmemizi emretmektedir. Yine Allah (c.c) Yahudi'ler üzerinden dinin bir kısmını alıp, bir kısmını bırakmayı kınamaktadır. Bu açıdan şu an dünya üzerinde İslam hukukunu bir bütün halinde uygulayan herhangi bir ülke yoktur. Ayrıca yukarıda ayrı başlıklar halinde belirttiğimiz İslam hukukunun kavramlarını dikkate alan herhangi bir ülkede bulunmamaktadır. Yani İslam hukuku açısından şu an da dünya üzerinde siyasi meşruiyete sahip bir devlet yönetimi yoktur.

Şimdi İslam hukukuna göre meşru olmayan, şura ilkesini dikkate almayan, çıkan ihtilafları Allah ve Resulüne götürmeyen bir devlet nasıl olurda İslam'ı ve İslam hukukunu temsil ettiğini söyleyebiliriz!

Ancak tarihte uygulanmamış olması (Raşid halifeler dönemi hariç) ve bugünde kendini İslam'a nispet eden ülkeler tarafından uygulanmaması, İslam hukukunu "sözde hukuk" ya da "görünüşte hukuk" yapmaz. Yapsa yapsa değeri bilinmeyen ve uygulanmak istenmeyen bir hukuk yapar. Nitekim insanlığın geldiği son durumda bunu kanıtlar niteliktedir.

20. *Ibid.*, s.481-482.

9. İslam Hukukunun Diğer Yetersizlikleri!

Yukarıda İslam hukukunun kuvvetler ayrılığına, anayasacılık, normlar hiyerarşisi, yargı bağımsızlığı, fren ve dengeler sistemi, anayasa yargısı ve kendine özgü yapısı hakkında kısmen gerekli açıklamaları yaptık. Şimdi ise yazarın İslam hukukuna yönelttiği iki eleştiriye cevap vermeye çalışacağız, çaba bizden başarı Allah (c.c)'tandır.

a) İslam Hukukunda Yapısal Olarak Belirsizlik

Yazar Kur'an, sünnet ve İcmada belirsizlik olmadığını, ancak buradaki normların sınırlı ve donuk olduğunu (bu duruma dair açıklamalar yukarıda yer almaktadır), kıyas yolu ile norm üretiminin çok farklı sonuçlara sebep olduğunu belirterek bununda bir eksiklik olduğunu ifade etmiştir.²¹

Halbuki daha önce İslam hukukunun uygulandığı bir ülke olması durumunda "Şura", kurumsallaşmış "Allah ve Resulüne Götürme" ve devlet başkanının böyle durumlarda yeknesaklığı sağlayacağı, kıyas yolu ile üretilen normların ise olaya özel olacağını, bunun bir benzerinin aslında Batı hukuk sisteminde "Hâkimin Boşluk Doldurması" şeklinde yer aldığını, bunun gayet normal bir durum olduğunu belirtmiştik.

Her ne kadar yazar tarafından hakimlerin birbirinden farklı sonuçları elde etmesi bir eksiklik olarak lanse edilmişse de hiçbir hukuk sistemi bunu bir eksiklik olarak kabul etmemektedir. Çünkü dinamik hukuklarda

21. *Ibid.*, s.485-494.

21. *Ibid.*, s.492-494.

bu kaçınılmazdır. Böylece hukuk donukluktan kurtularak, bir dinamizm elde eder.

Ayrıca bu belirsizlik ve aynı normdan farklı sonuçlar elde etme bütün hukuk sistemlerinde var olan bir şeydir. Türk hukuk siteminde yargıç bir normu uygularken tereddütte kaldığı zaman farklı yorum türlerine başvurarak (tarihsel, amaçsal, lafzi, meclis tutanakları gibi) bir sonuç elde etmeye çalışır buna rağmen diğer yargıçlardan farklı bir sonuca ulaşabilir. Örneğin Antalya Vergi Hâkimi olarak görev yaptığım sırada davacı, davalı ve konusu bire bir aynı olan bir olay hakkında üst yargı mercii olan Danıştay 4. Dairesi farklı bir karar verirken, aynı dava hakkında Danıştay 7. Dairesi ise tam zıt bir karar vermektedir. Yazarın da bildiği gibi bu örnekleri çoğaltmak mümkündür.

Kaldı ki uygulamada yargıçların normu farklı sebeplerden ötürü farklı yorumlayarak, ayrı sonuçlara ulaşması gayet normaldir. Nitekim Batı hukukunun uygulandığı ülkemizde üst mahkeme konumunda olan Danıştay ve Yargıtay'ın içtihadi kararları vardır. Bu kararlar bazen belli bir süre uygulandıktan sonra tekrar değişebilmektedir. Hatta aynı daire içinde iki farklı heyet kurulduğu zaman, her iki heyetin tarafları ve konusu aynı olan davalarda bile farklı içtihatları uyguladığı olmaktadır. Bundan doğan zararları en aza indirmek için bu yüksek mahkemeler "İçtihadı Birleştirme Kararı" şeklinde yeni bir içtihad yaparak yeknesaklığı sağlamaya çalışmaktadırlar. Bütün bu açıklamalardan anlaşılmaktadır ki, yazarın buradan İslam hukukuna bir eksiklik izafe etmesi doğru ve hukuk uygulamaları ile bağdaşır nitelikte değildir. Çünkü bu bir eksiklikten

ziyade hukuk üretiminin ta kendisidir. Ayrıca her ne kadar İslam, Allah (c.c) tarafından indirilmişse de bunu uygulayacak ve yaşayacak olanlar insanlar olduğu için, uygulamada bazı aksaklıkların olması ve diğer hukuk sistemleriyle ortak yanlarının bulunması gayet normaldir.

b) İslam Hukukunun Kamu Hukuku Açısından Fakir Olması!

Öncelikle bir hukuk siteminde İdare hukuku alanında büyük hacimli kitapların olması, o hukuk siteminin gelişmiş ya da zengin olduğunun göstergesi değildir. Aksine, çok hacimli kitapların olması İdare hukukunun çok sık değiştiği, idareye dair sıkı kuralların olduğunu ve bu kapsamda bir kafa karışıklığının bulunduğunu göstermektedir. Yazar daha önce anayasalarda İdare hukukuna dair normların az yer almasının anayasalar açısından olumlu bir özellik olduğunu belirtmişti. Burada ise tam aksi bir yorum ile bu alanda detaylı ve hacimli düzenlemelerin olmayışını bir eksiklik olarak yansıtmış, kendisi açısından bir çelişkidir.

İslam hukukunda gerek Kur'an'da gerek sünnette idare hukukuna dair az sayıda düzenleme olduğu, Raşid halifeler döneminde bunun biraz daha zenginleştiği açıktır. Kanımızca İslam hukukunda, İdare hukuku alanında çok sayıda düzenlemenin olmaması, Kur'an ve sünnette belirtilen normlar çerçevesinde idarenin düzenlenmesi ve işleyişi, zamanla gelişecek durumlara ve ümmetin gelişen yaşam koşullarına bırakılmıştır. Buda zamanla edinilecek tecrübeler ve idareye dair bir birikime gereksinim duymaktadır. Aslında burada

ümmete büyük bir hareket alanı bırakılmıştır. Nitekim Allah (c.c) geçmiş ve geleceği bildiği için bu ümmet açısından bir rahmet olmuştur.

İkinci bir sebep olarak, İdare hukukunun gelişmeye başladığı 19. yüz yılda artık ortada İslam hukukunun uygulandığı bir devlet kalmamıştı. Bu yüzden İdare hukuku alanında İslam hukukunda, idari alanda hatırı sayılır bir birikim olmamıştır. Çünkü idari alan tamamen yönetime dayalı bir birikim olarak ortaya çıkar ve gelişir. Elbette ki Osmanlı Devleti'nin İdare hukuku alanında var olan birikimini görmezden gelmiyoruz. Ancak bu birikim günümüz İdare hukuku alanıyla karşılaştırıldığında yeterli bir seviyede değildir. Siyasi meşruiyete sahip ve İslam hukukunun uygulandığı bir ülke olduğu zaman, bu alanda da çok hızlı bir şekilde örnek devlet uygulamaları da dikkate alınarak gerekli seviyeye ulaşılacaktır.

10. Bir "Tuzak Hukuk" Olarak İslam Hukuku!

Yazarın, Türkiye'de birçok insanın aklında İslam hukukunu uygulama isteğinin olduğu tespiti kanaatimce de doğrudur. Ancak bu sayı son yıllarda kendini Müslüman olarak tanımlayanlar arasında dahi oldukça gerilemiştir. Ancak yazarın Türkiye'de İslam hukukuna geçiş yapılması için hazırlıklar olduğu görüşü bizce yerinde bir tespit değildir, aksine Batı hukukuna yönelim daha da artmıştır. Türkiye'de açılan İlahiyat Fakültelerinin ve öğretim üyelerinin fazla oluşu dahi yazarın bu tespitini haklı çıkarmak için yeterli değildir. Ayrıca Türkiye'deki bu fakültelerin kuruluşları, eğitim sistemleri, müfredatları ve yönetimlerinin tamamı Batı

hukukuna göre dizayn edilmektedir. Bütün eğitim hayatını Batı hukuk sistemine göre aldıktan sonra, sadece 4 yıl (o da Türkiye eğitim sisteminde) İlahiyat Fakültesi okuyarak, İslam hukuku alanında yeterli bir seviyeye ulaşmayı beklemek, hayatın gerçekleriyle bağdaşmamaktadır. Yani hukuki bir değimiyle “hayatın olağan akışı”na aykırıdır. Elbette ki burada kendini geliştiren, bu alanda yetkin olan, Türkiye’deki İslam hukukçularını kast etmiyoruz.

Bizde Türkiye’de şu anki haliyle İslam hukukunun uygulanamayacağı düşüncesinde yazarla aynı yerdeyiz. Ancak bizim sebebimiz yazarın dile getirdiği sebep ve endişelerden tamamen farklıdır. Biz ülke vatandaşlarının gerek itikadi gerek yasal bağlamda İslam hukukunu bilmediklerini ve bu hukuku yaklaşık olarak hayatlarının yüzde doksan beşinde uygulamadıklarını, ayrıca çoğunun sözde İslam’ı kabul ettiklerini, fiili olarak ise İslam’ı red ettiklerini düşünüyoruz. Bu yüzden bilmedikleri bir hukuk ile yönetilmek hem vatandaşlar hem de yönetenler açısından içinden çıkılmaz bir hal alacaktır.

Bu bağlamdaki kastımız İslam hukukunun uygulanabilirliğinin olmaması meselesi olmayıp, hukuku uygulayacak kurum, kişi ve hukukun uygulanacağı vatandaşların bu hukuk sistemini bilmemeleridir.

11. Türkiye’de İslam Hukukçusu var mı?

Yüz yıldır Batı hukukunun uygulandığı ve bu hukuka göre yönetildiği bir ülkede, hatta bir dönem İslam’i değerlerden ve yaşam tarzından dahi söz etmenin yasak olduğu, eğitim, öğretim, yaşam, yargılama, yönetim, idare ve yasalarının tamamının Batı hukukun-

dan alındığı bir yerde, İslam hukukçusunun çıkmasını beklemek adeta “öküz altında buzağı aramak” olsa gerek. Buna rağmen ülke vatandaşlarının belirttiğimiz şekliyle İslam hukukunu azda olsa kabul edip uyguladıklarında, gerek şu an mevcut öğretim üyeleri arasında, gerek akademi camiası içerisinde olmayıp, ancak İslam hukukçusu olan çok sayıda insan ortaya çıkacaktır. Kaldı ki yazarda kendi kriterlerine göre Türkiye’de akademik alanda 5 hukukçunun olduğunu kabul etmektedir. Bunlar sadece Türkiye eğitim sistemine göre belirlenen kişilerdir. Dediğimiz gibi akademi camiası içerisinde yer almayıp, bu alanda hatırı sayılır hukukçuda mevcuttur.

12. İkili veya Çoklu Hukuk Sistemi Bir Çare mi?

Biz yazarın savunduğu gibi çoklu hukuk sisteminin kökünden kesilip atılmaması gerektiği, en azından üzerinde düşünölmeye değer olduğu, bu alanda bazı çalışmaların yapılarak, hatta pilot bazı uygulamaların yapılması gerektiğini düşünöyoruz. Nitekim İngiltere 5 şehirde Şeriat Mahkemelerinin sınırlı yargılama yapmasına izin vererek bu konuda bir adım atmıştır.

“(...)Modern hukukumuzun kişilerin dini inançları veya kültürleri doğrultusunda bir yaşam sürmelerini engelleyen bir yanı yoktur.(...)”²²

Yazarın bu iddiası karşısında, Türkiye’de yaşayan 45 yaş üzeri vatandaşlar ile son 100 yılımıza dair bir, iki kitap karıştıran herkes bunun ne kadar gerçeklikten uzak bir iddia olduğunu görecektir. Çok değil daha 2008

22. *Ibid.*, s.492-494.

yılında Marmara Hukuk Fakültesinde okurken, kız öğrencilerin baş örtülerini çıkarmadan derslere alınmadıklarını bizzat gördüm. Bunun dışında son 100 yıllık tarihimiz bu ve benzeri birçok olayla doludur. Hatta bu günkü mevcut iktidarın bu kadar uzun süre Türkiye'yi yönetmesinin etkenlerinden biri de dini inançlarını yaşamaya çalışan insanların karşılaştığı zorluklardır.

Kaldı ki halen dahi insanlar kendi dini inançları doğrultusunda eğitim ve öğretim görememekte, rızaları olmadığı halde ticari alanda dinlerinin yasakladığı faizli bankalara mahkûm edilmekte, devlet kontrolünde bir din anlatılmakta, giyim ve kuşamları nedeniyle aşağılanmakta ve kamu kurumlarında görev verilmemekte, yargılamaları ve sosyal hakları dini inançlarının dışında yapılmakta, dinlerinin serbest bıraktığı birçok şey yöneticiler tarafından yasalar ile yasaklanmaktadır. Bu örnekleri çoğaltmak mümkündür. Maalesef yazarın çizdiği pembe tablo doğru değildir. Şunu unutmamak gerekir ki laikliğin, en sert ve acımasız modellerinden birini Türkiye yaşamıştır.

Yazar 28 Şubat döneminde yaşanan talihsiz uygulamaların modern hukukun kötü olduğunun göstergesi olmadığını savunmasına rağmen, aynı iyi niyeti nedense İslam hukukunu iyi bir şekilde uygulamayan ülkeler için göstermemiştir.

Ayrıca yazar İslam'ı vicdana hapsederek İslam ile hukukun ayrı olduklarını savunmuştur. Yine bu düşüncesinde de isabetli değildir. Çünkü İslam, Hıristiyanlık gibi tamamen vicdani bir din değildir.

Nitekim bu tespiti Türkiye’de Diyanet İşleri Başkanlığına karşı açılan bir davada Anayasa Mahkemesi de gerekçeli kararında vurgulamıştır. İslam ahiret hayatını düzenlediği gibi, dünya hayatına yönelikte çok sayıda düzenlemeler içermektedir. Bir din düşünün ki, evinizin içinden başlayarak (Nur Suresi-58), kazancınızı nasıl elde ettiğinizi ve nereye harcadığınızı, insanlar ile olan ilişkilerinizi, sosyal hayatınızı, işlediğiniz suçlara verilecek cezaları, evlilik hukukundan tutun, mirasın dağılımının nasıl yapılacağını düzenlemesine rağmen, bir hukukçu tarafından din ile hukukun farklı olduğu ayırımına tabi tutulsun.

Şankı’ın diliyle özetlersek, “İşin gerçeği İslam dini laik bir din değildir ve İslam şeriatı da Hasan Hanef’in iddia ettiği gibi pozitivist bir şeriat değildir; çünkü İslam hukuku aynı zamanda hem dini hem medeni bir hukuktur, onu salt dini veya salt medeni hukuk olarak nitelenmek doğru değildir. Dahası, Hıristiyan kökenli bu ayrıştırıcı kavramlar İslam şeriatını kavramaktan uzak olup bir takım karikatürize kıyaslamalara yol açmaktadır, tıpkı George Tarabı’ın ‘ruhani Mekki İslam’i ve zamansal/aktüel Meddeni İslam’ (!) şeklindeki ifadelerinde yer alan kıyaslama gibi. Oysa Medeni İslam yoğun bir kanunlaştırma sürecini beraberinde getirmiş olmasına rağmen manevi tarafını da aynı zengin biçimiyle devam ettirmiştir ve yine Mekki İslam da itikadi unsurlarının bütün yoğunluğuna rağmen zengin siyasi söylemlerle dolu olmuştur. Bu çerçevede örneğin et-Ticcani Abdulkadir *Usulü’l-fikri’s-siyasi fi’l-Kur’ani’l-Mekki* adlı eserinde Mekki ayetlerdeki siyasi düşünce temellerini ortaya koymaktadır.’ İslam’daki

siyasi yapının en önemli temellerinden biri olan şura ilkesinin geçtiği Şura Süresinin Mekke’de nazil olmuş bir süre olduğunu hatırlatmak bile bu konunun özünü kavramaya yeterlidir.”²³

13. Hukukun Dine mi, Ahlaka mı İhtiyacı Var?

Elbette ki, ahlaki vasıfları olmayan bireylerin hukuka uymasını beklemek kendini kandırmaktan ibarettir. Nitekim Hz. Peygamber bunu veciz bir şekilde “utanmıyorsan dilediğini yap” diyerek dile getirmiştir. Ahlaki değerleri ve vicdanı olmayan bir kişinin dini ne olursa olsun, hukuka uyması mümkün değildir. İslam dini ise, başlı başına bir ahlaki öğretiler ve değerler dinidir. Buna rağmen bir kişinin İslam dinini kabul etmesiyle, otomatik men ahlaklı olacağını kabul etmek mümkün değildir. Çünkü dinler ve öğretiler ancak kişiye ahlaklı olma yollarını göstermektedir. Yazarın iddia ettiğinin aksine, bunun farkında olan İslam dininin yasa koyucusu Allah (c.c), müeyyide olarak sadece öbür dünyada vereceği cezalar ile yetinmemiş olup, bu dünyada da normları çiğneyen bireylere bazı cezalar öngörmüştür.

Yine bu başlık altında yazarın “(...)Türkiye’de Camide Çelik Yardım Kasaları...Pippa Bacca Anadolu’da Kaç Kilometre İlerleyebildi? Türkiye’de Take Home Exam Mümkün mü?(...)”²⁴ Başlıkları altında yaptığı eleştiriler kastının aksine, Ahlaki ve vicdani öğretilerden yoksun olan Batı hukukunun önerdiği matematik ve mekanizmanın hukuk için yeterli olmadığını kanıtlar.

23. Şankı, *op. cit.* s.449.

24. Gözler, *op. cit.*, s.497-499.

Her ne kadar yazarın verdiği örnekler kendisini İslam'a nispet eden Türkiye'de yaşanmış olsa da bunu İslam'a mal etmek mümkün değildir. Şöyle ki; Türkiye yaklaşık 150 yıldan fazladır Batı hukuk sistemine göre yönetilmektedir. Yazarın bahsettiği örneklerdeki kişiler, bütün eğitim ve öğretimleri başta olmak üzere, ticaret, sosyal hayat, kamusal alan, yargı, yasama, kültür, iletişim, ahlaki ve vicdani değerlerinin tamamı Batı hukuk sistemine göre düzenlenmiş ve bu şekilde yetiştirilmişlerdir. Sırf kuru ve içi boş bir söylem olarak kendisine Müslüman ismini takmış olmaları nedeniyle yaptıkları fiilin İslam'a nispet edilmesi adilane bir tutum olmayıp, aksine bu Batı hukukunun ürettiği, ahlak ve vicdandan yoksun bireylerin prototipleridir.

14. İslam Hukuku, Modern Hukukumuzun Çözemediği Sorunları Çözebilir mi?

Yazar gayet gerçekçi bir şekilde Türk hukuk sisteminin eksikliklerini kabul ederek, bunun zamanla üstesinden gelineceği kanaatine varmıştır. İslam hukukunun var olan sorunları çözemeyeceğini de belirtmiştir. Biz bu konuda, sonu gelmeyecek bir tartışmaya girmeyeceğiz. Sadece bizim bahsettiğimiz anlamıyla İslam hukukunun uygulanmaya başlanması durumunda ortaya çıkacak neticeye havale edip, Allah (c.c)'in İslam hukukunun uygulanmasını bize nasip edeceği bir güne kadar beklemeyi daha uygun görüyoruz.

Sonuç

Yukarıda açıklandığımız gibi İslam hukuku, sadece değerler ve ideler üzerine kurulu bir hukuk sistemi değildir. Tamamen kendine özgü bir erkler ayrılığı olan, fren ve denge mekanizmasını ön gören, bağımsız bir yargıyı inşa eden, normlar hiyerarşisi ile hayata, ekonomiye ve siyasal sisteme dair mekanizması olan bir hukuk sistemidir. Bütün bunlara rağmen, kendi değişmez değerlerine aykırı olmamak kaydıyla dünya devletlerinin geliştirdikleri faydalı gelişmelere de açıktır.

Türkiye’de uygulanma açısından ise, şuan ki toplum haliyle uygulanmasının mümkün olmadığı, bunun sebebinin de İslam hukukunun eksikliği ya da gerekli mekanizmasının olmayışından ziyade, hukukun uygulanacağı halkın İslam’i bilinç ve hukuktan çok uzak olmasından kaynaklanmaktadır. Bizce de Türk usulü İslam hukuku istenen neticeleri vermeyecektir.

Yazarın iddiasının aksine, Türkiye’de bir hukuk sistemi sorunu kesinlikle vardır. 180 yıl önce yapılan hukuk tercihi, halka rağmen yapılan bir tercihtir. Hem Osmanlı Devleti’nin son döneminde yapılan hukuk tercihi, hem de yeni kurulan Türkiye’nin yaptığı hukuk tercihi yöneticilerin tek başlarına aldıkları, halka sorma gereği dahi duymadıkları bir tercihten ibarettir. Halka rağmen, biz halk için daha iyisini biliriz mantığının işletildiği, üstten reformcu bir zihniyetin ürünüdür.

“Beka iptidadan esheldir”²⁵; tarihi olaylar bize bir kez daha göstermiştir ki, bekanın baskıcı bir yönetimden

25. *Ibid.*, s.500.

daha önemli olduğu kuralı tamamen kısa vadeli bir çözümdür. Hukukun öncelenmediği, adaletin ayakta tutulmadığı, Allah (c.c) için adil şahitler olunmadığı, baskının ve hukuksuzluğun (zulümün) birlik için feda edildiği, devletler hiçbir zaman istikrarı sağlayamamışlardır. Bunun en büyük şahitleri de maalesef ki Müslümanlardır. Çünkü Raşid halifelerden sonra ümmetin birliği için, siyasi meşruiyetin feda edildiği günden itibaren artık İslam devletleri gerekli istikrarı sağlayamamışlardır. Bu durum halen dahi devam etmektedir. Bunun en acı yanı ise, o günden (Ömer b. Abdülaziz döneminde okunmaya başlanmıştır) bugüne kadar Nahl suresi 90. ayette her Cuma günü, Allah'ın adaleti insan ayrımı yapmadan birinci sırada saymasını duyup, okumamıza rağmen, halen baskıcı yönetimi bekaya tercih etmeyi kabul etmektir. Ayrıca bir hukukçu olarak, yazarın tüm bu eleştirilerinin sonunda aynı yanılığa düşmesi beni oldukça şaşırtmıştır.

Hamd alemlerin rabbi olan Allah'a mahsustur.

Bu makaleye şu şekilde atıf yapılması önerilir:

Adem Türk, "İslam Hukukunda Erkler Ayrılığı: Kemal Gözler'in 'İslam Hukukunun Değeri' Başlıklı Makalesine Bir Cevap",
www.anayasa.gen.tr/adem-turk.pdf (Yayın Tarihi: 28 Ağustos 2024).

© Adem Türk, 2024

İletişim: adembetul13@gmail.com

Bu makale, yazarının isteği ve izniyle anayasa.gen.tr'de
Kemal Gözler tarafından yayınlanmıştır.

Ana Sayfa: www.anayasa.gen.tr

E-Posta: kgozler1@hotmail.com
