

Hukukun Kökeni Sorunsalına Rasyonalist-Doğal Hukuksal Bir Bakış: Ebu Hanife -Aşkın Değerler ve İdeler ile Pozitif Hukuk Arasındaki İlişkinin Evrensel Niteliği-

Muharrem KILIÇ (*)

I. Giriş

Tarihsel süreçte hukuk, doğasında içkin bulunan dinamizm ve devingenliğe paralel biçimde bir oluş ve evrilme süreci içerisinde var olagelmıştır. Bir anlamda 'bugünün hukuku, geçmişin hukukundan geleceğin hukukuna bir geçişi' temsil eder.⁽¹⁾ Bu dinamik yapının temelinde, hukukun toplumsal yaşam ile olan varoluşsal ilişkisi yer almaktadır. İşlevselliği açısından, toplumsal yaşamı düzenlemeyi amaçlayan bir normlar bütünü olması yönüyle hukuk, sosyal değişim olgusunun bir gereği olarak tanımlanması konusunda farklı yaklaşımların doğmasına zemin hazırlamıştır. Kant'ın ifadesiyle 'hukukçular hala hukukun tanımını aramaktadırlar'.⁽²⁾ Ancak hukuk kavramı, 'adalet, düzen, ve sosyal gereksinimlerin karşılanması' işlevlerini içerir biçimde "adalete yönelmiş bir toplumsal yaşam düzeni" olarak tanımlanabilir.⁽³⁾

Hukukun tanımlanması, kökeninin ve işlevinin belirlenmesine ilişkin yürütülen zihinsel çabalar, insanlık için ortak bir kültürel zemin oluşturmaktadır. Hukukun kökenine ilişkin farklı kuramsal yaklaşımlar var olmakla birlikte, temelde toplumsal yaşamı düzenleme amacı

noktasındaki işlevsel birliktelik, hukuk kavramının tanımlanması ve kökeninin belirlenmesi çabalarının ortak bir alanda yürütülmesine imkan tanımıştır. Tarihsel ve modern hukuk sistemlerinin tümünde -seküler ya da dinsel nitelikli olsun- köken sorunsalı kadim bir tartışma alanı olarak varlık kazanmıştır. Nitekim hukuk kavramına herhangi bir niteleme ya da aidiyet ifadesi eklemeksizin kaleme aldığımız tebliğimizin konu başlığı da, bu anlayışı yansıtır niteliktedir. Diğer hukuk sistemleri ile olan bu işlevsel ortaklık, benzer sorunlar düzeneğinin, Müslümanların kendi tarihsel dönemlerinde ürettikleri hukuk kültürü için de geçerli olduğunu ifade etmemize olanak sağlamaktadır. Bu bağlamda farklı kuramsal yaklaşımlar ortaya çıkmakla birlikte bunların belirli ortak nitelikleri temelinde sınıflandırılması mümkündür. Bu kadim sorunsal, toplumsal yaşamın bir gerekliliği olarak insanlık tarihinde var olan hukuk kavramı ile birlikte ortaya çıkmıştır. Zira, toplumsal ilişkileri düzenleyecek olan hukuk kurallarının, meşruiyeti ve bağlayıcılığı hukukun kökenine ilişkin öne sürülen kuramlarla yanıtlanmaya çalışılmıştır. Bir anlamda hukukun kökenine ilişkin bu kuramlar,

(*) Dr., Araştırma Görevlisi, Sakarya Üniversitesi İlahiyat Fakültesi.

(1) Aral, Vecdi, Hukuk ve Hukuk Bilimi Üzerine, s. 145.

(2) Gözübüyük, Şeref, Hukuka Giriş ve Hukukun Temel Kavramları, s. 5.

(3) Bkz., Çağıl, O. Münir, Hukuka ve Hukuk İlmine Giriş, s. 23. Aral, Vecdi, age., s. 13.

hukukun ontolojik ve epistemolojik düzlemde temellendirilmesi çabalarıdır.

Konunun ele alınışında öncelikli olarak, hukuk tarihinde hukukun kökeni konusunda ortaya çıkan kuramsal yaklaşımlara kısaca değineceğiz. Daha sonra sunulan bu teorik bilgiler ışığında İslam coğrafyasının yetiştirmiş olduğu büyük hukuk teorisyeni ve uygulayıcısı olan Ebu Hanife'nin konuya ilişkin yaklaşımını ele alacağız. Ebu Hanife'nin hukukun kökeni konusundaki yaklaşımının rasyonalist nitelemesi ile sunulmasının yerindeliğinin altını çizerken, bu hukuk anlayışının pozitif hukukla aşkın değerler arasındaki evrensel ilişkinin yadsınmaz gerçekliğini de ortaya çıkardığını ifadelendirmeye çalışacağız. Burada rasyonalist nitelemesi, Batı felsefe geleceğindeki akıl merkezci kuramsal yaklaşımlara karşılık gelir bir biçimde kullanılmamıştır. Daha çok, İslam hukuk tarihinde 'aklılığı' ya da orijinal deyişle 'rey' merkezli düşünüş biçimini vurgulayıcı bir biçimde ifade edebilmek için böyle bir kavramsal tercihte bulunulmuştur. Ayrıca, Ebu Hanife'nin hukukun kökeni konusundaki yaklaşımlardan rasyonalist doğal hukuksal kurama benzer bir tutuma sahip olduğu yönündeki kanımız da bu tercihin temel nedenini oluşturmuştur. Hukukun kökenini bilinçli bir iradede ya da pür Tanrısal iradede mi, yoksa irade dışında arayan yaklaşımlardan rasyonalist karakteri baskın olan 'doğal hukuksal' kuramda mı aradığını tartışma konusu yapacağız.

II. Hukukun Kökeni Konusundaki Yaklaşımlar

Hukukun kökeni kavramı, tüm insanlığın ortak akıl ve vicdanında adalet,

doğruluk ve ve hakkaniyete ilişkin oluşan hukuksal kanıları deyimler. Toplumların belleklerinde yer eden bu hukuksal inançlar ve kabullerin somutlaştırılmasında bir araç olarak, hukukun kaynakları karşımıza çıkmaktadır. Hukukun kaynakları, pozitif hukukun varlık kazanabilmek ve yürürlüğe girebilmek için büründüğü biçimleri ifade eder.⁽⁴⁾ Dolayısıyla, köken ve kaynak kavramları arasında temel bir ayrılık söz konusudur.

Hukukun kökeni, dayanağı, temeli ya da maddi kaynağı konusunda farklı teorik yaklaşımlar olduğunu görmekteyiz. Doğal hukuk, ilahi hukuk ve hukuksal pozitivizm gibi kuramlar hukukta köken sorunsalını çözümlenmeye dönük yaklaşımlar olmuşlardır. Hukukun kökeni konusunda ortaya çıkan bu yaklaşımlar, salt teorik kaygıların değil, dönemin birey, toplum ve devlet ilişkilerinin düzenlenmesinde ortaya çıkacak belirleyici çerçevenin meşruiyet zeminini oluşturma gibi siyasal kaygıların da bir ürünüdür. Bu kuramları başlıca iki ana gruba ayırabiliriz. Bunların ilkinin, hukuku bilinçli bir iradenin ürünü olarak gören yaklaşımlar oluşturmaktadır. İkincisini ise, hukukun kökenini irade dışında arayan yaklaşımlar oluşturur.⁽⁵⁾

A. Hukukun Kökenini Bilinçli İradede Arayan Yaklaşımlar

Hukukun kökenini bilinçli bir iradede arayan bu yaklaşımların temelde birbirinden ayrılmalarına rağmen, tek bir başlık altında sınıflandırılmalarına esas oluşturan ortak yön, her bir kuramın bir irade ürünü olarak ortaya çıkmasıdır. Hukukun kökeni olarak kabul edilen

(4) Bkz., Çağıl, O. Münir, age., s. 94. Aral, Vecdi, age., s. 94.

(5) Bkz., Gözübüyük, Şeref, age., s. 15. Bilge, Necip, Hukuk Başlangıcı, s. 184.

iradelerdeki değişkenlik ise, bu kuramların ayrıışan yönlerini belirtmektedir.⁽⁶⁾

1. Tanrısal İrade Kuramı

Köklerini antikitede bulabileceğimiz iradeci hukuk kuramlarının ilk şeklini tanrısal irade kuramı oluşturur.⁽⁷⁾ Tüm varlıklar gibi hukukun da Tanrı tarafından yaratıldığını ve onun iradesine bağlı olduğunu öngören bu kuram, dinsel bir doğal hukuksal yaklaşım olarak nitelendirilebilir. Bu kurama göre, toplumsal düzeni belirleyen pozitif hukuk kurallarını belirleyen irade tanrısal bir iradedir.⁽⁸⁾ Hukukun kökeni konusunda Kitab-ı mukaddes ve Kur'an'ın benimsemiş olduğu kuramın, tanrısal irade kuramı⁽⁹⁾ olduğunu ileri sürmek ise genelleme ve indirgemeci bir yaklaşımın yanılgısıdır.

2. Kişisel İrade Kuramı

Hukukun kökenini egemen olan siyasal gücün iradesinde ya da devlet iradesinde arayan bir kuramdır. Hukukun varlığını siyasal güç ile tanımlayan bu yaklaşım, totaliteryen devlet anlayışını besleyen bir kuramsal yaklaşımdır.⁽¹⁰⁾ Bu yaklaşım biçiminin iradeci pozitivizm ve normcu pozitivizm olmak üzere iki ayrı kuram olarak ortaya çıktığını görmekteyiz. Hukukun kökenini devletin ya da egemen gücün iradesinin oluşturduğunu öne süren iradeci pozitivizme göre, hukuk verili irade tarafından konulmuş olan (vaz' edilen) bir normlar sistemidir. Normcu pozitivizme göre hukuk kendiliğinden oluşan bir şey de-

ğil, başka hukuk normları (temel norm/Grundnorm) ile varlık kazanan bir normlar bütünüdür.⁽¹¹⁾

3. Genel İrade Kuramı

Toplumsal sözleşme kuramı olarak da bilinen bu kuram J. J. Rousseau (1702-1778) tarafından geliştirilmiştir. Bu kurama göre hukuk, insanların birbirleri ile uzlaşan iradelerinin bir ürünüdür. İnsanlar uzlaşma sonucunda oluşturmuş oldukları bu hukuk kurallarına uyma konusunda bir ödev bilinci geliştirmişlerdir. İnsanlar doğal yaşamdan toplumsal yaşam evresine geçerken bir takım hak ve özgürlüklerinden bu sözleşmeye bağlı olarak vaz geçmişlerdir. Hukuk kurallarının özgür insanlar arasında eşit koşullara dayanarak yapılan bu toplumsal sözleşmede temellendiği öngörülmüştür.⁽¹²⁾

B. Hukukun Kökenini İrade Dışında Arayan Yaklaşımlar

Hukukun kökenini belirli bir iradede aramanın yanlışlığını öne süren bu yaklaşıma göre, hukuk doğada ya da toplumun belleğinde var olan bir olgudur. Hukukun toplumsal yaşamı düzenleyen kurallar biçiminde ortaya çıkış sürecinde bireyin etkinliği yalnızca var olanın açıklanmasıdır.⁽¹³⁾

1. Doğal Hukuk Kuramı

Doğal hukuk düşüncesinin hukuk felsefesi tarihinin her döneminde var olduğunu gömekteyiz. İnsanların yürürlükteki hukukun (pozitif hukukun) üstünde

genel, soyut ve değişmez nitelikli hukuk arayışına bir cevap olarak doğal hukuk akımları var olagelmışlerdir. Doğal hukuk adalet, eşitlik ve özgürlük gibi apriorik nitelikli etik değerler temelinde kuramsallaşan bir hukuktur.⁽¹⁴⁾ Olan ile olması gereken hukuk arasındaki düalizm üzerine kurulu olan doğal hukuk kuramı, hukuk idesinden pozitif hukuka giden yolu ifade eder.⁽¹⁵⁾

Doğal hukukun belli tarihsel dönemlerde farklı yorumlanmış biçimlerinin olduğunu görmekteyiz. Hukuk felsefesinde bu tarihsel dönemlerin üçlü bir sınıflamayla ele alındığı görülmektedir.

a. İlk Çağda

İnsanların zihinsel ürünleri ile düşünce ve kültür düzeyleri arasında paralel bir gelişimin varlığı söz konusudur. Her kuram kendi tarihsel koşulları çerçevesinde belirli sorulara yanıt aramak amacıyla ortaya çıkmıştır. Bu çerçevede ilk çağda da tabiat felsefesine dayanan bir doğal hukuk anlayışının olduğunu görmekteyiz. Bilinçli, amaçlı, değişmeyen ve yanılmayan bir doğa düzeni anlayışı, bütün düşünce alanları üzerinde egemen olmuştur. Doğanın bir parçasını oluşturmuş insan topluluklarının ilişkilerini düzenleyen yasaları da doğa düzenine hakim olan kurallar düzenler. Hukuksal düzen evrene ya da doğaya egemen olan düzenin bir parçası olarak değerlendirilmiştir. Hukuksal düzene ilişkin olarak doğanın koymuş olduğu bu kuralların kesin ve değişmez nitelikli yasalardan ibaret olduğu kabul edilmiştir.⁽¹⁶⁾

b. Orta çağda

Doğayı yaratan ve idare eden bir Tanrı kavramının egemen olduğu orta çağda, hukuksal olay ve emirler Tanrının buyrukları olarak algılanmıştır. Zaman ve mekana bakılmaksızın yürürlüğü söz konusu olan bu tanrısal buyrukların hukuk kurallarını oluşturduğu anlayışı egemen olmuştur. Böylece, doğal hukukun tanrısal hukukla eşleştirildiği görülmektedir.⁽¹⁷⁾ Dinsel nitelikli bu doğal hukuk anlayışının en önemli temsilcilerinden biri Aziz Augustinus'tur (354-430). Hukukun dinden ibaret olduğunu öne süren Augustinus'a göre hukuk, "Tanrının iradesinin ifadesi olan ebedi bir kanundur". Bu kuramın diğer önemli temsilcisi olan Thomas Aquinas (1226-1274) ise, beşeri kanunların ebedi ve ilahi olan yasalara uygun olması gerektiğini öne sürer. Böylece Aquinas hukukun kökeninin beşeri iradeye değil, ilahi iradeye dayandığını öne sürmüştür.⁽¹⁸⁾

c. Yeni çağda

Teolojik nitelikli doğal hukuksal anlayışın onyedinci yüzyılın başlarında etkinliğini yitirdiğini görmekteyiz. Hukukun kökenini ya da yaratıcı kaynağını ilahi iradede aramak yerine, genel ve soyut olan beşeri akılda aramak gerektiği öne sürülmüştür. Tüm insanlar için geçerli ve evrensel hukuksal ilkelerin varlığı kabul edilmekle birlikte, bunun kökeni akılda aranmıştır. Bu doğal hukuk kuramının önde gelen temsilcisi Hollandalı hukuk bilimcisi Hugo Grotius (1583-1645) olmuştur. İnsanlığın tümü

(6) Bilge, Necip, age., s. 184.

(7) Gözler, Kemal, Hukuka Giriş, s. 188.

(8) Bkz., Gözübüyük, Şeref, age., s. 15. Bilge, Necip, age., s. 184.

(9) Gözler, Kemal, age., s. 188.

(10) Bilge, Necip, age., s. 185.

(11) Gözler, Kemal, age., s. 189-191.

(12) Bilge, Necip, age., s. 185-186. Gözübüyük, Şeref, age., s. 16.

(13) Bilge, Necip, age., s. 186-187.

(14) Bkz., Çağıl, O. Münir, age., s. 401. Güriz, Adnan, age., s. 149. Öktem, Niyazi, Hukuk Felsefesi, Hukuk Sosyolojisi, s. 52.

(15) Aral, Vecdi, age., s. 43.

(16) Hirş, Ernest, Hukuk Felsefesi ve Hukuk Sosyolojisi Derstleri, 74-78.

(17) Hirş, Ernest, age., 78-79.

(18) Gözler, Kemal, age., s. 196-197.

için geçerli olan apriorik nitelikli evrensel ve değişmez ilkeler insanın akli ve sosyal doğasından kaynaklanır. Grotius'a göre bu temel ilkelerin başında 'söze bağlılık/ahde vefa' (pacta sunt servanda) esas yer alır. Bu ilkelerden diğer bazıları ise şunlardır: 'kişinin kendi kusuru ile meydana gelen zararı ödemesi ilkesi'; 'Her insana hak ettiği cezanın uygulanması ilkesi'; 'başkasına ait olan şeyin geri verilmesi ilkesi'. Evrensel nitelikli olan bu ilkeler göz önünde tutularak pozitif hukukun üretilmesinin gerekliliği öngörülmüştür. Grotius, doğal hukukun beşer aklının bir emri niteliğinde olduğunu ve insanın akli ve sosyal doğasına aykırı olan her şeyin ahlaki anlamda kötü olduğunu ve Tanrı tarafından da yasaklandığını öne sürer. İlahi iradenin de doğal hukuka bağlı olduğunu öne süren Grotius, doğal hukuk ilkelerinin matematiksel aksiyomlar gibi değişmez ve değiştirilemezliğinin altını çizer.⁽¹⁹⁾

2. Tarihsel Hukuk Kuramı

Friedrich Carl von Savigny'nin (1779-1861) kurucusu olduğu tarihsel hukuk ekolünün savunduğu bu yaklaşıma göre, hukukun kökeni bilinçli bir iradede değil halk ruhunda (volksgeist) var olur. Dilin gelişimine benzer biçimde hukuk, halk ruhunda bilinçsiz bir biçimde oluşup gelişen bir fenomendir. Bu bağlamda Savigny, kanunlaştırma/kodifikasyon etkinliklerine halk ruhundaki bu doğal gelişimi bozduğu gerekçesi ile karşı çıkmıştır.⁽²⁰⁾ Savigny hukukun temel kaynağını örf ve adet hukukunun oluşturduğunu ve icthatlarla

geliştiğini öne sürer. Örf ve adet hukukunun manevi ögesini ise, halk inancı ya da halk ruhu oluşturur ve hukuku devlet değil halk ruhu yaratır. Tarihsel süreç içerisinde doğal gelişimini sürdüren hukukun kodifikasyonu, hukukun gelişim dinamiğine aykırı düşer.⁽²¹⁾

3. Sosyolojik Hukuk Kuramı

Hukukun kökenini toplumsal olgularda ya da toplumsal gerçeklikte arayan bu akıma göre, hukuk pozitif hukuktan daha geniştir. Devletten önce var olan toplumsal düzenin kaynaklık ettiği hukuk yine devletten bağımsız olarak varlığını sürdürür. Hukukun farklı alanlarına ilişkin -örneğin aile hukuku- kurumların toplum düzeni içerisinde varlık kazanmasından sonra hukuk kuralları yaratılır.⁽²²⁾

III. Ebu Hanife'nin Hukukun Kökeni Sorunsalına Yaklaşımı

A. Hukukun Kökenine İlişkin Kuramsal Yaklaşımın Teolojik/Değersel Temelleri

(Değer-Hukuk ya da Din-Hukuk İlişkisi)

Bir değer teorisi içermeyen hukuk felsefesinin ya da değer kaygısı gütmeyen bir hukuk konseptinin yetersizliği yadsınamaz bir gerçektir. Nihai amaç olarak insani değerleri gerçekleştirmeyi hedefleyen hukuk, biçimsel ya da formal bir kalıp olmanın ötesinde, insani değerlerle bezeli bir içeriğe sahip olmak durumundadır.⁽²³⁾ Zira, hukuksal meşruiyetin köklerinin yer ettiği zemin değerler alanıdır. Toplum vicdanında huku-

kun bağlayıcılığını ve meşruiyetini temellendiren ve perçinleyen tinsel gücün kaynağının da değerler alanı olduğunda kuşku bulunmamaktadır. Bu değerler alanının temel kaynak ya da kökenlerinden birini de din kavramının oluşturduğunu ifade edebiliriz.

Nitekim tarihsel süreçte müslüman toplumların yaşamış oldukları coğrafyalarda ürettikleri hukuk kültürünün kökeninde en genel anlamıyla insani değerleri içeren dinsel değerler yer almıştır. Bu dinsel değerler, doğal hukuk kuramının adalet, eşitlik ve özgürlük gibi apriorik nitelikli etik değerleri kuramsallaştıran bir hukuk anlayışını öngörmektedir. Yine bu dinsel değerler, müslüman toplumun oluşturduğu pozitif hukuk kültürüne yön veren doğal hukuksal bir arkaplan ya da referans zemini oluşturmuştur. İslam tarihinin yetiştirdiği büyük hukuk bilginlerinden biri olan Ebu Hanife'nin hukuk anlayışı da bu doğrultuda şekillenmiştir. Bu bağlamda Ebu Hanife, 'din-hukuk' ya da 'değer-hukuk' ilişkisinin çerçevesinin belirlenmesinin, formüle edilen hukuk anlayışı için bir önkoşul olması nedeniyle, teolojik konuları içeren monografilerinin birinde temel bir ayırma gitmiştir. Ona göre, din kesinlikle değişmez bir niteliğe sahip iken, hukuk tarihsel süreç içerisinde sürekli olarak değişime açık, dinamik bir olgu olmuştur. Ebu Hanife din kavramının, Allah'ın birliğine, peygambere ve ahirete iman gibi inanç ilkelerini kapsadığını öne sürer. Diğer yandan hukukun ise, insanların ameli yükümlülüklerini içerdiğini belirtir. Nitekim peygamberlerin getirmiş oldukları dinlerin özsel anlam-

da farklılık arzetmediğini, yalnızca hukuk sistemlerinin tarihsel ve sosyal değişime koşut olarak birbirlerinden ayrıldıklarını ifade etmiştir.⁽²⁴⁾ Ebu Hanife'nin din ile hukuk arasında yapmış olduğu bu kesin ayırımdan, onun değerbağımsız bir hukuk anlayışına sahip olduğu düşüncesinin çıkarılması mümkün değildir. Bu ayırım, doğal hukuksal kuramların temel dayanağını oluşturan 'olan hukuk'-'olması gereken hukuk' ayırımını anımsatmaktadır. Ebu Hanife'ye göre dinsel alan ya da değerler alanı değişmez apriorik ilkeleri içerirken, pozitif hukuk toplumsal şartlara koşut olarak değişir. Bu yönüyle de, Ebu Hanife aşkın değerler veya ideler ile pozitif hukuk arasında kurulan bu ilişkinin evrensel niteliğini vurgulamaktadır.

Yine bu bağlamda Ebu Hanife'nin din-hukuk ayrışmasına temel oluşturan, teolojik kuramında yer alan bir diğer konu ise, inanç ya da iman ile amel/eylem arasındaki ilişkidir. İnanç ya da iman ile amel/eylem arasında zorunlu bir ilişkinin olmadığını öne süren Ebu Hanife, insani eylemin ya da davranışların kişinin inancını olumlu ya da olumsuz biçimde etkileyen bir unsur olmadığını belirtmiştir. Kişisel davranışlar ya da eylemlerin varlığı zorunlu olarak değerlere ilişkin bir inanç doğurmaz. Bunun tersine, kişinin değerlere inancı beşeri eylem ve davranışların o değerler düzleminde biçimlenişine yol açar.⁽²⁵⁾

'İyiliğin' araştırılması etkinliği olarak tanımlanabilecek olan hukukun sürekli bir biçimde toplumsal ilişkiler bağlamında daha iyi çözümlerin izini sürüyor olması gerekmektedir. Etik değerler te-

(19) Güriz, Adnan, *Hukuk Felsefesi*, s. 189-191.

(20) Gözler, Kemal, *age.*, s. 199.

(21) Öktem, Niyazi, *Felsefe, Sosyoloji, Hukuk ve Devlet*, s. 307.

(22) Gözler, Kemal, *age.*, s. 200.

(23) Gürbüz, Ahmet, *Hukuk ve Meşruluk*, s. 68.

(24) Bkz., Ebu Hanife, *el-İlim ve'l-Müteallim (İmamı Azam'ın Beş Eseri içinde) çev. Mustafa Öz*, s. 12-13. Hasan, Ahmad, *The Early Development of Islamic Jurisprudence*, s. 7.

(25) Bkz., Ebu Hanife, *el-Fıkhü'l-Ekber (İmamı Azam'ın Beş Eseri içinde) çev. Mustafa Öz*, s. 57. Yavuz, Yusuf Şevki, "Ebu Hanife", *mad. DİA*, X, s. 141.

melinde geçerlilik kazanan her bir hukuk kuralı evrensel değerler doğrultusunda bir işlev görmeye yönelmek durumundadır.⁽²⁶⁾ Bu evrensel değerlerin ya da 'iyi'nin belirlenmesi konusundaki ('hüsn-kubh' konusu) kuramsal yaklaşımlar, İslam hukukunun kökeni tartışmalarının yürütüldüğü ana eksenini oluşturmuştur. Bu doğrultuda, 'iyi'nin arayışı içinde olan hukukun kökeninin belirlenmesinde aklın rolünün tartışılması temel tartışma konusunu oluşturur.

Sözlükte 'hüsn' kavramı, güzellik ve iyilik anlamlarını içerirken, 'kubh' kavramı, kötülük ve çirkinlik anlamlarına gelmektedir.⁽²⁷⁾ Terminolojide hüsn, bilgi gibi bir olgunluk niteliğini içeren ve insanın değerini yükselten nitelikleri deyimlerken; kubh cehalet gibi bir eksiklik niteliğinin gerektirdiği özellikleri ifade eder. Yine insan doğasına uygun olan ve onun amaçlarına uygun düşen nitelikler ya da şeyler -adalet, iyilik, doğruluk vs.- güzeldir/hüsn'dür. Bunun tersine insan doğasına uygun olmayan ya da aykırı olan şeyler ise, -yalan ve nankörlük gibi- çirkindir/kubh'tur. Bu anlamda iyi ve kötünün dinsel bir bilgiye başvurulmaksızın, akıl yoluyla bilinebileceği konusunda görüş birliği söz konusudur.⁽²⁸⁾ Ancak, dini bilgi/vahiy olmaksızın aklın beşeri eylemlerin iyilik veya kötülük niteliklerini belirlenmesindeki rolü -hukukun kökeni sorunsal-temel tartışma konusunu oluşturmuştur. Yine vahyi bilgi formunda ortaya çıkan normların özünde içkin olan iyilik niteliğinden ötürü mü, yoksa, bu tür bir formda ifadelendirildiği için mi, hüsn

niteliğine sahip olduğu -benzer biçimde yasaklayıcı normlar da- konusu bu bağlamda tartışılan ana konulardandır.⁽²⁹⁾

Hukukun kökenine ilişkin olan bu temel tartışmanın taraflarını Mutezile, Eşariyye ve Maturidiyye'den oluşan kelim ekollerini oluşturmaktadır. Bunlardan Mutezile ekolüne göre, güzellik/hüsn ve çirkinlik/kubh nitelikleri eşya ve fiillerin özünde var olurlar. Aklın bu nitelikleri keşfedebilmesi için vahyi bilgiye gereksinim duymadan rasyonel bir zorunluluk veya araştırma ya da deneyim sonucu olarak anlayıp kavrayabileceğini savunurlar. Örneğin, doğru sözlülüğün iyi/hüsn, yalanın ise kötü/kubh olması gibi. İyilik ve kötülüğün akıl tarafından kavranmadığı ya da akla gizli kaldığı durumlarda vahyi bilgiye başvurulabilir. İyilik ve kötülüğe ilişkin daha sonra gelen vahyi bilginin akli bilgiyi onaylayıcı türde olacağını ileri sürerler. Akli bilgi ile iyi/hüsn olduğu kabul edilen bir eylem, vahyi bilgi tarafından da normatif bir biçimde yapılması istenen bir emir niteliğindedir. Buna karşın, akli bilginin kötü/kubh gördüğü eylem ise, yine vahyi bilginin yapılmasını istemediği ve cezai yaptırımını gerektiren bir eylemdir.⁽³⁰⁾

Bu konuda tartışma taraflarından bir diğeri olan Eşari ekole göre, eşya ve fiillerde iyilik/hüsn ve kötülük/kubh özsel nitelikler olmadığı için, bunların akıl tarafından kavranabilmesi imkanı yoktur. Bu niteliklerin belirlenmesinde vahyi bilginin açıklamasına gereksinim vardır. Zira vahyi bilgi ile iyiliği belirlenen ya da emredilen şeyler iyidir/hüsn. Yine vahyi bilgi ile kötü veya çirkin olarak

nitelenen veya yasaklanan şeyler de kötü ya da çirkindir. Bu noktada vahyi bilgiye dayanan hükümleri anlamada aklın araçsal bir rolü söz konusudur.⁽³¹⁾

Hanefi ekol tarafından benimsenmiş olan diğer yaklaşımın temsilcisi olan Maturidi ekolüne göre, eşya ve fiillerde aklın kavrayabileceği özsel iyilik/güzel-lik ve kötülük/çirkinlik vardır. Vahyi bilgi bu özsel niteliği ortaya çıkarır ve bunu bir norma dönüştürür. Vahyi bilgi fiilleri güzel oldukları için isterken, kötü olanları da kötü oldukları için yasaklamıştır.⁽³²⁾ Maturidi ekole göre akıl davranışların ya da fiillerin güzellik veya çirkinliklerini kavrayabilir; ancak, vahyi bilgi olmaksızın bu fiillere normatif değer -vacip, haram gibi- yükleyemez. Aklın kavrayış gücünün sınırlı oluşu ve aklın eğitim, öğretim, kültürel altyapı ve duygular gibi bir çok değişken faktörün etkisiyle değer hükmü verme konusunda yanlabileceğini öne sürerler.⁽³³⁾

Maturidi ekolün sistematize ettiği teolojik kuramın ön habercisi olan Ebu Hanife, rasyonel bir 'iyi/doğru' ve 'kötü/yanlış' kuramının düşünsel temellerini atmıştır. Ebu Hanife vahyi bilgi olmasa da insanların akıl yoluyla Tanrı'nın varlığına dair bilgiye ulaşmalarının zorunlu olduğunu öne sürmüştür.⁽³⁴⁾ Ona göre 'iyi' (iman) ve 'kötü' (küfr) insanlardan bağımsız bir biçimde yaratılmış ve bu ikisi arasında yapılacak tercihte beşeri akıl özgür iradesiyle sorumlu kılınmıştır. "Allah insanları küfür ve imandan hali olarak yaratmış, sonra on-

lara hitap ederek emretmiş ve nehyetmiştir. ...Allah kullarının hiçbirini iman veya küfre zorlamamış, onları mümin veya kafir olarak yaratmamıştır. Fakat onları şahıslar olarak yaratmıştır. İman ve küfür kulların fiilleridir."⁽³⁵⁾ Ebu Hanife'ye göre, İlahi ezeli bilgi, oluşundan önce eşyanın bilgisini içerir niteliktedir. "Allah eşyayı oluşundan önce, ezelde biliyordu. O, eşyayı takdir eden ve oluşturanıdır. Allah'ın dilemesi, ilmi, kazası, takdiri, Levh-i mahfuzdaki yazısı olmadan dünya ve ahirette hiçbir şey vaki olmaz. Ancak onun Levh-i mahfuzdaki yazısı, hüküm olarak değil vasıf olarak yazılıdır."⁽³⁶⁾ Ebu Hanife ilahi ezeli bilginin varlığını kabul etmekle birlikte, bunun insanın irade hürriyeti ve davranış özgürlüğü ile çelişen bir şey olarak değerlendirmez. Bu ilahi ezeli bilginin takdiri, cebri ya da iradi değil, tavsifi olduğunu kabul eder.⁽³⁷⁾ Yine Ebu Hanife, bireyin iyilik ya da kötülük yapma konusunda bir seçim hakkı ve gücüne (istitâat) sahip olduğunu şöyle ifadelendirir: "Şüphesiz ki, kulun kendisiyle kötülüğü işlediği güç (istitâat) bizatihi kulun iyiliği işlemesi için de müsaittir..."⁽³⁸⁾

İyilik/hüsn ve kötülüğün/kubh salt vahyi bilgi temelinde anlaşılabilceğini öne süren kuramlar, metodolojik tutumlarını ve hukuk uygulamalarını da bu doğrultuda belirlemişlerdir. Bunun sonucu olarak, örneğin istihsan gibi akli temel alan icthad yöntemlerini reddetmişlerdir. Akli bilginin iyilik/hüsn ve kötülük/kubh, yararlı/maslahat ve zarar-

(26) Gürbüz, Ahmet, age., s. 101.

(27) İbn Manzur, Lisânü'l-Arab, (h-s-n) mad., XIII, s. 114-118; a.g.e., (k-b-h) mad., II, s. 552.

(28) Şevkani, İrşâdü'l-fühûl, s. 7.

(29) Sadru's-Şeria, Tavzih, I, 332

(30) Şevkani, age., s. 7.

(31) Cüveyni, el-İrşâd, s. 258.

(32) Şevkani, age., s. 9.

(33) Maturidi, Ebu Mansur, Kitâbu't-tevhîd, s. 180-183.

(34) M. M. Şerif, İslam Düşüncesi Tarihi, I, s. 284-285.

(35) Ebu Hanife, el-Fikhü'l-Ekber (İmamı Azam'ın Beş Eseri içinde) çev. Mustafa Öz, s. 56-57.

(36) Ebu Hanife, age., s. 56.

(37) Güler, İlhami, Allah'ın Ahlakiliği Sorunu, s. 90.

(38) Ebu Hanife, el-Fikhü'l-Ebsat, (İmamı Azam'ın Beş Eseri içinde) çev. Mustafa Öz, s. 38.

lı/mefsedet yönleri kavrayabileceğini öne süren kuramlar ise, istihsan ve istislah gibi akıl yürütme yöntemlerini benimsemişler ve kullanmışlardır.

B. Hukukun Kökenine İlişkin Kuramsal Yaklaşımın Metodolojik Temelleri

İslam hukuk ilmi/fıkıh, 'tafsili şeri delillerden çıkarılan şeri-ameli hükümler' olarak tanımlanmıştır.⁽³⁹⁾ Yaygın olan bu tanımlama gerçekte, yaşamın tüm alanlarını kuşatıcı bir hukuk varsayımına dayanmaktadır. Bu varsayımın gerçekliğinin olmaması nedeniyle, dinsel hukuk ve seküler hukuk ayırımının benimsenmesi ya da kişisel görüşlerin/ictihadların 'şeri delillerin' bir ifadesi olarak sunulmasına imkan tanıyacak biçimde bu delillerin kapsamının genişletilmesi sonucu ile karşılaşılacaktır. Diğer yanda Ebu Hanife'ye atfedilen fıkıh/hukuk tanımı ise şöyle ifadelendirilmiştir: fıkıh "kişinin lehine ve aleyhine olan şeyleri bilmesidir." Bu tanımlama fıkıhın, tarihsel seyrine uygun düşen bir biçimde müslüman toplumun hukuk kültürü olarak değişken ve dinamik yapısını vurgulamaktadır.⁽⁴⁰⁾ İslam hukukunun kökenine ilişkin iradeci ve pozitivist bir kuramsal yaklaşıma zemin hazırlayan yaygın ya da yerleşik fıkıh tanımının dışında, Ebu Hanife'nin fıkıh tanımını, hukukun kökenine dair genel doğal hukuksal bir çerçeve çizmektedir. Ona göre fıkıh, bireyin lehine ve aleyhine olanı yani bir anlamda 'iyi/güzel' ve 'kötü/çirkin' olanı bilme çabasıdır. Bu çaba hukukun kökenini, pozitif hukuk

formunda biçimlenen tanrısal iradede arama çabası olarak değerlendirilemez. Daha çok, pozitif hukuka köken teşkil eden değerler alanının ya da doğal hukuksal alanın belirlediği 'iyi' ve 'kötü'nün bilgisine ulaşma çabasıdır. Ebu Hanife'ye göre bu çaba, yalnızca hukuk evrenine dönük bir çaba değil, yaşamın bütününe yönelik bir etkinliktir.

Dolayısıyla Ebu Hanife'nin hukukun kökenine ilişkin öngördüğü kuramın, tanrısal irade kuramı olarak nitelendirilmesi mümkün görünmemektedir. Nitekim, Tanrısal irade kuramı metafizik bir yanının olmasına rağmen, hukuku açıklayış biçimi itibarıyla, pozitivist kuramlarla benzeşmektedir. Zira bu yaklaşıma göre hukuk, bir irade tarafından konulmuş (vaz edilmiş) pozitif hukuk olmasına rağmen, doğal hukuk kuramına göre, hukuk konulmuş bir şey ya da bilinçli bir irade ürünü değildir.⁽⁴¹⁾ Bu yüzden, onun hukuk tanımının ve hukukun kökenine ilişkin yaklaşımının rasyonel doğal hukuksal anlayış ile benzeştiğini söyleyebiliriz.

Normatif bir düzeni ifade eden hukuk, olanı değil olması gerekeni gösterir. Bu yüzden hukukun betimlediği bu düzen, gerçekleşmesi gereken ya da amaçlanan ideal bir düzeni, yani daha 'iyi' bir dünya hedefleyen düzeni deyimler. Hukukun deontolojik özelliğinin anlamını ifade eder biçimde, hukukun varlık nedeni, 'olanın' 'olması gereken' doğrultusunda belirlenmesidir.⁽⁴²⁾ Bu yaklaşımın bir göstergesi olarak, Ebu Hanife'nin hukuk doktrininin şekillenişin-

(39) Şaban, Zekiyüddin, *İslam Hukuk İlminin Esasları*, (çev. İ. Kafi Dönmez), s. 23.

(40) Aktan, Hamza, "Çağdaşlaşma Sürecinde İslam Hukuku", (İslam ve Modernleşme Sempozyumu, İstanbul 1997), s. 168-170. Bardakoğlu, Ali, "Çağdaşlaşma Sürecinde İslam Hukuku", (konu başlıklı tebliğin müzakeresi), s. 181-182.

(41) Gözler, Kemal, age., s. 188-189.

(42) Gürbüz, Ahmet, age., s. 18.

de rasyonalist doğal hukuksal bir anlayış metodolojik tutumuna egemen olmuştur.

Nitekim, Ebu Hanife hukukun kökenine ilişkin bu rasyonalist doğal hukuksal yaklaşımın metodolojik temellendirimini, hukuk uygulamasında yer verdiği akli deliller olarak adlandırılan çıkarım (istidlâl) yöntemleri ile gerçekleştirmiştir. Akli deliller, hukuk bilgininin hukuksal metinlerin (nakli deliller), genel ilke ve amaçlarını ya da düzenleme konusu yapmadığı alanları gözetererek, hukuk normlarına ulaşmada kullanılan çıkarım (istidlâl) yöntemlerini deyimler. Kıyas olarak adlandırılan bu zihinsel etkinliğin ictihad, rey, istinbat, istidlâl, istihsan, istislah, ve istishab gibi terimlerle de karşılandığını görmekteyiz.⁽⁴³⁾

Ancak kıyastan farklı olarak, daha esnek ve dinamik bir niteliğe sahip olan, ve hukuksal sorunları, hukukun ruhu, genel amacı, hikmet ve adalet ışığında hükme bağlamayı deyimleyen rey⁽⁴⁴⁾, Ebu Hanife'nin hukuk metodolojisinde merkezi bir konumdadır. Hukukun kökeni konusunda iradeci değil, rasyonel doğal hukuksal kuramının metodolojik bir yansıması olarak, rey'e başvurmuştur. Öyle ki, Ebu Hanife rey ile özdeşleşen bir hukuk bilgini olarak ün salmıştır.⁽⁴⁵⁾ Nitekim, Ebu Hanife'nin damgasını vurduğu İslam hukuk ilminin ilk gelişim döneminde hukuk alanında yorum-

lama özgürlüğünün hakim olduğu görülmektedir.⁽⁴⁶⁾

Genelde Hanefi hukuk ekolünün özelde ise Ebu Hanife'nin, hukuk metodolojisinde istihsan yöntemine yer vermeleri hukukun kökeninin belirlenmesinde akla ya da aklın iyi/güzel olarak kabul ettiklerine verdiği önemi göstermektedir.⁽⁴⁷⁾ İstihsan, Ebu Hanife'nin şahsında Hanefi hukuk ekolünün metodolojisi ile özdeşleşen bir hukuksal akıl yürütme yöntemidir.⁽⁴⁸⁾ Sözlükte, "bir şeyi iyi ve güzel bulmak" anlamında kullanılan⁽⁴⁹⁾ istihsan kavramı, 'olan ve olması gereken hukuk' düalitesi temelinde şekillenen ve bu ikisi arasında köprü kurmayı amaçlayan doğal hukuksal yaklaşımın metodolojik düzlemdeki yansımasıdır.⁽⁵⁰⁾ Nitekim hukuku değerler sisteminin bir parçası olarak kabul eden doğal hukuk kuramı 'olan ile olması gereken hukuk -değer- arasında bir köprü kurma işlevini üstlenir. Öyle ki, doğal hukuk mutlak ve soyut olan bir takım değerlerin normatif bir dile ya da biçime dönüştürülmesi çabasıdır.⁽⁵¹⁾ Terminolojide genel bir anlatımla istihsan, hukuk bilgininin bir hukuksal sorunu çözerken daha özel ve güçlü hukuksal delillere -zaruret, örf ve maslahat gibi- dayanarak genel ve yerleşik kuraldan ayrılıp hukukun genel amaçlarına uygun başka bir hüküm vermesi olarak tanımlanabilir.⁽⁵²⁾ Hukuk teorisinde ve uygulamasında sıklıkla kıyas yöntemine baş-

(43) Bardakoğlu, "Delil", mad. DİA, IX, s. 139.

(44) Hasan, Ahmad, age., s. 124.

(45) Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz., Kılıçer, Esat, *İslam Fıkıhında Rey Taraftarları*, s. 65-108, Ankara, 1994.

(46) Hasan, Ahmad, age., s. 221.

(47) Bardakoğlu, "Hüsn ve Kubh Konusunda Aklın Rolü ve İmam Maturidi", EÜİFD, s. 73.

(48) Bkz., Hasan, Ahmad, age., s. 145-146.

(49) İbn Manzûr, age., "h-s-n" mad., XIII, s. 114, 117.

(50) Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz., Bardakoğlu, Ali, "Tabii Hukuk Düşüncesi Açısından İslam Hukukçularının İstihsan ve İstislah Görüşü", EÜİFD, sy. 3, s. 111-138.

(51) Keyman, Selahattin, "Tabii Hukuk Doktrininin Epistemolojik Tahlihi", s. 32-33, AÜHFD, c. 47, sy. 1-4, 1998.

(52) Bardakoğlu, Ali, "İstihsan" mad., DİA, XXIII, s. 339.

vuran Ebû Hanife, bu yöntemle ulaştığı hükmün hukukun ruhuna, genel ilke ve amaçlarına uygun düşmediği durumlarda, daha güçlü bir hukuksal delile dayanarak istihsan yöntemini uygulamıştır.⁽⁵³⁾

Hukukun genel amaçları, pozitif hukukun şekillenmesine yön veren doğal hukuksal değerlerdir. Nitekim başta İslam hukuku olmak üzere tüm hukuk sistemlerinde pozitif hukuk için çerçeve çizecek bir üst-normlar veya tümel ilkelerin varlığını görmekteyiz. Bütün hukuk sistemlerinin evrensel ortak paylaşım alanını deyimleyen bu doğal hukuksal değerler alanı her bir hukuk sistemi için geçerliliğini sürdürür. Diğer bir ifadeyle hukuk sistemlerinin doğal hukuksal zeminde amaçsal ve fonksiyonel ortaklıkları veya evrensel birliktelikleri söz konusudur. Ebu Hanife'nin öngördüğü bu metodik araç (istihsan), pozitif hukuk alanında adalet, hakkaniyet ve eşitlik gibi tümel ilkelerin belirleyici ve yönlendirici bir işleve sahip olmasının yolunu açmıştır.⁽⁵⁴⁾ Nitekim tarihsel süreçte düşünsel ve yönemsel benzerlikle benzer kurumlara ulaşmış olan farklı toplumlarda özdeş kurumların varlığını görmekteyiz. Öyle ki, her ulusun hukukunda insanlığın ortak değerlerini yansıtan evrensel öğeler var olmuştur.⁽⁵⁵⁾

Tanrı inancına sahip olan tüm dinlerin teorik ana vurgusu özdeştir. Bunlar, inanç, ibadet ve yaşama ilişkin temel kavram olan adalettir. İlk iki ana vurgu birey-Tanrı ilişkisini düzenlerken, üçüncü temel vurgu olan adalet birey-Tanrı ve birey-yaşam (hukuk) ilişkisini düzenler. Dinin yaşama ilişkin üçüncü ana vur-

gusu olan adalet kavramı, 'evrensel hukuksal değerler' olarak adlandırılan insanlığın değersel kazanımlarını ifade eder. Tam da bu noktada 'insanlığın hukuku' ile 'dinsel hukuk' çakışmaktadır. Nitekim 'evrensel hukuksal değerler', insanlığın 'Tanrının adalet dediği şeyin' ayrıntılarının ortaya konulmasına ya da somutlaştırılmasına dönük etkinliklerinin adıdır. Hukukun ve dinin temel amacı ve vurgusu da 'adalet' dışında bir şey değildir. Bu yüzden teorik açıdan 'evrensel hukuksal değerler' ve dinsel hukukun özünde, özdeş ve ortak yaklaşımlar biçiminde değerlendirilmesi zorunludur.⁽⁵⁶⁾

Bu zorunluluğun bir sonucu olarak yapılabilecek bir değerlendirme ile, dinin ilkesel normlar düzeyinde getirdiği düzenlemelerle doğal hukuk anlayışının tarihi süreçte ortaya koyduğu evrensel ilkelerin birliğinden söz edebiliriz. Bu evrensel birliğin bilincinde olarak, Ebu Hanife'nin değerler alanı ya da din ile hukuk arasındaki ilişkiye dair öngördüğü kuramsal bakışın pozitif hukukun değişkenliğini ve dinamizmini vurgular niteliktedir. Ancak, hukukun kökeninin belirlenmesinde bu aşkın değerler ile pozitif hukuk arasındaki evrensel ilişkinin gerçekliğini de ortaya çıkarır bir hukuk anlayışına sahiptir. Değerler alanı ile pozitif hukuk arasında kurduğu rasyonel doğal hukuksal ilişkinin hukuk uygulamasında başvurduğu metodik araçlarda -istihsan gibi-, kaynak teorisinde kendisini ortaya koyduğunu görmekteyiz.

Sonuç Yerine

Hukukun kökenine ilişkin kuramsal yaklaşımlar bağlamında Ebu Hanife'nin

yaklaşımı irdelendiğinde, hukuku bilinçli bir iradenin ya da pür Tanrısal iradenin ürünü olarak görmediği ifade edilebilir. Değerler alanı ile pozitif hukuk arasındaki ilişkiye dair öngördüğü çerçevenin rasyonel doğal hukuksal bir temele dayandığını söyleyebiliriz. Din-hukuk ilişkisi, iyi ve kötü ya da güzel ve çirkinin değersel boyutunun belirlenmesi, inanç-eylem ilişkisi ve irade özgürlüğü gibi konulara ilişkin teolojik yorumları bu bakış açısını temellendirmektedir.

Ebu Hanife'nin değerler alanı ile hukuk alanı arasında kurduğu bu rasyonel doğal hukuksal ilişki, hukuk uygulamasında rey merkezli bir yöntem bilimsel bakış açısını benimsemesine yol açmıştır. Onda yaşamın dinamik ve değişkenliği karşısında gereken değişimi sağlayacak yönemsel refleksi olan bir hukuk tasavuru görmekteyiz.

Hukukun kökenine ilişkin kuramlardan olup, antikiteden günümüze kadar varlığını devam ettiren doğal hukuk kuramı, pozitif hukukun üstünde bir 'olması gereken hukuk' tasarımına sahip olmuştur. Bu doğal hukuksal tasarım, evrensel hukuksal değerleri içeren ve tüm toplumlar için ortak olan bir zihinsel vasattır. Ebu Hanife'nin hukuk anlayışının ve uygulamasının da bu doğal hukuksal perspektifi yansıtır niteliktedir. Bu perspektifle, insanlığın tarihsel süreçte edinmiş oldukları deneyimler sonucu içeriklendirdikleri evrensel doğal hukuksal ilkelerin -insan hakları, temel hak ve özgürlükler gibi- hiçbir ayırım olmaksızın tüm hukuk sistemleri için ortak olduğunun bilincine varırız. Ebu Hanife aşkın değerler ve ideler ile pozitif hukuk arasındaki bu ilişkinin evrensel niteliğini vurgulayan bir hukuk tasarımı öngörmüştür.

Sonuç olarak, hukukun kökeni konusunda Ebu Hanife, yerleşik kanının tersine, hukuku bilinçli bir iradenin ya da pür Tanrısal iradenin ürünü olarak görmemektedir. Onun hukukun kökenini irade dışında arayan yaklaşımlardan rasyonalist karakteri baskın olan 'doğal hukuksal' kurama benzer bir tutumu benimseyeceğini söyleyebiliriz. Nitekim konunun ontolojik, epistemolojik ve metodolojik temellendirimi bağlamında Ebu Hanife'ye yapılan referanslar bunu kanıtlar niteliktedir.

Bibliyografya

Aktan, Hamza, "Çağdaşlaşma Sürecinde İslam Hukuku", İslam ve Modernleşme Sempozyumu, İstanbul 1997.

Aral, Vecdi, Hukuk ve Hukuk Bilimi Üzerine, İstanbul, 1979.

Bardakoğlu, Ali, "Hüsn ve Kubh Konusunda Aklın Rolü ve İmam Matürîdi", EÜİFD, sy. 4, 1987.

-----, "İstihsan" mad., Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi, (DİA), XXIII.

-----, "Delil" mad., Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi, (DİA), IX.

Bilge, Necip, Hukuk Başlangıcı, Ankara, 1990.

Cüveyni, Ebu'l-Meâli Abdülmelik b. Abdullah, el-İrşâd ilâ Kavâni'l-edille fi usûliddîn, Kahire, 1950.

Çağıl, O. Münir, Hukuka ve Hukuk İlmine Giriş, İstanbul, 1966.

Ebu Hanife, el-Alim ve'l-Müteallim (İmam-ı Azam'ın Beş Eseri içinde) çev. Mustafa Öz, İstanbul, 1992.

-----, el-Fikhü'l-Ekber (İmam-ı Azam'ın Beş Eseri içinde) çev. Mustafa Öz, İstanbul, 1992.

-----, el-Fikhü'l-Ebsat, (İmam-ı Azam'ın Beş Eseri içinde) çev. Mustafa Öz, İstanbul, 1992.

(53) Uzunpostalcı, Mustafa, "Ebû Hanife", mad. DİA, X, s. 136.

(54) Bkz., Kılıç, Muharrem, "Karşılaştırmalı Hukuk Tarihinde Metodolojik Formalizmin Aşılmasında İki Yöntem: İstihsan ve Equity", İslam Hukuku Araştırmaları Dergisi, sy. 1, 2003.

(55) Gürbüz, Ahmet, age., s. 86.

(56) Gürbüz, Ahmet, "Felsefe, Din ve Hukuk İlişkisi Üzerine", HFSA, sy. 5, s. 16-18.

vuran Ebû Hanife, bu yöntemle ulaştığı hükmün hukukun ruhuna, genel ilke ve amaçlarına uygun düşmediği durumlarda, daha güçlü bir hukuksal delile dayanarak istihsan yöntemini uygulamıştır.⁽⁵³⁾

Hukukun genel amaçları, pozitif hukukun şekillenmesine yön veren doğal hukuksal değerlerdir. Nitekim başta İslam hukuku olmak üzere tüm hukuk sistemlerinde pozitif hukuk için çerçeve çizecek bir üst-normlar veya tümel ilkelerin varlığını görmekteyiz. Bütün hukuk sistemlerinin evrensel ortak paylaşım alanını deyimleyen bu doğal hukuksal değerler alanı her bir hukuk sistemi için geçerliliğini sürdürür. Diğer bir ifadeyle hukuk sistemlerinin doğal hukuksal zeminde amaçsal ve fonksiyonel ortaklıkları veya evrensel birliktelikleri söz konusudur. Ebu Hanife'nin öngördüğü bu metodik araç (istihsan), pozitif hukuk alanında adalet, hakkaniyet ve eşitlik gibi tümel ilkelerin belirleyici ve yönlendirici bir işleve sahip olmasının yolunu açmıştır.⁽⁵⁴⁾ Nitekim tarihsel süreçte düşünsel ve yöntemsel benzerlikle benzer kurumlara ulaşmış olan farklı toplumlarda özdeş kurumların varlığını görmekteyiz. Öyle ki, her ulusun hukukunda insanlığın ortak değerlerini yansıtan evrensel öğeler var olmuştur.⁽⁵⁵⁾

Tanrı inancına sahip olan tüm dinlerin teorik ana vurgusu özdeştir. Bunlar, inanç, ibadet ve yaşama ilişkin temel kavram olan adalettir. İlk iki ana vurgu birey-Tanrı ilişkisini düzenlerken, üçüncü temel vurgu olan adalet birey-Tanrı ve birey-yaşam (hukuk) ilişkisini düzenler. Dinin yaşama ilişkin üçüncü ana vur-

gusu olan adalet kavramı, 'evrensel hukuksal değerler' olarak adlandırılan insanlığın değersel kazanımlarını ifade eder. Tam da bu noktada 'insanlığın hukuku' ile 'dinsel hukuk' çakışmaktadır. Nitekim 'evrensel hukuksal değerler', insanlığın 'Tanrının adalet dediği şeyin' ayrıntılarının ortaya konulmasına ya da somutlaştırılmasına dönük etkinliklerinin adıdır. Hukukun ve dinin temel amacı ve vurgusu da 'adalet' dışında bir şey değildir. Bu yüzden teorik açıdan 'evrensel hukuksal değerler' ve dinsel hukukun özünde, özdeş ve ortak yaklaşımlar biçiminde değerlendirilmesi zorunludur.⁽⁵⁶⁾

Bu zorunluluğun bir sonucu olarak yapılabilecek bir değerlendirme ilâ, dinin ilkesel normlar düzeyinde getirdiği düzenlemelerle doğal hukuk anlayışının tarihi süreçte ortaya koyduğu evrensel ilkelerin birliğinden söz edebiliriz. Bu evrensel birliğin bilincinde olarak, Ebu Hanife'nin değerler alanı ya da din ile hukuk arasındaki ilişkiye dair öngördüğü kuramsal bakışın pozitif hukukun değişkenliğini ve dinamizmini vurgular niteliktedir. Ancak, hukukun kökeninin belirlenmesinde bu aşkın değerler ile pozitif hukuk arasındaki evrensel ilişkinin gerçekliğini de ortaya çıkarır bir hukuk anlayışına sahiptir. Değerler alanı ile pozitif hukuk arasında kurduğu rasyonel doğal hukuksal ilişkinin hukuk uygulamasında başvurduğu metodik araçlarda -istihsan gibi-, kaynak teorisinde kendisini ortaya koyduğunu görmekteyiz.

Sonuç Yerine

Hukukun kökenine ilişkin kuramsal yaklaşımlar bağlamında Ebu Hanife'nin

(53) Uzunpostalcı, Mustafa, "Ebû Hanîfe", mad. DİA, X, s. 136.

(54) Bkz., Kılıç, Muharrem, "Karşılaştırmalı Hukuk Tarihinde Metodolojik Formalizminin Aşılmasında İki Yöntem: İstihsan ve Equity", İslam Hukuku Araştırmaları Dergisi, sy. 1, 2003.

(55) Gürbüz, Ahmet, age., s. 86.

(56) Gürbüz, Ahmet, "Felsefe, Din ve Hukuk İlişkisi Üzerine", HFSA, sy. 5, s. 16-18.

yaklaşımı irdelendiğinde, hukuku bilinçli bir iradenin ya da pür Tanrısal iradenin ürünü olarak görmediği ifade edilebilir. Değerler alanı ile pozitif hukuk arasındaki ilişkiye dair öngördüğü çerçevenin rasyonel doğal hukuksal bir temele dayandığını söyleyebiliriz. Din-hukuk ilişkisi, iyi ve kötü ya da güzel ve çirkinin değersel boyutunun belirlenmesi, inanç-eylem ilişkisi ve irade özgürlüğü gibi konulara ilişkin teolojik yorumları bu bakış açısını temellendirmektedir.

Ebu Hanife'nin değerler alanı ile hukuk alanı arasında kurduğu bu rasyonel doğal hukuksal ilişki, hukuk uygulamasında rey merkezli bir yöntem bilimsel bakış açısını benimsemesine yol açmıştır. Onda yaşamın dinamik ve değişkenliği karşısında gereken değişimi sağlayacak yöntemsel refleksleri olan bir hukuk tasavuru görmekteyiz.

Hukukun kökenine ilişkin kuramlardan olup, antikiteden günümüze kadar varlığını devam ettiren doğal hukuk kuramı, pozitif hukukun üstünde bir 'olması gereken hukuk' tasarımına sahip olmuştur. Bu doğal hukuksal tasarım, evrensel hukuksal değerleri içeren ve tüm toplumlar için ortak olan bir zihinsel vasattır. Ebu Hanife'nin hukuk anlayışının ve uygulamasının da bu doğal hukuksal perspektifi yansıtır niteliktedir. Bu perspektifle, insanlığın tarihsel süreçte edinmiş oldukları deneyimler sonucu içeriklendirdikleri evrensel doğal hukuksal ilkelerin -insan hakları, temel hak ve özgürlükler gibi- hiçbir ayırım olmaksızın tüm hukuk sistemleri için ortak olduğunun bilincine varırız. Ebu Hanife aşkın değerler ve ideler ile pozitif hukuk arasındaki bu ilişkinin evrensel niteliğini vurgulayan bir hukuk tasarımı öngörmüştür.

Sonuç olarak, hukukun kökeni konusunda Ebu Hanife, yerleşik kanının tersine, hukuku bilinçli bir iradenin ya da pür Tanrısal iradenin ürünü olarak görmemektedir. Onun hukukun kökenini irade dışında arayan yaklaşımlardan rasyonalist karakteri baskın olan 'doğal hukuksal' kurama benzer bir tutumu benimsediğini söyleyebiliriz. Nitekim konunun ontolojik, epistemolojik ve metodolojik temellendirimi bağlamında Ebu Hanife'ye yapılan referanslar bunu kamntlar niteliktedir.

Bibliyografya

Aktan, Hamza, "Çağdaşlaşma Sürecinde İslam Hukuku", İslam ve Modernleşme Sempozyumu, İstanbul 1997.

Aral, Vecdi, Hukuk ve Hukuk Bilimi Üzerine, İstanbul, 1979.

Bardakoğlu, Ali, "Hüsn ve Kubh Konusunda Aklın Rolü ve İmam Matürîdi", EÜİFD, sy. 4, 1987.

-----, "İstihsan" mad., Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi, (DİA), XXIII.

-----, "Delil" mad., Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi, (DİA), IX.

Bilge, Necip, Hukuk Başlangıcı, Ankara, 1990.

Cüveynî, Ebu'l-Meâli Abdülmelik b. Abdullah, el-İrşâd ilâ Kavâti'l-edille fî usûliddin, Kahire, 1950.

Çağıl, O. Münir, Hukuka ve Hukuk İlmine Giriş, İstanbul, 1966.

Ebu Hanife, el-Alim ve'l-Müteallim (İmam-ı Azam'ın Beş Eseri içinde) çev. Mustafa Öz, İstanbul, 1992.

-----, el-Fıkhü'l-Ekber (İmam-ı Azam'ın Beş Eseri içinde) çev. Mustafa Öz, İstanbul, 1992.

-----, el-Fıkhü'l-Ebsat, (İmamı Azam'ın Beş Eseri içinde) çev. Mustafa Öz, İstanbul, 1992.

Hasan, Ahmad, The Early Development of Islamic jurisprudence, Islambad, 1988.

Gözler, Kemal, Hukuka Giriş, Bursa, 1998.

Gözübüyük, Şeref, Hukuka Giriş ve Hukukun Temel Kavramları, Ankar, 1993.

Güler, İlhami, Allah'ın Ahlakiliği Sorunu, Ankara, 1998.

Gürbüz, Ahmet, Hukuk ve Meşruluk (Evrensel Erdem Üzerine Bir Deneme), İstanbul, 1998.

-----, "Felsefe, Din ve Hukuk İlişkisi Üzerine", HFSA, sy. 5,

Güriz, Adnan, Hukuk Felsefesi, Ankara 1992.

Hirş, Ernest, Hukuk Felsefesi ve Hukuk Sosyolojisi Dersleri, Ankara, 1996.

İbn Manzur, Ebu'l-Fazl Cemalüddin, Lisânü'l-Arab, I-XV, Beyrut, 1990.

Keyman, Selahattin, "Tabii Hukuk Doktrininin Epistemolojik Tahlili", AÜHFİD, sy. 1-4, c. 47, 1998.

Kılıç, Muharrem, "Karşılaştırmalı Hukuk Tarihinde Metodolojik Forma-

lizmin Aşılmasında İki Yöntem: İstihsan ve Equity", İslam Hukuku Araştırmaları Dergisi, sy. 1, 2003.

Kılıçer, Esat, İslam Fıkhiında Rey Ta-raftarları, Ankara, 1994.

M. M. Şerif, İslam Düşüncesi Tarihi, I-IV İstanbul, 1990.

Maturidi, Ebu Mansur, Kitâbu't-tevhîd, (thk. Fehullah Halif), İskenderiye, tsz.

Şevkani, Muhammed b. Ali, İrşâdü'l-fühûl, Kahire 1937.

Sadru's-Şer'îa, Ubeydullah b. Mesud, Tavzîh şerhu't-tenkîh, (Teftazânî'nin et-Telvîh şerhi ile), I-II, Kahire tsz.

Şaban, Zekiyüddin, İslam Hukuk İlminin Esasları, (çev. İ. Kafi Dönmez), Ankara, 1990.

Öktem, N.; Türkbağ, A. U., Felsefe, Sosyoloji, Hukuk ve Devlet, İstanbul, 1999.

Uzunpostalcı, Mustafa, "Ebû Hanîfe", mad. Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi, (DİA), X.

Düşünce Açıklama ve Yayma Özgürlüğünün Bir Sınırlama Nedeni Olarak "Cumhuriyetin Nitelikleri" (*)

Mustafa KOÇAK (**)

I. Giriş

Parg. 1. Hak ve özgürlüklerin temel rejimi bağlamında 1982 Anayasasının en çok eleştirilen yanlarından birisi, yasa organına istisnasız bütün hak ve özgürlüklerin sınırlanabilmesi yetkisini tanıyan bir "genel sınırlama hükmü"ne (md.13/1) yer vermiş olmasıydı⁽¹⁾. 1982 Anayasasını demokratik anayasacılıktan uzaklaştıran noktaların başında bu hüküm gelmekteydi. Çünkü böylece, "özgürlüğün kural, sınırlamanın istisna" olduğu liberal anayasacılık geleneğine ters düşülmekte, sık tekrarlandığı biçimiyle adeta "sınırlılık kural, özgürlük istisna haline" dönüştürülmüş bulunmaktaydı⁽²⁾.

Parg. 2. 2001 Anayasa değişiklikleriyle genel sınırlama nedenleri kaldırılmış (md.13), yeni düzenlemeye göre temel hak ve özgürlüklerin "özlerine dokunulmaksızın" yalnızca anayasanın il-

gili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak "kanunla" sınırlanabileceği hükmü getirilmiştir. Bu sınırlamalar, anayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve lâik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamazlar. Keza 3.10.2001 tarih ve 4709 sayılı yasa ile temel hak ve özgürlükleri düzenleyen kimi anayasa maddelerinde de değişiklikler yapılmış, daha önce genel sınırlama sebepleri (md.13) arasında yer alanlardan, hak ve özgürlüklerin niteliğine uygun düşenleri bu maddelerde önceden var olan sınırlama sebeplerine eklenmiştir⁽³⁾. Bu paralelde Anayasanın 26/2 maddesi de değiştirilmiş, önceden genel sınırlama nedeni olarak öngörülen "Cumhuriyetin" sözcüğü, "cumhuriyetin temel nitelikleri", biçiminde "düşünceyi açıklama ve yayma hürriyeti" için bir sınırlama nedeni olarak korunmuş-

(*) Bu makale daha önce "e-akademi Hukuk, Ekonomi ve Siyasal Bilimler Aylık İnternet Dergisi" Kasım 2003 sayısında yayımlanmıştır.

(**) Doç. Dr., Kocaeli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Genel Kamu Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi.

(1) 2001 değişikliklerinden önce 1982 Anayasasının 13/1 nci maddesi şöyle idi: "Temel hak ve hürriyetler, Devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğünün, milli egemenliğin, Cumhuriyetin, milli güvenliğinin, kamu düzeninin, genel asayişin, kamu yararının, genel ahlakın ve genel sağlığın korunması amacı ile ve ayrıca Anayasanın ilgili maddelerinde öngörülen özel sebeplerle, Anayasanın sözüne ve ruhuna uygun olarak kanunla sınırlanabilir".

(2) Bülent TANÖR, İki Anayasa 1961-1982, 2. Tıpkı Baskı, Beta yay., İstanbul 1991, s.135.

(3) Böylece İHAS'nin sistemine uyum sağlamak amaçlanmıştır. Şöyle ki; İnsan Hakları Avrupa Komisyonu, İHAS'nin bu konudaki sistemini açıkladığı De Becker kararında: "Sözleşmeyi hazırlayanlar tarafından kabul edilen metot, her bir hak ve hürriyeti ayrı bir madde olarak belirtmek ve tanımlamak ve her bir maddeye söz konusu hak ve hürriyetlere ilişkin, kabul edilebilir özel kayıt ve istisnaları ilâve etmekten ibarettir" demıştır. Bkz. Bülent TANÖR-Necmi YÜZBAŞIOĞLU, Türk Anayasa Hukuku, YKY, İstanbul 2002, s.137.