

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

Muharrem KILIÇ
SAÜ İlâhiyat Fakültesi

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 hâlâ hukukun tanımını aramaktadırlar”.² Ancak hukuk kavramı, “adalet, düzen, ve sosyal gereksinimlerin karşılanması” işlevlerini içerir biçimde “*adaletle 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 imkân tanımıştır. Tarihsel ve modern hukuk sistemlerinin tümünde -seküler ya da dinsel nitelikli olsun- köken sorunsalı kadîm 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 kadîm sorunsal, toplumsal yaşamın bir gerekliliği olarak insanlık tarihinde var olan hukuk kavramı ile birlikte ortaya çıkmıştır. Zira, toplumsal ilişkileri düzenleyecek olan hukuk kurallarının, meşrûiyeti ve bağlayıcılığı hukukun kökenine ilişkin öne sürülen kuramlarla yanıtlanmaya çalışılmıştır. Bir anlamda hukukun kökenine ilişkin bu kuramlar, hukukun ontolojik ve epistemolojik düzlemde temellendirilmesi çabalarıdır.

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, a.g.e., s. 13.

Konunun ele alınışında öncelikli olarak, hukuk tarihinde hukukun kökeni konusunda ortaya çıkan kuramsal yaklaşımlara kısaca değineceğiz. Daha sonra sunulan bu teorik bilgiler ışığında İslâm coğrafyasının yetiştirmiş olduğu büyük hukuk teorisyeni ve uygulayıcısı olan Ebû Hanîfe'nin konuya ilişkin yaklaşımını ele alacağız. Ebû Hanîfe'nin hukukun kökeni konusundaki yaklaşımının rasyonalist nitelemesi ile sunulmasının yerindeliğinin altını çizerken, bu hukuk anlayışının pozitif hukukla aşkın değerler arasındaki evrensel ilişkinin yadsınamaz gerçekliğini de ortaya çıkardığını ifadelendirmeye çalışacağız. Burada rasyonalist nitelemesi, Batı felsefe geleneğindeki akıl merkezci kuramsal yaklaşımlara karşılık gelir bir biçimde kullanılmamıştır. Daha çok, İslâm hukuk tarihinde 'aklîliği' ya da orijinal deyimiyile 'rey' merkezli düşünüş biçimini vurgulayıcı bir biçimde ifade edebilmek için böyle bir kavramsal tercihte bulunulmuştur. Ayrıca, Ebû Hanîfe'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.

1. 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 maddî kaynağı konusunda farklı teorik yaklaşımların olduğunu görmekteyiz. Doğal hukuk, ilahî hukuk ve hukuksal pozitivizm gibi kuramlar hukukta köken sorunsalını çözümlemeye 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 meşrûiyet zeminini oluşturma gibi siyasal kaygıların da bir ürünüdür. Bu kuramları başlıca iki ana gruba ayırabiliriz. Bunların ilkini, hukuku bilinçli bir iradenin ürünü olarak gören yaklaşımlar oluşturmaktadır. İkincisini ise, hukukun kökenini irade dışında arayan yaklaşımlar oluşturur.⁵

2. Hukukun Kökenini Bilinçli İradede Arayan Yaklaşımlar

Hukukun kökenini bilinçli bir iradede arayan bu yaklaşımların temelde birbirinden ayrılımlarına rağmen, tek bir başlık altında sınıflandırılmalarına esas oluşturan ortak

⁴ bkz., Çağıl, O. Münir, a.g.e., s. 94. Aral, Vecdi, a.g.e., s. 94.

⁵ bkz., Gözübüyük, Şeref, a.g.e., s. 15. Bilge, Necip, Hukuk Başlangıcı, s. 184.

yön, her bir kuramın bir irade ürünü olarak ortaya çıkmasıdır. Hukukun kökeni olarak kabul edilen iradelerdeki değişkenlik ise, bu kuramların ayrışan yönlerini belirtmektedir.⁶

2.1. 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 Kitâb-ı mukaddes ve Kur'ân'ın benimsemiş olduğu kuramın, tanrısal irade kuramı⁹ olduğunu ileri sürmek ise genellemeci ve indirgemeci bir yaklaşımın yanlıgısıdır.

2.2. 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 (vazedilen) bir normlar sistemidir. Normcu pozitivizme göre hukuk kendiliğinden oluşan bir şey değil, başka hukuk normları (temel norm/*grundnorm*) ile varlık kazanan bir normlar bütünüdür.¹¹

2.3. 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 birtakım hak ve özgürlüklerinden bu sözleşmeye bağlı olarak vazgeçmişlerdir. Hukuk kurallarının özgür insanlar arasında eşit koşullara dayanarak yapılan bu toplumsal sözleşmede temellendiği öngörülmüştür.¹²

⁶ Bilge, Necip, a.g.e., s. 184.

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

⁸ bkz., Gözübüyük, Şeref, a.g.e., s. 15. Bilge, Necip, a.g.e., s. 184.

⁹ Gözler, Kemal, a.g.e., s. 188.

¹⁰ Bilge, Necip, a.g.e., s. 185.

¹¹ Gözler, Kemal, a.g.e., s. 189-191.

¹² Bilge, Necip, a.g.e., s. 185-186. Gözübüyük, Şeref, a.g.e., s. 16.

3. 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

3.1. Doğal Hukuk Kuramı

Doğal hukuk düşüncesinin hukuk felsefesi tarihinin her döneminde var olduğunu gömektyiz. 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 *a priori*k 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.

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 oluşturan insan topluluklarının ilişkilerini düzenleyen yasaları da doğa düzenine hâkim 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

Orta Çağda: Doğayı yaratan ve idare eden bir Tanrı kavramının egemen olduğu Orta Çağda, hukuksal olay ve emirler Tanrı'nın buyrukları olarak algılanmıştır. Zaman ve mekâna 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

¹³ Bilge, Necip, a.g.e., s. 186-187.

¹⁴ bkz., Çağıl, O. Münir, a.g.e., s. 401. Güriz, Adnan, a.g.e., s. 149. Öktem, Niyazi, Hukuk Felsefesi, Hukuk Sosyoloji, s. 52.

¹⁵ Aral, Vecdi, a.g.e., s. 43.

¹⁶ Hırş, Ernest, Hukuk Felsefesi ve Hukuk Sosyolojisi Dersleri, 74-78.

¹⁷ Hırş, Ernest, a.g.e., 78-79.

önemli temsilcilerinden biri Aziz Augustinus'tur (354-430). Hukukun dinden ibaret olduğunu öne süren Augustinus'a göre hukuk, "Tanrının iradesinin ifadesi olan ebedî bir kanundur". Bu kuramın diğer önemli temsilcisi olan Thomas Aquinas (1226-1274) ise, beşerî kanunların ebedî ve ilahî olan yasalara uygun olması gerektiğini öne sürer. Böylece Aquinas hukukun kökeninin beşerî iradeye değil, ilahî iradeye dayandığını öne sürmüştür.¹⁸

Yeni Çağda: Teolojik nitelikli doğal hukuksal anlayışın on yedinci yüzyılın başlarında etkinliğini yitirdiğini görmekteyiz. Hukukun kökenini ya da yaratıcı kaynağını ilahî iradede aramak yerine, genel ve soyut olan beşerî 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 için geçerli olan *a priorik* nitelikli evrensel ve değişmez ilkeler insanın aklî ve sosyal doğasından kaynaklanır. Grotius'a göre bu temel ilkelerin başında "söze bağlılık/ahde vefa" (*pacta sunt servanda*) esası 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 aklî ve sosyal doğasına aykırı olan her şeyin ahlâkî anlamda kötü olduğunu ve Tanrı tarafından da yasaklandığını öne sürer. İlahî iradenin de doğal hukuka bağlı olduğunu öne süren Grotius, doğal hukuk ilkelerinin matematiksel aksiyomlar gibi değişmez ve değiştirilemezliğinin altını çizer.¹⁹

3.2. 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 âdet hukukunun oluşturduğunu ve içtihatlarla geliştiğini öne sürer. Örf ve âdet hukukunun manevî ögesini ise, halk inancı ya da halk ruhu oluşturur ve hukuku devlet değil halk ruhu yaratır.

¹⁸ Gözler, Kemal, a.g.e., s. 196-197.

¹⁹ Güriz, Adnan, Hukuk Felsefesi, s. 189-191.

²⁰ Gözler, Kemal, a.g.e., s. 199.

Tarihsel süreç içerisinde doğal gelişimini sürdüren hukukun kodifikasyonu, hukukun gelişim dinamiğine aykırı düşer.²¹

3.3. 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

4. Ebû Hanîfe'nin Hukukun Kökeni Sorunsalına Yaklaşımı

4.1. Hukukun Kökenine İlişkin Kuramsal Yaklaşımın Teolojik/Değersel Temelleri (Değer-Hukuk ya da Din-Hukuk ilişkisi)

Bir değer teorisi içermeyen hukuk felsefesinin ya da değer kaygısı gütmeyen bir hukuk konseptinin yetersizliği yadsınamaz bir gerçektir. Nihaî amaç olarak insanî değerleri gerçekleştirmeyi hedefleyen hukuk, biçimsel ya da formel bir kalıp olmanın ötesinde, insanî değerlerle bezeli bir içeriğe sahip olmak durumundadır.²³ Zira, hukuksal meşrûyetin köklerinin yer ettiği zemin değerler alanıdır. Toplum vicdanında hukukun bağlayıcılığını ve meşrûyetini 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 insanî değerleri içeren dinsel değerler yer almıştır. Bu dinsel değerler, doğal hukuk kuramının adalet, eşitlik ve özgürlük gibi *a priori* nitelikli etik değerleri kuramsallaştıran bir hukuk anlayışını öngörmektedir. Yine bu dinsel değerler, Müslüman toplumun oluşturduğu pozitif hukuk kültürüne yön veren doğal hukuksal bir arka plân ya da referans zemini oluşturmuştur. İslâm tarihinin yetiştirdiği büyük hukuk bilginlerinden biri olan Ebû Hanîfe'nin hukuk anlayışı da bu doğrultuda şekillenmiştir. Bu bağlamda Ebû Hanîfe, “din-hukuk” ya da “değer-hukuk” ilişkisinin çerçevesinin belirlenmesinin, formüle edilen hukuk anlayışı için bir ön koşul 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. Ebû Hanîfe din kavramının, Allah'ın birliğine, peygambere ve ahirete iman gibi inanç ilkelerini kapsadığını öne sürer. Diğer yandan hukukun ise, insanların ameli

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

²² Gözler, Kemal, a.g.e., s. 200.

²³ Gürbüz, Ahmet, Hukuk ve Meşruluk, s. 68.

yükümlülüklerini içerdiğini belirtir. Nitekim peygamberlerin getirmiş oldukları dinlerin özsel anlamda farklılık arzemediğini, yalnızca hukuk sistemlerinin tarihsel ve sosyal değişime koşut olarak birbirlerinden ayrıldıklarını ifade etmiştir.²⁴ Ebû Hanîfe'nin din ile hukuk arasında yapmış olduğu bu kesin ayırımdan, onun değer-bağımsız bir hukuk anlayışına sahip olduğu düşüncesinin çıkarılması mümkün değildir. Bu ayırım, doğal hukuksal kuramların temel dayanağını oluşturan “olan hukuk”-’ olması gereken hukuk” ayırımını anımsatmaktadır. Ebû Hanîfe'ye göre dinsel alan ya da değerler alanı değişmez *a priori* ilkeleri içerirken, pozitif hukuk toplumsal şartlara koşut olarak değişir. Bu yönüyle de, Ebû Hanîfe aşkın değerler veya ideler ile pozitif hukuk arasında kurulan bu ilişkinin evrensel niteliğini vurgulamaktadır.

Yine bu bağlamda Ebû Hanîfe'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 Ebû Hanîfe, insanî 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 beşerî 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 temelinde geçerlilik kazanan her bir hukuk kuralı evrensel değerler doğrultusunda bir işlev görmeye yönelmek durumundadır.²⁶ Bu evrensel değerlerin ya da “iyi”nin belirlenmesi konusundaki (“*hüsün-kubh*” konusu) kuramsal yaklaşımlar, İslâm 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 “*hüsün*” kavramı, güzellik ve iyilik anlamlarını içerirken, “*kubuh*” kavramı, kötülük ve çirkinlik anlamlarına gelmektedir.²⁷ Terminolojide *hüsün*, bilgi gibi bir olgunluk niteliğini içeren ve insanın değerini yükselten nitelikleri deyimlerken; *kubuh* 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/*hüsün*'dür. Bunun tersine insan doğasına uygun olmayan ya da aykırı olan şeyler ise, -yalan ve nankörlük gibi- çirkindir/*kubuh*'tur. Bu anlamda iyi ve kötünün dinî bir bilgiye başvurulmaksızın, akıl yoluyla bilinebileceği konusunda görüş

²⁴ bkz., Ebû Hanîfe, el-Âlim ve'l-müteallim (İmâmı A'zam'ın Beş Eseri içinde) çev. Mustafa Öz, s. 12-13. Hasan, Ahmad, The Early Development of Islamic Jurisprudence, s. 7.

²⁵ bkz., Ebû Hanîfe, el-Fıkhü'l-ekber (İmâm-ı A'zam'ın Beş Eseri içinde) çev. Mustafa Öz, s. 57. Yavuz, Yusuf Şevki, “Ebû Hanîfe”, DİA, X, s. 141.

²⁶ Gürbüz, Ahmet, a.g.e., s. 101.

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

birliği söz konusudur.²⁸ Ancak, dinî bilgi/vahiy olmaksızın aklın beşerî eylemlerin iyilik veya kötülük niteliklerini belirlenmesindeki rolü –hukukun kökeni sorunsalı- temel tartışma konusunu oluşturmuştur. Yine vahyî bilgi formunda ortaya çıkan normların özünde içkin olan iyilik niteliğinden ötürü mü, yoksa, bu tür bir formda ifadelendirildiği için mi, *hüsün* niteliğine sahip olduğu –benzer biçimde yasaklayıcı normlar da- konusu bu bağlamda tartışılan ana konulardandır.²⁹

Hukukun kökenine ilişkin olan bu temel tartışmanın taraflarını Mu'tezile, Eş'ariyye ve Mâtürîdiyye'den oluşan kelâm ekolleri oluşturmaktadır. Bunlardan Mu'tezile ekolüne göre, güzellik/*hüsün* ve çirkinlik/*kubuh* nitelikleri eşya ve fiillerin özünde var olurlar. Aklın bu nitelikleri keşfedebilmesi için vahyî bilgiye gereksinim duymadan rasyonel bir zorunluluk veya araştırma ya da deneyim sonucu olarak anlayıp kavrayabileceğini savunurlar. Örneğin, doğru sözlülüğün iyi/*hüsün*, yalanın ise kötü/*kubuh* olması gibi. İyilik ve kötülüğün akıl tarafından kavranmadığı ya da akla gizli kaldığı durumlarda vahyî bilgiye başvurulabilir. İyilik ve kötülüğe ilişkin daha sonra gelen vahyî bilginin aklî bilgiyi onaylayıcı türde olacağını ileri sürerler. Aklî bilgi ile iyi/*hüsün* olduğu kabul edilen bir eylem, vahyî bilgi tarafından da normatif bir biçimde yapılması istenen bir emir niteliğindedir. Buna karşın, aklî bilginin kötü/*kubuh* gördüğü eylem ise, yine vahyî bilginin yapılmasını istemediği ve cezaî yaptırım gerektiren bir eylemdir.³⁰

Bu konuda tartışma taraflarından bir diğeri olan Eş'arî ekole göre, eşya ve fiillerde iyilik/*hüsün* ve kötülük/*kubuh* özsel nitelikler olmadığı için, bunların akıl tarafından kavranabilmesi imkânı yoktur. Bu niteliklerin belirlenmesinde vahyî bilginin açıklamasına gereksinim vardır. Zira vahyî bilgi ile iyiliği belirlenen ya da emredilen şeyler iyidir/*hüsün*. Yine vahyî bilgi ile kötü veya çirkin olarak nitelenen veya yasaklanan şeyler de kötü ya da çirkindir. Bu noktada vahyî bilgiye dayanan hükümleri anlamada aklın araçsal bir rolü söz konusudur.³¹

Hanefî ekol tarafından benimsenmiş olan diğer yaklaşımın temsilcisi olan Matürîdî ekolüne göre, eşya ve fiillerde aklın kavrayabileceği özsel iyilik/güzellik ve kötülük/çirkinlik vardır. Vahyî bilgi bu özsel niteliği ortaya çıkarır ve bunu bir norma dönüştürür. Vahyî bilgi fiilleri güzel oldukları için isterken, kötü olanları da kötü oldukları için yasaklamıştır.³² Matürîdî ekole göre akıl davranışların ya da fiillerin güzellik veya çirkinliklerini kavrayabilir; ancak, vahyî bilgi olmaksızın bu fiillere normatif değer –vâcib, 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 yanılabileceğini öne sürerler.³³

²⁸ Şevkânî, *İrşâdü'l-fühûl*, s. 7.

²⁹ Sadru's-Şeria, *Tavzîh*, I, 332

³⁰ Şevkânî, a.g.e., s. 7.

³¹ Cüveyni, *el-İrşâd*, s. 258.

³² Şevkânî, a.g.e., s. 9.

³³ Mâtürîdî, Ebû Mansûr, *Kitâbu't-Tevhîd*, s. 180-183.

Mâtürîdî ekolün sistematize ettiği teolojik kuramın ön habercisi olan Ebû Hanîfe, rasyonel bir ‘iyi/doğru’ ve ‘kötü/yanlış’ kuramının düşünsel temellerini atmıştır. Ebû Hanîfe 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 beşerî akıl özgür iradesiyle sorumlu kılınmıştır. “Allah insanları küfür ve imandan hâli olarak yaratmış, sonra onlara hitap ederek emretmiş ve nehyetmiştir. ...Allah kullarının hiçbirini iman veya küfre zorlamamış, onları mü’min veya kâfir olarak yaratmamıştır. Fakat onları şahıslar olarak yaratmıştır. İman ve küfür kulların fiilleridir.”³⁵ Ebû Hanîfe’ye göre, ilahî 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 mahfûz’daki yazısı olmadan dünya ve ahirette hiçbir şey vâki olmaz. Ancak onun Levh-i mahfuzdaki yazısı, hüküm olarak değil vasıf olarak yazılıdır.”³⁶ Ebû Hanîfe ilahî ezeli bilginin varlığını kabul etmekle birlikte, bunun insanın irade hürriyeti ve davranış özgürlüğü ile çelişen bir şey olarak değerlendirmez. Bu ilahî ezeli bilginin takdiri, cebrî ya da iradî değil, tavsifi olduğunu kabul eder.³⁷ Yine Ebû Hanîfe, 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/hüsün ve kötülüğün/kubuh salt vahyî bilgi temelinde anlaşılabilceğini öne süren kuramlar, metodolojik tutumlarını ve hukuk uygulamalarını da bu doğrultuda belirlemişlerdir. Bunun sonucu olarak, örneğin istihsan gibi akli temel alan içtihad yöntemlerini reddetmişlerdir. Akli bilginin iyilik/hüsün ve kötülük/kubuh, yararlı/maslahat ve zararlı/mefsedet yönleri kavrayabileceğini öne süren kuramlar ise, istihsan ve istislah gibi akıl yürütme yöntemlerini benimsemişler ve kullanmışlardır.

4.2. Hukukun Kökenine İlişkin Kuramsal Yaklaşımın Metodolojik Temelleri

İslâm hukuk ilmi/fıkıh, “tafsîlî şer’î delillerden çıkarılan şer’î-amelî hükümler” olarak tanımlanmıştır.³⁹ Yaygın olan bu tanımlama gerçekte, yaşamın tüm alanlarını kuşatıcı bir hukuk varsayımına dayanmaktadır. Bu varsayımın gerçekliğinin olmaması nedeniyle, dinî hukuk ve seküler hukuk ayırımının benimsenmesi ya da kişisel görüşlerin/ içtihadların “şer’î” delillerin” bir ifadesi olarak sunulmasına imkân tanıyacak biçimde bu delillerin kapsamının genişletilmesi sonucu ile karşılaşılacaktır. Diğer yanda Ebû Hanîfe’ye atfedilen fıkıh/hukuk tanımı ise şöyle ifadelendirilmiştir: “fıkıh, kişinin lehine

³⁴ M. M. Şerif, İslâm Düşüncesi Tarihi, I, s. 284-285.

³⁵ Ebû Hanîfe, el-Fıkhü'l-ekber (İmâm-ı A'zam'ın Beş Eseri içinde) çev. Mustafa Öz, s. 56-57.

³⁶ Ebû Hanîfe, a.g.e., s. 56.

³⁷ Güler, İlhamî, Allah'ın Ahlaklığı Sorunu, s. 90.

³⁸ Ebû Hanîfe, el-Fıkhü'l-ebasat (İmamı A'zam'ın Beş Eseri içinde) çev. Mustafa Öz, s. 38.

³⁹ Şa'ban, Zekiyüddin, İslâm Hukuk İlminin Esasları (çev. İ. Kafi Dönmez), s. 23.

ve aleyhine olan şeyleri bilmesidir.” Bu tanımlama fıkhnın, tarihsel seyrine uygun düşen bir biçimde Müslüman toplumun hukuk kültürü olarak değişken ve dinamik yapısını vurgulamaktadır.⁴⁰ İslâm hukukunun kökenine ilişkin iradeci ve pozitivist bir kuramsal yaklaşıma zemin hazırlayan yaygın ya da yerleşik fıkıh tanımının dışında, Ebû Hanîfe’nin fıkıh tanımı, 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. Ebû Hanîfe’ye göre bu çaba, yalnızca hukuk evrenine dönük bir çaba değil, yaşamın bütününe yönelik bir etkinliktir.

Dolayısıyla Ebû Hanîfe’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 itibariyle, pozitivist kuramlarla benzeşmektedir. Zira bu yaklaşıma göre hukuk, bir irade tarafından konulmuş (vazedilmiş) 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 rasyonalist 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, Ebû Hanîfe’nin hukuk doktrinin şekillenişinde rasyonalist doğal hukuksal bir anlayış metodolojik tutumuna egemen olmuştur.

Nitekim, Ebû Hanîfe hukukun kökenine ilişkin bu rasyonalist doğal hukuksal yaklaşımın metodolojik temellendirimini, hukuk uygulamasında yer verdiği aklî deliller olarak adlandırılan çıkarım (*istidlâl*) yöntemleri ile gerçekleştirmiştir. Aklî deliller, hukuk bilgininin hukuksal metinlerin (*naklî deliller*), genel ilke ve amaçlarını ya da düzenleme konusu yapmadığı alanları gözeterek, hukuk normlarına ulaşmada kullanılan çıkarım (*istidlâl*) yöntemlerini deyimler. Kıyas olarak adlandırılan bu zihinsel etkinliğin *icthad*, *rey*, *istinbât*, *istidlâl*, *istihsân*, *istislâh*, ve *istishab* gibi terimlerle de karşılandığını görmekteyiz.⁴³

⁴⁰ Aktan, Hamza, “Çağdaşlaşma Sürecinde İslâm Hukuku” (İslâm ve Moderleşme Sempozyumu, İstanbul 1997), s. 168-170. Bardakoğlu, Ali, “Çağdaşlaşma Sürecinde İslâm Hukuku” (konu başlıklı Müzakere), s. 181-182.

⁴¹ Gözler, Kemal, a.g.e., s. 188-189.

⁴² Gürbüz, Ahmet, a.g.e., s. 18.

⁴³ Bardakoğlu, “Delil”, DİA, IX, s. 139.

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 Ebû Hanîfe'nin hukuk metodolojisinde merkezi bir konumdadır. Hukukun kökeni konusunda iradeci değil, rasyonel-doğal hukuksal kuramının metodolojik bir yansıması olarak, reye başvurmuştur. Öyle ki, Ebû Hanîfe rey ile özdeşleşen bir hukuk bilgini olarak ün salmıştır.⁴⁵ Nitekim, Ebû Hanîfe'nin damgasını vurduğu İslâm hukuk ilminin ilk gelişim döneminde hukuk alanında yorumlama özgürlüğünün hâkim olduğu görülmektedir.⁴⁶

Genelde Hanefî hukuk ekolünün özelde ise Ebû Hanîfe'nin, hukuk metodolojisinde *istihsan* yöntemine yer vermesi hukukun kökeninin belirlenmesinde akla ya da aklın iyi/güzel olarak kabul ettiklerine verdiği önemi göstermektedir.⁴⁷ İstihsan, Ebû Hanîfe'nin şahsında Hanefî hukuk ekolünün metodolojisi ile özdeşleşen bir hukuksal akıl yürütme yöntemidir.⁴⁸ Sözlükte, “bir şeyi iyi ve güzel bulmak” anlamında kullanılan⁴⁹ istihsan kavramı, “olan ve olması gereken hukuk” düalitesi temelinde şekillenen ve bu ikisi arasında köprü kurmayı amaçlayan doğall hukuksal yaklaşımın metodolojik düzlemdeki yansımasıdır.⁵⁰ Nitekim hukuku değerler sisteminin bir parçası olarak kabul eden doğall hukuk kuramı “olan ile olması gereken hukuk –değer–” arasında bir köprü kurma işlevini üstlenir. Öyle ki, doğall 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 başvuran Ebû Hanîfe, 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 şekillenişine yön veren doğall hukuksal değerlerdir. Nitekim başta İslâm 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 doğall hukuksal değerler alanı her bir hukuk sistemi için geçerliliğini sürdürmektedir. Diğer bir ifadeyle

⁴⁴ Hasan, Ahmad, a.g.e., s. 124.

⁴⁵ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz., Kılıçer, Esat, İslâm Fıkında Rey Taraftarları, s. 65-108, Ankara 1994.

⁴⁶ Hasan, Ahmad, a.g.e., s. 221.

⁴⁷ Bardakoğlu, “Hüsn ve Kubh Konusunda Aklın Rolü ve İmam Matürîdi”, EÜİFD, sayı: 4, s. 73.

⁴⁸ bkz., Hasan, Ahmad, a.g.e., s. 145-146.

⁴⁹ İbn Manzûr, a.g.e., “h-s-n” mad., XIII, s. 114, 117.

⁵⁰ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz., Bardakoğlu, Ali, “Tabii Hukuk Düşüncesi Açısından İslâm Hukukçularının İstihsan ve İstislâh Görüşü”, EÜİFD, sayı: 3, s. 111-138.

⁵¹ Keyman, Selahattin, “Tabii Hukuk Doktrininin Epistemolojik Tahlili”, s. 32-33, AÜHFD, cild 47, sy. 1-4, 1998.

⁵² Bardakoğlu, Ali, “İstihsan”, DİA, XXIII, s. 339.

⁵³ Uzunpostalıcı, Mustafa, “Ebû Hanîfe”, DİA, X, s. 136.

hukuk sistemlerinin doğal hukuksal zeminde amaçsal ve fonksiyonel ortaklıkları veya evrensel birliktelikleri söz konusudur. Ebû Hanîfe'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 vurgusu olan adalet kavramı, “evrensel hukuksal değerler” olarak adlandırılan insanlığın değersel kazanımlarını ifade eder. Tam da bu noktada “insanlığın hukuku” ile “dinî 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 dinî 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 tarihî süreçte ortaya koyduğu evrensel ilkelerin birliğinden söz edebiliriz. Bu evrensel birliğin bilincinde olarak, Ebû Hanîfe'nin değerler alanı ya da din ile hukuk arasındaki ilişkiye dair ön gördüğü kuramsal bakış 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

Hukukun kökenine ilişkin kuramsal yaklaşımlar bağlamında Ebû Hanîfe'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-

⁵⁴ bkz., Kılıç, Muharrem, “Karşılaştırmalı Hukuk Tarihinde Metodolojik Formalizmin Aşılmasında İki Yöntem: İstihsan ve Equity”, İslâm Hukuku Araştırmaları Dergisi, sayı: 1, 2003.

⁵⁵ Gürbüz, Ahmet, a.g.e., s. 86.

⁵⁶ Gürbüz, Ahmet, “Felsefe, Din ve Hukuk ilişkisi Üzerine”, HFSA, sayı: 5, s. 16-18.

eylem ilişkisi ve irade özgürlüğü gibi konulara ilişkin teolojik yorumları bu bakış açısını temellendirmektedir.

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

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. Ebû Hanîfe'nin hukuk anlayışı ve uygulaması 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. Ebû Hanîfe aşkın değerler ve ideler ile pozitif hukuk arasındaki bu ilişkinin evrensel niteliğini vurgulayan bir hukuk tasarımı öngörmüştür.

Sonuç olarak, hukukun kökeni konusunda Ebû Hanîfe, 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 Ebû Hanîfe'ye yapılan referanslar bunu kanıtlar niteliktedir.

Bibliyografya

Aktan, Hamza, “Çağdaşlaşma Sürecinde İslâm Hukuku”, İslâm ve Moderleşme Sempozyumu, İstanbul 1997; Aral, Vecdi, *Hukuk ve Hukuk Bilimi Üzerine*, İstanbul 1979; Bardakoğlu, Ali, “Hüsni ve Kubh Konusunda Aklın Rolü ve İmam Matürîdî”, *EÜİFD*, sayı: 4, 1987; -----, “İstihsan”, *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi*, (DİA), XXIII; -----, “Delil”, *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi*, (DİA), IX; Bilge, Necip, *Hukuk Başlangıcı*, Ankara 1990; Cüveynî, Ebû'l-Meâli Abdülmelik b. Abdullah, *el-İrşâd ilâ kavâti'l-edille fî usûliddîn*, Kahire 1950; Çağlı, O. Münir, *Hukuka ve Hukuk İlmine Giriş*, İstanbul 1966; Ebû Hanîfe, *el-Âlim ve'l-müteallim (İmâm-ı A'zam'ın Beş Eseri içinde)* çev. Mustafa Öz, İstanbul 1992; -----, *el-Fikhü'l-ekber (İmâm-ı A'zam'ın Beş Eseri içinde)* çev. Mustafa Öz, İstanbul 1992; -----, *el-Fikhü'l-ebsat, (İmâm-ı A'zam'ın Beş Eseri içinde)* çev. Mustafa Öz, İstanbul 1992; Hasan, Ahmad, *The Early Development of Islamic Jurisprudence*, Islamabad 1988; Gözler, Kemal, *Hukuka Giriş*, Bursa 1998; Gözübüyük, Şeref, *Hukuka Giriş ve Hukukun Temel Kavramları*, Ankara 1993; Güler, İlhami, *Allah'ın Ahlâkîliği Sorunu*, Ankara 1998; Gürbüz, Ahmet, *Hukuk ve Meşruluk (Evrensel Erdem Üzerine Bir Deneme)*, İstanbul 1998; -----, “Felsefe, Din ve Hukuk ilişkisi Üzerine”, *HFSA*, sayı: 5; Güriz, Adnan, *Hukuk Felsefesi*, Ankara 1992; Hirş, Ernest,

Hukuk Felsefesi ve Hukuk Sosyolojisi Dersleri, Ankara 1996; İbn Manzûr, Ebû'l-Fazl Cemalüddin, *Lisânü'l-'Arab*, I-XV, Beyrut 1990; Keyman, Selahattin, “Tabîi Hukuk Doktrininin Epistemolojik Tahlili”, *AÜHFD*, sayı: 1-4, cilt 47 1998; Kılıç, Muharrem, “Karşılaştırmalı Hukuk Tarihinde Metodolojik Formalizmin Aşılmasında İki Yöntem: İstihsan ve Equity”, *İslâm Hukuku Araştırmaları Dergisi*, sayı: 1, 2003; Kılıçer, Esat, *İslâm Fıkhdında Rey Taraftarları*, Ankara 1994; M. M. Şerif, *İslâm Düşüncesi Tarihi*, I-IV İstanbul 1990; Mâtürîdî, Ebû Mansûr, *Kitâbu't-tevhîd* (thk. Fehullah Halif), İskenderiye, ts.; Şevkânî, Muhammed b. Ali, *İrşâdü'l-fühûl*, Kahire 1937; Sadru'sh-Şerî'a, Ubeydullah b. Mes'ûd, *Tavzîh şerhu't-tenkîh*, (Teftazânî'nin *et-Telvîh* şerhi ile), I-II, Kahire tsz.; Şa'ban, Zekiyüddin, *İslâm Hukuk İlminin Esasları*, (çev. İ. Kâfi Dönmez), Ankara 1990; Öktem, N.; Türkbağ, A. U., *Felsefe, Sosyoloji, Hukuk ve Devlet*, İstanbul 1999; Uzunpostalıcı, Mustafa, “Ebû Hanîfe”, *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi*, (DİA), X.



İzzet ER

UÜ İlahiyat Fakültesi

Muharrem Beye çok teşekkür ediyoruz. Değerli arkadaşımızın bu bakış açısını Tevhit Ayengine değerlendirecek.

Müzakere

Tevhit AYENGİN
OMÜ İlähiyat Faköltesi

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

Böylesine önemli bir konuyu hazırlamasından ve sunuşundan dolayı Sayın Muharrem Kılıç Beyi tebrik ediyor, teşekkürlerimi sunuyorum. Konu gerçekten hukuk felsefesinin ve hukuk biliminin en önemli ve tartışmalı noktalarından birisidir. Dolayısıyla bu tartışmalı konu hakkında objektif sonuçlara ulaşmak, sonuçları hakkında kesin yargılarda bulunmak oldukça zor bir durumdur. Bu çok yönlü ve karmaşık konunun temellendirilmesi, hukuk felsefesi tarihinin ve tarihsel evrelerinin büyük bir titizlikle ele alınmasını gerektirmektedir. Tebliğ sahibinin, uzun soluklu araştırmayı gerektiren bu konuyu, özlü bir biçimde ele almış olması ve akıcı bir biçimde sunması gerçekten takdire şayan bir durumdur.

Hukukta köken ve kaynak tartışmaları hususunda gerek Batıda, gerek ülkemizde, son zamanlarda önemli çalışmalar yapılmaktadır. Bunlar, özellikle son birkaç asırda yapılan çalışmalarla daha da aktüel hâle gelmektedir. Önceki dönemlere ait hukukî ve felsefî görüşlerin bir araya getirilerek sistematik bir biçimde sunulması konunun boyutlarına yeni açılımlar kazandırmıştır. Benzer tartışmalar son bir asırda ülkemizde hukuk felsefesi alanında yapılan çalışmalarda da gündeme getirilmektedir.

Köken sorunu, İslâm hukuk tarihinde ve kültüründe kapsamlı ve çağdaş formatıyla olmasa da, mezheplerin metodolojik yaklaşımları çerçevesinde veya bazı İslâm bilginlerinin hukukî yaklaşımları ekseninde tartışılmaktadır. Bu tür çalışmalardan birisi olarak değerlendirebileceğimiz bu Müzakereni yapmak benim için bir şans ve kıvanç vesilesidir.

Öncelikli olarak tebliğe başlık olarak seçilen ifadelerin daha anlaşılır olması uygun olurdu. “Rasyonalist-doğal hukuksal” şeklindeki bir niteleme, belki de ne kastedildiği ayrıntılı olarak incelenmediğinden olsa gerek, anlaşılması zor bir betimleme olarak duruyor. Bu şekilde bir ifadenin kullanımının doğru olup olmadığı da tartışılabilir. Tebliğ sahibinin Ebû Hanîfe’yi “rasyonalist-doğal hukukçu” olarak nitelemesine rağmen, metin içerisinde Ebû Hanîfe’ye ayrılan kısmın bütün metne oranının azlığı dikkat çekicidir. Yine başlıkta aşkın değerlerin idelerden “ve” bağlacıyla ayrılmış olması, bu iki realitenin birbirinde farklı ve bağımsız şeyler olduğu düşüncesini zihinlere getirmektedir.

Doğal hukuk, “olması gerekeni” deyimleyen ve hukukun etik boyutunu gösteren ve hukukî dinamizmi motive eden ideal bir kavram olmasına karşın, hukukun olgusal gerçekliklerin dayatması karşısında değişime açık bir realite olarak tavsif edilmesi çok uygun bir yaklaşım olarak gözükmüyor. Doğal hukuk gibi ide merkezli bir kuramın,

sosyolojik argümanlarla açıklanmasının çok da haklı olamayacağını düşünüyorum. İctihat, rey, istihsan vb kaynakları kullanmış olması Ebû Hanîfe'nin metodolojisinin, Rasyonalist-doğal hukuksal bir kuramdan çok, *sosyal olgular arasında zorunlu ilişkiyi merkeze alan*, ya da *olgusalın normatifliğini önceleyen* “sosyal hukuk okulları”na yakınlığını çağrıştırmaktadır. Yeri gelmişken şunu da belirtmekte yarar var: doğa hukuk bu tür metodolojik kaynakların kullanılmasıyla değil daha çok işin düşünsel yönüyle uğraşmaktadır. Hangi yöntemi ve kaynakları kullanılacağından veya kullanılması gerektiğinden çok ulaşılan sonuçlar, doğa hukukun değerlendirmelerinde önem taşımaktadır.

Tebliğ başlığı köken sorunsalına doğa hukuksal bir bakışı öngörmesine karşın, “kaynak” (source) ile “köken” (origin) kavramları arasındaki ayırım, yanlış anlamaları giderecek tarzda ortaya konmamıştır. Bu durum tebliğ metninin şekillenmesini de doğa olarak etkilemiştir. Aslında bu kavramlar arasındaki farklılıklar hukuk felsefesi kitaplarında da net değildir. Bu konu anlatılırken tanımdan çok, bu kavramların özellikleri merkeze alınarak açıklama yapılmaktadır. Bu zorluğa rağmen hukuk okulları, köken problemine yaklaşımları esas alınarak tasnif edilmektedir. Her ekol, eşya ve olayları değerlendirme biçimine göre hukuku tanımlamayı tercih etmektedir. Sayın Kılıç'ın da atıfta bulunduğu gibi bundan yaklaşık iki asır önce yaşamış olan Kant (ö. 1804), hukukçuların hâlâ ortak bir tanımda uzlaşmadığından” yakınmaktadır. Aynı durum günümüz için de geçerlidir. Ancak, böyle bir şey beklemek hukuk için, daha doğrusu insanlık için haksızlık olur. Çünkü farklılık insanî varoluşun kaçınılmazlarından ve doğa olarak bu hukuk anlayışlarına yansımaktır.

Tebliğde hukukun kökenine ilişkin yaklaşımlar; kökeni, bilinçli bir iradede arayanlar ve iradeyi dışlayanlar şeklinde iki kategoride sunulmuştur. Doğa hukukun “hukukun kökenini irade dışında arayan akımlar” sınıfına dâhil edilmesi, teorik olarak büyük ölçüde doğrudur. Ancak 17. asırda ortaya çıkan ve doğa hukuku rasyonalist formda ele alan yeni çağ doğa hukuk anlayışını, hukukun kökenini bilinçli irade dışında arayan yaklaşımlardan biri olarak değerlendirmenin pratikte bir takım zorlukları olabilir. Daha sonraki sayfalarda Ebû Hanîfe'yi anlatırken argüman olarak kullanılan, iman-eylem ilişkisi ve hukukî sorumluluğun dayanağı olan irade ve irade hürriyeti tartışmaları, Ebû Hanîfe'nin de dâhil edildiği doğa hukukun bu versiyonunun bilinçli iradeyi hiç de yadsımadığını göstermektedir. Çünkü hukukun kökeni olan “akıl”; iyi veya kötü nitelmesi yaparak, alternatifler arasında tercihte bulunarak ve bunlara kendi iradesiyle değer veya değerler yükleyerek varlığını hissettirmektedir.

Hukukun kökeni konusunda “Tanrısal iradeyi” merkezileştiren görüşler arasında homojenlik bulunmamaktadır. Tanrı, soyut ve aşkın bir varlık olduğundan onun iradesini peygamberlerin bulunmadığı bir ortamda tespit edebilme şans ve imkânına sahip değiliz. Çünkü vahiy sona ermiştir. Kimsenin Tanrı adına hareket etme hak ve yetkisi bulunmamaktadır. Orta Çağ Hristiyan dünyasında bazı filozof ve teologlarca, kilisenin

veya devletin başındaki kişinin/kişilerin Tanrısal iradeyi temsil ettiğinin savunulması, elbette çağın ya da bütün Hristiyanların ortak kanısı olarak anlaşılamaz.

Müslüman âlimlerden hiçbiri, kendi görüşünün ya da hukukî çıkarımının murâd-ı ilahiyi birebir yansıttığını söylememiştir. Çünkü kutsal kitaplar hukukun yaratıcı kaynağı/kökeni değil, biçimsel ve bilgi kaynaklarıdır. Tabir câizse onları konuş­turan insandır ve insan ondan anladığını dillendirmektedir. İlahî iradenin hukuka köken oluşunu gösteren en tutarlı metodolojik dayanağın, İslâm hukuk tarihindeki “içtihat­ta isabet tartışmaları” olduğunu düşünüyorum. Metodoloji, içtihatların mantıkî tutarlılığını test ederken, “içtihat­ta isabet tartışmaları” hukukun en önemli temel dinamiği olmuştur. Müçtehitlerden aktarılan ve bazı konularda birden fazla görüş şeklinde bize ulaşan hukukî çıkarımların temelinde bu kaygının yer aldığını söyleyebiliriz. Müçtehit içtihadının temel kaynaklara uygunluğunu üst değer olarak göz önünde bulundururken, her zaman bunun ilahî iradeye uygun olup olmadığını sorgular durumda olacaktır. Çünkü fakihin görevi bir anlamda pozitif hukuku oluşturmak değil, dinamik bir yapı ve süreçte, doğruyu/hakkı yakalama adına yasamada bulunanlara alternatifler sunabilmektir.

Dinin, değer içerdiği, pozitif hukuk kültürüne yön veren doğal hukuksal arka plân ya da referans zemini oluşturduğu ve meşrûyeti sorgulayıcı bir görevi icra ettiği doğrudur. Bu durum, hukuk felsefesindeki “olan” ve “olması gereken” düalitesine de uygundur. Ancak, doğal hukukun tarihî süreçte içerik değiştirmesi ve köken konusunda birbirine zıt olabilen kuramsal farklılıklara bürünmesi gerçeğini dikkate aldığımızda, dini yaklaşımlarla bu tür bir doğal hukuk anlayışını ve gerçeğini bağdaştırmakta güçlükler ortaya çıkmaktadır. Çünkü bir ide olarak doğal hukukun objektif bir realitesi olsa da, içeriği her zaman değişebilmektedir. Tarihin herhangi bir zamanında yaşamış bir şahsı, tam uyuşmasa da benzer bir özelliğinden ötürü, sonradan terimleşen bir kavramla tavsif etmenin sıkıntıları olacaktır. Tebliğ sahibi bu nedenle zaman zaman yanlış anlamalara neden olabilecek noktalarda haklı olarak bizleri uyarmaktadır. Ebû Hanîfe için kullandığı rasyonalistliğin, reyî merkeze alma olduğu, din-hukuk ayırımını savunmasının dinî değerleri yadsımak olmadığını belirtmesi gibi.

Ebû Hanîfe’nin “sabit din-değişken hukuk” anlayışına sahip oluşunun teolojik temeli olarak gösterilen *amel imandan bir parça değildir* cümlesi, hukukun kökeni konusunda teorik bir çerçeve çizmekten çok, amelin bireysel boyutuna vurgu yaptığını göstermektedir. Nitekim bu durum, “kişisel davranışlar ya da eylemlerin varlığı zorunlu olarak değerlere ilişkin bir inanç doğurmaz” şeklindeki ifadeyle metinde vurgulanmaktadır. Yine bu bağlamda, Ebû Hanîfe’nin, tarih boyunca ilahî dinlerin inanç sistemlerindeki birlikteliğe rağmen, sosyal hayata ilişkin önerilerinde farklılıklar olabileceğini belirtirken; “sizin her biriniz için bir şeriat, bir yol tayin ettik.” (el-Mâide, 48) ve “Senden önce hiçbir peygamber göndermedik ki ona, benden başka hiçbir ilah yoktur, ancak bana ibadet edin diye vahyetmiş olmayalım.” (el-Enbiyâ, 25) âyetlerini delil olarak

kullanmış olması, onun temel düşüncesinin, iki peygamberin birbirinden farklı davranış kuralları getirebileceğine işaret etmektir.

Hüsün kubuh usûlde; genellikle “el-Hâkim” başlığı altında ve onunla bağlantılı olarak incelenmektedir. Diğer yandan hüsnün, “dünyada övgüye, ahirette sevaba”, kubuhun ise, “dünyada kötüllemeye, ahirette cezaya” götüren boyutu hukuku ilgilendirmektedir. Bu bağlamda şunu da ifade etmekte yarar var: “Allah’ın emrettiği hususlarda hüsnün, yasakladığı noktalarda ise kubhun var olduğu”nda şüphe yoktur. Ebû Hanîfe’nin, “kendisine vahiy ulaşmamış kişinin aklıyla Allah’ı bulması zorunludur” şeklindeki teolojik görüşünü, fıkına temel aldığı çağrıştırmaya müsait yaklaşımları ihtiyatla karşılamak gerekir.

İslâm’da, Orta Çağ Hıristiyanlık anlayışında olduğu gibi, Tanrı iradesini temsil edebilecek bir otorite veya kurum bulunmamaktadır. Batı merkezli hukuk felsefesini kavramlarının içeriğini olduğu gibi koruyarak coğrafyamıza taşıdığımızda pek çok konuda sıkıntı çekmekteyiz. Örneğin Tanrı iradesinin ne veya nasıl olduğunu belirleme Batı’da kilisenin yetkileri arasındayken, bizde bunun yerine koyabileceğimiz bir erk veya kurum bulamamaktayız. Sosyal değişim doğrultusunda hukukta da değişimin olacağı evrensel bir kabuldür. Bunu dışlamak mümkün değildir. Fakîhler bunu farklı oranlarda dikkate almışlardır. Fıkıh kitaplarımızda, özellikle mukayeseli fıkıh kitaplarında aynı müçtehitten aynı konuda farklı görüşlere rastlamaktayız. Bu onların karşılaştıkları realitelere göre tavır belirlediklerini de işaret etmektedir. Ama hiçbirisi kendisinin yüzde yüz hakkı temsil ettiğini, ötekilerin yüzde yüz yanlış olduğunu ifade etmemişlerdir. Yani hiç kimse Tanrısal iradeyi kendisinin temsil ettiğini söyleme yanlışlığına düşmemiştir. Zaten bunun garantisi ve maddî bir göstergesi de mevcut değildir. *Ancak, sosyal davranışı ilgilendiren herhangi bir konu hakkındaki içtihat eyleminde, murâd-ı ilahîyi bünyesinde barındırdığını düşünebileceğimiz âyetleri dikkate alarak sonuca gitmeyi, hukukun kökenini bilinçli bir iradede arama olarak adlandırmak lâzım gelirse, bu anlamda bütün İslâm hukukçuları köken konusunda bilinçli iradeyi merkeze alanlar olarak tavsif edilebilir.*

Sonuç olarak şunu söyleyebiliriz: hukuk çok yönlü bir kavramdır. Kökeni de çok yönlü tanımlanmalıdır. Tek taraflı tanımlamanın eksikliği her zaman hissedilecektir. Tarihe mâl olmuş şahsiyetleri bugünün kavramlarıyla tavsif etmek her zaman sağlıklı sonuçlar çıkarmayabilir. Ebû Hanîfe, reyî merkezileştirmiştir. Ancak bu onun hukuk tatbikatında “nassa rağmen” bir tarzda hareket ettiğini göstermemektedir. Nitekim Sayın Kılıç, sonuçta Ebû Hanîfe’nin hukuku *pür Tanrısal iradenin ürünü* olarak anlamadığını söylerken herhalde bunu kastetmektedir.

Sözlerimi, Orhan Münir Çağal’ın hukukun kökeni konusundaki ifadesiyle bitirmek istiyorum: “... hukukun menşei ne sadece iradede, ne sadece akılda, ne de sadece duygudadır. Belki hukuk iradede, akılda ve duyguda aynı zamanda kendini belli eden, bir kelime ile insan ruhunda tezahür eyleyen; menşei ise kainatı ihata ve ihtiva etmekle

kalmayıp onu dahi aşan nâmütenahi varlığın külliyyetinde ... aranması gereken bir ide, bir kıymet ve bir prensiptir.”¹

Sayın Kılıç’ı bir kez daha kutluyor, hepinize saygılar sunuyorum.



İzzet ER

UÜ İlâhiyat Fakültesi

Şimdi değerli arkadaşımız İzzet Sargın Beyin tebliğini dinleyeceğiz. Sayın Sargın “Ebû Hanîfe ve Türk Müslümanlığı” konusunu işleyecek.

¹ Çağıl, Orhan Münir, Hukuk Başlangıcı Dersleri, İstanbul Üniversitesi Yay., İstanbul 1963, 2. baskı, 21.