

# ÇAĞDAŞ ORYANTALİST ÇALIŞMALARDA İSLÂM HUKUK SİSTEMİ

*Oryantalist N. J. Coulson'un Yöntemi Üzerine Bir İnceleme*

Islamic Legal System in the Contemporary Orientalistic Studies:  
An Examination on the Methodology of Orientalist N. J. Coulson

Prof. Dr. Muhammed Selîm el-'Avvâ\*

Çev. Dr. Ali İhsan PALA\*\*

## 1. GİRİŞ

İster dil, tarih, ekonomi, sosyoloji, isterse Kur'ân ya da Sünnetle ilgili olsun, oryantalistlerin yazdığı hiçbir kitap ya da bir araştırma yok ki, İslâm hukukunun meselelerinden bir veya daha fazlasına birden çok işaret ediliyor olmasın. Derinlemesine incelendiğinde bu çalışmalar, oryantalist araştırmacı ya da yazarın -öncekileri taklit ederek veya ilk kez- İslâm hukukuna, onun hükümlerine, kurallarına ve metodolojisine (Fıkıh Usûlüne) karşı bir tutum sergilediklerini ortaya koyar.

Bu durum, hemen ilk anda akla geleceği gibi, oryantalist çalışmaların kapsamlı ve alanının geniş olmasından kaynaklanmamaktadır. Tam aksine bu durum, İslâm hukuk sistemi ve onun genel kurallarının Müslüman kişinin hayatının her alanını kuşatacak kapsama sahip olmasından kaynaklanmaktadır. Bir hukuk sistemini ifade etmesi bakımından fıkıhın hükümleri ve kuralları, kişi ile yaratıcısı arasındaki ilişkiye ilaveten, hayatında karşılaştığı her meseleyi, hatta ölümünden sonra malının durumunu, doğumundan önce lehindeki hükümleri dahi kapsayacak niteliktedir. İşte bu, modern hukuk sisteminde bilinmeyen bir durumdur. Çünkü, modern hukuk sadece, iki kişi arasında anlaşmazlık söz konusu olduğu zaman müdahil olur ve ancak bireyler ve topluluklar arasında cereyan eden ilişkileri düzenler.

Oryantalistlerin çoğunun -ya da tamamının- çalışmalarında, bir takım fikhî hükümlere bu tür işaretler yapılmakla birlikte, biz bunları İslâm hukuku ya da İslâm fikhını inceleyen kitaplar sahasına sokamayız. Çünkü, sayı bakımından bu kitapların pek azı İslâmî hayat ve düşüncenin bu yönüne tahsis edilmiştir. Bu azın çoğu ise, metodu, içeriği ve vardığı sonuçları bakımından İslâm düşüncesinin hukukî yönüyle pek az oranda ilişkilidir. Oryantalist yazarların büyük bir kısmı toplumda egemen olan adet ve gelenekler üzerine yoğunlaşmakta, bir kıs-

\* "Körfez Ülkeleri Arap Eğitim Dairesi" Müsteşarı

\*\* Yüzüncü Yıl Üniversitesi İlahiyat Fakültesi İslam Hukuku Anabilim Dalı. e-mail: [alihsanpala@yahoo.com](mailto:alihsanpala@yahoo.com)

mı ise İslâm'ın, uygulanmayan ya da uygulanması kabil olmayan bir hukuk sistemi tesis ettiği sonucuna varabilmek için, çoğu kere İslâm'ın öğretileriyle gelişmektedirler.<sup>1</sup>

## 2. N. J. Coulson'un İslam Hukukyla İlgili Çalışmaları

Londra Üniversitesi Doğu ve Afrika Araştırmaları Okulu'nda Doğu Hukuk Sistemleri Profesörü olan Coulson, İslâm hukukuyla ilgilenen azınlık oryantalistler arasında yer alır. Coulson bu konuda üç kitap yazmıştır. Bunlar:

A History of Islamic Law, 1964.

Conflicts and Tensions in İslamic Jurisprudence, 1969.

Succession in The Muslim Family, 1971.

Ayrıca onun İngiltere ve Amerikan hukuk dergilerinde ve başka yerlerde yayımlanmış azımsanmayacak sayıda makale ve araştırmaları da vardır. Bu çalışmaların en önemlileri de fert ve devlet konusundaki *The State and the Individual in Islamic Law* (International and Comparative Law Quarterly, Jan, 1957) adlı çalışması ile, İslâm hukukunun teori ve pratiği ile alakalı *Doctrine and Practice in Islamic Law*, BSOAS 18/2 (1956) adlı çalışmasıdır.

Kendisi, çeyrek asırdan fazla bir zamandır Londra Üniversitesinde İslâm hukuku dersi vermektedir.

Coulson'un çalışmalarının, oryantalistlerin çalışma yöntemlerine ayrılmış olan bu ciltte yayımlanmak üzere bir yazı yazmaya bizi sevk eden ayırıcı özelliği, onun, oryantalizmin kendisinden önceki kuşağın başladığı noktaya aykırı bir noktadan işe başlamış olmasıdır.

Söz gelimi, öncekiler –ki hâlâ onları taklit edenler vardır– İslâm hukukunun, canlı veya canlılığını sürdürebilir her hangi bir sistem için gerekli olan gelişimden yoksun ve donma aşamasına ulaşmış, zihinlerde kalan bir sistem olduğu varsayımından başlarken, Coulson, tam tersine İslam hukukunun canlı, etkileyici, İslâm toplumlarında uygulanmış, kendi bireylerinin vicdanlarında dimdik duran ve İslam ülkelerinde hukuk sistemleri oluşturulurken, uygulandıkları ülkelerin ruhunu ifade etmesi için esas alınması gereken bir sistem olduğu varsayımından hareket etmektedir.<sup>2</sup>

Coulson'un çalışmalarının dayandığı bu temel varsayımdaki farklılık, Colsun ile İslâm hukukunu ya da İslâm fikhini inceleyen oryantalistler arasında sayısızca ihtilaf noktalarının var olduğu sonucunu ortaya koymaktadır. Oryantalistlerin İslâm hukuku çalışmaları incelenmek istendiğinde Prof. Coulson'un metodunun araştırılıp incelenmeye –bize göre– en layık kılan yegane tutum işte budur.

Gerçek şu ki, İngiltere Üniversitelerinin klasik oryantalist kürsülerinin en önemlisinde çalışmasına rağmen Coulson'u, "oryantalist" kelimesinin klasik anlamıyla oryantalistler arasına sokmak mümkün değildir. O esasen, medeni hukuk alanında ihtisası olan, İslâm hukukunu, doğunun sadece tarihi, adet ve

<sup>1</sup> Bu durum, Enderson, Schacht ve Goldziher'in çalışmalarında açıkça gözükmektedir.

<sup>2</sup> Dr. Muhammed Ahmed Serrâc'in Coulson'un kitabını çevirip neşrederken yazdığı giriş ve Coulson'un bizzat kendi kitabının sonuç kısmına bakılabilir. Arkadaşımız Dr. Hasan eş-Şafii'nin gözden geçirdiği Serrâc'in çevirisinden büyük ölçüde yararlandığımızı burada belirtmek isteriz. Bu çalışmada açıkça belirtmediğimiz yerlerde Coulson'un İslam Hukuk Tarihi adlı eserine yaptığımız göndermelerde bu tercüme esas alınmıştır.

gelenekleri üzerinde duran bir oryantalist gibi değil, çeşitli hukuk sistemlerini mukayese etmeye çalışan bir hukukçu gibi öğreten bir profesördür. Onun kitapları ve araştırmaları, pek çok oryantalistte olduğu gibi, siyasetin hizmetindeki bilimsel araştırma anlayışına ve başka çalışmalarda olduğu gibi dini taassubun hizmetindeki bilimsel anlayışa değil, sırf hukukî mukayese anlayışına yönelmektedir.<sup>3</sup>

### 3. Coulson'un Metoduna Bir Bakış

Coulson'un İslam hukuku ile ilgili çalışmalarında takip ettiği metot, bir hukuk sistemi olarak fıkhnın, bağlayıcılık gücünü Allah (c.c)'ın iradesini ifade ediyor olmasından aldığı anlayışına dayanır. Bu, tam anlamıyla Allah (c.c)'a teslim olmak manasına gelen "İslâm" kelimesinin bir sonucudur. "İslâm düşüncesinde hukukî sistemin yapısı meselesi her hangi bir tereddüt taşımayacak bir biçimde kesinleşmiştir. Çünkü İslam'da imanın gereği hukuk, Allah (c.c) tarafından vahyedilmiş kurallar topluluğudur. Bunun inkâr edilmesi ise İslam'dan çıkmak anlamına gelir."<sup>4</sup>

Bazı oryantalistler İslam hukukunu, geçmişte köklü bir hukuk sistemi olması itibariyle inceledikleri Roma hukuku gibi ele alırken Coulson, İslâm hukukunu öteki canlı hukuk sistemleri gibi canlı duran bir hukuk sistemi olarak inceler. Colsun'a göre, tarihsel bir araştırmanın görevi, bu hukuk sisteminin kurallarını uygulamak için yöntemi belirleyen tarihsel temelleri ortaya koyma çabasından öte bir şey değildir.<sup>5</sup>

Coulson, İslâm hukukunu bir hukukçu gözüyle incelemeyi tercih ederken, ihtisaslaşmış çalışmaların, bu hukuk sisteminin hükümlerini daha hassas bir biçimde ortaya koymak üzere kendi aralarında yardımlaşmaları için, İslam hukukunu ekonomik, sosyal ve siyasal alanlarda uzmanlık düzeyinde incelemeleri zamanının geldiğini tespit etmiş oluyor.<sup>6</sup>

Kuşkusuz, İslâm hukukunun özünü ve yapısını anlama ve onu canlı bir hukuk sistemi olarak görme konusundaki bu metot -çeşitli kitaplarında ve çalışmalarında Coulson'un, çağın şartlarıyla uyumlu bir takım İslâmî hükümlere ulaşmak için içtihadın geri dönmesinin zaruri oluşuna yaptığı çağırısı da ilave ederse,<sup>7</sup> onun çalışmalarını ciddi bir şekilde incelemeye değer kılıyor ve Müs-

<sup>3</sup> Edward Said *Orientalism* adlı kitabında bu sebepleri, yönelişleri vb. hususları açıklıyor. Gerçek şu ki, bu kitap ilk çıktığı günden beri oryantalizm konusunda kendisinden müstağni olunamayan bir kaynak konumu kazanmıştır. Bu kitabın Arapça çevirisinin İngilizce aslına müracaat etmenin yerini tutmayacağına dikkat etmek gerekir.

<sup>4</sup> Coulson, *Conflicts and Tensions in Islamic Jurisprudence*, Chicago, 1969, s. 1; Birazdan asıl adı İslam Hukukunda Tearuz ve Gerilim olan bu kitaba kısaca Te'aruz adıyla işaret edeceğiz. Ayrıca, İslam Hukuk Tarihi adlı kitabına da kısaca Tarih adıyla işaret edeceğiz. Burada, metinde parantez içlerinin, mananın açıklığa kavuşması veya sözün gelişinin bir gereği olduğu (Allah isminin peşinden (c.c)'in ve Hz. Peygamber'in isminden sonra da (s.a.s.)'nin konulması gibi) veya ayetlerin sure ve rakamlarını vermek için tarafımızdan yapılan ilave olduğuna dikkat edilmelidir.

<sup>5</sup> Bkz., Coulson, *Tarih*, Çev: Serrâc, Mukaddime kısmı s. 10; Öteki metot ise Schacht'in "Modernism and Traditionalism in a History of Islamic Law" (*Middle East Studies*, Vol. 4, June, 1965) adlı makalesinde savunduğu metottur.

<sup>6</sup> Bkz., Coulson, *Tarih*, Çev: Serrâc, Mukaddime kısmı s. 10.; Kitabın ilk yayımlandığı andan bugüne kadar geçen yirmi yıl, bütün alanlarda uzmanlaşma çalışmaları konusunda kesintisiz bir şekilde çok önemli gelişmelere tanık olmuştur.

<sup>7</sup> Bkz. A. Laysh'in Tarih kitabı için yaptığı değerlendirme. *Asian and African Studies*, Vol. 8, No: 1, 1972, Ayrıca Coulson'un Tarih adlı kitabın *Neo-fjtihad*, adlı başlığına bakılabilir.

lûman araştırmacıyı, özgün bir ilmî çaba olması itibariyle inceleme ve eleştiri yönünden hakkını vermeye sevk ediyor. Hatta bize göre Coulson, Batı düşünce-sinde yeni bir ekolün önderi sayılır. Çok geçmeden, İslam hukuku ve fıkhı ile, dolayısıyla onunla ilgili çalışmalarla irtibatlı olduğu ölçüde genel İslâmî çalışmalarla ilişkili bu düşünce yöntemi üzerinde büyük etkileri olacaktır.

Prof. Coulson'un metodunu bu şekilde takdir etmemiz, İslâm hukuku ile ilgili araştırma ve çalışmalarında vardığı sonuçlarda onunla hemfikir olduğumuz anlamına gelmez. Bilakis, vardığı sonuçların detaylarında onunla ayrı düştüğümüz noktalar belki daha fazladır. Bizim burada önemsedığımız husus sadece, onun araştırma yöntemi ve bu yöntemin Müslüman araştırmacının kendi hukuk sistemini ve fıkhını incelemek için uygun gördüğü sağlam yöntemle ne ölçüde uyuşup uyuşmadığıdır. Sonuçlara ilişkin tikel durumlar ve ayrıntı meseleler ise, - ihtiyaç duyulursa şayet- araştırmada takip edileceği belirtilen yöntemle ne kadar bağlı kaldığı ve araştırmacının ulaştığı hükümlerin/yargıların öncülleriyle birlikte ne derece doğru olduğunu açıklamada kendisinden yararlanılmak üzere ikinci derecede gelir.

Bu bağlamda biz onun şu iki kitabını ele almakla yetineceğiz:

A History of Islamic Law

Conflicts and Tensions in Islamic Jurisprudence

Çünkü, onun İslam hukukuna bakış yöntemini açıkça ifade eden ve İslâm hukukunun sorunlarıyla ilgilenme konusunda yeni bir eğilimi temsil etmesi sebebiyle, üzerinde durulmaya değer olan bakış açısını içeren bu iki kitaptır. Araştırmaya kolaylık olmak üzere biz, bir yandan incelemeyi kolaylaştıracak, diğer yandan da bir bütün halinde fotoğrafının çekilmesini sağlayacak bir takım konu başlıkları koymak suretiyle bu görüşleri tek tek ele alacağız.

#### 4. İslâm Hukuku İdealizmi ve Uygulanması

İslam hukuk tarihine dair yazdığı kitabının başında Coulson, "Hz. Peygamber (s.a.s.)'in vefatıyla birlikte vahyin kesilmesinin İslam hukukunu mükemmel bir şekilde açıklanmış, sabit ve değişimi kabil olmayan bir hukuk sistemi haline getirdiğini (...) ve artık toplumu, sonsuza kadar İslam hukukunun temsil ettiği ideal ve doğru kriterlere muttali olması gerektiği durumuna getirmiş"<sup>8</sup> olduğunu kabul ediyor. Bu ifadelerin hemen akabinde Coulson şunları söylüyor. "Bu hukukun kurallarını idealist olmakla nitelemek, İslâmî mahkemelerin çalışmalarının bu ideale asla ulaşamadığı anlamına gelmediği gibi, bu kuralları ifade eden hukukî tabirlerin, toplumun gerçek ihtiyaçlarına uygun pratik yaklaşımlara ihtiyaç duyduğu anlamına da gelmez. Kuşkusuz her ikisi de doğru değildir."

İslâm hukuku ya da İslâm dinî hükümlerindeki idealizm ve realizm meselesi, oryantalistler ve başkaları tarafından çokça tartışma konusu yapılıp, - İslâm'ın ilk kaynağı olan- Kur'ân-ı Kerim'in ilahi bir vahiy olmasına dayanan idealist olma vasfını bahane ederek, bu hukuk sisteminin hükümlerindeki uygulanabilme niteliğini ortadan kaldırmaya çalıştıkları bir meseledir. Bu durum, XX. yüz yılın başlarında Arap üniversitelerindeki, bilhassa Mısır'daki hukuk hocalarının eserlerinde de dillendirilmiştir. Coulson'un bizzat kendisi bir başka kitabı olan *Conflicts and Tensions* adlı eserinde, İslâm hukukunun uygulanmasında

<sup>8</sup> Coulson, *Tarih*, s. 23. Daha açık ifadeler için bkz. s. 167-169.

idealizm ile realizm arasındaki çekişmeye özel bir bölüm ayırmıştır ki, orada da bu kanaatten pek uzaklaşmamıştır. O, "divân-ı mezâlim" gibi bir takım yargısal makamların ve "siyaseti şer'iyye" gibi bir takım hukukî kavramların ortaya çıkışını, İslam hukukunun ideal hassas kavramlarından uzak bir şekilde, hatta bezen bu hukukî kavramlardan sapmayı (deviation) temsil eder bir tarzda, anlaşmazlıkları çözmek için gerekli olan realist bir takım hukukî kurallara duyulan ihtiyaca bağlamaktadır.<sup>9</sup>

Doğrusu, İslâm hukuku hükümlerinin idealist oluşu, onların hiçbir durumda uygulanmaya elverişli olmadığı anlamına gelmez. Batı sömürsünün girişine kadar bütün İslâm dünyasındaki uygulamaya ilişkin realite bu iddiayı çürütmektedir.<sup>10</sup> Şu anda pek çok İslâm ülkesinde ciddî bir şekilde sürdürülen çalışma, İslâm hukukunu uygulamak ve fıkıh literatüründe yer alan hükümlere dayanan yeni bir takım kanunlar çıkarmak şeklindedir. Bugün hala Suudî Arabistan vb. ülkelerde uygulamanın devam ediyor olması da aynı şekilde bu iddiayı çürütmektedir.<sup>11</sup>

İdealist olmanın anlamı sadece, İslâm hukuku hükümlerinin, insanı şehvi duyguların üstüne çıkarması ve heva ve hevesin yerine akli ve adaleti egemen kılmasıdır. İslâm'ın hükümleri –genel olarak- kamil insanın ahlak seviyesine ulaşmasa da, kişinin erdemli insanın ahlakıyla ahlaklanmasını hedefler. İşte bu, idealizm için kabul edeceğimiz bir anlamıdır, bunu reddetmiyoruz. Diğeri ise, bizzat İslâm'ın kendi hükümlerinde veya realite ya da tarihte doğruluğuna bir tek delil bile bulamadığımız bir anlamdır.

İslam hukukunun ve hükümlerinin vakî/realist olmasına gelince, bununla biz, bu hükümlerin mükelleflerin arzularına boyun eğmesini ve isteklerini yerine getirmesini kastetmiyoruz. Çünkü bu, realist olmaya yüklenen, hiçbir hukuk sisteminin onaylamayacağı ve pratiğe konulmasını hiçbir beşeri kanun yapıcısının da hoş karşılamayacağı bir anlamdır. Kuşkusuz İslâm hukukunun realist oluşu, insanların maslahatlarını gerçekleştirmede, onlardan zorluğu kaldırmada ve güç yetiremeyecekleri görev ve işleri yüklememiş olmasında ortaya çıkar.

İslâm hukuku hükümlerinin realist oluşu, yeni olaylara ve hukukî kuralların bizzat uygulanmasına, bu fıkıhın ya da hukuk sisteminin, iddia sahipleri nezdinde uygulanamazlıkla aynı anlama gelen realist olmadığı iddiasına –tarafsız bilimsel araştırma çerçevesinde- meydan vermeyecek bir tarzda damgasını vuran onlarca, hatta yüzlerce fikhî kaidede tecellî etmiştir.<sup>12</sup> Prof. Coulson –ve başkaları-na göre bu kurallar, "toplumun pratik ihtiyaçlarını gerçekleştirecek hükümlerin sahasını genişletmek zorunda kalan" İslam hukuku hükümlerinin uygulanmasından sapmaya neden olmuştur.<sup>13</sup>

<sup>9</sup> Bkz. Coulson, *Tarih*, 4. bölüm, özellikle s. 63-67 arası.

<sup>10</sup> Bkz., Avvâ, Muhammed Selîm, *Fî Usûli'n-nizâmi'l-cinâiyi'l-İslâmî*, Dârü'l-Me'ârif, Kahire, 1979, "Giriş" kısmı.

<sup>11</sup> Başka ülkelerle, 1962 askeri darbesine kadar İslam hukukunun uygulandığı Yemen, komunizm inkılabı ve 1980'de Rus işgaline kadar Hanefî Mezhebinin uygulandığı Afganistan ve devrimden sonra Ca'ferî Mezhebinin uygulandığı İran'ı kastediyoruz. Aynı şekilde Libya, Sudan, Pakistan ve Birleşik Arap Emirlikleri sayılabilir. Ayrıca Mısır ve Kuveyt'te de İslam hukukunun uygulanması girişimleri vardır.

<sup>12</sup> Bu konunun detayı için Hocam Muhammed Mustafa Şelebi'nin *el-Fıkhu'l-İslâmî beyne'l-Misâliyye ve'l-Vâkı'iyye*, (2. bs., Beyrut, 1982) adlı kitabına bakılabilir.

<sup>13</sup> Coulson, *Tarih*, s. 76.

Gerçekten burada Prof. Coulson'un bizzat kendisinin düştüğü bir çelişkiye dikkat çekmemiz gerekmektedir. Şöyle ki; o yukarıda naklettiğimiz bir ifadesinde, "İslâm hukukunun hukukî tabirleri, toplumun gerçek ihtiyaçlarına uygun pratik yaklaşımlara ihtiyaç duymamıştır" diyor. Burada ise İslam hukukunun idealist hükümlerinin pratik ihtiyaçları gerçekleştiren hükümlerin önünü açmak zorunda kalmış" olduğunu söylüyor ki, az önce o, bu hükümleri hassas hukukî hükümlerden sapmayı temsil etmekle nitelemişti. Bu durumda her iki sözün arasını uzlaştırmak nasıl mümkün olacaktır?

### 5. Kur'ân-ı Kerim ve Teşrî'deki Rolü

Kuşkusuz Kur'ân'ın hukukî rolü, Coulson'un araştırmalarında üzerinde durulmaya değer konulardandır. Coulson'un nezdinde, çeşitli çalışmalarındaki araştırma metodunun düzensiz olduğu ve sonra da bu çalışmalarda ulaştığı sonuçların yer yer farklılaştığı konuların en önemlilerinden biri bu olsa gerek.

İslam'da hukukun "Allah (c.c) katından vahyedilmiş kaideler topluluğu olduğunu"<sup>14</sup> kabul ettiği bir yerde, Medine'de İslam devletinin kurulmuş olmasındaki bariz özelliklerden birinin "Kur'ânî vahyin, örfî-kabilese/feodal hukuku pek çok yönden yerinden kaldırmaya başlaması"<sup>15</sup> olduğunu söylüyor. Bakıyoruz ki, "vahyin, iptal edilmesini açıkça belirtmediği hususlarda, davranışların doğruluk ve yanlışlıklarının ölçüldüğü bir kriter olarak kabilese-örfî hukukun bir buçuk asır devam ettiği"<sup>16</sup> görüşünü benimsiyor; Bir başka yerde ise görüyoruz ki, Kur'ân'ın hukukî düzenlemelerinin "İslâm ahlakının esaslarını ifade etmekten öteye geçmediğini"<sup>17</sup> söylüyor. Yine onun, "Kur'ân'ın, her hangi bir hukukî ilişkinin temel unsurlarını ilkesel bazda bile olsa tam anlamıyla takip etmediğini" söylediğini ve bunu, Kur'ânî teşrî için, eski Roma'nın 12 levha kanunlarında bile olmayan bir kusur olarak kabul ettiğini görüyoruz.<sup>18</sup>

Onun, kesin bir açıklıkla "Kur'ân'ın, her bir hükmün tek kaynağının Allah (c.c) olduğu ve hayatın her işinde O'nun emrine itaat edilmesi gerektiğinde kendini gösteren ilkenin temelini kesin bir şekilde atmış"<sup>19</sup> olduğunu kabul ettiğini, bir başka yerde ise, yüz elli yıl sonra, "İslâm inançlarının temellerini açıklamaya çalışan Müslüman alimler arasından, hayatın her bir işinin zorunlu olarak Allah (c.c)'in iradesiyle gerçekleşmeye mahkum olduğu ve onların hukuk felsefesi düşüncesinde, 'hukukî otoritenin Allah (c.c)'a ait olup, her şeye şamil olduğu' şeklinde bir tutum sergileyen bir grubun ortaya çıktığını"<sup>20</sup> söylediğini görüyoruz.

Peki bu durumda, "Kur'ân bu ilkeyi kesin bir şekilde yerleştirmiştir" sözü, bu ilkenin, vahyin tamamlanmasından bir buçuk asır sonra alimler arasından çıkmış bir gruba nisbet edilmesiyle bağdaşır mı?

Kur'ân'ın hukukî rolünü anlama ve analiz etme konusunda Coulson'un hareket ettiği noktalar -bize göre- aşağıda özetleyeceğimiz dört başlıkta kendini gösterir:

<sup>14</sup> Coulson, *Tearuz*, Giriş kısmı.

<sup>15</sup> Coulson, *Tarih*, s. 38-39.

<sup>16</sup> Coulson, *Tearuz*, s. 4.

<sup>17</sup> Coulson, *Tearuz*, s. 4.

<sup>18</sup> Coulson, *Tarih*, s. 43.

<sup>19</sup> Coulson, *Tarih*, s. 56.

<sup>20</sup> Coulson, *Tearuz*, s. 5.

### 5.1. Coulson'un Modern Kanunlaştırma Yönteminden Etkilenmesi

Prof. Coulson'un araştırmaları ve çalışmalarının pek çok yeri üzerinde düşünen kimse, onun, "hukuk sistemi" nitelemesini –gönül rahatlığıyla- ancak, hukukî ilişkilerin bütün yönlerini, esaslarını ve dinamiklerini kuşatıp her ilişkinin hukukî hükmünü -belirleyici bir nass ile- veren türde bir hukuk sistemi için kullandığını görür. Bu özellikler ise, Batı dünyasındaki (burada siyasi anlamda değil coğrafi anlamdaki Batıyı kastediyoruz) kanunlaştırma yöntemi veya en azından çağımızda geçerli olan modern kanunlaştırma yöntemidir.

Bu sebeple Coulson yukarıda kendisinden naklettiğimiz ifadelerinde Kur'ân'ı, her hangi bir hukukî ilişkinin temel unsurlarını modern kanunlaştırmanın yaptığı gibi tam anlamıyla ele almadığı gerekçesiyle kusurlu buluyor. O, yasamanın bu yöntemi ancak yakın zamanda tanıdığı yönündeki kanaati sebebiyle, Kur'ân'ı on iki levha kanunlarıyla mukayese etmeye çalışıyor; ki bu hiçbir surette doğru olmayan bir mukayesedir. Daha sonra da buna, Kur'ân'ın peyderpey indirilmiş olmasında bir sebep arıyor.<sup>21</sup> Halbuki bunun, Kur'ân'ın üslubu ve onun çözüm olarak sunduğu hukukî ilişkilerin boyutlarını kapsayıp kapsamamasıyla bir alakası yoktur.

Bu araştırmanın ortaya koyduğu soru şudur: Bir takım nassların/metinler mecmuasının "hukukî sistem" veya "teşriî yapı" vasfını kazanabilmesi için hukukî metnin muayyen bir kalıpta ve belirli bir üslupta olması şart mıdır? Yoksa önemli olan, mükelleflerin teşriî/hukukî nassın içeriğini anlama boyutu ile –yorum kuralları çerçevesinde- nassın (kanun metninin), içinde uygulandığı ve yöneticilerini ve bireylerini muhatap aldığı toplumdaki yeni sosyal ihtiyaçlara cevap verme boyutu mudur?

Akılların farklı düşünmeyeceği cevap şudur: Önemli olan asla metnin kalıbı, üslubu ya da kanun koyucunun hükmünü ifade ettiği biçim değil, metnin uygulanabilirliği ve muhataplarının yeni ihtiyaçlarını karşılamasıdır. Durum böyle olunca, Kur'ân'ın mükelleflerin ihtiyaçlarını tam olarak karşılayamadığı konu nerede? Şüphesiz Prof. Coulson buna dair bir tek misal verememektedir. O şunu söylemekle yetinebilirdi: "Kur'ân, davranışlarında ve hayatlarında dinin ölçülerine ve kurallarına bağlı kalan Müslümanlar için, doğrudan ve belirlenmiş bir kodifikasyon sunmamış olup hukukî bir metin olarak ortaya koyduğu pek çok mesele vardır."<sup>22</sup>

Araştırmacı hayret etmekte haklıdır. Şayet mesele Prof. Coulson'un dediği gibi ise, ahkam ayetleri ve Kur'ân'ın hukukî delaletleri konusunda yazılmış sayılamayacak kadar olan fikhî literatür nereden çıktı? Hukukî bir metin olması itibarıyla Kur'ân'ın ortaya koyduğu sorunlara gelince, biz onların ne olduğunu bilmiyoruz (Yani kuranın ortaya koyduğu böyle bir sorun var mı bilmiyoruz). Ancak mesele Prof. Coulson'un, bizzat Kur'ânî metnin doğasını kavramasıyla ilgiliyse o başka; ki kanaatimize göre böyledir. Coulson'un aşağıda tartışacağımız bizzat kendi ifadelerinde geçen misaller bunun delilidir.

<sup>21</sup> Coulson, *Tarih*, s. 21.

<sup>22</sup> Coulson, *Tearuz*, s. 51; Müellifin görüşlerini tartışmaya geçmeden önce okuyucuyu Kur'ân-ı Kerim'in hukukî rolü ve hükümleri açıklama yöntemi hakkında daha geniş bilgi alması için Hocam Muhammed Mustafa Şelebi'nin *el-Medhal fi't-ta'rif bi'l-fikhi'l-İslâmî* ve *Usûlu'l-fikhi'l-İslâmî* adlı kitaplarına havale etmemiz gerekir.

## 5. 2. Kur'ân Metnin(nassın)in Doğası

Prof. Coulson Kur'ân'a, her hangi bir hukukî metinler mecmuu gibi bakmış ve Kur'ân için "hukuk mecmuası (code)" niteliğinin tam olarak verilebilmesi için, çözüm olarak getirdiği hukukî ilişkilerin temel unsurlarını tam anlamıyla ele alması gerektiği kanaatine varmıştır. Yine o, Kur'ân'ın, merhamet etmek, muamelatta zulme ve zarara izin vermemek, adaletin tahakkuk ettirilmesi gibi, her hangi bir uygar toplumun dinamiği olan temel kavramları, hak ve sorumluluklar için hukukî bir çatı oluşturacak şekilde açıklamadığı, öncelikle insanın insanla ilişkisini düzenlemeyi amaçlamayıp, aksine önce insan ile yaratıcısı arasındaki ilişkiyi düzenlemeyi hedeflediği görüşüne varmıştır. Çalışmalarının pek çok yerinde Kur'ân'ın hükümlerini ahlakî hükümler olarak nitelemiştir.<sup>23</sup>

Bize göre bütün bunlar, Kur'ânî nassa bakış ve onun doğasını kavramadaki metodik hatanın ve Kur'ân'ın hukukî üslubunu doğru anlamamanın bir sonucudur.

Bir kere her şeyden önce Kur'ân-ı Kerîm bir fıkıh, bir kanun, bir siyaset, bir bilim ve bir tarih kitabı değil, bir hidayet kitabıdır. Allah (c.c) onu: *...(Bu), Rab'lerinin izniyle insanları karanlıklardan aydınlığa çıkarıp, o güçlü ve övgüye layık olan (Allah (c.c))ın yoluna iletmen için sana indirdiğimiz Kitaptır.*<sup>24</sup> *Gerçekten bu Kur'ân en doğru yola iletir ve iyi işler yapan müminlere, kendileri için büyük bir ecir olduğunu müjdelere*<sup>25</sup> olarak vafsetmiştir. Bu anlamdaki ayetler Kur'ân-ı Kerîm'in pek çok yerinde geçer.

Allah (c.c) şu ayette Kur'ân-ı Kerîm'i her şeyi açıklamak için indirdiğini haber vermektedir: *....Sana bu Kitâbı, her şeyi açıklayan ve Müslümanlara yol gösterici, rahmet ve müjde olarak indirdik.*<sup>26</sup> "Bu vb. ayetlerden hareketle bütün alimler, Kur'ân-ı Kerîm'in dinin birinci kaynağı olduğunu kabul etmişlerdir. Öteki deliller Kur'ân-ı Kerîm'e dayanmakta olup, onların hücciyetini (delil değerini) Kur'ân-ı Kerîm göstermiştir."<sup>27</sup>

Kur'ân-ı Kerîm muciz bir kitaptır. "O, fesahat ve belağat sahibi Arapları kendi üslubunun benzerini getirmekten âciz bırakmıştır." Bu sebeple onun beyanı (belağatı), Arapların sözlerinin ulaşamadığı zirve noktasındadır. "O'nu okuyan kimse, kıssalardan kevnî (kozmetik) ayetlerin detaylarına, misallere/örneklemelere, va'd/mükafat ve va'ide/cezaya, hukukî bir hükmün açıklanmasına, cennet-cehennemin anlatılmasına ve başka konulara intikal eder. Bu geçişte kişi, söz konusu edilen olayın yapısı gereği olanın dışında, onun üslubunda bir değişiklik fark etmez."<sup>28</sup>

Konularının yapısı bu şekilde olan, amacı hidayet ve mu'ciz beyanı da (hedefe ulaşma) aracı olan böyle bir Kitaptan, nasıl olur da, hususi yapılmış kodifikasyonlardakine benzer bir şekilde hukukî ilişkilerin esaslarını tam anlamıyla ihtiva eden hukukî metinlere sahip olması istenir, ya da düşünülebilir? Araştırmacı ile, Kur'ân'ın bu özelliğe sahip olmayışının bir eksiklik ve bir kusur olduğu vehmi arasındaki engel, Kur'ân metninin doğasını anlama biçimidir.

<sup>23</sup> Coulson, Tarih, s. 39-44.

<sup>24</sup> İbrâhîm (13), 1.

<sup>25</sup> İsrâ (17), 9.

<sup>26</sup> Nahl (16), 89.

<sup>27</sup> Şelebî, *Usûlu'l-Fikhi'l-İslâmî*, Beyrut, 1974, s. 95-102.

<sup>28</sup> Şelebî, *Usulu'l-Fikhi'l-İslâmî*, s. 103.



Müslüman usul bilginleri bu hususun farkına varmışlardır. Hocamız Muhammed Mustafa Şelebî Kur'ân-ı Kerîm ile ilgili olarak şöyle diyor: "Kur'ân-ı Kerîm, hükümleri açıklarken bilinen kanunlar ve fıkıh kitaplarında olduğu gibi, tek bir yöneme bağlı kalmamıştır. Söz gelimi kesin talepleri "vucûb" kelimesiyle,<sup>29</sup> kesin yasakları "men" veya "tahrim" kelimeleriyle, serbest bırakılan talepleri de "tahyîr" veya "ibahe" kelimeleriyle ifade etmemiş ve insanları usandıracak, tek-rarı yüzünden kulağa ağır gelerek insanları düşünme ve tefekkürden vazgeçirecek ifadeler kullanmamıştır."<sup>30</sup>

"Tek bir manayı ifade etmedeki yöntem çeşitliliğinin ötesinde, bu metinler diğer (beşerî) yasamalarda olduğu gibi ne bir tek yerde ve ne de bir sûrede toplanmıştır. Tam aksine hükümler Kur'ân-ı Kerîm'in surelerindeki inanç, ahlak, kozmik olaylar ve kıssalarla ilgili ayetler arasına serpiştirilmiştir. Nitekim, okuyucu her an hatırlasın diye tek bir hüküm hakkında, pek çok yerde bir çok nassın çeşitli üsluplarla varid olduğunu görüyoruz. Bu durum bize, bu açıklama çeşitliliğini ihtiva eden Kur'ân-ı Kerîm'in, sadece bir hukuk kitabı olmak için değil, bilakis insanları karanlıklardan aydınlığa çıkarmak üzere bir hidayet kitabı ve risalet davasında Hz. Peygamber (s.a.s.)'in doğruluğunu destekleyen bir mucize olsun diye bu biçimde indirildiğini göstermektedir..."<sup>31</sup>

Buradan anlaşılıyor ki, Prof. Coulson'un düştüğü metodik hata, onun, "İslâm hukukunun Kur'ân-ı Kerîm'e dayanması ve Müslümanların dinin hükümlerini tanıma ve ondan istinbat (hüküm elde) etmede onu asılların aslı (birinci kaynak) olarak kabul etmelerinin, Kur'ân-ı Kerîm'in yasamada bilinen kanunlaştırma yöntemini takip etmesini gerektirdiği" şeklindeki kanaatinde kendini göstermektedir. Bu yanlışlığın kaynağı, Kur'ân metninin yapısını iyice düşünmeme gafleti ve onun temelde muayyen bir bilgi kitabı ve İslâm hukukunun kaidelerini bir arada toplayan bir kitap değil, insanlık için bir hidayet kitabı olma ayrıcalığını kavrayamamaktır. Kur'ân'ın metnine doğru bakmak, araştırmacının, Coulson'un bu kanaatini bir noksanlık ve bir kusur değil, bu metin için bir meziyet ve bir güzellik olarak kabul etmesini sağlayacaktır.

Hem sonra, hukukî hükümleri açıklamadaki yöntemi konusunda Kur'ân metninin yapısı böyle iken, bilimsel araştırma mantığı açısından, onu Sünnetten, me'sûr tefsirden (rivayete dayanan yorumlardan) ve hukukî düzenlemeler yapma döneminde nassın tatbik edildiği olaylardan bağımsız olarak anlamak doğru olur mu? İşte Prof. Coulson'un Kur'ân metni ve onun hukukî rolüne ilişkin vardığı sonuçtaki karışıklığın üçüncü nedeni budur; ki biz bunu aşağıda ele alacağız.

### 5.3. Kur'ân-ı Kerîm'in Hukukî Metni Nasıl Anlaşılır?

"...*Sana bu Kitâbı, her şeyi açıklayıcı olarak indirdik*"<sup>32</sup> ayetinde ifade edildiği gibi Kur'ân-ı Kerîm'in her şeyi açıkladığını bildiren Kur'ân metinlerinin, Hz. Peygamber (s.a.s.)'e Müslümanların karşısına çıkan yeni olaylarda dini hükümleri açıklama görevi veren ayetlerin ışığında anlaşılması gerekir. Hz. Peygamber (s.a.s.)'e bu görevi veren ilk ayetlere misal şunlardır: *Aralarında Allah'ın indirdiğiyle hükmet. Onların keyiflerine uyma...*<sup>33</sup> *Hayır! Rabbine andolsun ki iş*

<sup>29</sup> Vacibun aleyküm, yecibu en tefalu gibi (çev.)

<sup>30</sup> Şelebî, *Usûlu'l-Fıkhi'l-İslâmî*, s. 103.

<sup>31</sup> Şelebî, *el-Medhal*, Beyrut, 1981, s. 103.

<sup>32</sup> Nahl 816), 89.

<sup>33</sup> Mâide (5), 49.

*bildikleri gibi değil, onlar aralarında çıkan çekişmeli işlerde seni hakem yapıp sonra da senin verdiği hükme karşı içlerinde hiçbir sıkıntı duymaksızın, tam bir teslimiyetle boyun eğmedikçe iman etmiş olamazlar.<sup>34</sup> Bir de "Allah'a ve Resulüne inandık ve itaat ettik" diyorlar da, sonra bunun arkasından yan çiziyorlar; bunlar mümin değillerdir. Aralarında hükmetmesi için Allah'a ve Resulüne çağrıldıkları zaman, bakarsın ki, içlerinden bir kısmı yüz çevirip dönerler. Ama, eğer (Allah ve Resulünün hükmettiği) hak kendi lehlerine ise, ona, gönülden bağlı olarak saygı ile gelirler. Kalplerinde bir hastalık mı var? Yoksa şüphe ve tereddüt içinde midirler? Yoksa Allah ve Resulünün kendilerine zulüm ve haksızlık edeceğinden mi korkuyorlar? Hayır, asıl zalimler kendileridir! Aralarında hüküm vermesi için Allah'a ve Resulüne davet edildiklerinde müminlerin sözü ancak "işittik ve itaat ettik" demeleridir. İşte bunlar asıl kurtuluşa erenlerdir. Her kim Allah'a ve Resulüne itaat eder, Allah'a saygı duyar ve O'ndan sakınırsa, işte asıl bunlar bedahlıktan kurtulanlardır.<sup>35</sup>*

İkinci ayetler ise şunlardır: .... *Ey Peygamberim! Sana da Kur'ân'ı indirdik ki, insanlara vahyedilene açıklayasın. Belki onlar da düşünürler.<sup>36</sup> Biz sana Kitab (Kur'ân)ı hak olarak indirdik ki, insanlar arasında Allah'ın sana gösterdiği şekilde hüküm veresin. Sakın hainlerin savunucusu olma!<sup>37</sup>*

Bu ayetler ile Kur'ân-ı Kerim'in hükümleri açıklamasına delalet eden ayetlerin birleşiminden çıkan mana, Kur'ân metinlerini ne sünnetten, ne hukukî hükümler içeren ayetlerin nüzül sebeplerinden ve ne de -ister tek isterse birden fazla olsun- murad-ı ilahiye açıklayan "me'sûr" tefsirden bağımsız inceleyip anlamının doğru olduğunu gösteriyor.

Kur'ân-ı Kerim ile ilişkisi açısından Sünnet üç çeşittir:

1- Kur'ân'ın hükmünü tekit eden sünnet. Örneğin, yalan yere şahitlik yapmanın, masum canı öldürmenin, anne babaya asi olmanın haram oluşu ile, her konuda iyilik yapmanın, kocanın karısına karşı muamelesinde Allah (c.c)'tan korkmasının emredilmesi, haksız yere başkasının malını yemenin yasak olması vb. hususlarda varid olan hadisler böyledir. Bu hadisler bir takım Kur'ân ayetlerindeki manalara uygunluk arz eder ki, bu hadisler söz konusu manaların, muhatapların gönüllerinde iyice yerleşmesini, güçlenmesini sağlar; yahut, Kur'ân ayetinin genel yapısına uyan biçimleri, bu genel yapının kapsamına girdiğini göstermek suretiyle bu hatalara düşmekten sakındırmak üzere açıklar.

2- Kur'ân-ı Kerim'deki açıklamaya muhtaç ayetleri açıklayıcı mahiyette olan sünnet. Bu bazen mücmel bir nassı açıklar. Namaz vakitlerini ve rekat sayısını, hac ve umre fiillerinin ve bunların zamanlarını, zekat miktarları ile zekat verilecek malların çeşitlerini açıklamış olan sözlü-amelî hadisler böyledir. Bütün bu konularda Kur'ân-ı Kerim namaz kılmayı, zekat vermeyi ve hac ve umreyi tamamlamayı mücmel olarak emretmiştir. Bu kapalılığı açıklayıp, bunların yapı-ış keyfiyetini izah eden ise sünnettir.

Kur'ân-ı Kerim'i açıklayıcı sünnet bazen âmm (genel) bir nassı zahiren kendisine dahil görünen bazı fertleri kapsam dışı tutmak için tahsis eder. Mesela,

<sup>34</sup> Nisâ (4), 65.

<sup>35</sup> Nûr (24), 47-52.

<sup>36</sup> Nahl (16), 44.

<sup>37</sup> Nisâ (4), 105.

bir kadının halası veya teyzesiyle, yahut erkek veya kız kardeşinin kızıyla bir nikah altında bulundurulmasının yasak oluşuna delalet eden sahih hadis böyledir.<sup>38</sup> Çünkü bu hadis, evlenilmesi yasak olan kadınların sayıldığı ayetin içinde geçen: *...Bunların dışında kalanlar ise iffetli olarak zina etmeksizin mallarınızla mehir vermek suretiyle evlenmek istemeniz size helal kılındı...*<sup>39</sup> kısmi tahsis etmiştir. Hırsızlık suçunda el kesme cezasını gerektirecek çalma miktarını, çalınan malın korunmuş ve değerli olması gibi şartlar ile hırsızda aranan şartları (ceza ehliyetini) vb. açıklayan hadisler de bu kabildendir. Bütün bunlarla ilgili hadisler, *Hırsızlık eden erkek ve kadının, yaptıklarına karşılık Allah'dan bir ceza olarak ellerini kesin. Allah daima üstündür, hikmet sahibidir.*<sup>40</sup> Ayetini tahsis edici mahiyettedirler.

Bazen de açıklayıcı sünnet Kur'ân-ı Kerim'deki mutlak bir hükmü takyit eder. Örneğin, hırsızlık cezasında el bilekten kesildiğini açıklayan amelî sünnetler böyledir. Çünkü, *yed/el* kelimesi yukarıda geçen ayette mutlak olarak zikredilmiş olup, sağ el veya sol elin kastedilmiş olma ihtimalini taşımaktadır. Yine *kat'/kesme* kelimesi de mutlak olup, bilekten mi yoksa her hangi bir yerden mi kesileceği ihtimalini taşımaktadır. Sünnet her iki durumu da açıklamıştır.

Vasiyetin malın 1/3'ünü geçemeyeceğini açıklayan hadisler de böyledir. Çünkü bu hadisler *...Vasiyyetinden ve borcundan sonra...*<sup>41</sup> ayetini takyit etmiştir.

3- Sünnetin üçüncü çeşidi ise, hakkında Kur'ân-ı Kerim'in bir beyanının bulunmadığı hükümleri koyan sünnettir. Bunun örneği, ninenin, kız ile birlikte bulunan oğulun kızının, kızlarla birlikte bulunan kız kardeşlerin mirastaki paylarını düzenleyen hadisler ile, fitir sadakasını, Kur'ân-ı Kerim'in belirttiğinin dışında süt emme sebebiyle nikahı haram olanları, katilin mirasçı olamayacağını, Müslüman ile gayri müslim arasındaki miras ilişkilerini ve buna benzer başka konuları açıklayan hadislerdir.<sup>42</sup>

Sünnetin bu kısımlara ayrılması konusunda İmam Şafi'î şöyle diyor: "Hz. Peygamber (s.a.s.)'in sünnetlerinin üç çeşit olduğu konusunda ilim ehlinde muhalif birinin var olduğunu bilmiyorum. Bunların birincisi, Allah (c.c)'in, Kitabında açıkça indirdiği hükümlerin benzerlerini Hz. Peygamber (s.a.s.)'in de açıklamış olmasıdır. İkincisi, Allah (c.c)'in mücmel olarak indirmiş olduğu hükümleri açıklayıcı niteliktedir. Üçüncüsü de, hakkında Kur'ân-ı Kerim'in bir beyanı olmayan hususlarla ilgili açıklamalarıdır."<sup>43</sup>

Hukukî hükümler açısından Sünnetin Kur'ân'a göre konumunun bu şekilde olduğu anlaşılınca, bu hukukî düzenlemeleri, Kur'ân-ı Kerim'in mücmelini beyan, ammını tahsis, mutlakını takyit eden ve Kur'ân-ı Kerim'in sükût ettiği (hakkında bir hüküm beyan etmediği) hususlarda ilave hükümler getiren sahih sünnet metinleri olmaksızın, Kur'ân metinlerine bakarak anlamının mümkün olmadığı ortaya çıkar.

<sup>38</sup> Bkz. Şevkânî, Muhammed b. Ali, *Neylu'l-evtâr Şehu Munteka'l-ahbâr*, VI,127 vd.; Hadis muttefakun aleyhdür. Bkz. Buhârî, *es-Sahîh* (Fethu'l-Bâri içinde), VII,11; Muslim, *es-Sahîh* (Nevevî'nin Şerh'i içinde), IV,135

<sup>39</sup> Nisâ (4), 24.

<sup>40</sup> Mâide (5), 38.

<sup>41</sup> Nisâ (4), 12.

<sup>42</sup> Şelebî, *Usulu'l-Fıkhi'l-İslâmî*, s. 114-116.

<sup>43</sup> Şâfiî, *er-Risâle*, s. 91 vd.; Burada nakil özetle yapılmıştır.

Kur'ân metnini anlamada nüzul sebepleri hadislerden daha az öneme sahip değildir. Zira, Kur'ân-ı Kerîm Arap diliyle nazil olmuştur. Lafızlarının delaleti hakikat, mecaz, iştirak<sup>44</sup> ve üslub zenginliği açısından farklılık gösterir. Dolayısıyla bu durumların farklılığına bağlı olarak Kur'ân metnini anlamak farklılaşır ve metnin maksadı ancak karinelerle belirlenir. Şayet metin, maksadını açıklayıcı karineler içeriyorsa onun muradı anlaşılır. Aksi halde Şari'in nassdaki muradını pratikteki uygulama ile açıklayan nüzul sebebine başvurmak zorunlu olur.

Kur'ân metnini anlamak, metnin anlam ve maksadını, kullanım alanını, varid olan kayıtlar ve tahsis edici unsurları belirleyen "me'sûr tefsir"e başvurmaksızın –çoğu kere- doğru olmaz. Bunun örnekleri sayılamayacak kadar çoktur. Dolayısıyla burada verdiğimiz kısa bilgiler yeterlidir.<sup>45</sup>

İşte böylece ortaya çıkıyor ki, sünnetten, nüzul sebeplerinden ve me'sûr tefsirden ayrı olarak sadece Kur'ân'ın metnine bakan kimse, hukukî bir metin olması açısından Kur'ân metni hakkında hüküm veremez. Böyle yapan kimse en hafifinden çelişki ve karışıklığa düşer. Bu duruma düşmekten ise ancak, Kur'ân metnini sünnet, esbab-ı nüzul ve me'sûr tefsirle karşılaştırarak inceleyen kimse sakınır. İşte o zaman, Kur'ân'ın hukukî nitelikli metni hakkında karar vermek doğru olur ve böylece Prof. Coulson'un düşündüğü biçimde Kur'ân'ın, ümmetin hukukî ihtiyaçlarını tam karşılamadığı yönündeki vehim de ortadan kalkar.

İslam'ın getirdiği hukukî sistemin yapısını tam anlamıyla kavramaksızın, temellerini Kur'ân'ın attığı hukukî sistem hakkında bu anlayışla verilecek hüküm eksik olacaktır. İşte bu, Coulson'un Kur'ân'ın hukukî rolüne bakışında karışıklığa neden olan dördüncü meseledir ki aşağıda bunu çözmeye çalışacağız.

#### 5.4. İslam Hukuk Sisteminin Entegre Yapısı

Kuşkusuz hukuk kuralı –türü ne olursa olsun-<sup>46</sup> iki şıktan oluşur: Birincisi, kanun koyucunun, muhataplara yapılmasını emrettiği bir işi yaparak olumlu bir davranış ortaya koymasını yahut, kanun koyucunun yasakladığı bir eylemi yapmamak suretiyle olumsuz bir tutum sergilemesini emreden "teklif/emir"tir. Başka bir ifadeyle, hukuk kuralında teklif bu kuralın emrettiği bir eylemi yapmayı veya yasakladığı bir eylemi terk etmeyi temsil eder; ikincisi ise, kanun koyucunun istediği davranışın muhataplar tarafından yapılmaması halinde onlara uygulanacak cezadır.<sup>47</sup> Hukuk kuralının ceza kısmı, yasakları yapmak, emrolunanları ise yapmamak suretiyle bu kuralın hükümlerine aykırı davrananlara bir ceza öngörerek (koyarak) mükellefleri kendisine itaat etmeye ve uymaya zorlar.

Teklif ve ceza unsurlarından oluşması bakımından, ne İslam hukukundaki hukuk kuralı ve ne de fakihlerin istinbatındaki hukuk kuralı her hangi bir hukuk sistemindeki hukuk kuralından farklıdır.

Bu her iki unsur bazen bir metinde (ayet ya da hadis) bir yerde varid

<sup>44</sup> **İştirak:** Bir lafzın, kelimenin birden fazla anlama delalet etmesi durumunu ifade eden bir fıkıh usulü terimidir. Böyle çok anlamlı olan lafızlara "müşterek" denir (çev.)

<sup>45</sup> Şelebi, *Usûlu'l-fikhi'l-İslâmi*, s. 99.; Özet olarak verdiğimiz bilgilerin detayı bu kitapta vardır.

<sup>46</sup> İster bir ceza hukuku normu, ister borçlar hukuku normu isterse hukukun başka bir dalına ait bir norm olsun (çev.).

<sup>47</sup> Metinde yazar birinci şıkkı verdikten sonra ikinci şıkkın ne olduğunu ifade etmeden, mahiyetini izaha geçmiştir. Bu da paragrafın insicamını bozucu bir nitelik arz etmektedir. Bu sebeple bu cümle tarafımızdan eklenmiştir (çev.).

olur, bazen de teklif unsuru bir nass/metinde, bu teklife aykırı davranışa öngörülen ceza ayrı bir nass/metinde bulunur. Bu iki unsurun mekansal ayırımına maruz kalan hukuk sistemi eleştirilmez; kaldı ki bu, her halükârda genel olarak hukuk sistemlerinde var olan bir olgudur. Dolayısıyla İslâm hukukunda da vaki-dir..

Doğal olarak Prof. Coulson'un, kendi ihtisas alanı olan hukuk ilminin açık gerçeklerinden biri olması itibarıyla bu hakikati görmesi gerekirdi. Hukuk kuralında teklif ve ceza unsurlarının bulunmasının zorunluluğu gerçeğini kastediyorum.<sup>48</sup> Ne var ki, Coulson'un farkına varamadığı şey de işte bu iki (teklif ve ceza) unsurun İslâm'ın her bir hukuk kuralında var olduğudur. "Kur'ân-ı Kerîm'in sadece teklif unsurunu getirdiği" yönündeki düşüncesi onu, Kur'ân formülasyonunun net bir takım pratik hukukî düzenlemeler sunabilecek hukukî formülasyon açısından eksik olduğu iddiasına götürmüştür. Kur'ân-ı Kerîm'in hukukî ayetlerini sadece, bağlayıcı hukuk kuralı düzeyine çıkmayan bir takım ahlakî yönlendirmeler olarak görmüştür. O, Kur'ân-ı Kerîm'in hukukî üslubunun, emirle nehiy, takva ile Allah (c.c) korkusu, rızası ve gazabı, cennete teşvik ve cehennemden sakındırmayı bir araya getirmiş olduğunu görünce, bu tür Kur'ânî yönlendirmelerin, İslâm ahlakının temellerini ifade eden ancak, birbirlerini tamamlayıcı siyasi bir hukuk yapısı oluşturmaksızın Müslüman kişinin vicdanını muhatap aldığı kanısına varmıştır.<sup>49</sup>

Coulson bu görüşüne Kur'ân-ı Kerîm'in hukukî ayetlerinden örnekler veriyor ve diyor ki: "Kur'ân-ı Kerîm içkinin ve faizli muamelenin haram olduğunu, bu haramlığa ilişkin pratik hukukî sonuçlara yönelik bir işaret içermeksizin ahlaki yönlendirmenin baskın olduğu benzer ifadelerle beyan etmektedir. Oysa realitede faiz, fasit yahut bağlayıcılığı bulunmayan bir akit olması sebebiyle medeni hukukun<sup>50</sup> bir konusu olmaya devam ederken, içki içmek, bilahare içene sopa vurulması biçiminde cezalandırılan bir suç olmuştur."<sup>51</sup> Daha sonra Coulson yetimlerin mallarının haksızca yenilmesini bir başka misal olarak zikrediyor.<sup>52</sup>

İşte Coulson'un bütün araştırmalarında, Kur'ân'daki hukukî kuralların ahlak kuralları olmaktan öteye geçemediğine defalarca işaretlerde bulunduğu bu vb. misaller, "Coulson İslâm hukuk sisteminin özel yapısının farkına varmamıştır" dememize neden olmuştur. Bununla kastımız, İslâm hukukunun, her bir hukuk kuralına ait teklif ve ceza şıklarını bir yerde zikretmeye, hatta hakkında Kur'ân-ı Kerîm veya sahih sünnet nassı varid olan veya İslâm'ın genel kurallarının gerektirdiği her bir teklife/emre aykırı davranmanın cezasını sarih olarak açıklamaya bağlı kalmamış olmasıdır.

Kur'ân'daki -aynı şekilde sünnetteki- hukukî kurallar, Allah (c.c)'ın, kullarının bağlı kalmasını istediği her mükellefiyeti açıkça içermektedir. Bu durum "teklif bimâlâyutâk/güç yetmeyen şey ile mükellef tutma"nın caiz olmadığı ilkesinin bir sonucudur. Zira, teklifin kapalı ya da belirsiz olması "teklif bi mâlâyutâk"tır. Bu kuralların bazıları hakkında Kur'ân-ı Kerîm'de -veya Sünnette-, teklife aykırı davranmaya ceza verileceği hakkında açık seçik nass vardır. Bazıla-

<sup>48</sup> Coulson, *Tarih*, s. 39.

<sup>49</sup> Benzer görüşler için Fazlurrahman'ın eserlerine bakılabilir (çev.).

<sup>50</sup> Yani özel hukukun borçlar hukuku dalına ait bir konu iken (çev.).

<sup>51</sup> Coulson, *Tarih*, s. 40.

<sup>52</sup> Coulson, *Tarih*, s. 42.

rında ise böyle bir nass yoktur. Pekâlâ buna dayanarak, kendisine aykırı davranılmasına karşılık ceza verileceği hakkında açık nass bulunmadığı için, Kur'ân hükümlerinin hukuk kuralı kabilinden olmadığı sonucuna varmak doğru olur mu?

Gerçekten bu sorunun cevabı olumsuzdur. Çünkü Allah (c.c)'in, hükümlerini Hz. Peygamber (s.a.s.)'e vahyettiği günden kıyamete kadar, kendisiyle insanların hayatlarını düzeltmeyi murad daimi bir metod olan İslâmî sistemin yapısı, teşride Müslümanlara, kurallarını zaman-mekan şartlarına uygun olarak, her zaman ve zeminde uygulama fırsatı verecek ve genel niteliğini anlama ve tümel-lerini uygulama konusunda içtihadın kapısını açacak özel bir metod takip etmesini gerektirmiştir.

İşte bundan dolayıdır ki İslâm hukuk kuralları iki kısma ayrılmıştır. Birincisi, detaylar/tikeller, ikincisi ise genel ilkeler/tümelldir. İslâm hukuk bilgileri ve usulcüler bunu şu sözleriyle ifade etmişlerdir: "İslâm'ın hukukî metodu, değişmeyen türden olanların ayrıntılı, değişebilenlerin ise genel olması esasına dayanır." Bu hususun anlaşılması ve Müslüman fakihlerin İslâm hukuk sisteminin parçaları arasındaki hukukî tekamülün mahiyetini açıklayarak, cüzî/tikel meseleleri külliyyata/tümelldere ve ferî hükümleri asıllarına/delillerine nasıl irca ettiklerinin bilinmesi için, mutlaka kavâid ve usul kitaplarını gözden geçirmek gerekir. Burada maksadımız bunu detaylandırmak değildir. Bu hususu genel olarak zikretmedeki amacımız sadece, Coulson'un, gerçek öyle olmadığı halde Kur'ânî hukukun bir takım ahlaki kurallar koymakla yetindiği gerekçesiyle bir noksanlık olarak gördüğü bu meselede gerçeği açıklamaya çalışmaktır.

Kur'ânî her teklif, Müslümanlar üzerine bir vecibedir. İnsanların tasarrufları iki yönlüdür: Medeni ilişkiler ki bu, mali, ticari, mülkiyet, akitler vb. muamelelerle irtibatlıdır. Diğer de, Allah (c.c) hakkına veya kul hakkına yönelik, cezayı gerektiren bir suç teşkil edecek tarzdaki saldırıyla irtibatlı cezâî ilişkilerdir. Bireyler arası ilişkilerin bu iki kısmın dışında üçüncü bir sikkı yoktur.

Mesela, şayet teklif medenî hukuk, yani muamelat kurallarından biriyle alakalı ise, buna aykırılığın cezası tasarrufun batıl olması veya akdin fasid olması yahutta zarar görenin zararının tazmin edilmesidir. Bu konuda İslam hukuku diğer hukuk sistemlerinden farklı değildir. İzzuddîn b. Abdisselam bunu hassas bir kural şeklinde şöyle ifade etmiştir: "*Kendi amacına ulaşmayı engelleyen her tasarruf batıldır.*"<sup>53</sup> Tasarrufun amacına ulaşmamasının en bariz biçimlerinden biri, Kur'ân-ı Kerîm'in veya Sünnetin bir emrine aykırı olmasıdır. Bu türden olan her tasarruf batıldır. Bu kuralın pek çok detayları ve uygulamaları vardır ki İbn Abdusselâm *Kavâ'idu'l-ahkâm fi mesâlihi'l-enâm* adlı değerli kitabında bunları zikretmiştir.

Bu konuda İslâm hukukuyla çağdaş hukuk sistemleri arasındaki farka ilişkin meselenin özü şudur: Çağdaş hukuk sistemlerinde ceza, ancak kanun metninde yer alır. İslâm hukukunda ise Kur'ân ve sünnette belirtilmemişse, zaman ve mekan farklılığına, metnin anlaşılması, kullanılma alanının belirlenmesi vb. her bir olayı yahut ona verilecek hükmü çevreleyen şartların farklılığına bağlı olarak, zorunlu bir biçimde farklılık arz edecek olan içtihada bırakılır. Cezanın

<sup>53</sup> Bkz. İbn Abdisselâm, Sultânü'l-Ulemâ 'İzzuddîn Abdulaziz b. Abdusselâm, *Kavâ'idu'l-ahkâm fi mesâlihi'l-enâm*, Muessesetu'r-Reyyân, Beyrut, 1990, s. 293 (gev.).

kaynağı/dayanağı her zaman dinin bir kuralına başvurma esasına dayanır. Bu da ya lafzî ve anlamsal delaletlerin uygulanması yönteminin kullanılmasıyla nassa dayalı, ya da usul kitaplarında açıklanmış olan kıyas, istihsan, maslahat vb. istinbat yöntemlerinin kullanılmasıyla elde edilmiş olur.

Eğer teklif ceza hukukuyla ilgili ise, yani bir işi yapmak ya da terk etmek, Allah (c.c) hakkı, kul hakkı veya her iki türden olan bir hakka saldırı biçiminde ortaya çıkan bir masiyet/suç içeriyorsa, bu durumda İslâm ceza hukukunda ta'zîr sistemi devreye girer. Bu, kendisi sayesinde (hadler ve keffaretler dışında) her masiyete/suçta caydırıcı bir ceza bulmanın mümkün olduğu sistemdir.<sup>54</sup> Bu sistemin aslına ilişkin olarak Kur'ân-ı Kerim'de en azından iki uygulama vardır. Sünnet ise bunun örnekleriyle doludur. Sahabe ve kendilerinden sonra gelen fakihler ve yargıçlar da uygulamışlardır. Dolayısıyla İslâm ceza hukuku, nassların, hakkında teklif içerdiği halde beraberinde ceza belirlemediği her hangi bir ceza kuralına aykırı davranış için ceza önerme konusunda yetersiz kalmamıştır.<sup>55</sup>

Prof. Coulson'un söz konusu ettiği üç örnek de bu kabildendir. Mesela içki içmek ta'zîr cezasını gerektiren bir suçtur ve cezası, Coulson'un zannettiği gibi sonradan icad edilmiş olmayıp, Hz. Peygamber (s.a.s.)'in sözlü ve fiilî sünnetiyle sabit olmuştur.<sup>56</sup> Faizli muamelelerde bulunmak (faizcilik-tefecilik yapmak) ta'zîrî bir suç olup, ta'zîr sistemindeki genel kurallar gereği cezalandırılır. Açıkça faiz içeren muamele bâtil kabul edilir. Haksız yere yetimlerin mallarını yemek de ta'zîrî bir suç olup, aynı şekilde ta'zîr sisteminin genel kuralları gereği cezalandırılır.<sup>57</sup> Ayrıca, yetimin malını yiyen kimse, haksız yere yetim malı yeme tasarrufunun geçersizliğini ortaya koymak üzere, duruma göre malın ya aynını ya da mislini hak sahiplerine geri vermekle yükümlü olur.

İşte, Kur'ân-ı Kerim'in emir ve yasaklarında yer alan teklif kısmına aykırı davranış için öngörülen ceza unsuru, İslâm hukukunun küllî kaidelerinde bu şekilde yer almaktadır. Bu mükellefiyetlerde cezanın belirlenmemiş olması, İslâm hukuk kurallarının esnek bir yapıya sahip oluşu ve her hangi bir toplumun sosyal, ekonomik ve siyasal bünyesi için gerekli olan gelişmelere rağmen uygulanabilirliğinden başka bir şeye delalet etmez.

Meselenin bu şekilde kavranmasıyla birlikte açıkça görülmektedir ki, Kur'ân-ı Kerim'in teşri'î rolü, Coulson'un düşündüğü şekliyle ahlakî yönlendirici olma rolünden daha geniş boyutludur. Aynı şekilde, bütün bölümleriyle İslâm hukukunun tekamülü, kurallarının esnekliği, Kur'ânî teklifleri gerçek manada birer hukuk kuralı haline getirmektedir. Öyle ki, bu kurallardan hiç birisi, bir hukuk kuralı için gerekli olan ceza unsuruna ihtiyaç duymamaktadır. Bu ise bütün kriterlere göre, İslâm hukukunun aleyhinde değil, lehinde olan bir faktördür.

<sup>54</sup> Serahsî, Muhammed b. Ebî Bekr, *el-Mebsût*, IX,36; Ayrıca bkz., Avva, *Fî Usûli'n-nizâmi'l-cinâyyi'l-İslâmi*, s. 243 vd.

<sup>55</sup> Avva, *Fî Usûli'n-nizâmi'l-cinâyyi'l-İslâmi*, s. 270 vd.

<sup>56</sup> Avva, *Fî Usûli'n-nizâmi'l-cinâyyi'l-İslâmi*, s. 126-140.; Bu kitabımızın Dâru'l-Me'ârif, Kahire, 1983 tarihli 2. baskısında içki içme suçunu detaylı olarak inceledik (Bkz. s. 134-151).

<sup>57</sup> Avva, *Fî Usûli'n-nizâmi'l-cinâyyi'l-İslâmi*, s. 271-272.; Ayrıca bkz., *Punishment in Islamic Law*, Indianapolis, 1982, s. 112-113.

### 6. Coulson'un Araştırmalarında Sünnet

Gerçekten, İslâm hukuku ve fıkıyla ilgili oryantalist çalışmalarda araştırmacıların dikkatini çeken en önemli hususlardan biri, Prof. Coulson'un sünnet hakkındaki tutumudur. Bu tutum, pek çok kimsenin nazarında genelde oryantalizm okulunun, özelde ise İslam hukuk sistemiyle ilgilenen oryantalistlerin tutumunda esaslı bir değişimi temsil etmektedir. Bunun en güçlü delili, onunla hocası Joseph Schacht arasındaki görüş ayrılığıdır. Bu kitapta<sup>58</sup> Schacht'ın metodu ve sünnet hakkındaki tutumuyla ilgili etraflıca bir çalışma vardır. Peki Coulson'un sünnet hakkındaki görüşü ve metodu nedir?

Coulson sünnet hakkındaki tutumunu, "Hz. Peygamber (s.a.s.)'in Medine'de bulunduğu sırada vahiy emini olması ve Kur'ân-ı Kerim'in genel ve mücmel ifadelerini açıklayıcı olması itibariyle, özellikle Kur'ân hükümlerinin yapısının gündeme getirdiği pek çok hukukî mesele ile karşılaştığını" kabul ederek açıklamaya başlıyor.<sup>59</sup> "Böylece sünnet, bu tip hükümlerle Kur'ân-ı Kerim'in ahlak ilkelerinden beslenen hukukî bir yapı oluşturmak için ilk temeli atmış oldu."<sup>60</sup>

Coulson çok geçmeden, hicrî ikinci asırda sünnetin, muayyen bir fıkıh ekolü alimleri arasında ittifakla kabul edilmiş fikhî görüşler toplamını ifade ettiğini söylüyor ve o ekolü de "okulun sünneti" diye adlandırıyor. Bu sünnet, "her mezhepte bilinen ve mezhep alimlerinin desteklemeye çalıştıkları görüş ve asılların toplamıdır."<sup>61</sup> Sonra "me'sûra/rivayete" uyma düşüncesi, kısa süre sonra bu fikhî görüşlerin, fazilet ve takvasıyla tanınan şahıslardan belirli isimlere nispet edilmesini sağlamıştır...." "Mesela, çoğu kere Medine'de sünnetin kurucusu olarak Hz. Ömer anılır. Ayrıca, Abdullah b. Mesud da Kufe'de benzer bir konuma sahip olmuştur. Sonuçta durum doğal olarak fikhî görüşün Hz. Peygamber (s.a.s.)'e nispet edilmesi noktasına varmıştır."<sup>62</sup> Diyor.

Coulson daha açık bir biçimde bakışını, Hz. Peygamber (s.a.s.)'e nispet edilen rivayetlerin senetlerine çeviriyor ve şöyle diyor: "Ehl-i hadis Kur'ân-ı Kerim'de sabit olan bir takım hükümlere uymanın zarureti konusunda kendi mezhepler/görüşlerini desteklemek için, pek çok hüküm ve kuralı yanlışlıkla Hz. Peygamber'e nispet etmeye başladılar. Onlar bunu, kıssalar veya Hz. Peygamber'in muayyen durumlarda söylediklerini veya yaptıklarını haber verme şekline sokarak naklediyorlardı." "...Bu durum onların, Hz. Peygamber'in, şayet kendilerinin karşılaştıkları sorunlarla karşılaşılsaydı O'na nispet ettikleri hükümlerle hükmedeceğine olan inançlarının bir sonucuydu..."<sup>63</sup>

Coulson burada, bu tahliliyle Hz. Peygamber (s.a.s.)'in hukukî rolüne ilişkin daha önce geçen tespitleri arasında bir çelişki olduğunu fark ediyor ve hemen "ahkam hadislerinin bir miktarının, özellikle ihtilafsız meselelerle alakalı olanların Hz. Peygamber'den sadır olan fiiller ve kelimelerin aynen korunduğu-

<sup>58</sup> Çevirdiğimiz bu makalenin alındığı kitap (çev.).

<sup>59</sup> Coulson, *Tarih*, s. 61.

<sup>60</sup> Coulson, *Tarih*, s. 62-63.; Burada "Kur'ân-ı Kerim'in ahlakî ilkeleri" ifadesine dikkat edilmelidir. Biz bu ifadeye ilişkin tartışmayı önceden açıklamıştık.

<sup>61</sup> Coulson, *Tarih*, s. 94.

<sup>62</sup> Coulson, *Tarih*, s. 96.

<sup>63</sup> Coulson, *Tarih*, s. 99-100.



nu, ancak bu doğru aslın çeşitli uyduruk unsurlarla karıştığını" açıklayarak (hatasını) düzeltiyor.<sup>64</sup>

Coulson'un "sünnet"in, nasıl olupta Hz. Peygamber'e nispet edilen ıstılâhî/terim anlamını (O'na nispet edilen söz ve fiiller) ifade eder olduğunu açıklamaya çalıştığı şu sözleri, okuyucuyu hayrete düşürecek karışıklıklar içermektedir. O şöyle diyor:<sup>65</sup> "Kuşkusuz, Şâfiî'nin ilahi iradeyi öğrenmede sünneti Kur'ân-ı Kerîm'in tamamlayıcısı olarak kabul etmiş olması, onun İslâm hukukuna yaptığı en önemli bir katkıdır. (...) Şâfiî'nin metodunda Sünnet, Hz. Peygamber'in Allah'tan kendisine vahyedilen bir yol olması itibariyle fikhın ikinci kaynağını temsil etmektedir. Sünnet esasen erken dönem ekollerinde, belli bir ekole özgü rivayetlere dönüşüyordu. Şâfiî, bir tek kaynaktan çıkan sünnet kavramını, şehirlerde mütedavil olan ve kendi aralarında kaynaklık itibariyle farklı olan rivayetlerin yerine koyarak, fikh merkezleri arasındaki farklılığı yok etmeyi ve hukukî bakış açısının birliğini yaymayı amaçlamıştır. Özetle Şâfiî'ye göre, rivayetlerde bir tek renk vardır ki, gerçek anlamda İslâmî ve özgün olan odur. O bu konuda her yönüyle yeni bir fikir sunmamıştır. Genel olarak erken dönem ekolleri nezdinde, kendi fikhî bakış açılarına irca etmek suretiyle, kendi rivayetlerinin Hz. Peygamber (s.a.s.)'in takip ettiği yolda bir aslının var olduğu iddiası lehine gittikçe artan bir eğilim vardı. Şâfiî'nin bizzat kendisi, sünnetin ilahi bir vahiy olduğunu açıklamak suretiyle usul bakımından güçlendirmek, şekille alakalı olarak da Hz. Peygamber (s.a.s.)'in sünnetinin, ancak kendisinden rivayet edilen bir hadisle doğru olarak sabit olabileceğini kesinleştirmek üzere bu eğilimi yararlanmıştır."

Bu paragrafın içerdiği görüşleri okuyucu açısından daha açık hale gelmesi için aşağıda maddeler halinde özetliyoruz:

- 1- İlahi iradeyi öğrenmede sünneti Kur'ân-ı Kerîm'in tamamlayıcısı olarak kabul etme düşüncesini İslâm fihhına sunan İmam Şâfiî'dir.
- 2- Şâfiî'nin metodunda sünnet fikhın ikinci kaynağını temsil etmektedir.
- 3- Erken dönem ekolleri nezdinde sünnet, muayyen bir ekolün özel rivayetlerine hasredilmiştir. (O yukarıda bu rivayetleri "mezhep alimleri arasında ittifak edilen görüşler" olarak adlandırmıştı.)
- 4- Şâfiî'nin düşüncesi her yönüyle yeni değildir.
- 5- Erken dönem ekolleri nezdinde, kendi rivayetlerinin Hz. Peygamber (s.a.s.)'in hayatında bir aslının var olduğu iddiasına giderek artan bir yöneliş vardı.
- 6- Sünnetin ancak Hz. Peygamber (s.a.s.)'den rivayet edilen bir hadisle sabit olacağı düşüncesi Şâfiî'ye aittir.

Araştırmacının, ne bu meselelerin kendi aralarındaki bazı zıtlıklar ve çelişkileri, ne de sünnetin delilliğini ilk önce Şâfiî'nin ortaya koyduğu yönündeki görüşün, bizzat Kur'ân'la olan çelişkisini görmesi zordur. Çünkü Şâfiî kaynakları sıralarken usul yönünden yaptığı açıklamayı, sadece Kur'ân'ın bizzat kendisine dayanarak yapmıştır. Kur'ân-ı Kerîm Müslümanlara, *Resûl size neyi verirse onu alın! Ve neyi yasaklarsa ondan da kaçının!*<sup>66</sup> Diye hitap etmiyor mu? Yine onlara

<sup>64</sup> Coulson, *Tarih*, s. 100-101.

<sup>65</sup> Coulson, *Tarih*, s. 124-125.

<sup>66</sup> Haşr (59),7.

Hız. Peygamber (s.a.s.)'e itaat etmelerini emredip, onun emrine muhalefet etmekten sakındırmıyor mu? ....*Resulün emrine muhalif davrananlar, kendilerine bir belanın çarpmasından, yahut onlara acı bir azabın dokunmasından sakınsınlar.*<sup>67</sup> Yine Kur'ân-ı Kerim Allah (c.c) sevgisini Hz. Peygamber (s.a.s.)'e uymakla ilişkilendirmiyor mu? *De ki: "Eğer Allah (c.c)'ı seviyorsanız bayan uyun ki, Allah (c.c) da sizi sevsin ve günahlarınızı bağışlasın. Allah (c.c) bağışlayan, esirgeyendir.*<sup>68</sup> Şu halde, nasıl olurda sünnetin delillığının ortaya konması Şafii'nin İslâm hukukuna armağanıdır denebilir?

Şafii'nin yönteminde sünnetin fıkıhın ikinci kaynağını temsil ettiği doğrudur. Ancak, bunu icat eden ve keşfeden Şafii olmamıştır. Bu ancak sahabe alimlerinin, Müslüman oldukları andan itibaren bütün Müslümanların ve bütün zamanlarda ve şehirlerdeki alimlerin uyguladıkları bir husustur. Fıkıh, usulü fıkıh ve hadis kitapları bu konudaki rivayetlerle doludur.<sup>69</sup>

Sonra diğer üç hususa bakalım. Başlangıçta sünnet, erken dönem ekolleri nezdinde muayyen bir ekolün özel rivayetlerine hasredilmiş. Şafii'nin düşüncesi her yönüyle yeni değilmiş. Ekoller kendi rivayetleri için Hz. Peygamber (s.a.s.)'in izlediği yolda daima bir asıl bulmaya çalışmışlar. Sünnet erken dönem ekollerinin rivayetleri ise şayet, peki bu rivayetler kimden nakledilmiştir? Hz. Peygamber (s.a.s.)'in sünnetinin hukukî yönden delil olma özelliği yoksa şayet, o zaman fakihler niçin kendi rivayetlerini –yahut az önce Coulson'un dediği gibi kendi görüşlerini- Hz. Peygamber (s.a.s.)'e nispet etme sıkıntısına düşüyorlar? Şafii'nin düşüncesi her yönüyle yeni değilse eğer, bu kendisinden önceki fakihlerin sünnetin hücciyetini/delil oluşunu kabul ettiklerinden başka ne anlama gelir ki?

Şüphe yok ki, Coulson'un burada sünnetin hücciyeti sorununu çözmek için kabul ettiği mantık son derece tutarsız bir mantık olup, kitabını tahsis ettiği tarihsel araştırma araçlarının hiç birinin karşısında tutunamaz.

Altıncı sıradaki, "sünnetin ancak Hz. Peygamber (s.a.s.)'den rivayet edilen bir hadisle sabit olacağı" düşüncesinin Şafii'ye ait olduğu meselesine gelince, bunda sahabe ve sonraki dönemlerde hadisin rivayet edilmesi ve tedvini çalışmalarını görmezlikten gelmenin varlığını<sup>70</sup> bir kenara koyarak Coulson'a şunu soruyoruz: Erken dönem ekolleri nezdinde, kendi rivayetlerinin Hz. Peygamber (s.a.s.)'in hayatında bir aslının var olduğu iddiasına giderek artan bir yöneliş var idiyse şayet, bu rivayetler Hz. Peygamber (s.a.s.)'den nakledilen hadisler içinde değil miydi? Peki Şafii, kendinden önceki alimler tarafından bilinmiyor ve ellerinde dolaşmıyor idiyse kendi kitapları içine serpilmiş yüzlerce hadis metinlerini nereden çıkarmıştır? Aksi takdirde, o kendi görüşünü başkalarına karşı teyit etmek ve doğruluğunu delillendirmek için nasıl delil getiriyordu?

Açıklamaya ihtiyaç duymayacak kadar net olan gerçek şu ki, hiç kimse Şafii'nin usulü fıkihtaki üstünlüğünü inkâr edemez. Ne var ki bu üstünlük, bu ilmi dahice formüle etmek ve sistematize etmekten öteye geçmez. Çünkü Şafii kendi kafasından bir usulü fıkıh icat etmemiş, kendinden önce söz konusu olmayan

<sup>67</sup> Nûr (24), 63.

<sup>68</sup> Âl-i İmrân (3), 31.

<sup>69</sup> Şelebî, *Usulu'l-fikhi'l-İslâmî*, s. 119 vd. Ayrıca bkz., es-Sabbâğ, *el-Hadîsu'n-Nebevî*, s. 26-27.

<sup>70</sup> Coulson, *Tarih*, s. 138-139.; Burada arkadaşımız Muhammed Mustafa el-A'zamî'nin *Dirâsât fi'l-Hadîsi'n-Nebevî ve târihu tedvinih* adlı kitabına müracaat etmenin zorunluluğuna işaret edelim. Bu kitap bu konuda şimdiki kadar yazılmış en güvenilir bir araştırmadır.

şerf bir delile delil değeri katmamıştır. O sadece kendisine bahşedilen geniş bilgi, hassas takibatları, şehirlerde fakihlerle buluşup onlardan öğrendikleri ve onlarla yaptığı tartışmaların sonucunda elde ettiği fıkıh kültürünün çeşitliliğinden oluşan birikimi bir araya getirmiştir. O genel olarak ilmi ve fikri oluşum şartları sayesinde hukukî hükümlerin istinbat edilmesine dair İslami teoriyi bir kontekste toplamış, güzel, güçlü ve ikna edici bir tarzda sunmuştur; ki bu durum, kendisinden sonra gelen alimlerin, usul ilmini yoktan icad eden, ya da hayalen üreten biri olarak değil, sadece ilk düzenleyip tertipleyen, konularını sınıflandıran biri olarak ona nispet etmelerini sağlamıştır. Coulson –ve kendinden önceki Goldziher ve Schacht- nezdinde Şafii'nin rolüne ilişkin aşırılık, istinbat için Şafii'den önceki fakihler arasında kabul edilen bir usul/metot birliğinin varlığını inkâr etme sonucunu doğurmaktadır. Şayet bu doğruysa –ki doğru değildir- elbette fakihlerin kendi aralarında anlaşmalarının, tartışmalarının ve pek çok noktada görüş alışverişinde bulunmalarının imkansız olması sonucu ortaya çıkar. Halbuki bütün bunlar bizzat gerçekleşmiş olup fıkıh, tefsir, tarih vb. kitaplarda derlenmiştir. Bu durum, o fakihlerin bu usulü bildiklerine, o esasa dayanarak icthad ettiklerine, nassların anlaşılmasında veya onları kullanma üslûplarında farklı tutumlar ortaya koyduklarına, fakat onun varlığından habersiz olmadıklarına kesin olarak tanıklık etmektedir.

Coulson'un sünnetle ilgili araştırmalarında yeni olan fikir çok azdır ve o da, "Hz. Peygamber (s.a.s.)'e nispet edilen bazı ahkam hadislerinin, Medine'de bulunduğu sırada Kur'ân-ı Kerim'in ilk açıklayıcısı ve O'nu toplumun karşılaştığı sorunları ele almak zorunda bırakan siyasi ve hukukî otoriteye sahip olması itibariyle, muayyen hukukî münasebetlerle söylediği sözlerdir" şeklindeki anlayışında kendini gösterir. O bu anlayıştan şu sonuca varmaktadır: "Pek çok hadis malzemesi –özellikle sık sık zuhur eden ve Kur'ânî yasamanın gündeme aldığı sorunlarla ilgili olanlar-, asgari bir değerlendirmeye, Hz. Peygamber (s.a.s.)'in başlangıçta genel şifahi nakille korunmuş olan hükmüne yaklaşan hususları gerçek manada ifade edebilir. Bu olgusal öncül kabul edilirse şayet, önerilen esasa göre, ilkesel bir nitelikle Hz. Peygamber (s.a.s.)'e nispet edilen her hükmün kabul edilmesinin zorunlu oluşunda kendini gösteren tarihsel bakış için makul bir temel sunacaktır. Ancak, uydurulmuş olduğunu kabul etmeği gerektiren bir sebep sunmak mümkün olursa o başka."<sup>71</sup> Bu görüşlerin önemi ancak, Coulson'dan önce yaşamış olan ve Schacht'ın "Hz. Peygamber'e nispet edilen hiçbir hadis sahih değildir. Elimizdeki ahkam hadislerinin en eskileri ancak hicri 100 senesine kadar gitmektedir" diyerek<sup>72</sup> tutumlarını ifade ettiği önde gelen oryantalistlerin görüşleriyle mukayese edildiğinde ortaya çıkar.

Coulson'a göre Hz. Peygamber (s.a.s.)'in sünnetiyle ilgili bu –yeni- görüşlerin değeri şudur; bu görüşler, oryantalistler ve onların talebeleri –ile onlardan sonra gelecek nesiller- için Hz. Peygamber (s.a.s.)'e nispeti sahih olan ile olmayanı araştırmanın kapısını açıyor. Oryantalist okul bu kapıdan içeri girmeye başladığında, sünnetin Hz. Peygamber (s.a.s.)'e nispetini tespit etmek için, Müslüman hadis bilginlerinin metodundan daha sağlam ve daha dakik bir metot kesin-

<sup>71</sup> Coulson, *Târih*, s. 138.

<sup>72</sup> Schacht'ın görüşlerinin detayı için onun *The Origins of Mohamadan Jurisprudence* adlı kitabına bakılabilir.

likle bulamayacaktır.<sup>73</sup> O vakit batılı araştırmacılar, Coulson'un "Hz. Peygamber'e nispet edilen hukukî malzemenin büyük bir kısmı uydurmadır ve fikhî görüşlerin kendilerinden önceki döneme nispet edilmesinden kaynaklanmıştır"<sup>74</sup> şeklindeki sözünü kabul etmeye cüret edemeyeceklerdir. Araştırmada bu yolun izlenmesi, senetlerin, fikhî tutumları veya bireysel görüşleri pekiştirmek ve desteklemek maksadıyla intihal edilmiş olduğu iddialarının doğru olmadığını teyit edecektir; Ki Hz. Peygamber (s.a.s.)'den pek çok hukukî sünnetlerin sadır olduğunu kabul etmesine rağmen Coulson, bu iddiaları sık sık dile getirmekten kendini alamamıştır.

İşte böylece ilke olarak Coulson'un "Hz. Peygamber (s.a.s.)'den bir takım hukukî hadislerin –veya ahkam hadislerinin- sadır olduğu" kabulündeki metot, kendinden önceki Oryantalistlerin metodundan ileriye atılmış bir adımdan başka bir şey değildir. Bununla birlikte o, senetlerin 'telif' edildiğini ve fikhî görüşleri desteklemek üzere ortaya atıldığı konusunda rastgele karar vermede onların görüşlerinin etkisinden kurtulamamıştır. Tarafsız bilim hala, hadis usulü alimlerinin asırlardan beri yaptıkları gibi senet ve metni incelemek üzere oryantalizmin tutunacağı sağlam bir metot beklemektir. Bu gerçekleştiği takdirde oryantalistlerin sünnetle ilgili araştırmaları, kabul edilemez olan geliş güzel yargılardan arınmış olacak, doğruluğuna dair hiçbir delil bulunmayan sonuçlardan/yargılardan kurtulacaktır.

## 7. Coulson ve İslâm Ceza Hukuku

Buraya kadar olan kısımda Coulson'un İslam hukuk sisteminin iki temel kaynağı olan Kur'ân-ı Kerim ve Sünnet hakkındaki görüşlerini serdettik<sup>75</sup> ve bu görüşlerle ilgili olarak pek çok yerde var olan bir takım çelişki ve tereddütler ile bu görüşlerin içerdiği, genel olarak oryantalist dünyada özel olarak da İslâm fikhî ve hukukuyla ilgili çalışmalarda yeni kabul edilen bir takım yaklaşımları açıkladık.

Biz Coulson'un İslam hukuku hakkındaki görüşlerine örnek olarak, onun *A History of Islamic Law ve Conflicts and Tensions in Islamic Jurisprudence* adlı kitaplarının çeşitli yerlerine serpiştirilmiş olan İslâm ceza hukukuyla ilgili görüşlerini ele alacağız. Bu tercihin pek çok sebebi var. Bunların en önemlisi, İslâm hukukunun ceza hukuku yönünden geri kalmış olduğu şeklindeki haksız ithamlardır ki, hala pek çok aydın tarafından dillendirilmektedir. Coulson'un bizzat kendisi –iyice düşünmeden- diline dolamıştır. Ayrıca, İslam ceza hukukunun pek çok İslam ülkesinde bir asra yakın bir zamandır uygulanmıyor olması, İslâm ceza hukuku hükümlerinin büyük bir kısmının –araştırmacı ve yazarların zihinlerinde- bu sistemin gerçek yüzünü açığa çıkarmak için izale edilmesi gereken bir kapalılık içermesine sebep olmuştur. Bir başka sebep de, Coulson'un kitabını çeviren Dr. Muhammed Ahmed Serrac'ın, kitabın her yerinde ciddi bir şekilde

<sup>73</sup> Bu metot hakkında bkz. Rüstem Esed, *Mustalahu't-Târîh leda's-Sabbâğ*, el-Hadisü'n-Nebevî, s. 18.; Bu konuda M. Mustafa A'zamî'nin *Menhecu'n-nakd 'inde'l-muhaddisin* adlı kitabı ile kendisinin tahkik ettiği İmam Müslim'e ait *Kitâbu't-Temyîz*, Riyad 1402 baskılı kitaba bakmak önemlidir.

<sup>74</sup> Coulson, *Tarih*, s. 138.

<sup>75</sup> Biz icma, kıyas ve içtihat ile pek çok fikhî hüküm konusunda okuyucuyu Dr. Serrac'ın Coulson'un Tarih kitabına yaptığı pek çok yorum ve değerlendirmelere havale ediyoruz. Coulson'u araştırmak isteyen birisi için bu yorumların çoğu müstağni kalınamayacak yorumlardır.

yaptığı eleştirel yorumların, İslâm ceza hukukuyla ilgili yerlerde İslamî bakış açısını açıklamak için yaptığı göndermelerin başka yerlerde olduğu kadar yeterli olmayacak şekilde çok özet olarak yer almış olmasıdır.

Coulson'un İslam ceza hukukuyla ilgili görüşlerinin özeti şöyledir: İslam fihhi, hadler dışında, ceza hukuku konularını içermemektedir, adam öldürme suçuna ilişkin hükümler, özel hukukun konusu olarak yer almış, had cezasının gerektiren suçlarda ise, Allah (c.c.)'ın insanlar üzerinde bir hakkı olması ağır basmıştır.<sup>76</sup> İçki içmek Hz. Peygamber (s.a.s.)'in döneminden sonra suç sayılmıştır. Kur'ân-ı Kerim'deki şekli ise, faiz meselesi kadar değinilmiş olup, bilahare bir suça dönüşürken, faiz fasid bir akit olarak kalmıştır.<sup>77</sup> Kısasla ilgili kurallar açık bir hukukî içeriğe sahip olsa da, ahlaki kurallardır.<sup>78</sup> Ceza hukuku alanında ispat, suçlu adına araştırma yapmaya kefil olarak hakimin benimsediği her hangi bir yolla mümkündür. Had cezaları dışında, suç teşkil eden eylemin tespitinde ve her bir duruma uygun cezayı koymada hakim tamamen serbesttir. Bununla birlikte fakihlerin çoğunluğu, ta'zîr cezasının hapis ya da sopa vurmakla sınırlı olması gerektiği görüşündedirler. Halbuki ta'zîr, devletin düzenini ihlal edecek her hangi bir eylemi engellemeyi amaçlar. Zira, hakim bazen bu cezayı sırf medeni hukukun özelliklerine sahip olaylara uyguluyordu. Hakim, mağdur veya velisi tarafından affedildiği zaman suçlunun öldürülmesi ya da yaralanması gereği ile hüküm veriyordu.<sup>79</sup>

Bu çalışmanın yapısının bu meseleleri detaylandırmaya ve püf noktalarını tam olarak ele almayı müsait olmadığına dikkat çekmekle birlikte, aşağıda bu meseleleri, araştırmanın konularını belirleyip düzenlemek suretiyle tek tek incelemeye çalışacağız. Bu meselelerin detayı, hususi olarak İslâm ceza hukuku sistemi konusunda yazılmış eserlerde yer almaktadır.<sup>80</sup>

### 7. 1. İslâm Ceza Hukukunun Kapsamı

Prof. Coulson ceza hukukunun, tekamül etmiş bir sistem olmak bakımından İslâm fihhi çerçevesinde ortaya çıkmadığı görüşündedir. Zira ona göre, İslâm fihhi sadece had cezasını gerektiren suçlarla sınırlı çözüm getirmiştir ki, bunlar da Allah (c.c.)'ın fertler üzerine yüklediği görevlerle ilgili suçlardır.

Bu görüş tartışılabilir. Çünkü, İslâm fihhinin –hatta bizzat dinin- ilk iki kaynağı Kur'ân-ı Kerim ve Sünnetteki ceza hukukuyla ilgili nasslar, ceza hukuku sisteminin tamamının esaslarını belirlemiştir. Bu belirleme, Kur'ân ve Sünnetin hukukî yöntemiyle uyumlu olup, cüzi/tikel nitelikli ferî meseleler ve teorik varsayımlar değil, genel ilkeler ve tümellere yönelik bir çözümdür. Hem sonra, dinin temelleri, hüküm istinbatında takip edilen yorum kurallarını da içermiş ve ceza

<sup>76</sup> Coulson, *Tarih*, s. 241.

<sup>77</sup> Coulson, *Tarih*, s. 40-69.

<sup>78</sup> Coulson, *Tarih*, s. 52.

<sup>79</sup> Coulson, *Tarih*, s. 258-260.

<sup>80</sup> Bu kitapların en önemlileri şunlardır: Abdulkadir Udeh'in *et-Teşri'u'l-cinâyyü'l-İslâmî Mukâreneh bi'l-kânûni'l-vaz'î*, iki cilt halinde yirmiden fazla baskısı yapılmıştır. Muhammed Ebû Zehra'nın *el-Cerime ve el-Ukûbe* adlı kitapları. Bu iki kitapta Kahire'de defalarca basılmıştır. Ahmed Muhammed İbrâhîm'in *el-Kisâs fi's-Şer'i'ati'l-İslâmiyye* (Kahire 1944) adlı kitabı. Bu kitap bir doktora tezidir. Ne yazık ki böylesine çok önemli bir kitap şu an nüshalarının az sayıda olmasından dolayı yazmalar arasında yer almıştır. Zira, önemli olmasına rağmen ilk baskıdan sonra daha da basılmamıştır. 'Avad Muhammed 'Avad'in *Dirâsât fi'l-fikhi'l-cinâyyi'l-İslâmî*, Iskenderiye 1981. Bizim *Fî Usûli'n-nizâmi'l-cinâyyi'l-İslâmî* adlı kitabımız. 1. bs., Kahire 1979, 2. bs., Kahire 1983.

hukuku ve onun dışındaki alanlarda Müslümanların hukukî ihtiyaçlarını karşılayabilecek kesintisiz bir feyizle nassların kapsamını genişletmiştir.<sup>81</sup>

Diğer yandan had cezaları beşeri hayatın bir tek yönünü kapsamıyor; (hırsızlık ve yol kesme suçu cezalandırılarak) malın korunması, (zinaya ceza uygulanarak) ırzın korunması, (içki içmeyi had cezasını gerektiren suçlar kapsamında düşünen cumhura göre, içen kimse cezalandırılarak) aklın korunması, (irtidad suçu cezalandırılarak) dinin korunması, (yol kesme suçu cezalandırılarak) genel geçit yerlerinde güvenliğin korunması, (kazif cezası uygulanarak) kişiliğin korunması ve (bağilerin yaptıkları eylemi had cezasını gerektiren suçlardan sayan ve onları bu eylemlerinden vaz geçirecek cezalandırmanın gerektiği görüşünde olanlara göre cezalandırılarak) devletin korunması gibi pek çok yönü kuşatmaktadır.<sup>82</sup>

Bütün bu suçlar hakkında, bunların suç eylemi olduğuna ve cezalandırılması gerektiğine, hatta bunların bir kısmının ispat yöntemlerine dair Kur'ân-ı Kerim'de ve Sünnette nass varid olmuştur. Fıkıhın yaptığı ise, bu nassların analiz edilmesi, yorumlanması, uygulanma yöntemini ve alanını göstermekten başka bir şey olmamıştır.

Kur'ân-ı Kerim ve Sünnet had cezaları dışında adam öldürme ve vucut bütünlüğüne yönelik yaralama, dövme vb. suç konularına da çözüm getirmiştir. Bu konuda Kur'ân-ı Kerim kısas ve diyet ilkelerini getirmiş, sünnet de pek çok hükmün detayını vererek Kur'ân'ın getirdiği hukukî düzenlemeleri tamamlamış, bunun ardından fıkıh da nassları tahlil etme ve ilkeleri koyma rolünü üstlenmiştir.

Kur'ân-ı Kerim, ta'zîr sisteminin üzerine bina edildiği temel kuralı yerleştirmiştir; ki bu sistem, her zemin ve zamanda Müslümanların hukukî ihtiyaçlarına cevap verilebilecek açık kapıdır. Hz. Peygamber (s.a.s.)'in uygulamaları bu sistemin işletilme keyfiyetini açıklamıştır. Fıkıhın, ceza hukuku sistemine ilişkin hükümleri hakkında içtihat edilecek en geniş alanı ta'zîr alanıdır.

Bütün bu hükümlerin temelleri Kur'ân-ı Kerim ve Sünnette yer almış olup, fıkıh ve tefsir kitaplarında bunların şerhleri yapılmak, kapalı olanlar açıklanmak, detaylar izah edilmek ve hikmetleri belirtilmek suretiyle kendilerine dikkat çekilmiş olduğu halde, nasıl olurda, "İslâm ceza hukuku sistemi tamamlanmış bir sistem olarak ortaya çıkmamıştır" denebilir ve kamu hukuku alanında İslâm ceza hukukunun geri kalmışlığına örnek gösterilebilir?<sup>83</sup> Şüphe yok ki bu anlayış, Kur'ân-ı Kerim ve sünnetteki ceza hukuku sisteminin temellerini ve aynı şekilde fakihlerin bu alanda gösterdikleri çabaları açıkça görmezden gelmenin bir ifadesidir.

Had cezasını gerektiren suçlarda, -Coulson'un kabul ettiği şekliyle- Allah (c.c)'ın insanlar üzerine yüklediği görevler olma özelliğinin baskın olması meselesine gelince, o da doğru değildir. Öyle görünüyor ki o bunu, fıkıh kitaplarında yer alan, "had cezalarının uygulanması Allah (c.c)'ın bir hakkı olarak vaciptir"

<sup>81</sup> Bu konuda geniş bilgi için bizim *Tefsiru'n-nusûsi'l-cinâiyye*, Dâru 'Ukâz, Riyâd, 1982 adlı kitabımıza bakılabilir.

<sup>82</sup> Bu konuda geniş bilgi edinmek ve yol kesme, içki içme ve dinden dönme suçları hakkındaki görüşlerimizi öğrenmek için *Fî Usûli'n-nizâmi'l-cinâiyyi'l-İslâmi* kitabımızın 117-216. sayfalarına bakılabilir.

<sup>83</sup> Coulson, *Tarih*, s. 241.

sözünden çıkarmıştır. Oysa fakihler bu ifadeyi ve bunun hukukî sonuçlarını açıkça belirtmişlerdir.

Had cezalarının uygulanmasının Allah (c.c)'in bir hakkı olarak gerekmesinin anlamı, bunun uygulanmasındaki maslahatın Müslümanların tamamına yönelik olmasıdır.<sup>84</sup> Objektif açıdan bunun sonucu, bu suçların cezasının affedilmesi ya da düşürülmesi (uygulanmaması)nin caiz olmayışıdır. Uygulama açısından ise, bu suçlardaki ceza davasının açılmasının devlete ait olmasıdır. (Fakihler bunu şu sözleriyle ifade ederler: bu konuda cezanın uygulanması imam(devlet başkanına) bırakılmış olup), mağdurun bu suçlarda ceza davası aşamasında ne dava açma, ne de savunma konusunda müdahil olma hakkı vardır. Bunu ancak devlette ilgili otorite yapar, başkası değil.<sup>85</sup> Bu mananın Prof. Coulson'un anlattığı, "had cezasını gerektiren suçlar Allah (c.c)'in insanlar üzerine yüklediği görevleri ifade etmesiyle" bir alakası yoktur.

## 7. 2. İslâm Ceza Hukukunda Adam Öldürme ve Kısasa İlişkin Kurallar

Adam öldürmenin, insanlığın bildiği en büyük suç olduğunda şüphe yoktur. Bu sebeptendir ki, tarihin başlangıcından bugüne kadar bütün hukuk sistemleri bu suçun cezalandırılmasını benimsemişlerdir. Adam öldürmeyi suç saymayan ve ona ceza belirlememiş hiçbir beşeri sistem yoktur.

İslâm hukuku adam öldürmeyi, katilin öldürülmesi şeklindeki kısasla cezalandırmıştır. İslâm hukuku kuralları ve fukahanın icmai, aynı şekilde şahıslara yönelik dövme ve yaralama gibi öldürme boyutunda olmayan müessir fiillere de asli bir ceza öngörmüştür.

Kısas kelimesi sözlükte *kassa* fiilinden türemiş olup kesmek, iz sürmek ve bir şeyin iki tarafını eşitlemek anlamına gelmekte olup, burada suçluya suçuna eşit bir cezanın verilmesine delalet üzere kullanılmıştır. Eğer kişi birini öldürürse o da öldürülür. Yaralarsa yaralanır. Her iki durumda da kendisinden kısas alınır.

İslâm hukukunda öldürme dışındaki, yani dövme ve yaralama suçlarının cezalarında *قود* /*kavad* kelimesi, *kısâs* kelimesinden daha baskın olarak kullanılmaktadır.

Daha önce demiştik ki, İslâm hukukunda kısas bağlamında önem verilmesi gereken en mühim şey, şahıslara yönelik öldürme veya yaralama gibi müessir fiillerin gerçek anlamda suç sayılma boyutu, yani devlete, muhtemel suçü önlemek veya suçluyu ıslah etmek yahut suç işlemesine engel olmak maksadıyla kamu otoritesi tarafından uygulanacak cezaları belirleme hakkını verecek fiiller olup olmadığı veya medeni hukuktaki "haksız fiil" anlamında zararlı fiiller olup olmadığıdır. Haksız fiil, failin verdiği zarara denk bir karşılık olarak mağdura tazminat hakkı doğuran eylemdir.<sup>86</sup>

Bu meselenin önemi, İslâm hukukunun cezanın suçluya tatbik edilmesinin engellenmesinde mağdur tarafın –ya da velisinin- iradesine temel bir rol vermiş olduğu bilindiğinde ortaya çıkar. Şöyle ki, İslâm hukuku –dövme ve yaralama suçlarında- bizzat mağdurun veya –öldürme suçunda- velisinin, "diyet"

<sup>84</sup> Kâsânî, *Bedâi'u's-sanâi'*, VII,33, 56.; Şâtîbî, *el-Muvâfakât*, II, 319.

<sup>85</sup> Avvâ, *Fî Usûli'n-nizâmi'l-cinâiyyi'l-İslâmî*, s. 76, 80-81.

<sup>86</sup> Avvâ, *Fî Usûli'n-nizâmi'l-cinâiyyi'l-İslâmî*, s. 219 vd.; Bu meselenin çözümüne ilişkin bilgileri buradan özetledik.

tabir edilen muayyen bir miktar mal karşılığında kısastan vaz geçmesini caiz görmüştür.

### 7.2.1. Kısası Gerektiren Suçlarda Devletin Cezalandırma Hakkı ve Mağdurun İradesi

Ceza hukuku çerçevesinde cezanın uygulanmasının mağdur tarafından engellenmesi, suç sayılan fiillerdeki ilkeye aykırıdır. Çünkü, suç sayılan fiillerde aslanan, mağdur sonuca razı olsun olmasın, suçluyu afettsin etmesin suçun mücerret işlenmesiyle devletin cezalandırma hakkının doğmasıdır. Modern ceza sistemleri, cezanın uygulanmasını veya uygulanmamasını talep etme konusunda mağdurun –veya onun durumunda olanların- iradesine sınırlı bir çerçevede ve belirli sayıdaki suçlarda muayyen bir rol verirken, bu konuda, kanun koyucuya, cezalandırma hakkı bulunmasından dolayı cezayı her zaman devletin uygulaması gerektiği şeklindeki yerleşik kuralın dışına çıkmayı dikte eden özel durumları dikkate alır.

Haksız fiile –yahut medeni hukuktaki hataya- gelince, bu konuda başvurulacak merci mağdurun iradesidir. Dilerse maruz kaldığı zararın tazminini ister, dilerse bu hakkından vaz geçer. Bu konuda o devlet otoriteleri tarafından takibe uğramaz, devletin, mağdurun hakkını alma veya ondan vaz geçmesine müdahale hakkı yoktur.

Peki adam öldürme veya şahıslara yönelik yaralama ve dövme gibi müessir fiiller iki davranış çeşidinden –suç ve haksız fiil- hangisinin kapsamındadır?

İslam hukukunda şahıslara yönelik müessir fiil suçlarının sonucu, kısas veya mağdura yahut velisine diyetin ödenmesi yönünde bir karar çıkması şeklinde olabilir. Kisas kendi içinde iki kısma ayrılır. Cana can (yani katilin öldürülmesi) ve öldürmenin dışında, suçlunun mağdura yaptığına eşit bir yaralama veya canını acıtma şeklindedir. Diyet ise, belli bir miktar mal olup, kısas hakkından vaz geçmesine karşılık, öldürülen şahsın velisine veya kendisine yönelik saldırı ile ilgili kısas hakkından vaz geçmesine mukabil mağdura ödenir.

Bütün bunlar kasten öldürme ve yaralamalarda söz konusudur, Hataen öldürme ve yaralamanın cezası ise İslam hukukunda diyet ve keffarettir. Miktar ve genel olarak kendisine egemen olan hukukî-fikhî kurallar açısından diyet her iki öldürme çeşidinde de aynıdır.

Kur'ân-ı Kerîm kasten ve hataen adam öldürmenin cezasını açıklamıştır. Kastensiz öldürmenin cezası hakkında şöyle buyrulmuştur: *Ey iman edenler! Öldürmede kısas size farz kılındı. Hüre hür, köleye köle, kadına kadın. Ama her kim, ölenin kardeşi tarafından bir şey karşılığı bağışlanırsa, o zaman öfye uymasın, ona diyeti güzellekle ödemesi gerekir. Bu, Rabbiniz tarafından bir hafifletme ve bir rahmettir. Her kim bunun arkasından yine saldırırsa, artık ona acı veren bir azab vardır. Ey temiz akıl sahipleri! Kısasta sizin için bir hayat vardır. Ümit edilir ki, korunursunuz.*<sup>87</sup>

Hataen öldürmenin cezasıyla ilgili olarak da şöyle buyrulmuştur: *Hata dışında bir mümin, diğer bir mümini öldüremez. Ve kim bir mümini yanlışlıkla öldürürse, mümin bir köle azad etmesi ve ölenin ailesine (varislerine) teslim edilecek bir diyet vermesi gerekir. Ancak ölünün ailesinin bağışlaması müstesnadır.*

<sup>87</sup> Bakara (2), 178-179.



*Eğer öldürülen, mümin olmakla beraber size düşman bir kavimden ise, o zaman, öldürenin bir köle azad etmesi gerekir. Eğer öldürülen sizinle aralarında antlaşma olan bir kavimden ise, öldürenin, ölenin ailesine diyet vermesi ve mümin bir köle azad etmesi gerekir. Bunlara gücü yetmeyenin de Allah tarafından tevbesinin kabulü için arka arkaya iki ay oruç tutması gerekir. Allah, Alimdir (her şeyi bilendir), Hakimdir (hüküm ve hikmet sahibidir).<sup>88</sup>*

Fakihler bu iki ayetten, hataen öldürmede kısas cezasının olmadığı, sadece diyet ve keffaretin bulunduğu sonucunu çıkarmışlardır. Kasten adam öldürmede ise kısas hakkı doğar ki burada katilin öldürülmesi, başka bir deyişle öldürme suçunu işleyenin –kısas yoluyla- idam edilmesi anlamındadır.

Kasten adam öldürmede diyet sadece bir durumda söz konusudur. O da mağdurun velisinin diyet karşılığında kısasın uygulanması hakkından vaz geçmesi halidir. Hataen öldürmede ise diyet ve keffaret -yukarıdaki ayette belirtildiği biçimde- gerekmektedir.

Kur'ân-ı Kerîm diyetin miktarını belirlememiştir. Bunu açıklamayı sünnet üslenmiştir. Hz. Peygamber (s.a.s.) bu konuda şöyle buyurmuştur: *Kamçı ve asa ile gerçekleşen kasta benzeyen(hatalı) öldürmede kırkı gebe olmak üzere yüz deve diyet gerekir.*<sup>89</sup>

Başka bir hadiste Hz. Peygamber (s.a.s.)'in Yemen halkına şöyle yazdığı rivayet edilmiştir: *Canun diyeti yüz deve dir.*<sup>90</sup> Bu hadis, mağdurun velisinin affedip diyete razı olması halinde kasten öldürmenin diyetini belirlemektedir.

Diyetin miktarında aslolan yüz deve olunca, fakihlerin görüşleri arasında tercihe şayan olan, bu miktardaki devenin değerine eşit bir mal veya belli bir topluma kullanılan her hangi bir mal ile ödenmesinin caiz olduğu görüşüdür.

Kişilere yönelik öldürme dışındaki müessir fiillerde, gözler, dudaklar ve burun gibi bazı organlarda diyetin tamamı, öteki organlarda ise belirli bir miktarı gerekir. Bu ya Hz. Peygamber (s.a.s.)'in Amr b. Hazm'ı Yemen'e gönderirken Yemenlilere yazdığı mektuba, veya bu konuda Hz. Peygamber (s.a.s.)'den rivayet edilmiş bir hadis yoksa ictihada dayanır.<sup>91</sup>

#### 7.2.2. Şahıslara Yönelik Müessir Fiil, Sadece Medenî Hukuku İlgilendiren Bir Hata Değildir

Coulson'dan önce, fıkıh kitaplarındaki kısas ve diyete ilişkin hükümler ve çözüm keyfiyetine dair yaklaşımın, öldürmeyi bir suç yahut cezayı/crime gerektiren bir eylem olmaktan çok, haksız fiil veya medeni hukukun konusu olan bir hata/tort olarak kabul ettiği anlayışına sahip başka oryantalistler de vardır.<sup>92</sup>

Suç ile haksız fiil arasındaki fark –temelde- yargısal uygulamalara götürülen hedeftedir. Yargısal uygulamaların amacı, başkasının işlediği bir hata sonucu zarara uğrayanın zararını tazmin ettirmek olduğu sürece biz, haksız fiilden dolayı medeni hukukun konusu olan bir sorumlulukla karşı karşıyayız demektir.

<sup>88</sup> Nisâ (4), 92.

<sup>89</sup> Nesâî, İbn Mâce, Dârimî ve Ebû Dâvud rivayet etmiştir. Bkz., *Mişkâtü'l-Misbâh* (thk. Muhammed Nâsiruddîn el-Elbânî), Dimaşk, ts. (el-Mektebu'l-İslâmî), s. 268.

<sup>90</sup> *Mişkâtü'l-Misbâh*, s. 268; İmam Mâlik, *el-Muvatta'* (thk. Muhammed Fuâd Abdulbâkî), Kahire, ts. (Dâru's-Şa'b), s. 530.

<sup>91</sup> Mâlik, *el-Muvatta'*, s. 535.

<sup>92</sup> Anderson, J.N.D., "Homicide in Islamic Law", *BSOAS*, 1951, pp. 811-818.; *His Islamic Law in Africa*, London 1970, pp. 198-218.

Eylemden zarar gören kişiye bakılmaksızın kanuna aykırı davranan bir kişiyi devletin cezalandırması gerektiğini hedefleyen yargısal bir uygulama ile karşılaşılığında ise, kanunun kendisini suç, ondan doğan sorumluluğu da cezai sorumluluk olarak addettiği bir eylem ile karşı karşıyayız demektir.

Cezai sorumluluk durumunda verilen ceza kararını uygulamak, mağdurun işi değildir. Medeni hukukun konusu olan sorumluluk durumunda tazmin kararının uygulanması mağdurun maslahatı için olup, medeni hukukun konusu olan hatanın sebep olduğu zararın telafi edilmesi yararını sağlarken, diğer durum mağdur için maddi bir yarar sağlamaz.

Cezai karar, işlenen suçta mağdurun medeni hukuk açısından tazmin edilmesi hükmünü içerebilir. Bununla birlikte, buradaki medeni hukuk açısından tazmin ile haksız fiildeki medeni hukuk açısından tazmini birbirinden ayırmamız gerekir. Suçun, kendisine zarar verdiği şahıs lehine olan medeni hukuk açısından tazmin, her zaman ceza hukukunun gereği olarak öngörülen cezaya ilaveten verilmez. Suçtan kaynaklanan zarar durumunda, yargısal uygulamaların amacı sadece mağdurun zararının tazmin edilmesi olamaz. Bu, sadece haksız fiilden doğan ve medeni hukukun konusu olan sorumluluk durumunda söz konusu olur.

Kıyas ve diyetle ilgili hükümlere –yukarıdaki bilgiler ışığında- bakacak olursak, kıyas ve diyeti gerektiren suçlarda mağdurun –veya öldürme durumunda velisinin- üç hakkının bulunduğunu görürüz.: Birincisi, suçlunun kıyas edilmesini talep edebilir. İkincisi, kisası isteme hakkından vaz geçerek diyet talep edebilir. Üçüncüsü de, (teknik anlamda bir hak olarak adlandırabilirsek şayet) kıyas ve diyet hakkından vaz geçmesidir. (Yani suçluyu tamamen affetmesidir.)

Kıyas talebi hakkıyla ilgili olarak İslâm hukukundaki hakim görüşe göre, bu hakkın öldürme suçunda mağdurun velisine, yaralamalarda ise mağdurun bizzat kendisine aittir ve şayet mağdur –ya da velisi- haksızlık etmeden kisası uygulama gücüne sahip ise buna engel olunmaz.

Bu görüş ....*Kim haksız yere öldürülürse, biz onun velisine bir yetki verdik. O da öldürmede aşırı gitmesin. Çünkü ona (dinin kendisine verdiği yetki ile) yardım olunmuştur.*<sup>93</sup> Ayetinin yorumuna dayanmaktadır. Fakihlerin çoğu ayette geçen “es-sultan/yetki” kelimesini mağdur veya velisinin kisası uygulama hakkı anlamında yorumlamışlardır. Kuşkusuz bu yorum, kıyas müessesesini, İslâm hukukunun kabul ettiği ve çağdaş ceza sistemlerinde var olan suç-ceza sisteminden çok, kişisel ölçüm ve eski hukuk sistemlerinin benimsediği özel ceza sistemine daha yakın kılmaktadır.

Ancak, bu yorum -bize göre- doğru olmaması bir tarafa yegane yorum değildir. Kurtubî ve Râzî, ayette geçen “es-sultân” kelimesinin kisası uygulama hakkı anlamında değil, uygulanmasını “isteme” hakkı anlamında olduğu ve kisası uygulamanın mağdur veya velisinin değil, devlet başkanı veya yargıcın yetkinde olduğu görüşündedirler.<sup>94</sup>

<sup>93</sup> İsrâ (17), 33.

<sup>94</sup> Kurtubî, *el-Câmi' li-ahkâmî'l-Kur'ân*, II, 245, 256; Ayrıca bkz. Şeltût, Mahmûd, *el-İslâm 'akîdeten ve şer'aten*, Kahire 1964, s. 385-388; Şeltut burada bu görüşün Râzî ve Muhammed Abduh'un görüşü olduğunu belirtiyor.

Hatta bazı müfessirler ayette geçen “felâ yusrif filkatil/ O da öldürmede aşırı gitmesin” ifadesinin, devlet başkanının yetkisinde olan, “katilin öldürülmesini” engellemesi için mağdurun velisine yönelik olduğunu söylemişlerdir.<sup>95</sup>

Buna kısasla ilgili emrin: *Ey iman edenler! Öldürmede kısas size farz kılındı...*<sup>96</sup> ayetiyle bütün Müslümanlara yöneltilmiş olduğunu, İslâm hukuk sisteminde görevlerin, farz olan ibadetler vb. de olduğu gibi bazısı her insanın tek başına yerine getirebileceği bireysel, bazısının da cezaların infazı ve sınır boylarının korunması gibi toplum adına temsilcilerin yapması gereken –ki kısas bu kısma girer- toplumsal görevler olduğunu da ilave edecek olursak,<sup>97</sup> kısasın uygulanmasının mağdurun veya velisinin hakkı olduğu görüşünün doğru olmadığı ortaya çıkar. Yukarıda ifade ettiklerimizi dikkate alırsak, çağdaş araştırmacılar kısasla ilgili hükümlerin uygulanmasının sadece genel olarak ceza hükümlerini uygulama yetkisine sahip otoritenin işi olduğu görüşünü desteklemektedirler. Diğer cezalarda olduğu gibi kısas kararını da yargı verir, daha sonra uygulama otoriteleri de onu uygular.<sup>98</sup>

Mağdurun veya velisinin diyet karşılığı kısastan vaz geçme hakkına ilişkin olan hususlarda ise, diyetin, medeni hukuktaki ‘tazmin’ kısmına ait olduğu fikri belirgin olarak öne çıkmaktadır. Şöyle ki; -gerçekte- diyet suçlunun, verdiği zarara karşılık mağdura veya velisine ödeyeceği bir tazminattır. Bunun doğru olduğunu, yargıya gitmeksizin diyet üzerinde ve öldürme ve yaralamada aslen kararlaştırılmış olan diyet miktarından daha fazla miktarda mal ile anlaşmanın caiz olduğundan daha açık gösteren bir delil yoktur.

Mağdurun veya velisinin karşılıksız olarak (diyet talep etmeksizin) kısas talebinden vaz geçme hakkıyla (suçluyu affetmesi) ilgili hususlara gelince burada af, sırf medeni hukuk kapsamına giren bir yapıya sahip gözükmektedir. Zira İslam hukukundaki baskın görüş, bu durumda suçluya her hangi bir ceza uygulanmanın caiz olmadığını kabul eder. Şu kadar var ki, Maliki mezhebi, suçluya suçu işlemiş olmasının karşılığı olarak bir ta’zîr cezası verilmesini caiz görmektedir. Bu sadece af durumunda değil, kısasın uygulanmadığı her durumda söz konusudur. Bize göre bu görüş, failin cezalandırılmasını gerektiren bir suç ve mağdurun veya velisinin suçluyu affetmesinin, sadece diyetten kaynaklanan menfaatin mağdura dönük olmasına hasredilmesi açısından, saldırının yapıyla uyumundan dolayı desteklenmeye değer. Oysa affin (ilke olarak) cezaya etkisi yoktur. Affin etkisi, cezanın türü açısından bedellendirilmesindedir. Dolayısıyla kısas yerine ta’zîrî bir ceza verilir.

Buradan hareketle şunu söyleyebiliriz: İslâm ceza hukukunda kısas ve diyetle ilişkin hükümler çift yönlü bir yapıya sahiptir. Bunların bir kısmında sırf cezaî sorumluluk fikri ve kısasın işlenen bir suç karşılık mutlaka yerine getirilmesi gereken (vacip) bir ceza olması ön plana çıkarken, diğer kısmında ise başkasının hatası veya haksız fiilin sebep olduğu zararın mağdur lehine tazmin

<sup>95</sup> İbnü'l-Cevzî, *Zâdu'l-mesîr fi 'ilmi't-tefsîr*, Dimaşk 1965, V, 33; İbnü'l-Cevzî bu görüşü ez-Zeccâc'a nispet etmiştir.

<sup>96</sup> Bakara (2), 178.

<sup>97</sup> Şeltût, *el-İslâm 'akîdeten ve şerî'aten*, 386.

<sup>98</sup> Bkz. Şeltût, *el-İslâm 'akîdeten ve şerî'aten*, s. 386; Ahmed İbrahim, *el-Kısâs*, s. 215-218; Abdulkadir Udeh, *et-Teşrî'u'l-cinâî*, II, 155; Ahmed eş-Şerbâsî, *el-Kısâs fi'l-fikhi'l-İslâmî*, Kahire 1954, s. 134 vd.; Seyyid Sâbık, *Fikhu's-Sunne*, Kuveyt, 1968, X, 61-63.

edilmesini gerektiren medeni hukukun konusu olan sorumluluk fikri öne çıkar. Diyetin nasslarla belirlenmiş olması esasına dayanılarak, -mağdurun zararının tazmini oluşuna ilaveten- her halükârda bir ceza olarak kabul edilmesi anlayışı - bize göre- doğru değildir. Çünkü, mağdur veya velisinin dava açılmış olsa bile - yukarıda da söylediğimiz gibi- (kanunen kabul edilen) diyet miktarından daha fazla veya daha az bir bedel üzerinden yargıya başvurmaksızın sulh yapmaları mümkündür. Ayrıca, mali -para cezası veya müsadere- cezanın uygulanmasındaki maslahat, para cezası veya müsadere yoluyla ödenmesi hakkında karar verilen malın kendi kasasına girdiği devlete yöneliktir.

### 7.2.3. Modern Yasamalar ve Şahıslara Yönelik Müessir Fiillerde Mağdurların Tazmin Edilmesi

Kaydedilmelidir ki, çağdaş bazı ceza hukuku sistemleri şahıslara karşı işlenen suçlarda mağdurlara, öldürme suçlarında ise mağdurların ailelerine bir tazminat verilmesini kabul etme eğilimine girmişlerdir. Bu gelişme çağdaş ceza hukuku sistemlerinin şahıslara karşı müessir fiil suçlarına çözüm bulma konusunda benimsedikleri en modern bir anlayış olarak kabul edilir.<sup>99</sup>

İngiltere'de 1961 yılından beri, şiddet içeren suçlarda mağdurların tazmin edilmeleri için bir konsey kurulmuştur. Bu konsey, bu tür suçlarda mağdurun talebi üzerine belirli tazminatlar ödemektedir. Konsey, tazminat miktarları konusunda uzman olan sekiz kişilik hukukçudan oluşmaktadır. Bu konsey tarafından belirlenen tazminatların ödenmesini devlet üstlenir. Bu konseyi 1961 yılı Haziran ayında İngiltere'de içişleri bakanlığı kurmuştur.

1964 yılında Yeni Zelanda hükümeti şiddet içerikli suçlarda mağdurların tazmin edilmesiyle ilgili bir kanun çıkarmıştır. Amerika Birleşik Devletleri'nin pek çok eyaletinde de benzer bir takım kanunlar çıkarılmıştır.<sup>100</sup>

İşte böyle. İslâm hukukunun izlediği yöntemde bazı Batılı araştırmacılara tuhaf gelen şeyler, şimdi Batılı kanun koyucularının bizzat amacı, hatta -kısmen farklı bir biçimde- aynı Batı ceza hukuku sistemlerinde karar haline gelmiştir. Peki onlar bu kanunların, medeni hukukun konusu olan bir hata olması itibarıyla şahıslara yönelik suçlara çözüm bulacak hale geldiğini söylüyorlar mı? Şiddet içerikli suçların cezalarının, -kısastan vaz geçilmesi durumuna ilişkin ta'zîr cezası hakkında Coulson'un dediği gibi- sırf medeni hukuka özgü yapıya sahip meselelerde uygulandığını söyleyen birinin bu sözü doğru olur mu?

Bu çok kısa özet açıklamadan okuyucu, öldürme suçunun medeni hukukun konusu olan hata kabilinden olduğunu ve medeni hukukun kuralları çerçevesinde çözüm getirdiğini, ayrıca kısasa ilişkin kuralların ahlaki içeriğe sahip olduğunu kabul eden Coulson'un hataya düştüğünü açıkça görecektir. Halbuki yukarıdaki açıklamalarımızda kısas kurallarının hukukî içeriğe sahip olduğu apaçık ortaya çıkmıştı.

### 7.3. Kur'ân-ı Kerîm ve Sünnette İçki İçme Suçu ve Cezası

Kur'ân-ı Kerîm -daha önce de belirttiğimiz gibi- içkiyi kesin olarak haram kılmıştır. Fakat bu haram kılma bir kerede vaki olmamıştır. Kur'ân-ı Kerîm'de içki ilk önce kendisi ile helal rızkın farklı olduğu açıklanarak zikredilmiş-

<sup>99</sup> Bu konuda Dr. Yakub Muhammed Hayatî'nin İskenderiye Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nde hukuk dalında doktora tezi olarak hazırladığı değerli bir çalışmaya bakılabilir. Bu kitap Şârika'da 1987'de basılmıştır.

<sup>100</sup> Hall Williams, *The English Penal System in Transition*, London, 1970, p. 296.

tir: *Hurma ve üzüm ağaçlarının meyvalarından da hem sekeran/ içki, hem de güzel gıdalar edinirsiniz. Şüphesiz ki bunda aklını kullanan kimseler için büyük bir ibret vardır.*<sup>101</sup> Ayetteki "sekeran" kelimsinden maksat içkidir. Ayette içki ile güzel rızık arasında fark olduğuna ve içkinin güzel bir rızık olmadığına işaret vardır. Burada, içkiyi kesin yasaklayan ayet gelinceye kadar hukukî düzenleme yolunda tedricilik prensibine binaen bundan sonra gelecek olan ayetlere bir hazırlık söz konusudur. Bu ayetten sonra Bakara suresindeki şu ayet nazil olmuştur: *Ey Muhammed! Sana şarap ve kumardan soruyorlar. De ki: Bu ikisinde büyük bir günah, bir de insanlar için bazı menfaatler vardır. Fakat günahları, menfaatlerinden daha büyüktür....*<sup>102</sup> Bunun ardından da şu ayet gelmiştir: *Ey iman edenler! Sarhoş iken ne söylediğinizi bilinceye kadar namaza yaklaşmayın.....*<sup>103</sup> Bu iki ayeti bazıları yorumlamış, bazıları namaz halinde içki içmeyi terk etmiş, diğer bir kısmı da, zararının yararından çok olmasını fark edip vazgeçmiştir. Nefislerin sakinleşip, iman bakımından kalpler mutmain olunca bu üç ayetle birlikte nihai hükme giden yol hazırlanmıştır. Öyle ki, rivayet edildiğine göre Hz. Ömer duasında şöyle demiştir: "Allah'ım içki konusunda bize sadra şifa olacak bir açıklama yap!" bunun üzerine şu ayet inmiştir: *Ey iman edenler! İçki, kumar, dikili taşlar (putlar) ve fal okları şeytan işi birer pisliktir. Bunlardan kaçının ki, kurtuluşa eresiniz. Şeytan, içki ve kumarla sizin aranızda düşmanlık ve kin sokmak ve sizi Allah'ı anmaktan ve namazdan alıkoymak ister. Artık bunlardan vazgeçtiniz değil mi?*<sup>104</sup> Bunun üzerine sahabe: "vaz geçtik Ya Rabbi!" demişler ve içki bardağının yarısını bitirmiş iken onlardan birine bu ayet tebliğ edilince, Allah (c.c)'ın emrine uymak için geri kalan yarısını hemen döküvermiştir.

İşte içki ile ilgili olarak Kur'ân-ı Kerîm'deki dört ayet bunlardır. Bu ayetlerden açıkça anlaşılıyor ki, içki içmeye dünyevî bir ceza taktir etmek şöyle dursun her hangi bir işaret dahi yoktur.

Bu ayetlerle birlikte içkinin haram kılınışı hakkında bir takım hadis-i şerifler de bulunmaktadır. Bu hadislerin bazısında Hz. Peygamber (s.a.s.)'in içki içene bir ceza uyguladığı, bazılarında ise bu cezanın uygulanmasını emrettiği zikredilmektedir.

Buhârî, Ahmed b. Hanbel ve Ebû Dâvûd'un Ebû Hureyre'den rivayet ettiklerine göre Hz. Peygamber (s.a.s.)'e, içki içmiş bir adam getirilmiş bunun üzerine Hz. Peygamber (s.a.s.) "onu dövün/sopa vurun" diye buyurmuştur. Ebû Hureyre diyor ki, "biz de kimimiz eliyle, kimimiz naliniyle kimimiz de elbisesiyle ona vuruyorduk. Adam dönüp gidince bazıları "Allah (c.c) seni rüsvay etsin!" dediler. Bunun üzerine Hz. Peygamber (s.a.s.) buyurdu ki, "böyle demeyin, Şeytan'ı ona yardımcı kılmayın"<sup>105</sup> şimdi burada Hz. Peygamber (s.a.s.) içki içene ceza uyguladıktan sonra, Müslüman toplumun kendisini hakir görmesini hissedip -Şeytan'ın da iğvasıyla- Allah (c.c) ve Resulüne isyanı sürdürmemesi için onu kinamak ve ona lanet okumaktan men ediyor.

<sup>101</sup> Nahl (16), 67.

<sup>102</sup> Bakara (2), 219.

<sup>103</sup> Nisâ (4), 43.

<sup>104</sup> Mâide (5), 90-91.

<sup>105</sup> Buhârî, *Sahih* (thk. Mustafa Dib el-Buğâ), Dâru İbn Kesîr, 3. bs. Beyrut, 1987, VI, 2488.

Başka bir sahih rivayette Hz. Peygamber (s.a.s.) içki içeni sopa ile cezalandırdıktan sonra ashabına şöyle buyurmuştur: "Onu azarlayın."<sup>106</sup> Öyle görünüyor ki -Allah (c.c) daha iyisini bilir- bu az öncekinden başka bir olaydır ve buradaki hüküm farklılığı, suçluların durumlarının farklılaşmasının ve her suçlunun caydırılacağı ceza türlerine olan ihtiyacın bir sonucudur. Ebû Dâvûd'un rivayet ettiği başka bir hadiste Hz. Peygamber (s.a.s.) içki içeni -sopa ile cezalandırdıktan sonra- yüzüne toprak serpmiştir.<sup>107</sup>

Toprak serpmek, -cezalandırma olarak- sadece bu olayda -göründüğü kadarıyla- suçluların farklı oluşuna göre cezanın farklılaşması kabilindedir. Hz. Peygamber (s.a.s.) zamanında durum böyle devam etmiştir; Hz. Peygamber (s.a.s.) içki içenin dövülmesini emrediyor, bunun üzerine elde bulunan nalın, elbise, ağaç kabuğu ve elle dövülüyor. Bazen içki içenin yüzüne toprak serpiyorlar, bazen de Hz. Peygamber (s.a.s.) onun kınanmas/azarlanmasını emrediyor.

Bu metinlerden sabit olmaktadır ki, içki içeni ilk cezalandıran Hz. Peygamber (s.a.s.)'in bizzat kendisidir ve bu fiilin suç sayılması, Coulson'un düşündüğü gibi sonraki bir dönemde meydana çıkmış bir gelişme değildir.

Burada şunu da ilave edelim ki, Kur'ân-ı Kerim'in haramlığını açıkladığı her konuda devlet otoritelerinin uygun görmesi halinde ta'zîrî bir ceza konulması ve uygulanması caizdir/mümkündür. İlk kaynak olan Kur'ân-ı Kerim'in sadece haramlığına hükmettiği bu konuda İslâm hukukuna aykırılık vardır denemez. Çünkü, Modern hukuk sistemlerinde bilinen "tecrîm/suç sayma" ile "tahrîm/haram kılma" arasındaki ayırım İslâm hukukunda yoktur. Modern hukuk sistemlerinde "tahrîm" dini bir durum veya dini bir hüküm olup, eylemin hukukî mahiyetiyle ve suç sayılıp sayılmayacağı hususuyla bir alakası yoktur. Dinin hükmü ile kanunun hükmü birleştiğinde, yani kanun dinin haram kıldığı bir eylemi suç saydığına ise, bunun cezalandırılması ve terk edilmesinin emredilmesi dinin bu konudaki hükmünün sonucu değil, yalnızca kanunun hükmü gereği yapılır. Bu birleşme bazen sırf tesadüf sonucu, bazen de hukukun dinden etkilenmesi ve bazı hükümlerini dini bir kaynaktan alıyor olmasının sonucu olabilir.

İslâm hukukunda ise, haram olan işin yapılması veya vacip olan işin terk edilmesi, bu mücerret "tahrîm"den dolayı bir suç olarak kabul edilir. Eğer tahrîmle birlikte haram olan bu eylem için bir ceza belirlemesi de varsa, kanun koyucunun taktir ettiği had cezasını gerektiren suçlardan biriyle karşı karşıyayız demektir. Eğer bir ceza belirlemesi yoksa, bu çalışmanın başında belirttiğimiz üzere, cezaları, hakkında taktir edilmiş bir had, bir keffaret yahut bir insanın hakkı bulunmayan her suç için belirlenmemiş cezalar olarak bilinen ta'zîrî suçlardan biriyle karşı karşıyayız demektir.

İşte böylece Coulson, öldürme ve kısasa ilişkin hükümler konusunda doğru sonuca ulaşamadığı gibi, içki konusunda benimsediği görüşlerinde de isabet edememiştir.

#### 7.4. İslam Hukuk Sisteminde Ceza Hukukuyla İlgili İspat Kurallarının Yapısı

Coulson, -yukarıda zikrettiğimiz gibi- ceza hukuku alanında ispatın, fai-

<sup>106</sup> Bk. Ebû Dâvûd, "Hudûd", 35, Hd. No: 4478.

<sup>107</sup> Ebû Dâvûd, "Hudûd", 36, Hd. No: 4488.

lin durumunu ortaya koymak için hakimın yeterli gördüğü her hangi bir yöntemle gerçekleştiğini söylerken, bir başka yerde, genel olarak ceza hukuku sisteminde ispat kurallarının farklı biçimleriyle iddiaların büyük ölçüde kesin doğru olduğunu ispatlamayı amaçlayan bir yapı arz ettiğini kabul etmektedir.<sup>108</sup>

İslâm ceza hukukunda cezai olan ve olmayan konularda ispat yolları bir tanedir. En önemlisi şahitlik, ikrar (suçlunun suçunu itiraf etmesi), (ihtilafı olmakla birlikte) hakimın bilgisi ve farklı türleriyle karinelendir.

İslâm ceza hukukunda suçların büyük bir kısmını ispat için kabul edilen araç, iki adil şahidin şehadetidir. Had cezalarında ise bu kural kazif, hirabe/yol kesme, eşkıyalık ve hırsızlık suçlarında uygulanır. Zina suçunda dört adil erkek şahidin şehadet etmesi şarttır. Önemli ta'zir suçlarında da aynı şekilde iki erkeğin şehadeti şarttır. İki adil erkeğin şehadetiyle cana karşı (öldürme) ve vucut bütünlüğüne karşı (yaralama, dövme vb.) işlenen suçlarda kısas hakkı sabit olur. Genel olarak fikhî tutum budur.

Fakihler şahitliği, şartları, ölçüsü, taşınıp yerine getirilmesi ve ne zaman kabul edilip ne zaman edilmeyeceği vb. açılardan büyük bir hassasiyetle incelemişlerdir. Şahitlikle ilgili araştırmaların –bize göre– en önemlisi şahitlerin adil olma şartının araştırılmasıdır. Zira, İslâm yargı hukukunda, ancak adil olanın şehadeti kabul edilir. Kendisinde bu nitelik olmayanın yahut durumu bilinenin aksi yönde sabit olanın şahitliği ise reddedilir.

Şahitlerde adaletin şart koşulmasında temel şu ayetlerdir: *...İçinizden adalet sahibi iki kişiyi şahit tutun....*<sup>109</sup> *Ey iman edenler! İçinizden birine ölüm (emareleri) geldiği zaman, vasiyet sırasında aranızdaki şahitliğin hükmü, kendi içinizden iki adaletli şahit, yahut yeryüzünde yolculuğa çıkmış iseniz, ölüm (emareleri de) size gelip çatmışsa, sizden olmayan diğer iki şahit tutmaktır...*<sup>110</sup>

Müslüman kişi farzları yerine getirdiği ve yasaklardan kaçındığı biliniyorsa –Hanefi, Maliki ve Şafilere göre– âdil sayılır. Hanbeliler ile bazı Şafililer buna kişinin, insanın saygınlığını, onurunu ve insanların kendisine verdiği değeri ihlal edici davranışlardan uzak durması anlamına gelen “mürüvveti/kişiliği kullanmak (korumak)”ı da ilave ederler. Fakihlerin çoğusu bu şarta itiraz etmiş ve İbn Hazm da el-Muhallâ adlı eserinde bilinen sert üslubuyla reddetmiştir.<sup>111</sup>

Kur’ân-ı Kerîm şahitlerde adaleti şart koştuğu gibi, bir başka ayette adil olmalarını şart koşmaksızın onları müminler nezdinde kendilerinden razı olunan kişiler olarak nitelemiştir. Söz konusu ayet şudur: *...Şayet iki tane erkek hazırda yoksa, o zaman doğruluğuna güvendiğiniz şahitlerden bir erkekle iki kadın ki, birisi unutulunca, öbürü hatırlatsın...*<sup>112</sup> Bu konudaki ayetleri birleştirdiğimizde şunu söylememiz gerekiyor: âdil şahit, şahitliğin yapıldığı zaman ve zeminlerde geçerli olan örf ve adetlere göre şahitliğine razı olunan kimsedir.

Kuşkusuz Müslüman toplumun kabul etmeyeceği, vakia, zaman ve mekan ne olursa olsun, onları yapanların şahitliklerine razı olmayacağı bir takım temel şeyler vardır. Şahidin adaletinin geçerli olması için fakihlerin ileri sürdüğü bazı

<sup>108</sup> Coulson, *Tarih* (İngilizce aslın 1971 tarihli 2. baskısı) s. 126.

<sup>109</sup> Talâk (65), 2.

<sup>110</sup> Mâide (5), 106.

<sup>111</sup> İbn Hazm, Ebû Muhammed Ali b. Ahmed, *el-Muhallâ bi'l-âsâr* (thk. Abdulğaffâr Süleyman el-Bendârî), Dâru'l-Kütübü'l-İlmiyye, Beyrut 1988, VIII, 475-476 (çev.).

<sup>112</sup> Bakara (2), 282.

şartlar var ki, zaman, mekan veya bu ikisinde geçerli olan örf ve adetlerin farklılığına binaen, onlara bakış farklı olabilir. Ayetteki “*doğruluğuna güvendiğiniz*” ifadesi bu anlamlara işaret ediyor olsa gerek. Örneğin fakihler –bazı mezheplerde- şahitliğin kabul edilmesi için, şahidin herkesin gelip geçtiği yol üzerinde bir şeyler yememesini, başı açık gezmemesini şart koşarlar. Bu gibi şeyler, insanların örf ve adetlerinin farklılık gösterdiği hususlardır. Bu nedenle bu konularda “şahitliğe güvenme” kuralı geçerli olur. Bunun için şunu söyleyebiliriz: hakkın da şahitliğin reddedilmesine özgü bir nas varid olan hususların dışında, Müslümanlar içinde adil olan, kendi toplumunda şahitliğini Müslümanların çoğunluğunun kabul ettiği kimsedir.<sup>113</sup>

Bir şeyin ispatı ya da reddi ile ilgili olarak hakim huzurunda iki adil şahit, şahitlik ettiklerinde, hakime düşen –temel kurala göre- onların şehadetleri doğrultusunda hüküm vermektir. Burada şahitliğin konusu ister had, ta’zîr veya kısası gerektiren suçlardan birinin işlenmesiyle verilmesi gereken bir ceza, isterse bir şahıs lehine sabit olan bir hak olsun fark etmez. Ancak şahitliğin konusu zina suçu olursa o zaman suç, -hakim görüşüne göre- ancak dört adil şahidin şehadetiyle sabit olur. Bu, fıkıh ve yargı kitaplarında açıklanan sebeplerden ötürü kanun koyucunun, bu suçun ispat çerçevesini daraltmak ve ihtiyatta aşırı davranmak istemesinin bir sonucudur.

Şahitlik, ikrar, hakimin bilgisine ve karinelere göre hüküm vermesi konularıyla ilgili geri kalan hükümlerin detaylandırılmasının yeri burası değildir. Çünkü bu, bizi bu çalışmanın çerçevesi dışına çıkarır. Şu kadar var ki, fıkıh kitaplarında bu meselelerin ele alındığı yerleri muhakkık gözle inceleyen birisi kesin olarak anlayacaktır ki, hakimin istediği ispat aracını seçmede mutlak yetkisi yoktur. Ona düşen sadece, suçu zanlının işlediğine dair nispetin doğruluğunu meşru yollarla araştırmaktır. Bu nispetin sabit olması halinde ise suçlunun beraatına karar veremez. İslâm ceza hukuku kuralları, suçsuzun beraatını ispatlamayı amaçladığı gibi, aynı zamanda suçlunun suçluluğunun ispatını da amaçlar. Her iki tutum arasında bir fark yoktur. Çünkü, her ikisinde de istenen şey sadece delillerin ispatladığı hak/gerçektir. Ayrıca, beyyine (ispat delili için kullanılan fikhî terimdir), hakkı açıklayıp ortaya çıkaran şeyin adıdır. Kendi nezdinde hak açıklanıp ortaya çıkınca da hakimin o doğrultuda hükmetmekten başka şans yoktur.

Coulson'un, cezâî konularda hakimin dilediği ispat yolunu seçme hakkı bulunduğu şeklindeki görüşünü işte bu yüzden kabul edemiyoruz. Halbuki dinen/hukuken doğru olan, hakimin, dilediği gibi değil, hukukun izin verdiği beyyine/delillerin ispatladığı gerçeğe hükmetmesidir.

### 7.5. İslâm Ceza Hukuku Sisteminde Suç ve Cezaların Kanuniliği İlkesi

Bu konuyla ilgili olarak iki mesele söz konusudur:<sup>114</sup>

<sup>113</sup> Genel olarak ispat sistemi hakkında geniş bilgi için bkz., Avvâ, *Fi Usûli'n-nizâm*, s. 286 vd.; Adaletin, kişinin toplumda şahitliğine güvenilir olması anlamına geldiğine dair bakz., A'zamî, *Menhecû'n-nakd*, s. 25-26.

<sup>114</sup> Bu cümle tarafımızdan eklenmiştir. Zira, asıl metinde başlıkla bu paragraf arasında başka bir metin yoktur. Kanaatimizce söz konusu arada sonraki paragrafta geçiş mahiyetinde bir cümlenin var olması gerekir. Aksi halde metnin akışı içinde anormal bir durum ortaya çıkmaktadır. Muhtemelen matbaa hatası olarak o cümle çıkmamış olabilir. Sebebi ne olursa olsun okuyucu açısından metnin akışı bozulmasın diye biz bu ilaveyi yaptık (çev.).



Birincisi, İslâm ceza hukukunun “kanunsuz suç ve ceza olmaz” kuralına ne ölçüde bağlı kaldığı, ikincisi de devletteki ilgili otoritenin ta'zîr suçlarını ve bunlara verilecek uygun cezaları belirlemede ne ölçüde özgür olduğu meselesidir.

Aşağıda her iki meseleyi de tartışacağız.

### 7.5.1. İslâm Ceza Hukuku Sisteminde Suç ve Cezaların Kanuniliği İl-

kesi

Ceza hukuku alanında Kur'ân-ı Kerîm veya sünnette bu kuralın uygulanmasını açıkça gösteren bir nass yoktur. Başka bir deyişle İslâm ceza hukukunda bu kuralı esas almayı bizzat ifade eden bir nass yoktur. Bununla beraber, bu kuralı bazı ayet ve hadisler ile bazı usul kurallarından kolayca çıkarmak zor bir iş değildir.

Konuya ışık tutabilecek ayetler şunlardır: *...Biz bir Peygamber göndermedikçe, hiç kimseye azab edecek değiliz.<sup>115</sup> Rabbin, kendilerine âyetlerimizi okuyan bir peygamberi memleketlerin ana merkezlerine göndermedikçe, memleketleri helâk edici değildir...<sup>116</sup> O kâfirlere de ki: Eğer bu işe son verirlerse. daha önce yaptıkları bağışlanacak...<sup>117</sup> Bazı davranış biçimlerinin haram olduğunu bildiren cümlelerden sonra gelen “illâ mâ kad selef/Ancak cahiliye devrinde geçen geçmiş-tir”<sup>118</sup> ifadesinin yer aldığı ayet. *...Allah geçmişti affetmiştir. Fakat kim de bu suçu tekrarlarsa, Allah ondan intikamını alır...<sup>119</sup>**

Hadisler ise şunlardır: Hz. Peygamber (s.a.s.) veda haccında şöyle buyurmuştur: “Haberiniz olsun cahiliye devrindeki bütün kan dâvaları kaldırılmıştır. Kaldırduğum ilk kan dâvası da el-Hâris b. Abdilmuttalib'in kan dâvasıdır. Câhiliye devrindeki bütün ribâlar kaldırılmıştır; ilk kaldırdığım da Abbas b. Abdulmuttalib'in ribasıdır...”<sup>120</sup> Yukarıdaki ayetlerle birlikte bu hadis İslâm hukukunda aslolanın, cezaya müstehak olmanın, daha önce uyarılmış olmaya bağlı olduğunu ve her hangi bir eylemi yapan veya bir davranışta bulunan kimsenin, bu cezayı gerekli kılan hukukî bir nass bulunmadıkça cezalandırılmayacağını ifade etmektedir.

Fakihler bu ayet ve hadislerden “kanunsuz suç olmaz” kuralının içeriğini ifade eden iki usul kuralı çıkarmışlardır: Birincisi, din gelmeden önce mükellefiyet söz konusu değildir. İkincisi de eşyada aslolan ibahettir. Bu iki kuralın ceza hukuku alanına tatbik edilmesi, suç olduğu hakkında nas varid olmamış davranış biçimlerini cezalandırmaktan sakındırma ve cezanın, suç olduğu hakkında nas varid olduktan sonra işlenmesi durumunda suç sayılan davranışlarla sınırlı tutulması gerektiği anlamına gelir.

Şüphe yok ki, Kur'ân ve sünnette ceza hukukundaki had ve kısas suçlarının tamamı hakkında her bir suçta özgü ve cezasını da belirleyen nasslar varid olmuştur.

Ta'zîr (hakkında had ve kefarete olmayan) suçlarında ise aslolan, ceza değil suç hakkında nas/kanun varid olmasıdır. Bu suçların cezası ise İslam hu-

<sup>115</sup> İsrâ (17), 15.

<sup>116</sup> Kasas (28), 59.

<sup>117</sup> Enfâl (8), 38.

<sup>118</sup> Nisâ (4), 22-23.

<sup>119</sup> Mâide (5), 95.

<sup>120</sup> Müslim, “Hac”, had. no: 1218, I, 889; Tirmizî, “Fiten”, 2, had. no: 2610.

kukunda uygulanmasına izin verilen cezalar çerçevesinde, devletin ilgili otorite-leri olan yasama tarafından belirlenir/konur, yargı tarafından uygulanır.

Buradan anlaşılıyor ki, "kanunsuz suç ve ceza olmaz" kuralı, İslam ceza hukukunda şu iki çerçeve içinde gerçekleştirilmektedir: Birincisi, had ve kısas suçlarında sabit olan çerçevedir; ki suç sayılan fiili ve ona verilecek cezayı nass belirler. İkincisi de, ta'zîr suçlarındaki esnek çerçevedir; ki suç sayılan –veya suç sayılması mümkün olan- fiillerin ta'zîr suçu olduğunu nass belirler ve ona verilecek cezanın tespiti ise konulması ve uygulanmasında zaman, mekan ve suçlu- nun kişiliğini göz önünde bulunduracak olan devletin ilgili otoritesine bırakır.

Bütün bunlar doğruysa –ki doğrudur- o zaman İslâm hukukunun "ka- nunsuz suç ve ceza olmaz" kuralını tanımadığı ve ta'zîr çerçevesinde suçları ve cezaları tespit etmede hakimın özgür olduğu –ki bunu aşağıda detaylandıracağız- şeklindeki görüşün gerçeği ifade etmekten ne kadar uzak olduğu anlaşılır.

#### 7.5.2. Ta'zîr Sistemi Işığında Suçla(suç say)ma Yetkisi

Yukarıda ta'zîr sisteminin, hakkında bir had veya kefarete bulunmayan her suç için bir ceza icad eden cezaî bir sistem olarak tarif etmiştik. Bu suç, ister Allah (c.c)'a ait –yani kamu hukukuyla ilgili- bir hakka isterse bireylere ait bir hakka yönelik bir saldırı biçiminde olsun fark etmez. Bu suçların bazıları hak- kında Kur'ân-ı Kerîm'de ve sünnette nass varid olmuştur. Haklarında nas bulu- nan bu suçların Kur'ân-ı Kerîm ve sünnette bir yerde toplanmamış olmasına –ki toplanma imkanı yoktur- rağmen, bunları ahkam ayetleri ve ahkam hadislerin- den tespit etmek zor değildir.

Ne var ki bu suçlar, bazı araştırmacıların arzu ettikleri gibi tespit edilip bir araya getirilerek belirli metinler halinde derlenseler bile, toplumun maslahatıyla çelişmesi veya bireylerin maslahatına, özellikle zaman ve mekana göre de- ğişen maslahatlara yönelik bir saldırı içeriyor olmasından dolayı, suç kabul edi- len fiillerin tamamını tespit etmek için yeterli değildir. Hükümlerin, her de ğiştik- lerinde muayyen maslahatlara bina edilmesinin gerektiği fikh usulünde kabul edilmiştir.

İslâm hukukunun kabul ettiği ve esasen hükümlerin de kendilerini ger- çekleştirmek üzere indiği temel maslahatlar aşağıdaki beş hususla ilgilidir:

Dinin korunması, nefsi(canı)n korunması, aklın korunması, neslin ko- runması ve malın korunması. Bunlar bütün şeri hükümlerin nihai hedefi olarak kabul edilir. Bunun içindir ki bu konu –bunlarla ilgili sarıh bir nassın bulunma- yışına rağmen- fikhî ve fikrî anlayışlarının farklılıklarıyla birlikte fakihlerin itti- fak noktası olmuştur.

Müslüman devlet başkanı, Müslüman toplum ve Müslüman bireyin gö- revlerini içeren temel teklif, bu beş şeyin korunmasıdır. Bu sebeple fakihler Müs- lümanları yöneten kimsenin, bu şeyleri tam anlamıyla korumak amacıyla bun- lardan birine veya bir çoğuna yönelecek her hangi bir saldırıyı cezalandırma yet- kisinin bulunduğunu kabul etmişlerdir. Ceza, had ve kısas suçları olarak bilinen suçlarda olduğu gibi bazen muayyen bir fiil için belirlenmiş olur ve bu durumda devlet başkanı ya da ilgili otoritenin, cezayı uygulamadaki rolü daralır; bazen fiilin cezası belirlenmeksizin suç olduğu hakkında bir nass bulunur –hakkında had ve kefarete olmayan suç niteliğindeki ta'zîr suçlarında olduğu gibi- bu du- rumda da ilgili otoritenin cezayı uygulamadaki rolü, cezanın belirlenmesi ve

uygulanmasıyla sınırlı kalır. Nihayet bazen de fiiller yukarıda zikredilen beş şeyden birisiyle çatışması halinde toplumun maslahatına zarar verici olur. Bu durumda da devlet yöneticilerinin cezalandırılacak fiili belirlemesi –yani suç kabul etmesi- sonra da o fiilin cezasını tespit ederek, faile uygulanması işlemlerini yapmasını gerektirebilir. Ceza, suç ile ceza arasındaki (bulunması gereken) uyum esasına göre belirlenir. Yargıca veya devletin ilgili otoritesine düşen görev –icrai ve objektif olarak- Müslümanlar için en yararlı olanı bulma konusunda çaba sarf etmektir. Aksi halde bu şekilde davranmamak –Karâfi'nin dediği gibi- fiisk/doğru yoldan sapmak ve icmaya aykırılık olur.<sup>121</sup>

Bütün bu görevler şu ayetteki emirde toplanmıştır: *İçinizden hayra çağıran, iyiliği emredip kötülükten men eden bir topluluk bulunsun. İşte kurtuluşa eren onlardır...*<sup>122</sup> Ayrıca şu ayette Müslümanlar *Siz insanlar için çıkarılmış en hayırlı ümmetsiniz. İyiliği emreder, kötülükten vazgeçirmeğe çalışır ve Allah'a inanırsınız...*<sup>123</sup> olarak vafedilmiştir. Ayetlerdeki bu emir ve bu niteleme, genelliği ve kapsamı itibarıyla Müslüman toplumda otorite sahiplerinin, çabalarını bunları gerçekleştirmeye yöneltmelerini gerektiriyor. Burada mesele sadece çaba sarf edilmesi meselesi değil, bilakis Kur'ân-ı Kerîm'in, onsuz Müslümanların bu niteliği kalmayacak olan ve Müslüman yöneticinin –ihmal ederse şayet- Müslümanlar üzerindeki velayet hakkına sahip olamayacağı sarih bir emrinin uygulanmasıdır. İnsanların eylem ve tasarrufları bu genel kuralın altına girer ve ona göre sınıflandırılır. Kötü davranana cezası, iyi davranana da mükafatı verilir. Kur'ân-ı Kerîm ve sünnetteki bu hususu belirleyen nasların çerçevesi dışında bu kuralın bir uygulaması olarak –yaptığı kanunlarla- mübah/serbest olan ve olmayan şeyleri devlet başkanı –yahut devlet otoritesi- kararlaştırır. Devlet başkanı, muayyen bir fiil için bir ceza koyduğu zaman, yani bir işin yapılmasını yasakladığında, bu yasağı ihlal eden bazı insanlar cezalandırılırlar. Bu durumda o işi yapanlar “caniler/suçlular veya âsiler olarak” cezalandırılırlar. Onlar hakkında, “devlet başkanı cezalandırmakta tamamen serbesttir” demek doğru değildir.

Bazen -devlet başkanı veya devletin ilgili otoritesinin elindeki- bu yasa erki ile, haram veya mübah kılmanın sadece Allah (c.c)'a ait olan bir yetki olduğu şeklindeki İslâmî kural arasında bir çelişki var gibi gözükabilir. Bu doğru değildir. Çünkü, ne Kur'ân-ı Kerîm ne de sünnet her çağ ve şartlarda beşeri hayatın bütün yönlerini düzenleyen detaylı hukukî düzenlemeler içerir. İçermesi de düşünülemez zaten.

Kur'ân-ı Kerîm'in hukukî düzenlemeleri ve sünnette bu konuda varid olan düzenlemeler, sadece hükmü zaman ve zemine göre değişmeyen pek az mesele hakkında ayrıntılı düzenleme yapmakla sınırlıdır. Bu sınırlı hükümlerin dışındakiler, genel kurallar ve Müslüman insanların yaşadıkları durum ve zamana uyumlu detaylı hükümlerin üzerine bina edildiği tümel esaslar biçiminde gelmiştir. Durum böyle olunca Müslümanlara, Kur'ân-ı Kerîm ve sünnet naslarının çerçevesi dışında çeşitli açılardan kendi maslahatlarını koruyacak ve dinin genel nasları ve külli kurallarıyla çatışmayacak şeyleri diledikleri şekilde belirleme hakkı vermek kaçınılmaz olmaktadır. Bu hukukî düzenlemeler, gerçekte topluma

<sup>121</sup> Karâfi, *el-Furûk*, Kahire 1939, III, 16-20, IV, 182.

<sup>122</sup> Âl-i İmrân (3), 104.

<sup>123</sup> Âl-i İmrân (3), 110.

iyiliği emredip kötülüğü yasaklama görevi veren naslar ile ictihat hakkını onaylayan nasslar üzerine kurulmuş olur.

Fakihler bu hakkı Müslüman topluma –veya devletin ilgili otoritesine– “es-siyâsetu’ş-şer’iyye” başlığı altında tanımışlardır. Bu konuda İbn Kayyim el-Cevziyye şöyle diyor: “siyaset iki çeşittir: zalim siyaset ki din bunu haram kılmaktadır. Diğeri de, hakkı zalim ve facir kimseden çekip alan adil siyaset ki bu dindedir. Bunu bilen bilir bilmeyen bilmez.”<sup>124</sup> İbn Akıl’dan –Hanbelî Mezhebinin önde gelenlerinden biri– naklen şöyle diyor: “siyaset-i şer’iyye ile amel etmek kararlılık olup hiçbir devlet başkanı ondan hali olamaz. Şafii demiştir ki: “dine uygun olmayan siyaset siyaset değildir.” İbn Akıl şöyle diyor: “siyaset, Hz. Peygamber (s.a.s.) koymamış ve hakkında bir vahiy gelmemiş olsa bile, kendisi sayesinde insanların salaha daha yakın, fesattan daha uzak oldukları bir eylemdir. Eğer “dine uygun olmayan” sözüyle, dinin açıkladığı şeylere aykırı olmamayı kastettinse bu doğrudur. Yok eğer bu sözünle “dinin açıkladığından başka siyaset yoktur” anlamını kastettin ise bu yanlıştır ve sahabeyi de hatalı bulmaktır.”<sup>125</sup> İbn Kayyim, İbn Akıl’in bu sözlerini yorumlarken şöyle diyor: “Bu konu ayakların kaydığı, anlayışların saptığı bir zemindir. Bu dar ve zorlu bir meydanıdır. Bu konuda bir grup aşırı giderek hadleri tatil/ihmal ettiler, hakları zayi ettiler. Facirleri fesat için cesaretlendirdiler. Öyle ki dini, kulların maslahatlarını gerçekleştiremez hale getirdiler. (...) Yöneticiler de bu durumu ve insanların işlerinin ancak o kimselerin dinden anladıklarının arkasındakini emretmekle düzeleceğini görünce, siyasetlerinde uzun süren bir şer ve geniş çaplı bir fesat ihdas ettiler. Böylece iş daha da kötüleşti ve düzeltilmesi zorlaştı. İnsanları, dinin gerçekleri sayesinde bundan çıkarmak ve bu tehlikelerden kurtarmak çok zor hale geldi.”<sup>126</sup> Başka bir grup da bunları kabul etti ve böylece Allah (c.c) ve Resulünün hükmüne aykırı olan şeyleri meşru gördüler. Her iki grubun da, Allah (c.c)’ın kendisi için Peygamber (s.a.s.)’ini gönderdiği, kitaplarını indirdiği şeyi bilme konusundaki kusurları meydana çıkmıştır. Çünkü, Allah (c.c) insanlar “kıst”/adaleti ayakta tutsunlar diye peygamberlerini göndermiş ve kitaplarını indirmiştir. “Kıst” da yerlerin ve göklerin kendisi sayesinde ayakta durduğu adalettir. Adaletin emareleri zahir olup ne yolla olursa olsun yüzünü gösterirse, işte Allah (c.c)’ın dini oradadır (odur).”<sup>127</sup>

İbn Kayyim’in, cevazını doyurucu bir şekilde açıkladığı bu “siyaset-i şer’iyye”, hakkında Kitap ve sünnette nass bulunmayan konularda ümmetin maslahatını gerçekleştirmek için gereken hukukî düzenlemelerin yapılabileceğinden başka bir şey değildir. Bu düzenlemeler ceza hukuku alanında –bir takım fillerin suç sayılıp onlara ceza belirlenmesi biçiminde– olursa, ta’zîr çerçevesine girer ve temellerini Kur’ân ve sahih sünnetin attığı ilkeler ve genel kurallara göre belirlenir.

İslâm ceza hukukunun sunduğu şekliyle ta’zîr sistemi, ceza hukuku açısından İslâm fihkî/hukuku hükümlerinin esnek/elastiki bir yapıya sahip olduğu-

<sup>124</sup> İbn Kayyim el-Cevziyye, Ebû Abdillâh Şemsuddîn Muhammed b. Kayyim, *et-Turuku’l-hukmiyye fi’s-siyâseti’ş-şer’iyye* (thk. Şeyh Behic Gazâvî), Beyrut, ts. (Dâru İhyâi’l-’Ulûm), s. 11.

<sup>125</sup> İbn Kayyim, *et-Turuk*, s. 19-20.

<sup>126</sup> İbn Kayyim, *et-Turuk*, s. 20.

<sup>127</sup> İbn Kayyim, *et-Turuk*, s. 20-21; Kırş., İbn Ferhûn, *Tebşîratu’l-hukkâm*, II, 104; Alauddîn Trablusî, *Mu’înu’l-hukkâm*, s. 164.

nun ve insanların yeni ortaya çıkan maslahatlarını ve gelişen sosyal konumlarını kuşatacak güce sahip olduğunun en güçlü delilidir. Bu sistem olmadığı takdirde, fikhin ceza hukukuyla ilgili hükümleri kuşkusuz ceza siyasetinin hedeflediği toplumsal maslahatları gerçekleştirmede yetersiz kalacaktır. Bir başka ifadeyle, Kur'ân-ı Kerîm ve sünnetteki naslar, çok sınırlı sayıdaki suçlara ceza öngörmektedir. Dolayısıyla sadece birkaç suça mahsus (ceza öngören) naslar içeren ve böylece başarılı olması beklenen, hatta ilelebed devam etmesi istenen bir ceza sisteminin kaim olması makul değildir. Özellikle de, en ince ayrıntıları dahi kapsayan, sonra da zaman ve mekan ne kadar değişirse değişsin har halükârda uygulamada kalması beklenen bir ceza sistemi –yahut genel anlamda toplumsal hayatın her hangi bir yönüyle ilgili her hangi bir sistem- koymanın makul olmadığını bilirsek bu husus daha iyi anlaşılacaktır.

Bu düşüncüyü İngiltere'de önde gelen bir yargıç şöyle ifade etmiştir: "hiç kimse, toplumun düzenini ihlal etmek için insanda var olan kötülüğün ortaya çıkaracağı bütün araçları önceden bilemez."<sup>128</sup> Şu halde genel kural ve esaslarını Kur'ân-ı Kerîm ve sünnetin koyup, her çağda hayatın ihtiyaçlarına göre şekillen- dirilmek üzere –çok az sayıdaki konular hariç- ayrıntılarını insanlara bıraktığı bir ceza sisteminden daha iyi bir yol yoktur. İslâm hukuku sadece had ve kisas suç- larını açıklayıp, bunların dışındakilerin tamamını, sağladığı esneklik, kolaylık ve sosyoekonomik değişimlere cevap verecek özelliğe sahip olan ta'zîr sistemine bırakırken bu yolu izlemiştir. İslâm hukuku, devlet başkanı veya devletin ilgili otoritesine toplumsal açıdan zararlı davranışlarla mücadele etmek için lazım olan hukukî düzenlemeleri yapma hakkı vermiş ve aynı zamanda bireylere de, yöneticilerin toplumun ya da bireylerin maslahatlarını gerçekleştirmek için uy- gun gördükleri uygulama ve hukukî düzenlemelere itaat etmelerini vacip (farz) kılmıştır.<sup>129</sup> Nitekim şu ayet bunu ifade etmektedir: *Ey iman edenler! Allah'a itaat edin, Peygambere de itaat edin ve sizden olan emir sahibine de itaat edin...*<sup>130</sup>

Coulson'un İslâm ceza hukukuyla ilgili görüşlerine dair değerlendirmele- rimizi ve bu görüşlerin İslâm ceza hukukunun gerçeklerinden ne kadar uzak olduğuna ilişkin açıklamamızı sonlandırırken, onun başka bir kitabı olan *Conflicts and Tensions in Islamic Jurisprudence* adlı eserinde gündeme getirdiği son bir meseleyi ele alalım. Söz konusu mesele, İslâm ceza hukukunu uygula- manın ne derece sürdürülebilir ve İslam toplumlarındaki mevcut gelişmeler ışığın- da ne derece uygulanabilir olduğudur. Coulson bu konuya İslâm hukuk tarihine dair yazdığı kitabında kısaca işaret etmiştir.<sup>131</sup>

<sup>128</sup> Lord Simond, Quoted in: H.L.A. Hart, *Liberty and Morality*, London, 1969, p. 9.

<sup>129</sup> Bu çalışmada İslam ceza hukukuyla ilgili olarak anlattıklarımızın büyük kısmı esasen bizim daha önce geçen *Fî Usûli'n-nizam ile Punishment in Islamic Law* adlı kitaplarımızdan alınmıştır. Şahitliğin Allah (c.c) için yapılması konusunda şunları kaydedebilirim; Bütün bu görüşler, Prof. Coulson'un danışmanlı- ğında hazırladığımız *The Theory of Punishment in Islamic Law*, University of London, 1972, adlı doktora tezimizde yer almaktadır. Coulson son derece insafli davrandı; tezde bir tek harfin bile değişmesini iste- medî ve kendi görüş ve teorileriyle çelişen görüşlerime itirazda bulunmadı. Bu durum, ilim terazisinde özellikle İslam medeniyeti üzerine çalışan diğer oryantalistlerle kıyaslandığında onun lehine hesaplanma- sı gereken bir meziyettir.

<sup>130</sup> Nisâ (4), 59.

<sup>131</sup> Coulson, *Teâruz*, s. 91, 100, 103-104; *Tarih*, s. 298-299.

Bu meseleyi detaylı olarak cevaplandırmak istemiyorum. Fakat, okuyucunun dikkatini, İslâm ceza hukuku sisteminin uygulanmasının pek çok İslâm ülkesinde çoğu kimsenin optimist bir şekilde düşündüğünden daha hızlı olarak geri dönmüş olduğuna çekmek istiyorum. Kuruluşundan bugüne kadar bütün alanlarda uygulanan bir kanun olarak Hanbeli Mezhebi uygulamasının kesintiye uğramadığı Suudi Arabistan'ın yanı sıra, şu anda Libya, Sudan, Pakistan, İran ve Birleşik Arap Emirlikleri'nden her biri İslam ceza hukukunun tamamen veya kısmen uygulandığı ülkeler listesinde yer almaktadır. Bu ülkelerin her birinde İslâm ceza hukukunun bir veya daha fazla bölümü uygulanmaktadır. Mısır ve Kuveyt'te ise genel olarak İslâm hukukunun uygulanmasına yönelik günbegün artan talep çerçevesinde ceza hukukunun uygulanması için bilfiil hazırlanmış bir takım hukukî projeler yönünde ciddi çalışmalar mevcuttur. Herhalde İslâm dünyasının yaşadığı bu realite, Coulson ve İslam hukuku üzerinde çalışan başka araştırmacıları, Müslümanların –kendi toplumlarındaki gelişmeler ışığında- İslâm hukukunun uygulanabilirliğini ne ölçüde hissettiklerine ilişkin görüşlerini yeniden gözden geçirmeye bir çağrı niteliği taşımaktadır.

Böylece Coulson'un İslâm hukuk sistemine ilişkin araştırmalarındaki metoduna dair çalışmamızın sonuna geldik. Bu çalışmanın hakikat ve ilim taliplilerine, oryantalizm ve oryantalistlerin çabalarıyla ilgilenenlere yararlı olmasını umarım.

Son duamız şudur: "Hamd alemlerin Rabbi olan Allah (c.c)'adır."