

T.C.
ATATÜRK ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
TEMEL İSLAM BİLİMLERİ ANABİLİM DALI

İzzet SARGIN

İSLAM HUKUK TARİHİNDE DEVLET VE FONKSİYONLARI

DOKTORA TEZİ

TEZ YÖNETİCİSİ
Prof. Dr. Beşir GÖZÜBENLİ

T 105205

ERZURUM - 2001

İÇİNDEKİLER

ÖZET	V
ABSTRACT	VI
ÖNSÖZ	VII
KISALTMALAR	IX
GİRİŞ	X
BİRİNCİ BÖLÜM	1
İSLÂM TARİHİNDE HUKUK	1
1.1. HUKUK KAVRAMI	1
1.1.1. <i>Hukukun Tanımı ve Özellikleri</i>	1
1.1.1.1. Hukukun Tanımı	1
1.1.1.2. Hukukun Özellikleri	3
1.1.1.3. Hukukun Özelliklerinin Toplumsal Boyutu	6
1.1.2. <i>Hukukun Kaynakları Ve Yasama</i>	7
1.1.3. <i>Hukukta Amaçlar ve Araçlar</i>	10
1.1.4. <i>Hukukun Yürürlüğü ve Hukuk Politikası</i>	16
1.1.4.1. Hukuk Düzeninin İstikrar	16
1.1.4.2. Hukuk Düzeninin Birliği	18
1.1.4.3. Hukukun Yürürlüğü	20
1.1.4.4. Hukuk Politikası	22
1.1.5. <i>Hukukun objektif ve subjektif Boyutu</i>	24
1.1.6. <i>Pozitif Hukuk</i>	25
1.1.6.1. Pozitif Hukuk-Objektif Hukuk İlişkisi	26
1.1.6.2. Pozitif Hukuk ve Kuvvetler Ayrılığı	26
1.2.7. <i>Hukukta Akıl ve İctihadın Rolü</i>	26
1.2.7.1. Akıl	26
1.2.7.1.1. İslâm Hukuk Düşüncesinde Aklın Önemi	28
1.2.7.2. Akıl ve Hukuk	29
1.2.7.3. İctihat	30
1.2.7.3.1. Hz. Peygamber ve Sahabe Döneminde İctihat	32
1.2.7.3.2. İctihat ve Yasama	35
1.2.8. <i>Hukuk-Din İlişkisi</i>	36
1.2.8.1. Hukuk ve Yönetim Açısından Kur'ân	36
1.2.8.2. Sünnet	40

1.2.8.2.1. Sünnetin Anlaşılması.....	41
1.2.8.2.2. Hukuk ve Yönetim Açısından Sünnet	44
1.1.9. Özel Hukuk- Kamu Hukuku Ayırımı.....	45
1.1.9.1. Özel Hukuk-Kamu Hukuku	45
1.1.9.2. İslâm Hukuk Düşüncesinde Özel Hukuk-Kamu Hukuku Ayırımı.....	48
1.1.10. Anayasa Hukuku.....	50
1.1.10.1. Anayasanın Tanımı Özellikleri Konusu ve Unsurları.....	50
1.1.10.2. Anayasa Çeşitleri.....	57
1.1.10.2.1. Örfi (Teamüli) Anayasalar	57
1.1.10.2.2. Yazılı Anayasalar	57
1.1.10.2.2.1. Tarihi ve Siyasî Temellerine Göre Anayasalar.....	57
1.1.10.2.2.2. Organik ve Şekli Özelliklerine Göre Anayasalar	58
1.1.10.3. İslâm Hukuk Düşüncesinde Anayasa.....	59
İKİNCİ BÖLÜM.....	63
İSLÂM HUKUK TARİHİNDE DEVLET.....	63
2.1. DEVLET KAVRAMI	63
2.1.1. Devlet'in Tanımı Kaynağı ve Özellikleri.....	63
2.1.2. Devlet Kelimesinin Tarihi Seyri.....	67
2.1.3. İslam Düşüncesinde Devletin Kökeni.....	71
2.1.4. Devletin Özellikleri	72
2.1.5. Devletin Gerekliliği.....	75
2.1.6. Din-Devlet İlişkisi	81
2.1.6.1. Kur'ân-ı Kerim'de Devlet.....	82
2.1.6.2. Hz. Peygamber Devrinde Devlet.....	84
2.1.6.3. Hz. Peygamber'in Kurduğu Devletin Sosyolojik Bir Tahlili	87
2.1.6.4. İslâm Devleti Kavramı.....	88
2.1.6.4.1. Kur'ân'da İslâm Devleti.....	88
2.1.6.4.2. Hz. Muhammed ve İslâm Devleti.....	90
2.1.6.4.3. İslâm Devleti Kavramının Ortaya Çıkışı	92
2.1.6.4.4. Oryantalizm ve İslâm Devleti Bağlantısı	94
2.2. DEVLETİN ÜSURLARI	97
2.2.1. Devletin Ülke Unsuru.....	97
2.2.2. Kur'an ve Sünnette Ülke Kavramı	100
2.2.3. İslâm Hukuk Düşüncesinde Ülke Kavramı	101
2.2.4. Devletin Nüfus Unsuru	103
2.2.4.1. Millet-Ümmet Kavramları ve Aralarındaki İlişki	107
2.2.5. Devletin Şahsiyet Unsuru	109
2.2.6. Devletin Hakimiyet Unsuru	112

2.2.6.1. İslâm Hukuk Düşüncesinde Hakimiyet Anlayışı.....	116
2.2.6.2. Hakimiyetin Mahiyeti.....	120
2.2.6.3. Hakimiyet Unsurunun Kurucu ve Kurulu İktidar Olarak Ayırımı.....	121
2.2.6.4. Hakimiyetin Hukuki Yönü (Kurucu İktidar Kavramı)	121
2.2.6.7. Hakimiyetin Siyasi Yönü (Kurulu İktidar Kavramı)	123
2.2.6.7.1. Siyasal İktidarın Özellikleri	125
2.2.6.7.2. Siyasal İktidâr-Hukuk İlişkisi.....	127
2.2.3. Siyasal İktidarın Sınırlanması.....	128
2.2.4. Baskı Grupları.....	134
2.2.5. Polis Devleti ve Hukuk Devleti	137
2.2.5.1. Polis Devleti.....	137
2.2.5.2. Hukuk Devleti.....	138
2.2.5.2.1. Hukuk Devletinin Esasları	139
2.2.5.2.2. İslâm Düşüncesinde Hukuk Devleti	143
2.2.5.3. Devlet Hukuk İlişkisi.....	145
2.3. DEVLETİN KUVVET VE ORGANLARI.....	147
2.3.1. Devletin Kuvvetleri ve Fonksiyonları.....	147
2.3.2. Devletin Organ ve Fonksiyonları.....	148
2.3.3. Devlet Fonksiyonlarının Ayırımı.....	150
2.3.4. Kuvvetler Birliği.....	152
2.3.5. Kuvvetler Ayrılığı.....	153
2.3.5.1. Kuvvetler Ayrılığına Dayanan Rejimler	155
2.3.5.2. Kuvvetler Ayrılığının Tenkidi.....	159
2.4. KUVVETLER ARASI İLİŞKİLER	160
2.4.1. Yasama.....	160
2.4.1.1. İslâm Hukuk Düşüncesinde Yasama	162
2.4.1.2. Yasaların Kökeni ve Kaynakları	164
2.4.1.3. İslâm Tarihinde Yasama	169
2.4.1.4. Bir Yasama Kurumu Olarak Şûra	173
2.4.2. Yürütme.....	177
2.4.2.1. İslâm Hukuk Düşüncesinde Yürütme.....	179
2.4.2.2. Yürütmenin İşlevleri.....	181
2.4.2.3. İslâm Hukuk Tarihinde Yürütme	186
2.4.2.3.1. Hz. Peygamber Döneminde Yürütme	186
2.4.2.3.2. Dört Halife Döneminde Yürütme.....	188
2.4.2.3.3. Emeviler Döneminde Yürütme	192
2.4.2.4. Hilafet.....	192
2.4.2.5. Yasama Yürütme İlişkisi	198
2.4.4. Yargı.....	200
2.4.4.1. İslâm Hukukunda Yargının Önemi.....	202

2.4.4.1.1. Kuvvet Olarak Yargı	203
2.4.4.1.2. Yargı Bağımsızlığı.....	205
2.4.4.1.2.1. Temel Hak ve Hürriyetler Açısından Yargı Bağımsızlığı	206
2.4.4.1.2.2. Yargı ve Yargıç Bağımsızlığı	207
2.4.4.1.2.3. Yargı Yasama İlişkisi	208
2.4.4.1.2.4. Yargı Yürütme İlişkisi	210
2.4.4.1.2.5. Yargı Yargı İlişkisi	211
2.4.4.1.2.6. Yargının Medya ve Diğer Kuvvetlerle İlişkisi	211
2.4.4.1.2.7. Yasama Yürütme Yargı İlişkisi	212
2.4.4.2. İslâm Tarihinde Yargı Fonksiyonu	214
2.3.4.2.1. İslâm Öncesi Dönemde Yargı	214
2.4.4.2.2. Hz. Peygamber Döneminde Yargı Fonksiyonu	215
2.4.4.2.3. Hz. Peygamber Döneminde Yargı Fonksiyonunun Özellikleri	219
2.4.4.2.4. Hz. Peygamber Döneminde Yargı Bağımsızlığı.....	221
2.4.4.2.5. Raşit Halifeler Dönemi Yargı Fonksiyonu.....	222
2.4.4.2.6. Emeviler ve Abbasiler Döneminde Yargı Fonksiyonu	225
SONUÇ	227
KAYNAKÇA	230

ÖZET**DOKTORA TEZİ****İSLAM HUKUK TARİHİNDE DEVLET VE FONKSİYONLARI****İzzet SARGIN****Danışman : Prof. Dr. Beşir GÖZÜBENLİ****2001 - SAYFA XV+245****Juri : Prof. Dr. Beşir GÖZÜBENLİ**

Hukuk ve devlet, düşüncüyü asırlar boyu meşgul eden iki olgudur. İşlevsel açıdan büyük önem taşıyan hukuk, devlet ve kurumlar, tarihi süreçte, teori ve uygulamada farklı görünümler arz etmiştir. Çünkü değişen hayat insanların yeni modeller ve uygulamalar geliştirmelerini zorunlu kılmaktadır. Buna paralel olarak, gelişmeyi disipline etmede din de önemli bir unsurdur. Bu sebeple, bütün toplumlarda olduğu gibi, müslüman hukukçular ve uygulayıcılar da geçmişte bu kavramları kendi kültürel ortamlarına uygun şekilde anlamış ve yorumlamışlardır. Öyleyse günümüzde devlet ve hukuk yapılanmasında, içinde bulunulan kültürel ortam ve birikim etkili olmalıdır. Bu etkininin boyutlarını nasslar, tarihteki uygulamalar ve son bilimsel veriler beraber belirlemelidir.

ABSTRACT

DOCTORATE THESIS

STATE AND HIS FUNCTIONS IN HISTORY OF ISLAMIC LAW

İzzet SARGIN

Supervisor : Prof. Dr. Beşir GÖZÜBENLİ

2001 - PAGE : XV+245

Jury : Prof. Dr. Beşir GÖZÜBENLİ

.....
.....

Term of Law and State are two facts which have made thought busy for centuries. The law, state and associations, functionally important, have different appearances in the historical process in theory and practice. Because the changing life forces people to develop new theories and applications. In addition to these, religion is an important element for arrangement. For this reason muslim jurists and practicers understand and interpreted these concepts appropriately for their cultural environment, like all communities. In that case, in our time formation of state and law should be effected by cultural environment and accumulation. Texts (Nusûs), practices in history and the latest scholarly results must together determine the dimensions of this effect.

ÖNSÖZ

Son yıllarda, din-devlet ilişkisi dünya çapında, en geniş boyutlarıyla tartışılan konuların başında gelmektedir. Bu durum, özelde İslâm dini ve onun devletle olan ilişkisinin yoğun bir şekilde gündeme gelmesine neden olmuştur. Burada, devlet ve hukuk başta olmak üzere, her şeyi salt olarak dine dayandıran düşünce ile, dini her şeyden soyutlayan anlayışın doğruluk oranı önem kazanmaktadır. Biz de İslâmın bu konuya yaklaşımını ve konunun İslâm Hukuk tarihindeki algılanış biçimini ele almayı düşündük.

Konu başlığı önce, "İslâm Kamu Hukukunda Kuvvetler Arası İlişkiler" şeklinde belirlenmişti. Ancak, klasik İslâmi kaynaklardaki bilgilerle çağdaş hukuki kazanımlar biraraya getirdiğimizde bu tür bir isimlendirmenin anakronizme neden olacağını gördük. Çünkü, kamu hukukunda kuvvetler arası ilişkiler şeklindeki bir isimlendirme, tamamen modern hukukun bir ürünüdür. İslâm Hukukunun gelişim sürecinde ise bu türden bir sınıflandırma görmemekteyiz. Bu ise, düşüncenin içinde geliştiği ortama bağlılığı nedeniyle doğal karşılanmalıdır. Çünkü, İslâm hukuk tarihinde, batıda olduğu gibi, kuvvetler arası ilişkileri ele almayı gerektirecek bir zorunluluk yaşanmamıştır. Hatta 17. yüzyıl öncesinde İslâm dünyası dışında da bu tür sınıflandırmalara rastlamak mümkün değildir. Bu sebeple, konuyu "İslâm Hukuk Tarihinde Devlet ve Fonksiyonları" olarak değiştirdik. Zira İslâm dünyasında en çok tartışılan konulardan biri devlet kavramıdır. Bu tartışma günümüzde de geçerliliğini sürdürmektedir. Dolayısıyla böyle aktüel bir çalışmanın tarihi boyutlarıyla imkanlarımız ölçüsünde ele alınması gereğini duyduk.

Kamu Hukuku alanına giren konuların İslâm hukuk tarihindeki işleniş biçiminin salt nakilcilikten ve dönemin vakıasını belirlemekten öteye geçmediğinden çalışmamızın şekillenmesinde hukuk bilimi, metodolojisi, felsefesi ve sosyolojisinin verileri ile siyaset ve tarih bilimleri öncelikli bir etkiye sahip olmuştur.

Bu çalışma boyunca bilimsel katkılarından, düşüncelerinden ve yardımlarından yararlandığım değerli hocalarım Prof. Dr. Hamza AKTAN, Prof. Dr. Mustafa BAKTİR ve Prof. Dr. Davut YAYLALI Beylere teşekkürü bir borç bilirim. Ayrıca yüksek lisans ve

doktora çalışmalarım süresince bilimsel bir zihniyet ve bakış açısı kazanmam için yardımlarımı esirgemeyen danışman hocam sayın Prof. Dr. Beşir GÖZÜBENLİ Beye şükranlarımı sunarım.

İzzet SARGIN



KISALTMALAR

a.s.	: Aleyhisselam
AÜHFD	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
AÜİFD	: Ankara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi
b.	: İbn/oğlu
bk.	: Bakınız
c:	: cilt
DİA	: Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi
Hız.	: Hazreti
İA	: Milli Eğitim Bakanlığı İslâm Ansiklopedisi
İÜHFM	: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
mad.	: Madde
nşr.	: Neşreden
OMUİFD	: Ondokuzmayıs Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi
s.	: Sayfa
Sy	: Sayı
Taf.	: Tafsilat için, tafsilat hakkında
trc.	: çeviren/tercüme eden
ts.	: Tarihsiz
vb.	: ve benzerleri, ve başkaları
vd.	: ve devamı
vdd.	: ve diğerleri
yy.	: Yayın yeri yok

GİRİŞ

Konunun Amacı

Bu araştırmada insanlık tarihinin en önemli problemlerinden biri olan devlet ve fonksiyonları İslâm hukuk tarihi açısından incelenmeye çalışılacaktır. İlkçağlardan itibaren pek çok düşünür -bulundukları coğrafi, kültürel ve dini ortam ne olursa olsun- devlet hakkında çeşitli görüşler üretmiş ve teoriler geliştirmiştir. Günümüz ve gelecek açısından da bu süreç devam edecektir.

Devlet problemine getirilecek açıklamaların esaslı bir temele oturtulması, büyük ölçüde konunun tarihi boyutuyla ele alınmasıyla mümkündür. Çünkü devlet tarihi süreçte ve tarihi ilişkiler içinde ortaya çıkmış ve gelişmiş bir olgudur. Dünyamızın bugünkü aşamaya gelmesinde nasıl bir tarihi sürecin yaşandığının tespiti, günümüz ve geleceğin anlaşılması ve projelendirilmesi açısından büyük önem taşımaktadır. Bu sebeple İslâm dünyasının bugünkü konumunun anlaşılması da büyük ölçüde, tarihi gelişim sürecinin bilinmesine bağlıdır. Bu sürecin bilinmesi de ancak tarihin objektif ve bilimsel ölçüler içerisinde değerlendirilmesiyle bir anlam ifade eder.

Bilim, doğru düşünce ve sistematik bilgi edinme sürecidir. Bilimsel araştırma ise, bilimin gerçekleşmesini sağlayan kuralların akla ve dengeye dayanarak kullanılmasıdır. Bir yönüyle bilim, gelecekte olabilecekleri tahmin etmeyi başarabilmek için, tarihi birikimleri de göz önüne alarak gözlemler yapma ve evrensel ilkeleri bulma çabasıdır. Bu çabanın sonucu olarak bilim; düşüncede, toplumda, dünyada düzen oluşturmak ve böylece objektif kıstaslar geliştirmek amacına hizmet etmelidir.

Bilimin göreceği iş, inandırma ve değiştirme olmamalıdır. Halbuki siyasi kampanyaların ve çeşitli isimlere izafeten ortaya çıkan ideolojilerin gündemi hayli belirlediği dünyamızda İslâm, hem gelenekçi hem de ideolojik bir referans olarak pek çok konuda gündeme gelmektedir.

Hukuk bilimi, pek çok etkenle birlikte insanlığın birikimini de hesaba katarak bireysel ve toplumsal hayatın bugünü ve geleceği açısından en iyi ve en doğruya ulaşmak için düzenleyici normları koymayı kendine amaç edinir. Öyleyse tarihi olayları hukuki açıdan inceleyip ve yorumlarken şekil ve kutsallık değil, gerçek önde gelmelidir. Bu araştırmada hedeflenen amaçların başında, bilimi bir bilgi yığını olarak değil düşünce yöntemi

olarak ele almak süretiyle İslâm hukuk tarihinde devlet ve fonksiyonlarının anlaşılmasına katkıda bulunmak gelmektedir. Bu suretle İslâm hukuk tarihindeki devlet, yapısı, işleyişi, görevleri vb. konularda söylenenlerden yola çıkarak bunların hukuk bilimine katkısının neler olabileceği sorusuna cevap bulmaya çalışmış olacağız.

Çünkü hukukçular daha çok ortaya çıkmış, gelişmesini tamamlamış ve şekillenmiş bir devlet olgusundan hareket ederek vasıflamalar yoluna gitmişlerdir. Halbuki devleti gelişmesini tamamlamış bir kurum olarak ele almak ve devlet gerçeğini, görünüşteki biçimleri hazır veri olarak kullanıp kavramaya çalışmak, eksik ve yanıltıcı sonuçlara götürebilir.

Son dönem İslâm dünyasında gözlemlenen fikrî ve hukuki duraklamanın ardından gelen gerileme, hukuk ve devlet anlayışımızda bir takım yanlış değerlendirmelere sepeb olmuştur. İlk dönemlerde kendi şartlarıyla oluşan eserlerin muhtevalarının sonrakilerde de büyük ölçüde aynen tekrar edilmesi ve geliştirme yoluna yeterince gidilmemesi bu durumun başlıca nedenlerinden birisidir. İslâm hukukunun geleneksel birikiminin, insanlığın ulaştığı çağdaş hukukî verilerle birlikte yeterince değerlendirilmemesi de bir başka nedendir. Bu nedenlere bağlı olarak ilim ve devlet adamlarının yorumları ve oluşturdukları kurumlar dinin aslındanmış gibi gösterilmeye çalışılmıştır.

Neticede bu çalışma, İslâm'ın belli bir devlet modeli ortaya koyup koymadığını, İslâm hukuk tarihindeki yaklaşımları da dikkate alarak, tartışmayı ve İslâm'ın böyle bir teklifinin varlığını tespitinde modern bilim verileri ışığında bir denemeyi de amaçlamaktadır.

Metodu

Olgular ve nesnelerin kendi başlarına bilimsel önemleri yoktur. Bu sebeple olgular bilimsel açıdan tek tek değil, birbirleriyle ilişkileri bağlamında incelenirler. Bilimsel açıdan bir olgunun önemi, diğer olgularla ilişkilerine bağlıdır. Zira hiçbir olay tek başına ortaya çıkamaz ve devam edemez. O halde günümüzde çokçu nedenler sosyal olayların anlaşılması ve açıklanması açısından en önemli yöntemlerden birisidir. Bu bakımdan dogmatik tartışmalar artık terk edilmiş durumdadır. Bundan dolayı sistemler kendi içerisindeki olayları çözümlerken, kesin kanunlar yerine çeşitli ihtimalleri gözönüne alan anlayışlar geliştirmelidirler.

Hukukun objektif bir nitelik kazanması ve benimsenmesi, bilimsel bir anlayışla çok boyutlu olarak ele alınıp incelenmesiyle mümkündür. Çünkü ancak objektif ve bilimsel bir hukuki anlayışla oluşturulacak sosyal ve siyasal bir yapılanma, bireysel ve toplumsal amaçlara hizmet edebilir.

Hukuk ve devlet birbirine bağlı iki olgu olduğundan anlaşılmaları da büyük ölçüde birbirine bağlıdır. Çünkü hukuk biliminin bir kolu olan *kamu hukuku*, geniş anlamıyla devletle ilgili tüm kurumların incelenmesi demektir. Bu bağlamda kamu hukuku; devletin kuruluşunun, teorik ve pozitif yönden gelişmesini, unsurlarını, şekillerini, işlevlerini ve bunların birbirleriyle ilişkilerini kendisine konu eder. Dolayısıyla devletin hukuki bir anlayışın dışında incelenmesi yanlış ve eksik olur. O halde devleti anlamak ve tanımak hukuku iyi bilmekle mümkündür. Ancak devletin gerçek yapısı sadece hukukla anlaşılmaz. Hukuk dışı bazı olgulardan, başka disiplinler ve bu disiplinlerin verilerinden de faydalanmak gerekir.

Hukuk ve devletle ilgili kavramların nitelendirilmesi büyük ölçüde bu kavramların nasıl tanımlandığına bağlıdır. Çünkü her çeşit sosyal kural ve kurum tabii ihtiyaçların sonucu olsa da belli bir düşünce ve dünya görüşüne dayanır. Dünya görüşü, belirli bir dönem ve belirli bir medeniyet çerçevesi içinde bireysel, toplumsal, duygusal, aklî, maddî ve manevî çeşitli etkilerle oluşan bir bakış açısıdır. Manevî etkilerin başında din gelmektedir ki, dini etkiler insanlığın her döneminde bir dünya görüşü olarak kendilerini hissettirmişlerdir. Öyleyse dünya görüşünün siyasal ve hukuksal düşünceyi etkilemesi gerçeği, dinin sosyal hayatla ilgili düzenlemelerde göz ardı edilmemesi sonucuna götürür.

Tarihi olayların değer taşımaları ve teori kurmada yardımcı olmaları isteniyorsa bugünün şartlarına göre değil, meydana geldikleri dönemin şartlarına göre değerlendirilmeleri gerekir. Çünkü tanım ve kavramların içinde geliştikleri tarihi ve toplumsal şartlardan bağımsızlaştırılarak aktarılmaları bazı yakıştırmaları da beraberinde getirebilir.

Günümüz sosyal bilimlerinde devleti konu alan çalışmaların kurumsal çerçevesi, kaynakları, kavramları esas olarak temelini batı düşünce geleniğinde bulmaktadır. Bu yüzden devletle ilgili çalışmaların mahiyetinin ve hangi zemin üzerinde oturtulduğunun anlaşılması için meseleyi batı düşüncesi açısından ele almakta fayda vardır.

Devlet, uygarlığa geçiş sürecinden itibaren doğu düşüncesinde de önemli bir yer

işgal etmektedir. Doğu dünyası da zengin bir devlet geleneği oluşturmuştur. Öyleyse devlet doğu düşüncesinde de ele alınmalıdır.

Çalışmamızın temelini oluşturan hukuk ve devlet iki ayrı bölümde incelenecektir. Her iki bölümde önce konunun kapsamına giren kavramlar hakkında tarihi ve analitik bilgi edinme yoluna gidilecek daha sonra da bu bilgiler temel İslâm kaynakları ışığında ve hukuki açıdan değerlendirilmeye çalışılacaktır.

Birinci bölümde hukuk, tanımı, özellikleri ve amaçları gibi çeşitli açılardan incelenecek ve hukuk, devlet bağlamında ele alındığından hukuk politikası açısından da değerlendirilmeye çalışılacaktır. Ayrıca kamu hukuku ve anayasa hukuku devlet kavramıyla yakından ilgili oldukları için bu bölümde ele alınacaklardır.

İkinci bölümde ise devlet teknik düzeyde yani tanımı, işleyişi, unsurları, unsurlar arasındaki ilişkileri gibi konular etrafında ele alınacaktır. Bu konularla ilgili kavramlar İslâm hukuku açısından tanımlanmaya ve İslâm hukuk tarihi içerisinde örneklendirilmeye çalışılacaktır. Diğer taraftan günümüzde sürekli gündemde kalması açısından, İslâm devleti kuramı da bu bölümde ele alınacaktır.

Araştırmamızın çerçevesini Hz. Peygamber, sahabîler ve Emevîler dönemi oluşturmaktadır. Ancak *kâdi'l-kudât*lık kurumu Abbasîler döneminde özerklik kazandığından devletin yargı fonksiyonu işlenirken Abbasîler dönemine azda olsa girilmiştir.

Dipnotlarda referans gösterilen uzun isimli eserler kolaylık sağlaması açısından kaynakçadaki altı çizili kısımlarıyla verilmiştir.

Kaynakları

Araştırmamız boyunca (ele aldığımız) konuların daha iyi anlaşılabilmesi açısından ilgili görüş ve tanımlamalara kaynaklık etme özelliği gösteren çeşitli disiplinlere ait eserlere müracaat edilmiştir. Daha ziyade tarih, hukuk ve siyaset disiplinlerine ait olan bu eserlerin başlıcaları İbn Haldun'un Mukaddimesi, Maverdî'nin Ahkamu's-Sultaniyesi, Belazûrî'nin Futuhu'l-Buldan'ı, Ebu Ubeyd Kasım b. Sellam'ın Kitabul'l-Emvâl'ı, Ebu Yusufun Kitabul'l-Harac'ı, Serahsî'nin Mebsût'u, Muhammed Hamidullah'ın İslâm Peygamberi ve Vesaiki Siyasiye'si, Samir Aliyye'nin Nazariyatu'd-Devle fi'l-İslâm'ı, Recai Galip Okandan'ın Umumi Amme Hukuku adli eserlerdir. Bunlar ve kaynakçada sıraladığımız

bütün eserler özellikle de bazı tefsir ve hadis kaynakları araştırmamız açısından önemli bir yere sahip olmakla birlikte biz bunlardan bazılarını kısaca tanıtmak istiyoruz.

1. Mukaddime: İbn Haldun Mukaddime'ye olayları iyice tespit edebilmeye uygun olacağı düşüncesiyle tarihi eleştiri kurallarını koyarak başlamıştır. Her işittiğini kağıda döken ve tarih kitaplarını bir takım hurafelerle dolduran tarihçileri tenkid eden İbn Haldun rivayetlerin doğrusunu yanlışından ayırmak için bir ölçü koymuştur. (Naklolunan rivayetlerin ilmî metodolojiye, bilimsel gerçekliğe, akla uygun olup olmadığını tesbite yönelik kurallar ortaya koyar.) İbn Haldun bu eserinde düşüncelerini açıklamak için tarihî deliller ortaya koyduğu ve teorilerini belgeler ve olaylarla güçlendirdiği için araştırmamız açısından önemli bir yere sahiptir. Ayrıca bu değerli eser devletle ilgili bazı istilahların da ilik kaynaklarından birisidir.

2. Ahkamu's-Sultaniyye: Politika, imamet (yönetim), yönetimin görevleri ve alt birimleri (devlet teşkilatı ve fonksiyonları), devletin gelir ve giderleri açısından teorik ve pratiğe yönelik bilgiler veren Maverdî'nin bu kıymetli eseri de araştırmamızın önemli kaynaklarından biri olmuştur.

3. Futuhu'l-Buldân: Belâzûrî tarafından telif edilen bu eser, Hz. Peygamber zamanından başlayarak ilk üç asır içerisinde müslümanlar tarafından gerçekleştirilen fetihleri ele almaktadır. Bu önemli eser, askeri faaliyetler dışındaki iktisadî, sosyal ve devlet teşkilatına ait gelişmeleri de içermektedir. İslâm fetihleri hakkında yazılan en eski eserlerden birisi olması ve bazı belge ve metinlere yer vermesi, müellifinin bu belgelerin doğruluğunu tesbit etmek için büyük gayretler göstermiş olması Futuhu'l-Buldân'a tarihî bir vesika özelliği kazandırmaktadır.

4. Kitabu'l-Emvâl: Özellikle İslâm tarihinin ilk dönemlerindeki iktisadî gelişmeleri bize en güzel şekilde intikal ettiren Ebu Ubeyd Kasım b. Sellam'ın bu eseri de araştırmamızın vazgeçilmez kaynaklarından birisidir.

5. Kitabu'l-Harac: İmam Ebu Yusufun politika, yönetim ve toplumsal hayat, idarî ve iktisadî gelişmeler hakkında geniş bilgiler ihtiva eden bu eseri, özellikle araştırmamızın ikinci bölümü açısından önemlidir.

6. Mebsût: Serahsî tarafından telif edilen bu değerli eser, delillerden tecrid edilmiş alelade fıkıh meselelerinden ibaret olmayıp, her meselenin ayrı ayrı ayet, hadis ve icma

gibi bütün delilleri inceleyerek hukukî gerekçelerini İslâm hukuk ekolleri açısından ele aldığı için önemlidir.

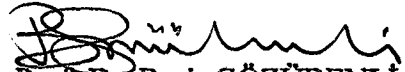
7. İslâm Peygamberi, Vesaiku's-Siyasiyye: Muhammed Hamidullah'ın İslâm Peygamberi isimli eseri önemli kaynaklarımızdandır. Çünkü bu eserde Hamidullah hem Peygamber dönemi olaylarını bir tarihçi olarak aktarırken hem de askerî, idarî, iktisadî vb. hayatla ilgili önemli değerlendirmeler yapmaktadır. Bu eser, İslâm'ın ilk dönemlerine ait devlet ve fonksiyonlarıyla ilgili değerlendirmeler yapması açısından da önemlidir. Özellikle Hz. Muhammed ve dört halife dönemlerine ait resmî yazışma, karar ve belgeleri bir araya getirdiği için Hamidullah'ın diğer eseri Vesaiku's-Siyasiyye de araştırmamızın önemli kaynaklarından birisidir. Çünkü söz konusu belgeler tanınmadan, bu dönemlerle ilgili objektif değerlendirmeler yapabilmek hemen hemen imkansızdır.

8. Nazariyatü'd-Devle fi'l-İslâm: Devletin gelişmesi, unsurları ve fonksiyonları hakkında batı ve İslâm dünyasında geliştirilen nazariyeler etrafında değerlendirmeler yapılmak suretiyle ortaya konan bu araştırma eser bizim araştırmamızı da önemli bir yer tutmaktadır.

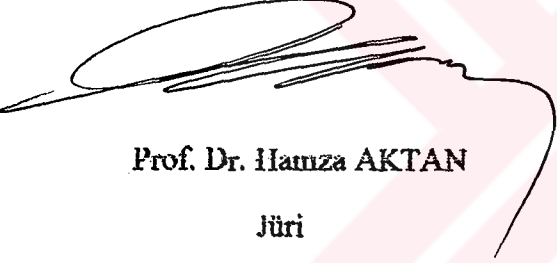
9. Umumi Amme Hukuku: Recai Galip Okandan'ın bu çok önemli eseri, devletin doğuşu ile ilgili teorileri hem doğu hem de batı dünyasında yetişen pek çok düşünüre dayanarak vermektedir. Devletin teorik ve pratik gelişmesinin tarihi sürecini de aynı şekilde ele almaktadır. Ayrıca bu eser devletin unsurları, devlet fonksiyonlarının sınırlanması ile ilgili geliştirilen nazariyelere de önemli ölçüde yer veren objektif bir eserdir.

SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ MÜDÜRLÜĞÜNE

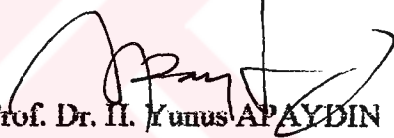
Bu çalışma, Temel İslam Bilimleri Anabilim Dalı İslam Hukuku (İslam Hukuku) Bilim Dalında jürimiz tarafından Doktora Tezi olarak kabul edilmiştir.


Prof. Dr. Beşir GÖZÜBENLİ

Danışman/Jüri

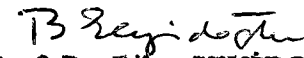

Prof. Dr. Hamza AKTAN

Jüri


Prof. Dr. İl. Yunus APAYDIN

Jüri

Yukarıdaki imzalar, adı geçen öğretim üyelerine aittir./...../2001


Prof. Dr. Bilge SEYİDOĞLU

Enstitü Müdürü

BİRİNCİ BÖLÜM

İSLÂM TARİHİNDE HUKUK

1.1. HUKUK KAVRAMI

1.1.1. HUKUKUN TANIMI VE ÖZELLİKLERİ

1.1.1.1. Hukukun Tanımı

Tanım yapmak bilimsel nitelikteki bütün çalışmaların en zor yönünü oluşturur. Çünkü tanım, tanımlanacak kavramın içerdiği bütün unsurları belirtmeli, kapsamadığı bütün unsurları da dışarıda bırakmalıdır¹. Hukuka yaklaşımların farklılığı ve hukukun fonksiyonlarının çeşitliliği nedeniyle, tarihî süreç içerisinde hukuka siyasal, sosyolojik, dini, biyolojik veya aklî bir olgu olarak bakılmıştır. Bütün bu farklı bakışlar ve yaklaşımlar pek çok hukuk tanımı ortaya çıkarmıştır².

¹ Klasik kaynaklarımızda tanım, şu şekilde formüle edilmiştir: “Ta’rif, efrâdını câmi, ağıyarını mâni olmalıdır.” Bk. Necati Öner, *Klasik Mantık*, Ankara 1996, 7. baskı, 51

² Bu hukuk tanımlarından bazıları şunlardır: Hukuk, toplumun genel yararını veya bireylerin ve toplumun ortak iyiliğini sağlamak amacıyla konulan ve kamu gücüyle desteklenen, Sabri Şakir Ansay, *Hukuk Tarihinde İslâm Hukuku*, Ankara 1958, 3. baskı, 38; Adnan Güriz, *Hukuk Felsefesi*, Ankara 1992, 3. baskı, 290; *Hukuk Başlangıcı*, Ankara 1996, 3. baskı, 40; O. Münir Çağıl, *Hukuk ve Hukuk İlmine Giriş (Hukuk Başlangıcı Dersleri) I-II*, İstanbul 1966, I, 8; Necip Bilge, *Hukuk Başlangıcı (Hukukun Temel İlkeleri)*, Ankara ts., 5. baskı, 24; Erhan Adal, *Hukukun Temel İlkeleri*, İstanbul 1991, 3. baskı, 2; Şeref Gözübüyük, *Hukuka Giriş ve Hukukun Temel Kavramları*, Ankara 1993, 8. baskı, 5) toplumsal ilişkileri düzenleyen, (Adil İzveren, *Hukuk Felsefesi*, Ankara 1988, 107; Güriz, *Hukuk Felsefesi*, 269; *Hukuk Başlangıcı*, 40) insanlar arasında düzen ve adâleti hakim kılmaya yönelik uyulması zorunlu bağlayıcı kurallardır (M. Kemal Oğuzman, *Medeni Hukuk Dersleri*, İstanbul 1971, 1; Özkan Tikveş, *Teorik ve Pratik Anayasa Hukuku*, İzmir, 1982, 4). Hukuk, yeryüzünde insanların gerek bir bütün olarak gerekse büyük küçük gruplar halinde birbirleriyle bir arada yaşamalarını sağlayan (Ernest Hirsch, *Hukuk Felsefesi ve Hukuk Sosyolojisi Dersleri*, Ankara 1949, 327), adâlete hâdim, beşeri hayat düzenidir (Çağıl, *Hukuk ve Hukuk İlmine Giriş*, 8). Sosyolojik açıdan hukuk, insanların toplumsal hayat zorunluluğunun doğurduğu toplumsal düzen ögesi ve toplumsal bir olgudur. Hukuk denilen bu düzen ögesi aslında toplumsal yaşantının kesintisiz olarak kendi doğal seyrinde sürüp gitmesini sağlayan kuralların bütünü anlamında bizzat düzenin kendisidir (İzveren, *Hukuk Felsefesi*, 19). Hukuk, evrensel bir özgürlük yasasına göre bireylerin ihtiyaçlarını diğer bireylerin ihtiyaçlarıyla uzlaştıran (Z. Fahri Fındıkoğlu, “Hukuk ve İktimaiyat Tariflerinin Karşılaştırılması II”, *İÜHFM*, c.IX, s.1-2, 277; Çağıl, “Filozof İmmanuel Kant’ın Sisteminde Ahlâk ve Hukukun Felsefi Esasları”, *İÜHFM*, c. XIII, sy: 3, İstanbul 1947, 1125; Hirsch, 327; Güriz, *Hukuk Felsefesi*, 220; *Hukuk Başlangıcı*, 40) sosyal kuvvetin yaptırımı ve tesiri altında insanın hemcinsleriyle olan ilişkilerinde kendi özgürlüğünü kullanım tarzının sosyal kuvvetin yaptırımı altında tâbi olduğu birtakım kurallar bütünüdür (Fındıkoğlu, “Hukuk ve İktimaiyat Tariflerinin Karşılaştırılması I”, *İÜHFM*, c.VIII, sy: 3-4, 551; II, 277).

Devletin yasama, yürütme ve yargı işlevleri göz önüne alınarak şu şekilde bir hukuk tanımı yapmak mümkündür: Hukuk, bireylerin benimsediği değerler doğrultusunda bireysel ve toplumsal hayatı düzenleyen ve buna bağlı olarak bireyin ve toplumun bir kısım beklentilerini gerçekleştirmeyi amaç edinen, herkesin üstünlüğünü kabul ettiği ve uyduğu bir güç tarafından oluşturulan ve uygulanan kurallar bütünüdür.

Hukuk terimi İslâm hukuk düşüncesinde değişik vesilelerle tartışılmış ve ilk dönemlerde bu tartışmalar fıkıh adı altında ele alınmıştır. Ancak bu iki terim arasında farklılıklar olmasına rağmen, çoğunlukla bu birbirinin yerine kullanılmaktadırlar³.

İslâmi literatürde hukuk ilminin karşılığı olarak kullanılan *fıkıh* lügatte ilim⁴, bir şeyi bilmek ve anlamak⁵ manalarına gelir. Fıkıh, bilgi edinmenin ve anlama derecelerinin en üst noktasıdır⁶. Bir sözü sadece anlamak değil onun mana ve maksadını da kavramak demektir⁷. Diğer taraftan *fıkıh* kelimesinin müslüman hukukçular tarafından pek çok tanımı yapılmıştır⁸.

³ Bk. Hayrettin Karaman, "Fıkıh" mad., Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi (DİA) I-?, İstanbul 1988-?, XIII, 1; Abdulvehhab Hallâf, İslâm Hukuk Felsefesi, trc: Hüseyin Atay, Ankara 1985, 2. baskı, 64

⁴ el-Gazâlî, Ebû Hâmid Muhammed, el-Mustasfâ I-II, Beyrût ts., I, 16; İbn Manzûr, Ebû'l-Fadl Cemâluddîn Muhammed b. Mükerrrem, Lisânu'l-Arab I-XV, Beyrût ts, XIII, 522

⁵ el-Gazâlî, el-Mustasfâ, I, 16; İbn Manzûr, XIII, 522; el-Âmidî, Seyfuddin Ebi Hasan Ali İbn Muhammed, el-İhkâm fî Usûli'l-Ahkâm I-IV, Beyrût 1980/1405, I, 7; el-İsfahânî, Rağıb, el-Mufredât fî Ğaribi'l-Kur'ân, Kâhire 1961/1381, 384

⁶ Buhârî, Ebû Abdillâh Muhammed b. İsmâîl, el-Câmiu's-Sahih I-VIII, İstanbul 1992, 2. baskı, İlim, 10; İ'tisam, 10; Humus, 7; Müslim, Ebû'l-Hüseyn b. Haccâc el-Kuşeyrî, es-Sahih I-III, İstanbul 1992, 2. baskı, İmâre, 175; Zekât, 98-100

⁷ Mehmet Görmez, Sünnet Ve Hadisin Anlaşılması ve Yorumlanmasında Metodoloji Sorunu, Ankara 1997, 13

⁸ Fıkıh, dinin uygun gördüğü ilkelere göre düzenlenen kamusal ve bireysel hayatın ve ticari ilişkilerin her yönünden bahseden ilimdir (Fuad Köprülü, "Fıkıh" mad., İslâm Ansiklopedisi I-XIII (İA), İstanbul 1986-1993, IV, 601). Fıkıh, Tanrı'nın, teklif sahibi olan kulların iş ve amelleriyle ilgili olan vacip, haram, mekruh, mübah v.b gibi hükümlerinden bahseden ve bunları öğreten bir ilimdir (İbn Haldûn, Mukaddime, Mısır,ts. 410). Fıkıh, amel yönüyle kişinin leh ve aleyhine olan şeyleri veya şer'i, ameli meseleleri bilmesidir (Molla Hüsrev, Şerhu'l-Mirkât-i Usûl (Mir'ât), İstanbul ts., 16; Heyet, Mecelle, mad., 1). Fıkıh, istidlâl ve fikir yoluyla elde edilen fer'i hükümlerin toplamından meydana gelen ilimdir (el-Âmidî, Seyfuddin Ebi Hasan Ali b. Muhammed, el-İhkâm fî Usûli'l-Ahkâm, I-IV, Beyrut, 1980/1405, I, 8) veya istidlal yoluyla ayrı ayrı delillerden elde edilen fer'i, şer'i hükümleri bilmektir (en-Nesefî, Ebû Abdillâh İbn Mahmûd, Tefsîru'n-Nesefî I-IV, İstanbul 1984, I, 9; eş-Şevkânî, Muhammed b. Ali b. Muhammed, İrşâdu'l-Fuhûl ilâ Tahkîki min İlmi'l- Usûl, Beyrût 1994/1414, 5; Molla Husrev, 18; el-Beydâvî, Nasruddin Abdullah b. Ömer, Minhâcu'l- Vusûl ilâ İlmi'l-Usûl, Beyrût 1303, 13-15; Tacuddîn Abdulvehhâb b. Subkî, Cem'u'l-Cevâmi I-II, Mısır, 1937/1356, 3. baskı, I, 42-43; Sa'duddin et-Taftazânî, Kitabu't-Telviḥ, İstanbul 1886/1304, I, 12). Fıkıh, zorunlu olarak dinden olduğu bilinen konuların dışında istidlâl yoluyla elde edilen şer'i ve ameli hükümleri bilmektir (er-Râzî, Fahrüddîn Muhammed İbn. Ömer b. Hüseyin, el-Mahsûl fî İlmi Usûli'l-Fıkıh I-VI, Beyrût 1992/1412, I, 78).

1.1.1.2. Hukukun Özellikleri

Çeşitli açılardan yapılan farklı tanımlar hukukun pek çok özelliği olduğunu göstermektedir. Hukuk her şeyden önce bir bilim ve bir düzen demektir. Bu yönüyle hukuk, kargaşa ve başıbozukluğu ortadan kaldırmayı amaçlamaktadır. Hukuk ilminin amacı düzen sağlamak ve bu düzen içerisinde bireylerin beklentilerine adalet ölçüleri içerisinde cevap vermektir. Düzenin sağlanması için sosyal ihtiyaçların karşılanması ve sosyal şartlara uyulması gerekir. Hukuk bir yandan medenî hayatın bir dayanağı, bir yandan da sosyal yaşamın bir güvencesidir. Bu sebeple, hukuk düzenindeki bir aksama sosyal düzeni de aksatır⁹.

Hukuk, bir yönüyle toplumun reel hayat düzeni, tarihin akışı içinde oluşan beşeri hayatın bir kudretidir. Bu yönüyle o, mekan-zaman içinde oluşan varlığa bağlıdır. Bu itibarla fiilîlik veya pozitivite hukukun karakteristik özelliğidir¹⁰.

Hukuk vital ve reel varlığı yanında bir de düşünsel (ideal) varlığa sahiptir. Düşünsel varlığı itibarıyla de mantıkî ve ahlâkî olmak üzere iki boyutu vardır. Mantıkî boyut ve varlığıyla sosyal hayatı, hukuk mantığı çerçevesi içinde kavrayıp mantıkî sıhhate kavuşturmak ve böylece onun kültürel, sosyal ve ahlâkî sıhhatinin ilk şartını hazırlama gayesini gütmek¹¹. Çünkü bilinçli bir mantıkî düşünce olmaksızın hukuk bilimi imkansızdır; dolayısıyla her hukukçu mantıkî düşünmek zorundadır¹².

Sosyolojik açıdan bakıldığında, hukukun, sosyal gerçekliğin bütününe ele alarak, yasalar ve kararların sosyal hayat üzerindeki etkilerini kavramaya çalıştığı görülmektedir. Çünkü, sosyal değişim hukukun gelişim yönünü de belirlemektedir¹³. Bu itibarla sosyolojik gerçekliğe dayalı olmayan yasaların zamanla uygulamadan kalktığı bir gerçektir¹⁴.

Hukukta değişken unsurların yanında sabit unsurlar da vardır. Değişken unsurlar maddî alemden; değişmeyen unsurlar ise, manevî alemden beslenmektedir. Hukuk sadece ampirik gayelerle oluşan unsurlara değil aynı zamanda yüksek gaye ve hedeflerin hakim

⁹ Gözübüyük, *Hukuka Giriş*, 2

¹⁰ Çağıl, *Hukuk ve Hukuk İlmine Giriş*, 88

¹¹ Çağıl, *Hukuk ve Hukuk İlmine Giriş*, 212

¹² Vecdi Aral, *Hukuk ve Hukuk Bilimi Üzerine*, İstanbul 1991, 166

¹³ Cahit Can, *Hukuk Sosyolojisi*, Ankara 1993, 13

¹⁴ Niyazi Öktem, *Devlet ve Hukuk Felsefesi Akımları*, İstanbul 1995, 2. baskı, 69

olduğu unsurlara da sahiptir¹⁵.

Hukuk, düşünsel varlığı ve ahlâkî boyutuyla ahlâkî, sosyal ve kültürel sıhhatinin esas ve şartlarını araştırmaya ve oluşturmaya çalışır. Burada hukukî ve sosyal hayatın, ahlâkî bir ideale ve adâlete göre ayarlanması amacı güdülür¹⁶. Zira insan ve kültür, özellikle de hukuk, ide ile hayat arasındadır.

Hukukun üstlendiği görevler salt mantıkî düşünce ile çözümlenemez. Çünkü çözüm aynı zamanda değerlendirici bir düşünceyi de gerektirir. Gerçi mantıkî düşünce de değerlendirici niteliktedir, fakat hukukta yalnızca mantıkî değerlendirme yeterli değildir; bunun ahlâkî değerlendirme ile de tamamlanması gerekir. Hukuk, sosyal hayatın sadece mantıkî bir düzenlenmesi değil daha çok ahlâkî bir düzenlenmesini deyimler. “Ben ancak güzel ahlâkı tamamlamak için gönderildim.”¹⁷ “Din açısından en mükemmel insanlar, ahlâken en iyi olanlardır.”¹⁸ hadislerinin bu amacı öne çıkardığı söylenebilir. Ahlâk, metafizik boyutta inanç ve ibadetlerdeki içtenlik ve samimiyet (ihlâs-ihsân)¹⁹ anlamını içerdiği gibi dünyevî boyutta Allah’a inancın ve Allah sevgisinin kulları üzerinde gösterilmesi, onların hoş ve mutlu edilmesine çalışılması yani hukuk hakimiyetinin sağlanması anlamlarını da içerir. Ahlâkî varlığıyla hukuk, özünde, mutlak hürriyeti içeren ve temsil eden ilahî kaynağa bağlı aslî bir değer ve ide olarak görünür. Hukukun reel boyutu aslî değer olan düşünce boyutunun mekan-zaman alemindeki yansımasıdır²⁰.

Hukuk kendi sahasına ait her şeyi mantık ve ahlâkın, akıl ve vicdanın, hürriyet ve adâletin kısaca insaniyetin ışığında -sosyal mekana bağlı bir zaman düzeni içinde ve eşyanın tabiatına uygun şekilde- amaçlara doğru götürmek ve geliştirmek eğilim ve görevini taşır. Hukuk bu görevini sosyal ve tarihî gelişmelere göre yerine getirmekle yükümlüdür.

¹⁵ Sava Paşa, *İslâm Hukuku Nazariyatı Hakkında Bir Etüd I-II*, trc: Baha Arıkan, Ankara 1955, I, 87; Hilmi Ziya Ülken, *İslâm Düşüncesi*, İstanbul 1946, 82; Çağıl, *Hukuk ve Hukuk İlmine Giriş*, 43

¹⁶ Çağıl, *Hukuk ve Hukuk İlmine Giriş*, 166

¹⁷ Mâlik b. Enes, Ebû Abdillâh, *el-Muvattâ I-II*, İstanbul 1992, 2. baskı, Hüsnü'l-Hulk, 8; Ahmed b. Hanbel, Ebû Abdillâh, *el-Müsned I-VI*, İstanbul 1992, 2. baskı, II, 381

¹⁸ Hanbel, III, 350, 472; Ebû Dâvûd, Süleyman b. Eş'as b. İshâk, *Sünen I-V*, İstanbul 1992, 2. baskı, *Sünnet*, 14

¹⁹ Buhârî, *Tefsîru's-Sure*, 31; İman, 37; Müslim, İman, 1; Ebû Dâvûd, *Sünnet*, 16; Tirmizî, Muhammed b. İsa b. Sevre, *Sünen I-V*, İstanbul 1992, 2. baskı, İman, 4; İbn Mâce, Ebû Abdillâh Muhammed b. Yezîd el-Kazvinî, *Sünen I-II*, İstanbul 1992, 2. baskı, *Mukaddime*, 9

²⁰ Çağıl, *Hukuk ve Hukuk İlmine Giriş*, 212, 307

Bu yükümlülüğü hukuk adına şahsiyet, hürriyet ve sorumluluk bilincine sahip insanlar yerine getirmek durumundadır²¹.

Hukuk, belirli sınırlar ve sistemler içerisinde hareket eder. Sistem olmadan hukuk kuralları toplumda uygulanması imkansız düzensiz yığınlar oluşturur²². Çünkü hukuk soyut bir düşünce eseri gibi boş mekana istenildiği şekilde aksettirilemez. Hukuk, indî ve keyfî değerlendirmelerin eseri ve gelişigüzel bir düşünce oyunu da değildir²³. Hukuk kesin ve açık kavramlara dayanmalı, kuşku ve duraksamaya yer vermemeli, hile ile anlamı değiştirilmeye elverişli olmamalı, tutarlı biçim ve ölçüler kullanmalıdır²⁴.

Hukuk kuralları tek başına farklı bireyler için önceden sonucun ne olacağını belirlemez. Hukukta, bir kural bir de hüküm vardır. Kural geleceğe yönelik, genel ve soyuttur. Her kim bu durum içine girerse belli bir sonuca katlanır. Hüküm ise olay gerçekleştikten sonra yargının bu olayı vasıflamasıdır²⁵. Hukukî kural ile somut hüküm ilişkisi yasama ve yargı kurumları arasındaki bir ilişkidir.

Tabiat kanunu “olani”, hukuk kanunu ise “olması gerekeni” deyimler²⁶. Hukuk kuralları sebep sonuç (nedensellik) yasaları değil amaç yasalarıdır. Hukuk kuralları, insanların irâdî ve bilinçli davranışlarını sınırlayan, yönlendiren, onlara bazı yasaklar koyan veya emreden kurallardır²⁷. Hukuk kurallarının sınırlandırıcı olması zorunludur. Çünkü düzenleme bir bakıma sınırlama demektir. İnsanların hayatı sınırlanmazsa düzenli toplum hayatından söz edilemez²⁸.

Hukuk hem bireylerarası, hem de bireylerle toplum arasındaki ilişkileri düzenler ve uyulması zorunlu olan kurallar koyar. Çünkü hukuk kuralları bireysel otonomiye saygılı olmalıdır. Aynı zamanda bireyin birlikteliği ve bütünselliği olgusunu da esas almalıdır. Zira, insanı bütünden soyutlayarak ele almak gerçeğin sadece bir parçasını görmek de-

²¹ Çağıl, *Hukuk ve Hukuk İlmine Giriş*, 212

²² Hirsch, 16

²³ Çağıl, *Hukuk ve Hukuk İlmine Giriş*, 79

²⁴ Aral, 24

²⁵ Öktem, 76

²⁶ Çağıl, “Felsefenin Işığında Hürriyet, Adâlet ‘Hukuk Devleti’ ve ‘Hukuk Kültürü’”, *İÜHFİM*, c: XXVI, s.1-4, İstanbul 1961, 280

²⁷ Bilge, 29 ; B. Güneş Türközer, *Toplumsal Gerçeklik Olarak Hukuk*, Ankara 1996, 211

²⁸ 2 Bakara 251 “...Allah’ın, insanları birbirleriyle önlemesi olmasaydı yeryüzü mutlak bozulup, fesada gitmişti...”; Ayrıca Bk. Alak 6-7

mektir²⁹.

Hukuk, güç ilişkilerine uymak ve bu ilişkilere sosyal hayatın güvenliği için bir düzen vermek zorundadır³⁰. Çünkü hukuk insanların irâdeleri üzerinde etkili bir sosyal güç konumundadır³¹. Hukuk ile gücü birbirinin özdeşi olarak göstermek kadar birbirinin karşıtı olarak göstermek de yanlıştır. O halde güçlerin nitelikleri arasında bir ayrım yapılmalıdır; hukuk, işlenmemiş güçle mücadele etmesine rağmen kendisi de bir güçtür. Ancak bu güç, adâlet idesine hizmet eden ve güzel değerlere sahip olan bir güç olmalıdır³². Hukuk kamu gücünü uzman otorite ve kişilere yaptırım uygulatarak meşrulaştırır. Bu da hukukun yasama ve yürütme kurumları arasındaki bir ilişkisidir. Kamu gücünün hukuksallaşması anlamına gelen bu ilişkiyle kamu hukukunun eylemleri düzenlenir.

1.1.1.3. Hukukun Özelliklerinin Toplumsal Boyutu

Hukukun, yukarıdaki özelliklerinin dışında, toplumsal boyutta, normatif, düzenlilik, kurumsallık ve zorlayıcılık gibi bir takım özellikleri de vardır.

Hukukun Normatif Özelliği: Hukuk bir yönüyle, toplum içinde yaşayan insanların davranışlarını düzenleyen ve zorunlu olarak uyulması gereken kurallar bütünüdür. Zira, hukuk kuralları, toplum içinde yaşayan insanlar için adil bir yapılanmayı amaçlamak zorundadır³³. İnsan ve eşyanın irâdî olmayan bireysel ve subjektif özellikleriyle ilgilenmemelidir³⁴. Çünkü, değişik mahiyette kuralları bünyesinde bulunduran hukukun, farklı ve subjektif değer yargılarına sahip insanları aynı anda tatmin etmesi beklenemez³⁵. Öyleyse, hukuk objektif olmalıdır ve onun normatifliği de objektifliğe dayanmalıdır.

Hukukun Düzenlilik Özelliği: Bir kuralın hukuk kuralı olması için sistemli ve düzenli bir biçimde ortaya konup uygulanması gerekir. Buna bağlı olarak hukuk kurallarının, aynı zamanda, biçimsellik ve süreklilik göstermesi de gerekir. Hukuk kuralları, devlet organlarının, belirli şartlar ortaya çıktığı zaman belirli şekilde hareket edeceğini gösteren

²⁹ Türközer, 38

³⁰ Aral, 29

³¹ Aral, 130

³² Can, 90

³³ Öktem, 77

³⁴ Buhârî, Rikak, 31

³⁵ Bk. Çağıl, "Hukuk Devleti", İstanbul 1961, 288

beyanlar olarak da anlaşılabilir³⁶.

Toplumdaki hukuk kurallarının düzenli bir biçimde uygulanması ve sürekliliği, bu kuralların bir yaptırım gücüne sahip olmalarını gerektirir. Benzer durumların benzer muameleye tâbi tutulması ve böylece hukukî uygulamalarda kararlılığın ve birliğin sağlanması gereklidir. Bir başka deyişle insanlar arasındaki ilişkilerin benzerlikleri temel alınarak bu ilişkilerin aynı tipler içerisine yerleştirilmesi imkanını sağlayacak kavram kalıpları inşa edilmelidir³⁷. Bu ise bir yasama kurumunu gerektirir.

Hukukun Kurumsallık Özelliği: Hukukun karakteristik özelliklerinden birisi de yargılama olayından kaynaklanan kurumsallıktır. Yetkisi toplum tarafından kabul edilip tanınan uzman bir kişi veya gurubun harekete geçerek karar vermeye yönelmesi, hukuk olayının temelidir. Bu açıdan hukuk kuralının varlığı, yargılama kurumunun varlığına bağlıdır.

Hukukun Zorlayıcılık Özelliği: Hukukun bir başka özelliği, ona olan saygının güvence altına alınmasıdır. Gerekğinde yaptırımlar aracılığıyla fiziksel baskı ile bu saygı sağlanır. Zorlamanın meşruluğu ise bir yargı kararının varlığına bağlıdır.

1.1.2. HUKUKUN KAYNAKLARI VE YASAMA

Hukukta Kaynak Kavramı: Tarihin derinliklerinden günümüze ulaşan en köklü sosyal kurumlardan birisi olan hukuk, belirli davranış normlarını içermektedir. Bu normlar devlet içinde ve devlet adına hakimiyeti kullananlar tarafından konulmuş olabilecekleri gibi, toplum vicdanında kabul gören davranış şekilleri yani örf ve âdet kuralları olarak da ortaya çıkabilirler. Örf ve âdetlerin manevî ögesi ise toplumun kültür, inanç ve değerleridir³⁸. Örf ile hukuk sistemi arasındaki ilişki, hukukun halkın hayat biçimini düzenlemesi olarak ortaya çıkar. Örf, sosyolojik bir terim, hukuk ise bunun devlet ile bütünleşmiş biçimi olarak kabul edilebilir³⁹.

Hukukî normların oluşmasında, değişmesinde ve gelişmesinde rol oynayan temel etkenleri, sınırlayıcı şekilde belirlemek imkansız gibidir. Bununla beraber, sosyal ve eko-

³⁶ Güriz, *Hukuk Felsefesi*, 24

³⁷ Can, 13

³⁸ Gözübüyük, *Yönetim Hukuku*, Ankara 1994, 7. baskı, 42; Öktem, 281-282

³⁹ Süleyman Akdemir, *Devletin Unsurları ve Kuvvetler Dengesi I-II*, İstanbul 1991, I, 171

nomik faktörler, dînî ve ideolojik inançlar, tarihî değer ve gelenekler, fayda düşüncesi, rasyonalizm, gerçekçilik ve etkenlik düşüncesi⁴⁰, deneysel yöntemler⁴¹, ferdî ve ırkî özellikler, coğrafi çevre ve iklim⁴² hukuk kurallarının oluşması için etkili öğelerdir.

Bir davranış kuralının bir hukuk normuna dönüşebilmesi için bireylerin vicdanlarında yer alan adâlet duygusuna uygun düşmesinin yanında, sosyal dayanışmanın amaçlarıyla da uyuşması gerekir⁴³. Bu açıdan hukuk kuralları oluşturulurken şu esasların göz önünde bulundurulmasında fayda vardır:

1. Sosyal gerçeklik ve sosyal değerler arasında uyum olmasıdır. Yani hukuk kuralları oluşturulurken içeriklerinin hem eşyanın tabiatına (sosyal, ekonomik vb. gerçeklere) hem de reel unsurlarla ideal değerlerin (adâlet, eşitlik, insan hayat ve şerefine saygı, hürriyet vb.) ahenkli bir şekilde uzlaştırılması esasına itibar edilmelidir⁴⁴.

2. Hukuk, sosyal olayların reel verileri üzerine kurulmalıdır⁴⁵.

3. Hukukî düzenlemeler yapılırken insanlık tarihinin deneyiminden faydalanılmalıdır.

4. Amaç ve değerler bağdaştırılmalıdır. Hukukun gözettiği amaçlar ile sosyal gerçekliğin uzlaştırılmasına ve buna bağlı olarak amaçlarla araçlar arasında uygunluğa dikkat edilmelidir⁴⁶.

5. Hukuk mantığının sistematik bir nitelik taşıması için hukukun oluşmasında ve gelişmesinde rol oynayan reel ya da ideal türden bütün faktörler göz önünde tutulmalıdır. Çünkü hukuku birçok faktörden sadece birisiyle açıklamaya çalışmak onun çok yönlülüğüyle bağdaşmaz.

İnsan aklı ve düşüncesi, toplumsal gerçekleri ve dogmatik olarak kabul ettiği hukukî ilkeleri (hak ve adâlet düşüncesi vb.) dikkate alarak hukukun oluşumuna katkıda bulunabilir⁴⁷. Toplumların gelişmesi, hukuk bilgisine sahip uzman hukukçuları ortaya çıkar-

⁴⁰ Güriz, *Hukuk Felsefesi*, 117

⁴¹ Türközer, 92

⁴² Hüseyin Nail Kubalı, *Esas Teşkilat Hukuku Dersleri*, İstanbul 1957, 26

⁴³ Türközer, 125

⁴⁴ Çağıl, *Hukuk ve Hukuk İlmine Giriş*, 103

⁴⁵ Aral, 4

⁴⁶ Güriz, *Hukuk Felsefesi*, 48

⁴⁷ Hırş, 131; Kubalı, *Esas Teşkilat Hukuku*, 26

muştır. Bunun sonucunda da hukuk basit halden bilimsel hale yükselmiştir⁴⁸.

Kaynaklarının çeşitlilik arz etmesine rağmen özellikle devletin haiz olduğu zorlayıcı kuvvetin ortaya çıkması ile uyulması gereken hukuk kurallarının oluşmasında devlet birinci derecede öne çıkmakta ve bütün bu farklı kaynakları büyük ölçüde etkilemektedir.

Müslümanlar açısından Kur'ân ve Sünnette bildirilen emir ve yasaklara uymak dîni bir görev ve sorumluluktur. Onlara göre, hukuk bir yönüyle vahye diğer yönüyle de sosyal, psikolojik ve tabii olgulara dayanır. Başka bir ifadeyle hukukun başlıca kaynakları nasslar ile bireysel ve toplumsal verilerdir. Nassların değişmezliğine rağmen diğer veriler hayatın sürekli değişmesine bağlı olarak değişirler. Nasslar değişmezler, fakat şartların ve bilimsel verilerin değişkenliğine bağlı olarak bunlarla ilgili anlama ve yorumlamalar sürekli değişiklik gösterebilirler⁴⁹.

Hiz. Peygamber'den itibaren İslâm Dünyası'nda geliştirilen hukuk, bir yönüyle ilahî olmasına rağmen beşerî hukukla aralarındaki farklar fazla ve derin değildir. Hem beslenildiği kaynaklar (gerçek, tarihî, aklî ve ideal) hem de içerikleri hemen hemen aynıdır⁵⁰. Müslüman düşünürlerin geliştirdiği bu hukuk, kendi dönemlerine sosyal, siyasal ve medenî hayatın bütün yönleri ile ilgili düzenlemeler ve hükümleri ortaya koymuştur⁵¹. O halde dinin temel ilkelerinin lafzına ve ruhuna aykırı düşmeyen her âdet, her uygulama ve her yeni teklifin, İslâm Hukuku kapsamı içine alınmaya ve kullanılmaya elverişli olduğu söylenebilir.

İslâm Hukuku gelişme bakımından en üst seviyeye, "müçtehit imamlar dönemi"nde ulaşmıştır. Kur'ân ve Sünnet'in dışındaki hukuk kaynakları (icma, istihsân, istislâh vb.), İslâm toplumunun kendi dinamizmi ve İslâm hukukçularının kendi hukukî yeteneklerinin eseri olarak bu dönemde ortaya çıkmış ve bu sayede hukuk ile hayat arasındaki denge ve uyum başarılı bir şekilde gerçekleşmiştir⁵². Ayrıca Kur'ân ve Sünnet'in aklî çıkarımlarla anlaşılıp yorumlanması ve yeni problemlerin bu şekilde vasıflanması, şeklinde özetlenen

⁴⁸ Öktem, 282.

⁴⁹ Ziya Gökalp, "Fıkıh ve İctimaiyat", *İslâm Mecmuası*, sy: 2, 13 şubat 1329, İstanbul 18-20

⁵⁰ Konu başlıklarını karşılaştırma için bk. Ziya Umur, *Roma Hukuku*, İstanbul 1984; Türkan Rado, *Roma Hukuku Dersleri*, İstanbul 1997; Mahmut Es'ad, *Tarih-i İlm-i Hukuk*, İstanbul 1331

⁵¹ W. Barthold ve Fuad Köprülü, *İslâm Medeniyeti Tarihi*, trc: Fuad Köprülü, Ankara 1984, 6. baskı, 277

⁵² Yunus Apaydın, "İslâm Hukukunun Sistem ve Terminoloji Problemi", *Günümüz Din Bilimleri Araştırmaları ve Problemleri Sempozyumu*, Samsun, 1989, 491-492

re'y faaliyeti yine bu dönemde en geniş şekilde uygulanmıştır⁵³.

İşte değişik şekillerde İslâm hukukçuları tarafından kurumsallaştırılıp geliştirilen İslâm hukuku, insanların geliştirip uyguladığı farklı yorumları ve ekolleri bünyesine topladığından, bir *hukukçular hukuku*⁵⁴ görünümü vermektedir. Bu bağlamda Gazalî, hukukun dünyaya ait bir ilim olduğunu, hukukçuların da dünya alimleri olması gerektiğini, insanların dürüst yaşamaları halinde hukuk ilmine ihtiyaç kalmayacağını, ayrıca hukukun din ile alakasının dünya vasıtasıyla olduğunu söylemektedir. Çünkü ona göre dinin tamamlanması dünyaya bağlıdır⁵⁵. Dolayısıyla hukuku *diyani* ile sınırlamak yani dini alanla özdeşleştirmek yanlıştır. Zira bu anlayış taassuptan, durgunluk ve geri kalmışlıktan başka bir sonuç vermez⁵⁶.

İslâm hukukçularının yorumlarının onda dokuzunun nasslarla doğrudan bağlantısı bulunmayan ferdî görüşler olduğu gerçeği göz önüne alınca, bu hukukun sistem bakımından mutlak manada *dînî hukuk* değil *dine uygun hukuk* isimlendirmesine daha uygun olduğu söylenebilir⁵⁷. Çünkü hukukî hükümler, bir inanç konusu olmaktan çok fert ve toplum olarak müslümanların uyması ve uygulamasının söz konusu olduğu ameli ilkelere sahiptir. O halde herhangi bir konuda yapılacak bir hukukî düzenlemede İslâm'ın amaçlarının gözetilmesini istemek, devlet düzenini İslâmî esaslara oturtmak anlamını taşımaz⁵⁸.

1.1.3. HUKUKTA AMAÇLAR VE ARAÇLAR

“Amaç” sözü, bir hedefe yönelişi ifade eder. Buna göre insan şuurlu olarak kendi irâde ve isteği ile bir şeyi kendisine ait sayar ve ona erişmeye ve onu gerçekleştirmeye çalışır.

Amaç, hukukun temel dinamiklerindendir⁵⁹. Hukuk değişik amaç ve eğilimlerin et-

⁵³ Ali Bardakoğlu, “İslâm Hukuku Araştırmalarında Gelenekçilik”, *Günümüz Din Bilimleri Araştırmaları ve Problemleri Sempozyumu*, Samsun, 1989, 479

⁵⁴ Schacht, Joseph, *İslâm Hukukuna Giriş*, trc: Mehmet Dağ-Abdulkadir Şener, Ankara 1986, 2. baskı, 13

⁵⁵ el-Gazalî, Ebu Hamid Muhammed, *İhyâu 'Ulumi'd-Dîn*, Mısır, 1312, I, 13

⁵⁶ Taha Akyol, *Medine'den Lozan'a*, İstanbul, 1996, 3. Baskı, 1888

⁵⁷ Apaydın, “İslâm Hukukunun Sistem ve Terminoloji Problemi”, 496

⁵⁸ Erol Güngör, *İslâm'ın Bugünkü Meseleleri*, İstanbul 1991, 8. baskı, 110

⁵⁹ Gerhard Leibholz, “Hukukun Gayesi”, trc: Yavuz Abadan, *İÜHFM*, c: III, sy: 9-12, İstanbul 1937, 515

kisi altında oluşur⁶⁰. Hukuk kurallarının yöneldiği amaçlar da değişiklik gösterebilir. Aynı pozitif hukuk sistemi içinde aynı zamanda farklı amaçlar geçerli olabilir. Fakat aynı zamanda aynı konu hakkında çelişik amaçların olmaması gerekir⁶¹. Çünkü böyle bir durum, hukukun genelliği prensibine ters düşer.

Hukuk, insanın iç alemine karışmamalı, onun iç alemi başkaları için tehlike oluşturmamakça müdahale etmemelidir⁶². Hukukun amacı, somut çıkarlara hizmet etmektir. Somut çıkarlar ise çoğu kez birbirleriyle çatışırlar. Bu çıkar çatışmalarında hukukun görevi, çatışan çıkarları olduğu gibi yansıtmak değil,⁶³ onlar arasında değerlendirmeler yapmak ve denge sağlamak olmalıdır⁶⁴.

Hukukun objektif amacı; insanın mutluluğu, toplumun birliği ve medeniyetin ilerlemesini sağlamaktır. Objektif amaçlardan birini ihmal sonucunda elde edilen başarı hukukun amacına uygun olmaz. Bütün durumlarda tam bir sonuç elde etmek için çeşitli unsur ve şartların birlikte değerlendirilmesi gerekir.

Amaca uygunluk iki yönden değerlendirilmelidir. Birincisi, ampirik ve pratik hayatın realitelerinden doğan değerler ve amaçlara uygunluk, ikincisi de bu amaçların yönelmesi istenilen ideal değerler ve amaçlara uygunluktur. Birincisi ampirik amaç ve vasıta değerlerle, ikincisi ise yüksek hedefler ve değerlerle ilgilidir.

Salt bir değer olarak adâlet, aynı zamanda hukukun idealidir⁶⁵. Çünkü ideal, idenin amaç edinilmesi, ide ile amacın birleştirilmesidir. Bu bakımdan adâlet, hukukun son amacıdır. Eğer adâlet ortadan kalkarsa insanların hayatlarında sıkıntılar doğar. Bu itibarla en büyük gayretler ve özveriler, adâleti korumak ve yaşatmak için gösterilmelidir⁶⁶. Bu açıdan hukukun amacı yargı fonksiyonlarına yol göstermek ve bu fonksiyonların adâlete uygun gerçekleşmesine yardımcı olmaktır. Somut olaya uygulanacak soyut hukuk kuralı seçilirken amacın ne olduğunun iyice düşünülmesi gerekir⁶⁷.

⁶⁰ Aral, 16

⁶¹ Güriz, *Hukuk Felsefesi*, 67

⁶² Çağıl, "Hukuk Devleti", 287

⁶³ Aral, 37

⁶⁴ Gözübüyük, *Hukuka Giriş*, 17

⁶⁵ "Muhakkak Allah adâleti, iyiliği, akrabaya yardım etmeyi emreder..." (16 Nahl, 90) ayeti adaletin hukukun ideali olduğunu gösteren önemli işaretlerinden birisidir.

⁶⁶ G. Del Vecchio, *Hukuk Felsefesi Dersleri*, trc., Sahir Erman, İstanbul 1952, 17

⁶⁷ Güriz, *Hukuk Felsefesi*, 65

Yürütme açısından hukukun amacı bu dünyada insanların beklentilerine cevap vermek ve onların zararlarını gidermek suretiyle onlar için faydalı olabilecek her şeyi gerçekleştirmek imkanını hazırlamaktır⁶⁸.

Hem semavî hem de beşeri hukuk, insanlar arasındaki ilişkilerin adâlet ve hakkaniyet üzerine cereyan etmesini, hürriyet, can, mal, ırz ve namus güvenliğinin sağlanmasını, zayıfın korunmasını ve buna bağlı olarak fertlerin huzur ve sükun içinde hayat nimetlerinden yararlanmasını amaçlar⁶⁹.

Hukuk, olayları tek yönden değerlendirmez. Hukuk işlevlerini yerine getirirken farklı amaç ve menfaatleri gözetmek ve dengelemek zorundadır. Bu amaç ve menfaatler şu başlıklar altında toplanabilir:

1. Bireyin amaç ve menfaatleri: Bireysel amaç ve menfaatler açısından hukuk, pek çok gaye gözetir. Her şeyden önce hukuk insanlar için korunması önemli ve gerekli maddî ve manevî yararları belirlemeli ve korumalıdır⁷⁰. Ancak bu yararlar tek başına veya yanyana bulunmazlar ve genellikle çatışırlar⁷¹. Hukuk, adâlet vasıtasıyla düzen ve güveni sağlayarak toplumu oluşturan bireylerin menfaatlerini gerçekleştirebilecek şartları ve imkanları hazırlar⁷².

İnsan, yaratılışı gereği çıkarıcıdır⁷³, çıkarlarından kolay kolay vazgeçmek istemez. Hukukun amacı, esas itibarıyla sınırlar çizerek farklı bireylerin eylemlerinin birbirine müdahalelerini mümkün olduğu kadar önlemek⁷⁴, insan davranışlarının dıştaki belirme şekillerini düzenlemektir⁷⁵. Kuvvetliye karşı zayıfı korumak, güçlünün üstünlüğünü kırıarak

⁶⁸ Hallâf, *İslâm Hukuk Felsefesi*, 345; Muhammed Ebû Zehra, *İslâm Hukuk Metodolojisi (Fıkıh U-sûlû)*, trc: Abdulkadir Şener, Ankara 1986, 311-324; Zekiyüddin Şa'bân, *İslâm Hukuk İlminin Esasları (Usûlül Fıkıh)*, trc: İbrahim Kafi Dönmez, Ankara 1990, 350

⁶⁹ Ali Himmet Berki, *Hukuk Tarihinde İslâm Hukuku*, Ankara 1955, 6

⁷⁰ eş-Şâtibi, *el-Muvâfakât I-IV*, trc: Mehmet Erdoğan, İstanbul 1993, II, 9; Ebû Zehra, *İslâm Hukuk Metodolojisi*, 314

⁷¹ Çağl, *Hukuk ve Hukuk İlmine Giriş*, 110

⁷² Rahmi Çobanoğlu, *Hukukta Gaye Problemi*, İstanbul 1964, 13

⁷³ 70 Meariç, 19-21

⁷⁴ Fredrich A Hayek, *Hukuk, Yasama ve Özgürlük (Kurallar ve Düzen) I*, trc: Attila Yayla, Ankara 1994, 163; Gözübüyük, *Hukuka Giriş*, 3

⁷⁵ Güriz, *Hukuk Felsefesi*, 17

insanları birbirleri karşısında korumak⁷⁶ ve bu yolda güvenlik sağlamak hukukun önemli amaçlarından. Dolayısıyla hukuk, kişilerin kabiliyetlerini geliştirip kullanabileceği düzenlemeler yapmalı, bireylere kendilerini kendi irâdeleri doğrultusunda realize edebilme imkanı sağlamalıdır.

2. Toplumun Amaç ve Menfaatleri: Hukukun toplumsal amacı, karşıt çıkarlar arasında dengeler kurarak, bu yoldan yaptırım gücüyle toplumsal bütünü koruması ve toplumsal birliğin devamının sağlanmasıdır⁷⁷.

Hukuk hem bireysel hem de toplumsal çıkarları uygun şekilde düzenlemelidir. Bireysel ve toplumsal çıkarlar düzenlenirken biri diğerine feda edilmemeli ve dengeler sağlanmalıdır⁷⁸. Birey sadece soyut bir varlık değil, aynı zamanda sosyal bir varlıktır; bu sebeple hukuk sadece bireysel çıkarlardan değil aynı zamanda toplumsal çıkarlardan da doğmuştur⁷⁹.

Hukuk, sosyal yaşantıda olumlu aksiyonları destekleyerek güvence altına almalı, olumsuz (zararlı ve tehlikeli) olanları ise önlemelidir. O aynı zamanda sosyal hayatı geliştirici tedbirleri de almalıdır. Bireysel hayatı rahatlatıcı tedbirlerin alınması sosyal yaşantının sağlıklı bir şekilde yürütülmesi açısından büyük kolaylık sağlar⁸⁰.

Hukuk toplumsal ihtiyaçları göz önünde bulundurarak toplumsal hayatı düzenleme amacını taşır. Toplumsal ihtiyaçların karşılanması, değişen şartların göz önünde bulundurulmasını gerektirir, bu ihtiyaç ve şartları göz önünde bulundurmeyen düzen sürekli olmaz ve patlamaya yüz tutar⁸¹.

Hukuk, bir yandan kanunun çıkmasında rol oynayan yakın ve uzak sosyal sebepleri değerlendirirken, diğer yandan hukukun yakın ve uzak amaçları ile ilgili değerlendirmelerin de kanun kapsamına alınmasında etkili olmaktadır.

Yasamanın sosyal açıdan gerekli görerek çıkarılmasını uygun gördüğü hukukî norm bir kısım etkilere de sebep olur. Bu sosyal etkilerle ilgili düşünceler hukuk normunun ni-

⁷⁶ Abdullah Kemal Yörük, "Sofistler ve Hukuk Görüşleri", *İÜHFİM*, c: XIV, s.3-4, İstanbul 1948, 865; Gözübüyük, *Hukuka Giriş*, 3; Buna örnek olarak Hz. Ebû Bekr'in halife seçildikten sonraki hutbesi için bk. İbnu'l-Esir, *el-Kâmil fi't-Tarih*, I-XII, Beyrut, 1965/1385, II, 332; Mevlana Şiblî, *Asr-ı Saadet (İslâm Tarihi)* I-IV, trc: Ömer Rıza Doğrul, İstanbul 1977-8, IV, 39

⁷⁷ Öktem, 77; İzveren, *Hukuk Sosyolojisi*, Ankara 1993, 84

⁷⁸ Gözübüyük, *Hukuka Giriş*, 18

⁷⁹ Adal, 4

⁸⁰ Öktem, 79

⁸¹ Bilge, 30

çin çıkarıldığını kapsamının neden belli şekilde düzenlendiğini açıklar. Hukuk kuralı kapsamının belirlenmesinde hem sosyal nedenler, hem de sosyal amaçlar etkilidirler. Bunlardan birinin diğerini bertaraf etmesi söz konusu değildir⁸².

Hukukta amaç, kanunların içeriğini sadece sosyal ve ekonomik hayatın gereklerine, sosyal ve ekonomik bir altyapıya göre belirleyerek, hukuku sosyal ve ekonomik bir teknik derecesine düşürmek değildir. Amaç, sosyal realitelere ve tarihî verilere bağlı pozitif hukuku *hür adâlet ve adil hürriyet* doğrultusunda geliştirmektir⁸³.

3. Devletin Amaç ve Menfaatleri: Hukuk, sosyal, siyasal ve iktisadî gerçekleri hukuk idesinin ışığında akla uygun ve kabul edilir hedeflere doğru yönlendirmeyi amaç edinir⁸⁴. Hukukun prensip ve sınırları olmadan siyaset, frensiz bir egoizm içerisinde varlığını kaybeder. Hukuk devlet hayatının esas ve sürekli kurallarını, devletin varlık nedenlerini ve kriterlerinden birini deyimler⁸⁵. İstenilen ideal devleti oluşturmak ve yaşatmak için, belli temel araçlara (özgürlük, ortak yarar, düzen vs) uygun ilişkileri düzenlemek⁸⁶, hakları ve ödevleri belirtmek, sosyal düzeni⁸⁷ ve güvenliği⁸⁸ sağlamak hukukun gözettiği önemli amaçlardır.

Amaçlar, kendilerinde bulunan fayda ve zararlardan dolayı elde edilmesi veya uzaklaştırılması istenilen şeyler; araçlar ise, amaç olan şeylerin gerçekleştirilmesi kendilerine bağlı olan amaçlara ulaştıran vasıta değerlerdir.

Hukuk, herhangi bir amaca değil, bireylerin değişik ve farklı amaçlarına hizmet eder. Hukuk, yalnızca bir bütün olarak hiç kimse tarafından bilinmeyen çok sayıdaki amaçlar için araçlar sağlar. Bu sebeple amacın mutlak anlamında hukuk, herhangi bir amacın aracı değil, sadece çoğu amaçların başarıyla izlenmesinin bir şartıdır. O, bütün çok amaçlı araçlar arasında, belki de, lisandan sonra en çok sayıdaki farklı amaçlara hizmet eden bir araçtır.

Evrensel değer ve prensipler amaç türünden olan hükümlerdir. Mesela İslâm Hu-

⁸² Güriz, *Hukuk Felsefesi*, 61

⁸³ Çağıl, *Hukuk ve Hukuk İlmine Giriş*, 110

⁸⁴ Çağıl, *Hukuk ve Hukuk İlmine Giriş*, önsöz, XII

⁸⁵ Recai G. Okandan, *Umumi Amme Hukuku*, İstanbul 1969, 20

⁸⁶ Öktem, 47

⁸⁷ Bülent Daver, *Siyaset Bilimine Giriş*, Ankara 1993, 5.baskı, 163

⁸⁸ Güriz, *Hukuk Felsefesi*, 61

kuk Tarihinde İbn Kayyım, hükümlerin zaman ve mekana göre değişmeyen *küllî teşrî* ve zamanın değişmesiyle farklılık gösteren *cüzî siyaset* şeklinde ayrımına değinir. Buna göre, temel teşri hükümler her dönem için bağlayıcı ve değişmeyen hükümlerdir. Cüzî siyasetle ilgili hükümler ise maslahata tabidir. Zaman ve mekana bağlı olarak maslahatı gerçekleştirecek şekilde değişiklik gösterirler⁸⁹.

Kur'ân ve Sünnetle gelen her hükmü zaman ve mekan kayıtlarından ve ortamı itibara almadan, özel çözümlerle ilgili olabileceğine dikkat etmeden, eşdeğerde tutmak çıkmazlara neden olabileceği gibi, İslâm Hukuku'nun zamanla ortaya çıkan ihtiyaçlar karşısında yetersiz kalmasına da sebep olabilir.

Bu açıdan hükümlere konu teşkil eden şeylerin amaçlar ve araçlar şeklinde ayrılması gerekir ve bu ayrım şu sonuçları doğurabilir:

1. Amaç ortadan kalkınca, onu gerçekleştirmek için var olan araçlar da ortadan kalkar.
2. Aynı amacı gerçekleştirmek için daha sonraları yeni araçlar geliştirilebilir.
3. Aynı amacı gerçekleştirmek için birden fazla araçlar bulunabilir⁹⁰. Bu durumda, amacı tam, eksiksiz ve en uygun şekilde gerçekleştiren araç seçilir.
4. Araç amacı gerçekleştiremeyecekse itibardan düşer⁹¹. Önemli olan hukukun gözettiği maksatları ve amaç-arac ayrımını doğru anlamak ve amaçları araçlara feda etmektir. Mevcut araçlar amaçları gerçekleştirmek için yetersiz kalırsa yeni araçlar bulunmalıdır.

Yönetim şekilleri, devlet organları, kurumlar ve bunlar arasındaki ilişkiler araçlar olarak kabul edilebilir. Çünkü amaç, yakın ve uzun vadede insan ve toplumun mutluluğunu gerçekleştirmek olmalıdır. Bunun için araçlar değişebilir. Zira araçlar amaçları gerçekleştirmek içindir. Amaçlar değişmez ve sabit görünüm arz ederler. Araçlar ise esnek bir yapıya sahip olarak değişmenin sahasını oluştururlar.

⁸⁹ İbn Kayyım el-Cevziyye. *et-Turuku'l-Hukmiyye fi's-Siyâseti's-Şer'iyye*, Kâhire 1953/1372, 18; Muhammed Mustafa Şelebî, *Ta'îlu'l-Ahkâm*, Beyrût 1981/1401, 318

⁹⁰ Hayrettin Karaman, *İslâm Hukukunda İctihâd*, Ankara 1985, 3. baskı, 96

⁹¹ Karafî, *Furûk I-IV*, Beyrût ts., II, 154; eş-Şâtibî, III, 197

1.1.4. HUKUKUN YÜRÜRLÜĞÜ VE HUKUK POLİTİKASI

1.1.4.1. Hukuk Düzeninin İstikrarı

Her sosyal sistem, toplum üyelerinin bazı ortak değerler ve kurallar üzerinde birleşip anlaşmalarını şart koşar⁹². Her şeyin rastgele cereyan ettiği, hiçbir olayın kanunla belirlenmediği ve sınırlanmadığı bir düzen düşünülemez. Böyle bir düzende hayatın doğabileceği varsayılsa da devam etmesi imkansızdır⁹³. Çünkü düzensiz hayat bir kaos ve sonunda bir yok oluşturdur⁹⁴.

Düzen mükemmel ve sağlam bir sistemdir. Düzen ve kural olmadan insanların ahenkli birlikteliğinden söz etmek zordur⁹⁵. Düzen prensibi bireysel ve toplumsal bütün insanlığı kapsar. Kültür ve medeniyetin varlık ve gelişmesi düzene bağlıdır ve ancak düzen içerisinde gerçekleşir⁹⁶.

Düzen ihtiyacı en yüksek ve mutlak ifadesini medenî insanda bulur ve medenî insanın dünyayı algılama şeklini oluşturur⁹⁷. Devlet, topluma düzen sağlayan⁹⁸ en üst sosyal kurum diye de tanımlanabilir. Devleti oluşturan bireyler devlette uyum, düzen ve huzurun temin ve devamı için farklı sınıflara ayrılırlar ve her sınıf, devlet içinde farklı işlevler yerine getirir. Devletin düzen, varlık ve devamı bu farklı sınıflar arasında sağlanacak uyum ve birliktelikle mümkündür⁹⁹. Devlet birliğindeki düzen, diğer bütün toplum düzenlerinden bazı noktalarda ayrılır ve kendine özgü bir şekil gösterir. Bir kere bu birlikteki düzen, ülke sınırları içinde bulunan bütün insanları ve her çeşit birliktelikleri kapsayan bir kamu düzenidir. Bu düzen, bir yönetimle temsil olunan üstün bir otoritenin zorlayıcı gücüne dayanır¹⁰⁰. Çünkü hukuk, düzen fonksiyonunu ancak etkili olduğu takdirde gösterebilir¹⁰¹.

⁹² Başgil, "Devlet Nedir", İÜHFM, c: XII, İstanbul 1946, 989; Hüseyin Batuhan, "Demokrasi ve Tolerans", Felsefe Arkivi, s.12, İstanbul 1960, 89

⁹³ Vehbi Eralp, "Determinizm ve Hürriyet Üzerine Düşünceler", Felsefe Arkivi, c.V, sy: 1, İstanbul 1960, 2

⁹⁴ Buna işaret eden âyetler için bk. 2 Bakara 191, 217; 13 Ra'd 25

⁹⁵ C. H. Crozat, "Thomas D'Aquin'in Hukuk ve Devlet Nazariyesi", trc: R. Galip Okandan, İÜHFM, c: IV-V, İstanbul 1938-1939, 610

⁹⁶ Aral, 33

⁹⁷ Başgil, "Devlet Nizamı ve Hukuk", İÜHFM, c: XVI, sy: 1-2, İstanbul 1950, 29

⁹⁸ C. H. Crozat, 611

⁹⁹ Okandan, "Devletin Ortaçağ Avrupasındaki Teorik Tekamülü", İÜHFM, c: XVIII, sy: 3-4, İstanbul 1952, 658

¹⁰⁰ Başgil, "Devlet Nedir?", 989

¹⁰¹ Çağıl, Hukuk ve Hukuk İlmine Giriş, 90

Öyleyse birlik, düzen fikrini, düzen de otorite fikrini gerektirir.

Bir ülkede devletin fonksiyonel olması, çeşitli tüzel kişilerden oluşan kamu yönetimi alanındaki kuruluşların bir uyum içinde çalışmalarını gerektirir. Kamu yönetimini oluşturan kurumlar parçalanmış gibi görünseler de, bu parçalanma hizmetler ve hizmetleri yürüten kurumlar açısından değildir. Aslında bunların hepsi bir bütünün, bir sistemin parçalarıdır¹⁰². Çünkü kamu yönetimi, işlevsel açıdan bir bütünlük göstermelidir. Yönetimin işlevsel açıdan bütünlük göstermesi kendi yapısı içinde, kendine özgü kural ve yöntemlerin uygulanması ile sağlanır¹⁰³. Bu açıdan kamu yönetimine tek yanlı karar alabilme ve belli ölçüde kararlarını doğrudan doğruya uygulayabilme imkanı tanınmış ve kamu yönetimi için ayrı bir yargı düzeni kurulmuştur.

Toplumun sosyal düzeninin, görünüş bakımından, devletin hukuk düzenine tâbi olması gerekir. Her hukukî kurum gibi devletin hukuk düzeni de birtakım ahlâkî, dînî, iktisadî, siyasî ve sosyal çevrenin ürünüdür ve hayat şartlarının sürekli etkisindedir¹⁰⁴. Yalnız hukuk düzeninin, adâlet idesine dayanması gerekir. İktidâr ve hakimiyet unsurlarının da, bir anlam ve değer ifade edebilmesi için, hukuk idesine tâbi olmaları zorunludur¹⁰⁵.

Siyasal iktidâr kavramı açısından düzen ve süreklilik iki önemli etkindir. Birincisi siyasal sistemin şiddetten, kaba kuvvetten, zorlamadan ve yıkıcılıktan uzak olması demektir¹⁰⁶. Barış ve huzurun sağlanması ve sürdürülmesi hukuk düzeninin en önemli fonksiyonlarından. Bu itibarla hukuka tâbi olanların birbirlerine karşı zor ve şiddet kullanmaları ve birbirlerini tahrik etmeleri hukuk düzenince yasaklanır. Ancak hukuk düzeni kendisine tâbi olanların düşüce ve görüşlerini barışçı bir şekilde ifade etmelerine de engel olmamalıdır¹⁰⁷. Devletçe garanti edilen hukuk düzeni, hukuka tâbi olan bireyleri birbirlerinin saldırılarından koruma gücüne sahip olmalıdır. Ancak bazen devletin bizzat kendisi bireylerin güvenliğini tehdit eder bir duruma gelebilir. Demek ki, bir hukuk düzeninin sadece bireyleri birbirleri karşısında koruyacak olan bir güvenlik oluşturması yeterli değildir. Zira, bireysel güvenliği sağlamanın yanında, kendini de hukuken sınırlandıran hukuk

¹⁰² Gözübüyük, *Yönetim Hukuku*, 41

¹⁰³ İlhan F. Akın, *Devlet Doktrinleri*, İstanbul 1962, 54

¹⁰⁴ Kubalı, *Esas Teşkilat Hukuku*, 159

¹⁰⁵ Çağıl, *Hukuk ve Hukuk İlmine Giriş*, 431

¹⁰⁶ Samvel P. Huntington, vdd. *Siyasal Gelişme*, trc: Ergun Özbudun, Ankara 1985, 9

¹⁰⁷ Çağıl, "Hukuk Devleti", 252

düzenine, adâletli bir düzen denilebilir. Çünkü ahlâk, insanlar üzerinde kurulan her türlü keyfi egemenliği reddeder¹⁰⁸.

İkincisi olan süreklilik ise, siyasal sistemin temel unsurlarının pek değişmemesi ile siyasal süreçte kesintilerin olmamasıyla, toplumda siyasal sistemi temelden değiştirmek isteyen önemli sosyal güçlerin ve siyasal hareketlerin bulunmamasıyla özdeşir. Siyasal güçlerin ve aktörlerin sık sık değişmemesi istikrarın belirtilerindendir¹⁰⁹. İstikrar mutlak bir siyasal sistemin hiçbir unsurunun değişmemesi anlamına da gelmez. İstikrar, temel siyasal değerler, kültür ve siyasetin esas kurumsal veya anayasal yapısı gibi siyasal sistemin temelinde yatan ana unsurlarda nisbî bir sürekliliği ve değişmezliği ifade eder. Yalnız siyasal sistemin sosyo-ekonomik ortamı değişme halindeyse kültürde ve anayasada sürekliliği sağlayabilmek için katılımda, liderlikte ve politikada değişiklikler yapılması zorunlu olabilir¹¹⁰.

Hiç kimse ve hiçbir kurum kendisi ile başlamaz, öyleyse *dün*, ele alınıp sorgulanmalı ve değerlendirilmeli, *yarın* da ise, uzun vadede düşünülerek, geçmiş ve gelecek bağlamında uyum ve süreklilik sağlanmalıdır. İlimde, hukukta, kurumlarda ve siyasal süreçte radikal kırılma ve kesinti olmamalı ve süreklilik sağlanmalıdır. Yalnız şunu da belirtmekte fayda vardır. Kurumların çok hızlı değiştirilmesi kadar, dondurulup hayattan ilgililerinin kesilmesi de istikrar ve süreklilik açısından olumsuzluk arzedebilir.

1.1.4.2. Hukuk Düzeninin Birliği

Bilginin amacı birliktir. Bilgide birliği sağlamanın yolu ise çelişkiden uzak kalmaktır. Dolayısıyla hukukî hayatta normatif düşüncenin birliğinden vazgeçilemez. Hukuka yönelen bilginin bilimselliğinin kriteri, bilgiye yönelik görüş açısının birliğidir¹¹¹. Bir ülkede hukukî açıdan tek bir normlar sisteminin yürürlükte olması zorunludur¹¹². Her ülke pozitif hukukunun, kendine özgü bir sistemi olmalıdır. Çünkü bu sisteme aykırı olarak konulacak tek bir norm bile, sistemin bütününe değişmesi ve dağılması sonucunu doğu-

¹⁰⁸ Aral, 35

¹⁰⁹ Hukuk çağa göre değişir fakat, ilkelerinin ya hiç değişmemesi veya ancak çağdaş uygarlık düzeni ve bilimin zorunlu kıldığı değişmeye uğraması gerekir.

¹¹⁰ Huntington, *Siyasal Gelişme*, 9

¹¹¹ Güriz, *Hukuk Felsefesi*, 337

¹¹² Güriz, *Hukuk Felsefi*, 33

rabilir¹¹³. Ancak bölünen ülkelerde birden fazla temel norm sisteminin varlığı savunulabilir ki bu aslında ülke topraklarında ikinci bir devletin doğduğu anlamına gelir¹¹⁴. Şu halde hukuk sisteminin tutarlılığının ve sürekliliğinin sağlanması için önceden kabul edilen bir kısım ilkeler gerekir. Özellikle modern toplumlarda genelden ve soyuttan özel ve somuta giden bir hiyerarşinin varlığı gözlenmektedir. Başka bir deyişle, yazılı veya yazısız anayasa ve onun gerisindeki ilkeler ilk önce gelmekte, pozitif hukuk da bunlara dayanmaktadır. Somut ve özel durumla ilgili bir ödevin (yükümlülük veya borcun) yürürlükte bulunan hukuk normlarından ayrı bir kaynaktan çıkarılması hukukî muhakeme açısından mümkün olmaz¹¹⁵.

Eski zamanlarda değişik din mensupları, ayrı ayrı toplumlar halinde ve birbirleriyle fazla ilişkileri olmadan kendi hayatlarını yaşıyorlardı. Bu sebeple çok hukuklu sistem böyle bir sosyolojik yapıya uygun düşebilirdi. Günümüzde ise ekonomik ve sosyal ilişkilerin yoğunluğu sürekli artmaktadır. Dolayısıyla vatandaşları ayrı hukuk kamplarına ayırmak ve kümelenlendirmek sorunlara sebep olabilir ve birbirleriyle ilişkilerinde hangi hukuka tabi olacakları da önemli bir sorun olur. Ayrıca üst hukuk olma iddiası hukuk gruplarını etnik çatışmaya itebilir.

Çok hukuklu sistem ideologlarının önerisi, bütün hukuk sistemlerinin teori ve deneylerinden yararlanarak dinamik, rasyonel bir milli hukuk oluşturmak değil, hukuk kabileleri oluşturmaktır. Vatandaşların din ve inanç farklılıklarını öne çıkaran hukuklar sistemi ise sosyal uyum ve gelişmeyi önler, hatta toplumu kamplaştırır, kabileleştirir.

Günümüz globalleşen dünyasında milletler ve devletler bile ilişkilerin gelişmesi için sınırları engel olmaktan çıkarmaya çalışıyor. Milletler arası hukuk ve kurumlar olabildiğince gelişiyor. Öyleyse böyle bir globalleşme sürecinde milleti kendi içinde kabilelere ayırmak doğru bir yöntem olmamalıdır.

Bir ülke vatandaşları arasında duvarlar örülemeyeceği gibi var olan duvarlar genel ve rasyonel bir hukuk birliği ile vatandaşlar arasında medeni, akli ve ticari ilişkilerin ve böylece entegrasyonun gelişmesi teşvik edilmelidir. Çünkü milletler arası ilişkilerin hızla geliştiği bir çağda insanları etnik alk guruplara ayırmak doğru değildir.

¹¹³ Can, 80

¹¹⁴ Güriz, *Hukuk Felsefesi*, 337

¹¹⁵ Güriz, *Hukuk Felsefesi*, 85

Realite ve tarihin deneyleri dikkate alınarak hukuk tek bir kaynakla sınırlanmadan, rasyonel bir şekilde zenginleştirilmelidir. Hukukun çatışkan, din, mezhep, felsefe ve etnikte farklılıklarına değil, birleştirici vatandaşlık ve ülke esasına dayanması ve uygulanması bir zarurettir. Zira Medine Vesikası'ndan beri müslümanların ve bütün insanların yaşadığı deneylerin yönü hukukun mülkileşmesi, objektifleşmesi, rasyonalleşmesi ve genelleşmesine doğrudur¹¹⁶.

Hukuk, bireylerin kendi aralarında ve toplumla olan ilişkilerinde bir normlar sistemi olarak görünür. Bu anlamda hukuk, niteliği gereği tek bir bireyin tek başına yaşaması için değil, bireyler arası ilişkiler için var olan bir düzendir. Toplumda bir hukuk düzeni oluşturulup kanunların konulması ve uygulanması için organlar (yasama, yürütme, yargı) belirlenir ve böylece toplum bir sosyal düzen ve hukukî birlik niteliği kazanır. Gerçekleşen hukuk düzeni de sosyal düzenin bir parçası haline gelir. Çünkü hukuk, sosyal düzenle birlikte düşünülür¹¹⁷. Sosyal düzen kavramı bütün hareket ve fonksiyonları kapsayan geniş bir kavramdır¹¹⁸.

1.1.4.3. Hukukun Yürürlüğü

Hukukun sosyal hayatta yürürlükte olabilmesi için irâdî bir iktidâra ve kuvvete dayanması gerekir. Ancak, hukukun yürürlüğünün meşruiyeti sadece böyle bir dayanaktan beslenemez. Bunu, hukuka tâbi olanların benimseyip kabul etmesi de gerekir. O halde hukukun fiilî-sosyolojik yürürlüğü, fiilî-irâdî ve fiilî-psikolojik temellere dayanmalıdır. Yani hukukun bir iktidar boyutu bir de psikolojik boyutu vardır¹¹⁹. Hukuk, ide ve gerçeklik arasında cereyan eder. Buna paralel olarak, hukukun bir manevî-normatif boyutu, bir de fiilî-gerçeklik boyutu vardır. Demek ki, hukukî kavramlar, hayatın ortaya çıkardığı gerçekleri hukuk idesine bağlayan veya bağlaması gereken köprülerdir.

Hukuk açısından yürürlük önemli bir işlevdir. Hukukî yürürlük üç şekilde değerlendirilmektedir:

1. Biçimsel Yürürlük: Hukuk normlarının, yetkili organların usulüne uygun olarak irâdelerini açıklamaları şeklinde konulmaları gerekir. Yetkili organların hangileri ve uyulacak usullerin neler olduğunu ise anayasalar gösterir. Bu sebeple biçimsel yürürlüğe ana-

¹¹⁶ Akyol, 189-190

¹¹⁷ İzveren, *Hukuk Felsefesi*, 79

¹¹⁸ Başgil, "Devlet Nizamı ve Hukuk", 31

¹¹⁹ Çağıl, *Hukuk ve Hukuk İlmine Giriş*, 88

yasaya uygun yürürlük de denir.

2. Fiilî yürürlük: Bir şeyin yapılmasını ya da yapılmamasını isteyen hukuk normlarına hukuka tâbî olanlarca içeriğine uygun bir biçimde sürekli olarak uyulduğu zaman fiilî yürürlükten söz edilebilir.

Bir sosyal düzen, ancak zamanın şartlarına göre bireysel ve toplumsal açıdan doğru ve adâletli olanı gerçekleştirmek çabasını içerdiği zaman hukukîdir. Çünkü hukuka tâbî olanlar akıl ve vicdan sahibi birer varlık olarak kanun koyucunun kölesi değildirler.

3. Düşünsel Yürürlük: Bir toplum içerisindeki çıkar çatışmalarında çözüm yollarını araştıran ve gösteren bilimsel görüşler de olmalıdır ki, bunlar, hukukun yürürlüğü konusunda dikkate alınmalıdır. Bu çıkar çatışmalarının çözüm yollarını içeren, bilim tarafından önerilmiş normlara ilişkin yürürlüğün, düşünsel yürürlük olarak deyimlenmesi uygun düşer¹²⁰. Günümüz modern hukuk dünyasında kanundan hukuka, hukuk kavramından hukuk felsefesine, hukuk felsefesinden hukuk (adâlet) idesine ve pozitif hukuktan tabîî hukuka doğru bir gelişme gözlenmektedir. Hukuk kavramından hukuk idesine doğru bir gelişme meydana gelirken buna denk ve benzer bir gelişme de hukuk metodolojisinde gözlenmektedir; o da kavramlar hukukundan sosyolojik görüşe, serbest hukuk ekolüne ve menfaatler hukuk anlayışına doğru oluşan bir gelişmedir¹²¹.

Her toplumun hukuk anlayışı ve her topluma egemen olan hukuk düzeni toplumların üst ve temel yapılarıyla yakından ilgilidir. Toplumsal bir olgu olan hukuku toplumun üst ve temel yapılarından soyutlayarak ele almak doğru değildir¹²². Bir toplumun yazılı hukuku (mevzuat) ancak toplumu oluşturan halkın değerlerine uygun normlardan oluştuğu oranda başarılı uygulanma imkanı bulur. Aksi halde halkın değerlerine uymayan mevzuatın uygulanma başarısı büyük ölçüde imkansızdır¹²³.

Zamanımızdaki *kitle medeniyeti* anlayışı içinde hukukun gittikçe siyasal menfaatler doğrultusunda kullanıldığı gözlenmektedir. Bu durum, hukukun varlığını ve hukuka güveni tehdit etmektedir. Bu gelişme durmaz veya durdurulmazsa öyle bir dönem gelir ki insanlar artık hukuka güven duygusunu kaybederler. Hukuku sadece bir harici düzen ara-

¹²⁰ Aral, 87-92

¹²¹ Çağır, *Hukuk ve Hukuk İlmine Giriş*, 134

¹²² Gözübüyük, *Hukuka Giriş*, 2

¹²³ İzveren, *Hukuk Sosyolojisi*, 79

cı ve siyasal gayelerin hizmetinde bir olgu olarak kullananlar, hukuka güvenin ve adâletin ortadan kalkmasına sebep olurlar¹²⁴. O halde *yasama* siyasal değil sosyolojik bir anlayışla fonksiyonel olmalıdır¹²⁵.

Sosyolojik bakımdan hukukî yürürlüğün sağlanması; toplumun, hukuku yasal bir düzen olarak benimsemesi ve itaat etmesi ile mümkündür¹²⁶. Medenî ve hür insanların oluşturduğu toplumlarda hukukun sadece zora dayanması, hukuk düzenini zayıflatır. Onun için hukukun yürürlüğü bir taraftan zora dayanırken diğer taraftan da ona tâbi olanların benimsemesine dayanmalıdır. Gerçek hayatta hukukun yürürlüğü için *güç* gereklidir. Ancak güç, hukukun niteliği değil niteliğinin bir sonucu olmalıdır. Hukukî yürürlüğün güven ve sürekliliğini sağladığı için *maddî zor* yasal olabilir¹²⁷. Zor, hukuk kurallarına karşı geldiğinde kanunlar çerçevesinde kullanılan devlet gücüdür.

1.1.4.4. Hukuk Politikası

Hukuk politikası, yasamanın vazifesini, taleplerini, bilimsel açıdan araştırıp inceleyen bir hukuk ilmidir. Bir başka deyişle, sosyal ilişkileri düzenlemek için oluşturulacak hukuk normlarını bilimsel gözlemler yaparak tespit etme ve seçme faaliyetidir. Bu seçme ise, çeşitli kavramlar üzerinde bir değer yargısı verilmesiyle gerçekleşir. Bu da hukuk normlarının oluşturulmasında insanların beğenip seçtikleri herhangi bir normun bir gaye olarak gerçekleştirilmesi şeklinde ortaya çıkar¹²⁸.

Hukuk politikasının düzenli işlemesi, toplumsal verilerin iyi şekilde bilinmesi ve değerlendirilmesine bağlıdır. Verilerin bilinmesini, seçilen amaçlara göre hukuk kurallarının belirlenmesi izler. Çünkü hukuk politikası, toplumsal ilişkileri düzenleyecek en iyi kuralların bulunması ve uygulanması olarak nitelendirilirse değişik alternatifler arasında seçim yapılmasını da içine alır¹²⁹.

Hukukun bir ilim olabilmesi, yalnızca yürürlükteki hukukun incelenmesiyle değil geleceğe ilişkin değişiklikler üzerinde de durulmasıyla mümkündür. Hukukçu, başka ülkelerdeki hukuklarla karşılaştırmalar yapmak, pozitif hukukun tarihî köklerini araştırmak

¹²⁴ Çağlı, *Hukuk ve Hukuk İlmine Giriş*, 37

¹²⁵ İsmâîl Kara, *Türkiye’de İslâmcılık Düşüncesi I-II*, İstanbul 1987, 2. baskı, I, 105

¹²⁶ Çağlı, *Hukuk ve Hukuk İlmine Giriş*, 89

¹²⁷ Çağlı, *Hukuk ve Hukuk İlmine Giriş*, 93

¹²⁸ Çobanoğlu, 11

¹²⁹ Güriz, *Hukuk Felsefesi*, 60. Ayrıca bu konuya örnek olması açısından bk. 21 Enbiyâ 78. Âyetin tefsiri: İbn Kesîr, Ebu’l-Fidâ, *Tefsîru’l-Kur’ânî’l-Azîm I-VIII*, Kâhire ts., V, 349-350; Elmalılı, Muhammed Hamdi Yazır, *Hak Dini Kur’ân Dili I-IX*, İstanbul 1979, V, 3364

ve yürürlükteki kuralların toplum ihtiyaçlarına uygun olup olmadıklarını, böylece gelecekteki kuralların nasıl olması gerektiğini ortaya koyarak hukuk siyasetiyle uğraşmak zorundadır¹³⁰.

Dinamik bir olgu olarak hukuk, hayatı izleyerek gelişir. Bu yönüyle, çözümü hayatın içinde arar ve olayların ardı sıra gider. Hukuk devamlı bir gelişme gösterdiğinden onu değişmez kanun maddeleri halinde katılaştırmak, uyuşturmak ve dondurmak doğru değildir¹³¹. Kanun koyucuların çeşitli ve çok fazla değişiklikler gösteren sosyal hayatın bütün safhalarına uygun çözümleri önceden düşünüp tespit etmeleri çok zordur¹³². Ayrıca sosyal ilişkileri peşinen konmuş ayrıntılı ve sert kurallarla çemberlemek, sosyal hayatın ihtiyacı olan kolaylığı ve rahatlığı bozar, toplumun normal gelişimini aksatır¹³³. Kanun koyucular, halkın ruhunu iyice araştırmalı, mizacını ve düşüncelerini tanımalıdırlar ki toplum hesabına oluşturacakları kanunlar kamu vicdanında kabul görsün¹³⁴.

Modern toplumda tasarımı değişimin temel aracı kanun yapma faaliyetidir. Fakat her kanun yapma faaliyetinden önce ne kadar dikkatlice düşünülürse düşünülün hukukî sistemi bir bütün olarak baştan sona dizayn etmek veya bütün sistemi tutarlı bir düzene göre yeniden düzenlemek kolay bir iş değildir. Kanun yapma, zorunlu olarak içinde her adımın ondan sonra ne yapılacağı veya ne yapılması gerektiği açısından o ana kadar düşünülmemiş sonuçları meydana getiren sürekli bir süreçtir¹³⁵.

¹³⁰ Teziç, *Anayasa Hukuku*, İstanbul 1991, 2. baskı, 3. Örneğin, Halife Hz. Ömer'in İran'da mahalli memurlara, ziraat gelirleri hakkındaki eski uygulamaların hemen hemen hiç dokunulmadan yürürlükte kalmasını emrettiği meşhurdur. Bu suretle *Sasani maliye sistemi*, bir anda İslâmî uygulama haline gelmiştir. Müelliflerimiz, nasslarla (Kur'ân ve Sünnetle) men edilmeyen her şeyin meşru ve caiz olduğu *aslu'l-ibaha* üzerinde görüş birliğindedirler. Hz. Ömer'e gümrük vergilerinin oranı sorulmuş, O da, mütekabiliyet esasına göre yapılmasını söylemiştir. Muhammed Hamîdullah, "İslâm Hukukunun Kaynaklarına Dair Yeni Bir Tetkik", *İslâm Tetkikleri Dergisi*, c: I, Cüz 1-4, İstanbul 1954, 65. Asr-ı saadette özellikle Hz. Ömer devrinde, bu tür bir hukukî politika izlenmiştir. Bu dönemde hukuksal ve kurumsal düzenlemelerde, Hz. Peygamber döneminden farklı uygulamalar yapılmıştır. Muhammed Yusuf Musa, *Fıkıh-ı İslâm Tarihi*, trc: Ahmet Meylani, İstanbul 1983, 2. baskı, 145-156; Muhammed el-Hudari, *İslâm Hukuku Tarihi*, trc: Haydar Hatipoğlu, İstanbul 1974, 142-145.

¹³¹ Hirş, 125

¹³² Okandan, *Kazaî Kontrol Karşısında İdare Edenlerin Serbestisi*, İstanbul 1938, 14

¹³³ Hirş, 125

¹³⁴ Nevzat Kösoğlu, *Devlet Eski Türklerde İslâm'da ve Osmanlılarda*, İstanbul 1997, 157; Kara, I, 104

¹³⁵ Hayek, *Kanun Yasama Faaliyeti ve Özgürlük (Sosyal Adâlet Serabı) II*, trc: Mustafa Erdoğan, yy., 1995, 99

İnsanlık tarihi ne kadar araştırılıp öğrenilirse, geleceğe ait düzenlemeler yapmak o ölçüde başarılı olur¹³⁶. Çünkü geçmiş ne kadar iyi bilinirse, gelecek o ölçüde net görülür; geleceği tahmin ederek hukuksal ve kurumsal düzenlemeler yapmak ve bu yönde esneklik göstermek, devletin gelişmesi ve sürekliliği açısından da önemlidir.

1.1.5. HUKUKUN OBJEKTİF VE SUBJEKTİF BOYUTU

Hukuk, hak bilincinden kaynaklanan bireysel arzusunun yönelttiği irâde doğrultusunda kullanılan yetki anlamında öznel bir hareket unsurudur. Öte yandan kuralların tümü anlamında bir düzendir. Bu durumda hukuk, toplumsal ilişkileri düzenleyen kuralların tümü ve aynı zamanda kişiye aksiyon imkanı sağlayan yetkilerin bütünü olarak çift yönlü ve çift anlamlı bir kavramdır. Hukuk öğretisinde hukukun bu özelliği objektif hukuk ve subjektif hukuk kavramlarıyla ifade edilmektedir.

1. Objektif Hukuk: Objektif hukuk, sosyal ilişkilerin tümünü düzenleyen genel nitelikte kurallar bütünüdür. Hukuk kuralları objektiflik ve soyutluk özelliklerini korudukları ölçüde fonksiyonel olurlar. Hukukun objektif niteliği uygulamada anayasanın eşitlik ilkesinin göz önünde tutulmasıyla korunabilir¹³⁷. Hukukun bu özelliği subjektif nedenlerle zedelenmemelidir.

Objektif hukuk uygulamada genel ve sürekli bir nitelik taşır¹³⁸. Objektif hukukî durumları kanunlar ortaya çıkarır ve bu durumların sürekliliği kanunlarla sağlanır¹³⁹.

Yasaların üzerinde olduğu gibi devletten bağımsız ve devletin üzerinde de etkili olan bir objektif hukuk vardır. Hukuk, devletin varlığını da içerir. Hukuk yoluyla devletin sınırlandırılması ilkesi, pozitif bir biçimde gerçeklik kazanmalıdır¹⁴⁰.

2. Subjektif Hukuk: Subjektif hukuk kavramı, hukukun konusu olan insan irâdesi sonucu ortaya çıkan (maddeleşen) kanunlarla belirlenen hak ve yetkileri deyimler¹⁴¹.

¹³⁶ Kur'an'ın eski kavimlere ait bilgileri vermesi bu açıdan önemlidir, 3 Âl-i İmrân 137; 6 En'âm 11; 16 Nahl 36; 27 Neml 14, 69; 30 Rum 5, 42; 40 Gâfir 21, 82; 47 Muhammed 10

¹³⁷ İzveren, *Hukuk Felsefesi*, 107-108

¹³⁸ Güriz, *Hukuk Felsefesi*, 283; Önen, 44

¹³⁹ Güriz, *Hukuk Felsefesi*, 141

¹⁴⁰ Türközer, 216-226

¹⁴¹ Kubalı, *Esas Teşkilat Hukuku*, 12; İzveren, *Hukuk Felsefesi*, 114

Subjektif hukuk, objektif hukuk usul ve kurallarına göre hak sahibi olan ilgili kişi ve kurumlara tanınmış hak¹⁴² ve sorumluluklar toplamıdır¹⁴³. Subjektif hukukî durum, sosyal içerikli bir ilişkinin kurulması halinde ortaya çıkar. Ancak bu ilişkinin süreklilik özelliğinin olmaması esastır¹⁴⁴.

Subjektif hukukî durumlar özel ve süreksiz nitelikleri¹⁴⁵ dolayısıyla ancak kanun yürürlüğe girdikten sonraki durumlara uygulanır. Subjektif hukukî durumları düzenleyen kanunların eski subjektif hukukî durumları etkileme gücü de yoktur¹⁴⁶.

1.1.6. POZİTİF HUKUK

Pozitif hukuk, toplumun çoğunluğu tarafından kabul edilen en yüksek otorite tarafından oluşturulan¹⁴⁷, bireysel ve sosyal ilişkileri düzenleyen ve zorlayıcı yaptırım gücüne sahip hukuk kurallarının bütünüdür¹⁴⁸. Pozitif hukuk, siyasî bakımdan üstün olanların, tâbi olanlar için belirlediği kurallardan oluşur¹⁴⁹. Pozitif hukukun içeriğini onu yapanlar belirler ve ihtiyaç olunca da değiştirirler. Nitekim, pozitif hukukun toplumdan topluma ve çağdan çağa değişmekte olduğu bir gerçektir¹⁵⁰.

Pozitif hukuk, ampirik sosyal hayatın gerçeklerinden kuvvet alan, bu gerçeklere göre değerlendirilen, tarihî süreç içerisinde gelişen bir kültür değeri görüntüsündedir¹⁵¹. Her pozitif hukuk sisteminin yanında ona benzeyen ve onu destekleyen bir ahlâk ve değerler sistemi de olmalıdır¹⁵² ki, bu sayede hukukun bireyler tarafından içselleştirilmesi mümkün olabilsin.

¹⁴² Önen, 44

¹⁴³ T. Azmi Uslu, *Yeni Hukuk Lugatı ve Hukuk Terimleri Sözlüğü*, İstanbul 1964, 125; Güriz, *Hukuk Felsefesi*, 283

¹⁴⁴ Türközer, 226

¹⁴⁵ Türközer, 225

¹⁴⁶ Güriz, *Hukuk Felsefesi*, 141

¹⁴⁷ Güriz, *Hukuk Felsefesi*, 318

¹⁴⁸ Kubalı, *Esas Teşkilat Hukuku*, 13; Önen, 42; Bilge, 35; Adal, 8; Tikveş, 4

¹⁴⁹ Güriz, *Hukuk Felsefesi*, 314

¹⁵⁰ Aral, 44

¹⁵¹ Çağlı, *Hukuk ve Hukuk İlmine Giriş*, 287-288

¹⁵² Abdülhak Kemal Yörük, *Hukuk Felsefesi Dersleri*, İstanbul 1961, 47

1.1.6.1. Pozitif Hukuk-Objektif Hukuk İlişkisi

Yöneticilerin koyduğu pozitif hukuk salt bağımsız bir hukuk değildir; geçerliliği ve yaptırım gücü büyük ölçüde objektif hukuka dayalıdır. Örneğin, göçebe ve geçimi avcılığa bağlı bir toplumun hukuk düzeni bu yapılanmaya göre belirlenmek zorundadır¹⁵³.

Örnekte gösterilen dış baskı, yönetenlerin idarelerinden üstündür ve onlara kendini empoze eder. İşte bu baskı, objektif hukukun kaynağını oluşturur. Bu durumda ortaya iki sonuç çıkar; birincisi; pozitif hukuk, objektif hukuka uygun olduğu ölçüde geçerlidir. İkincisi ise, pozitif hukuk objektif hukuka uygun biçimde düzenlenmese de, objektif hukuk yine ağırlığını koyarak kendini hissettirir ve kendi kuralını uygulatır.

Objektif hukukun kaynağını oluşturan ve hem topluma hem de yöneticilere ağırlığını hissettiren dış baskının ilk unsuru *doğal baskı* (iklim, coğrafya vb.), ikincisi manevi, millî ve ahlâkî duyguların oluşturduğu *manevî unsur*, üçüncüsü de *dayanışma duygusu*¹⁵⁴ (aile, meslek ve toplum dayanışması).

1.1.6.2. Pozitif Hukuk ve Kuvvetler Ayrılığı

Kuvvetler ayrılığı gereği hukuk normlarının bağımsız bir yasama organı tarafından konulmasında gözetilen amaç, tek bir olay hakkında karar veren resmi makamların uygulayacakları hukuk normlarının imkan ölçüsünde belirli, kesin ve onların subjektif değerlerinden ayrı olmasını sağlamaktır.

Pozitif hukuk normları, ne kadar objektif ve eksiksiz yapılı ve gelişirse hukukun uygulanırlığı ve hukuktan beklenen o ölçüde gerçekleşir, yürütme de hukukî uygulamada başarı sağlar. Pozitif hukukça sağlanan hukuka güven adil olmayan kanunlarla bozulur. O halde kanun koyucular, adil ölçülerde kanun yapma melekesine sahip olmalıdır.

1.2.7. HUKUKTA AKIL VE İÇTİHADIN ROLÜ

1.2.7.1. Akıl

Akıl, bağlamak, tutmak, engel olmak, alı koymak, hapsetmek gibi manalara gelmektedir¹⁵⁵. Önceden bilmediği bir şeyi bilmek ya da yapmakta olduğu şeylerden vazgeç-

¹⁵³ Mehmet Akad, *Baskı Gruplarının Siyasal İktidârla İlişkileri*, İstanbul 1976, 14

¹⁵⁴ Akad, *Baskı Grupları*, 15

¹⁵⁵ İbn Manzûr, XI, 458-466

mek¹⁵⁶ manalarında kullanılan akıl, bazen delilik¹⁵⁷ ve ahmaklığın zıddı¹⁵⁸, bazen de cehaletin zıddı olarak tanımlanmıştır¹⁵⁹. Garazların ve maslahatların düzenlenmelerine vesile olan öncüllerle zihinde meydana gelen manalar, insan davranış ve konuşmalarında ortaya çıkan güzel görünüm¹⁶⁰, varlıkları gerçeklikleriyle algılayan basit bir cevher¹⁶¹, varlıkların algılanmasını sağlayan ve onların gerçekliklerini birbirinden ayıran¹⁶² idrak ve temyiz aracı manalarına da gelmektedir.

Akıl ve düşünce sahibi olarak doğada kendini bulan insan, kendi dışındaki bütün varlık alanlarıyla akıl ve düşünce sayesinde uyum sağlar. İnsan, dış dünyaya bu değerlerle açılır. Düşünce, insanın dış dünyaya karşı bilinçli bir anlama, nüfuz etme, tahlil, tespit faaliyeti ve yönlendirme sürecidir. Bu açıdan hareketsiz bir düşünce veya düşüncesiz bir hareket insanın beklentilerine cevap veremeyen faydasız eylemlerdir.

Felsefî, iktisadî, sosyal ve siyasal yetersizlik ve acizyetlerin temelinde düşünce ve hareketin hareketsizliği yatar. Düşüncenin hareketsizliği hem düşüncenin hem de vasıflanması gereken dış dünyanın solması, büzülmesi ve sonunda da ölmesi demektir. Akıl ve düşüncenin kendi içerisindeki uyum ve tutarlılığı, insanın dış dünyayı, insan ve toplum hayatını doğru algılanması ve vasıflanması açısından büyük önem taşır.

Düzenin kaynağı akıldır. Gerek iç gerekse uluslararası barış ve düzen için aklın önemi büyüktür¹⁶³. Akıl, insanın içinde yaşadığı doğal ve sosyal çevreye bir uyumdur. Buna bağlı olarak toplumun yapısını belirleyen kurumlarla sürekli bir etkileşim içinde gelişmektedir. Akıl, bu kurumlar üzerinde işleyen ve onları değiştiren bir şey olduğu kadar içinde geliştiği sosyal çevrenin de bir ürünüdür¹⁶⁴. İnsan aklı, özgürlük ve irâde hürriyetine sahiptir. Aklın özgürlüğü kendi alanında becerisini ortaya koyabilmesi ve ihtiyaç duyduğunda ilke prensipleri değiştirme imkanlarına da sahip olması ile ölçülür.

¹⁵⁶ İsfahânî, 342

¹⁵⁷ Şükrü Özen, *İslâm Hukuk Düşüncesinin Aklileşme Süreci*, İstanbul 1995, (Basılmamış Doktora Tezi), 39

¹⁵⁸ İbn Manzûr, XI, 458

¹⁵⁹ Özen, 39

¹⁶⁰ Özen, 39

¹⁶¹ Özen, 39

¹⁶² Âmidî, I, 15

¹⁶³ Aral, 16

¹⁶⁴ Hayek, I, 28

1.2.7.1.1. İslâm Hukuk Düşüncesinde Aklın Önemi

İslâm, varlıkların incelenmesinde akli kullanmayı teşvik etmiştir¹⁶⁵. Kur'ân kainatta-ki eşsiz düzeni, onu yöneten kanunları aklın bakışına sunar ve insandan, aklını kullanarak, kainatı dikkatle incelemesini ve anlamasını ister¹⁶⁶. Evrendeki düzeni anlama gücüne sahip olan akıl, aynı zamanda, sosyal ve siyasal düzeni oluşturma ve sürdürme yetkisine de sahiptir. Çünkü daha önce de belirttiğimiz gibi Kur'ân, yanlış inançların kaynağı olan ataların körü körüne taklit edilmesini yermektedir. Ayrıca Kur'ân, akli kullanmama ile düzensizlik arasında bağ kurmaktadır¹⁶⁷.

Yükümlülüğün dayanağı, akıldır¹⁶⁸. İnsanlar zarar ve faydalarına olan şeyleri akılla-nyla bilirler¹⁶⁹. Kur'ân da akli, sorumluluğun kaynağı olarak kabul etmektedir¹⁷⁰.

Kur'ân'da akıl kelimesiyle ilmî ve amelî konularda öznenen çıkan fiiller kasdolunur. Bu anlamıyla akıl, öz değil ilinti, özne değil fiildir. Kök halinde akıl kelimesi Kur'ân'ın hiçbir yerinde isim olarak yer almaz. Kur'ân'da aklın isim değil de fiil olarak yer alması bu kelimenin dinamik bir olgu olduğunu deyimler¹⁷¹. Öyleyse önemli olan akla sahip olmak değil onu iyi kullanmaktır¹⁷². Zira akıl duyulardan ve duygulardan ileri gelen yanılmaları engelleme gücüne sahiptir¹⁷³. Ancak bu doğru bir yöntem uygulamakla gerçekleştirilir.

Kur'ân'ın ilahî bir metin olarak kendisinin hidayetini tek kaynağı olduğu¹⁷⁴ gerçeği, dogmatizmi çağrıştıran gibi görünmekteyse de bu, Kur'ân için söz konusu edilemeyecek bir durumdur. Çünkü bizzat Kur'ân akla değer vermek ve akli yöntemleri kullanmak suretiyle insan hayatının her safhasında aklın gerekliliğini vurgular.

¹⁶⁵ 2 Bakara 73, 164, 242; 3 Âl-i İmrân 118; 6 En'am 151; 12 Yusuf 2; 24 Nur, 61; 13 Ra'd 4; 16 Nahl 12, 67; 21 Enbiya 10; 23 Mu'minun 80; 26 Şuara 28; 28 Kasas 60; 29 AnkEbût 35, 43; 30 Rum 24, 28; 36 Yasin 62, 68; 37 Saffat 138; 40 Gâfir 67; 43 Zuhuruf 3; 45 Casiye 5; 57 Hadid 17

¹⁶⁶ 2 Bakara 164, 242; 7 A'raf 185; 21 Enbiya 30; 30 Rum 22; 13 Ra'd 4; 20 Taha 53-54; 22 Hac 45-46; 29 AnkEbût 40-41; 47 Muhammet 67

¹⁶⁷ 7 A'raf 169; 10 Yunus 100; 28 Kasas 60; 39 Zümer 43; 67 Mülk 10

¹⁶⁸ Şâtibî, III, 23-27

¹⁶⁹ Özen, 97

¹⁷⁰ 2 Bakara 43, 73, 242; 8 En'am 151; 11 Hûd 51; 13 Ra'd 19; 14 İbrahim 52

¹⁷¹ Özen, 72

¹⁷² Amiran Kurtkan Bilgeseven, *Sosyal İlimler Metodolojisi*, İstanbul, 1989, 3. Baskı, 32

¹⁷³ Bilgeseven 32

¹⁷⁴ 2 Bakara 2, 185; 17 İsra 9, 82

Tarih boyunca dinler sürekli bir gelişme göstermiştir. Bu gelişme zincirinin son halkası olan İslâm dini insanın aklî yeterliliğine ve iradesine önem vererek belirli bir yönetim biçimi önermemiştir. Çünkü İslâm'ın, her zaman ve mekanda geçerli olmasının mantığı, yenilenmek, değişmek ve gelişmek zorunda olan yönetim sistemlerini oluşturma ve düzenleme yetkisini reşit insan aklına bırakmıştır. Böylece akıl, İslâm dini tarafından bu sistemleri bireysel ve toplumsal yararlar gereği genel prensipler çerçevesinde biçimlendirme konumuna getirilmiş olmaktadır¹⁷⁵.

İnsanlık tek akıldan çok akılcılığa doğru bir süreç izlemektedir. Önceleri toplumlar bir-iki kişi tarafından yönetilirdi. Bu tür toplumlarda kurumsallaşma yok denecek kadar az idi. Gelişmiş toplumlarda ise, sosyal katılım yüksek oranda olduğu için sosyal ve siyasal hayat daha sağlıklı ve kurumsallaşma daha da gelişmiştir. Çünkü pek çok kişinin bir araya gelerek yaptıkları iş bir kişinin yaptığından daha sağlıklı ve isabetli olur¹⁷⁶. Farklı akıllar ve kurumlar, karşılıklı etkileşimle gelişirler ve buna bağlı olarak sosyal düzen daha da sağlıklı bir yapıya kavuşur.

1.2.7.2. Akıl ve Hukuk

İslâm'ı doğru bir şekilde uygulayabilmek için, öncelikli olarak, Kur'ân'ı doğru anlamak ve öğretisini sağlıklı bir biçimde kavramak gerekir. Çünkü, kavramlar doğru kullanılmadığında, hüküm bildiren önermelerden doğru sonuçlar çıkarılması da mümkün değildir. Önermeler doğru olmadığı sürece bu önermelerle gerçekleştirilen akıl yürütmeler de doğru sonuçlanmaz¹⁷⁷.

İnsanın her zaman ve her yerde aynı mantık kanunlarına uyan düşünce yeteneğini göstermesi bakımından objektif bir karaktere sahip olan akıl, hukukun düzen fonksiyonunu belirleyen ideal türden bir faktördür¹⁷⁸.

Yasa, toplumun başında bulunan yönetimin ortak yararı sağlamak amacıyla açıkladığı akıl buyruğudur. Yani insan aklı ve mantığı, yasaların temel dayanaklarından biridir. Her

¹⁷⁵ Muhammed Ammara, *Laiklikle Dini Fanatizm Arasında İslâm Devleti*, trc: Ahmet Karababa ve Salih Barlak, İstanbul 1991, 82

¹⁷⁶ İbn Mâce, *Fiten* 8; en-Nesâî, Ebû Abdîrrahman Ahmed b. Ali b. Şu'ayb, *Sünen*, I-VIII, İstanbul, 1992, 2. Baskı, Tahrim 6; Ahmed b. Hanbel, IV, 298, 375

¹⁷⁷ Dücane Cündioğlu, *Anlamanın Buharlaşması ve Kur'ân*, İstanbul 1995, 22, 30

¹⁷⁸ Aral, 17

yasa yapılması gerekenle yapılmaması gerekeni gösteren bir ölçü, bir kural olduğuna göre iyi ile kötüyü, doğru ile yanlış ayırma görevi akla verilmiştir. Dolayısıyla bir irâde buyruğu olan yasa, aklın öncüllerine göre de düzenlenmelidir.

Her şeyin üstün bir akla ve mantığa göre ayarlanması, akıl sahibi olan insanı öteki yaratıklar gibi içinden gelene kapılıp sürüklenmekten kurtarır. İnsanın etkin olması, aklın rehberliğinde bilerek, isteyerek yani özne olarak fonksiyonel olması demektir.

Peygamberlik kurumu sona erip vahyin arkası kesildikten sonra, hakkında nass gelmeyen konularda akıl kendine güvenmelidir. Kur'an'ın sürekli akla ve tecrübeye akıfka bulunması, peygamberlik kurumunun sona erdiğinin ve aklın bir bilgi ve hukuk kaynağı olduğunun göstergesidir. Değişen şartlar ve durumların ortaya çıkardığı problemler, aklın önderliğinde nassların manaları üzerinde yapılacak fikrî çalışmalar sonucu vasıflanacak ve buna bağlı olarak, yeni yorumların oluşturduğu ve geliştirdiği hukuk da değişim ihtiyacına cevap verecektir.

1.2.7.3. İçtihat

İçtihat, lügat olarak gayret ve zorluk manalarındaki, *cehd* veya *cuhd* kökünden gelmektedir¹⁷⁹. Ayrıca zor iş, gayret etmek, talebinde ısrar etmek, zahmet çekmek, haddinden fazla yüklemek, bitkin hale getirmek manalarına da gelmektedir¹⁸⁰.

İstilahta ise içtihat, bir şeye ulaşmak için bütün gücü harcamak¹⁸¹, ayrı ayrı delillerden amelî-şer'î hükümlere ulaşmak için son derece gayret göstermek¹⁸², hakkında nass olmayan olayda bir hükme ulaşmak için son derece gayret göstermek¹⁸³, yol gösterici emarelerle doğruyu araştırmak¹⁸⁴ gibi manalara gelmektedir.

Çağdaş yazarlardan Fazlur Rahman, içtihadı: "İçinde bulunulan duruma uygulan-

¹⁷⁹ İsfahânî, 101; İbn Manzûr, III, 133; Şevkânî, *İrşâdu'l-Fuhûl*, 370

¹⁸⁰ İbn Manzûr, III, 133

¹⁸¹ Gazâlî, el-Mustasfa, II, 510; Şevkânî, *İrşâdu'l-Fuhûl*, 370; İbn Hazm, Ebû Muhammed Ali b. Ahmed b. Sa'id, el-İhkâm fî Usûli'l-Ahkâm I-IV, Beyrût ts, II, 629; I. Goldziher, "İçtihad" mad., İA, V-II, 927

¹⁸² Hallâf, Mesâdiru't-Teşri'i'l-İslâmî fî mâ lâ Nassa fihi, 3. Basım, Kuveyt, 1980-1390, 7; Seyyit Bey, Medhal, İstanbul 1323, 163; Ömer Nasuhi Bilmen, Hukuki İslâmiyye ve İstilahatı Fıkhiyye Kamusu, I, 17, 242; Abdulkadir Şener, "İslâm Hukukunda Rey ve İçtihad", AÜİFD, c.XIX, 124; Atar, Fıkıh Usûlû, 305; Suphi Mahmasânî, Felsefetu't-Teşri' fi'l-İslâm, Beyrût 1952, 2. baskı, 156

¹⁸³ Hallâf, Mesâdir, 7

¹⁸⁴ Özen, 10, (Mâverdi, Edbü'l Kadi, I, 488'den naklen)

bilecek şekilde kural içeren bir nassın veya benzer geçmiş bir uygulamanın anlaşılması ve bundan çıkarılan genel ilkenin teşmil, tahsis ya da aksi halde ta'dil edilmesi"¹⁸⁵ şeklinde tarif etmiştir.

İnsanlığın âdetleri ve dinleri tek bir yol ve süreç üzerinde devam etmez¹⁸⁶, zaman ve mekanda farklılık gösterir. Aynı hal milletlerde, yerleşim yerlerinde ve devletlerde de görülür¹⁸⁷. Hayatın değişken akışı, insanın önünde yeni problemler, yeni sorunlar getirmektedir. İnsanın yaşaması ve medeniyetini geliştirmesi ise, bu çağdaş problemleri çözme yeteneğine bağlıdır. Hayatın değişken akışına aldırmandan ve karşı koymadan bir köşeye çekilmek kolaydır, fakat bu, insan için bir değer ifade etmez. Karşılaşılan problemleri çözmek veya çözmekten kaçınmak bilimsellikle örtüşmez. Hukukun ve hukukçunun görevi, hukuk metodolojisi disiplini içinde karşılaşılan yeni problemleri vasıflayıp sonuçlandırmak olmalıdır. İşte bu faaliyet, içtihat kavramı ile ifade edilmektedir. İctihat, ister yeni ve bilinmeyen bir meseleye isterse bilinen bir meselenin başka bir şekilde çözümlenmesine yönelik olsun, bütün İslâm tarihi boyunca kanun yapma vasıtası olarak değerlendirilmiştir¹⁸⁸.

İnsanın bütün durumlarını gözetmek amacını taşıyan bir din olarak İslâm, uygulama uyum ve esnekliğine sahiptir. Evrensellik ve esnekliğin varlığı, nasslar ile realite arasında karşılaştırmalar yaparak, dinin temel ilke ve amaçları doğrultusunda ve bir akış halinde olan hayatta, insanların sorunları ve problemlerine çözüm bulmayı gerektirmektedir. Nassın güncelleşmesi ve böylece değişik durum ve zamanlara uyum sağlaması için, içtihadı soyut bir kavram olmaktan çıkarıp, dinamik, aktif ve sürekli bir aksiyon haline getirmek gerekmektedir.

Nasslar, evrensel değerlerle yüklüdür. Kur'ân ve Sünnet, inzal ve varid oldukları zamanın değerleri yanında, bir de her zaman ve her mekan için geçerli olan değerler ve delaletlere sahiptirler. İslâmî nasslar sadece, zaman ve mekanın değişimine bağlı olarak değişen konuları ele aldığından dolayı değil, aynı zamanda, zaman ve mekanın değişme-

¹⁸⁵ Fazlur Rahman, *İslâm ve Çağdaşlık*, trc: Alparslan Açıkgenç - M. Hayri Kırbasoğlu, Ankara, 1996, 37

¹⁸⁶ 5 Mâide 58

¹⁸⁷ Mahmasânî, 151

¹⁸⁸ Hallâf, *İslâm Hukuk Felsefesi*, 66-67; Mahmasânî, 140; Sava Paşa, II, 16; eş-Şelebî, 35

siyle değişmeyen konuları da ele aldığından aşkındırlar. Çünkü zaman ve mekanı aşkın meseleler yoksa, zaman ve mekanı aşkın hükümler de yoktur¹⁸⁹. Hükme medar olan olaylar zaman ve mekanı aşkın bir özellik taşıyorlarsa, *illet devam ediyorsa* bu olayların hükümleri de aynı şekilde zaman ve mekanı aşkındır¹⁹⁰. Olaylar bu özelliğe sahip değilse-ler hükümleri de aşkın olmaz.

1.2.7.3.1. Hz. Peygamber ve Sahabe Döneminde İçtihat

İnsanlığın gelişmesiyle artık peygamberlere (hazır vahiy) ihtiyaç kalmamış, son peygamberin getirdiği evrensel ilkeler doğrultusunda insan, kendi yolunu kendisi çizerek olgunluğa ulaşmıştır.

Bugünün insanların bilmek istediği, yaklaşık 23 yıl devam eden peygamberlik süresinde Hz. Muhammed'e indirilen Kur'an'ın, müslümanların gelecekte yapacakları veya yapmaları gereken şeyler hakkında ne söylediğidir¹⁹¹. Bu açıdan içtihat, İslâm hukuk düşüncesinin temel özelliklerindendir. İçtihat, Hz. Peygamber zamanında Kur'an ve Sünnetten sonra bir hukuk kaynağı olarak öne çıkmıştır¹⁹². Hz. Peygamber hem içtihat yapmış¹⁹³ hem de arkadaşlarını içtihat yapmaya teşvik etmiş¹⁹⁴, yalnız teşvikle de kalmamış örnek ve uygulamalarıyla ashabına da öğretmiştir¹⁹⁵.

Hz. Peygamber'in bir kısım içtihatları Kur'an'ın hükümlerini bildirmesi, belirtmesi risalet ve tebliğ özelliği içermesi açısından bağlayıcı niteliktedir. Bir kısım içtihatları ise, devlet ve sosyal hayatla ilgili düzenlemeleri yaptığı içtihatlardır. (Bedir harbinde konaklanacak yer konusundaki¹⁹⁶ tavrı, Tebük seferine gitmeyenlere izin vermesi¹⁹⁷ vb.). Bu tür içtihatlar Hz. Peygamber'den, devlet başkanı ve komutan olması hasebiyle sadır olduğu

¹⁸⁹ Cündioğlu, *Kur'an'ı Anlamanın Anlamı*, İstanbul 1995, 95

¹⁹⁰ Cündioğlu, *Kur'an'ı Anlamanın Anlamı*, 96

¹⁹¹ Fazlur Rahman, *Makaleler I (Allah'ın Elçisi ve Mesajı)*, trc: Adil Çiftçi, Ankara 1997, I, 61

¹⁹² İbn Mace, *Ahkâm 3*; Nesâî, *Âdâbul Kudât 3*; Tirmizî, *Ahkâm 2*

¹⁹³ "Bana hakkında vahiy gelmeyen konularda, aranızda reyimle hükmediyorum", Ebû Dâvûd, *Akdiye 7*; Hz. Peygamber'in, karısı siyah çocuk doğurana cevabı, Buhârî, *İ'tisam 12*; Müslim, *Li'an 18*

¹⁹⁴ "Eğer aralarında hükmeder, isabet edersen...", Buhârî, *İ'tisam 21*; Müslim, *Akdiye 15*; Ebû Dâvûd, *Akdiye 2*; Nesâî, *Ahkâm 2*; *Âdâbu'l- Kudât 3, 11*; Ahmed b. Hanbel, *IV, 98*; es-Serahsî, *Ebû Bekir Muhammed b. Ahmed b. Ebi Sehl, Kitabu'l-Mebsût, I-XXX*, Beyrut, 1989/1409, *XVI, 70*; eş-Şâfî, *Muhammed b. İdris. er-Risâle, Kâhire 1979/1399, 94*. "Muaz Hadîsi", Ebû Dâvûd, *Akdiye 11*; Tirmizî, *Ahkâm 3*; Hanbel, *V, 230, 236, 242*

¹⁹⁵ Serahsî, *Usûl, II, 130*

¹⁹⁶ Müslim, *Cihad ve Siyer, 18*; Ahmed b. Hanbel, *III, 105*; İbn Hişâm, *es-Sîretü'n-Nebeviyye, (Ravdu'l-Unûf'la birlikte) I-IV, Mısır 1972, III, 34*

¹⁹⁷ 9 Tevbe 43

için bağlayıcıdır. Toplumsal yönetimle ilgili hükümler, ana hükümler dahi olsa, Hz. Peygamber'den sonra gelen yöneticiler için bağlayıcı değildir. Çünkü bu tür hükümler zaman ve mekanın zorunluluklarıdır¹⁹⁸.

Hz. Peygamber'den sonra sahabiler, Kur'ân'da bulunsun veya bulunmasın, çeşitli konularda içtihat yapmışlardır. Ve böylece içtihat alanı genişlemiştir. Sahabe döneminde hem bireysel hem de toplu içtihat söz konusu olmuş, özellikle yürütme ile ilgili konularda toplumsal, medenî hukukla ilgili konularda ise bireysel içtihada yönelinmiştir¹⁹⁹.

Sosyal hayatla, özellikle idârî işlerle ilgili meselelerin çözümüne nasslardan kaynak bulunamaması siyaset ve idârî yasama ile ilgili yeni çözüm modellerinin devreye girmesi sonucunu doğurmuş, hatta gerektiğinde nassların sabit hükümlerinin de değiştirilmesi yoluna gidilmiştir. Özellikle Hz. Ömer'in uygulamaları bu konuda en belirgin örnekler olarak gösterilebilir.

Sahabilerden hiçbiri inanç ve ana sahalardaki özel içtihatlarını hiç kimse için bağlayıcı olarak değerlendirmemiştir. Hiçbir sahabe bütün çağlar için kanun koyma hakkını kendinde görmemiştir. Fakat sonradan gelenler bu hakkı onlarda görmek istemişlerdir. Sahabilerin maslahat ve menfaat gereği verdikleri hükümler ve yaptıkları uygulamaların sürekli genel yasama olarak değerlendirilmeleri, hukukî değişme ve gelişmeyi sınırlandırmıştır²⁰⁰.

Sahabenin saygınlığı ve tarihteki konumunun önemi bütün müslümanlar tarafından takdir edilmektedir. Fakat içtihat yoluyla ortaya çıkan hükümler, içtihat yapanın büyüklüğünden çok, yetiştiği ortamın ilmî derecesinin damgasını taşımaktadır. İlim, insanın aklı ve kişisel büyüklüğünden daha çok sosyal ve siyasal alanlarda çağına kadar gelen ilmî birikimden etkilenir. Sahabe dönemi ile günümüz arasında, 14 asırlık bir süre vardır. Bu, bugünün araştırmacısının daha çok tarihî tecrübeye sahip olması demektir. O halde herhangi bir yetkili şahıs kendinden önce gelenlerin veya kendi döneminde yaşayanların kanaatlerini eleştirebilmeli, yeni öneriler getirebilmelidir. Bu durum ve hak, sadece, eski hukukçuların bireysel görüşleri için değil, herhangi bir devirdeki pek çok hukukçunun icma

¹⁹⁸ Fazlurrahman, Makaleler I, 133

¹⁹⁹ Sahabe dönemiyle ilgili içtihadlara örnekler Taf. bk. eş-Şelebî, 64-71

²⁰⁰ eş-Şelebî, 317

oluşturan ortak görüşleri için de geçerlidir²⁰¹. Çünkü hiçbir insan veya grup bütün zaman ve mekanların hukukçusu olamayacağı gibi görüşleri de evrensel geçerlilikte olamaz. Her insan veya her topluluk az çok kendi dönemiyle kayıtlıdır. Fakat ilim ve düşünce, tarihî süreçte, devamlı gelişmekte ve buna bağlı olarak medeniyet de sürekli yükselmektedir. Çünkü medeniyet bütün insanlık birikiminin ortak bileşkesi ve ortak ürünüdür.

Raşit halifeler dönemi İslâm siyasal düşüncesi açısından parlak bir başlangıç olarak kabul edilmektedir. Buna göre bugünün araştırmacısı, 14 asırlık tecrübeyi göz önünde bulundurmadan siyasal kurumlaşmayı veya devlet yapılanmasını onların kurduğu taslak üzerine kurmaya çalışırsa, yalnızca onların yaşadıkları çağın gereklerini yerine getirmiş ve böylece İslâm'ın gelişme ve değişme özelliğini engellemiş olur.

Hukukun sadece hali hazırına yönelik bir hukuk ilmi, onun yalnızca anlık bir kesitini gösterir. Fakat bu yaklaşım, bütünün açıklanması için yetersizdir²⁰². Herhangi bir toplum hakkında araştırma yapan sosyal bilimci sadece o topluma ait sosyal durum ve şekillere bakmamalıdır. Günün şartlarını oluşturan sebeplere ve geçmişin şartlarına birlikte bakmalıdır. Ayrıca geçmişin ve şimdinin şartlarını inceledikten sonra geleceği yönlendirmeye de çalışmalıdır²⁰³.

Gelişmelere karşı durma, kendi dünyasına çekilme, başkalarının farklı zaviye ve ölçülerinden bakarak kendini değerlendirememeye, giderek kendini dokunulmaz tek gerçek konumunda görme, şeklindeki fikrî ve zihnî yaklaşım biçimi kişinin kendini karanlığa mahkum etmesidir²⁰⁴.

Gelecek, hem iç hem de dış boyutuna (ontolojik ve fikrî) bir sınırlama getirmeden tarihin getirmiş olduğu birikimi sürekli olarak akıl ve düşünce ile biçimlendirerek, hayat gerçeğine uyarlayan toplumların olacaktır. Kendi insani ve öz kimliğini belli ve sınırlı bir kültürel, sosyal ve siyasal anlayışla bloke etmek ancak bilincine varılmayan bir biçimde en amansız düşmanlar tarafından önerilebilecek bir kendi kendini imha ve yok etme olabilir. Tarih algılarını, sadece geçmiş zaman kesitine indirgeyen böyle bir anlayış geçmiş zama-

²⁰¹ Pezdevî, III, 480

²⁰² Çağıl, "Bir Eser Münasebetiyle Hukuk Mefhumu ve Hukuk İdesine Dair Bazı Düşünceler", *İÜHFİM*, c: XXIV, sy: 1-4, İstanbul 1959, 419

²⁰³ Asaf Hüseyin, *İslâmi Radikalizmin Ötesi*, trc: Selahattin Ayaz, İstanbul 1993, 39

²⁰⁴ Sadık Kılıç (Garaudy, Roger), *Afarozaan Diyaloga*, trc: Sadık Kılıç, İstanbul 1996, sunuş: 8

nın yanı sıra hal ve geleceğin de berrak ve açık okunuşundan mahrum olacak, risksizlik ve inisiyatifsizlik öne çıkacak ve tarih batağına saplanacaktır²⁰⁵.

1.2.7.3.2. İçtihat ve Yasama

Yasama kuvveti, bağlayıcı özelliği olan genel kurallar koyma hakkına sahip kuvvettir. İçtihat, bağlayıcı özelliği olmadığı sürece yasama kuvveti olarak kavramlaştırılmamalıdır. Bağlayıcı özellik, soyut içtihadî görüşü bağlayıcı hakka sahip organdan çıkan hukukî içtihada nakletmektir. O halde bağlayıcı özellik, bireylere içtihadî görüşü uygulama zorunluluğu yükleyen kanuni ve yasama mahiyeti olan özelliktir.

Hukukçunun hukukî faaliyeti başka, bu faaliyetin sonucu olan görüşün resmî yaptırım gücünü kazanması ise başkadır. O halde yasama organının hukukçulardan birinin veya bir grubun uygun görüşünü benimseyip yürütmenin hizmetine sunması doğru bir harekettir ve insanlar için bağlayıcıdır²⁰⁶.

Naslar tek başlarına, *subûtu katî* olsalar da temel bir esas olacak, ilke verecek ve hedef belirleyecek düzeyde kesinlik arz etmezler. Çünkü farklı yorumlara açıktırlar²⁰⁷. Bu açıdan, birinci derecede Kur'ân ve Sünnetin yorumuna dayanan müslüman hukukçuların kanaatleri, şartların değişmesiyle farklılık gösterebilir. Eski hukukçuların görüş ve kanaatlerinin yeni hukukçular tarafından gözden geçirilmesi, Kur'ân ve Sünnete karşı bir hareket olarak değerlendirilmemelidir.

Devlet, toplum ve hayatın problemleri sürekli değişme ve gelişme göstermektedir. Sürekli değişimin hareket halinde tuttuğu hayat gerçeğini disipline etmesi için gönderilen İslâm, yetkiyi, yürürlüğe konmuş yasalara bırakmıştır. Bu sebeple toplum, devlet aracılığıyla sistem ve yasalar konusunda yeni yorumlar, düşünsel ve kurumsal yenilikler getirecek, sürekli değişip gelişen hayat gerçeğine uygun içtihatlar yapacaktır.

Toplumlara yönetim sistemlerini oluşturma ve biçimlendirme hak ve yetkisini vermeyen ve İçtihat kapısının kapandığına karar verenler, toplumun düşünce sistemini kesenlerden daha tehlikelidirler. Çünkü onlar pek çok etkinliğin yok olmasına ve düşünürle-

²⁰⁵ Kılıç, 10

²⁰⁶ en-Nebhân, 148

²⁰⁷ eş-Şâtibî, I, 129.

rin azalmasına sebep olurlar²⁰⁸.

Kur'ân ve Sünnet, üst düzey hukuk kaynakları olsalar da müslüman toplumların sosyal, siyasal, ekonomik ve yasal problemlerle ilgili düzenlemeleri siyasal, sosyal, ekonomi, hukuk vb. ilimlerinin kapsamı içindedir²⁰⁹. Günümüz dünyasında her sahada bilgi üretim ve tüketimi hızla artmaktadır. Bu sebeple ilmin değişmez sonuçlara ulaştığını söylemek imkansızdır. Önceki dönemlerin ilmi verilerine göre yapılan değerlendirmeler, evrensellik niteliğini haiz olmayabilirler.

İçtihat topluma siyasal yön kazandıran, toplumun siyasal açılımına işlerlik getiren en önemli etkenlerdendir²¹⁰. Çünkü toplumun donup kalmış yasa ve kurumlarla yönetilmesi düşünülemez²¹¹. Toplumların yapıları değiştiğinde, öge ve üyelerinde farklılaşma başladığında, devletin yönetim biçiminin de değişmesi kaçınılmazdır. Çünkü yönetim yeni şartlara uyum sağlayacak esneklikte olmalıdır. Ancak böyle bir esneklik, akla düşünme fırsatı verir ve toplum bu sayede yeni şartlara göre kendi hayatının ayrıntılarını belirleme hakkını kazanır²¹².

1.2.8. HUKUK-DİN İLİŞKİSİ

1.2.8.1. Hukuk ve Yönetim Açısından Kur'ân

Kur'ân, Hz. Muhammed'e Allah tarafından vahiy yoluyla indirilmiş, mushaflarda yazılmış, Hz. Muhammed'den mütevatir olarak meşhur yedi harf üzere²¹³ kesin olarak²¹⁴ naklolunmuş²¹⁵, okunmasıyla ibadet olunan mu'ciz kelimedir²¹⁶. Kur'ân'ı Kerim, bütün müslümanlarca²¹⁷ İslâm hukukunun ilk kaynağı kabul edilmektedir²¹⁸.

Allah'ın insanlara hidayet ve rehber olarak gönderdiği Kur'ân, inanç ve insan hakla-

²⁰⁸ Ammara, *İslâm Devleti*, 91

²⁰⁹ Ammara, *İslâm Devleti*, 25

²¹⁰ Ziyaeddin Rayyis, *İslâm'da Siyasî Düşünce Tarihi*, trc: İbrahim Sarmış, İstanbul 1995, 2. baskı, 34

²¹¹ Rayyis, 37

²¹² Rayyis, 38

²¹³ Serahsî, *Usûl*, I, 279

²¹⁴ Pezdevî, I, 67-70

²¹⁵ İbn Melek, Abdullatîf b. Feriştah, *Şerhu'l-Menâr fi'l-Usûl*, İstanbul 1965, 8; Molla Husrev, 29

²¹⁶ Muhammed Abdulazim ez-Zerkânî, *Menâhîlu'l-İrfân fi Ulûmi'l-Kur'ân I-II*, Mısır, 1943/1362, I, 12; Subhi Salih, *Mebâhis fi Ulûmi'l-Kur'ân*, Beyrût 1981, 21

²¹⁷ Mahmasânî, 99

²¹⁸ Şakirul'l-Hanbelî, *Usûlu'l-Fıkhi'l-İslâmi*, Suriye, 1948/1368, 41

rını tanımak²¹⁹, malı korumak²²⁰, sosyal ve siyasal birliği²²¹, adâleti sağlamak²²², saldırganlığı önlemek²²³ vb. gibi evrensel değer ve prensipleri korumayı ve yaşatmayı amaç edinir.

Kur'ân, birey ve toplumların bütünlüğünü korumaya ve geliştirmeye büyük önem vermiştir. Öyleyse bu bütünlüğe destek olacak her şey iyi, bozulma ve bölünmeye sebep olacak her şey ise kötü olarak değerlendirilebilir.

Kur'ân insana, yeryüzündeki yaratılışından itibaren kendisine yeterli bilgi ve görgü kazandıran pek çok deneylerden geçmiş olarak bakar²²⁴. Bu sebeptendir ki, Kur'ân'a göre insan artık maddî mucizelerle ve tabiat üstü olaylarla yönetilme ihtiyacında değildir. Onu serbest bırakmak, akılla yönlendirmek, ilim yolunda teşvik etmek, düşünce ve gözlemde derinleştirmek zamanı gelmiştir. Bu sebeple Kur'an'da konular genellikle, birey muhatap alınarak ve insan merkezli olarak işlenmiştir. Bununla da sağlıklı bir toplumsal yapıya kavuşmanın bireylerin yetkinliği ve yetişkinliğine bağlı olduğu anlatılmak istenmiştir.

Hem yaratıcı hem de dış dünya ile olan ilişkilerinde, bireyin gelişmesine vurgu yaptığı için, siyasal düzenlemelerde bulunmak Kur'an'ın temel amaçları içinde yer almamıştır. Bu tür düzenlemeleri genel ilke ve amaçlar doğrultusunda yapmak müslüman bireylerin kabiliyet, meleke ve deneyimlerine bırakılmıştır²²⁵. Kur'ân'ın insana bu şekilde yaklaşımı, ona duyulan güvenin, liyakatini kabul etmenin ve saygının bir göstergesidir. Çünkü Kur'ân, muamelatta insan aklına büyük bir alan bırakmıştır. Ancak Kur'an'da danışma²²⁶, haksızlık yapmama²²⁷, emaneti ehline verme²²⁸, ahlaki ve kamu düzenini koruma²²⁹ vb. gibi ilke bazındaki hükümler bu tür düzenlemeler için referans olma hüviyetlerini her zaman sürdüreceklerdir.

²¹⁹ 2 Bakara 256; 4 Nisâ 29, 32; 5 Mâide 32; 10 Yunus 99; 16 Nahl 71; 17 İsra 32 - 33; 18 Kehf 29; 21 Enbiya 88; 24 Nûr 19; 49 Hucurât 11; 88 Şaşıye 21; 109 Kafirun 1-6;

²²⁰ 4 Nisa 5; 17 İsra 29; 25 Furkan 67

²²¹ 3 Âl- i İmrân 103; 5 Mâide 8, 42; 6 En'am 152; 8 Enfal 46; 9 Tevbe 107

²²² 2 Bakara 282; 4 Nisa 58; 7 A'raf 29, 159, 181; 16 Nahl 90; 57 Hadid 25; 60 Mümtehine 8

²²³ 8 Enfal 60; 22 Hac 39-41

²²⁴ 2 Bakara 151; 76 İnsan 1-3

²²⁵ Yunus Apaydın, "Siyasal Hayat", İlmihal, I-II, İstanbul, 1999, II, 298; Yunus Apaydın, "Siyasi Prensipler Açısından Demokrasi", İslâm ve Demokrasi, Ankara, 1998, 420

²²⁶ 3 Al-i İmran 159; 42 Şûrâ 38

²²⁷ 4 Nisâ 58, 105-108, 135; 5 Maide 8; 16 Nahl 126; 60 Mümtehine 8; 38 Sâd 26

²²⁸ 4 Nisâ 58

²²⁹ 3 Al-i İmran 104; 22 Hâc 41

Bir kimse önceden bir düşünceyi benimser, sonra da onu desteklemek için Kur'ân'a dönerse, düşüncesine delil bulduğunu zannedebilir. Bu yöntemle hareket edip düşüncelerine, Kur'ân'dan delil bulamayan pek olmamıştır. Öyleyse, nüzul sebeplerini bilmemek ve metodik olarak Kur'ân'a yaklaşmamak şüphe ve çıkmazlara yol açabilir. Aslında açık olan nassları kapalı hale getirebilir. Bunun sonunda da ihtilaflar ve anlaşmazlıklar çıkabilir. Bu hususu Şatibî'nin Ebu Ubeyd'den naklettiği şu olay gayet iyi ortaya koymaktadır; "İbrahim et-Teymî anlatır: Bir gün Hz. Ömer düşünceye dalarak kendi kendine, Peygamberi ve kıblesi bir olduğu halde bu ümmet nasıl ihtilafa düşebilir? dedi. (Onun bu düşüncesini okur gibi) İbn Abbas da, Ey Müminlerin Emiri! Bize Kur'ân indi ve onu okuduk, okurken onun kimin hakkında indiğini biliyorduk. Bizden sonra toplumlar gelecek, bunlar Kur'ân'ı okuyacaklar fakat kimin hakkında indiğini bilmeyecekler. Bunun sonucunda Kur'ân hakkında şahsi (dayanaksız) görüşler ortaya çıkınca da ihtilafa düşecekler. İhtilafa düşünce de birbirlerine girecekler. Böyle deyince Hz. Ömer onu susturdu ve azarladı. İbn Abbas oradan ayrıldı. Hz. Ömer onun sözleri üzerine düşündü ve ne kastettiğini anladı. Bunun üzerine onu çağırıp, sözlerini bana tekrarla dedi. O da tekrarladı. Hz. Ömer onun sözünün manasını anladı ve bu yorum hoşuna gitti"²³⁰.

Kur'ân-ı Kerim güneş, ay ve yıldızlar gibi gök cisimlerinden, gök gürlemesi, şimşek ve fırtına gibi gökle ilgili olaylardan bahseder. Fakat o bir astronomi ve meteoroloji kitabı değildir. Canlılardan (deve, örümcek, arı vb.), bitkilerden de söz eder²³¹. Ama ne bir jeoloji ne de bir botanik kitabıdır. Aynı şekilde bazı iktisadî, siyasî ve hukukî konulara da dikkat çeker. Ama o bir iktisat, bir siyaset, bir hukuk kitabı da değildir²³².

Bütün bilimlerin (iktisat, hukuk, siyaset vb.) kendi kuralları ve yöntemleri olduğu gibi dinin de *kutsallık* özelliği vardır. Kutsala yaklaşmak her zaman çekingenliğe yol açar. Dolayısıyla bu disiplinleri mutlak olarak dinin kurallarına bağlamak hem bunların özgünlüklerini hem de dinin kutsallık özgünlüğünü yok eder ve serbest gelişimlerini engeller²³³.

²³⁰ eş-Şatibî, III, 122; es-Suyûtî, Celaluddin, Miftâhu'l-Cenne fi İhticâci bi's-Sunne, Medine, 1410, 4. baskı, 46

²³¹ Örnekler için bk. 2 Bakara 19, 55; 4 Nisâ 153; 13 Ra'd 3-4, 13; 16 Nahl 16, 68; 21 Enbiyâ 33; 29 Ankebût 41; 36 Yâsîn 38-40; 41 Fussilet 11-13; 88 Gâşiye 12, 18

²³² Süleyman Uludağ, İslâm Siyaset İlişkileri, İstanbul 1998, 24

²³³ Uludağ, 24-25

Kur'an'da ayrıntılı hükümler²³⁴ pek azdır. Siyasal, idarî, iktisadî, adlî vb. sosyal konulara ilişkin âyetler ise, çoğunlukla, genel prensipler şeklindedir. Bu konuların düzenlenmesi ve uygulanması büyük ölçüde, müslümanların yaşayacakları şartların gereklerine bırakılmıştır²³⁵. Kur'an'ın bildirdiği genel prensipler ise fazla değildir. O halde, *Kur'an'da her şey vardır*²³⁶ ifadesi hayatta insanın gayretine ve faaliyetlerine hiçbir şey bırakmamıştır şeklinde anlaşılmamalıdır. Bu anlayıştan maksat, ondaki genel prensiplerin veya külli yaklaşımların, amaç belirlemesi ve yönlendirme yaptığına vurgudur²³⁷. Aradaki bütün boşluklar akıl ve idrak sahibi insan tarafından, değişen bilimsel ve teknolojik gelişmeler ve ihtiyaca uygun olarak doldurulmak durumundadır. Ancak Kur'an'ın doldurmadığı bu alt alanları her toplum ve kuşağın kendi gayret ve faaliyetleriyle, yaşadıkları dünyanın gerçeklerine uygun olarak doldurması gerekirken önceden ortaya çıkan bazı uygulamalar ve kabuller Kur'an'a dayalı dinsel buyruklar gibi dayatılmaya çalışılmıştır. Sonuçta bu dayatmalar dinle insan hayatını çelişir duruma sokmuş, İslâm dünyası çağdaş gelişmelerin dışında ve gerisinde kalmıştır.

Kur'an, esnekliği sağlamak açısından belli bir konuya ait olmayan, bütün hukuku kapsayan ve nassların anlaşılması, yorumlanması, uygulanması ve yeni içtihatlarla ulaşılması gibi durumlarda elde kriter olarak kullanılacak, hata ihtimalini en aza indirecek kıstaslar olabilecek genel hukukî prensipler, külli kaideler ortaya koymuştur. Eşyada asl olan ibahadır²³⁸, şura²³⁹, adâlet²⁴⁰, sözleşmelere riayet²⁴¹ prensipleri, bu genel prensiplerden bazılarıdır.

Kur'an'ın anlayışında yönetim amaç değildir. Amaç; yönetim ve iktidar kullanımı yoluyla anarşi, zulüm ve diğer kötülüklerin önlenmesi ve insanlık için barışın, hürriyetin, adaletin ve güzel değerlerin hakim olduğu ortamın sağlanmasıdır²⁴². Bundan dolayı Kur'an'da her hangi bir siyasi yapılanma modeli belirtilmemiştir. Çünkü toplumsal ve siyasal olgular, bilim alanına girmektedir. Bunlar mevzi şartlara ve toplumsal gerçekliklere

²³⁴ 4 Nisa 11-12, 23

²³⁵ 42 Şura 38

²³⁶ 6 En'am 59

²³⁷ Taf. bk. eş-Şâtibi, II, 77, III, 355 vd., IV, 90

²³⁸ 2 Bakara 29; 16 Nahl 14; 22 Hac 65

²³⁹ 3 Âl-i İmrân 159; 42 Şura 38

²⁴⁰ 5 Mâide 8; 6 En'am 152; 16 Nahl 90; 42 Şura 15

²⁴¹ 5 Mâide 1

²⁴² 2 Bakara 217; 5 Maide 8; 8 Enfal 39; 38 Sa'd 26

göre şekillenir. İctihat, sadece bir metinler şerhi ve yorumu değildir. O aynı zamanda toplumda, zamanın ihtiyaç ve gelişmelerine göre meydana gelen yeni durumları düzenleme, yeni hükümler koyma fonksiyonu ve sürecidir.

Kur'ân, inmeye başladığında muhatabı olan toplumun töresi, kültürü, birikimi, estetik ve sanat anlayışı ve değerleri vardı. Kur'ân'daki fiilî yasamanın o sırada mevcut olan toplumu, baş vuracak bir örnek alması normaldir. Kur'ân, gerektiğinde ortaya çıkabilecek olayları karşılama ve vasıflama yetkisini ve inisiyatifini Hz. Peygamber'e vermiştir²⁴³. Hz. Peygamber'den itibaren ise, müslümanların işlerinin yönetiminde sabit bir şekil olmadığından, değişen durumlar ve gelişen şartlarda yönetim şeklini belirlemek ve uygulamak onların kendi yetkilerine bırakılmıştır²⁴⁴.

Kur'an devlet, iktidar ve bunların fonksiyonları konularında biçimsel değil evrensel prensipler getirmekle yetinmiştir. Dolayısıyla Kur'an'da bir siyaset teorisi ve devlet modeli aramak yanlıştır ve Kur'an böyle bir söylem için de malzeme yapılmamalıdır. Ancak Kur'an'ın insanın siyasi zihniyetini oluşturması için mesajlar verdiğini ve yönlendirmeler yaptığını söylemek mümkündür²⁴⁵.

1.2.8.2. Sünnet

Sünnet kelime olarak, gidiş yolu, doğru ve övülmüş yol, iyi karakter, müspet ve müspete gidiş manalarına gelir²⁴⁶. İslâm alimleri sünneti, ıstılahî anlamda farklı şekillerde tanımlamışlardır²⁴⁷.

Sünnetin tanımlarından biri şöyledir: Sünnet, Hz. Peygamber'in, kendi döneminde İslâm toplumunu akide, ibadet, tebliğ, siyaset, ekonomi, eğitim, ahlâk, hukuk gibi çeşitli alanlarda, kısacası bireysel, toplumsal ve evrensel olmak üzere, hayatın her alanında yönlendirip yönetmede, Kur'ân başta olmak üzere esas aldığı ilke ve prensipler bütünüdür²⁴⁸.

²⁴³ 59 Haşr 7; 4 Nisa 58

²⁴⁴ 4 Nisa 58; 16 Nahl 43

²⁴⁵ Apaydın, *İlmihal*, II, 264

²⁴⁶ İbn Manzûr, XIII, 225-226; Ayrıca Taf. bk. Talat Koçyiğit, *Hadis İstılahları*, Ankara 1985, 2. baskı, 399-403

²⁴⁷ Bk. Şa'bân, 63; Ebû Zehra, *İslâm Hukuk Metodolojisi*, 93; Mahmud Muhammed Ebû Zerr, *el-Hadîs ve'l-Muhaddisîn*, Beyrût 1984/1404, 8-10; Muhammed Accâc el-Hatîb, *es-Sünne Kable't-Tedvîn*, Beyrût 1981/1401, 5. baskı, 14-20

²⁴⁸ Hayri Kırbaçoğlu, *İslâm Düşüncesinde Sünnet*, Ankara 1993, 90

Bir fıkıh usulü terimi olarak Sünnet, Hz. Peygamber'den nakledilen söz, fiil ve takrirler şeklinde tanımlanmıştır²⁴⁹.

Hz. Peygamber'in söz ve davranışlarının vahiyden kaynaklandığını bildiren âyet²⁵⁰, hadîs²⁵¹ ve bu görüşü savunan ilim adamları²⁵² olduğu gibi, âyet ve hadîslere dayanarak aksini savunan yani, Peygamber'in bir insan olduğunu²⁵³ ikaz edildiğini²⁵⁴, re'y ve içtihatla hükmedebileceğini²⁵⁵ ve yanlabileceğini²⁵⁶, dünyevi konuları diğerlerinin, kendisinden daha iyi bilebileceğini²⁵⁷ düşünen ilim adamları da vardır.

1.2.8.2.1. Sünnetin Anlaşılması

Hz. Peygamber'in tasarrufları çeşitli şekillerde değerlendirilmiş ve sınıflandırılmıştır. Karafî'nin ifadesiyle, "Hz. Peygamber, imamların, kâdılarının ve bilginlerin en üstünüdür. Her dînî makamın en üst konumunda o vardır. Ancak Peygamber'in çoğu tasarrufu tebliğ yoluyla olmuştur²⁵⁸. Çünkü peygamberlik, çok ağır bir görevdir²⁵⁹. Teşri ve fetva mahiyetindeki tasarrufları, Allah'tan aldıklarını bildirmesi ve Allah'ın kendisini bir peygamber olarak göndermesinin bir sonucudur²⁶⁰. Yönetimle ilgili tasarrufları ise, diğerlerinden farklıdır. Çünkü yönetici, toplumsal siyasetle, maslahatları gerçekleştirme ve mefsedetleri def etmekle görevlidir. Bu tür tasarruflar diğerlerinden farklıdır ve onlara dahil değildir."²⁶¹

Hz. Peygamber'in bazı tasarrufları iki veya daha fazla nitelikli olduğundan farklı şekillerde değerlendirilmiştir. Bazı alimler bir niteliği öne çıkarırken, ötekiler de başka bir niteliği öne çıkarmıştır. Nitekim, "Ölü bir toprağı ihya eden, onun sahibi olur."²⁶² hadîsin

²⁴⁹ Şa'bân, 63; Ebû Zehra, *İslâm Hukuk Metodolojisi*, 93

²⁵⁰ 53 Necm 2-5

²⁵¹ Ebû Dâvûd, *İlim*, 3

²⁵² eş-Şâfiî, 91, 93; İbn Hazm, I, 97, 105

²⁵³ 18 Kehf 110; 41 Fussilet 6

²⁵⁴ 9 Tevbe 43; 80 Abese 1-10

²⁵⁵ Ebû Dâvûd, *Akdiye* 7

²⁵⁶ Buhârî, *Hiyel*, 10; Ebû Dâvûd, *Akdiye*, 7; Tirmizî, *Ahkâm*, 11; Nesâî, *Âdâbu'l- Kudat*, 13; Mâlik, *Akdiye*, 1

²⁵⁷ Müslim, *Fezail*, 140, 141

²⁵⁸ 5 Mâide 67; 6 En'am 19; 7 A'raf 62

²⁵⁹ Karafî, I, 206; Âşur, 47

²⁶⁰ Âl-i İmrân, 132; 4 Nisa 59, 64, 69, 80; 5 Mâide 92; 24 Nur 54, 56; 47 Muhammed 33; 64 Teğabün 12

²⁶¹ Karafî, I, 206

²⁶² Buhârî, *Hars* 15; Ebû Dâvûd, *İmâre* 37; Tirmizî, *Ahkâm* 38; Yahya b. Adem Kureşî, *Kitâbu'l-Harac*, Kâhire ts., 81 vd.

hükümünde, bilginler fetva (teşri') veya idârî tasarruf oluşu hususunda görüş ayrılıklarına düşmüşlerdir. İmam Malik ve Şafi bu hadîsin fetva veya teşri niteliğini öne çıkarmışlardır. Onlara göre yönetici izin vermese de herkes toprağı ihya edebilir; oysa Ebu Hanife'ye göre bu, idârî bir tasarruftur ve toprağın ihyası anarşiye sebep olmaması için ancak idâre-nin iznine bağlıdır²⁶³.

Hiz. Peygamber'in farklı nitelikteki tasarruflarının dindeki sonuçları da farklıdır. Tebliğ yoluyla söylediğı veya yaptığı, herkes için genel bir hükümdür; yönetimle ilgili olanları ise, bu platformda değerlendirilmemelidir.

Sünnet, içerdığı konulara göre de farklılık arz eder. Sünnetin getirmiş olduğı konularda ayrıntı aynı ölçüde değildir. İnsan hayatının özüyle ilgili olan hususlarda yani ibadet, ahlâk ve aile meseleleri gibi sabitlik ve süreklilik özelliğı olan konularda sünnet, ayrıntı getirmiştir. Ama yönetim, siyaset, yargı, iktisat vb. değışiklik özelliğı olan konularda ise ayrıntı azdır ve bu konulardaki boş alan daha geniştir²⁶⁴.

Sünnet'e uymak, Hiz. Peygamber'den gelen her şeyi hiçbir ayrıma tâbi tutmaksızın ve bağlayıcılık açısından hepsini aynı düzeyde görerek harfi harfine ve motamot taklit etmek demek değildir²⁶⁵.

Sünnet'in anlaşılması, önündeki engellerin kaldırılması, ancak, lafza bağlı kalmayarak, bunların altında yatan ilke, amaç ve değerleri yani özü yakalamayı esas alan, hadîslerin kendi içindeki bütünlüğüyle Kur'ân ve Sünnet-Hadîs bütünlüğünü göz önünde bulunduran Sünnet'in oluştuğı tarihî çerçeveyi dikkate alan, bütün bunlara ek olarak sosyal bilimlerdeki çağdaş anlama metotlarından da yararlanma cihetine giden yeni bir yöntem geliştirmekle mümkün olabilir²⁶⁶.

Bir hadîste ilk aranması gereken özellik, Kur'ân'a uygun olup olmadığıdır. İmam Ebu Hanife bunu, "Allah'ın Rasulü, Allah'ın kitabına muhalefet etmez. Allah'ın kitabına

²⁶³ Tahir b. Âşur, *İslâm Hukuk Felsefesi*, trc: Vecdi Akyüz - Mehmet Erdoğan, İstanbul, 1988, 48; Karaman, "Bağlayıcılık Bakımından Rasulullah'ın Davranışları", *Hiz. Peygamber ve Aile Hayatı*, İstanbul 1989, 138

²⁶⁴ Âşur, 183-184; Yusuf el-Kardâvî, *Sünneti Anlamada Yöntem*, trc: Bünyamin Erul, Kayseri, 1993, 2. baskı, 87-91

²⁶⁵ Kırbaşoğlu, 80

²⁶⁶ Kırbaşoğlu, 22

muhafeet eden de Allah'ın Rasulü olmaz."²⁶⁷ şeklinde ifade etmiştir. Ayrıca, "Hz. Peygamber ve sahabe döneminin şartları ile bizim şartlarımız aynı değildir."²⁶⁸ diyerek, zamanla ortaya çıkan gelişmeleri ele almıştır.

İslâm hukukunun ikinci kaynağı olan sünnet, Kur'ân'ın çağdaş yorumudur. Bu itibarla onun gibi, bireysel ve toplumsal hayata yön verecek amaçlar, ilkeler ve prensipler içermesi doğaldır. Öyle ise, her zaman ve mekanda değişen şartlar çerçevesinde geçerli olabilecek ilkeler ve prensipleri ondan çıkarmak, karineler belirlemek, İslâm bilginlerinin önemli görevlerinden birisidir. Çünkü Kur'ân'dan olduğu gibi Sünnetten de hazır bir ekonomi politikası, siyasî bir yapı veya başka kurumsal modeller çıkarmayı iddia etmek, İslâm mesajını zaman aşımına uğrayan teorilere veya kurumlara eş tutmak veya onlara indirgemek anlamına gelir²⁶⁹.

Serahsî, Muaz hadîsini²⁷⁰ tartışırken, bu hadîsin, kitap ve sünnetten başka sadece rey ve içtihadın hukuk kaynağı olduğuna delil olduğunu söylüyor. Akabinde, "Ashabım gökteki yıldızlar gibidir..."²⁷¹ hadîsini zikrederek, "doğruyu talepte ashaba uyulması gerekir. Yoksa körü körüne taklit değil. Çünkü onların yolu rey ve içtihatla amel etmektir." diyor. "Benden sonra size Raşit Halifeler'in sünneti gerekir."²⁷² hadîsini de açıklarken, hakkında nass olmayan konularda onların rey ve içtihat yolunun tutulacağından bahsediyor²⁷³.

Hiz. Peygamber'in emirleri sahabe tarafından *-karineler değerlendirilerek-* farklı anlaşılmış ve uygulanmıştır. Onun bir emri ile canlarını veren ashab, emrin teşvik veya tavsiye niteliğinde olduğunu anladığında emrin mucebince hareket etmeyi bilmiştir. Hiz. Peygamber, Gatafan kabilesinin kötülüklerinden bir müddet emin olabilmek için, Medine hurmasının üçte birini onlara haraç olarak verip barış yapmak istemişti. Ashab da bunun vahiy değil, rey sonucu bir davranış olduğunu anladığı için karşı çıkmış Hiz. Peygamber

²⁶⁷ Ebû Hanîfe, Numân b. Sâbit, el-Âlim ve'l-Muteallim, (İmâm-ı Azam'ın Beş Eseri içinde), İstanbul 1981, 26-27; İsmail Hakkı Ünal, İmam Ebû Hanîfe'nin Hadis Anlayışı ve Hanefî Mezhebi'nin Hadis Metodu, Ankara 1994, 85; Görmez, 55

²⁶⁸ Ebû Hanîfe, 11; Ünal, 117; Görmez, 55

²⁶⁹ Kırbasoğlu, 102

²⁷⁰ Tirmizî, Ahkâm, 3; Hanbel, V, 230, 236, 242

²⁷¹ Hadîsin sihhati hakkındaki tartışmalar için bk. Aclûnî, Keşfu'l-Hafâ I-II, Beyrût 1932/1351, I, 132

²⁷² Ebû Dâvûd, Sünnet 5; Tirmizî, İlim 16; İbn Mace, Mukaddime 6; Hanbel, IV, 126

²⁷³ Serahsî, Usûl, II, 107

de bu girişiminden vazgeçmişti²⁷⁴. Ahzâb günü Medine'nin meyvelerinin yarısını müşriklerle vermek isteyince Said b. Muaz ve Said b. Ubade itiraz etmişlerdi. Bedir günü su olmayan yere inmek isteyince de Habbab b. Münzir itiraz etmişti²⁷⁵ Hz. Peygamber, baş münafık Abdullah b. Ubey'in cenaze namazını kıldirmaya teşebbüs etmiş fakat Hz. Ömer karşı çıkmıştı. Gelen vahiy de²⁷⁶ Hz. Ömer'i teyit etmiştir²⁷⁷.

1.2.8.2.2. Hukuk ve Yönetim Açısından Sünnet

Hz. Peygamber'in tebliğinde her şey, hayatın gerçeğine ve insan fitratına uygun olarak sunulmuştur. Onun bütün faaliyetlerinde içsel bir bütünlük ve hiç şaşmayan bir hedef duygusu vardır²⁷⁸.

Hz. Peygamber, insanlar arası ilişkilerde sadece sevgi, kardeşlik, yardımlaşma, hoşgörü gibi kavramları öne alıp manevî bir atmosfer oluşturmamış, aynı zamanda beraber yaşamanın şartı olarak herkesin hak ve vazifelerini belirlemek istemiştir. O, salt manevî bir birlik değil, hukukî ve siyasî bir birlik oluşturmanın mücadelesini de vermiştir. Yani onun yöneticiliği peygamberlik vazifesini ifa ediş tarzıdır²⁷⁹. Çünkü o, hayatı boyunca Medine'de kurulan devlette kanun koyan²⁸⁰, toplumsal işleri yürüten ve yargılayandır²⁸¹. Kendisinin bizzat ifa etmediği her nevi kamusal tasarruflar için de memurlar tayin etmiştir²⁸².

Hz. Peygamber, zamanımızın ölçüleri içinde anlaşılan bir hukukçu gibi hareket etmemiş, önüne çıkan olayların gerektirdiği hükümleri sadece pratik şekilde anlatmış ve göstermiştir. Daha sonra, hukukçuların dediği gibi, "Bunun erkânı dördtür... Şunun şartı beştir... Bu akdin oluşması için şu unsurlar lazımdır..." şeklinde teorik açıklamalarda bulunmamıştır²⁸³. Zira Hz. Peygamber'in hadisleri kodifiye edilmiş hukuk normları değildir.

²⁷⁴ İbn Hişâm, III, 262

²⁷⁵ Serahsî, Usûl, II, 91

²⁷⁶ 9 Tevbe 80, 85

²⁷⁷ Buhârî, Cenaiz 85; Tirmizî, Sûre 9; Nesâî, Cenaiz 69

²⁷⁸ Mesela "Güneşi sağ elime ayı da sol elime verseniz ben davamdan vazgeçmem" sözü bu duruma güzel bir örnektir. İbn Hişâm, II, 5

²⁷⁹ Fazlur Rahman, Makaleler, I, 61

²⁸⁰ Âşur, 51

²⁸¹ Âşur, 54-55

²⁸² Hamîdullah, İslâm Peygamberi, II, 910

²⁸³ Abidin Sönmez, "Sünnetin İslâm Hukukundaki Yeri ve Önemi", İslâm Medeniyeti Mecmuası, c: 4, sy: 1, İstanbul 1979, 26; Hayrettin Karaman, İslâm Hukuk Tarihi, İstanbul, 1989, 173

Uygulama yönüyle gerek ilahî menşeli kanunlar gerekse Hz. Peygamber'den sadır olanlar, aynı derecede değildir. Bunların bazıları zorunlu, bazıları da tavsiye niteliklidir²⁸⁴. Zorunlu olanlar sayıca az, tavsiye niteliğinde olanlar daha çok, boş bırakılan alanlar ise, sayısızdır. Kur'ân veya sünnetteki zorunlu olan hükümler mahiyetleri asla değişmeyecek özelliklere sahiptirler. Bu hükümlerin sağlayacakları faydalar veya defedecekleri zararlar bütün yer ve zamanlar için geçerlidir. Dolayısıyla düşünsel veya teknik gelişme ve değişimler bunların uygulanma gerekçesini ortadan kaldıramaz. Ne zaman ve nerede meydana gelirse gelsin zina, katl, hırsızlık, riba, ibadetler ve bunlara benzer fiillere dayandırılan hükümler özü itibariyle asla değişmez niteliktedir.

Zorunlu olarak yapmayı veya sakınmayı içeren hükümler, kesinlik ifade eden bir üslupla dile getirilirler. "Allah'ın yasakladığı cana haksız yere kıymayın"²⁸⁵ örneğinde de gördüğümüz gibi, Allah'ın muhterem kıldığı cana, meşru bir gerekçe olmaksızın, kastetmek kesin bir ifade ile ebedî olarak yasaklanmıştır²⁸⁶.

Kur'ân ve sünnette istemi tavsiyeyi aşmayan hükümlerin geçtiği yerlerde daha yumuşak üslup kullanılmıştır. Eylemin yasak olmadığını, bundan günah ve zorluğun kaldırıldığını, mübah olduğunu ve dolayısıyla bu eylemleri bireylerin yapıp yapmamakta özgür olduklarını dile getiren bu ifadeler nassın lafzından ve bağlamından rahatlıkla çıkarılabilir. "...İhrâmdan çıktığınız zaman avlanın..."²⁸⁷ ayetinin lafzi yönü ve bağlamı dikkate alındığında, avlanmanın bir emir değil tavsiye olduğu anlaşılmaktadır²⁸⁸.

1.1.9. ÖZEL HUKUK- KAMU HUKUKU AYIRIMI

1.1.9.1. Özel Hukuk-Kamu Hukuku

Hukuk, bir ölçüte göre kamu ve özel hukuk dallarına ayrılmaktadır. Bunların her birinin de kendi içinde alt birimleri vardır. Hukukî düzenlemelerin gösterdiği gelişmeler, bu iki dala ayrıca *karma nitelikli* hukuk dallarını da eklemiştir²⁸⁹.

²⁸⁴ Örnekler için bk. Zeydân, Veciz, 204-208; Şa'bân, 58-62

²⁸⁵ 6 En'âm 151.

²⁸⁶ Bu konudaki örneklerden bazıları için bk. 2 Bakara 195; 4 Nisâ 103; 5 Mâide 90

²⁸⁷ 5 Mâide 2

²⁸⁸ Bu konudaki örneklerden bazıları için bk. 2 Bakara 29; 5 Mâide 5; 7 A'râf 32; 67 Mülk 15

²⁸⁹ Önen, 49

Devletin doğması ve çeşitli nedenlerle kişi haklarına müdahalesi sonucunda kamu ve özel hukuk ayırımına gidilmiştir²⁹⁰. Toplumda siyasal ve yönetsel bir otoritenin varlığı, doğal olarak yönetenlerin davranış alanının yönetilenlerden ayırt edilmesi gerektiği sonucunu doğurmuştur²⁹¹. Hukuk öğretimi, bu ayrımın “*özel-kamu*” şeklinde oluşmasında rol oynamıştır²⁹².

Özel Hukuk: Doğrudan doğruya özel kişiler ve özel hukuk tüzel kişileri ve bunlarla devlet veya diğer kamu tüzel kişileri arasındaki ilişkilerle ilgili ve bireylerin özel menfaatlerini ön planda tutan hukuk kural ve kurumlarının tümüdür²⁹³.

Özel hukuk, taraflar veya kurumsal açıdan eşitler arası ilişkilerin hukukudur²⁹⁴. Özel hukuk bakımından bireyler arasında hiçbir fark yoktur; hiç kimse bir başkasını irâdesi dışında bir şeye zorlayamaz²⁹⁵. Hukukî durumlar planında özel hukuk subjektif hak kavramına, kamu hukuku ise yetki kavramına dayanır²⁹⁶.

Kamu Hukuku: Sosyal hayat, toplumsal örgütlenmeyi gerektirir. Toplumsal örgütlenme ise, toplumsal yönetimin önemini artırmıştır. Bu durum, devlet örgütünü ve ilişkilerini düzenleyen kuralların ayrı bir biçimde incelenmesine yol açmıştır²⁹⁷. Kamusal alan toplumu bağlayan ve devletin yaptırım gücüyle desteklenen kollektif normların ve tercihlerin yapılmasını içerir²⁹⁸.

Kamu hukuku, devlet ve devletle ilgili²⁹⁹ yöneten ve yönetilenlerle³⁰⁰ veya toplumsal örgütlenmeyi veya kişi-toplum ilişkilerini düzenleyen hukuk kurallarının bütünü³⁰¹ (anayasa, idare, ceza vb..) olarak tanımlanır. Başka bir ifadeyle kamu hukuku, devlet teşkilatını, fonksiyonlarını, yetkilerini, teşkilatın kuruluşu ve çalışması sırasında bireylerle devlet ara-

²⁹⁰ Bilge, 108

²⁹¹ Demichel, Andre-Lalumiere, Pierre, **Kamu Hukuku**, trc: İbrahim Kabaoğlu, Ankara 1984, 7

²⁹² Demichel, 10

²⁹³ Selçuk Özçelik, **Anayasa Hukuku I**, Konya, 1994, I, 4, 12

²⁹⁴ Çağıl, **Hukuk ve Hukuk İlmine Giriş**, 40; Özçelik, I, 12

²⁹⁵ Servet Tanilli, **Devlet ve Demokrasi (Anayasa Hukukuna Giriş)**, İstanbul 1985, 4. baskı, 19

²⁹⁶ Demichel, 12

²⁹⁷ Bilge, 121

²⁹⁸ Philippe C. Schmitter ve Terry Lyn Karl, “Demokrasi nedir... Ne Değildir”, **Sosyal ve Siyasal Teori**, trc: Levent Gönenç, Derleyen ve Yayına Hazırlayan: Attila Yayla, Ankara 1993, 4

²⁹⁹ Özçelik, I, 13

³⁰⁰ Başgil, **Esas Teşkilat Hukuku I-II**, İstanbul 1960, I, 45

³⁰¹ Bilge, 121

sında meydana gelen davranışları düzenleme ve bireylerin devlet karşısında haiz oldukları hak ve yetkileri belirleyen hukuk kolu³⁰² diye tanımlanır.

Kamu kuruluşlarının devlet yetkilerini kullanmaları kamu hukuku tarafından düzenlenir. Kamu kuruluşları görevlerini yerine getirirken hukuka uygun hareket etmek ve hukukun çizdiği sınırlar içinde kalmak zorundadır. Bu durum bazen kamusal hizmetlerin yürütülmesini güçleştirebilir. Pozitif hukuk kuralları, toplumun ve yönetimin ihtiyaçlarına cevap vermeyebilir. Bu gibi durumlarda kamu kuruluşlarının hukuka aykırı davranışta bulunmaları yerine hukuk ile ihtiyaçlar arasındaki dengelerin sağlanması gerekir. Bunun için gerekirse hukuk kurallarında değişiklikler yapılmalıdır³⁰³.

Yönetimi, çevresel etkenlerden soyutlayarak özellikle hukuktan arındırarak yapılandırmak akılcı ve gerçekçi bir yaklaşım değildir. Yönetim hukuku, yönetim bilimlerinin verilerinden faydalanmalıdır. Bu sayede kamu yönetimi ve kamu hukuku geliştirilebilir ve etkin bir biçime getirilebilir³⁰⁴.

Kamu hukukunda hukukî ilişkilerin taraflarından biri devlet veya devletten başka diğer kamu hukuku tüzel kişileridir³⁰⁵. Kamu hukuku alanı tarafları eşit olmayan, aralarında üst-ast ilişkileri bulunan kişilerin hukukudur³⁰⁶. Ayrıca kamu hukukunda kamusal alanın ve kamu menfaatlerinin gözetilmesi öncelik taşır³⁰⁷.

Kamu ve özel hukuk bazı ölçütlere göre bir ayırıma tabi tutulmaktadır:

1. Maddî Ayırım: Bu iki hukuk dalı arasındaki maddî ayırım şu düşüncelere dayanmaktadır. Devlet ve idârî kişilere uygulanabilir hukuk, kamu hukuku olunca, hukukî ilişkilerde devletin araya girmesi kamu hukuku ve özel hukuk arasındaki ayırımın ölçütü olur. Bu müdahalenin gerçekleştirildiği andan itibaren uygulanan hukuk kamu hukuku niteliğini alır. Şu halde devletin örgütlenmesi ve özel kişilerle ilişkilerini düzenleyen hukuk kamu hukuku, sadece özel kişiler arasındaki hukuk ise, özel hukuk olur³⁰⁸.

³⁰² Uslu, 16

³⁰³ Gözübüyük, *Yönetim Hukuku*, 14

³⁰⁴ Gözübüyük, *Yönetim Hukuku*, 17

³⁰⁵ Özçelik, I, 1-13; Teziç, *Anayasa Hukuku*, 4

³⁰⁶ Çağıl, *Hukuk ve Hukuk İlmine Giriş*, 40; Demichel, 5

³⁰⁷ Özçelik, I, 1-13

³⁰⁸ Demichel, 10

2. Biçimsel Ayırım: Kamu hukuku ve özel hukuk, biçimsel açıdan kullandıkları tekniklerle birbirlerinden ayrılır. Özel ilişkilere uygulanan özel hukukta, yabancı hukukî kavram ve tekniklerin kullanıldığı andan itibaren, kamu hukuku söz konusudur. İşlemler planında kamu hukuku, bir eşit irâdeler uyuşması olan sözleşmeyi değil, bir irâdenin diğereine kabul ettirilmesine imkan veren bir otoritenin ortaya çıkışı olan tek yanlı işlemi kullanır³⁰⁹. Böylece sözleşme, eşit olmayan irâdeler uyuşması durumunu alır. Çünkü taraflardan biri olan *devlet* kendisiyle sözleşme yaptığı kişiye göre ayrıcalıklı bir konuma sahiptir³¹⁰.

3. İşlevsel Ayırım: Kamu hukuku ve özel hukuk kurallarının her biri kendi alanıyla ilgili amaçları gözetir. Özel hukuk kuralları, özel çıkarların; kamu hukuku kuralları ise genel kuralların korunması ve gerçekleşmesine yöneliktir³¹¹. Ayrıca kamu hukuku, özel hukuku korumayı ve genişlemesini sağlamayı da kendisine görev edinir.

Kamu hukukunda takdir yetkisi, sıkı bir şekilde kendisini elinde bulunduran makamın sorumluluğuna bağlıdır³¹². Özel hukukta ise bu yetki daha çok hukukçulara ait olmaktadır.

1.1.9.2. İslâm Hukuk Düşüncesinde Özel Hukuk-Kamu Hukuku Ayırımı

İslâm hukuk tarihinde mükelleflerin hukukî düzenlemeye konu olan fiilleriyle ilgili hükümler genellikle iki şekilde değerlendirilmiştir; bu değerlendirme mükelleflerin fiilleriyle ilgili ya özel bir fayda ve menfaati düzenlemek ya da toplumsal genel bir düzenlemede bulunmak şeklindedir. İslâm hukuk düşüncesinde hakların Allah hakkı ve kul hakkı şeklinde ayrımı ilk bakışta hakkın sahibine göre yapılmış bir ayırım gibi görünse de gerçekte hakkın mahiyeti ve sağladığı yararın özel ve genel oluşu ölçü alınarak yapılmış bir ayırımdır.

1. Allah Hakkı: Allah hakkı denince ilk planda yalnız Allah'a yöneltilebilen sadece onun layık olduğu haklar³¹³, ayrıca belli bir kişi ve zümreyi değil kamu yarar ve düzenini

³⁰⁹ Demichel, 11

³¹⁰ Demichel, 12

³¹¹ Demichel, 12

³¹² Yıldızhan Yayla, "İdarenin Takdir Yetkisi", İÜHFM, c: XXX, sy: 1-2, İstanbul 1964, 206

³¹³ Fâhrü'l-İslâm el-Pezdevî, *Usûl I-IV*, Beyrût 1997/1417, IV, 230; Karafî, I, 157; Muhammed el-Hudârî, *Usûlu'l-Fıkh*, Beyrût 1991/1412, 29

ilgilendiren haklar da kastedilir³¹⁴. Allah haklarının bu yönü, kamu düzeni ve kamu hukuku kavramı ile paralellik gösterir. Bir toplumun düzeni, devamı ve yükselmesi ancak bu haklara uymakla mümkündür. Bu haklar, önemine binaen Allah'a nispet edildiklerinden düşürülmeleri, değiştirilmeleri ve affedilmeleri söz konusu olamaz. Ayrıca bu hakları kamu otoritesine sahip kişi ve kurumların koruma, kollama ve kovuşturma hak ve sorumlulukları vardır³¹⁵.

2. Kul Hakkı: Kul hakları sonuçta kamu yararını ilgilendirse de ilk planda bireye ait bir menfaatin korunmasını amaç edinen ve bireyin söz hakkının bulunduğu hakları ifade eder³¹⁶. Kul hakları kavramıyla bireylere yönelik ve bireylerin hak ve menfaatlerinin öne çıktığı haklar anlaşılır.

İslâm hukukunun sistematiği içerisinde bu ayrımın pratikte bazı farklı sonuçları meydana gelmiştir. Örneğin zekatın ibadet olup-olmadığı hakkında İslâm hukukçuları ihtilaf etmişlerdir. Bu ihtilafın pratik sonucu küçüğün ve akıl hastasının malından zekat verilip-verilmeyeceğini gündeme getirmiştir. Zekatın sadece ibadet olduğunu savunanlara göre onların malından zekat verilmesi gerekmez, ikinci görüşün sahiplerine göre ise gerekir. Aynı yaklaşım fitır sadakası için de geçerlidir³¹⁷. Hukukçuların zekat ve fitreyi farklı şekilde değerlendirmeleri bireysel ve kamusal açıdandır.

Klasik kaynaklarımızda var olan *kul hakkı-Allah hakkı* şeklindeki bu tasnif bir zenginlik olmakla birlikte, hukukî prensipler açısından değerlendirildiğinde, sistematize edilmiş olmamaktadır. Ancak özel hukuk-kamu hukuku şeklindeki ayrımının pratikte mevcut olduğu söylenebilir. Ahkamu's-sultaniyye, harac, emvâl vb. kitaplarının yazılması bu ayrıma kanıt olarak gösterilebilir.

³¹⁴ Pezdevî, IV, 230; et-Taftazânî, *Telviḥ*, II, 705; el-Hudârî, *Usûl*, 29; Abdülkerim Zeydân, *Fıkıḥ Usûlû*, trc: Ruhi Özcan, Ankara 1982, 2. baskı, 111; Fahrettin Atar, *Fıkıḥ Usûlû*, İstanbul 1992, 165

³¹⁵ Allah haklarının neler olduğu hakkındaki bilgiler, İslâm hukuk kitaplarında örneklerle ele alınmıştır. Taf. bk. es-Serahsî, Ebu Bekir Muhammed b. Ahmed b. Ebi Sehl, *Usûlu's-Serahsî I-II*, İstanbul 1984, II, 289-296; Pezdevî, IV, 229-267; et-Taftazânî, *Telviḥ*, II, 705-712; Karafî, I, 157; İbn Kayyım, *İ'lâmu'l-Muvaki'in I-IV*, Beyrût 1993/1414, I, 85; Zeydân, 111-113; el-Hudârî, *Usûl*, 29-32; Bardakoğlu, "Hak" mad., *DİA*, XV, 142-143

³¹⁶ Pezdevî, IV, 267; Serahsî, *Usûl*, 297; Hudârî, *Usûl*, 33; Zeydân, 113; Atar, *Fıkıḥ Usûlû*, 166; Bardakoğlu, "Hak" mad., 143

³¹⁷ İbn Rüşd, Ebu'l-Velid Muhammed b. Ahmed, *Bidâyetü'l-Müctehid ve Nihâyetü'l-Muktesid I-II*, İstanbul 1985, I, 225; Şâban, 242-243 (359-361. dipnot); Şeltut, M. Mahmud - Sayis, M. Ali, *Mukayeseli Mezhepler Hukuku*, trc: Sait Şimşek, İstanbul, ts. 69-73

1.1.10. ANAYASA HUKUKU

1.1.10.1. Anayasanın Tanımı Özellikleri Konusu ve Unsurları

Kamu hukuku biçimsel açıdan ilk önce *iç kamu hukuku* ve *dış kamu hukuku* diye ikiye ayrılır³¹⁸. Dış kamu hukuku, uluslararası ilişkileri düzenleyen hukukî kural ve kurumlarla uğraşan bir bilim dalıdır³¹⁹. İç kamu hukuku da anayasa, yönetim, ceza vb. şekillere ayrılır.

Anayasa hukuku bir iç kamu hukuku olarak, devletin temel kuruluşunu, işleyişini, iktidârın el değiştirmesini ve iktidâr karşısında bireylerin hak ve özgürlüklerini inceleyen bir disiplindir. Ancak anayasa hukuku öteki hukuk disiplinlerinin kaynağını oluşturan mekanizmaların kuruluşlarını da kapsamına almaktadır. Yasama, yürütme ve yargı kuruluşlarının kaynağı anayasa hukukundadır³²⁰.

Devletin başlıbaşına bir hukuki varlık (kurum) olarak sürekliliğini temin eden kişilik gerçek değil tüzel bir kişiliktir. Tüzel kişiler ancak bir hukuki statü içinde varlık kazanabilirler. Zira tüzel kişilerin hukuki faaliyette bulunmaları bir kısım organlarının varlığına bağlıdır. Bu organlar ise ancak sözü edilen statü içinde oluşturulabilir³²¹. Bu itibarla bir devletin oluşması için böyle bir hukuki statüye ihtiyaç vardır. Devletin hukuki yapısını belirleyen hukuki statüye, yani kurallar bütününe *anayasa* denilmektedir. Buna göre anayasa bir devletin kuruluşunu örgütlenmesini ve işleyişini düzenleyen, yani devleti tanımlayan, onun hukuki yapısını, yetkilerini ve yetkilerinin kullanma biçimini iktidarın el değiştirmesini ve bireylerin hak, özgürlüklerini ve sorumluluklarını tesbit eden kurallar bütünü anlamına gelmektedir³²².

Anayasanın Tanımı: İnsanlar belirli bir medeniyet seviyesine ulaştınca, yönetim faaliyetlerini düzenleyen kurallara tâbi olurlar. Bu kurallar, bireysel ve toplumsal hayat ve siyasal kurumlarla ilgili her şeyi kapsar, toplumlara ve medeniyet düzeylerine göre değişiklik gösterir. Sosyal, kültürel, fizikî vb. şartların farklılıkları sebebiyle bir toplum için faydalı olan kurallar ve kurumlar bir başka toplum için aynı sonucu vermeyebilir.

³¹⁸ Özçelik, I, 1-13; Teziç, *Anayasa Hukuku*, 4

³¹⁹ Özçelik, I, 1-13

³²⁰ Teziç, *Anayasa Hukuku*, 4

³²¹ Teziç, 132; Yavuz Sabuncu, *Anayasaya Giriş*, Ankara, 1995, 4

³²² Teziç, 133; Sabuncu, 4

Anayasa her şeyden önce siyasal hayatın yapısal unsurları arasında denge kurmakla görevli bir belgedir; bu bakımdan bir *toplum sözleşmesi* sayılır³²³. Bir toplumun sosyolojik ve tarihî bakımdan temel yapısını ifade eden anayasa, toplumların ihtiyaçlarına göre oluşur ve değişen şartlara göre gelişir. Yalnız, anayasalar hazırlanırken sadece içinde yaşanılan zamanın değil, geleceğin ihtiyaçlarının karşılanması da belirli ölçülerde planlanmalıdır. Ancak, zamanımızda hızla değişen toplumsal ihtiyaçlar ve ilişkiler ileriye yönelik gelişmelerin önceden bilinmesini büyük ölçüde güçleştirmektedir.

Siyasal hayatın gerçeklerini hukukî olarak çerçeveleyen ve bunları düzenlemekle görevli bir hukuk kolu³²⁴ olan anayasa hukuku, özü ve değeri bakımından farklı şekillerde tanımlanmıştır:

1. Özü itibariyle: Anayasa hukuku, devletin şekli, temel organlarını, bu organların yetkilerini, birbirleriyle olan ilişkilerini, bireylerin devlete karşı olan temel hak ve özgürlüklerini ve sorumluluklarını düzenleyen hukuk dalının adıdır³²⁵.

2. Değer itibariyle: Anayasa hukuku, bir ülkede uygulanan hukuk kurallarının kuvvet ve önemce en önde geleni ve bütün hukuk kurallarına temel oluşturan prensip kurallarının adıdır³²⁶.

Hukukun bütün dallarında olduğu gibi anayasa hukukunda da *tarih yöntemi*³²⁷ önemlidir. Zira, bugünü anlamaya çalışırken bir yandan dün değerlendirilmeli öbür yandan da gelecek keşfedilmeye çalışılmalıdır.

Anayasanın Özellikleri: Anayasaların insan aklının planlı ve sistemli müdahalesine tâbi olmayan, sosyal ve tarihî şartlara göre oluşan ve gelişen doğal bir yönü olduğu gibi,

³²³ Tarık Zafer Tunaya, *Siyasal Kurumlar ve Anayasa Hukuku*, İstanbul 1989, 4. baskı, 111

³²⁴ Tunaya, *Siyasal Kurumlar*, İstanbul 1989, 4. baskı, 111; *Siyasî Müesseseler ve Anayasa Hukuku*, İstanbul 1976, 3. baskı, 30

³²⁵ Başgil, *Esas Teşkilat Hukuku*, I, 50; Özçelik, I, 124, 143; Yörük, *Hukuk Felsefesi*, 206; Teziç, *Anayasa Hukuku*, 6, 133; Fevzi Demir - Şükrü Karatepe, *Anayasa Hukukuna Giriş*, İstanbul 1989, 2. baskı, 17, 29; Uslu, 17; Ayferi Göze, *Siyasal Düşünceler ve Yönetimler*, İstanbul 1993, 6. baskı, 437; Daver, 164; Bilge, 53, 122; Önen, 60; Gözübüyük, *Hukuka Giriş*, 2, 26, 32; *Yönetim Hukuku*, 43

³²⁶ Başgil, *Esas Teşkilat Hukuku*, I, 50; Göze, *Siyasal Düşünceler*, 437

³²⁷ Tarih yönteminde hukuk, tarihi gelişmesi içinde aynı kimliği taşımaz. Kültürel gelişmeler, halkın ihtiyaç ve isteklerinde meydana gelen değişimler hukuku da değiştirir. Hukuku oluşturmada halk ruhunun yansımaları öncelik arz eder. Devlet de halk ruhunun maddi ifadesi olmak niteliğine sahiptir. Kanunları devletin karşı konulmaz gücü destekler. Kanunların içeriğini ise, halk ruhunun yarattığı hukuk oluşturur (Güriz, *Hukuk Felsefesi*, 233).

bir de insan aklı ve irâdesinin planlı ve sistemli şekilde kurduğu ve oluşturduğu hukuksal ve siyasal bir yönü vardır. Birinci yön, devletin sosyal anayasasını; ikincisi ise, hukuksal ve siyasal anayasasını oluşturur³²⁸.

Bir ülkenin sosyal anayasası, siyasal anayasasından daha önemlidir. Devlet, sosyal ve siyasalın kaynaşmasından doğar. Millet, sosyal bir varlık, devlet ise onun siyasal kalıbıdır³²⁹. Sosyal anayasa, doğal ve tarihî bakımdan eski olduğu için, daha önemli ve etkilidir, siyasal anayasanın temelidir. Onun icaplarını göz önünde tutmadan yapılan bir anayasa, realiteler dışında kalmaya, etkisiz olmaya ve zamanla yozlaşmaya mahkûmdur. Bu sebeple her ikisi arasında şekil ve içerik bakımında bir bütünlük olmalıdır.

Siyasal hayatı düzenleyici kurallar anayasada belirlenir. Anayasa, siyasal anlaşmazlıkları düzenlemeli ve başıboşluktan kurtarmalıdır. Anlaşmazlıklar, anayasaya başvurarak çözümlenmelidir. Siyasetle hukuk arasındaki bağlantı anayasa ile sağlanmalıdır.

Anayasa metninin içerdiği kurallar soyut ve genel nitelikte olurlar. Çünkü anayasa kuralları öteki kanunlara oranla güç şartlara bağlanmıştır³³⁰. Anayasa, bir yasa gibi kolayca değiştirilebiliyorsa, anayasaya uygunluğun anlamı kalmaz. Bu durum, yasaları anayasaya uydurmak yerine, anayasayı değiştirerek yasalara uygun duruma getirebilir³³¹.

Anayasanın kolayca değiştirilmemesini tamamlayan özellik, ayrıntılı kurallara yer vermemesi veya her konuyu düzenleme kapsamına almamasıdır. Normal bir kanun ile düzenlenebilecek konuların anayasada yer alması ve bunların ayrıntılı olarak düzenlenmesi, şartların değişmesi ile yeni anayasa değişikliklerini gündeme getirebilir. Bu da, ülkedeki siyasal sürecin akışını olumsuz yönde etkiler ve siyasal kışkırtma nedeni olabilir. Bu bakımdan anayasalar, genel ilkeleri belirlemekle yetinmeli ve kanun koyucunun gireceği ayrıntılara girmemelidir³³².

Anayasa normları, ülkedeki tüm hukuk normlarından üstün olduğu için, yapılmaları ve değiştirilmeleri diğer hukuk normlarının yapılmasından farklı yöntemlerle olur³³³.

³²⁸ Kubalı, *Anayasa Hukuku Dersleri*, İstanbul 1969, 69

³²⁹ Tunaya, *Siyasal Kurumlar*, 30

³³⁰ Teziç, *Anayasa Hukuku*, 7

³³¹ Esat Çam, *Siyaset Bilimine Giriş*, İstanbul 1977, 123

³³² Teziç, *Anayasa Hukuku*, 7

³³³ Tunaya, *Siyasal Kurumlar*, 131

Anayasa, bir toplumun oluşturduğu devletin hukuksal ve siyasal statüsünü belirlediğinden, istikrarlı olmalı yani kolayca değiştirilmemelidir. Anayasanın değiştirilmemesi mutlak değildir. Çünkü toplumsal ihtiyaçlar, bu ihtiyaçları etkileyen düşünceler ve algılamalar sürekli değişmektedir. Dolayısıyla anayasaların bu değişikliklere uydurulması gerekir. Aksi takdirde etkisiz ve içi boş bir kalıp haline gelirler. O halde, anayasaların devamlılığı ile değişme ihtiyaçlarının bağdaştırılması gerekir³³⁴.

Anayasal yönetim sınırlı yönetim demektir³³⁵. Anayasa kelimesinin altında her zaman, devlet iktidârının sınırlandırılması düşüncesi yatar. Devletin temel yapısının düzenlenmesi yanında, iktidârın etkin bir biçimde sınırlandırılması da anayasaların temel özelliklerindendir. Gerçekten de bu ikisi bağlantılıdır. Devletin temel yapısının iyi düzenlenmediği ülkelerde iktidârın sınırlandırılmasının bir anlamı kalmadığı gibi, sadece iktidârın sınırlandırılması düşüncesine dayanmakla da özgürlükler tehlikeye sokulabilir. Çünkü bireylerin özgürlüklerine tehlike sadece devletten gelmez, devlet dışında bulunan yasal veya yasadışı örgütler de (Güçlü ekonomik örgütler, terör örgütleri, çok uluslu şirketler vb..) bireylerin özgürlükleri açısından önemli tehlikeler oluşturabilirler³³⁶.

Anayasacılık iktidâra güvenmeme düşüncesine dayandığından anayasalar, iktidâr karşısında, fert özgürlüklerinin güvence altına alındığı belgeler olmalıdır. Anayasacılık açısından önemli olan, iktidârın topluluk adına hareket edenlerin elinde toplanmaması, aksine bölünmesidir. Yani iktidârın ayrılması son derece önemlidir. Çünkü iktidârın tek elde toplanması otokrasi veya diktatörlük denilen anayasal olmayan bir yönetim biçimini doğurabilir³³⁷.

Anayasa devletin en yüksek kademedeki organlarının kuruluş ve işleyişi ile ilgili temel hukuk kurallarının bütünüdür. Ancak anayasa sadece hukukî bir eser, normatif bir kurum değil, aynı zamanda siyasal bir eser ve siyasal bir kurumdur. Böyle olunca da toplumdaki siyasal kuvvet dengelerini gösterir³³⁸. Bu açıdan anayasa *adil davranış kuralları* sisteminin varlığını öngörür³³⁹.

³³⁴ Kubalı, *Anayasa Hukuku*, 94

³³⁵ Hayek, II, 3

³³⁶ Mehmet Turhan, *Hükümet Sistemleri*, Ankara 1993, 2. baskı, Önsöz, IV

³³⁷ Turhan, 7

³³⁸ Daver, 164

³³⁹ Hayek, Friedrich A., *Hukuk, Yasama ve Özgürlük (Özgür Bir Toplumun Siyasî Düzeni)* III, trc: Mehmet Öz, İstanbul 1997, III, 58

Bu hukuk dalında bazı dönemlerde, hukuk ve anayasa ilişkileri değil siyasal kuvvetler hakim rol oynar. Bu yüzden, siyasal rejimde ve buna bağlı olarak anayasal kurum ve kuruluşlarda istikrarlı bir düzen sağlanamaz. Gerçekte her fiilî kuvvette olduğu gibi siyasal kuvvetlerin çalışmalarında da hukukî çerçeve olan anayasa uygulanmalıdır³⁴⁰.

Anayasanın Konusu: Anayasa hukuku bir yandan siyasal iktidârın kuruluşu, kullanılması ve devri ile ilgili kuralları öte yandan da siyasal olayların ve kurumların somut olarak örgütlenmesini³⁴¹ konu edinir. Anayasa hukuku siyasal ilişkilerin dayandığı kuralları inceler. Siyaset bilimi açısından hukuk kuralları öteki olaylar gibi bir olay olup siyasal gerçekliği tek başına temsil edemez. Anayasa hukuku, hukuk kurallarının gereği gibi uygulanabilmesi için nasıl davranılması gerektiğini emredici bir dille ifade eder³⁴².

Anayasa, devlet adına iktidârı kullanacak kişi ve grupların ne biçimde oluşacağını, yetki ve kullanım şartlarının belirlenmesini³⁴³, anayasanın hangi siyasal amaçlara yöneleceğini yani devlet felsefesinin ortaya konulması dolayısıyla devlet kurumlarının temelinde bulunan hukukî düşüncüyü belirler. Başka bir deyişle, kurulmuş olan örgütün neden belli biçimde örgütlendiği ve işlemesi gerektiği düşüncesini içerir³⁴⁴.

Devletin niteliğinin anlaşılması, çok yönden incelenmesini gerektirir. Anayasa hukuku, devlette var olan bütün unsurların hangi nedenlerin ürünü olduklarını ve hangi ihtiyaçları karşılayacaklarını araştırmalıdır³⁴⁵.

Anayasa, devletin en gerekli unsurlarından biri olan ülkeyi göz önünde bulundurarak ülkenin genişliğinin, coğrafi konumunun, ikliminin, doğal kaynaklarının, halkın özelliklerinin jeopolitik ile bağlantısını araştırır³⁴⁶.

Yukarıda anlatılanlardan, anayasanın genel olarak şu alanları kendisine konu edindiği sonucu ortaya çıkmaktadır:

1. Devletin kuruluş ve yapısı (basit, federasyon, konfederasyon)

³⁴⁰ Tikveş, 35

³⁴¹ Teziç, *Anayasa Hukuku*, 5

³⁴² Demir-Karatepe, 131

³⁴³ Çam, 117

³⁴⁴ Çam, 118

³⁴⁵ Tunaya, *Siyasal Kurumlar*, 31

³⁴⁶ Tunaya, "Amme Hukuku ve Jeopolitik", *İÜHFY*, ts., 18

2. Devletin biçimi (cumhuriyet, mutlakiyet)
3. Devletin siyasal rejimi (demokrasi, otokrasi)
4. Yüksek devlet organlarının (yasama, yürütme, yargı) kuruluşu, işleyişi, yetki ve ilişkileri
5. Kamu hürriyetleri³⁴⁷

Anayasanın Üstünlüğü: Anayasanın üstünlüğü, anayasanın devlet hukuk düzeni içinde en yüksek hukuk kurallarını içermesi ve devlet organlarının faaliyetlerinde bu üstün kurallara uymalarını deyimler³⁴⁸. Anayasa, devlette uyulması zorunlu prensipleri içerdiğinden, diğer kanunlar bu prensiplerde belirtilen sınırlar içerisinde kalarak belirlenmelidirler³⁴⁹. Herhangi bir hukuk kuralının geçerliliği, anayasaya göre yetkili organlar tarafından ve anayasal prensiplere göre çıkarılmasına bağlıdır.

Anayasal kurallar, yasama organı anayasal prensiplere aykırı kanunlar oluşturmamasın diye kanun koyucuyu yönlendirir, ona uyması gereken yöntemler hakkında direktifler verir. Böylece anayasal prensipler hakimiyeti elinde bulunduran en büyük devlet organına (yasama organı) olan üstün durumunu sürdürmüş olur. Bu prensipler *anayasanın kanunlara üstünlüğü* formülü ile ifade edilir. Aynı şekilde, bu durum yürütme organı için de söz konusudur. Yürütme başta anayasal prensipler ve var olan hukuk normları çerçevesinde hareket etmek durumundadır; buna da *kanun hakimiyeti prensibi* denir³⁵⁰.

Anayasanın üstünlüğünün bir anlam ifade etmesi için bunu güvenceye alacak bir mekanizmanın işletilmesi gerekir. Aksi halde, *anayasanın üstünlüğü* ilkesi bir arzu olmaktan öteye geçmez. Çünkü yasama yetkisini eline geçiren geçici çoğunluklar anayasal prensiplere aykırı kanunlar çıkartarak kanun yoluyla total yönetimler kurabilirler³⁵¹.

Kanunların anayasaya uygunluğunun yargısal denetimi, kanunların anayasaya uygunluğu için yapılan yargısal bir araştırmadır. Kanunların anayasaya uygunluğunun yargısal denetimine ait bu şekil, hukukçuların tenkidine uğramıştır. Onlar, “Kuvvetler ay-

³⁴⁷ Tunaya, *Siyasal Kurumlar*, 110

³⁴⁸ Çam, 123

³⁴⁹ Yörük, *Hukuk Felsefesi*, 206

³⁵⁰ Özçelik, I, 70-71

³⁵¹ Teziç, *Anayasa Hukuku*, 172

rılığı prensibinde yargının görevi sadece kanunların uygulanmasını sağlamaktır, yoksa onların anayasaya uygunluğunu denetlemek değil; aksi halde yargı, devlet içindeki bütün organlar üzerinde bir organ olur” diye itiraz etmişlerdir. Bunu sonunda da “Yargı, yasama organı üzerinde denetleyici olmamalı” demektedirler.

Bu düşünce, yargı organlarının siyasal ve subjektif ölçülerle hareket etmeleri halinde, doğru olarak değerlendirilebilir. Ancak zamanımız, kanunların anayasaya uygunluğunun yargı denetimine verilmesini gerektirmektedir. Çünkü devlet fonksiyonları, ancak anayasaya uygun oldukları ölçüde yasal olurlar. Zira hukuk devleti, hiyerarşi sonucu devletin hukuka bağlı olması noktasında diktatörlükten ayrılır. Kuvvetler ayrılığı prensibi sebebiyle bu denetime itiraz doğru değildir. Yargının vazifesi yasayı uygulamaktır. Ancak yasa başka bir yasa ile çatışırsa yargının üstün olan yasayı uygulaması gerekir. Bu üstün yasa *anayasadır*. Bu işlem kuvvetler ayrılığı prensibinin ihlali veya yargının yasama fonksiyonlarına müdahalesi anlamına gelmez³⁵².

Anayasanın Unsurları: Anayasa hukuku alanında klasikleşmiş bir doktrine göre; devletin yasama, yürütme, yargı olmak üzere üç görevi ve bunu karşılayan üç organı vardır. Yasama organı, kanunları yapmak yani hak- hukuk kuralı koymak ve yürütmeyi denetlemek yetkisine sahiptir; yürütme organı, yasama organının çıkardığı kanunları uygulayarak kamu hizmetlerini yürütmekle yükümlüdür; yargı organı ise, kanunların uygulanmasından doğan ihtilafları çözmek yetkisi ile görevlendirilmiştir³⁵³. Bu organların birbirleriyle ilişkileri bakımından farklı teoriler geliştirilmiştir. Bunların en önemlileri *kuvvetler ayrılığı* ve *kuvvetler birliği* teorileridir. Kuvvetler birliğinde, bu üç görevin tek bir organda toplandığı; kuvvetler ayrılığında ise bu görevleri yapan organların birbirinden bağımsız olduğu görüşü benimsenir³⁵⁴.

Anayasal devlette her şey *evrensel* ve *özelliğin* birliğine dayanır. Devlette yasama, yürütme ve yargı üç ayrı fonksiyondur. Bu fonksiyonların ayrılmasına hürriyetlerin güvencesi gözüyle bakılır. Oysa böyle bir durum devletin dağılması sonucunu doğurabilir³⁵⁵. Bu açıdan bu organların birbiriyle olan ilişkilerinin belirlenmesi önemlidir. Anayasalar bir

³⁵² Muhammed Faruk en-Nebhân, *İslâm Anayasa ve İdare Hukukunun Genel Esasları*, trc: Servet Armağan, İstanbul 1980, 35-36

³⁵³ Aristoteles, *Politika*, trc: Mete Tuncay, İkinci baskı, 1983, 133; Bilge, 122

³⁵⁴ Bilge, 122

³⁵⁵ Güriz, *Hukuk Felsefesi*, 246

açından devlet fonksiyonlarını ayırırken, bir açıdan da devlet birliğini sağlayan üstün hukukî bir belge ve siyasal bir değerdirler.

1.1.10.2. Anayasa Çeşitleri

1.1.10.2.1. Örfî (Teamüli) Anayasalar

Örf ve âdet kuralları tekrarlanmak suretiyle yerleşmiş ve bağlayıcılıkları herkes tarafından kabul edilmiş olan, bazen yargı bazen de kamu oyunun denetimine tâbi olan bir takım davranış kuralları ve metotlarıdır. Bu kural ve metotlardan devletin kuruluşu, ödev ve işlevleriyle ilgili olanlar örfî anayasaları oluşturur³⁵⁶. Başka bir deyişle, hükümleri yazılı ve resmi bir vesika ile ilan edilmeyen anayasalara örfî anayasalar denir. Bu anayasa kuralları belli bir toplumda ortaya çıkan örflerdir. Zaman içinde sürekli uygulamalarla oluşurlar ve sonuçta anayasal norm kuvvetini kazanırlar.³⁵⁷

1.1.10.2.2. Yazılı Anayasalar

Yazılı anayasalar, bu iş için kurulmuş özel meclisler tarafından çok kere normal kanunlardan ayrı yöntem ve şekillerle yapılan ve bütünlük oluşturması için sistemli bir metin halinde oluşturulan kanunlardır³⁵⁸.

Hukuka bağlı devlet düşüncesi ve demokrasi geliştikçe ülkenin en üstün hukuk metinleri olan anayasanın yazılı olması ve bireylerin ve devletin katı ve açık metinlere bağlanması, hukukîlik prensibinin güvencesi açısından zorunlu görülmüştür. Anayasanın yazılı olması, devletin statüsü ve bireylerin hakları ile ilgili kuralların bir belgede toplanmasıdır³⁵⁹.

Yazılı anayasalar tarihî ve siyasî temelleri ile organik ve şeklî özelliklerine göre şu şekillere ayrılır:

1.1.10.2.2.1. Tarihî ve Siyasî Temellerine Göre Anayasalar

1. Ferman: Hukukî kaynağını hükümdarın irâdesinden alan anayasalardır³⁶⁰. Fermanla hükümdar, yalnız şahsi irâdesiyle kendisine ait egemenliğe bazı sınırlar koyar. Ta-

³⁵⁶ Kubalı, *Esas Teşkilat Hukuku*, 45; Teziç, *Anayasa Hukuku*, 143-145

³⁵⁷ Kubalı, *Esas Teşkilat Hukuku*, 46; *Anayasa Hukuku*, 72-80; en-Nebhân, 32

³⁵⁸ Kubalı, *Esas Teşkilat Hukuku*, 46; Tunaya, *Siyasal Kurumlar*, 116; en-Nebhân, 27

³⁵⁹ Kubalı, *Anayasa Hukuku*, 72-80; Özçelik, I, 130; Teziç, *Anayasa Hukuku*, 145-146

³⁶⁰ Kubalı, *Esas Teşkilat Hukuku*, 47; *Anayasa Hukuku*, 81; Özçelik, I, 131

rihî ve sosyolojik bakımdan fermanın hakiki kaynağını yani hükümdarın kendi haklarını sınırlamak zorunda kalmasını, sosyal ve siyasal çevrede aramak lazımdır. Ancak ferman, hukukî ve şekli açıdan tamamen hükümdarın irâdesinin eseridir. Çıkarılması gibi, geçersizliği de onun irâdesine bağlıdır³⁶¹.

2. Misak: Misakta hükümdar fermanında olduğu gibi yalnız kendini bağlamamakta, dışardan gelen fakat sadece sosyal ve siyasal bir etkenle değil, hukukî bir özellik alan bir etkenle de bağlanmaktadır. Hükümdar, kendisini hukukî bir varlık halinde tanıtmak isteyen bir kurulum veya millet temsilcilerinin irâdesi ile bağlanmaktadır. Burada, egemenliğin subjektif değil, objektif bir sınırlaması söz konusudur. Diğer bir deyişle burada tek taraflı bir irâdenin ibka ve iptal edebileceği bir tasarruf değil, iki tarafın karşılıklı rızası ile oluşan bir akit söz konusudur³⁶².

Misak özelliğindeki anayasalar yalnızca monarşik rejimlerin mutlakiyetten meşruti-yete geçişini değil, onların eskisine kıyasla daha ziyade zayıflamaya yüz tuttuğunu, milletin hükümdar karşısında siyasî ve hukukî bir varlık kazanmaya başladığını gösteren anayasalardır. Fakat millet henüz üstün bir konumda değildir; kuvvet, hükümdar yönünde ağır basmaktadır³⁶³.

3. Demokratik Anayasalar: Millet irâdesinin eseri olduğu kabul edilen, egemenliğin asıl ve tek sahibinin halk veya millet olduğu esasına dayanan anayasalardır. Demokratik anayasalar ya özel bir şekilde kurulan kurucu meclisle veya normal yasama meclisleri tarafından farklı yöntemlerle yapılırlar, ya da referanduma sunulurlar. Demokratik anayasalar, halk veya millet irâdesinin üstünlüğünü gerçekleştirmeye yönelik olduğundan içerikleri açısından, demokratikler³⁶⁴.

1.1.10.2.2.2. Organik ve Şeklî Özelliklerine Göre Anayasalar

Anayasalar yapıldıkları organlar ve yapılış şekilleri açısından, yumuşak ve katı anayasalar olmak üzere ikiye ayrılır. Anayasaların bu şekilde ayrılması içerdikleri kurallar yönünden normal kanunlara üstün olmalarının sonucudur. Bu sebeple toplumsal hayat açısından önemli bir konumda bulunan anayasaların devamlı olması gerekir. Fakat, sosyal hayatta

³⁶¹ Kubalı, *Esas Teşkilat Hukuku*, 47; *Anayasa Hukuku*, 81

³⁶² Kubalı, *Esas Teşkilat Hukuku*, 49; *Anayasa Hukuku*, 82; Özçelik, I, 132-134

³⁶³ Kubalı, *Esas Teşkilat Hukuku*, 49; *Anayasa Hukuku*, 82

³⁶⁴ Kubalı, *Esas Teşkilat Hukuku*, 50; *Anayasa Hukuku*, 83; Özçelik, I, 134-135

devamlı kalabilecek hiçbir kural düşünölmeyeceğinden, anayasaların da değıştirilip şartların gereklerine uydurulmaları gerekir. Anayasanın üstünlüğü ve buna bağı olarak sabit ve devamlı olması gereğı, değışen durumlara göre ayarlanması normal kanunlardan ayrı yöntemlerle yapılmasını gerektirir³⁶⁵.

1. Yumuşak Anayasalar: Maddî bakımdan normal kanunlardan üstün olmalarına rağmen, normal kanunlar gibi yapılan veya değıştirilebilen anayasalardır³⁶⁶.

2. Katı Anayasalar: Normal kanunları yapan meclislerden ayrı meclisler tarafından yapılan veya ilga edilen ya da normal kanunlardan farklı yöntemlerle yapılan anayasalardır³⁶⁷. Katı anayasalar ancak özel kurum ve yöntemlerle değıştirilebilirler³⁶⁸. Katı anayasanın bulunduğu bir ölkede, anayasa, iç hukuk düzenindeki kurallar hiyerarşisinde en üstün konumdadır.

1.1.10.3. İslâm Hukuk Düşüncesinde Anayasa

İslâm düşüncesinin ana fikri, Allah'ın birliği, dünyadaki bütün faaliyetlerin ahirete yönelik olduğu, yani insan, toplum ve dinin ayrılmazlığı ve birlikte değerlendirilmesidir. Dünya ve ahiretle ilgili faaliyetlerin sorumluluğu, Kur'an'ın indiğı dönemde, Hz. Peygamber'in şahsında toplanmakta, toplumdaki bütün faaliyetler onun tarafından düzenlenmekteydi³⁶⁹. Hz. Muhammed, peygamberlik görevine ilaveten oluşan İslâm toplumunun başkanlığı görevini de üstlenmişti. Çünkü getirmiş olduğu yeni dinin öğretisinin ayakta tutulması bunu gerektiriyordu. Ayrıca, Medine'de sosyal hayatı düzenlemesi gereken herhangi bir kişi ve siyasî oluşum yoktu. İslâm da henüz gelişim halindeydi ve Hz. Muhammed'den başkası, bu dinin prensiplerini gereğı gibi bilmiyordu. Toplumu, yeni dinin prensiplerini bilmeyen ve yönetim deneyimi olmayan insanların inisiyatifine bırakmak, büyük toplumsal problemlere yol açabilirdi³⁷⁰.

Medine İslâm toplumunun oluşması için Hz. Peygamber, daha önce teşebbüs etmiş (Akabe biatları) fakat toplumsal birlik ve dayanışma tam olarak sağlanamamıştı. Karşılıklı hakların belirlenip güvence altına alınması gerekmektedir. Ayrıca yargı, ekonomi, eğitim,

³⁶⁵ Kubalı, *Esas Teşkilat Hukuku*, 51; *Anayasa Hukuku*, 83

³⁶⁶ Kubalı, *Anayasa Hukuku*, 84; Tunaya, *Siyasal Kurumlar*, 116; Özçelik, I, 138-140; en-Nebhân, 33

³⁶⁷ Kubalı, *Esas Teşkilat Hukuku*, 53; *Anayasa Hukuku*, 84

³⁶⁸ Tunaya, *Siyasal Kurumlar*, 116

³⁶⁹ Orhan Aldıkaçtı, *Anayasa Hukukunun Gelişmesi ve 1961 Anayasası*, 1973, 2. baskı, 11

³⁷⁰ Muhammed Hamîdullah, *İslâm Peygamberi I-II*, trc: Salih Tuğ, İstanbul 1990, 5. baskı, I, 189

güvenlik vb. ile ilgili birtakım kurumlar kurarak, sosyal ve siyasal hayatı düzenlemek ve sürdürmek de gerekiyordu³⁷¹.

Bunun gereği olarak Hz. Muhammed'in Medine'de ilk gerçekleştirdiği iş, heterojen ve kozmopolit bir görünüm arzeden grupları birleştirmek olmuştur. Önce Ensar ve Muhacirler arasında bir birlik (kardeşlik) oluşturmuş, daha sonra da gayri müslimleri de içine alacak şekilde siyasî ve hukukî birliği gerçekleştirmiştir. Bütün bunları hukukî bir anlayışla yapmış ve ortaya hukukî bir metin (vesika) çıkmıştır.

Bu vesika, metninden de anlaşılacağı üzere, kamu hukuku, yasama, genel özellikleriyle yürütme ve yargı, farklı grupların özel hukuku alanında bazı düzenlemeler ve serbestlikler getirmiştir. Ayrıca vesikada yöneten ve yönetilenlerin sahip oldukları haklar ve sorumluluklar, detaylı olmamakla birlikte, gösterilmiştir³⁷².

İslâm'da anayasa hukuku konusuna giren bu ilk teşriî hareketten sonra, İslâm coğrafyasında, 1861'de devlet iktidârını kayıtlayıcı ilk teşriî harekete gelinceye kadar, İslâm tarihi boyunca hiçbir ülkede aynı veya benzeri nitelikte bir hukukî harekete rastlanmaz³⁷³.

Hız. Peygamber devrinde devlet, kuvvetler birliği prensiplerine göre yönetilmiştir³⁷⁴. Kullar (insanlar) için, Allah'a ve onun irâdesini açıklayan Peygamber'e inanmak³⁷⁵ ve itaat etmek³⁷⁶ zorunluluğu vardır. Çünkü Allah'a ve Peygamberine karşı koymanın cezası şiddetlidir³⁷⁷. Yalnız Hız. Peygamber, siyaset ve toplumsal hayatla ilgili olarak insanlara güzellikle muamele edilmesi³⁷⁸, emanetin ehline verilmesi³⁷⁹, birlik ve beraberliğin korunması³⁸⁰, adâletin tesisi³⁸¹, insana saygı³⁸², hürriyet³⁸³ vb. gibi genel prensiplerin dışında, özel bir yönetim biçimi önermemiştir.

³⁷¹ Hamidullah, *İslâm Peygamberi*, I, 188

³⁷² Bk. Medine Vesikası mad. 23, 42, 47

³⁷³ Aldıkaçtı, 50-52

³⁷⁴ Aldıkaçtı, 21

³⁷⁵ 48 Feth 10

³⁷⁶ 8 Enfâl 46

³⁷⁷ 8 Enfâl 13

³⁷⁸ 2 Bakara 83; 3 Âl-i İmrân 104; 49 Hucurat 11

³⁷⁹ 4 Nisa 58

³⁸⁰ 3 Âl-i İmrân 103, 105; 8 Enfâl 46; 9 Tevbe 107; 42 Şûra 13

³⁸¹ 4 Nisa 58; 5 Mâide 8, 42; 6 Enam 152; 7 A'raf 29, 159, 181; 16 Nahl 90; 57 Hadid 25; 60 Mümtetine 8

³⁸² 17 İsra 70

³⁸³ 6 Enam 70; 10 Yunus 108; 17 İsra 15; 18 Kehf 29

Raşit Halifeler döneminden sonra Emeviler'in, hilafet yönetimini saltanata çevirmeleri ve böylece kamu ve özellikle anayasa hukuku alanında defakto bir durum oluşturmaları, İslâm hukukçularının bu sahadaki ilmi içtihatlarının uygulama alanını büyük ölçüde daraltmıştır. Onlar da hukukî faaliyetlerini daha çok özel hukuk alanlarına çevirmişlerdir³⁸⁴. Bunun sonucu olarak, İslâm hukuku daha çok özel hukuk ile kamu hukukunun bazı alanlarında gelişmiş, devletin anayasa ve yönetim yapılanması gibi alanlarda ise aynı ölçüde gelişmemiştir. Bunda, belirtilen alanlarda kitap ve sünnette bağlayıcı ve ayrıntıya inen esaslardan çok tavsiye niteliğindeki emirlerin ve genel prensiplerin etkisi de vardır. Ayrıca sahip oldukları siyasi ve idârî bilgileriyle kendilerini bu alanı düzenlemede daha yetkili kabul eden devlet adamları hukukçuları sınırlamıştır. Sadece resmi din alimleri sınırlamanın dışında kalmışlardır ki onlar zaten yönetimde hükümdardan ayrı değildirler.

Doktrinde hukukçular, kamu hukukunun bu dalını incelemekten geri durmuşlar, devlet iktidârını kayıtlayıcı hükümleri ve kurumların tartışmasını Kur'ân ve Sünnet'in genel hükümlerine bırakmışlar ve hükümdarlar da geniş takdir yetkileri kullanmışlardır.

Klasik fıkıh kitaplarımızda kamu otoritesi olarak, saltanattan bahsedilir. Bu gibi eserler, tarihi kaynak olarak kullanırken, ideal bir ölçü görülmemelidirler. Çünkü bu eserler, müelliflerinin içinde yaşadığı sosyal çevrenin, şahsi veya toplumsal ideolojilerini yansıtabilirler³⁸⁵.

Hukukçular kendi çağlarında saltanatı bir gerçeklik olarak bulmuşlar ve çoğulcu katılım sağlayan yönetim biçimini ve yönetimde yetkilerin paylaşımını düşünememişler veya teklif edememişlerdir. Bu sebeple bütün hukukî vasıflamaları monarşik bir sistem içinde yapmışlar, bütün yetkilerin sultanda toplanmasını doğal karşılamışlar ve yasama, yürütme ve yargının birbirinden bağımsız olabileceğini düşünememişler³⁸⁶ veya söyleyememişlerdir.

Hangi devirde olursa olsun ve hangi medeniyeti temsil ederse etsin, Doğu ile Batı tarihin her döneminde sürekli etkileşim içerisinde olmuştur. Özellikle 19. yüzyıldan itibaren Batı'nın geliştirmiş olduğu modern anlayış (yönetim, hukuk, sosyal ve siyasal kurumlaşma vb.) İslâm dünyasını iyice etkisi altına almaya başlamıştır. İslâm dünyasının her

³⁸⁴ Ömer Lütfi Barkan, "Türkiye'de Sultanların Teşrii Sıfat ve Salahiyetleri ve Kanunnameler", *İ-ÜHFİM*, c: XXII, sy: 2-3, İstanbul 1946, 713-718

³⁸⁵ Barthold ve Köprülü, 293

³⁸⁶ Hamza Aktan, "Çağa Uyum Açısından İslâm Hukuku", *Kalem ve Onur*, sy: 3, Erzurum, 1994, 28

yönden Batı'nın tesirine girmesiyle geleneksel yönetim biçimleri sarsılmış ve buna bağlı olarak İslâm dünyasında bir kısım yeni teoriler geliştirilmiştir³⁸⁷.

³⁸⁷ Salih Tuğ, **İslâm Ülkelerinde Anayasa Hareketleri**, İstanbul 1969, 48

İKİNCİ BÖLÜM

İSLÂM HUKUK TARİHİNDE DEVLET

2.1. DEVLET KAVRAMI

2.1.1. DEVLETİN TANIMI KAYNAĞI VE ÖZELLİKLERİ

Devlet kurmak, insan olmanın vazgeçilmez özelliklerindendir. Evrensel bir olgu olarak devlet, tarihin insan üzerine bir gereklilik olarak dayattığı etkinlik türüdür³⁸⁸.

Kelime olarak devlet veya düllet (çoğulu düvel veya divel), üstünlük, elden ele dolaşan şey, savaşlarda karşılıklı ve nöbetleşe gelen galibiyet veya mağlubiyet³⁸⁹, mal, aynı ile tedavül eden şey manalarına gelmektedir³⁹⁰.

Devlet, toplumsal en büyük ve çok fonksiyonlu bir yapılanma olduğu için, terim olarak, pek çok şekilde tanımlanmıştır. Devlet, amacı toplumsal düzenin, adâletin ve toplumun iyiliğinin sağlanması olan belli bir toprak parçası üzerinde yerleşmiş bir insan topluluğuna dayanan ve bu topraklar üzerinde bulunan her şey üzerinde en üstün meşru kontrole sahip siyasal bir örgütle donanmış sosyal bir organizasyondur³⁹¹. Devletin kuru-

³⁸⁸ David Miller vd., *Siyasal Düşünce Ansiklopedisi I-II*, trc: Bülent Peker ve Nevzat Kırarç, Ankara 1994(I), 1995(II) I, 178; Harun Han Şirvani, *İslâm'da Siyasal Düşünce ve İdare*, trc: Kemal Kuşçu, İstanbul 1965, 54; Huriye Tevfik Mücahit, *Farabi'den Abduh'a İslâm Siyasal Düşüncesi*, trc: Vecdi Akyüz, İstanbul 1995, 168; Okandan, "Ortaçağda Devletin İslâm-Türk ve İslâm-Arap Alemindeki Teorik İnkişafı", *İÜHF*, c.XVIII, sy: 3-4, 27

³⁸⁹ İbn Manzûr, XI, 252; Başgil, "Devlet Nedir", 981

³⁹⁰ el-İsfahânî, 174

³⁹¹ Uslu, 66; Daver, 166. Devlet tanımlarından bazıları şöyledir: "Devlet, belirli bir ülke içinde faaliyet yürüten, bu ülkedeki insan kitlesini temsil eden ve bu kitlenin sükun, güven ve mutluluğunu düzenleyen, insanların beraber yaşamak olgusundan kaynaklanan, kamu gücünü elinde bulunduran ve harcamalarını yapan, ülke toplumundaki diğer güçlere yön veren, onları hukukken tanıyan veya tanımayan, toplumu adına başka toplumlarla ilişki kuran, bir anlamda kendini onlara tanıtan, hakimiyeti altında bulunan toprak parçası içinde yaşayan insanlar ile hükmi şahıslar arasındaki ilişkiyi düzenleyerek hukuk kuralı koyan, en büyük, en güçlü, en organize olmuş bir amme hukuku hükmi şahsidir." (Doğan Soyaslan, *Yürütme Organının Suç ve Ceza Koyma Yetkisi*, İstanbul 1990, 3) "Devlet, sosyolojik açıdan, şöyle tarif edilmektedir: "Zorlama gücüne sahip bir otorite tarafından ortak iyiye yönelmiş toplumsal, siyasal ve hukuksal bir düzenin sağlandığı ve sürdürüldüğü belirli bir ülke üzerine yerleşmiş insan topluluğudur." (Çam, 90) "Devlet, toplumun en üst düzeyde çözümünü ve en yaygın bilincini eyleme dönük bir şekilde örgütleyen, düzenleyen toplumsal bir kurumdur". (İsmail Coşkun, *Modern Devletin Doğuşu*, İstanbul, 1997, 95) "Devlet, insanların toplu halde yaşamalarını sağlayan, hukukî ve siyasî bağdır. Devlet, belirli bir toprak üzerindeki bireyler topluluğunun sistemli bir yapılanma durumuna gelerek kamusal tüzel kişilik, dolayısıyla irâde gücü ve eylem yeteneği kazanmasıdır. Bu şekilde örgütlenip devlet niteliğini kazanan bir toplum, oluşturduğu asli organlarıyla yasama, yürütme ve yargı erkini kullanarak varlığını sürdürür." (İzveren, *Hukuk Felsefesi*, 126)

luşu, tek başına yaşaması imkansız olan insanların bir araya gelerek güçlerini birleştirme-
siyle başlamıştır. Güç birliği, birçok kimsenin bir araya gelerek, irâdeleriyle özel kuvvetle-
rini birleştirmeleriyle mümkündür. İrâdelerin birleşmesi de devleti ortaya çıkarmıştır.

Devlet teşkilatı, tarihî süreç içerisinde, basitten karmaşığa doğru bir gelişme gös-
termiştir. Fakat bu süreçte gelişmeye hakim olan esas -şekil ne olursa olsun- merkezileş-
me ve ferdileşme olayıdır. Her zaman toplumun sosyal düzen ihtiyacını karşılayan
kollektif düşünceler, merkezileşme ve ferdileşme çekirdeği etrafında yoğunlaşır ve buna
bağlı olarak devlet, gittikçe daha karmaşık ve geniş bir şekil alarak gelişir³⁹².

İlk dönemlerden itibaren bilinen bütün insan topluluklarında en azından bir iktidar
olgusu düzeyinde devlet kurumuna rastlanmaktadır. Tarihi süreç içerisinde devletin kö-
keni ya da nasıl oluştuğunu, kaynağında hangi etkenlerin bulunduğunu açıklamaya yö-
nelik çeşitli teoriler geliştirilmiştir. Bu teorilerden bazıları, devleti ortaya çıkaran nedenle-
ri tarih ve sosyolojinin verilerinden hareketle açıklamaya çalışırlar. Bazıları da varsayıma
dayalı teoriler olup devletin kaynağında neyin olması gerektiğine ait henüz kesin olmayan
bilgilerle açıklama getirirler³⁹³. Diğer taraftan devletin kökeni konusunda geliştirilen teo-
riler, bu teorileri ileri sürenlerin dünya görüşleri ve devlet telakkileriyle çok yakından ilgi-
lidir. Çünkü kişilerin belirlediği görüşler devletin kökeni, mahiyeti, amacı vb. ile ilgili ba-
kış açılarını belirler³⁹⁴. Devletle ilgili teori ve açıklamalar bazı başlıklar altında şu şekilde
kategorize edilebilir.

1. İlahî Hukuk Teorisi: Bu teoriye göre devlet, Tanrı tarafından yaratılmıştır,
Tanrı da insanları yönetme yetkisini belirli kişi ya da gruplara vermiştir. Bu sebeple bu
kişi veya gruplar halka karşı değil, yürütme yetkisini kendilerine veren Tanrı'ya karşı so-
rumludurlar³⁹⁵.

2. Ailenin Gelişmesi Teorisi: Bu teoriye göre devlet, ailenin büyümesi ve gelişme-
sinden meydana gelmiştir³⁹⁶.

³⁹² Kubalı, *Esas Teşkilat Hukuku*, 123

³⁹³ Yahya Kazım Zabunoğlu, *Kamu Hukukuna Giriş (Devlet, Tanım ve Kaynak-Unsur)*, Ankara, 1973, 47

³⁹⁴ Zabunoğlu, 48; Şeref Gözübüyük, *Anayasa Hukuku*, Ankara, 1991, 10

³⁹⁵ en-Nebhân, 11

³⁹⁶ Okandan, "Çin'de Devlet ve Devletle İlgili Teorik Görüşler", *İÜHFM*, c: X, sy: 1-2, İstanbul 1944, 86; Daver, 171; en-Nebhân, 10

3. İçgüdüsel Teori: Sistemin kuruluşu, ayrı ayrı yaşayamayacak olan insanların birleşmeleriyle başlar. İnsanlar, varlıklarını sürdürebilmek için birbirlerine bağlanmak zorundadırlar. Bu doğal bir olay ve doğal bir düzendir ve gelişmeye devam edecektir. Çünkü herhangi bir şeyin doğası, ilk değil son şeklidir³⁹⁷.

4. Çatışan ve Uzlaşan Menfaatler Teorisi: Bu teori, sınıf mücadelesini, devletin doğuşunda temel faktör olarak gösterir. Devletin doğuşunda sınıf mücadelesi, önemli bir etkidir. Bir devletin doğuşunda, yoğun sosyal ilişkiler örgüsünün bulunması gerekir. Zıt menfaatler yanında işbirliği, sevgi ve anlayış da gereklidir. Çünkü çatışan zıt menfaatler bir arada tutulamaz ve bağdaştırılmazsa, devlet çöker ve parçalanır³⁹⁸.

Devlet, farklı ırklar arasında meydana gelen mücadele sonunda kendini gösteren tahakkümün bir sonucudur ve bu mücadelenin bir organıdır. Fakat bir zaman gelir ki mücadele organı olan devlet, mücadeleye zıt ve onun aleyhine bir mahiyet kazanır. Mücadelenin sosyal kuvvetlerin bozulmasına sebep olacak gibi ortaya çıkaracağı olumsuz tehlikeye karşı devlet, bir fren görevi yapar. Böyle bir frenin olmaması halinde toplum içindeki mücadele, süreklilik gösterir. Devlet ayrıca mücadele halindeki kuvvetler arasında bir denge oluşturan ve sürdüren bir iç dinamiktir³⁹⁹.

5. Metafizik Teori: Devlet, metafizik bir kavram, ideal ve ebedi bir varlık ve en üstün değer veya değerler sistemidir. Ebedi ve mutlak bir varlık olan devlet irâdesi karşısında bireysel irâdeler, zaruret halinde, silinmelidir⁴⁰⁰.

6. Devleti Hukukî Açıdan Gören Teori (Viyana Ekolü): Bu teoriye göre devlet, bir normlar sistemidir. Norm, olanı değil, olması gerekeni gösteren bir kavramdır. Saf hukuk normları, sistemin dış görünüşü olan devleti ifade eder. Yani devletle hukuk sistemi arasında bir aynılık ilişkisi vardır. Hukuk normları genellikle değer itibarıyla bir piramide benzer. Bu piramidin tepesinde anayasalar bulunur. Anayasa da, temel norm olarak isimlendirilen bir esasa göre şekillenir. Devletin devamını ve geçerliliğini sağlayan, işte bu te-

³⁹⁷ Aristo, 8-9; Daver, 171

³⁹⁸ Daver, 172

³⁹⁹ Okandan, "Devletin Tarihi Menşei Kuvvet ve Mücadelede Bulan Muhtelif Görüşler", İÜHFİM, c: IX, sy: 3-4, İstanbul 1944, 505

⁴⁰⁰ Daver, 174

mel normdur. Bu temel norm, pozitif hukukun dışında, farazi bir ahlâkî tasavvurdur⁴⁰¹.

7. Devleti Kuvvete Dayandıran Teori: Kuvvet teorilerine göre devlet, kuvvetlinin zayıfa üstünlüğü sonucu doğmuştur. Bir kuvvet ifadesi olan devlet, mücadele ve tahakküm vasıtasıdır. Devlet, kuvvetlinin zayıflar üzerindeki tahakkümünü, galibin mağlup üzerindeki otoritesini sağlayan ve sürdüren bir kurumdur. Dolayısıyla devlet ve hukukun kökenini, kuvvetlinin tahakkümünde ve onların arzu ve irâdelerinde aramak lazımdır.

Devletin kökenini kuvvet ve mücadelede bulan farklı görüşlerin esas prensiplerine göre devlet, tabîî bir kuvvetin ifadesidir. Devlet, farklı etkenlerin etkisi altında meydana gelen mücadelelerin, fetih ve istilaların, bir kısım insanların diğerleri üzerindeki tahakkümünün bir sonucu olarak oluşmuştur⁴⁰².

8. Organizmacı Teori: Bu görüş, devleti yaşayan bir canlıya benzetmektedir. Nasıl canlı bir organizma, hücrelerin bir araya gelmesinden kurulmuşsa, devlet de öylece insanların bir araya gelmesinden kurulmuştur. Devletler de insanlar gibi doğar, büyür ve ölürler⁴⁰³.

9. Demokratik Teoriler: Bu teoriler, siyasî iktidârın, halk irâdesi tarafından açıklanması gereği temeline dayanır. *Sosyal sözleşme* olarak isimlendirilen irâde, hakim bir iktidâr kurmak gayesiyle bireyler arasında yapılan ittifak sonucu, siyasî iktidâra, halk adına açıklamada bulunmak vazifesi vermiştir. Sosyal sözleşmede devlet, insan aklının bir eseri sayılır. İnsanlar akıl sahibi varlıklar olduklarından, iyiyi kötünden, faydalıyı zararlıdan ayırabilirler. Bu ayırma kabiliyetini onlara bahşeden, akıldır. İnsanlara akılları, birleşerek bir devlet kurmayı ve kurulacak bu devlet sayesinde mutluluğa ereceklerini ilham etmiş, onlar da akıllarının bu emrine uyarak birleşmek suretiyle, devleti meydana getirmişlerdir⁴⁰⁴.

10. Tarihî Tekamül Teorisi: Bu teori, devleti, devletin doğuşuna götüren birçok faktörlerin sonucu olarak doğan, siyasal bir varlık olarak kabul etmektedir. Bunun sonucu olarak devletin, modern şekilde doğuşu, tarihî gelişim ve doğal ilerleme sonucudur.

⁴⁰¹ Daver, 174

⁴⁰² Taf. bk. Okandan, "Devletin Tarihî Menşei", 495-511

⁴⁰³ Daver, 176

⁴⁰⁴ Özçelik, I, 126; Hırş, 262-263; Bedia Akarsu, "John Locke'un Devlet Felsefesi", *Felsefe Arkivi*, sy: 12, İstanbul 1961, 74-78; Hobbes, 97, 102, 130; Tuncay, II, 203, 338; İlhan F. Akın, *Kamu Hukuku*, İstanbul, 1993, 7. Baskı, 108-109, 161; Mehmet Akad, *Genel Kamu Hukuku*, İstanbul, 1993, 16, 54, 65; en-Nebhân, 13; Mücahid, 143; Güriz, *Hukuk Felsefesi*, 210-211.

Bu gelişim, topluma hakim olan insanlardan bir grubun ortaya çıkmasına götürür. Bu grup, bir kısım kuvvetlere dayanarak iktidâr olur. Maddî veya manevî olan bu kuvvetler milletlerin bünye ve kabiliyetlerine göre ülkeden ülkeye, toplumdan topluma farklılık gösterirler⁴⁰⁵.

2.1.2. DEVLET KELİMESİNİN TARİHİ SEYRİ

Kur'an ve sünnet yönetim ve siyasal iktidarla doğrudan ya da dolaylı biçimde ilgili olan çeşitli kelimeler kullanılmaktadır. Bu kelimeler arasında doğrudan siyasi anlamı olanların yanısıra Kur'an tarafından dolaylı bir siyasi anlam yüklenilenleri de bulunmaktadır. Sözelimi Kur'an'daki hüküm⁴⁰⁶, mülk⁴⁰⁷, ümmet⁴⁰⁸, velayet⁴⁰⁹, itaat⁴¹⁰, bey'at⁴¹¹, imamet⁴¹², emir, ulu'l-emr⁴¹³ gibi kelimeler doğrudan siyasi anlam ifade eden kelimeler olarak zikredilebilir. Kur'an'ın dolaylı siyasi bir anlam yüklediği kelimelere ise veraset⁴¹⁴, hilafet⁴¹⁵, şura⁴¹⁶, emanet⁴¹⁷, kelimeleri örnek olarak verilebilir.

Kur'an ve sünnette devlet anlamında kullanılan kelimelerden birisi *mülktür*. Bakara 251. ayette mülk kelimesi devlet anlamında kullanılmıştır. Mekke'nin fethinde Hz. Peygamber'in ordusu Ebu Süfyan'ın önünden geçerken Ebu Süfyan Hz. Abbas'a; "Kardeşinin oğlunun mülkü gerçekten büyümüştür" deyince o da; "Hayır bu mülk ve krallık değil peygamberliktir" demiş, Ebu Süfyan da; "Öyleyse ne mutlu" karşılığını vermiştir⁴¹⁸.

Heraklit ile Ebu Süfyan arasında geçen bir konuşmada Heraklit Ebu Süfyan'a; "Daha önce onun mülkü var mıydı?"⁴¹⁹ diye sormuştu. Hz. Peygamber Gassan emirine yapmış olduğu bedduasında; "Onun mülkü yok olsun"⁴²⁰ ifadesini kullanmıştır. Bu ve benzeri bazı

⁴⁰⁵ en-Nebhân, 15; Devletin menşei ile ilgili daha farklı teoriler için bkz. Bayraktar Bayraklı, *Farabî'de Devlet Felsefesi*, İstanbul, 1983, 27-62

⁴⁰⁶ 3 Al-i İmran 79; 6 En'am,89; 12 Yusuf 40

⁴⁰⁷ 2 Bakara 247,251; 12 Yusuf 101; 38 Sa'd 20

⁴⁰⁸ 3 Al-i İmran 104, 110

⁴⁰⁹ 8 Enfal 72

⁴¹⁰ 4 Nisa 59

⁴¹¹ 48 Feth 10,18; 60 Muhtahine 12

⁴¹² 2 Bakara 124; 9 Tevbe 12; 28 Kasas 5; 32 Secde 24

⁴¹³ 4 Nisa 59; 42 Şura 38

⁴¹⁴ 21 Enbiya 20,105; 28 Kasak 5

⁴¹⁵ 2 Bakara 30; 6 En'am 165; 7 A'raf 129; 10 Yunus 14; 24 Nur 55; 38 Sâd 26

⁴¹⁶ 3 Al-i İmran 159; 42 Şura 38

⁴¹⁷ 4 Nisa 58

⁴¹⁸ et-Taberî, Ebu Ca'fer Muhammed b. Cerîr, *Tarîhu'l-Ümem ve'l-Mulûk*, I-X, Kahire, 1967/1387, III, 54

⁴¹⁹ İbnu'l-Esîr, II, 212; Buharî, Bedyu'l-Vahy, 6

⁴²⁰ İbnu'l-Esîr, II, 212

hadislerde mülk kelimesinin devlet anlamında kullanıldığına rastlamaktayız. Bu bağlamda Hz. Ömer'e atfedilen "adalet mülkün temelidir" sözünü, "adalet devletin temelidir" şeklinde anlamamız da mümkündür.

Kur'an'da *melik* kelimesi devlet başkanı, hükümdar anlamlarında kullanılmaktadır. Melik mülk sahibi anlamına geldiğinden, hükümdar devletin sahibi konumundadır. Zira eski dönemlerde *mülk devleti* anlayışı hakimdi. Bu duruma Kur'an'daki; "...peşlerinde her (sağlam) gemiye el koyan bir hükümdar vardı"⁴²¹, "... doğrusu hükümdarlar bir memleketi girdiler mi orayı perişan ederler onurlu kimselerini alçaltırlar"⁴²² şeklindeki ayetleri örnek vermek mümkündür.

İslâm'ın ilk dönemlerinde yönetim, otorite ve devlet tabiri olarak *el-emr* kelimesinin kullanıldığına rastlanılmaktadır. Bu kelime Kur'an'da ; "...Emir (iş) hakkında onlara danış..."⁴²³ "...Onların emirleri (işleri) aralarında şura iledir..."⁴²⁴ olarak geçmektedir.

Hiz. Muhammed'den nakledilen şu olayda da emir kelimesinin devlet, otorite ve yönetim anlamına geldiği anlaşılmaktadır; Resulullah himaye istemek için arap kabilelerine müracaatta bulundu. Bu maksatla Amiroğullarının yanına giderek onları Allah'ın dinine davet ettiğinde kendisini korumalarını da istemişti. Amiroğullarından biri; "Sana uyarsak, sonra da Allah, muhaliflerine karşı sana zafer verirse senden sonra emr (yönetim) bizim elimize geçer mi?" diye sorunca Hiz. Peygamber; "Emir Allah'tandır. Onu dilediği yere koyar" şeklinde cevap verir. Bunun üzerine adam da; "Biz boyunlarımızı senin uğrunda Araplara hedef yapalım, sen muzaffer olunca da bu iş başkalarının eline geçsin öyle mi? Bizim senin işine ihtiyacımız yoktur" diye cevap verir⁴²⁵.

Medine kelimesi, deyn kökünden deyyan; hakem ve kadı anlamına geldiği gibi insanları itaat ettiren kişiye de denir⁴²⁶. Medin ise sahip olunmuş köle demektir⁴²⁷. Medine, hakimnin nüfuz bölgesi yani deyyandır⁴²⁸. Bu kelime Kur'an-ı Kerim'de çokça kullanılır.

⁴²¹ 18 Kehf 79

⁴²² 27 Neml 34

⁴²³ 3 Al-i İmran 159

⁴²⁴ 42 Şura 38

⁴²⁵ İbnu'l-Esîr, II, 93; Taberi, II, 350

⁴²⁶ Lisanu'l-Arap, XIII, 166

⁴²⁷ Lisanu'l-Arap, XIII, 170

⁴²⁸ Bernard Lewis, *İslam'ın Siyasal Dili*, trc: Fatih Taşar, Kayseri, 1992, 55

maktadır. En çok eski peygamberlerle ilgili kıssalarda geçmektedir⁴²⁹. Fakat dört yerde Hz. Peygamber'in müslümanlarla birlikte hicret ettiği ve ilk müslüman devleti kurduğu Yesrib şehri için kullanılmaktadır⁴³⁰.

Sultan kelimesi de Kur'an'da güç ve hakimiyet⁴³¹, delil⁴³² anlamlarında kullanılmaktadır. Bu kelime Hz. Peygamber tarafından otorite veya hakimiyet anlamında kullanılmıştır. Kısra oğlu tarafından öldürülünce Hz. Peygamber; "dinim ve otoritem Kısra'nın mülküne ulaşacak"⁴³³ ifadesini kullanmıştır.

Devleti ifade etmek için mülk ve emir kelimesi yerleştikten sonra Beni Ümeyye zamanında bu kelimelerin yerini *sultan* ismi almıştır. Hatta saltanat fikri bir şahısla özdeşleşti, onu temsil etti ve sultan, iradesiyle emreden oldu. Böylece bu tabir hem siyasette hem de hukukçular arasında yaygınlaştı. Yazarlar eserlerine *Ahkamu's-Sultaniyye* ismini verdiler. Daha sonra da saltanat ismi değişti ve sultanın otoritesine bağlı ülkeye mülk-melik kökünden türeyen *memleket* ismi verildi⁴³⁴.

Devlet kelimesi Kur'an-ı Kerim'de ne lügat anlamında ne de günümüzde kullanılan anlamıyla bulunmamaktadır. Kelimenin bir başka telaffuz şekli *dület* ise, zenginler arasında dolaşan mal anlamında, bir yerde geçmektedir⁴³⁵. Bir başka ayette ise, savaşta zafer ve galibiyetin bir taraftan ötekine geçmesi anlamında söz konusu kelimenin fiil hali kullanılmaktadır⁴³⁶. Devlet kelimesi nöbet (sıra) anlamında Ahmed b. Hanbel'in Müsned'inde de bir hadiste geçmektedir⁴³⁷.

Devlet kelimesinin bir türevi olan *düvel* ise Hz. Hasan'ın bir hutbesinde dönüşümlü güç, nöbet devreden anlamında kullanılmaktadır. Amr b. Âs, Muaviye ile Kûfe'de karşılaşınca Amr Muaviye'den Hz. Hasan'a bir konuşma yaptırmasını ister. Hz. Hasan da

⁴²⁹ 7 A'raf 123; 12 Yusuf 30; 15 Hicr 67; 18 Kehf 19,82; 27 Neml 48; 28 Kasas 15,18,20

⁴³⁰ 9 Tevbe 101,120; 33 Ahzab 60; 63 Munafikûn 8; Kanaatimizce Yesrib'e Menine denmesinin altında zimnen bir toplum sözleşmesi olgusu yatmaktadır. Çünkü ilk önce aynı ideali paylaşan daha sonra da ortak siyasal oluşumu meydana getiren insanların oluşturduğu toplumsal bir sözleşme söz konusudur.

⁴³¹ 14 İbrahim 22; 14 Hicr 42; 16 Nahl 99; 34 Sebe 21; 37 Saffât 30

⁴³² 7 A'raf 71; 11 Hud 96; 12 Yusuf 40; 14 İbrahim 10; 18 Kehf 15

⁴³³ İbnu'l-Esîr, II, 214

⁴³⁴ Semîr 'Aliye, *Nazariyat'u-Devle ve Adabuha fi'l-İslâm*, Lübnan, 1988/1408, 27

⁴³⁵ 59 Hac 7

⁴³⁶ 3 Al-i İmran 140

⁴³⁷ Hanbel, VI, 274 Hz. Ayşe; "...Resulullah nöbetimde seher vakti öldü....(mate resulullah beyne scheri ve'n-neheri ve fi devleti)" haberini vermektedir.

oradaki topluluğa; "Ey insanlar gerçek şudur ki! Allah geçmişimizle size doğru yolu göstermiş sonrakilerimizle de kanınızı akmaktan kurtarmıştır. Şüphesiz bu işin bir zamanı vardır. Dünyadaki işler dönüp dolaşır (ve'd-dünya düvelün)"⁴³⁸ diye bir konuşma yapmıştır.

Devlet kelimesinin siyasal kullanımı⁴³⁹ Abbasî halifelerinin VIII. yüzyılın ortalarında iktidara gelmeleriyle başlar. Emevîler yönetimden uzaklaşmışlar ve sıra Abbasîlere gelmiştir. Ebu'l-Abbas es-Suffâh'ın bir konuşmasında, devlet kelimesinin, ihtilal ve darbe yoluyla yönetimi ele geçirme, anlamında kullanıldığı anlaşılmaktadır; "Ey Kûfe halkı! Sizlerin bize karşı sevgi ve muhabbetiniz vardır. Sizler bu durumu değiştirmediniz. Size zulmedenlerin saldırıları sizi bundan alıkoymadı. Nihayet zamanımıza ulaştınız. Allah da size devletimizi nasip etti (ve etakümullahu bi devletina). Sizler nazarımızda en değerli ve kıymetli kişilersiniz. Maaşlarınızı 100 dirhem artırdım. Dikkatli olun! Ben çok kan akıtcı ve helak edici bir ihtilalciyim"⁴⁴⁰.

Tarihi süreç içerisinde devlet kelimesi, zamanla iktidarın el değiştirmesi anlamından sıyrılıp teşkilatlanmış yönetim anlamını almaya başlamıştır. Bu safhada kelimenin iktidarın değişmesinden çok sürekliliğini ifade ettiği anlaşılmaktadır⁴⁴¹. Özellikle Osmanlılar zamanında devlet kelimesi günümüzdeki kullanım anlamına kavuşmuştur. Bu anlamda devlet kelimesi 1606 Zıdvagor Anlaşmasında kullanılmıştır⁴⁴². Fakat eski Türkler bu tabiri bilmiyorlardı. Muhtemeldir ki Abbasîlerin son dönemlerinden almışlardır⁴⁴³.

Klasik İslâm literatürü devlet kavramını karşılamak konusunda yukarıda açıkladığımız şekildeki devlet kelimesine yabancı kalmıştır. Ancak klasik dönem İslâm hukukçuları devlet, iktidar ve yönetim teşkilatına dair yaptıkları çalışmalarda devlet kelimesini kullanmamalarına rağmen, hukuki bir kurum ve kavram olarak devleti tanımakta ve unsurlarını ve fonksiyonlarını araştırmalarına konu edinmektedirler. Zira İslâm hukukçuları devlet kavramını ifade etmek için tek bir terim yerine çeşitli unsur ve yönlerini gösteren birden fazla terim kullanmışlardır. Buna göre hilafet, imamet, daru'l-İslâm, ümmet, ehl-i

⁴³⁸ Taberî, *Tarih*, V, 163; İbnu'l-Esîr, III, 407

⁴³⁹ Siyasal terimler için bk. Lewis, 43-67

⁴⁴⁰ Taberî, *Tarih*, VII, 426; İbnu'l-Esîr, V, 413

⁴⁴¹ Ahmet Davutoğlu, "Devlet Mad." *DİA*, IX 235

⁴⁴² Niyazi Berkes, *Türkiye İktisat Tarihi*, 3. Baskı, İstanbul, 1976, I, 56

⁴⁴³ Aliye, 28

darü'l-İslâm kelime ve terkipleri en çok kullanılan terimler olup, bunu tesbit etmek için, İslâm hukuku ve kelama dair kitaplara bakmak yeterlidir.

Ayrıca kelimenin kullanımından yöneticilerin kişilikleri ile kurumsallaşmış yönetim aygıtının arasının ayrıldığı ve kelimenin artık bunlardan ikincisini anlatmak üzere terim niteliği kazandığı açıkça görülmektedir. Kelimenin organize olmuş yönetim örgütünü ve geniş anlamda teşkilatlanmış siyasi yapıyı göstermek için terim niteliğinde kullanımında en açık örnek İbn Haldun'un ifadeleridir. Tespitlerimize göre İbn Haldun, devletin yöneticilerinden *isabetü'd-devle*, halkından *kavmu'd-devle*, hukukunun uygulanmasından *imzau ahkâmi'd-devle*, ülkesinden *memalîkü'd-devle*⁴⁴⁴ diye söz etmektedir.

Sonuç olarak, İbn Haldun'a kadar klasik dönem İslâm hukukçularının devletin unsurlarını yönetim ve yönetim teşkilatını incelediklerini, ancak devlet kurumunu ifade etmek üzere tek bir terim seçip kullanmadıklarını, birden fazla terimle hukuki bir olgu olan devleti açıklamaya çalıştıklarını söyleyebiliriz. İbn Haldun'dan sonra ise, devlet kelimesinin bugünkü siyasi anlamına kavuştuğunu ve kabul gördüğünü söyleyebiliriz⁴⁴⁵.

2.1.3. İSLAM DÜŞÜNCESİNDE DEVLETİN KÖKENİ

İslâm siyaset felsefesinde devlet ve iktidar olgusunun kökeni, genellikle olması gerekeni ifade eden varsayıma dayalı teoriler yerine, insan ve insan toplumlarının yapısal gerçekleri esas alınarak çözülmeye çalışılmıştır.

Buna göre insan herşeyden önce yaratılışı gereği sosyal bir varlıktır. İnsanların yaşamaları ve varlıklarını sürdürmelerinin asgarı şartı bir araya gelmeleri ve zorunlu ihtiyaçlarını karşılamaları için birbirleriyle yardımlaşma içinde bulunmalarındır⁴⁴⁶. Öyleyse insanların bir araya gelmeleri iradelerinin değil yapılarının bir gereğidir⁴⁴⁷. Çünkü insanların birleşerek toplum halinde yaşamalarına ve iletişim kurmalarına en önemli etken ihtiyaçlardır⁴⁴⁸.

Potansiyel olarak insanlarda zulüm ve haksızlık yapma özellikleri bulunabilir. Bu ö-

⁴⁴⁴ İbn Haldun, 145

⁴⁴⁵ Bazı çağdaş İslâm hukukçuları devletin ülke unsurunu karşılayan *darü'l-İslâm* teriminin ülkenin yanı sıra devleti de ifade eden bir anlam genişliğinde kullanıldığını ileri sürmektedirler. bk. Abdülkerim Zeydan, *el-Ferdu ve'd-Devle fi's-Şeriatü'l-İslâmiyye*, Bağdat, 1965, 11; 'Aliye, 36

⁴⁴⁶ Mücahit, 146

⁴⁴⁷ İbn Haldun, 161; 'Aliye, 28

⁴⁴⁸ İbn Haldun, 167

zellikler insanların birbirlerinin haklarına tecavüz etmelerine sebep olabilir ve sonuçta toplumsal düzen fesada uğrayabilir⁴⁴⁹. Öyle ki insanlar arası veya toplumlar arası ilişkiler çatışma ve kargaşaya dönüşebilir⁴⁵⁰. Bu sebeple insanlar ihtiyaçlarına bir düzen içerisinde ulaşabilmek veya adaleti ikame edebilmek için bir takım kural ve kanunların gerekliliğini açıkça anlarlar. Bunun sonucu olarak da bu kural ve kanunları koyup yürütecek ve kendisine itaat olunacak bir otoriteye ihtiyaç duyarlar.

2.1.4. DEVLETİN ÖZELLİKLERİ

Toplum bilimsel anlamda devlet, bir kurumdur. Ancak diğer kurumlardan farklı bazı özelliklere sahiptir. Bu özellikleri genel olarak şu şekilde maddeleştirebiliriz.

1. Devlet geniş bir örgütlenme yapısına sahiptir. Bir toplumda örgütü devletinkinden daha geniş, daha yaygın ve daha kapsayıcı başka bir sosyal kurum yoktur. Devlet toplumun tümüne ilişkin siyasal işlevleri etkili bir biçimde yürüten tek örgüt olma durumundadır⁴⁵¹.

2. Devlet kurumu içerisinde ileri düzeyde bir iş bölümü söz konusudur. Yöneticilerden bir kısmı topluma uygulanacak hukuk kurullarını belirler, bir kısmı bu kuralları yönetilenlere uygular, bir kısmı ise bu kuralların uygulanmasından doğan veya toplumda bireyler arasında çıkan anlaşmazlıkları çözer.

3. Devletin asıl olan önemli özelliği, elinde üstün bir güç ve otoritenin olmasıdır⁴⁵². Bir toplumda üstün olan tek güç devlet gücüdür. Devlet bu gücünü, kendisini devlet yapan hukuksal mekanizmalardan alır.

Güç ve Otorite: Güç vasıtasıyla tutunan bir rejime itaat, zoraki bir itaattir. Meşru telakki edilen bir rejime itaat ise, ihtiyaridir ve ancak bu rejimin yaşayabilme gücü vardır⁴⁵³. Toplumda ortaya çıkan kargaşalar ancak siyasal iktidârın şiddet kullanmasıyla önlenabilir bir noktaya gelince, diktatörlükler veya baskı rejimleri ortaya çıkar. Çünkü baskı rejimleri, baskıyı gevşetirlerse yıkılırlar⁴⁵⁴.

⁴⁴⁹ İbn Haldun, 116

⁴⁵⁰ İbn Haldun, 167-168; el-Gazali, Ebu Hamid Muhammed, *al-İktisat fi'l-İtikâd*, Önsöz ve dipnotlarıyla hazırlayanlar, İ. Agah Çubukçu, Hüseyin Atay, Ankara, 1962, 148-149

⁴⁵¹ Cem Eroğul, *Devlet Nedir*, Ankara, 1999 2. Baskı, 57

⁴⁵² Halil Uysal, *İnsan ve Toplum Bilimleri Sözlüğü*, Konya, 1996, 24

⁴⁵³ Hırş, 403

⁴⁵⁴ Ahmet Taner Kışlalı, *Siyasal Çatışma ve Uzlaşma*, Ankara, 1993, 62

Güç bireyi, düşünen, değerlendiren ve karar veren bir varlık olmaktan çıkartıp, yerine göre onu başka bireylerin amaçları için kullanılabilecek basit bir alet ya da köle durumuna düşürür. Bu durumdaki bireylerin eylemleri de özgür eylem değildir. Özgür eylem, bir bireyin başkalarının isteği ve bilgisine göre düzenlediği veya başkalarınca düzenlenen eylem değil, kendi bilgi, amaç ve değerlerine göre, kendisinin belirleyip yaptığı eylemdir⁴⁵⁵.

Siyasal iktidârın vatandaşlara karşı şiddet kullanmasını yasallaştıran baskı rejimleri, genellikle, toplumsal bunalımlar sonucu ortaya çıkar. Bu bunalımların bazıları yapısal, bazıları da geçici ya da dış şartların meydana getirdiği bunalımlardır. Yapısal bunalımlar özellikle toplumsal ve ekonomik yapıdaki gelişmelere siyasal kurumların uyum sağlayamadıkları durumlarda ortaya çıkar. Ekonomik ve toplumsal güçlerin el değiştirmesine karşılık siyasal iktidâr, gücünü yitirmiş toplum kesimlerinin uzantısı olmayı sürdürebiliyorsa ve buna imkan veren siyasal kurumlar varlıklarını sürdürmekte direniyorsa bu, bir yapısal bunalımdır. Yapısal olmayan bunalımların en iyi örneklerini, geçici ekonomik bunalımlar oluşturur⁴⁵⁶.

Geri kalmış ülkelerde sermaye sahipleri işçiler vb. kesimler yeterince güçlü değildirler. Bu kesimlerin güçsüzlüğü, ordunun rejim içindeki ağırlığını ve daha bağımsız hareket etme imkanını artırır. Ordunun toplumsal güçler dengesindeki önemi geri kalmışlık ölçüsünde ve bunalım dönemlerinde daha da artar. Sivil seçkinlerin güçsüzlüğü, asker seçkinlerin önemini artırır. Karşı koyacak bir gücün veya güçlerin yokluğu askeri darbeler ve askere dayalı rejimleri kolaylaştırır. Kendi kendini yönetemeyenler, başkaları tarafından yönetilmeyi beklemelidirler. Ülke sorunlarını çözemeyecekleri izlenimini veren sivil-ler, askerin işe karışmasına çağrı çıkarırlar⁴⁵⁷.

Diktatörlüğün zayıf yönlerinden birisi de, ülkede nitelikli insan kıtlığına sebep olmasıdır. Her şeyin tepeden kararlarla ve otoriter bir biçimde yürütülmesi, insanları ülke sorunlarına karşı ilgisiz kılar, sorumluluk duygusunu yok eder, bencillik yaygınlaşır. J. Stuart Mill'in şu sözleri çok özlüdür: " Kendi elinde daha uysal bir alet haline gelmeleri

⁴⁵⁵ Attila Yayla, *Liberal Bakışlar*, Ankara, 1993, 162

⁴⁵⁶ Kışlalı, *Siyasal Çatışma*, 31

⁴⁵⁷ Kışlalı, *Siyasal Çatışma*, 260

için insanları evcilleştiren bir devlet, sonunda küçük insanlarla büyük şeyler başarmanın imkansız olduğunu anlayacaktır.”⁴⁵⁸

Öte yandan Kur’ân toplum bireylerinin küçüklüğünü ve buna bağlı olarak yöneticilerin toplumu küçük görmelerini dikta rejimlerin kurulma sebebi olarak göstermektedir⁴⁵⁹.

Bütün beşeri toplumlar için otorite zorunludur. Çünkü bireysel ve toplumsal haklar onunla korunur⁴⁶⁰. Devlet otoritesi, insanların uyması gereken bir düzeni ifade eder. Hiçbir bireyin veya grubun otoritesi, devlet otoritesine üstün olamaz⁴⁶¹. Çünkü hukukî otorite ne geleneklerden ne de olağanüstü kişisel niteliklerden kaynaklanır. Hukukî otoritede iktidârın kaynağı bilim, akıl ve hukuktur. Kişiler iktidâra, belli kurallara göre gelirler ve giderler, yetkilerini de belli sınırlar içinde kullanırlar⁴⁶².

Hukukî otorite, meşru iktidâr demektir. Eğer bir kimse, bir yerden gelen buyrukları incelemeyen, doğruluğunu ve haklılığını kabul ediyor ve bunlara uyuyorsa, bir otorite karşısında bulunuyor demektir. Otoritenin, gerektiğinde başvurduğu kuvvet, çıplak bir kuvvet olmayıp meşruluğu kabul edilen ve disiplin altına alınan kuvvettir⁴⁶³.

Devlet otoritesi, devlet düzeni ve birliğini sağlamak, bireyler arası ilişkileri düzenlemek ve bu düzeni ihlal etmek isteyenlere, gerektiğinde, zor kullanmak imkanına sahip otoritedir. Bu otorite, ülke sınırları içindeki bireylerin ve bütün grupların irâde ve otoritelerinden üstündür⁴⁶⁴.

Bir otorite ilk önce bireye insani değerini vermeli ve bu değerinde bütün insanların eşit olduğunu kabul etmelidir ki, birey tâbi olacağı otoriteye özgür irâdesiyle ve bilerek bağlansın. Birey, şahsa veya şahsi otoriteye değil, kaynağını irâde ve hukuktan alan otoriteye bağlanmalı ki, kendisini kendisi olarak realize edebilsin. Devlet hayatında otorite, gayri şahsi olur, hukuktan doğar ve adâlet idesini gözetirse meşru ve itaate layıktır. Böyle olmayan otoriteye *tahakküm* denir. Tahakküm yani kanunsuz emir ve yasak kimden ge-

⁴⁵⁸ Kışlalı, *Siyasal Çatışma*, 230

⁴⁵⁹ "Fıra'nı kavmini küçümsedi. Onlar da ona boyun eğdiler. Çünkü onlar fasık bir kavim idiler." (43 Zuhuruf 54) ayeti bu görüşe örnek olarak gösterilebilir

⁴⁶⁰ Medkur, 305

⁴⁶¹ Okandan, *Umumi Amme Hukuku*, 507

⁴⁶² Hegel, 200; Kışlalı, *Siyaset Bilimi*, 97

⁴⁶³ Daver, 117

⁴⁶⁴ Özçelik, I, 20

lirse gelsin gayri insani ve iticidir⁴⁶⁵.

Devletin doğuşu belli ilkeleri benimseyen insanların, o ilkeler etrafında birleşmelerini gerektirir. Toplumun benimsediği bu ilkeler, kesinlik arz eder. Onlara ters davranmak birliği tehdit edeceğinden⁴⁶⁶ ters davrananlara izin verilmez ve baskıya uğrarlar. Baskı, zorlama ve yaptırım hukukun sosyolojik kaynaklarıdır. Ortak bilinç ve ortak yaşamı sarabilecek davranışları önceden sezinleyip önceden tedbir alma da sosyolojik temelli çalışmaların bir parçasıdır. **Kollektif bilinç** topluma aykırı davranışlar karşısında zor kullanacağını önceden bildirerek bir tür tehditle kendini korur ve korumalıdır.

Geleneksel otorite tipinde siyasal iktidar meşruluğunu çok eski zamanlardan beri yerleşmiş olan geleneklerden ve bu geleneklerin kutsallığına karşı duyulan inançtan alır. Patriarkal, ataerkil ve monarşik otoriteler geleneksel otorite tipinin başlıca örneklerini oluşturur. Bu sistemde kanunlara ve otorite sahiplerinin makamlarına değil, daha çok iktidar sahiplerinin şahıslarına karşı itaat sözkonusudur.

Karizmatik otorite tipinde iktidarın meşruluğu bir kişinin olağanüstü sayılan niteliklerine dayanır. Halk liderde kutsallık veya kahramanlık ya da örnek alınacak üstün bir kişilik simgesi gördüğü için ona bağlanır ve oluşturduğu düzene tam bir uyumla itaat eder. Burada iktidarın kaynağı bizzat kişinin doğuştan sahip olduğuna inanılan özellikleridir.

Hukuki ya da akılcı otorite ise ne geleneklerden ne de olağanüstü kişisel niteliklerden kaynaklanır. Bu tür otorite söz konusu olduğunda iktidarın kaynağını akli hüküm ve hukuk oluşturur. Kişiler belli kanunlara göre iktidara gelir, belirli sınırlar içinde yetkilerini kullanır ve belirli kurallara göre iktidardan uzaklaşırlar. Dolayısıyla bu sistemde meşruluk kaynağını hukuktan alır. İktidara itaat onun hukuka uygun olarak kullanıldığı inancından doğar. Yönetilenler, yöneticilerin şahıslarına değil işgal ettikleri makama, başka bir ifadeyle hukuk düzenine itaat gösterirler.

2.1.5. DEVLETİN GEREKLİLİĞİ

İnsan doğası gereği ortak hayata yönelik sosyal bir varlıktır. Eğer tek başına sosyallık maddi sorunları çözebilseydi ortak hayatın ilk ve en basit örneği olan aile haya-

⁴⁶⁵ Başgil, *Esas Teşkilat Hukuku*, II, 288

⁴⁶⁶ 2 Bakara 191, 217

tından öteye gitmek gerekemeyebilirdi. Ama insanlar ihtiyaçları doğrultusunda daha geniş topluluklar kurma yoluna gitmişlerdir. Bu sürecin tabii sonucu olarak sosyallığa siyasallık da eklenmiş sonuçta toplumların yaşaması için zorunlu olan ve zamanla daha karmaşık hale gelen toplumsal görevleri yerine getirecek bir kuruma duyulan ihtiyaç devleti doğurmuştur⁴⁶⁷.

Devletin varlığı zorunludur. Çünkü toplumsal gerçekliğin toplu davranış biçimlerini yönetecek, düzenleyecek bu tür bir organa ihtiyaç vardır. Düzenin sağlanmadığı ve anarşinin hüküm sürdüğü bir toplumda emeğin değerlendirilmesi imkansızlaşır. Emeğin değerlendirilemediği bir toplumda da coğrafi-fiziki çevrenin sağladığı imkanların kullanılması güçleşir⁴⁶⁸.

Devletin gerekliliği konusu İslâm hukuk tarihinde müslüman hukukçular tarafından da ele alınmış ve çeşitli yönleriyle tartışılmıştır. Şehristanî; "İnsan türü hayatını sürdürmek ve ahiretine hazırlanmak için toplumun öteki evlatlarıyla topluluk oluşturmaya ihtiyaç duyarsa; bu toplanmanın savunma ve yardımlaşmanın kendisiyle meydana geldiği bir biçimde olması gerekir ki savunma yoluyla ehli korunabilsin ve yardımlaşma yoluyla da sahip olmadığına kavuşsun"⁴⁶⁹ demektedir.

İbn Teymiyye'ye göre insan doğası gereği medenidir. İnsanoğlunun maslahatı toplumsallaşma ve yardımlaşma ile tamamlanır⁴⁷⁰. Fayda ve amaçları gerçekleştirmek ve kötülükleri önlemek için insanların bir başkan tayin etmesi, dinin en önemli vaciplerinden biridir⁴⁷¹.

Maverdî imametın dünya siyaseti ve dini korumada peygambere niyabeten konulduğunu ve imamet aktinin ümmet için bir icma ile vacip olduğunu söylemektedir. O imametın akılla mı yoksa şer'an mı vacip olduğu konusunu da iki açıdan ele almaktadır; *imametın aklen vacip oluşu*; akıllı kişilerin tabiatında, kendilerini birbirlerine haksızlık etmelerini önleyen ve çekişme durumunda aralarını bulan bir lidere teslim olma duygusunun bulunması demektir. Yani vacip oluş bu sonuçtur. Çünkü yöneticiler olmasaydı işler

⁴⁶⁷ Eroğul, 84

⁴⁶⁸ Bilgeseven, 84

⁴⁶⁹ eş-Şehristanî, Ebu'l-Feth Muhammed, el-Mile'l-ve'n-Nihal, I-II, Kahire, 1968/1387, I, 38

⁴⁷⁰ İbn Teymiyye, Mecmu'u'l-Feteva, I-XXXVII, Rabat, 1981/1401, XXVII, 39,62,63,390; İbn Teymiyye, es-Siyasetu's-Şer'iyye, trc: Vecdi Akyüz, İstanbul, 1985, 194; Mûcahit, 168

⁴⁷¹ İbn Teymiyye, Feteva, XX, 57, XVIII, 39,296; İbn Teymiyye, Siyaset, 195; Mûcahit, 168

karışık, bireyler de kargaşa içinde olurdu. *İmamet'in şer'an vacip oluşu*, imamın bazı şer'i işleri yapması esasına dayanır. Şeriat dinde işlerin yetkilisine verilmesi için gelmiştir. Ulu'l-Emr'e itaatın vacip oluşunu belirten nass⁴⁷² da vardır. Bu, itaat edilecek bir başkanın bulunması zorunluluğunu gerektirir ki bu zimnen vacip olmuştur⁴⁷³.

Gazalî'nin devletle ilgili görüşleri ise şöyledir: "Hukuk dünya ilmi, hukukçular da dünya alimleridir. İnsanın tek başına dinden ve toplumdan uzak olarak maddi ve manevi mutluluğunu sağlaması imkansızdır. O yaratılışı gereği hep başkalarına muhtaçtır"⁴⁷⁴. Gazalî; "İşlerin kendi haline bırakılması anarşi ve taşkınlığa sebep olabilir. Devlet ve denetimi olmadığı takdirde fikir ve arzuların birbirleriyle çakışır halde olması, faziletsizlerin faziletlilere zenginlerin alimlere üstünlük kurmalarını doğurur. Artık eller mallara ve ırlara uzanır, seviyesizler yüksek, yüksek olanlar da seviyesiz görülür. İşte bu hallerin insanlar arasında kesin olması, devlete duyulan ihtiyacı ortaya çıkarmıştır. Eğer insan dünyadan dürüst bir şekilde faydalanırsa düşmanlıklar ortadan kalkar ve hukuka ihtiyaç kalmaz. Fakat insanların dünyevi hırsları düşmanlığı doğurduğundan onları yönetecek bir hükümete gerek duyuldu"⁴⁷⁵ demektedir.

Yine Gazalî'ye göre hukuk ilmi dünya ile ilgili olduğu kadar din ile de alakalıdır. Fakat din ile alakası dünya aracılığıylaadır. Zira dünya ahiretin tarlasıdır. Din dünya ile tamamlanır. Din ile sultanlık arkadaşdır, ikizdir. Din asıldır, padişah (hükümet) onu korur. Kökü olmayan yıkılmaya mahkum olduğu gibi korunmayan temeller de yıkılır, yok olur. Mülkün tamamlanması ve korunması hükümetle mümkündür. Hükümetler de, mülkü korumak ve düzeni kurmak da ancak hukukla halledilir. Mülkü siyasetle idare bizzat dinden olmayıp ancak dinin kendisiyle tamamlanabileceği şeylere yardımcı olduğu gibi idare ve düzen yollarını bildiren hukuk da bunun gibidir⁴⁷⁶. Gazalî imamet'in (yönetimin), incelenmesi gereken önemli bir (dini) mesele olmadığını hukukun konularından birini oluşturduğunu söylemektedir⁴⁷⁷. O bu hususta şöyle demektedir; "İmam tayininin (yönetimi oluş-

⁴⁷² 4 Nisa 59

⁴⁷³ Maverdî, Ebu'l-Hasan Ali b. Muhammed b. Habib, *el-Ahkamu's-Sultaniyye*, Beyrut, 1990/1410, 29-30

⁴⁷⁴ Gazalî, *İhya*, I, 9

⁴⁷⁵ Gazalî, *İhya*, I, 13; Ayrıca Gazalî'nin devletle ilgili görüşleri için bk. Fahrettin Korkmaz, *Gazalî'de Devlet*, Ankara, 1995

⁴⁷⁶ Gazalî, *İhya*, I, 13

⁴⁷⁷ Gazalî, *İtikat*, 234

turmak) vacip oluşunun akılla olduğunu zannetmemiz gerekmektedir. Vücub şeriatın alınmaktadır. Şu kadar var ki, bunun yapılmasındaki çeşitli faydaları veya terkedilmesindeki en küçük zararları bize açıklayan ancak akıldır. Buna göre bu dünyada birçok faydaları sağlayıp, birçok zararları da uzaklaştırdığından dolayı imam tayininin vacip olduğunu inkar etmeye imkan yoktur. Din işlerinin düzenlenmesi kesinlikle şeriatın sahibi olan peygambere aittir. İşte bu her türlü tartışmayı kabul etmeyen kesin bir mukaddimedir (önermedir). Buna başka bir mukaddime daha ilave ediyoruz ki bu da din işlerinin düzenlenmesinin ancak kendisine itaat edilen bir insanın varlığıyla mümkün olacağı keyfiyetidir. Böylece bu iki mukaddimenin toplamıyla asli davanın doğruluğu ortaya çıkmaktadır ki bu da imam tayininin vacip olmasıdır"⁴⁷⁸. Yine o, "Tabi zorunluluktan kaynaklanan insanlar arası ilişkiler, her zaman hak ölçüleri içerisinde olmayabilir. Yaşamak için sürekli gayret göstermesi gereken insan, rızık temini için bazen yanlış yola sapabilir. Bazen rızık temini başkalarının hakkına tecavüz şeklinde de olabilir. Bu şekilde mağdur olanın mağduriyetinin önlenmesi için müracaat edilmesi gerek üstün bir otorite gerekebilir. Aksi halde ihkakı hak gündeme gelebilir. Bu ise anarşiyi doğurduğu gibi sosyal hayatı da felce uğratabilir"⁴⁷⁹ demektedir. İnsanların isyana ve haksızlığa mutemayil olarak yaratıldıklarına, yaratılışları icabi haksız davranışlarda bulunabileceklerine işaret eden Gazalî; "Mesut bir toplum için hak ve adaleti icra ve ifa eden üstün bir otorite şarttır bu da devlettir"⁴⁸⁰ demektedir.

İbn Haldun devletin gerekliliği hakkında özetle şunları söylemektedir; "İnsanların ihtiyaçlarını karşılamak için toplum halinde yaşamaları mecburidir. Toplumsal hayat ihtiyaçlar nedeniyle insanlar arası ilişkiyi zorunlu kılmakta, dolayısıyla insanlar arası ilişkileri düzenleyen, kuralla bağlayan ve onların birbirlerine karşı saldırılarına mani olan bir kuvvetin bulunması zaruridir. Aksi taktirde anarşi olacak ve insanlar birbirlerinin kanını dökecektir. Bu da insan türünün yok olmasına neden olacaktır"⁴⁸¹ demektedir⁴⁸².

⁴⁷⁸ Gazalî, İtikat, 234,235

⁴⁷⁹ Korkmaz, 37

⁴⁸⁰ Korkmaz, 37

⁴⁸¹ İbn Haldun, 167, 168

⁴⁸² Kanaatimize göre İbn Haldun devletin gerekliliği hakkındaki görüşleriyle toplum sözleşmesi teorisi benzerlik göstermektedir. Bu teoriye göre insanların isteklerine kayıtlamaya tabi tutmayan, insanların özgürlükleri lehinde güvenden yoksun, çatışmanın hakim olduğu safha doğal yaşama hali diye ifade edilir. Bu safhadan sonra insanlar aralarında sözleşerek aralarındaki ilişkileri düzene bağlayan toplum halini sonra da toplumun en gelişmiş hali olan devleti ikame etmişlerdir.

Farabî, insanın zorunlu olan işlerini yapabilmesi ve yükselmesini topluluk halinde bulunmasına bağlamaktadır⁴⁸³; "İnsanların yaratılışlarının farklılığından dolayı her insanın yaratılışında, mutluluğu ve yapması gereken şeyleri kendiliğinden bilme yeterliliği yoktur. Bilakis bu konuda bir öğretici ve yol göstericiye muhtaçtır. Bu yüzden, onların, kendilerine bütün bunları öğretecek ve kendilerini bütün bunlara yöneltecek kimselere ihtiyaçları vardır. Aynı şekilde her insanın başkalarına yol gösterme gücü olmadığı gibi başkalarını bu şeyleri yapmaya sevk etme gücü de yoktur. Bunu yapabilecek olan ise erdemli başkandır⁴⁸⁴. Dolayısıyla bir başkan tarafından yönetilen kişiler erdemli, iyi ve mutlu kişilerdir"⁴⁸⁵ demektedir. Farabî'nin kişi açısından mutlulukla ilgilenmesi, onu gerçekleştirmeyi mümkün kılan siyasî sistemlerin en yücесini araştırmaya yöneltmiştir. Bu bağlamda o sadece erdemli başkanının nitelikleriyle yoğunlaşmamış, devleti, tabii-organik, fonksiyonel-yapıcı, kapsamlı ve inançla ilgili bir gerçek olarak açıklamak suretiyle çeşitli boyutlarıyla siyasî olguyu da ele almıştır⁴⁸⁶.

İslâm'ın insanlığın mutluluğu ve faydası için bazı kuralları vardır. Bu kuralların uygulanması bir gücü gerektirir. Abduh'a göre bunun anlamı şudur; "İnsanlar zaman zaman nefsanî arzularının tahakkümü altında kalabilirler, beşerî zaafılarına mağlup olabilirler. Zira insanoğlu sonsuz ihtiraslı bir varlık olarak devamlı haktan, doğrudan ayrılmaya haddini aşmaya adaydır. O halde insanoğlunun zaafiyetlerinin toplumun düzenini bozmaması için hukuka göre hareket edecek (ettirecek) bir güce ihtiyaç vardır"⁴⁸⁷. Abduh'a göre halife (sultan) ümmetin en üst yöneticisi ve yönetimde tek yetki sahibidir⁴⁸⁸.

İslâm düşünce tarihinde itikadî mezhepler de devleti kendilerine konu etmişlerdir; Cumhur ulemaya göre imamın nasbı müslümanlar üzerine vaciptir⁴⁸⁹. Necdî haricilerine göre devlet reisine gerek yoktur. Sadece insanların kendi aralarında Allah'ın kitabını bil-

⁴⁸³ Ebu Nasr el-Farabî, *es-Siyasetu'l-Medeniyye* trc: Mehmet Aydın-Abdulkadir Şener-M. Rami Ayaz, İstanbul, 1980, 36

⁴⁸⁴ Farabî, 43-44

⁴⁸⁵ Farabî, 45

⁴⁸⁶ Farabî, 45 vd.

⁴⁸⁷ Muhammed Abduh, *el-A'mâlu'l-Kâmile li'l-İmam Muhammed Abduh*, I-VI, Beyrut, 1979, 287-288

⁴⁸⁸ Abduh, *A'mal*, III, 233; Ayrıca Muhammed Abduh'un siyasî görüşleri için bk., M. Zeki İçsan, *Muhammed Abduh'un Dini ve Siyasî Görüşleri*, İstanbul, 1998, 2. Baskı

⁴⁸⁹ İmamın nasbı ile ilgili tartışmalar için bk. Kasânî, Ebu Bekir b. Mes'ud, *Bedaiu's-Senai fi't-Tertîbi's-Şerai'*, I-X, Beyrut, 1997/1418, 83 1 nolu dipnot.

meleri gereklidir⁴⁹⁰. Necdet haricilerinden bir fırka, Hama, İbaziye haricileri ve diğer bütün hariciler imam nasbının vacip olmadığı görüşündedirler ve onların bu görüşleri Mu'tezi'leden mutekaddimun ve muteahhirun bazı alimlerin görüşleriyle uygunluk gösterir. Onlara göre de ümmet adil ise ve aralarında fasık olan yoksa orada imama ihtiyaç yoktur⁴⁹¹.

Asamm ise devlete gerek kalmaması için halkın birbirine zulmetme tehlikesinden kurtulmuş olmasını şart koşar⁴⁹².

Mu'tezi'lenin bir kısmına göre devlet reisinin bir nass ile belirlenmesine gerek yoktur. Bu işten anlayan bir topluluğun kararıyla devlet reisi seçilebilir⁴⁹³. Bir kısım Mu'tezili ve bütün Haricilere göre ise devlet reisinin Kureş'ten ve layık olması halinde başkalarından da olması caizdir⁴⁹⁴. Mu'tezileden Abbâd b. Süleyman, ümmetin, hakkında farklı görüşün sözkonusu olduğu konularda ittifak etmesini caiz görmez⁴⁹⁵.

Ehl-i Sünnet hadisçileri devlete karşı ayaklanmayı silah zoruyla bastırmayı caiz görmedikleri gibi ne sebeple ve ne şekilde olursa olsun devlete isyanı da caiz görmezler⁴⁹⁶. Hariciler ve Mu'tezile ise zalim bir devlet reisinin meşruiyetini kaybettiğini ve ona karşı mücadele hakkının doğduğunu söylerler⁴⁹⁷.

Fetret devrinde yapılan akitlerin geçerli olup olmayacağı, devlete karşı gelenlerle alış-veriş yapılıp yapılmayacağı vb. konularında İslâm alimleri arasında olumlu ve olumsuz yönde farklı görüşler ileri sürülmüştür⁴⁹⁸.

Bütün bunlardan, günümüzde karşılaşılan problemlerin büyük ölçüde geçmişin bir tekrarı olduğu sonucuna varılabilir. Çünkü günümüzde karşılaşılan problemlerin benzerleriyle geçmişte de karşılaşılmış ve bugün olduğu gibi farklı çözümler önerilmiş ve üretilmiştir. Bu da İslâm alimlerinin çağa ayak uydurma ihtiyacını duyup kabullenmelerinin bir kanıtı olarak kabul edilebilir.

⁴⁹⁰ el-Eş'arî, Ebu'l-Hasan Ali b. İsmail, *Makalatü'l-İslâmiyyîn*, Viesbaden, 1980/1400, 3. Baskı, 460

⁴⁹¹ Mes'udî, Ebu'l-Hasan Ali b. Hüseyin b. Ali, *Murucu'z-Zehab*, I-IV, Mısır, 1964-1965, III, 236; Kasanî, X, 83

⁴⁹² el-Eş'arî, 460

⁴⁹³ el-Eş'arî, 459

⁴⁹⁴ el-Eş'arî, 125

⁴⁹⁵ el-Eş'arî, 460

⁴⁹⁶ el-Eş'arî, 451-452

⁴⁹⁷ el-Eş'arî, 466

⁴⁹⁸ el-Eş'arî, 467-468

2.1.6. DİN-DEVLET İLİŞKİSİ

Bireysel ve toplumsal kimliğin temel belirleyicilerinden olan dinin insan ve devletle olan ilişkisi sosyal bilimlerin temel problemlerindendir. Tarihi süreçte entellektüel ve siyasal gündemin ana konularından olan *din-devlet ilişkisi* niteliği gereği İslâm dünyasında da tartışılmaktadır. Bu tartışma genelde dinin kendine ait toplumsal, siyasal, ekonomik vb. modeli bulunan bir devlet yapısı öngörüp bu konularda belirgin bir hukuk ve kurumsal yapılanmanın olup-olmadığı hakkındadır.

Dinin dünya ile alakası daha çok iyiye, güzele ve doğruya yönlendirmek, ılımlı davranmayı özendirmek, zulüm ve kötülüğü önlemek ve insan haklarına saygı gibi temel ilkeler bazındadır.

Din birey ve toplumun huzur ve refahını amaçlar, birey ve toplumun huzur ve refahını gerçekleştirmek devletin de en önemli amaçlarındandır. Ancak amaç birliği olsa da dinin devletle olan ilişkilerinde bir bütünleşme sözkonusu değildir, bir statü farklılığı vardır. Dolayısıyla din devlete sosyal, siyasal ve ekonomi alanlarında ayrıntılı ve formel modeller değil, ahlak kanunlarına, adalet ölçülerine uymak gibi standart ilkeler vaz eder. Çünkü yönetim beşeri bir olaydır. Yani insanların yönetimi, özellikleri itibariyle tanrı ile değil insanlarla ilgilidir. Bu sebeple yönetimin şekli yapısı insana dayanmalı ve insanların ürettikleri normlara göre olmalıdır.

Daha önceki dinlerden farklı olarak İslâm'ın getirdiği esaslardan biri *dini otoritenin* reddidir. İslâm peygamberden sonra hiçbir kimseye insanların maddi ve manevi dünyaları üzerinde bir sulta hakkı tanımamıştır. İnsanı kendisi ile Allah arasına giren her türlü aracı ve şefaatçiden kurtarmıştır.

İslâm'da kilise gibi dini bir otorite olmadığına göre devlet veya hükümet başkanı dini değil medeni bir otoritedir. Devlet başkanının otoritesi din karakterli olmadığından din siyasi otoriteyi tayin etmez. İslâm'da yönetim, kaynağı hukuk ve toplum olan sivil bir yapılanmadır⁴⁹⁹.

Toplumsal ilişkileri düzenlemede asıl unsur beşeri inisiyatif olsa da insani taşkınlıkların amellere hakim olmaması için kanunları ikame edecek ve toplumsal düzeni sağlaya-

⁴⁹⁹ Abduh, III, 287-288

cak bir iktidara ihtiyaç vardır. İşte dinin siyasetle ilişkisi bu noktadadır⁵⁰⁰. Yani din devlet ilişkisi, İslâm'ın bir devletin varlığını gerekli görmesi gibi çok genel bir prensibe dayanmaktadır. Dolayısıyla tarihi süreçte müslümanların devletleri teokratik bir görünüm arzemezler⁵⁰¹.

Kanaatimizce İslâm düşüncesinde ilahî irade kavramına dayalı bir devlet temellendirmesi sözkonusu değildir. Bu durumda müslüman toplumların bir devlete ya da iktidar düzeyine sahip olmaları gerektiğinin nasslardan kaynaklandığı görüşü ile İslâm'da iktidarın kaynağının ilahi irade olduğu, devletin tanrı iradesine dayandığını kabul eden görüşün ayırt edilmesi gerekir. Çünkü ikinci görüş daha ziyade iktidarı keyfi şekilde kullanmak isteyen zihniyetin aldatıcı bir açıklamasıdır.

2.1.6.1. Kur'ân-ı Kerim'de Devlet

Kur'ân'da devlet kelimesi⁵⁰², ıstılahi anlamıyla değil, lügat anlamlarında kullanılmıştır. Fakat devlet kelimesinin ıstılahi manasını çağrıştıran ancak içerisinde devlet kelimesinin geçmediği pek çok âyet vardır:

“İnananlar kardeşler, kardeşlerinizin arasını bulun”⁵⁰³, “Hep birden Allah'ın ipine yapışın, bölük bölük olmayın”⁵⁰⁴, “Birbirinizle çekişmeyin. Sonra zayıflarsınız ve kuvvetiniz kalmaz”⁵⁰⁵, “Dinlerini bölüp, parça parça, bölük bölük fırkalara ayıranlarla hiçbir ilgin olmaz.”⁵⁰⁶. Bu ve benzer âyetlerin anlamları toplu yaşamaya ve dolayısıyla siyasi bir organizasyona işaret etmektedir denilebilir.

İslâm, insanın yalnız Allah'a karşı olan vazifelerini açıklamamış, aynı zamanda insanlar arası ilişkileri düzenleyen prensipler de getirmiştir. Çünkü her dönemde, insana mutluluk, şeref ve şahsiyet kazandıracak erdemli bir toplumun oluşmasında sosyal ilkelere ihtiyaç vardır. İslâm'ın bu ilkeleri ihmal etmesi düşünülemez. Zira, genel anlamda, toplumsal hayatı düzenlemesi gereken ilkeler, sadece ahlâkî nasihatlerden ibaret değildir;

⁵⁰⁰ Abduh, III, 288

⁵⁰¹ Apaydın, İlmihal, II, 291

⁵⁰² 3 Âl-i İmrân 140; 59 Haşr 7

⁵⁰³ 49 Hucurat 10

⁵⁰⁴ 3 Âl-i İmrân 103

⁵⁰⁵ 8 Enfâl 46

⁵⁰⁶ 6 En'am 159

yaptırımlar da gereklidir. Bu yaptırımları koyacak ve uygulayacak olan tek kurum devlettir⁵⁰⁷.

Kur'ân'ın, cezaların infazı⁵⁰⁸, güvenlik için ve tehditlere karşı ordu besleme⁵⁰⁹, sözleşmelerin yerine getirilmesi⁵¹⁰ ve yöneticiye itaat⁵¹¹ vb. konulara yer vermesi, dolaylı olarak devlet olgusunun gerekliliğine teması olarak anlaşılabilir.

Kur'ân, Babil Kralı Nemrut'a muhalefet eden Hz. İbrahim'in ateşe atıldığından⁵¹², Devlet Hazinesinden sorumlu olan Hz. Yusuf'tan⁵¹³ Yahudi toplumun başkanı olan Hz. Musa⁵¹⁴ ve veziri olan kardeşi Hz. Harun'dan⁵¹⁵, cismani ve ruhani lider olan Hz. Davut⁵¹⁶ ve oğlu Süleyman'dan⁵¹⁷, Hz. Süleyman döneminde yaşayan Sebe Melikesi Belkis'dan⁵¹⁸ da söz etmektedir.

Kur'ân, hem iyi⁵¹⁹ hem de kötü⁵²⁰ krallardan bahseder. Kur'ân, Bizanslılarla Sasaniler arasında geçen bir harpde⁵²¹ olduğu gibi, bazı olaylara atıflar da bulunur. Fakat bu devletlerin yönetim şekillerinden bahsetmez. Kur'ân, insanın bireysel ve toplumsal hayatı üzerinde önemle durur. Bir milletin yerini başka milletlerin almasından bahseder⁵²². Bir yönetim biçiminin yerini başka bir yönetim biçiminin almasından bahsetmez. Kur'ân'a göre peygamberlerin görevi, yönetim biçimlerini oluşturmak değil insanların düzeltilmesidir⁵²³.

⁵⁰⁷ Mehmet Niyazi, *İslâm Devlet Felsefesi*, İstanbul 1989, 23

⁵⁰⁸ Hırsızlık: 5 Mâide 38; Yol kesmek, zina, iftira, kısas: 2 Bakara 178; Fitne: 5 Mâide 33- 34; Barış ve İtaat: 3 Âl-i İmrân 32; 4 Nisa 80; 8 Enfal 20; 48 Fetih 18; Kanun ve Adâlet: 16 Nahl 90

⁵⁰⁹ 2 Bakara 190, 216; 4 Nisa 71; 8 Enfal 60

⁵¹⁰ 5 Mâide 1

⁵¹¹ 4 Nisa 59

⁵¹² Hz. Yusuf'un yaşadığı dönemde Mısır, devlet kurumları bakımından daha gelişmişti, orada bir kral, kudretli bir vezir, cahil ver şüpheli şahıslar için hapisaneler vardı, insanlar yargılanmadan hapse konulmuyor ölüm cezası mahkumiyetini ise kral veriyordu. Devlet özellikle kıtlık gibi afet durumlarında, halkla ilgileniyordu. Hz. Yusuf haksız olan mahkumiyetinden hürriyetine kavuşunca kral kendisine nasıl bir iyilikte bulunabileceğini sormuş ve onu kendisinden sonra ikinci yetkili olarak tayin etmişti. 21 Enbiya 69; 29 AnkEbût 16; 43 Zuhuf 26

⁵¹³ 12 Yusuf 21-56, 76-79

⁵¹⁴ 40 Müminun 26-53

⁵¹⁵ 26 Şuara 48; 37 Saffat 114- 121

⁵¹⁶ 5 Mâide 78

⁵¹⁷ 6 Enam 84; 21 Enbiya 78; 27 Neml 15-16

⁵¹⁸ 27 Neml 23-42

⁵¹⁹ 27 Neml 29-33

⁵²⁰ 18 Kehf 79; 27 Neml 33

⁵²¹ 30 Rum 1-3

⁵²² 7 Araf 96; 11 Hud 117; 17 İsra 16-17; 21 Enbiye 11

⁵²³ 2 Bakara 129, 151, 172; 3 Âl-i İmrân 164; 17 İsra 29; 24 Nur 30-31

İslâm, sadece, belirli bir millete veya belirli bir çağa hitap etmez. Dolayısıyla onun temel kaynaklarında, kamusal kurumlar hakkında şekli bir belirleme bulunmaz. Çünkü her kültür ve her çağın kurumsal yapılanmaları farklı olacağından, İslâm'ın kamu hukukuna ait şekli kural ve kurum getirmemesi veya çok az getirmesi, evrenselliğinin gereğidir⁵²⁴.

İslâm'ın temel kaynaklarında devlet ve anayasa ile ilgili ayrıntılı hükümlerin bulunmaması ve çoğulcu anlayışla genel ilkelerle yetinilmesi hukukçuların bu sahalarda faaliyet alanını genişletmiş ve farklı teorilerin ortaya çıkmasına zemin hazırlamıştır⁵²⁵. Eğer aksi olsaydı, hukukçular için serbest hareket sahası olmazdı⁵²⁶. Çünkü, akıl, bu sahalarda temel ilkeler doğrultusunda bireysel ve toplumsal menfaatleri gerçekleştirmek için sürekli düşünecek ve düzenlemeler yapacaktır⁵²⁷.

Devlet şekilleri, sosyal yapıya göre ortaya çıkar. Dolayısıyla her sosyal yapı kendini örgütleyecek olan devletin şeklini de belirler. Ayrıca devlet şeklinin belirlenmesinde sosyal yapının bir uzantısı olan siyasal kültürün de etkisi vardır. Bunların yanı sıra tarihî, coğrafi ve ekonomik etkenler de söz konusudur. Eski devirlerde krallığın babadan oğula geçmesi devlete organik bir süreklilik getirmekteydi. Fakat günümüzde devletin sürekliliği hukukî ve kurumsal yapılanma ile mümkündür. Bu sebeple, tevarüsü Kur'ânî bir prensip olarak değil, bir gerçeklik olarak değerlendirmek daha uygundur.

2.1.6.2. Hz. Peygamber Devrinde Devlet

Hz. Peygamber devrinde Arabistan'da gerçek anlamda bir devlet yoktu. Yemen'de Kindi Krallığı yerine uzun zamandan beri bir kabile düzeni sürüyordu. Kıyı bölgeleri de genelde İran, Bizans ve Habeş gibi yabancı himayeler altında idi. Hz. Peygamber'in doğduğu şehir olan Mekke'de ise oligarşik-pederşahi bir teşkilat yani devlet görülmez⁵²⁸.

Hz. Peygamber'in amcalarından biri Mekke'de 10 kişilik konseyin üyelerindendi⁵²⁹. Fakat Hz. Peygamber, söz konusu sitede hiçbir resmi görev yapmamış, atalarından da

⁵²⁴ Uğur, 144

⁵²⁵ Apaydın, İlmihal, II, 291

⁵²⁶ Hamîdullah, İslâm Peygamberi, II, 874

⁵²⁷ Ammara, İslâm Devleti, 82; Muhammed Esed, İslâm'da Yönetim Biçimi, trc: M. Beşir Eryarsoy, İstanbul 1995, 3. baskı, 70

⁵²⁸ Hamîdullah, İslâm Peygamberi, II, 873; İslâm Anayasa Hukuku, Editör: Vecdi Akyüz, İstanbul 1995, 156

⁵²⁹ Neşet Çağatay, Başlangıçtan Abbasilere Kadar İslâm Tarihi, Ankara 1993, 92

hiçbir politik imtiyaz devralmamıştır⁵³⁰.

İslâm'ın Mekke'de ortaya çıkışı, Hz. Muhammed'in ilk ayetleri alması ve bunları yakınlarına açıklamasıyla başlamıştır. Üç yıllık bir fetret döneminden sonra inen ayetler üzerine tebliğe önce yakınlarından başlamış, daha sonra da bu daveti bütün Mekke ve çevresini kuşatmıştır. Bundan sonra İslâm'a inanan müslümanlarla Hz. Peygamber'in çevresinde bir halka oluşmuş ve oluşan bu halka sürekli genişleyip sıklaşmıştır. Bu süreçte oluşan müslüman toplum Mekke şehir devleti içerisinde ayrı bir siyasi oluşum görünümü vermeye başlamış⁵³¹ ve şehir devleti siyasilerinin düşmanlıklarını çekmeye başlamıştır. Oluşan bu düşmanlık dini olduğu kadar siyasiydi. Çünkü; 1) Hz. Muhammed Mekke'de bir kanun koyucu konumuna gelmişti. Zira inen vahiy ve onun söz, fiil ve takrirleri kural olma vasfını kazanıyor, insanlar bunlara uymayı bir vecibe addediyorlardı. 2) Hz. Muhammed Mekke'de aynı zamanda siyasal lider olma vasfını da kazanmıştı. Oluşturduğu topluma emirler ve yasaklar verebilmesi, yabancı bir devlet nezdinde temaslara geçerek mülteci göndermesi⁵³², yerli veya yabancı grupları veya bunların temsilcilerini kabul etmesi, siyasal liderliğinin göstergesi durumundaydı.

Mekke döneminde Dariyyin kabilesiyle yazılı bir antlaşma yapması ve onlara bazı bölgeleri vereceğini vaadetmesi gibi Hz. Muhammed'in bağımsız bir lider olarak hareket ettiğini gösteren pek çok örnek vardır.⁵³³ Özellikle Mekke döneminin son üç yılında Evs ve Hazrec kabilelerine mensup bazı guruplarla yapılan tam bir bağlılık ve karşılıklı siyasal, kültürel yardım esasına dayanan akabe biatları⁵³⁴ Mekke'li siyasileri tahrik etmiştir. Çünkü bu biatlar Hz. Peygamber'in siyasal açıdan teşkilatlanmış bir toplum oluşturma teşebbüsüdür. Özellikle ikinci akabe biatı tamamen devlet oluşturma amacını taşıyan bir antlaşma görünümündedir. Bu bey'at esasında Hz. Peygamber'le Medine'liler arasında geçen konuşma bir siyasal sürecin başladığı görünümünü vermektedir.

⁵³⁰ Ebû Süfyan'ın Bizans kralı Hirakl ile yaptığı sözleşide bu hususu açıkça dile getiriyor. Bk. Buhârî, Bed'u'l- Vahy, 6

⁵³¹ Her siyasi oluşum devlet değildir

⁵³² Habeşistan'a hicret

⁵³³ Hamidullah, Vesaik, 43-46

⁵³⁴ Birinci Akabe Bey'atı: Buhârî, Ahkâm 42, 49, İman 26; Müslim, Hudûd, 41-44, Bey'at 1; Ebû Dâvûd, Harac 9; İbn Mace, Cihad 41; Nesâî, Bey'at 1; İbn Hişâm, II, 184; Taberî, II, 435-438; Hamidullah, İslâm Peygamberi, II, 881; Vesaik, 46; İbn Kesîr, Ebu'l-Fida, el-Bidaye ve'n-Nihaye, I-XIV, Beyrut, 1989, 5. Baskı, III, 146-149; İbnu'l-Esir, II, 96

İkinci Akabe Bey'atı: Buhârî, Ahkâm 43; İbn Mace, Cihad 41; Ahmed b. Hanbel, V, 325; İbn Hişâm, II, 187; Taberî, II, 438-443; Hamidullah, Vesaik, 47-48; İbnu'l-Esir, II, 98-99; İbn Kesîr, Bidaye, III, 156 vd.

İkinci akabe görüşmesinde beyat edenlerin sözleriyle, üçüncü akabe biatındaki Hz. Peygamber'in sözleri birlikte değerlendirildiğinde o zamana kadar açık olan Hz. Peygamber'in dini liderliğinin yanına dünyevi başkanlığının da katıldığı görülmektedir. Nitekim ikinci ve üçüncü akabe biatlarına katılan Evs ve Hazrec temsilcileri onu kendilerine başkan seçmişlerdir ve artık dünya işleri sahasında da lider olarak vazife aldığı görülmektedir.

Hız. Peygamber Mekke döneminde kendisine inanan bir toplum oluşturmuş fakat Mekke'de özerk bir siyasal iktidara sahip olmamıştır. Bu iktidar ancak hicretten sonra Medine'de oluşacaktır.

Hicretten hemen sonra Medine'de toplumun teşkilatlandırılması doğrultusunda somut adımlar atılmaya başlanmıştır. Muhacirlerle ensar arasındaki ilişkiye hukuki bir boyut katan kardeşleşme, daha sonra da Medine'deki başta yahudiler olmak üzere diğer toplumları da içine alacak bir şekilde siyasal yapılanmaya gidilmiş ve bu da belgelenmiştir. Medine vesikası diye isimlendirilen bu belge farklı inanç ve kabilelere mensup insanların kendi iradeleriyle bir araya gelmesinden oluşan –günümüzdeki anlam ve genişlikte olmasa da- ve anayasal özellikler taşıyan bir ana belge niteliğindedir. Bu belge her hangi bir baskı ve zorlama olmadan kapsamı içindekilerin hak⁵³⁵ ve sorumluluklarını⁵³⁶ belirleyen anlaşmazlıkların çözüm mercilerini gösteren, hukukun birliğini ve üstünlüğünü kabul eden hi-potetik (varsayımsal) teorilerin ötesinde gerçek bir sosyal sözleşme niteliğindedir.

Vesikanın Medine'de yeni bir anlayışla oluşan *millet*⁵³⁷, üzerinde yaşanan ve sınırlarını açıkça belirlenen *ülke*⁵³⁸ ve Hz. Peygamber tarafından kullanılan *hakimiyet*⁵³⁹ gibi bir devletin oluşması için zorunlu olan temel unsurlara da işaret ettiği anlaşılmaktadır.

Bütün bunlar Medine'de Hz. Peygamber'in öncülüğünde bir devletin kurulduğunu göstermektedir ki, bu devlet toplum iradesiyle ortaya çıkan ve hukuki bir dayanağı olan iktidar örgütlenmesidir.

⁵³⁵ Vesika, mad., 13, 16,44

⁵³⁶ Vesika, mad., 3,11,12,14,24,37

⁵³⁷ Vesika, mad., 25a

⁵³⁸ Vesika, mad., 39

⁵³⁹ Vesika, mad.,23,37

2.1.3.3. Hz. Peygamber'in Kurduğu Devletin Sosyolojik Bir Tahlili

Tarihin akış mantığı toplumları sürekli olarak gelişmeye ve karmaşıklaşmaya iter. Ya da iç dinamik kendiliğinden ve mutlaka onları değiştirmeye zorlar.

Rollerin ve statülerin farklılaşma süreci devlet olgusunu ortaya çıkarmıştır ve bu süreç sürekli gelişmiştir. Toplumlar küçük birimler olarak kaldıkça ya da kalmakta direndikçe siyasal iktidarın farklılaşarak kurumsallaşması mümkün değildir.

Bölünmemiş her toplum kendisini bölünmüş toplumdan ayıran bir dayanışma sergiler. Topluluk içinde herkesin bir birine benzer görevler üstlendiği sosyal hal mekanik dayanışmadır. Kişiler belli bir uzlaşma sonunda farklı görevler üstlenmeye başladığı zaman da o toplumda organik dayanışma söz konusudur.

Bölünmemiş toplumlarda hüküm süren dayanışma türü mekanik dayanışma olduğuna göre her hangi bir nedenle organik dayanışmaya geçilebilmesi için ilk sosyal tipin parçalı yapısının kırılması gerekir. Çünkü sosyal yapılar arasındaki duvarlar ortadan kalkmadıkça ve bunlar özerk niteliklerini korudukça sosyal iş bölümünden söz edilemez.

Toplumun bölünmesi için temel şart özerk toplumların birbirleriyle kaynaşarak sosyal ilişkilere karmaşıklaştıran bütünler oluşturmalarıdır. Yani dinamik yoğunluğun artması sosyal iş bölümünün ilk nedenidir. Bu ilk nedene ikinci bir neden daha katkıda bulunur; Toplumu oluşturan üyelerin sayısındaki artış. Çünkü, sosyal iş bölümü toplumların dinamik yoğunluğu ve nüfus artışı doğrultusunda ortaya çıkıp sosyal karmaşıklaşma sürecinde ilerler.

Hicret akabinde İslâm toplumunda statü ve rol farklılıkları kendilerini göstermeye başlamıştır. İlk olarak Hz. Peygamber başkanlığında bir yönetim ve yönetilen ayrılığı söz konusudur ve toplumda farklı statü ve rol kazanımları sürekli gelişmiştir.

Kan bağına dayalı küçük toplumsal birimler de artık peygamberle birlikte kırılmaya yüz tutmuş ve yeni değerlerin oluşturduğu merkezi bir otorite etrafında toplumsal bir birlik oluşmaya başlamıştır. Oluşan bu birlik yeni insanların katılımlarıyla sürekli genişlemiş ve daha kompleks toplumsal birliklere ulaşmıştır. Buna bağlı olarak devletleşme süreci de gelişmiştir.

2.1.6.4. İslâm Devleti Kavramı

Dine dayalı yönetim şekli, tanrı devleti veya tanrı yönetimini deyimleyen teokrazi, tanrının tek yönetici olduğu, mutlak bir kudret sahibi biricik varlık olduğu, iktidarın tanrıdan geldiği, bu iktidar ya da gücün yalnızca tanrının yeryüzündeki elçisi tarafından kullanıldığı inancına dayanan siyasi toplum düzeni anlamında da kullanılmaktadır⁵⁴⁰.

Bir devlet düzeninin teokratik olması için o rejimin dayandığı siyasi ilkelerin ve siyasi yapılanmanın o dinin kutsal kitabında belirtilmesi gerekir. Hukuk diliyle ifade etmek gerekirse, teokrasiden bahsedebilmek için, o dinin kutsal kitabında devlet yapısıyla ve yönetimiyle ilgili kamu hukuku ilke ve kuralları olmalıdır. O halde bir İslâm devletinden bahsedebilmek için Kur'an'da siyasi iktidârı elde etme şeklinin, devlet tarzının, rejiminin organlarının vb. konuların düzenlenmesiyle ilgili ilke ve kuralların olması gerekir. Fakat Kur'an siyasi alanı ilgilendiren bu tür konularda doğrudan bir düzenlemede bulunmamıştır. Çünkü siyasi yapı dinamik ve değişkendir. Zaman, mekan ve toplumlar da farklılık gösterir. Zira siyaset bir amaç değil hedefleri gerçekleştirmeye yarayan bir araçtır.

2.1.6.4.1. Kur'an'da İslâm Devleti

Kozmolojik ve ontolojik anlamda Allah'ın mutlak hakimiyeti hakkında müslümanlar arasında her hangi bir tartışma yoktur. Tartışma Allah'ın insana siyasi egemenlik hakkı verip vermediği konusundadır. Allah evreni insanın emrine vermiş, musahhar kılmış ve böylece ona geniş bir egemenlik alanı açmıştır. Ancak insan hiçbir suret ve şekilde Allah'ı temsilen yani onun adına siyasi egemenlik iddiasına kalkışabilecek durumda olamaz. Çünkü insanın iradesi Allah'ın iradesinin temsil aracı değildir.

İnsanlık, tarihin herhangi bir noktasına takılıp kalmamıştır. İnsanlığın limitlerinin yükselmesine paralel olarak İslâmiyet'in limitleri de sürekli yükselmektedir. Bir başka ifade ile İslâmiyet insanlık limitlerini kuşatıcıdır. Bu sebeple Kur'an gelişim ve değişimin konusunu oluşturan problemlerle bağlantılı bütün hususlarda spesifik açıklamalar değil metot, amaç ve felsefeler boyutunda kalmaktadır. Devlet ve siyasi olaylar bu gibi hususlardandır.

İslâm devleti kuramcıları, teorilerini Kur'an'daki bazı kavramları kullanarak geliştirmeye ve meşrulaştırmaya çalışmışlardır. Bu kavramlardan en çok kullanılanlardan birisi

⁵⁴⁰ Ahmet Cevizci, *Felsefe Sözlüğü*, Ankara 1997, 2. baskı, 662

“*hüküm*” kavramıdır.

Allah kendi zatını kulların kendi aralarında çekiştikleri hususları ayıran ve ayırmakta olan, ayrıca özellikle ve çoğunlukla kıyamet gününde Allah huzurunda haşr oldukları sırada aralarında hüküm veren otorite sahibi anlamında hakim olarak vasıflar. Bu hakimlik beşeri bir toplumda insanlığın otoriterliğini geçersiz kılan siyasi yöneticilik anlamında değildir. Zira Allah kullarına yeryüzünde halifelik veren, verdiği bu yetki nedeniyle onları yargılayan ve hüküm verendir. O’nun hakîm olması, kıyamet gününde kulları arasında hüküm vermesi ve verdiği hükümden dolayı koğuşturucu hiçbir kimsenin bulunmaması manasındadır. Bu hüküm hasımlar arasında yargıyla verilen bir hükümdür⁵⁴¹. Dolayısıyla buradaki hüküm Allah’ın kıyamet gününde verdiği yargıdır. Hukukla, yasamayla ve toplumdaki siyasal yapılanma ile ilgili değildir. Nitekim "... Dönüşünüz de yalnız banadır. İhtilaf ettiğiniz şeyler hakkında o vakit aranızda hükmü ben vereceğim ..." ⁵⁴² "Allah kıyamet günü ayrılığa düştüğü şeyler hakkında hüküm verecektir" ⁵⁴³ "Artık kıyamet gününde Allah aranızda hüküm verecek..." ⁵⁴⁴ ayetlerinde geçen *hüküm* kelimesinden de anlaşıldığı gibi burada söz konusu olan ahiretteki yargılamadır. Bu tür ayetler, dünya ve siyaset işlerindeki yargı anlamına gelmemektedir. İşte Kur’an böyle bir sitil üzere “hüküm” deyimini siyasi otorite manasında değil, yargı anlamında kullanmaktadır. Hatta bu kullanış, dünyadan söz edilirken, özellikle vurgulanıyor⁵⁴⁵.

Yukarıdaki ayetler ışığında Kur’an’da Allah’a yönelik hüküm terimi muhakeme etme esnasında yargıçlık yapma ve haklıyı haksızdan ayırma, yani yargı işlerinin kendisine iletilmesi ve ilahi yargıçlık olayıdır. Yoksa çağdaş ve yeni siyasi edebiyatta bu deyim ifade ettiği anlamda toplum siyaseti ve yönetim sistemi değildir.

Kur’an “hüküm” deyimini aynı anlamda kullanmayı Allah’tan başkasına izafe edildiği sırada da sürdürmektedir. ⁵⁴⁶ Kur’an, Davut ve Süleyman (as)’ın yargıçlıklarını⁵⁴⁷ hüküm diye isimlendirmektedir. Aynı şekilde "... Davut'un yanına girmişlerdi de Davut onlardan ürkmüştü. 'Korkma: biz birbirine hasım iki davacıyız, aramızda adâletle hükmet,

⁵⁴¹ 40 Mü'min 45-48

⁵⁴² 3 Ali-imran 55

⁵⁴³ 2 Bakara 113

⁵⁴⁴ 4 Nisa 141

⁵⁴⁵ 5 Maide 1

⁵⁴⁶ 5 Maide 95

⁵⁴⁷ 21 Enbiya 78-79

haksızlık etme; bizi doğru yolun ortasına götür' dediler"⁵⁴⁸ "Gerçekten biz sana bu Kitâb'ı hak olarak indirdik ki, insanlar arasında Allah'ın sana gösterdiği veçhile hükmedesin"⁵⁴⁹ ayetlerinde de görüldüğü gibi hüküm den maksat yargıdır, yönetim sistemi ve toplum siyaseti değildir.

Kur'ân'da hüküm kelimesi hikmet anlamında da kullanılmaktadır. Mesela bir siyasi yönetici, bir devlet ve siyasi sistem kurucusu olmadığı halde Yahya (as) hakkında; "Ey Yahya kitabı kuvvetle tut. Ve daha çocukken ona hükm (peygamberlik, hikmet) verdik"⁵⁵⁰ ifadesi kullanılmaktadır. Benzeri ifadeler Lût (as)⁵⁵¹ ve Musa (as)⁵⁵² için de söz konusudur.

Kur'ân-ı Kerim, insanların hüküm vermesinden söz açıldığı sırada da aynı ifadeleri kullanmaktadır. Burada da "hüküm" kelimesi, hakimlere sunulan davalarda taraflar arasındaki ihtilafları sonuçlandırmayı deyimlemektedir⁵⁵³.

Kuran-ı Kerim'in yönetim ve siyaset konularına işaret etmek için kullandığı kavram hüküm değil *emir* kelimesidir. Buna bizzat Kur'an'ın kendisi açıklık getirmekte ve bu konularda insanları öne çıkarmaktadır⁵⁵⁴.

2.1.6.4.2. Hz. Muhammed ve İslâm Devleti

Kur'ân, Hz. Muhammed'i peygamber ve resul olarak nitelemekte⁵⁵⁵ ve görevlerini de açıklamaktadır. Onun öncelikli görevi, kendisine gönderilen dini insanlara duyurmaktır⁵⁵⁶. Peygamberin ikinci önemli görevi tebliğ ettiği dini açıklamak⁵⁵⁷, insanları müjdeleyerek ve uyarak dine davet etmektir⁵⁵⁸. Bunlar dışında Hz. Muhammed'in dünyada var olan mesleklere yönelik bir görevlendirilmesini Kur'ân açıkça zikretmemektedir⁵⁵⁹.

Hz. Muhammed kendi zamanında bazı mesleklerin gereklerini yerine getirmiştir.

⁵⁴⁸ 38 Sa'd 22

⁵⁴⁹ 4 Nisâ 105

⁵⁵⁰ 19 Meryem 12

⁵⁵¹ 21 Enbiya 74

⁵⁵² 26 Şuara 21

⁵⁵³ 4 Nisâ 58, 6 En'am 136, 16 Nahl 59, 29 AnkEbût 4, 45 Casiye 21

⁵⁵⁴ 3 Ali imran 159, 42 Şura 38

⁵⁵⁵ 2 Bakara 119; 3 Âl-i İmrân 144; 4 Nisâ 79; 7 Ar'af 158; 9 Tevbe 33

⁵⁵⁶ Kur'ân Hz. Peygamber'in bu görevini şu şekilde ifade etmektedir: "De ki, Allah'a ve Peygamber'e itaat edin. Eğer yüz çevirirlerse onun günahı ona sizinki de sadece sizin üzerinizdedir. Eğer ona uyarmanız doğruya ulaşırsınız. Peygaamberin görevi açıkça duyurmaktır." 24 Nûr 54. "Eğer yüz çevirirlerse (çevirsinler) biz seni onlara bir bekçi olarak göndermedik. Sana düşse sadece açıkça duyurmaktır." 42 Şûrâ, 48

⁵⁵⁷ 16 Nahl 44

⁵⁵⁸ 2 Bakara 119; 33 Ahzâb 45-46; 41 Fussilet 2-4

⁵⁵⁹ Hz. Peygamber'in görevleri hakkında taf bk.; Görmez, 211-218

Ancak bunlar, müslüman toplumun oluşum ve gelişmesi için üzerine aldığı fonksiyonlar ve dinin tebliği için gerekli olan faaliyetlerden ibarettir.

Müslüman düşünürler ise, Hz. Peygamber'in bu meslekleri yerine getirmesiyle ilgili farklı görüşler ileri sürmüşlerdir. Bazıları onu sadece bir peygamber olarak görmüşler⁵⁶⁰ bazıları da onu bir peygamber olmanın ötesinde bir yönetici, bir komutan, bir öğretmen, bir hâkim vb. olarak görmüşlerdir⁵⁶¹. İkinci gönüş göre Hz. Peygamber ümmetin yöneticisidir⁵⁶² ve yöneticilik altında ona pek çok görev izâfe edilmiştir. Peygambere bir çok görev izafe edilmesi sonunda bütün alanlarla ilgili söz ve fillerinin bağlayıcılığı da söz konusu olmaktadır. Onun söz ve davranışları bağlayıcılık açısından değerlendirilirken, çeşitli meslek grupları da dikkate alınmış bulunmaktadır. Yöneticilik ve yargı gibi meslekler buna örnek olarak gösterilebilir.

Karafi, Hz. Peygamber'in fonksiyonlarına dair yaptığı taksimatta imâmet fonksiyonu olarak verdiği madde altında, görev kapsamına giren bazı konuları şöyle sıralamıştır: "Gayrı müslimler ve isyancılara savaş açmak için ordu göndermek, savaş kararı vermek, hazine gelirlerini toplamak ve ilgili yerlere dağıtmak, hakimler ve valiler atamak, ganimetleri dağıtmak, gayrı müslimlerle barış ve zimmilik anlaşması yapmak, bütün bunlar devlet başkanının görevleridir. Bu tür işler Hz. Muhammed tarafından yapılmıştır. Biliyoruz ki Resûlullah bunları başka bir şekilde değil, imâmet göreviyle gerçekleştirmiştir."⁵⁶³

Dihlevî'ye göre Hz. Muhammed'in yönetici olarak yaptığı tasarruflar, ümmetin geneli için bağlayıcı olmayan, günün şartlarının gerektirdiği maslahatlar gereği ortaya konmuş şeylerdir⁵⁶⁴. Zira belli bir toplum içinde yaşayan ve vatandaşlarıyla içiçe olan bir yöneticinin söz ve davranışlarını başka toplumlar ve zamanlarla değil kendi ortamıyla değerlendirmek gerekir. Hz. Peygamber'e peygamberlik görevi Allah tarafından verilmiştir. Diğer görevleri ise hayatın doğal akışı içinde insanların ona yüklemesiyle belirlenmiştir. Dünya ile ilgili bir kısım mesleklerin peygambere vehbi olarak verildiği kabul edilirse bunun sonu alınmaz ve her meslek grubu mesleğini ona izâfe edebilir. İslâm risalet ile siya-

⁵⁶⁰ Hz. Muhammed'in sadece peygamber olduğunu savunan görüşler için bk. Ali Abdurrazik, *İslam'da İktidarın Temelleri (Bir İdeolojik Devlet Eleştirisi)*, trc: Ö. Rıza Doğrul, İstanbul, 1995

⁵⁶¹ Taf bk. Musa Carullah Bigiyef, *Kitâbu's-Sünne*, trc: Mehmet Görmez, Ankara 1998, 11

⁵⁶² Karafi, I, 205; Âşur, 53-54

⁵⁶³ Karafi, I, 207

⁵⁶⁴ Şah Veliyyullah Dihlevî, *Hüccetullahi'l-Bâliğa*, nşr: Muhammed Salim Hâşim, Beyrût 1995, I, 241

setin, din ile devletin yapısal farklılığı ve ayrılığı hakkında dikkatleri çekmiştir⁵⁶⁵.

2.1.6.4.3. *İslâm Devleti Kavramının Ortaya Çıkışı*

Özelde birbirlerinden biraz farklı modeller olmalarına rağmen, İslâm dünyasındaki siyasal İslâm akımlarının hemen hepsinin hedefi, tarihi şartlarını doğru ve iyi anlayamadıkları Asr-ı Saadet dönemindeki İslâm devletini ihya etmektir⁵⁶⁶.

Kuran'da statüsü belirlenmiş İslâmî bir devlet tasavvuru ve siyasal bir rejim modeli olmamasına rağmen, Müslüman düşünürler XIX. yüzyılın ikinci yarısından itibaren bu konularda düşünceler geliştirmeye başlamışlardır. İslâm'ın meselelerini ancak *İslâm Devleti* çözer düşüncesiyle özetlenebilecek bu eğilimin doğuş ve gelişmesi daha çok tepkisel bir şekilde olmuştur. Hilafet meselesinden ayrı düşünülmeyen İslâm devleti kavramı, Osmanlının çöküşü akabinde ortaya çıkmıştır⁵⁶⁷.

Hilafet anlayışından *İslâm Devleti* düşüncesine geçişin temsilcilerinden biri olan Reşit Rıza'ya göre, İslâm bir hidayet dini olduğu kadar bir hakimiyet, siyaset ve yönetim dinidir. İslâm hukukunun yürütülmesi için İslâm devleti gereklidir⁵⁶⁸.

Bu akımın ortaya çıkmasında, bağımsızlıklarına kavuşan İslâm ülkelerinde bağımsızlığın elde edilmesinden hemen sonra, asker desteğiyle, yönetime hakim olan radikal laisizm yanlısı kesimlerin anti-islamist tutumlarının da etkisi vardır⁵⁶⁹.

Bu anlayış, XIX. yüzyılın ikinci yarısından itibaren batı dünyasının büyük bir siyasi teknolojik ve ekonomik güç olarak İslâm dünyası üzerine ağırlığını koymasıyla birlikte müslüman elitler arasında baş gösteren aşağılık kompleksinin sonucu geriliğin sorumlusu olarak görülmek istenen İslâm'a karşı yavaş yavaş menfi bir tavır alış olarak belirmiştir. Bu karşı tavır, toplumda gizli bir reaksiyonun meydana gelmesine sebep olmuştur. Böylece İslâm ülkelerinde baş gösteren tepkilerin yol açtığı koyu bir karşı cephe oluşmuştur. Bireysel ve toplumsal açıdan kimlik ve yaşam biçiminin güvencesi olarak *İslâm devleti* kuramı geliştirilmiştir.

⁵⁶⁵ Hz. Peygamber hurma aşılama olayın yorumlarken: "Ben sadece sizin gibi bir insanım, size Allah böyle buyurdu" dediğim hususlar ile, sizin dininizde olan şeyler bana dünyaya ait işlere gelince siz onlarla başbaşasınız." Müslim, Fezâil, 140-141

⁵⁶⁶ A. Yaşar Ocak, "Siyasal İslâm", *Türkiye Günlüğü*, sy: 51, 1988, 8

⁵⁶⁷ G. E Fuller-Lan O Lessar, *Kuşatılanlar, İslâm ve Batının Jeopolitiği*, trc: Özden Arıkan, İstanbul 1996, 26

⁵⁶⁸ Reşit Rıza, *el-Vahyu'l-Muhammedî*, Kâhire 1960, 208

⁵⁶⁹ Ocak, 8

Zaman zaman geleneksel kaynak ve teamüller referans alınsa da İslâm devleti kuramı yeni bir akım ve anlayıştır. Özellikle modern anlayışların ürünü olan ideolojilerin yayılma politikaları bu akımın gelişmesinde etkili olmuştur. Zira devleti ve siyaseti merkeze alan İslâm devleti kuramı modern anlayıştan hareket eden bir akımdır. Çünkü her şeyi devlet merkezinde değerlendirme, modern bir tavidir. İslâm Devleti nitelimesinde de devlete yüklenen anlam ve işlevler İslâm'ın tarihsel pratiklerinde değil modern dönemlerde görülen bir olgudur.

Kapitalizm ve komünizm dışında İslâm'ın üçüncü bir yol olduğu tezi bu iki model kadar islamcılığın da modernite ile bağlantısını göstermektedir. Mesela modern bir ideoloji olan faşizmin siyasal anlamı; "Her şey devletin içinde hiçbir şey devletin dışında değil"⁵⁷⁰ şeklinde özetlenebilir. Siyasal İslâm'da da "her şey dinin içindedir"⁵⁷¹ anlayışı hakimdir. Ona bu anlayışı veren de, büyük bir ihtimalle, modern otoriter zihniyet olduğu söylenebilir.

Bu ifadelerden açıkça anlaşılmaktadır ki, İslâm devleti ve siyasal İslâm kuramı ile geleneksel İslâm arasında temel noktalarda bir kısım farklılıklar vardır ve bu farklar şu şekilde maddeleştirilebilir.

1. İslâm devleti kuramında dinin meşruiyeti aşkın bir varlık esas alınarak değil, tamamıyla rasyonel bir anlayışla ve çağın gereklerine uygunluk temalarıyla açıklanmaya çalışılmaktadır. İslâm devleti kuramında geleneksel İslâm anlayışındaki öbür dünya anlayışına yönelik teşvik neredeyse arka plana düşmektedir. Başka bir ifadeyle öbür dünya inancı siyasal İslâm'da önemini kaybetmektedir. Bu düşüncede İslâm artan oranda dünyevîleşmekte ve adeta din olma özelliğini kaybetmektedir.

2. Siyasal islâmcılar, Kur'an'ın, esaslarını belirlediği bir siyasal sistem getirdiğini söylemektedirler. Onlar, İslâm'a batılı ideolojiler gibi bir sistem olarak bakmaktadırlar. Dolayısıyla siyasal İslâm, rakib olarak hristiyanlık gibi diğer dinleri görmez. İslâmcılığın rekabet ettiği düşünceler dinlerden ziyade pozitivizm gibi XIX. yüzyıl felsefesidir. Bu sebeple siyasal İslâm'ın ele aldığı problemler geleneksel İslâm içerisinde yoktur. Yalnız İs-

⁵⁷⁰ Miller, David- vd. *Siyasal Düşünce Ansiklopedisi*, I, 250

⁵⁷¹ Hasan el-Benna, *Mecmeatü'r-Resâil*, İskenderiyye 1989, 56-57; Mevdûdî, *İslâm'da Hükümet*, trc: Ali Genceli, Ankara ts., 115-129

lâmcılar rakib olarak ele aldıkları batılı ideolojilerin yöntemlerini benimsemekte bir beis görmezler.

3. Siyasal İslâm, geleneksel İslâm'ın öne çıkardığı tevekkül, itaat, kadere rıza gibi davranış biçimleri yerine, eyleme çağıran nassları davranışlara rehber etmeye çalışır.

4. İslâmcılık, İslâm'ın entelektüel birikimini reddetmekte ve doğrudan orijinal kaynaklara dönüşü savunmaktadır. İslâmcılara göre tanrının iradesi modern devirlerin ürünü olan insan tarafından yeniden yorumlanmalıdır. Yalnız bu yorum daha ziyade İslâmî ilimler geleneği içinden yetişen alimlerce değil, batılı anlayışla yetişen aydınlarca yapılmalıdır. Başka bir ifadeyle İslâmcılığın önderleri olarak İslâmî ilimlerde yetkinliği olan İslâm alimleri değil, ideolojik kimliği olan gazeteciler ve entellerin kabul edildiği söylenebilir.

2.1.6.4.4. Oryantalizim ve İslâm Devleti Bağlantısı

Siyasal İslâm'ın din görüşü ile, İslâm'a ilişkin total ve yanıltıcı bir imaj yaratma çabası içinde olan oryantalizmin İslâm görüşü, büyük oranda örtüşmektedir⁵⁷². Genel olarak ele alındığında Oryantalizmin İslâm anlayışını Bernard Lewis'in şu ifadelerine dayanarak özetlemek mümkündür. İslâm'da din ve siyaset, kuvvetle inanç arasında son derece anlamlı ve zorunlu bir ilişki vardır. Tanrı ve Sezar yani din ve devlet hristiyan dünyada daima vardır⁵⁷³. Ama her ikisi de birlikte mevcuttur. Sadece birinin varlığı söz konusu değildir. Kimi zaman yan yana kimi zaman karşı karşıya gelmişlerdir. Bazen biri, bazen de diğeri galip gelmiştir⁵⁷⁴. Oysa İslâm da böyle bir ikilik anlamsızdır. Din ve devlet bütün-

⁵⁷² Edward Said, *Oryantalizm*, trc: Nezi̇h Üzel, İstanbul 1982, 17, 24, 118-119, 127, 128, 265, 296- 297

⁵⁷³ Geniş bilgi için şu kitaplara bakılabilir: Maurice Barbier, *Modern ve Batı Düşüncesinde Din ve Siyaset*, trc: Özkan Gözel, İstanbul 1999; David Thomson, *Siyasi Düşünce Tarihi*, trc: Ali Yaşar Aydoğan ve diğeri, İstanbul 1997

⁵⁷⁴ "Batıda din ve siyaset arasındaki ilişkilere dair yaklaşımlar dört ana başlık altında incelenir; Birincisi dinin siyaset üzerinde mutlak üstünlüğünü ilan etmekten ve sonuç itibarıyla de ikinciyi birinciye sıkı bir şekilde tabi kılmaktan ibarettir. Orta çağ hristiyanlığına ait bu tasavvur, dinsel olarak nitelenebilir. Zira bu işler, Luther ve Calvin gibi Titiz reformcular, ister Bodin gibi bir doğal din taraftarı, ister Bossuet gibi kilise adamı veya de Maistre gibi katolik bir filozof söz konusu olsun, genellikle dindar zihinlerin bir tasavvurudur. İkinci yaklaşım tam tersine siyasetin din üzerindeki ağırlığını ve dolayısıyla dinin siyasette bağımlılığını ileri sürer. Bu yaklaşım araçsal olarak nitelendirilebilir. Çünkü buna genellikle dini değişik gerekçelerden ötürü, olduğu gibi ele alınmaktan ziyade siyaset ve iktidarın bir aracı olarak telakki eden düşünürlerle de rastlanır. Machiavelli ve Mostenquieu'nin durumları bu şekildedir. Bunlar dini siyasete tabi kılmak çabası içerisinde olmuşlardır. Hobbes ve Rousseau'nun tasarıları da böyledir. Aşırı ve tehlikeli olarak yargılanan bu iki eğilime tepki olarak bütün olanlarda bilhassa da siyasal ve dinsel alanlarda özgürlüğü sıkı bir şekilde savunma kaygısının belirlediği bir başka yaklaşım daha gün yüzüne çıkmıştır. Bu yaklaşım din ve siyaseti iyice birbirinden ayırmaya, bunların birbirine nazaran bağımsızlıklarını ileri sürmeye ve her birini yek diğeri vasiyetinden kurtarmaya yönelmiştir. Liberal olarak adlandırılacak olan bu yaklaşımın

dür. İmani faaliyetleri iki ayrı yerden ortaya çıkıyormuş gibi birbirinden ayırmak ve bir kısmını dine, bir kısmını siyasete mal edip şu kadarı devlete şu kadarı da dini iktidâra mahsustur diyebilmek mümkün değildir. Buna uygun olarak müslümanlar nazarında ilahi devlet bir zorunluluktur. İslâmi dünya görüşünde iktidârın yegane kaynağı Allah'tır. Kanun da ancak Allah'ın kanunudur⁵⁷⁵.

Oryantalistlerin bu tür bir İslâm yorumunu Graham E. Fuller'in de belirttiği gibi batının müslüman ülkelerle ilişkisi problemi açısından ele almak gerekmektedir. "Batıya karşı İslâm" şeklinde nitelenebilecek bir anlayış "Oryantalizm"e hakim olur. Son zamanlarda en dramatik biçimde Samuel Huntington tarafından formüle edilen bu yaygın anlayışa göre İslâm, Batının çıkarlarına karşı yürütülecek muhalefetin adıdır⁵⁷⁶. Bu iki farklı uygarlık sistemi arasında er veya geç bir çatışma olacaktır.

Fuller'e göre bu anlayış, iki kültürün tabiatları itibarı ile uyuşmaz olduğuna dair kör bir inançtan kaynaklanmaktadır. Kültürel farklılıkların varlığı tartışılmaz bir gerçek olsa bile iki kültürün uyuşmazlığı teorisi, çözüm adına hiçbir şey sunmamakta hatta mutlak bir biçimde düşman bir batı imajını güçlendirmektedir⁵⁷⁷.

Nur Vergin, oryantalistlerin bize sunduğu İslâmi anlayışı şu şekilde özetlemektedir; İslâm, insan hayatının tüm alanlarını kapsamaktadır. Batıda vuku bulan din ile siyasetin birbirinden ayrışmasını mümkün kılan dualizm, İslâm toplumunda mümkün değildir. İslâmiyet'te iktidâr, ilahi kelam ile hukukun birleşmesinden meydana gelmektedir. Allah bu alanda yetki ve otoritesini hiç kimseye devretmemiştir. Hristiyanlıkta olduğu gibi oğlunu da yeryüzüne göndermemiştir. O halde, aracıya ve aracı güçlere ihtiyaç yoktur. İslâmiyet'in vaz ettiği birlik ilkesi uyarınca İslâm toplumlarında tekçi bir kültür kodu geliştirilmiş bulunmaktadır. İnsanoğlunun eylem alanları arasında bir iç içelik ön görülmektedir. Bundan ötürüdür ki mesela İslâmiyet'te siyasal sistemden ayrı olarak uzmanlaşmış bir din

teorisyenleri; Locke, Benjamin Constant, Tocqueville'dir. Son olarak XIX. yüzyılla birlikte dinin toplumdaki yerini almanın yeni bir tarzı ortaya çıkar. Artık birine ve ötekine üstünlük atf ederek din ve siyaset arasındaki ilişkileri klasik bir tarz da düşünmek onları sınıksı bir şekilde birleştirmek veya bütünüyle ayırmak söz konusu değildir. Bu yaklaşım eleştireldir. Bir yandan geleneksel dinsel formlar (özellikle de hristiyanlığın formları) eleştirilir. Çünkü bunlar artık modern toplumların ihtiyaçlarına uygun değildir. Öte yandan devletle kiliselerin birbirinden ayrılmasının yetersizliği ve dinsel formları yenilemenin işe yaramayacağı ortaya çıktığından, bütünüyle ortadan kalkması mukadder olarak telakki edilen dine, dinin kendisine cephe alır ve onu suçlar. Bu, Marx ve Engelini kuramıdır. Bk. Maurice Barbier, 15-17.

⁵⁷⁵ Bk Bernad Lewis, "Önsöz", (Gills Kepel, Peygamber ve Firavun), İstanbul 1992, 9-15

⁵⁷⁶ Huntington, Medeniyetler Çatışması, trc: Mustafa Çalık, İstanbul 1995, 24

⁵⁷⁷ Bk. Graham E. Fuller-Lan O. Lesser, 3, 10

adamları sınıfı yoktur. Çünkü din dışı bir alan düşünülüyor, dinin kapsamadığı bir eylem türü tasavvur edilmiyor. Diğerleri gibi siyasal alan da, ilahi hükmün, şeriatın gerçekleştirdiği bir olaydır. Bu yüzden İslâm kültür kodunda demokrasiye ve demokrasinin ön koşulu olarak bilinen laikliğe yer yoktur⁵⁷⁸.

Her ne kadar Nur Vergin, oryantalistlerin İslâm dünyasında oluşan devlet geleneğine atıfla, dinin bireyin tüm yaşam alanlarını düzenleyen ve kontrol eden totaliter bir yapı sergilediği şeklindeki görüşleri örnek olarak verse de bunlar, tezimizde ana hatlarıyla açıklamaya çalıştığımız görüşler hususunda, pek geçerli olmamaktadır. Halklarının çoğunun müslüman olduğu toplumlarda demokratik gelişmenin olmamasının nedenleri arasında dinden başka faktörlerin⁵⁷⁹ ağırlıklı bir yer işgal etmesi gerekir. Bu bakımdan İslâm dininin kitabî yorumu içerisinde zimnen var olan hususlarla bunların belli zaman ve toplumlarda değişik yorumlarla oluşturduğu düzenlemeler birbirine karıştırılmamalıdır. Zira alimler görüşlerini serdederken içinde bulundukları toplumun siyasal ve kültürel yapısından büyük ölçüde etkilenirler. Öyleyse tarihsel ve toplumsal şartların dikte ettirdiği düzenlemelerin dinin aslındanmış gibi gösterilmesi, bir diğer ifadeyle dinî nasslar olarak kutsallaştırılması doğru değildir. Herşeyden evvel Kur'an-ı Kerim bir bütünlük içerisinde ele alındığında siyasal ve sosyal yapıların oluşturulmasını bireylere bırakmış ve siyasal ve sosyal bilimlerin verilerinden yararlanılması gerektiğine her fırsatta işaret etmiştir.

Çağlar boyu müslüman düşünürlerin devlet problemi olmamıştır. Günümüzde devletin ve ona ait sistemin önemli bir mesele olarak ortaya çıkması varolan devletlerin yönetilen halkın özlem ve beklentilerine cevap verememesinden kaynaklanmaktadır. Günümüzdeki sıkıntı büyük ölçüde devletin yapısından değil, işlevlerinden kaynaklanmaktadır. Bu hususlar giderilirse İslâm devleti ve siyasal İslâm kuramı konu olmaktan çıkacaktır kanaatindeyiz.

⁵⁷⁸ Bk. Nur Vergin, "İslâm'da Çağdaşlık ve Türk Demokrasisine Geçişte Rolü", *Küreselleşme Sivil Toplum ve İslâm*, Derleyen: E. Fuat Keyman-A. Yaşar Sarıbay, Ankara 1998, 56-58

⁵⁷⁹ Demokratik gelişmelere engel faktörler genelde siyasal, kültürel ve ekonomik olarak üç grupta toplanabilir. Demokratikleşmenin karşısındaki engellerden birisi siyasal anlayıştır. Oluşan otoriter/total rejimler ve bunların uzun süre iktidarda kalmaları sonucunda iktidari ele geçiren siyasal liderler genellikle demokasiye karşı aşırı bir tutum sergilerler.

Temelde anti demokratik olan bir kültür demokratik norm ve anlayışların toplumda taban tutmasını ve gelişmesini engeller. Bu kültür demokratik kurumların doğuşunu ve işlevselliğini büyük ölçüde güçleştirir. Özellikle farklı fikrî hareketlerin kendilerini rahat bir şekilde ifade edememesi (muhalefete resmi bir kimlik tanınmaması) demokratik gelişme açısından önemli bir engeldir.

Ekonomik yetersizlik demokratik gelişmenin ve yayılmanın temel engellerindendir. Demokrasinin geleceği büyük ölçüde ekonominin geleceğine bağlıdır. O halde ekonomik gelişmenin engelleri demokrasinin gelişmesinin de engelleridir.

2.2. DEVLETİN UNSURLARI

Genel kamu hukukunda devletin unsurları denildiğinde devleti oluşturan ve bir birinden ayrı varlıkları bulunan öğeler kastedilir. Ayrıca devlet, kendisini meydana getiren bu unsurlardan her hangi birisiyle bir ve aynı kabul edilemez. Devlet bütün kurucu unsurların bir araya gelerek oluşturdukları ayrı bir hukuki kurum ya da şahsiyettir.

Devlet kendisini oluşturan unsurlardan ve devlet yetkilerini kullanan yöneticilerin kişiliklerinden ayrı onlardan tamamen bağımsız bir hukuki şahsiyettir.

Devlet, bazıları maddî bazıları da manevî özellikte olmak üzere, toplam dört unsurdan oluşan toplumsal bir yapıdır⁵⁸⁰. Bunlar, devlet olmanın vazgeçilmez unsurlarıdır.

Devletin maddî unsurları olan ülke ve nüfus, devletin doğuşunu hazırlar. Ancak, sadece bu iki maddî unsur arasında oluşturulan bağ, bir devletin meydana gelmesi için yeterli değildir⁵⁸¹. Bunun yanında, devletin fiilî ve hukukî varlığını oluşturan gerçeklik dünyasında ona fiilî ve hukukî varlık kazandıran hakimiyet ve şahsiyet gibi manevî unsurlarının da bulunması gerekir.

2.2.1. DEVLETİN ÜLKE UNSURU

Ülke, devletin sahip olması gereken temel unsurlarından birisidir⁵⁸². Toplumsal bütünler, varlıklarını ancak bir toprağa yerleşerek sürdürebilir. Siyasal toplumları başka toplum tiplerinden ayıran özelliklerden biri bir coğrafi çevre içinde yer almalarıdır. Siyasal toplum tipinin en gelişmiş olan devlet için bir coğrafi bölgeye yerleşmek, bir ülkeye sahip olmak, temel varlık şartıdır⁵⁸³. O halde ülke olmadan, devletin varlığından söz edilemez⁵⁸⁴. Çünkü devletin bir diğer asli unsuru olan nüfusun devlet kurmak için siyasi yetkinliğe erişebilmesi ancak bir ülkede yerleşmesiyle mümkündür⁵⁸⁵. Demek ki ülke, devletin oluşmasından önce onun en asli unsuru olan nüfusun siyasi hukuki bir görünüm kazanmazzında önemli bir etkidir. Dolayısıyla ülkesini kaybeden bir devletin maddî varlığı da olmaz⁵⁸⁶.

⁵⁸⁰ Özçelik, I, 29; Önen, 55

⁵⁸¹ Okandan, *Umumi Amme Hukuku*, 676

⁵⁸² Hamîdullah, *İslâm'da Devlet İdaresi*, 156

⁵⁸³ Kubalı, *Anayasa Hukuku*, 28; en-Nebhân, 5

⁵⁸⁴ Del Vecchio, 384; Başgil, "Devletin Ülke Unsuru", *İÜHFM*, c: XIII, sy: 4, İstanbul 1957, 1262; Özçelik, I, 43; Zabunoğlu, 97-99

⁵⁸⁵ Ayferi Göze, *Devletin Ülke Unsuru (Sınırlara ve Devletle Olan Münasebetleri)*, İstanbul, 1959, 5

⁵⁸⁶ Okandan, *Umumi Amme Hukuku*, 731; Okandan, "Devletin Fiziki Unsuru", *İÜHFM*, c: XIV, sy: 1-2, İstanbul 1948, 166; Özçelik, I, 45; Akdemir, 175

Ülke unsurunun devlet bakımından vazgeçilmezliği özellikle iki noktada odaklaşmaktadır. İlki ülkenin herşeyden önce üzerinde devletin yapılandığı ve yaşatıldığı belli bir alan oluşturmaması yani devletin siyasal ve hukuksal olarak maddileştiği belli bir mekan olması, ikincisi ise, ülkenin devlet kudretinin ve bu kudretten doğan devlet fonksiyonlarının geçerlilik ve etkenlik alanını belirlemesidir⁵⁸⁷.

Ülkeyi belirleyen ölçüt hangi devletin hukuk düzeninin o alan içinde bulunduğudur. Ülke, devletin belli bir mekandaki varlığını temin ve teyit eden⁵⁸⁸, onun iç hakimiyetinin⁵⁸⁹ ve kamu gücünün⁵⁹⁰ yürürlükte olduğu, devletin ana fonksiyonlarının (yasama, yürütme, yargı) yerine getirildiği⁵⁹¹, içte genel güvenliğin sağlandığı⁵⁹², dışa karşı korunduğu, topraklarının imar ve ihya edildiği, üzerinde yaşayan insanların taazzuvlaştığı⁵⁹³, kara, hava ve sulardan oluşan⁵⁹⁴ sınırları belli bir yeryüzü parçasıdır⁵⁹⁵.

Bir devletin kara, deniz ve hava bölümlerinden oluşan ülke unsurunun temel taşı, kara bölümüdür. Kara ülkesi olmadan bir devletin deniz ve hava ülkesine sahip olması imkansızdır⁵⁹⁶. Devlet, kara ülkesine, uluslararası hukuka konu olmayan mutlak bir hakimiyete sahiptir; fakat deniz ve hava için böyle değildir. Devlet, bu ülke kısımlarından ancak yaşaması ve savunması için lüzumlu olduğu ölçüde faydalanabileceği gibi, başka devletlerin faydalanmalarına engel olamaz⁵⁹⁷.

Bir devletin ülkesi, hukuken o devletin hükmüne tâbi, emir ve kumandasına bağlı bir yeryüzü parçasıdır. Devlet, varlığının esas şartlarından biri olan ülkenin bütünü üzerinde, hem bireyler hem de ülke hakkında, doğrudan doğruya etkisini gösteren bir hükümlanlık hakkına sahiptir⁵⁹⁸. Ülke aynı zamanda devletin hakimiyet unsurunu oluşturan, ortaya çıkaran ve devam ettiren yapıcı bir unsurdur. Devletin oluşmasında yapıcı bir un-

⁵⁸⁷ Teziç, 110

⁵⁸⁸ Kubalı, *Esas Teşkilat Hukuku*, 91; Aliye, 35

⁵⁸⁹ Başgil, "Devletin Ülke Unsuru", 1267; Kubalı, *Anayasa Hukuku*, 28; Özçelik, I, 44; Demir-Karatepe, 37

⁵⁹⁰ Okandan, "Devletin Fiziki Unsuru", 183; Demir-Karatepe, 37

⁵⁹¹ Okandan, *Umumi Amme Hukuku*, 727; "Devletin Fiziki Unsuru", 183; Başgil, "Devletin Ülke Unsuru", 1276; Göze, *Devletin Ülke Unsuru*, 88-92

⁵⁹² Aliye, 35

⁵⁹³ Okandan, "Devletin Fiziki Unsuru", 162; Başgil, "Devletin Ülke Unsuru", 1274

⁵⁹⁴ Hamidullah, *İslâm'da Devlet İdaresi*, 156; en-Nebhân, 5

⁵⁹⁵ Başgil, "Devletin Ülke Unsuru", 1267

⁵⁹⁶ Hüseyin Pazarcı, *Uluslararası Hukuk Dersleri I-III*, Ankara 1993, 3. baskı, II, 11; Aliye 35

⁵⁹⁷ Kubalı, *Anayasa Hukuku*, 29

⁵⁹⁸ Okandan, *Umumi Amme Hukuku*, 732; Özçelik, I, 45

sur olan hakimiyetin oluşması için ülkenin varlığı zorunludur⁵⁹⁹.

Bir devletin faaliyeti, fonksiyonları, vazifeleri ve gayeleri bakımından, ülkenin ve bu ülke üzerindeki devlet hakimiyetinin varlığı zorunludur. Zira bir devlet, faaliyetlerini, vazife ve fonksiyonlarını ancak sınırları belirli bir ülkenin varlığıyla, etki ve hakimiyeti altında belli bir coğrafyanın bulunmasıyla yerine getirebilir, devam ettirebilir ve kuruluş amaçlarını gerçekleştirebilir⁶⁰⁰.

Bir devletin, ülkesi üzerindeki fiilî hakimiyeti hem iç hukuk hem de uluslararası hukuk bakımından tekel ifade eder. Yani, devletin, ülkesi üzerindeki hakimiyetinin başka bir ortağı olamaz. Bu nedenle devlet, ülkesini bölmeye, küçük bir bölümünü de olsa elinden almaya yönelik hareketleri, en etkin biçimde bastırma hakkına sahiptir⁶⁰¹. Çünkü belli bir toprak parçası üzerinde ancak tek bir devletin nüfuz ve otoritesi hakim olabilir⁶⁰².

Devlet, *kamu yararının korunması ilkesine* dayanan ve otoritesinden kaynaklanan, kamu gücünü kullanma yetkisine sahiptir⁶⁰³. Bu yetkiye dayanarak, özel ve kamu hukuku ile ilgili, hukukî düzenlemeler yapar⁶⁰⁴. Sonuç olarak, devletin ülke hakimiyeti, ülke içindeki insanlara karşı emir ve kumanda hakimiyeti demektir. Ve bu egemenlik, uluslararası hukuk açısından ülke üstünden bütün yabancı devlet kuvvetlerini kovma yetkisi şeklinde, ulusal hukuk bakımından da ülke üstünde yasama, yürütme ve yargı yetkileri halinde ortaya çıkar⁶⁰⁵.

Ülke, üzerindeki insanların ihtiyaçlarına cevap verecek nitelikteki bir coğrafi mekana sahip olmalıdır. İmkanları az ve sosyal ilişkilerin gelişmesine engel olabilecek bir durumda olmamalıdır⁶⁰⁶.

Günümüzde, insan zeka ve kuvvetinin gelişen üstün rolü ve etkileme gücü, bir ülkede bir çok durumlarda tabiattaki tabîi ve coğrafi şartlara hakim olmasına rağmen, yine

⁵⁹⁹ Okandan, "Devletin Fiziki Unsuru", 174

⁶⁰⁰ Okandan, "Devletin Fiziki Unsuru", 175

⁶⁰¹ Hz Ebû Bekr'in mürtedlere ve zekat vermeyenlere karşı savaşları, devletin, ülkesi üzerinde hakimiyetini tanımayan yani merkezi otoriteye karşı tavır alan oluşumları ortadan kaldırmak için yapılan bir hareket olarak değerlendirilebilir.

⁶⁰² Okandan, *Umumi Amme Hukuku*, 720; "Devletin Fiziki Unsuru", 173

⁶⁰³ Okandan, *Umumi Amme Hukuku*, 732

⁶⁰⁴ Del Vecchio, 384

⁶⁰⁵ Başgil, "Devletin Ülke Unsuru", 1275

⁶⁰⁶ Rousseau, 64; Daver, 177

de devlet, varlığının devamını sağlayacak derecede coğrafi şartlara sahip olmalıdır⁶⁰⁷

2.2.2. KUR'AN VE SÜNNETTE ÜLKE KAVRAMI

Kur'an-ı Kerim'de yeryüzü, insanlığın belli bir süre faydalanacağı bir yer⁶⁰⁸ olarak vasıflanmıştır. Yine Kur'an'ın bir kısım ayetlerinde genel olarak yeryüzünün insanlara özellikle, inanan toplumlara yurt kılındığından salih kulların yeryüzüne varis olacaklarından⁶⁰⁹ bahs olunmaktadır.

Klasik İslâm literatüründe geliştirilen Daru'l-İslâm ve Daru'l-Harp terimleri Kur'an-ı Kerim'de kullanılmamıştır. Zaten bu terimleri gayesi bireylere temel değerleri öğretmek ve benimsetmek olan Kur'an'da aramak, onun vahye özgü yapısı ve üslûbıyla bağdaşmaz.

Aynı şekilde hadislerde de bu iki kavramın tarif ve açıklamasına rastlanılmamaktadır⁶¹⁰. Ancak müslüman hukukçular hukuki anlamda bu iki kavramla ilgili vasıflamalar yaparken sünnetten bazı deliller getirmişlerdir.

Müslümanların Hz. Peygamber ile birlikte Medine'ye hicret etmeleri devletin oluşmasında ilk aşamayı oluşturmuştur. Daha sonra da bu bölge meydana gelen devletin işlevlerinin ve hukuk düzeninin uygulama sahası niteliğini kazanmıştır.

Medine vesikasında, oluşturulan devletin ülke unsuru sınırlarıyla birlikte net bir şekilde gösterilmiştir. Vesikanın 39. maddesinde bu durum şu şekilde ifade edilmiştir; “bu sahifeye akdeden kimseler lehine Yesrib vadisi haram bir bölgedir”⁶¹¹. Medine’de kurulan devletin ülke unsuru, o günkü şartlarda anayasal düzeyde bir hukuki esasa kavuşturulduktan sonra Hz. Peygamber devletin hukuki düzeninin geçerli olacağı ve yetkilerini kullanacağı sınırları da Ka'b b. Malik'e hudut taşları diktirerek belirtmiştir⁶¹².

Aynı şekilde Rafi b. Hadic'in şu haberi Hz. Peygamber'in kurduğu devletin ülkesi ve sınırları üzerindeki hassasiyetini belirtmektedir; “Resulullah Medine'yi koruma altına

⁶⁰⁷ Okandan, “Devletin Fiziki Unsuru”, 169

⁶⁰⁸ 2 Bakara 36; 7 A'raf 10, 24

⁶⁰⁹ 21 Enbiya 105

⁶¹⁰ Taf. bkz. Özel, 113

⁶¹¹ Hamidullah, Vesaik, 62; Ubeyd, Ubeyd Kâsım b. Sellam, Kitabu'l-Emval, Beyrut, 1988/1408 263

⁶¹² Hanbel, IV, 141

alınan bir bölge haline getirdi ve bu durum tabaklanmış bir deri üzerine kaydedilip gösterildi. İstersen onu sana okurum”⁶¹³.

Buharî ve Müslim’in birlikte rivayet ettikleri; “Resulullah Medine’nin doğu ve batısındaki kara taşlar arasındaki alanları haram kıldı”⁶¹⁴ hadisi de Hz. Peygamber’in ülkeye verdiği önemi belgelemektedir.

Sonuç olarak bütün bu rivayetler bize ülke kavramının müslümanların devletleşme sürecinin başladığı ilk dönemlerden itibaren zihinlerde ve literatürde yer aldığını göstermektedir.

2.2.3. İSLÂM HUKUK DÜŞÜNCESİNDE ÜLKE KAVRAMI

Müslüman hukukçular İslâm devletini *daru’l-islâm* diye isimlendirmişlerdi. Dar kelimesi lügatta, bina, arsa, mahalle, bina ve arsaların toplandığı yer, etrafı duvarlarla çevrilen mekan⁶¹⁵ anlamlarına gelmektedir.

Bir İslâm hukuku terimi olarak *dâr*, bir devletin yetki çerçevesini oluşturan ve onun hukuk düzenine tabi bulunan coğrafyayı ifade etmektedir. Tariften de anlaşılacağı üzere ülkenin tayin ve tespitinde temel etken yönetim olup devlet ile arasında ise hakimiyet ilişkisi sözkonusudur. Bu manada ülke bir devletin faaliyet alanını meydana getirir ve orada fiili kontrol ve hakimiyeti tesis edip dışa karşı orayı koruyan otoriteye nispet edilir⁶¹⁶.

Serahsî “Bir coğrafya (ülke veya toprak) bize veya onlara (gayri müslimlere) kuvvet veya hakimiyet itibarıyla nispet edilir ve İslâm ülkesinin her tarafı devletin tam bir kontrol ve hakimiyeti altında bulunmalıdır”⁶¹⁷ demektedir.

Müslüman hukukçular daru’l-İslâm’ı (İslâm ülkesi) müslümanların hakimiyetleri altındaki yer⁶¹⁸, üzerinde İslâm hükümlerinin uygulandığı yer⁶¹⁹, gayr-ı müslimlerin hakimi-

⁶¹³ Hanbel, IV, 141; Müslim, Hac, 457; Hamidullah, Vesaik, 64

⁶¹⁴ Buharî, Meğazi, 27; Müslim, Hac, 456; Tirmizî, Menakib, 67

⁶¹⁵ Lisânü’l-Arab, IV, 298; ez-Zebidî, Muhammed Murtaza el-Huseynî, Tacu’l-Arûs min Cevahiri’l-Kamûs, I-XX, Beyrut, 1994/1414, VI, 413-414; İbn Faris, Ebu Husesin Ahmed b. Faris b. Zekeriya, Mecmu’u’l-Mukayisi’l-Luga, I-VI, yy., 1404, II, 331

⁶¹⁶ Ahmet Özel, Daru’l-İslâm Daru’l-Harb (İslâm Hukukunda Ülke Kavramı), İstanbul, ts., 4. Baskı, 110, Müslüman hukukçuların ülke hakkındaki görüşleri için taf. bkz. aynı eser, 110

⁶¹⁷ Serahsî, Mebsut, X, 114

⁶¹⁸ Serahsî, Mebsut, X, 81; Medkur, Muhammed Selam, Me’alimu’d-Devleti’l-İslâmiyye, Kuveyt, 1983, 60

⁶¹⁹ Kasanî, IX, 519; Udeh, Abdulkadir, et-Teşri’u’l-Cinaiyu’l-İslâmî, I-II, Kahire, 1977, 3. Baskı, I, 275; ‘Alîye, 36

yeti altında olsa da müslüman vatandaşların İslâmi hükümleri göstermeye güç yetirdikleri yer⁶²⁰ diye tarif etmişlerdir. Üzerinde yaşayanların hepsinin veya çoğunluğunun müslüman olduğu yer veya çoğunluğu müslüman olmasa da müslümanların hakimiyeti altında olan yerler de daru'l-İslâm'dır⁶²¹. Daru'l-harp ise, müslümanların siyasi hakimiyetinin sınırları dışında kalan, yönetim ve hukuk düzeninin İslâmi olmadığı her ülkedir⁶²².

Müslüman hukukçuların bir coğrafyanın hukuki bakımdan ülke niteliğini kazanabilmesi için hakimiyet ilkesini kriter olarak kabul ettikleri görülmektedir. Ayrıca o ülkenin aidiyetinde ise hakimiyet unsurunu temsil eden hukuk düzeninin vasfının temel ölçü olduğu hususunda görüş birliği içindedirler⁶²³. Bu konuda İslâm hukukunun bakış açısını Serahsî'in şu ifadesi açıkça göstermektedir; "Bir yer, İslâm hükümleri uygulanmadan önce sırf fetih sebebiyle İslâm ülkesi olmaz"⁶²⁴.

Sonuç olarak daru'l-İslâm ve daru'l-harp tabirleri İslâm ve İslâm dışı yönetimlerin hakimiyet sahası ve hukuk sistemlerinin uygulandığı devlet ülkesini belirlediğini ve bu ayırmada temel kriterin otorite ve hakimiyet olduğunu nüfusun (müslüman veya gayr-i müslim) belirleyici olmadığını söyleyebiliriz⁶²⁵.

Klasik dönem müslüman hukukçuların İslâm ülkesi (veya ülkeleri) dışında kalan yerleri ifade etmek için daru'l-harp terimini seçmiş olmaları, İslâm'ın uluslar arası ilişkilere bakış açısını belirlemede birtakım yanlış anlayışlara sebep olmuştur. Bu hukukçuların yaşadıkları dönemin sosyal, siyasal ve kültürel ortamlarının özellikleri ve bu özellikler gereği yapılan vasıflamalar adeta İslâm ile özdeşleştirilmiştir.

İslâm ülkesi ile arasında savaş hali bulunan ülke anlamına gelen daru'l-harp teriminin İslâm hukukçularınca mutlak anlamda kullanılmasının temelinde, hukuki gerekçeleri farklı olmakla birlikte (düşmanlık, küfür vb.) uluslar arası ilişkiler meselesinde savaş halini asıl kabul etmeleri gerekçesi yatmaktadır⁶²⁶. Zira onlar iman ve eman biçiminde formüle

⁶²⁰ Udeh, I, 75

⁶²¹ Udeh, I, 275

⁶²² Udeh, I, 277

⁶²³ Serahsî, *Mebcut*, X, 19,20,114; Kasanî, IX, 519; *Fetevayi Hindiyye*, II, 232

⁶²⁴ Serahsî, *Mebcut*, X, 23

⁶²⁵ Devletin Ülke Unsuru için taf. bk. 'Alîye, 34-38

⁶²⁶ İbn Rüşd, I, 315; el-Merğınanî, Burhanuddin Ebu'l-Hasan Alil b. Ebi Bekir, *el-Hidaye Şerhu Bidayeti'l-Mübtedi*, I-IV, İstanbul, 1986, II, 135; İbn Kudame, Muvafakuddin Ebu Muhammed Abdullan b. Ahmed, *el-Muğnî ve Şerhu'l-Kebîr*, I-XII, Beyrut, 1984/1404, X, 360

ettikleri ve gayr-ı müslimlerin ya İslâm'ı benimsemeleri ya da müslümanların devleti ile süreli (geçici) veya süresiz anlaşmaları anlamına gelen iki durum dışında savaşıklık hatta tarafsızlık hali bile öngörmemişlerdir⁶²⁷. Aslında daru'l-harp teriminin ortaya çıkması müslüman hukukçuların uluslararası ilişkilerde savaş halini esas alan yaklaşımları değil, daha çok bu yaklaşıma vucüt veren tarihi şartlara bağlıdır. Zira daru'l-harp kavramı ve ona bağlı hükümlerin doğduğu dönemde hatta geçen yüzyıla kadar ülkeler arası ilişkilerde güvensizlik hakim olmuş ve ülkeler birbirlerini düşman olarak görmüşlerdir. Yani savaş halinin esas alınması yalnız müslümanlara özgü bir durum değil dünya konjunktörünün bir gereğidir. Öyleyse müslüman hukukçuların devletin ülke unsurunu ele almaları ve bu kavramı hukuki ve siyasi boyutta tartışmaları kendi dönemleri açısından takdirle karşılanmalıdır.

2.2.4. DEVLETİN NÜFUS UNSURU

Nüfus, bir devletin oluşmasını hazırlayan temel maddî unsurlardandır. Dolayısıyla, nüfus olmadan devlet meydana gelmez⁶²⁸. Devlet ile beşeri unsur ayrılmaz bir bütün oluşturur. Çünkü nüfus, devletin varlık şartıdır. Sosyal bir kurum olan devletin doğması ve gelişmesi, bir insan topluluğuna bağlıdır⁶²⁹. Tarihi malumat Hz. Peygamber'in de Medine'de kurduğu devletin nüfus unsurunu dikkate aldığını bildirmektedir⁶³⁰.

Devletin doğması ve gelişmesi, her şeyden önce, toplumun şekli ve yapısal gelişmesine ve maddî-manevî şartlarına bağlıdır⁶³¹. Çünkü gelişmiş güzel bir araya gelen insanlar bir devletin nüfus unsurunu oluşturamazlar. Bu bakımdan devleti meydana getiren nüfus unsuru insan toplumlarının en geniş ve en gelişmişidir. Ayrıca bu insanların paylaştığı değerler olmalıdır ki, bir devlet kurup yaşatabilsinler⁶³². Yani millet konumuna yükselen toplumlar ancak devlet oluşturabilirler⁶³³.

⁶²⁷ Kasañi, IX, 380-381

⁶²⁸ Kubalı, *Esas Teşkilat Hukuku*, 99; Özçelik, I, 39

⁶²⁹ Kubalı, *Anayasa Hukuku*, 31; Demir-Karatepe, 35; 'Alfiye, 32

⁶³⁰ Bu konuda geniş bilgi için bk. Tayyip Okiç, "İslâmiyette İlk Nüfus Sayımı", *A.Ü.İ.F.D.*, Ankara, 1960, Cilt: 7, 11-20

⁶³¹ Kubalı, *Esas Teşkilat Hukuku*, 31

⁶³² Başgil, *Esas Teşkilat Hukuku*, I, 297; Pazarcı, II, 6; Niyazi, 35

⁶³³ Okandan, *Devletin Beşeri Unsuru*, 1283

Devlet kuran topluluk olarak isimlendirilen millet, bir ülke sınırları içinde yaşayan⁶³⁴, ortak kanunlarla⁶³⁵, aynı otoriteye ve birbirlerine ortak menfaatlerle bağlı, aralarını dil, din, tarih, gelenek vb. değerlerin bağladığı⁶³⁶ beşeri bir topluluktur.

Bu anlayışa göre millet, tarihi bakımdan belirli bir kısım vasıf ve niteliklere sahip, sosyalleşme sürecinde üstün bir düzeye ulaşmış insan topluluğuna denilmektedir⁶³⁷.

Devleti oluşturmada önceliği bulunan bir millettten sosyolojik olarak, belirli bir olgunluk düzeyine ve belirli bir aşamaya ulaşan bir topluluk anlaşılır. Devletin oluşmasıyla birlikte millet için hukuki bir vasıflama sözkonusudur. Hukuki anlamda millet, belirli bir devlete siyasi ve hukuki bakımdan bağlı bulunan bireylerin toplamı⁶³⁸ yani vatandaşlığı deyimlemektedir. Vatandaşlık, bireyi belli bir devlete bağlayan hukuki ve siyasi bir bağdır⁶³⁹. Devlet ile bireyler arasındaki vatandaşlık ilişkisi hukuki ve siyasi bakımdan çeşitli sonuçlar doğurur. Bu ilişki devlet ve birey açısından çift yönlü bir ilişkidir. Birey açısından, vatandaşı olduğu devletin siyasi otorite ve hukuk düzenine bağlanmaları, devlet açısından ise başta siyasi himaye olmak üzere, vatandaşları olan kişileri bir takım haklardan yararlandırma yükümlülüğü altına girmesidir⁶⁴⁰.

Siyasetin biyolojik çerçevesinde en önemli etken, nüfusun nicel ve nitel yapısıdır⁶⁴¹. Nüfusun nitel yapısının siyaset üzerinde kaçınılmaz etkileri vardır. Türdeş bir nüfus, ile türdeş olmayan bir nüfus, aynı etkileri göstermez. Türdeş bir nüfusa sahip bir siyasal birliğin kurulması ve siyasal kültürün oluşturulması, genellikle daha kolay olmakta, bu açıdan nüfus, büyük ölçülere varan sorunlar oluşturmamaktadır⁶⁴².

Millet, madde ve öz; devlet ise formdur. Yani devlet, hukuken teşkilatlanmış millet demektir⁶⁴³. Milleti oluşturan bireyler, kamu hukuku açısından, vatandaş diye isimlendirilir. Vatandaş olarak bireylerin devlete karşı bir takım hak, yetki ve hürriyetleri bulunduğu

⁶³⁴ Daver, 177

⁶³⁵ Okandan, "Devletin Beşeri Unsuru", İÜHFM, c: XIII, sy: 4, İstanbul 1947, 1291

⁶³⁶ en-Nebhân, 4

⁶³⁷ Okandan, Devletin Beşeri Unsuru, 1283; Milleti oluşturan unsurlar için bk. aynı eser, 1295-1305

⁶³⁸ Okandan, Devletin Beşeri Unsuru, 1295

⁶³⁹ 'Alîye, 33

⁶⁴⁰ 'Alîye, 33

⁶⁴¹ Hz. Peygamber nüfus artışına ve eğitime önem vermiştir: Nesâî, Nikah 11; İbn Mace, Nikah 8; Tirmizî, İlim 2, 19, Feraiz 2

⁶⁴² Çam, 24

⁶⁴³ Okandan, "Devletin Beşeri Unsuru", 1291

gibi, ödev ve sorumlulukları da vardır⁶⁴⁴. Bir devletteki bütün vatandaşlar, hukuk düzeninin sujesi olan, tek ve yüksek bir iktidâr tarafından belirlenmiş, karşılıklı hak ve sorumluluklar silsilesiyle birbirine bağılıdır⁶⁴⁵. Zira devlet, diğer sosyal bağlar bulunmasa bile var olan hukukî rabıtaya dayanır.

İfade edilen bu kavramsal çerçeveye vatandaşlık ta başlangıçtan itibaren İslâm hukukunda tanımlanmıştır. Müslüman hukukçular siyasi ve hukuki yönden devlete bağlanan bireyler (vatandaşlar) ile yabancıları göstermek üzere bazı terimler geliştirmişlerdir. Devletin vatandaşı olan şahısların tümü (müslüman veya gayrî müslim ayrımı yapılmaksızın) *ehlu dari'l-İslâm*⁶⁴⁶ veya *ehlu darina*⁶⁴⁷ (ülkemizin halkı) terimleriyle ifade edilmiştir.

Devletin gayr-ı müslim vatandaşlarına zimmet sözleşmesinin tarafı anlamında *ehlu zimme*⁶⁴⁸ terimi kullanılmıştır.

Devletin vatandaşı olmayan ve İslâm ülkesinde de anlaşmalı olmayarak bulunan vatandaşlar için *ehlu dari'l-harb*⁶⁴⁹ tabiri, İslâm ülkesinde anlaşmalı ve izinli olarak bulunan yabancı bireyler için ise *müste'men*⁶⁵⁰ terimi kullanılmıştır.

İslâm hukuk düşüncesinde vatandaşlık anlayışı dini değil hukuki bir temele dayanmaktadır. Eğer sadece müslüman olanlar devletin vatandaşı kabul edilseydi o zaman teokratik bir oluşumdan söz edilebilirdi. Halbuki *müslümanlık* vasfı doğal olarak vatandaşlığın asli dayanağı kabul edilirken⁶⁵¹, zimmet akdi de gayr-ı müslimlere devletin vatandaşı olma hakkını tanımaktadır ve bunlar da vatandaşlığın gereği olan hukuki güvencelerden faydalanırlar⁶⁵².

Hiz. Peygamber'in ordu komutanlarına verdiği bazı talimatlardan, vatandaş olan ve vatandaş olmayan müslüman ayrımı yaptığını Medin'de yaşayan müslümanların (vatandaş olan) ganimet, fey' taksimatı vb. açısından hicret yurduna gelmeyenlerden (vatandaş ol-

⁶⁴⁴ Daver, 177

⁶⁴⁵ Del Vecchio, 386

⁶⁴⁶ Serahsî, Mehsut, I, 209, X, 62; Kasanî, VII, 117

⁶⁴⁷ Serahsî, Mehsut, X, 7

⁶⁴⁸ Serahsî, Mehsut, X, 8

⁶⁴⁹ Serahsî, Mehsut, X, 115

⁶⁵⁰ İbn Abidin, Muhammed Emin, *Haşiyetu'-Reddi'l-Muhtar, I-VII*, İstanbul, 1984, V, 166

⁶⁵¹ Günümüzde bir ülke devletin beşeri unsuru asli unsur diye ifade edilen ülkedeki en büyük kalabalığa dayanmaktadır ve bu birliğin en önemli özelliği din birliğidir.

⁶⁵² Merğinanî, II, 136; Maverdî, 254; Ebû Yusuf, Yakub b. İbrahim, *Kitabu'l-Harâc*, trc: Muderriszade Muhammed Ataullah Efendi, sad: İsmail Karakaya, Ankara, 1982, 290-292; Kureşî, 70-75

mayan müslümanlardan) fazla bir kısım haklarının bulunduğunu bildirmelerini istediğini anlıyoruz⁶⁵³.

Bir devletin kurucu unsuru olan insan topluluğunun hukuk bakımından sahip olması gereken özelliklerin başında, süreklilik gelir. Millet, sırf belli bir dönemde yaşayan bireylerden ibaret değildir. Yaşamış ve yaşayacak nesilleri de kapsayan geniş bir varlık, geçmişten geleceğe sürüp giden bir gerçekliktir⁶⁵⁴. Devletin sürekliliği ancak milletin sürekliliği ile sağlanır. Zira, nesillerin değişmesi ve birbirini takip etmesine rağmen devlet, aynı kalır⁶⁵⁵.

Devlet, dış kuvvetlerden bağımsız, özerk bir yaşayışı ve tam bir kurumsallaşmayı oluşturacak sayıda insanların bir araya gelmesiyle oluşur⁶⁵⁶. Çünkü nüfus, toplumların üzerinde bulunduğu ülkeyle, doğrudan ilişkilidir. Yani **demografik basınç** çözümlemesi ile ilgilidir. Demografik basınç, nüfus büyüklüğünün ülke büyüklüğüne olan oranı olarak tanımlanır. Ülke, nüfusa oranla ne kadar küçükse, demografik basınç o kadar şiddetli olur⁶⁵⁷. Bir devletin oluşumunu hazırlayan nüfus unsuru hakkında hacim ve kemiyet bakımından ileri sürülecek asgari sınır, onun her bakımdan bağımsız bir siyasal birliğin oluşumunu ve idamesini mümkün kılacak yoğunlukta olmasıdır⁶⁵⁸.

Bir devletin nüfus unsuru farklı sebep ve zaruretlerin sonucu olarak birbirlerine bağlanmış bireylerden oluşan, özellikleri itibarıyla birbirinden farklı birlikler camiasını ifade eder. Devletin nüfus unsuru içinde yer alan birliklerin çerçeveleri genişledikçe, o birlikleri oluşturanlar arasında konu olan bağ ve ilişkiler, daha kararlı bir özellik kazandıkları gibi, bu genişleme durumuyla dengeli olarak, yeni bağlar ve ilişkiler de ortaya çıkar⁶⁵⁹. Çünkü gelişen toplum bir taraftan farklı birlikleri kuşatır, diğer yandan da, kuşattığı bu birlikler arasında yeni yeni bağlar meydana getirir.

Her devlette uygulanan siyasal sistemin özelliklerine göre nüfus unsurunun özelliklerinde de değişiklikler görünür. Buna bağlı olarak organlar arasında da farklılaşmalar

⁶⁵³ Ubeyd, 32-33; Müslim, Cihad, 2; Ebu Davud, Cihad, 82; Tirmizî, Siyer, 47; İbn Mâce, Cihad, 38; Hanbel, V, 352, 358

⁶⁵⁴ Başgil, **Esas Teşkilat Hukuku**, I, 297; Demir-Karatepe, 40

⁶⁵⁵ Del Vecchio, 382

⁶⁵⁶ Del Vecchio, 382

⁶⁵⁷ Duverger, Maurice, **Siyaset Sosyolojisi**, trc: Şirin Tekeli, İstanbul, 1975, 61

⁶⁵⁸ Okandan, "Devletin Beşeri Unsuru", 1294

⁶⁵⁹ Okandan, "Devletin Beşeri Unsuru", 1312

meydana gelir.

Nüfus unsuru açısından devletin hukukî yapılanması hem bireysel hem de toplumsal açıdan ele alınarak her ikisinin gereklerine göre düzenlenmelidir. Yani hem toplumsal hayat ve kamu yararı, hem de bireylerin kişisel hak, hürriyet ve yararları düşünülmelidir. Aksi halde her iki odaktan biri lehine gösterilecek aşırı yaklaşımlar, devletin varlığını tehlikeye düşürebilir.

2.2.4.1. Millet-Ümmet Kavramları ve Aralarındaki İlişki

Kelime olarak millet; gidilen yol anlamındadır⁶⁶⁰ daha sonra bu kelime din ve şariat anlamlarını kazanmıştır⁶⁶¹. Ayrıca bu kelime diyet anlamını da taşımaktadır⁶⁶². Kur'an'da ise, ya mutlak anlamda bir topluluğun bağlı bulunduğu din (inanç ve hukuk ilkeleri)⁶⁶³ ya da Allah'ın elçileri vasatısıyla vahiy kaynaklı din⁶⁶⁴ anlamlarında kullanılmıştır⁶⁶⁵.

Lugat anlamlarından anlaşıldığına göre millet kelimesi, dilimizde kullanıldığı anlamda, insan topluluğu manasına gelmemektedir. Topluluğu ifade etmek için cemaat, kavim, ümmet, ehl-i millet gibi tabirler kullanılmaktadır. Millet kelimesi insan topluluğunu ifade etmek için değil daha çok o topluluğun bağlı bulunduğu ilke ve prensipleri göstermek için kullanılmıştır. Bununla beraber millet kelimesinin ehl-i millet (belirli ilkelere tabi insan topluluğu) yerine mecaz kabilinden kullanımı yaygınlık kazanmıştır⁶⁶⁶. Bu kelime bir peygamberin bayrağı altındaki topluluk⁶⁶⁷ anlamını da ifade etmektedir.

Şehristanî; "İnsan türü hayatını sürdürmek ve ahiretine hazırlanmak için türünün öteki evlatlarıyla topluluk oluşturmaya muhtaç olunca, bu toplanmanın, savunma ve yardımlaşmanın kendisiyle meydana geldiği (savunma ve yardımlaşmayı sağlayacak) bir biçimde olmalıdır. Taki böylece savunma yoluyla ehli korunabilsin ve yardımlaşma yoluyla da sahip olmadığına kavuşsun. İşte bu tarz topluluk oluşturma şekli millettir"⁶⁶⁸ demektedir.

⁶⁶⁰ Zamahşerî, Ebu'l-Kasım Mahmud b. Ömer, *Esasu'l- Belağa*, Kahire, 1960, 910

⁶⁶¹ İbn Manzur, XI, 631; İsfehani, 471-472

⁶⁶² İbn Manzur, XI, 631

⁶⁶³ 7 A'raf 88-89; 12 Yusuf 37; 14 İbrahim 13; 18 Kehf 20

⁶⁶⁴ 2 Bakara 135; 3 Ali İmran 95; 6 En'am 161

⁶⁶⁵ Kur'an-ı Kerim'de millet kelimesinin farklı anlamları için bk. Bhl. F., "Millet Mad.", İ.A. VIII, 317

⁶⁶⁶ Elmalılı, I, 484

⁶⁶⁷ Manzuriddin Ahmed, *Nazariyyatu'-Siyasiyye el-İslâmiyye fî 'Asri'l-Hadis*, Pakistan, 1988, Cilt: I-II, II, 37

⁶⁶⁸ Şehristanî, I, 38

Ümmet kelimesine gelince, bu kelime kök itibariyle topluluk anlamını ifade etmektedir. Yalnız bu topluluk rastgele oluşan yığın değil, bir amaç etrafında ve ayrıca kendisini bir toplayanın bulunduğu nitelikli bir toplanma biçimidir. Öyleyse ümmet; isteyerek ya da istemeyerek kendisini her hangi bir şeyin "ki bu ya ortak inanç (din) ya da ortak zaman ortak mekan olabilir" bir araya getirip derlediği bir topluluk diye ifade edilir⁶⁶⁹.

Ümmet kelimesi terim olarak kullanıldığında kavramsal yapısının ikili bir özellik taşıdığı gözlenmektedir. Bu kavram biri dini-sosyal, diğeri de siyasi-hukuki iki ayrı nitelikli topluluğu ifade etmektedir. Buna göre ümmet, İslâm inanç ve değerlerine bağlı bulunan bireylerin oluşturduğu biri sosyal nitelikli inanç birliğinin yanı sıra bir devlete ve devletin hukuk düzenine bağlı siyasi-hukukî nitelikli millet kavramını da ifade etmektedir. Birinci anlamdaki ümmet birliğinin oluşması için dil, cins, ortak tarih, ortak mefkure vb. şeyler istenilen şeyler değildir. Burada ümmet fertlerini bir araya toplayan bağ sadece dini-manevi bağlıdır. Ümmet üzerinde siyasi ve hukuki hiçbir bağ yortur⁶⁷⁰.

Ümmet kelimesinin siyasi ve hukuki anlamı ise, millet kavramıyla örtüşmektedir. Dolayısıyla bu kavramla dini-sosyal bir İslâm ümmetinin yanı sıra hukuki-siyasi nitelikli bir topluluktan da bahsetmek mümkündür. Nitekim İslâm hukukçuları hukuki-siyasi nitelikli millet kavramını ifade etmek için *ehlu dari'l-İslâm* veya *ehlu darina*⁶⁷¹ ifadelerini kullanmışlardır.

Medine sözleşmesinin metninde ümmet kelimesinin hem dini-sosyal hem de siyasi-hukuki anlamları karşılayacak biçimde kullanıldığı anlaşılmaktadır. Sözleşmenin 2. maddesinde 1. maddede kimler oldukları belirtilen müminlerin diğer insanlardan ayrı bir ümmet oluşturdukları, 25. maddesinde ise yahudilerle müminlerin birlikte öteki insanların dışında ve onlardan ayrı bir ümmet oluşturdukları açıkça karar altına alınmış bulunmaktadır. Sözleşmenin 2 ve 25. maddelerinde zikredilen ümmet kelimeleri birbirinden farklı iki kavramı açıkça ifade etmektedirler⁶⁷². Ümmet kelimesinin politik yapısının temelinde sadece dini bir bağın bulunduğunu söylemek doğru değildir. Çünkü İslâm devlet geleneğinde gayr-ı müslimlerin de hukuki olarak vatandaşlık hakları kabul edilmiştir ve bunlar mil-

⁶⁶⁹ İsfahanî, 23; Taf. bk. Mustafa Aydın, *İlk Dönem İslâm Toplumunun Şekillenmesi*, İstanbul, 1991, 36-38

⁶⁷⁰ 'Alîye, 32

⁶⁷¹ Serahsî, *Mebhut*, X, 7, 62; Kasanî, IX, 72

⁶⁷² Hamidullah, *Vesaik*, 59,61; Hamidullah, *İslâm Peygamberi*, I, 206,208

let unsuru içine alınmışlardır. İslâm devlet geleneğinde devletin beşeri unsurunu belirleyen din ve dini bağ değil hukuktur⁶⁷³. Zaten hukukçular da ümmet ve millet ayırımına gitmişlerdir⁶⁷⁴.

2.2.5. DEVLETİN ŞAHSIYET UNSURU

Şahsiyet kavramı, nitelik yönünden, bütün hukukî kavramlar gibi, bir ilişkiyi ifade eder. Yani bir insanın veya bir kollektif birliğin hukukî şahıs olduklarını söylemek, bunlarla hukuk düzeni arasında, hukukun düzenlediği bazı ilişkiler bulunduğunu açıklamak demektir. Hukukî anlamda hak sahibi veya şahıs, hukuk düzeninin oluşturduğu bir yetkiyi deyimler⁶⁷⁵.

Hükmi şahıslar toplumsal yaşayışta, bireylerini, dağınık kuvvetlerini bir araya toplayan, onları koruyan, faaliyet alanlarını genişleten ve insanların tek başlarına gerçekleştiremeyecekleri birey üstü gayeleri gerçekleştiren gaye birliklerdir⁶⁷⁶.

Hükmi şahıslar, birden fazla kimsenin (hakiki şahısların) bir araya gelmesi, yahut tek bir yetkilinin bir gayeye tahsis edilmesi sonucunda ortaya çıkar. Hükmi şahıslar da hakiki şahıslar gibi haklardan faydalanmak, başka şahıslarla (hakiki, hükmi) hukuksal ilişkilere girmek, hukukî tasarruflarda bulunmak, hak elde etmek, borç yüklenmek, hukukî bakımdan sorumlu tutulmak yetkisine sahiptir. Hükmi şahıslar bütün bu hukukî tasarruflarını hakiki şahıslar tarafından oluşan organları vasıtasıyla yerine getirirler ve irâdelerini açıklarlar. Bunun sonucunda da haklar kazanırlar veya borçlar yüklenirler⁶⁷⁷.

Hükmi şahıslar, özel hukuk ve kamu hukuku açısından iki kategoriye ayrılırlar⁶⁷⁸. Özel hukuk hükmi şahısları, özel hukuk kanunlarına⁶⁷⁹; kamu hukuku hükmi şahısları ise kamu hukuku kanunlarına tâbidirler⁶⁸⁰.

Kamu hukuku hükmi şahısları kamu otoritesini temsil eden tüzel kişilerdir⁶⁸¹. Bunlar da, kamu yönetimleri ve kamu kurumlarıdır. Bu kurumların en üstünde ve hepsini ku-

⁶⁷³ Sait Halim Paşa, *Buhranlarımız*, 1993, 2. Baskı, 229; Devalibi, Ma'rûf, *İslâm'da Devlet ve İktidar*, trc: Mehmet Sait Hatiboğlu, İstanbul, 1985, 66

⁶⁷⁴ 'Aliye, 32

⁶⁷⁵ Okandan, *Umumi Amme Hukuku*, 843; "Devletin Şahsiyeti", *İÜHFM*, c.XV, sy: 2-4, İstanbul 1949, 495

⁶⁷⁶ Ergun Özsunay, *Medeni Hukukumuzda Tüzel Kişiler*, İstanbul 1974, 3. baskı, 4

⁶⁷⁷ Özçelik, I, 93

⁶⁷⁸ Özsunay, 24

⁶⁷⁹ Özsunay, 26; Özçelik, I, 93

⁶⁸⁰ Özsunay, 25; Özçelik, I, 93

⁶⁸¹ Özsunay, 24

şatıcı olan *devlettir*. Devlet, hukukî anlamda bir şahsiyettir. Yani, hukukî tasarruflarda bulunmaya, hak kazanmaya, borçlar yüklenmeye yetkili bir şahıstır⁶⁸². Aynı zamanda devletin şahıs olarak varlığı devamlılık göstermelidir. Devlet, insan ömrünü aşan, zamanla sınırlı olmayan, zamanın akışı içerisinde sürekli olarak kalan bir kuruluştur. Bu sürekliliğin sağlanabilmesi için daha başlangıçta devletin varlığının onu yönetenlerin varlıkları ve kişilikleriyle bağlı olmadığını belirtmesi gerekmiştir⁶⁸³.

Hükmi bir şahsiyet olan devlet, kendisini meydana getiren beşeri unsurdan ayrı bir varlık ve hayata sahiptir. Devlet, yaşayan bir birliktir⁶⁸⁴; şahsiyeti, yöneticilerin şahsiyetinden ayrıdır. Çünkü yöneticiler değişse de, hak ve borçlar sabit kalmaktadır. Yöneticiler yönetimin şekli gereği değişmek zorundadır. Devletin ise devamlılık özelliği vardır. Dolayısıyla yöneticilerin değişmesi, devletin iktidâr ve şahsiyetini etkilemez⁶⁸⁵. Toplumun gelişmesi, siyasal iktidârın giderek, yönetenlerin kişiliğinden ayrılarak devlete ait olmasını ve kurumsallaşmasını sağlamıştır. Yöneticiler, devletten aldıkları yetkileri, yine devlet adına kullanırlar; iktidâr onların kişiliklerine değil görevlerine bağlıdır.

Devlete şahsiyet tanımının bir kısım sonuçları vardır:

1. Devlet, yöneticilerden ayrı, özerk bir hukukî bütünlük olup yöneticilerin tasarrufları yönettikleri topluluğa ait kabul edilir.
2. Yöneticilerin hayatı son bulsa da devletin yaptığı anlaşmalar ve ittifaklar yürürlükte kalır. Devletin çıkardığı kanunlar, bu kanunları çıkaranlar değişse de yürürlükte kalırlar⁶⁸⁶.

Devletin veya devlet hakimiyetinin sürekliliğinin önemi İslâm hukuk tarihindeki pekçok uygulamada görülmektedir. İslâm'da devletin şahıslara bağlı olmayan ve organlar tarafından temsil edilen bir yönünün var olduğunu belgelendirecek uygulamalara dair bazı örnekler şunlar olabilir:

Devlet başkanı öldüğü zaman atadığı memurlar azledilmiş olmazlar. Çünkü müslümanların velayeti (oluşturdukları devletin şahsiyeti) devlet başkanının ölümünden

⁶⁸² Özçelik, I, 94

⁶⁸³ Münci Kapani, *Politika Bilimine Giriş*, İstanbul 1995, 7. baskı, 42

⁶⁸⁴ Okandan, *Umumi Amme Hukuku*, 852; "Devletin Şahsiyeti", 506-508; Çam, 88

⁶⁸⁵ en-Nebhân, 8

⁶⁸⁶ en-Nebhân, 9. Devletin şahsiyeti hakkında görüşler için Taf. bk. Okandan, *Umumi Amme Hukuku*, 835- 882

sonra da devam eder⁶⁸⁷.

Devlet başkanının kendisine verdiği yetkiye istinaden bir hakim daha alt davalar için bir başkasını hakim olarak atasa birinci hakimin azledilmesi kendisi tarafından atanan hakim azledilmesini gerektirmez. Ölüm halinde de durumunda aynıdır⁶⁸⁸. Zira o gerçekte devlet başkanının veya kanunun naibidir⁶⁸⁹.

Farabî'ye göre erdemli kent hakkında şu soru hemen kendisini göstermektedir; "Sürekliliğini bekliyor mu? Yoksa düşüş imkanını da düşünüyor mu? Başka bir deyişle kentin erdemli temeller üstüne kurulması sürekliliğini ve kalıcılığını sağlıyor mu?" Başkanları ve yürüttüğü kanunları erdemli olarak kaldığı sürece erdemli kent de erdemli kalacaktır. Ancak erdemli kent başkanlarının ve onda aranan şartların özellikle de hikmetin düşüşüyle bozukluk ve düşüşe uğrayabilir. Erdemi gerçekleştirmek için gerekli şartların sürekliliği erdemli kentin varlığı ve sürekliliği için birinci şarttır ve temel gerektir⁶⁹⁰.

Nazif Öztürk'in Elmalı'lı Hamdi Yazır'dan naklettiği şu özlü ifadeler İslâm hukuk düşüncesinde devlet hakimiyetinin sürekliliğini göstermesi açısından önemlidir; "Ümmet hem mevcut olan hem de gelecek nesilleri şamdır. Bu bakımdan devlet, mevcut olan ile olmayanın toplamı demek olan bir itibari varlığın ismidir. Bu sebeple mevcut ümmet fertlerinin tamamı bile asaleten emval-ı beyti'l- mal'a (devlet hazinesine ait mallara) tasarruf edemezler. Ancak bir vasiinin tasarrufu gibi niyabeten tasarruf edebilirler"⁶⁹¹.

2.2.6. DEVLETİN HAKİMİYET UNSURU

Devlet, kuşattığı bütün hükmi şahıslara üstün konumda olan, hükmi bir şahıstır. Çünkü devlet, bünyesindeki bütün toplulukları temsil ve ifade eden bir gerçekliğe sahiptir. Devlete hukuk alanında bu üstün konumu ve gerçekliği kazandıran hukukî unsur, hakimiyet unsurudur⁶⁹².

Hakimiyet, devlet otoritesinin fiilen tatbik edildiği saha içinde ona rakip başka bir otoritenin varlığına imkan vermeyen bir otoritedir. Bu itibarla hakimiyet, belli bir ülke

⁶⁸⁷ İbn Kudame, XI, 384; İbn Nuceym, 234

⁶⁸⁸ Damad, Şeyhzade Abdurrahman b. Muhammed, *Mecmu'u'l-Enhûr Fî Multeka'l-Ebhûr*, I-II, İstanbul, 1302, II, 168,

⁶⁸⁹ İbn Nuceym, 234

⁶⁹⁰ Mucahit, 107-108

⁶⁹¹ Nazif Öztürk, *Elmalılı Hamdi Yazır'a Göre Vakıflar*, Ankara, 1995, 154

⁶⁹² Kubalı, *Esas Teşkilat Hukuku*, 133

içinde kullanılan ve devlet irâdesine bağlı olan en yüksek iktidâr ve selahiyet⁶⁹³, hiçbir denetime bağlı olmayan kesin buyruklar verme gücü⁶⁹⁴, milletler arası hukukun çizdiği sınırlar içinde hareket etme hürriyeti⁶⁹⁵ diye tanımlanır. Hakimiyet belli bir ülke üzerinde yaşayan bir insan topluluğuna siyasi nitelik kazandıran devlet ve devlet içindeki tüm kurumları oluşturup onlara meşruiyeti kazandıran, sözkonusu toplumun anayasal ve yasal düzeyde pozitif hukukunu ve bu hukukun yürütülmesinin yetkisel kaynağını oluşturan üstün irade ve güç şeklinde de tanımlanabilir⁶⁹⁶.

Hakimiyet kavramı devlet kavramına bağlıdır. Devlet bir yerde hakimiyetin teşkilatlanmasıdır. Devlet ülkedeki tüm kişiler ve şeyler ile gerçekleşen eylem ve olaylar üzerindeki tek yetkilidir⁶⁹⁷. İbn Haldun tam anlamda devlet yetkileri için; "hakiki anlamda bir mülk ancak reâyâ üzerinde hükümlanlık kurmayı (isti'bat), vergi toplamayı, elçiler göndermeyi, sınırları korumayı, başka bir kahir gücün otoritesi altında bulunmamayı gerektirir. Bu niteliklerinin tümünü ya da bir kısmını taşımayan mülk nakıs olup gerçekte bir devlet vasfını haiz değildir. Böyle yönetimlerin başındaki hükümdarların siyasi iktidarları da tam değildir ve onlar tek bir devletin hükümlanlığına tabî bölgesel (feodal) emirler konumundadırlar"⁶⁹⁸ demektedir. Hakimiyetten mahrum olan bir devlet, devlet olma özelliğini de kaybetmiş sayılır⁶⁹⁹. Hakimiyetin gücü toplumsal ilişkilerde bir kararın içeriği olan istek ve irâdenin arkasında saklı ve bunun amacını toplumsal ilişkiler alanında gerçekleştirilmesini sağlayan güçtür⁷⁰⁰. Devletin hakimiyeti ile temelde devlet kudretinin üstünlüğü ve bu gücün üzerinde her hangi bir kudretin olmadığı kastedilir⁷⁰¹. Devletin hakimiyeti biri pozitif diğeri de negatif karakter gösteren iç ve dış hakimiyet olmak üzere iki şekilde ortaya çıkmaktadır. Bu durum devletin iki ayrı hakimiyetinin olduğunu göstermez. İç ve dış hakimiyet aynı devlet kudretinin ülke içi ve dışındaki görünümünü ifade etmek için kullanılmıştır.

⁶⁹³ Kubalı, *Esas Teşkilat Hukuku*, 133; *Anayasa Hukuku*, 41

⁶⁹⁴ Pazarcı, II, 18

⁶⁹⁵ Pazarcı, II, 20

⁶⁹⁶ Tunaya, *Siyasal Kurumlar ve Anayasa Hukuku*, 152

⁶⁹⁷ Sevin Toluner, *Milletler Arası Hukuk Dersleri*, İstanbul, 1983, 1-3

⁶⁹⁸ İbn Haldun, 168

⁶⁹⁹ Del Vecchio, 386

⁷⁰⁰ İzveren, *Hukuk Sosyolojisi*, 71

⁷⁰¹ Fethi Abdülkerim, 65

1. İç Hakimiyet: Bir devletin ülkesi ve bu ülkede oturan hakiki ve hükmi şahıslar üzerinde sahip olduğu üstün iktidâr ve selahiyet⁷⁰² ayrıca ülkesi dahilinde kendisine rakip başka bir otorite veya kudretin bulunmaması demektir. Bir ülke içinde devletin hakimiyet, iktidâr ve selahiyeti üstünde bir hakimiyet ve selahiyet olamaz. Esasen devletin hakimiyetinin özünü onun iç hakimiyeti oluşturmaktadır. Devlet bu hakimiyetine dayanarak yasa-
ma, yürütme ve yargı işlevlerini yerine getirir⁷⁰³.

Bu tarif, iç hakimiyetin dört karakteri olduğunu gösterir:

a. İç hakimiyet, devletin her köşesine şamil, genel ve üstün bir iktidâr ve yetkidir⁷⁰⁴. Dolayısıyla müspet bir nitelik taşımaktadır⁷⁰⁵.

b. İç hakimiyet aynı zamanda devletin kendisinden kaynaklanan asli bir otoritedir. Dolayısıyla devlet, hakimiyetini başka bir otoriteden almaz⁷⁰⁶.

c. İç hakimiyet, bir bütündür ve dolayısıyla bölünmez bir iktidâr ve selahiyeti de-
yimler⁷⁰⁷.

d. İç hakimiyet genel maslahatın gerçekleşmesi için gerekli yasaları koyan⁷⁰⁸ ve bunların yürütülmesini kuvvet yönünden üzerine alan tek yetkilidir⁷⁰⁹.

2. Dış Hakimiyet: Bir devletin dış ilişkilerinde diğer devletlere hiçbir şekilde tâbi olmaması⁷¹⁰ demektir. Bir devlet, ilişkilerinde hiçbir otoriteye bağlı kalmadan, özgür irâ-
desiyle hareket edebiliyor ve karar alabiliyorsa dış hakimiyetinden söz edilebilir⁷¹¹. Devle-
tin dış hakimiyeti yani uluslararası ilişkilerde bağımsız olması ve öteki dünya devletleri ile

⁷⁰² Del Vecchio, 386; Okandan, "Devletin İktidâr Unsurunun Vasıfları ve Bu hususta İleri Sürülen Doktrinler", *İÜHFİM*, c: XVI, sy: 3-4, İstanbul 1950, 565; Kubalı, *Esas Teşkilat Hukuku*, 135; Demir-Karatepe, 38

⁷⁰³ Kubalı, *Esas Teşkilat Hukuku*, 135; Ferman Demirkol, *Yargı Bağımsızlığı*, İstanbul 1991, 57

⁷⁰⁴ 'Aliye, 40

⁷⁰⁵ Abdullah, Abdulgani Beysûni, *en-Nuzumu's-Siyasiyye ve'l-Kanûni'l-Dustûrî*, Beyrut, 1992, 43; 'Aliye, 40

⁷⁰⁶ Abdullah, 43

⁷⁰⁷ Başgil, *Esas Teşkilat Hukuku*, I, 178; Kubalı, *Anayasa Hukuku*, 41; Tunaya, *Siyasal Kurumlar*, 150; Kapani, 58

⁷⁰⁸ 'Aliye, 39

⁷⁰⁹ 'Aliye, 40

⁷¹⁰ Başgil, *Esas Teşkilat Hukuku*, I, 179; Kubalı, *Esas Teşkilat Hukuku*, 133; Kapani, 58; Demir-Karatepe, 39

⁷¹¹ Okandan, "İktidâr Unsurunun Vasıfları", 565

olan münasebetlerinde uluslararası hukuk dahilinde eşitlik prensibine göre hareket etmesi anlamını içermektedir⁷¹².

Bölünmezlik ve süreklilik hakimiyetin iki temel özelliğidir. Bir ülkede hakimiyet hiçbir kurum ve kişinin tekelinde olamaz, ayrıca kurum ve kişiler arasında da bölünmez⁷¹³. Çünkü hakimiyet bölünmeye kalkılırsa bölünen taraflar arasında mutlaka kavga, giderek de anarşi çıkar, o zaman ortada yalnız hakimiyet değil devlet de kalmaz⁷¹⁴.

İslâm tarihinde bölünmez (tek) ve yüksek bir hakimiyet Hz. Muhammed ile başlayan devletleşme sürecinde her zaman vazgeçilmez bir unsur olarak görülmüştür. Hz. Peygamber'in kurduğu devletle siyasi hakimiyet, Medine'de oluşan toplum ve bu topluma bağlı olarak ortaya çıkan beşeri münasebetlerin akabinde ortaya çıkmış⁷¹⁵ ve Mekke'nin fethinden sonra da İslâm'ın genişlediği yere kadar yayılmıştır. Bu otorite yeni devleti kuvvetlendirmek için Hz. Peygamber'in düşüncesi ve gayretiyle şekillenmiş, karizmatik kişiliği sayesinde yönetimde ve her türlü devlet görevlilerini seçmede yerleşmiştir⁷¹⁶.

Medine vesikası o günkü yapılanmada devlet hakimiyetinin teklifi ve bölünmezliğine işaret etmektedir. Vesikanın 12/a maddesinde müminler aralarındaki ağır mali sorumluluk altında bulunan hiç kimseyi (bu halde) bırakamazlar. Savaş fidyesi ile kan diyetini iyi bilinen esaslara göre verirler. 12/b'de hiçbir mümin başka bir müminin mevlası ile onun aleyhine ittifak kuramaz. 15. maddede Allah'ın zimmeti (himayesi) tektir. 17. maddede müminlerin sulhü tektir. Hiçbir mümin Allah yolunda girişilen bir savaşta diğer müminleri hariç tutarak bir barış anlaşması yapamaz. Bu barış müminler arasında birlikte ve adalete göre yapılır. Madde 19'da ise müminler Allah yolunda akan kanlarının intikamlarını birlikte alırlar.

Hz. Peygamber'in veda hutbesindeyle *sidane* (Kabe muhafızlığı) ve *sikaye* (hacılara su verme görevi) dışında cahiliye devrine ait hükümet görevlerinin kaldırıldığı beyan edilmiştir.⁷¹⁷

Hz. Peygamber'in yalancı peygamberlerle mücadelesi, siyasi açıdan devletin hakimiyeti ve bölünmezliğine karşı oluşan tehditleri ortadan kaldırmaya yönelik bir hareket ola-

⁷¹² Abdullah, 44; Teziç, 117

⁷¹³ 'Alîye, 71

⁷¹⁴ Alaaddin Şenel, *Siyasal Düşünce Tarihi*, Ankara, 1996, Kısaltılmış 6. Baskı, 315

⁷¹⁵ Kardeşlik kurumu ve Medine Vesikası

⁷¹⁶ 'Alîye, 40

⁷¹⁷ Hamidullah, *Vesâik*, 361

rak değerlendirilebilir. Özellikle Müseyleme'nin bazı ifadelerinde, devletin hakimiyet ve bölünmezliğine karşı açık bir tehdit görülmektedir⁷¹⁸.

Hiz. Peygamber'in vefatından sonra raşit halifeler döneminde de hakimiyetin tekliği aynı şekilde bütün durumlarda kendini göstermiştir.

Hiz. Ebu Bekir'in ridde savaşları⁷¹⁹, zekat vermeyenlerle ve yalancı peygamberlerle savaşları onun devlet hakimiyetinin birliğine ve bölünmezliğine verdiği önemi göstermektedir. Yine Hiz. Peygamber tarafından hazırlanan Usame ordusunun Hiz. Ebu Bekir tarafından alıkonulmaması devlette sürekliliği göstermesi açısından önemlidir⁷²⁰.

Hiz. Ömer'in de fethedilen büyük arazileri gazilere ganimet payı olarak dağıtmaması, devlet hakimiyetinin bölünmezliği ve birliğini tehdit edecek bir oluşumun oluşmaması için bir tedbir olarak düşünülebilir. Aynı şekilde eğer yerde, gökte Allah'tan başka ilahlar olsaydı ikisi de mutlaka fesada uğrarlardı⁷²¹ ayetini mikro ölçekte devlet hakimiyetinin tekliğinin gerekliliği olarak değerlendirebiliriz.

2.2.6.1. İslâm Hukuk Düşüncesinde Hakimiyet Anlayışı

Özellikle son dönem müslüman hukukçular arasında hakimiyet kavramı; el-hakimiyye ve's-siyade terimleriyle ifade edilmektedir. Bu kelime Arapça'da engel olmak⁷²² anlamına gelen (h,k,m) kökünden bir mastardır. Buna göre hakimiyet; kendisi dışındaki tüm kudret ve güç sahiplerine engel ve üstün olma anlamına gelmektedir.

es-Siyade kelimesi ise (s,v,d) kökünden şeref ve asalet anlamına gelmektedir. Bu kökten türetilen seyyid de çok sayıda topluluğun işlerini yürüten, insanların gölgesine sığındığı kişi, başkalarına aklı, malı, ikramı ve faydası ile üstün olan kimse, başkan gibi anlamları ihtiva etmektedir⁷²³.

İslâm hukuk düşüncesinde hakimiyet kavramı genellikle iki anlayış üzerinde odaklanmaktadır. Bu anlayışlardan birisi hukukun menşesinde ilahi iradeyi esas alarak hakimiyeti bu ilahi iradeye dayandırmaktadır. İkinci anlayış ise, hakimiyeti, siyasi iktidarı (akd veya biat yoluyla) bahşeden iradeye dayandırmaktadır. Başka bir ifadeyle İslâm hukuk

⁷¹⁸ Müseyleme'nin; "yeryüzünün yarısı bizim yarısı da Kureyş'indir" ifadesi, Taberî, III, 146

⁷¹⁹ Taberî, III, 249-252

⁷²⁰ İbnü'l-Esîr, II, 334-336; Taberî, III, 223-227

⁷²¹ 21 Enbiya 22

⁷²² İbn Faris, II, 91-92

⁷²³ İsfahanî, 248; İbn Faris, III, 120, Zebidi, V, 32

düşüncesinde hakimiyeti Allah'a dayandıran ve millete dayandıran iki temel anlayış vardır.

İslâm hukuk düşüncesinde hakimiyetin (devlet başkanın iktidarını Allah'tan aldığını) Allah'a dayandığını ileri sürenler düşüncelerini bir kısım ayet⁷²⁴, peygamber ve sahabeden gelen rivayetlere, bir kısım halifelerin ifadelerine ve onlara takdim edilmek üzere kitap yazan alimlerin görüşlerine dayandırmaktadırlar. Açıkça görülmektedir ki Kur'an'da söz konusu düşüncenin doğrudan dayanacağı bir ayet bulunmamaktadır. Ancak Kur'an'da geçen mülk kelimesi kimi ayetlerde siyasal iktidar (hükümlerlik)⁷²⁵ anlamında alınarak hali-fenin Allah tarafından seçildiği sonucuna ulaşmak istenmektedir. Mesela; "Deki; Ey mülkün sahibi olan Allah. Sen mülkü dilediğine verir dilediğinden alırsın"⁷²⁶. ayetindeki mülk kelimesinin siyasal iktidarı içeren bir anlama sahip olduğu kabul edilse de yorumun Allah'ın, iktidarı (mülkü) doğrudan bir kişiye onu seçerek vermesi şeklinde yapılması ye-rine, bunun, diğer mülk kazanımlarında olduğu gibi hayatın gereği (sünnetullah) olarak anlaşılması daha doğru olur.

İktidarın Allah'tan geldiğini iddia edenler benzer şekilde görüşlerini bazı hadis veya haberlere dayandırmaktadırlar. Örnek olarak; "Sultan yeryüzünde Allah'ın gölgesidir"⁷²⁷ sözü ele alınabilir. Bu rivayet hadis olup olmamak bir tarafa iktidarın Allah'tan verildiğini ileri sürenlerin görüşlerini İslâm'ın temel kaynakları yerine, alimlerin yorumlarına dayan-dırmaları açısından daha önemlidir. Aynı durum *halifetullah* tabiri için de söz konusudur. Bu tabirde de İslâm düşüncesinde iktidarın kaynağı hakkındaki düşüncelerde bir kısım yanlış anlayışlar vardır. Hz. Ebu Bekir'in kendisine halifetullah demeyi şiddetle reddetme-sini⁷²⁸ aynı şekilde Hz. Ömer'in de halife lakabını reddetmesi ve kendisi için *müminlerin emiri*⁷²⁹ lakabını uygun görmesini bu bağlamda iyice değerlendirmeliyiz.

Hakimiyetin saltanata dönüşmesinden sonra bir kısım sultanların ve onlara tazim maksadıyla eserler sunan bazı alimlerin, halifetullah veya zillullah sanını iktidarın tanrısal meşruiyetinin bir göstergesi olarak istismar ettikleri bir gerçektir. Bu sebeple bu sözü

⁷²⁴ Örnek olarak; 2 Bakara 107; Tevbe 116; 43 Zuhuruf 85; 39 Zümer 62-63

⁷²⁵ 2 Bakara 247,251,258

⁷²⁶ 3 Al-i İmran 26

⁷²⁷ Bu hadis hakkında tartışmalar için bk., Aclûnî, 457; el-Hindi, Alaaddin Ali el-Muttaki b. Hüsamiddin, *Kenzu'l-'Ummâl fi Süneni'l-Ekvâl ve'l-Ef'âl*, I-XVIII, Beyrut, 1989/1409, VI, 4-6

⁷²⁸ İbn Haldun, 171

⁷²⁹ Suyutî, *Tarihu'l-Hulefa*, 153, Taberi, IV, 208

söyleyenlere dayanarak hakimiyetin kaynağını Allah'a dayandırmak yanlış bir vasıflama olur. Bu sözü daha çok, yönetimde başarısız olan sultanlar, kendilerine yönelik baskı ve eleştirileri kolayca atlatmak maksadıyla yanlış ve haksız olarak kullanmışlardır ve kaynağı yabancıdır.

Hakimiyeti her hangi bir iradeye tabi olmayan, sınırlanmayan, mutlak bir emretme iktidarı olarak kabul eden anlayışta İslâm'a göre tek bir egemen vardır ki o da Allah'tır. Zira egemenlikte hukuk yaratan ve yarattığı hukuka da kendisi bağlı olmayan, ayrıca bir devletin vatandaşlarını da kendisine itaatle yükümlü kılan üstün bir irade kastedildiğine göre böyle bir iradenin isyanlığın hududu içinde var olması düşünülemez. Çünkü yaratılmış olmak sınırlı olmak demektir. Öyleyse gerçek anlamda hakimiyet Allah'a aittir⁷³⁰.

Hakimiyetin hukuki yönü insan iradesinin tamamen dışında ve üstünde olmakla birlikte Allah, koyduğu kanunların uygulanmasını insana bırakmıştır. Buna göre insanlar ilahi hükümlerin yeryüzünde tatbiki demek olan siyasi hakimiyeti Allah'a vekaleten kullanırlar. Bu vekalet insanların istihlafi denilmektedir⁷³¹.

Bu görüş sahipleri pozitif hukuk düzeyindeki beşeri yasama faaliyetlerini reddetmemektedirler. Ancak ümmet (umumi hilafet)⁷³² veya İslâm devleti yasama, yürütme ve yargı faaliyetlerini Allah adına ve onun çizdiği sınırlar içerisinde kullanacaktır. Yani siyasi hakimiyeti insanların kullanmaları demek, şeriatı anlama ve uygulama yetkisinin sınırlarını ifade etmektedir.

Hakimiyetin sahibinin (kaynağının) millet olduğunu ileri sürenler de görüşlerini genel olarak şu düşüncelere dayandırmaktadırlar.

1. İslâm hukuk düşüncesinde, siyasi iktidarı kullanan en üstün otorite (halife, imam, devlet başkanı) yetkisini seçim ve akit yoluyla millettten alır, anlayışı hakimdir⁷³³. Ayrıca halife yetkilerini İslâmi prensipler doğrultusunda, toplumun faydası yönünde ve istişare ile kullanılmalıdır. Bu da göstermektedir ki siyasi iktidarın ve buna bağlı yetkilerin kaynağında millet bulunmaktadır.

⁷³⁰ Mevdûdî, *Nazariyatü'l-İslâm ve Hediye fi Siyaseti ve Kanunî ve Dustûrî*, Dimeşk, 1964/1384, 250; Senhurî, Abdurrezzak Ahmed, *Fikhu Hilafe ve Tatavvuruha*, trc: Nadiye Abdurrezzak eS-Senhûrî, Mısır, 1989, 70-71

⁷³¹ Mevdûdî, *Nazariye*, 49

⁷³² Mevdûdî, *Nazariye*, 49

⁷³³ Maverdî, 35; M. Yusuf Musa, *Nizamu'l-Hüküm fi'l-İslâm*, Beyrut, 1988/1408, 123-124

2. "Sizden hayra çağırın, iyiliği emreden ve kötülükten nehyeden bir topluluk olsun"⁷³⁴ ayetinde milletin tüm yetkilerin sahibi olduğuna işaret vardır. Zira ayetteki "olsun" ifadesinden kamusal görevleri yerine getirecek olan topluluğun oluşturulmasının millete bırakıldığı anlaşılmaktadır. Ayrıca "sizden" kelimesinin, "topluluk" kelimesinden önce gelmesi, hakimiyetin millete ait olduğu ve seçilecek topluluğun millete tabi ve onun vekili olduğunun kanıtıdır⁷³⁵.

Bir başka ayette; "Ey iman edenler! Allah'a, resulüne ve sizden olan idarecilere itaat edin"⁷³⁶ buyrulmaktadır. Bu ayette de idarecinin milletin içinden ve milletin temsilcisi olması gerektiğine işaret eden bir üslub seçilmiştir. Çünkü "aleykum"/sizin üzerinizde denilmemiş, "minkum"/sizden ifadesi kullanılmıştır⁷³⁷.

3. İslâm hukuk düşüncesinde devlet yetkilerini kullanan yöneticilerin millete karşı sorumlu oldukları açıkça anlaşılmaktadır. Yöneticilerin millete karşı olan sorumlulukları yönetim işinin istişare ile yapılması emrinin⁷³⁸ bir sonucudur. Diğer taraftan milletin yöneticileri denetleme yetkisi olmasaydı yöneticilere tasarruflarında istişare emredilmezdi⁷³⁹.

4. İslâm'ın temel kaynaklarında hitab milletin tümünedir. Buna göre İslâm toplumu müstakil bir bütün belki de tüzel bir kişilik olarak kabul edilmiş ve kamusal alanı düzenleme sorumluluğu ona bırakılmıştır⁷⁴⁰. Ayrıca Hz. Peygamber'in; "Ümmetim dalalet üzere birleşmez"⁷⁴¹ ifadesinden ümmetin her hangi bir iş üzerindeki kararının uyulması gereken bir hüküm olduğu anlaşılmaktadır⁷⁴².

Tahkim hadisesi nedeniyle Hz. Ali'ye karşı çıkan Hariciler "Hüküm ancak Allah'ındır"⁷⁴³ görüşünü dile getirmişlerdir. Hz. Ali bunu duyunca "batılın kastedildiği hak bir söz" demiş ve "Biz Allah'ın Kur'an'daki hükmü ile hükmedeceğiz" diyenler hakkında da "bu adaleti ifade eden bir sözdür. Ancak onunla zulmü kastediyorlar. Dedikleri bu sözle

⁷³⁴ 3 Al-i İmran 104

⁷³⁵ Fethi Abdulkerim, 187

⁷³⁶ 4 Nisa 59

⁷³⁷ Fethi Abdulkerim, 187-188

⁷³⁸ 3 Al-i İmran 159; 42 Şura 38

⁷³⁹ Hallaf, Abdulvahab, es-Siyasetu's-Şer'iyye ev Nizamu'd-Devleti'l-İslâmiyye, Kahire, 1350, 27-28

⁷⁴⁰ Yusuf Musa, Nizam, 125-126

⁷⁴¹ Tirmizî, Fiten, 7; İbn Mâce, Fiten, 8; Nesâî, Tahrim, 6; Hanbel, V, 145; Darimi, Mukaddime, 8

⁷⁴² Yusuf Musa, Nizam, 125

⁷⁴³ 6 En'am 57; 12 Yusuf 40,67

yönetimi kastediyorlar (reddediyorlar). Halbuki iyi ya da kötü bir yönetimin varlığı zorunludur"⁷⁴⁴ demektedir. Bu ifadelerden de yönetimin Allah'a dayanmadığı anlaşılabilir.

Günümüz dünyasında yasamanın bir ilkesi kastedilerek "İslâm'da hakimiyetin Allah'a ait olduğu" sıklıkla tekrarlanmaktadır. Klasik literatürdeki bu genel prensibe çağımızda siyasi bir içerik kazandırılmış ve bu söz "hakimiyet millete aittir" sözüne adeta alternatif bir söylem olarak kullanılmaktadır. Yeryüzünde ve bütün kainatta genel ve kalıcı hakimiyetin Allah'a ait olması ile bir ülkede siyasi iktidarın kaynağının milletin olması birbiriyle çelişmez. Allah'ın insanı halife olarak yaratıp onu yeryüzünün imarı için göndermesi ve ona yetki ve sorumluluk vermesi siyasal tercih ve iktidarın beşeri olmasını zorunlu kılmaktadır. Aksi halde insının halifelığının bir anlamı olmaz.

Nitekim İslâmi öğretide kamu yöneticisi iktidarını Allah'tan alan ve onun yeryüzündeki temsilcisi değildir. Aksine iktidarın kaynağı millettir⁷⁴⁵. Yönetici de milletin temsilcisi ve vekilidir. Doktrinde hakimiyetin sahibinin millet olduğunu milletin kendisi değil ilahi irade belirlemiştir. Başka bir deyişle hakimiyet müslüman topluma hukuki bir yetki ve hak olarak Allah tarafından verilmiştir ve bu yetkilemeye de *istihlaf* denilmektedir. İstihlaf toplumun yeryüzünde Allah'ı temsil etmesi anlamına gelmektedir⁷⁴⁶.

2.2.6.2. Hakimiyetin Mahiyeti

Hakimiyetin mahiyeti hakkındaki görüşler iki gruba ayrılmaktadır:

1. Klasik Görüşler: Klasik anlayışa göre hakimiyet, devletin kişiliğine bağlı zorunlu bir unsurdur ve devletin sahip olduğu en üstün güçtür. Buna rağmen bu güç tamamen sınırsız değildir. Devlet, kendi gücünü yine kendinin sınırladığı bir iktidârdır. Bu sınır, devletin bağımlı olduğu hukuk düzeninin de sınırıdır. Devlet, kendisinin belirlediği hukuk düzenini yine, kendisi değiştirir veya kaldırır⁷⁴⁷.

Bu klasik görüşlere bazı eleştiriler getirilmektedir. Klasik hakimiyet kavramı, mutlak ve sınırsız olma özellikleri yüzünden *hukuk devleti* anlayışıyla bağdaşmaz. Çünkü hukuk devleti hukukla bağlı ve sınırlı bir devlet görüşüne dayanır. Devletin mutlak haki-

⁷⁴⁴ Şehristanî, I, 116-117

⁷⁴⁵ Maverdî, 35; Taftazanî, Şerhu'l-Makasid, V, 256; İbn Receb, Ebu'l-Ferec Abdurrahman b. Ahmed, el-İstihraf li Ahkâmî'l-Harâc, Beyrut, ts., 115

⁷⁴⁶ İbn Arabî, Ahkamu'l-Kur'an, IV, 1641

⁷⁴⁷ Recai G. Okandan, Amme Hukukunda Auto Limitation Nazariyesi, İstanbul, 1937, 11-14; Kubalı, Anayasa Hukuku, 41-42; Özçelik, I, 57-58

miyet anlayışı devlete hukuk dışı keyfi ve baskıcı tasarruflar hakkını verir. Mutlak hakimiyet, mutlak rejime götürür. Tarihsel açıdan hakimiyet, yalnız merkeziyetçi devlet şeklinin ortaya çıkmasına yol açmakla kalmayıp, aynı zamanda mutlakıyetçi monarşinin kuruluşunda da önemli bir rol oynamıştır. Gelişen dünyada insanları yönetmek, her şeyi mutlak olarak yapan otoriter bir devlete bırakılmamalıdır⁷⁴⁸.

Eğer hakimiyet, geleneksel olarak ileri sürüldüğü gibi, kendisinden üstün hiçbir güç tanımayan bağımsız bir irâde kudreti anlamına gelirse bu anlamdaki üstün irâde kudreti, sınırlı iktidâr anlayışıyla çatışma ve çelişme halinde demektir⁷⁴⁹. Hakimiyetin tek, üstün ve bölünmez nitelikleri *kuvvetler ayrılığı* ilkesiyle bağdaşmazlık ve çelişme gösterir. Bu ilkeye göre düzenlenen anayasalarda devletin gücü yasama, yürütme ve yargı organlarıyla yürütülür. Böylece hakimiyetin kullanılması birbirinden az veya çok bağımsız organlar arasında bölüştürülerek gerçekleştirilir. Bu durum onun bölünmezlik niteliğiyle açık bir çelişki gösterir.

2. Yeni Görüşler: Bu görüşlere göre hakimiyet, devletin kişiliğine bağlı bir hak ve nitelik değildir. Hukukî bir şahsiyeti olmadığı için devlet, herhangi bir şekilde yönetimi elinde tutanlardan başka bir şey değildir. O halde hakimiyet, yönetenlerin şahsına bağlı bir hak olamaz. Çünkü kim olursa olsun şahsa bağlı subjektif hak olmamalıdır. Hakimiyet, objektif hukuk kurallarıyla konusu belirlenen, sınırları çizilen bir yetkidir. Yani hakimiyet, hukuk düşüncesinin gücünden başka bir şey değildir⁷⁵⁰.

2.2.6.3. Hakimiyet Unsurunun Kurucu ve Kurulu İktidar Olarak Ayırımı

Bir ülkede en yüksek kudret olan hakimiyet artık günümüzde hukuk içinde sınırlı bir yetki olarak kabul edilmektedir. Hukuk içinde hakimiyet bir ülke içindeki pozitif hukuk kurallarının oluşturulmasını ve uygulanmasını sağlayan ve sürekli kılan bir iradeyi deyimler. Şu halde hakimiyetin birbirinden ayrılması imkansız biri *hukuki* diğeri de *siyasi* olmak üzere iki görünümü vardır ki bunlardan biri hakimiyetin hukuki yönünü; ülkenin pozitif hukunun ve buna bağlı olarak yasamanın ilkelerini ve oluşturulmasını teşkil etmektedir. İkincisi ise hakimiyetin siyasi yönünü yani hakim irade tarafından konulan kanunların yürütülmesiyle ilgilidir. Kanunları hakim olan iradeye göre yapıp uygulayacak

⁷⁴⁸ Okandan, *Limitation Nazariyesi*, 16; Kapani, 59

⁷⁴⁹ Kapani, 59

⁷⁵⁰ Kubalı, *Anayasa Hukuku*, 42

kimselerin iktidarındır ki onlar bu yetkilerini hakim iradede almaktadırlar. Hakimiyetin bu iki yönü *kurucu* (hukuki) iktidar ve *kurulu* (siyasal) iktidar olarak ifade edilmektedir.

2.2.6.4. Hakimiyetin Hukuki Yönü (Kurucu İktidar Kavramı)

Günümüzde hakimiyet, geleneksel niteliklerden sıyrılmış olarak, sadece hukukî *ba-kımdan en üstün iktidâr* anlamında anlaşılabilecek olursa bu terimin devlet kudreti veya siyasal iktidâr karşılığında kullanılması yanlıştır. Çünkü yazılı bir anayasa ve hukuk normları hiyerarşisi yönünden *anayasanın üstünlüğü* ilkesine dayanan rejimlerde siyasal iktidâr en üstün otorite değildir. Böyle bir devlet düzeninde siyasal iktidâr karar alma, emir verme ve bu karar ve emirlerini gerektiğinde kuvvete baş vurarak yerine getirme imkanına sahip olsa da sonuç olarak sınırlı bir iktidârdır ve sınırları da anayasada gösterilmiştir. Şu halde gerçek üstün iktidâr, anayasayı yapan iktidâr olması gerekir⁷⁵¹. Bu durum, devlet içinde *kurucu iktidâr* ve *kurulu iktidâr* diye bir ayrımın yapılmasını ve buna bağlı olarak *hakim gücün* de ancak kurucu iktidâra ait olması sonucunu doğurdu. Çünkü kurucu iktidâr devletin temel hukuk düzenini kuran, siyasal iktidârın hangi organlar tarafından ve hangi sınırlar içinde kullanılacağını belirten, herkes için bağlayıcı üstün anayasa normlarını koyan iktidârdır⁷⁵².

Bölünmeyen, ortak kabul etmeyen⁷⁵³, devrolunmayan⁷⁵⁴, mutlak⁷⁵⁵ ve en üstün⁷⁵⁶ hakimiyet hakkına sahip olan iktidâr, kurucu iktidârdır. Kurucu iktidâr, kurulu iktidârdan farklı olarak devletin temel hukuk düzenini oluştururken irâdesini sınırlayan üstün pozitif hukuk kurallarıyla bağlı değildir⁷⁵⁷. Kurucu iktidâr bakımından bu gibi güçlükler ve sınırlamalar söz konusu değildir. Kendisinin üstünde herhangi bir iktidâr ve otorite yoktur. Bağımsız ve en üstün iktidârdır⁷⁵⁸.

⁷⁵¹ Kapani, 62

⁷⁵² Kapani, 63

⁷⁵³ Rousseau, 39; Okandan, "İktidâr Unsurunun Vasıfları", 567-568; Akın, *Kamu Hukuku*, 162; Göze, *Siyasal Düşünceler*, 199; Akad, *Kamu Hukuku*, 57, 66

⁷⁵⁴ Rousseau, J.J., *Toplum Sözleşmesi*, trc.: Vedat Günyol, İstanbul, 1965, 2. Baskı, 38; Okandan, "İktidâr Unsurunun Vasıfları", 569; Göze, *Siyasal Düşünceler*, 198; Akın, *Kamu Hukuku*, 162; Akad, *Kamu Hukuku*, 166

⁷⁵⁵ Mete Tuncay, *Batıda Siyasal Düşünceler Tarahı, I-III*, Ankara, 1986, II, 162, 339; Akın, *Kamu Hukuku*, 162, 164; Akad, *Kamu Hukuku*, 57, 66

⁷⁵⁶ Çam, 12; Kapani, 48-49; Ahmet Taner Kışlalı, *Siyaset Bilimi*, Ankara, 1994, 4. Baskı, 95

⁷⁵⁷ Kapani, 63

⁷⁵⁸ Kapani, 64

Yalnız, kurucu iktidâr toplum düzenini değiştirirken veya yeni baştan kurarken, teorik bakımdan bağımsız bir irâdeye sahip olsa da, gerçekte böyle değildir. Çünkü bütün iktidârlar gibi kurucu iktidâr da boşlukta değil, sosyal bir çevre içinde faaliyet gösterir. Kurucu iktidâr, sosyal çevreyi etkilediği kadar kendisi de çevreden gelen çeşitli akımların etkisine açıktır.

Kurucu iktidârın ortaya koyduğu temel yasa, toplumsal güçlerin dengesini yansıtan, (objektif hukuk kurallarını dikkate alan) en azından, toplumda hakim olan değer yargılarına ve meşruluk anlayışına saygı göstermek zorundadır. Aksi halde ortaya koyacağı eser pek uzun ömürlü olmayabilir⁷⁵⁹. Kurucu iktidâr, hakimiyetin karşılığı olarak kullanılan kurucu bir irâdedir ve millete aittir.

2.2.6.7. Hakimiyetin Siyasi Yönü (Kurulu İktidar Kavramı)

Devletin kurucu iktidârından başka, örgütlenmiş bir siyasal iktidârı ve bu iktidârın yetkilerini kullanan organların, kurumların, bir hukuk düzeninin; geniş anlamda, bir yönetimin bulunması gerekir. Böyle bir yapılanmaya sahip olmayan topluluğun diğer unsurları olsa da, devlet niteliği başka devletler tarafından kabul edilmez⁷⁶⁰.

Hükümet veya siyasal iktidâr olarak isimlendirilen kurulu iktidârın hakimiyeti, mutlak değildir. Bu iktidârın hukukî çerçevesini, anayasanın belirlediği bir kısım iç ve dış sınırlamaları vardır⁷⁶¹.

Devlet denen organizmanın iktidâr gücü; yasama, yürütme ve yargı erki denen üç asli organ tarafından kullanılır. Devletin otorite ve iktidârını kullanan organların tasarrufları, hukukun ilkelerine uygun olmalı ve hakimiyetin kendileri için belirlemiş olduğu hareket alanlarını aşmamalıdır⁷⁶².

Kurulu iktidâr, devletin siyasal karar organları (yasama, yürütme) kaynağını ve yetkilerini anayasadan alan ve bu yetkileri yine anayasa tarafından belirlenen sınırlar içinde kullanan iktidârdır.

Devlet halinde teşkilatlanan bir toplumda iktidârı ele alan kimse veya kimseler bunu

⁷⁵⁹ Kapani, 65

⁷⁶⁰ Daver, 180

⁷⁶¹ Çam, 12; Kapani, 64

⁷⁶² Okandan, *Limitation Nazariyesi*, 17; İsmail Kılıçoğlu, *Düşünce ve Özgürlük*, İstanbul 1992, 23

bir fiil bütünlüğü ile kullanamaz. Bu, manen ve maddeten imkansızdır. Çünkü o kimse veya kimseler ne kadar akıllı, bilgili ve yetişmiş olursa olsunlar devletin farklı işlevlerinde aynı derecede yetkili ve yetenekli olamazlar. Çok gayretli ve çalışkan olsalar da ülkenin her köşesine yetişemezler. Bu sebeple iktidâr, zorunlu olarak organlaşacak; işler ve işlevler, cins ve özelliklerine göre ayrılıp yetkili organlara verilecektir⁷⁶³. Yalnız devlet teşkilatı ne kadar geniş ve iş bölümü sonucunda ne kadar fazla parçalardan oluşsa da, sürekli bir merkezileşme sistemine tâbidir. Aksi takdirde devlet bir ülkede hukukî ve siyâsî birliğin bir tek hukukî şahsiyete dayanan hakimiyetin bir görünümü olmaktan çıkar. Modern devlet yapılanmasının ayırt edici özelliği, gittikçe çeşitlenen ve karmaşılaşan fakat buna rağmen merkezileşen ve çokluk içinde bir birlik görünümüdür⁷⁶⁴.

İslâm hukukunda hukuki anlamda siyasi iktidar *âmme velayeti* (el-velayetu'l-âmme) tabiri ile ifade edilmektedir⁷⁶⁵. Velayet kelime olarak yardım ve yakınlık anlamlarında bir mastardır. Kelime vilayet biçiminde telaffuz edildiğinde ise iktidar, emirlik ve yetki anlamlarını taşımaktadır⁷⁶⁶.

Âmme velayeti İslâm hukuk düşüncesinde devlet başkanına verilen bir yetkidir. Bu velayet hem bütün ülke ve insanlar üzerinde hem de devlet yetkilerinin konusunu oluşturan tüm işler hakkında geçerli olmak üzere meşru kılınmış bir tasarruf yetkisini deyimler⁷⁶⁷. Diğer bir ifadeyle âmme velayeti; devlet yetkilerini hukuki sınırlar içerisinde kullanma selahiyeti demektir. Bu anlamda siyasal iktidar kavramıyla örtüşmektedir⁷⁶⁸.

Toplum ve kamusal faaliyetler yönünden ister genel ve isterse özel mahiyette olsun devlet işlerinin yürütülmesinde kullanılan tüm yetkiler bütünüyle âmme velayetinden kaynaklanmaktadır. Zira İslâm hukukunda toplum egemenliği ile siyasal iktidar arasındaki ilişki *akd* olarak isimlendirilmektedir⁷⁶⁹. Bu velayet, devlet başkanı da olsa, bir kimsenin kendisinden değil hukuki bir muameleden (akd) doğan bir yetkidir. Dolayısıyla şahsın kendisinden kaynaklanmadığı için şahıstan ayrılabilir.

⁷⁶³ Başgil, *Esas Teşkilat Hukuku*, II, 291

⁷⁶⁴ Kubalı, *Esas Teşkilat Hukuku*, 123; *Anayasa Hukuku*, 15

⁷⁶⁵ Tunaya, *Türkiye'nin Siyasal Gelişmeleri (Eski Türkler, İslâm Devleti, Osmanlı Devletinin Kuruluşu)*, İstanbul, 1970, 115 vd.

⁷⁶⁶ İbn Manzur, XVI, 406 vd.; Zebidî, XX, 312-313; Heffening, "Millet Mad.", İ.A., VIII, 312

⁷⁶⁷ Amme velayeti hakkında taf. bk., "Millet Mad.", İ.A., XIII, 317

⁷⁶⁸ Tunaya, 115-117

⁷⁶⁹ Maverdî, 35

Tefviz velayetinin en geniş ve en kapsamlı olanı devlet başkanının sahip olduğu iktidardır (devlet organlarını kullanma yetkisi). İslâm hukuk düşüncesinde âmme velayetinin tefvizi olması siyasal iktidarın yöneticilerin şahıslarından ve kendi iradelerinden doğmadığını bunun onlara dışarıdan verilen bir yetki niteliğinde olup onlar için sübjektif bir hak oluşturmadığını göstermektedir. Dolayısıyla siyasal iktidar bir vekalet ve temsil niteliğinde ve geri alınabilir bir yetki mahiyetindedir.

Âmme velayetinin devlet başkanının şahsına bağlı olmayan bir yetki olması, İslâm hukuk düşüncesinde hakimiyetin kurucu ve kurulu iktidar ayrımını ve bu ayrımın mahiyetini göstermektedir. Buradan hareketle İslâm hukuk düşüncesinde hakimiyetin kurucu iktidar ve siyasal iktidar kavramlarının başlangıçtan itibaren ayrılmış olduğu söylenebilir. göstermektedir. Buna göre âmme velayeti bir yetkiden ibarettir. Yönetenler de siyasal iktidar vasıtasıyla devlet yetkilerini toplum adına ve ona vekaleten belli sınırlar içerisinde kullanma hakkına sahiptirler diyebiliriz.

Devlet organları ve görevlileri, devletin iktidâr ve yetkilerini kullanırken insanın dolayısıyla toplumun maddî ve manevî bütünlüğünü bu iktidâr ve yetkiye yansıtmak ve aktarmak durumundadırlar⁷⁷⁰. O halde dinamik bir yapısı olan siyasal iktidârın bazı özelliklerinin olması kaçınılmazdır.

2.2.6.7.1. Siyasal İktidârın Özellikleri

1. Siyasal iktidâr: Sadece toplumun bir kesimi üzerine değil, tümü üzerinde geçerli en genel, en üstün ve en kapsamlı iktidârdır. Yetki alanı, ülke içindeki bütün özel ve tüzel kişileri kapsar. Siyasal iktidâr, yürürlükteki en üstün iktidârdır. Bu iktidârla toplumdaki diğer iktidâr türleri arasında bir eşitlik ilişkisi değil, hiyerarşik bir ilişki vardır. Ve siyasal iktidâr, hiyerarşik düzenin en üstündedir. Belli sınırlar içinde kendi irâdesini başkalarına kabul ettirme ve davranışları kontrol etme yetkisine sahiptir⁷⁷¹.

2. Siyasal İktidârın Benimsenmesi: Toplumun uyması gereken kurallar, siyasal iktidâr tarafından konulur. İktidârın emirlerine halkın uyması, halkın iktidârı benimsemesi ile mümkündür⁷⁷². Çünkü yönetenler iktidârlarını yönetilenlere sadece zora baş vurarak kabul ettirmemelidirler⁷⁷³.

⁷⁷⁰ Kılhoğlu, 23

⁷⁷¹ Kapani, 48, 49; Kışlalı, Siyaset Bilimi, 95

⁷⁷² Gözübüyük, Anayasa Hukuku, 14

⁷⁷³ Çam, 67

3. Siyasal İktidârın Hukuka Uyması: Kamu yararı için konan düzenin bozulmaması ve sürekliliği, hukuk kurallarına uymayı gerektirir. Devletin hukuka uyması, anayasalarda öngörülen üstün hukuk kuralları ve ilkelerine uymasını deyimler. Bu da siyasal iktidârın sınırlanması demektir⁷⁷⁴. Devlet, kurum ve kuruluşlarıyla yasal düzenlemeleri gerçekleştirirken, hukuk ve hukukun genel ilkelerini gözetmek durumundadır⁷⁷⁵.

4. Siyasal İktidârın Maddî Yaptırım ve Zor Kullanma Yetkisi: Siyasal iktidâr, fiziki zorlama ve güç tekelini elinde bulundurur. Emir ve kararlarını yürütmek için gerektiğinde zora başvurur⁷⁷⁶. Zor kullanma yetkisi de ancak, onun sınırlandırılmasıyla meşruluk kazanır⁷⁷⁷.

5. İktidârın Meşruluğu: Meşruluk, devlet iktidârının kaynağı ve kullanılış biçimleri bakımından yönetilenlerin inançlarına uygun olma niteliğidir. İktidârın meşru olması, yönetilenler tarafından kabul edilmesi ve doğal olarak ona itaat edilmesi sonucunu doğurur⁷⁷⁸. Siyasal bir sistemin sürekliliği, istikrarı ve dayanıklılığı doğrudan doğruya meşrulukla bağlantılıdır. Bir siyasal sistemde yönetilenler, iktidârın meşruluğuna inandıkları ölçüde kararlarına kendiliğinden uyma eğilimi gösterirler ve bu kararlara uymayı gerekli sayarlar. Ve böylece, iktidâr da zora başvurmadan itaati sağlamış olur⁷⁷⁹.

Bir siyasal sistemin meşruluğu konusunda anlaşma oranı ne derece yüksek olursa, rejim o ölçüde kuvvetli bir temel üzerinde oturmuş demektir. Bu sebeple çoğunluk, ortak değerler ve kurallar sisteminde uzlaşmalı⁷⁸⁰, iktidâra geliş ve iktidârı kullanış da bu uzlaşmaya göre olmalıdır. Böylece, meşruluğun ön şartı olan, temel anlaşma şartı ortaya çıkar⁷⁸¹.

Toplumda vatandaşların büyük çoğunluğu tarafından paylaşılan bir meşruluk anlayışı yerine, birden fazla meşruluk arasında bir çatışma başladığı zaman temel anlaşmada bir çatlama bir bölünme meydana gelmiş sayılır⁷⁸².

⁷⁷⁴ Gözübüyük, *Anayasa Hukuku*, 15

⁷⁷⁵ Kılıoğlu, 23

⁷⁷⁶ Kapani, 49-50; Çam, 83; Tanilli, 9; Demir-Karatepe, 34

⁷⁷⁷ Otfried Höffe, "Adâlet Bir Değiş tokuş mudur?", trc: Ahmet Arslan, *Sosyal ve Siyasal Teori*, 298

⁷⁷⁸ Çam, 83; Akad, baskı Grupları, 53; Teziç, *Anayasa Hukuku*, 85

⁷⁷⁹ Vecdi Akyüz, *Hilafetin Saltanata Dönüşmesi*, İstanbul 1991, 69

⁷⁸⁰ Akabe Biatları buna örnek olabilir.

⁷⁸¹ Akyüz, *Hilafet*, 70

⁷⁸² Kapani, 87; Akyüz, *Hilafet*, 71

İnsanlar, inanmadıkları otoritenin dışında kalmak isterler⁷⁸³. Bir siyasal iktidâr, toplumun çoğunluğunca meşru olmaktan çıkmış ve çoğunluğun inançlarına uygun bir iktidâr biçimi henüz oluşmamışsa, siyasal bunalım kaçınılmazdır. Bu durum, genellikle geçiş durumundaki toplumlarda ortaya çıkar⁷⁸⁴.

Yasallık kavramı ile meşruluk kavramı aynı şey değildir. Yasal yönetim, yürürlükteki pozitif hukuka uygunluk demektir. Meşru iktidâr ise, az önce de belirtildiği şekilde, yönetilenler tarafından meşru olarak kabul edilen, toplumda yaygın ve hakim olan meşruluk inancına uygun olan iktidârdır. Bunlar, biri hukuki, öteki sosyolojik iki kavramdır⁷⁸⁵.

İslâm hukuk geleneğinde iktidarın meşruluğu ve yasallığı teori ve pratikte tartışılmıştır. İktidara gelme konusunda farklı şekiller olsa da bunların tümünde "akit" ortak nokta olarak değerlendirilmektedir⁷⁸⁶. Akdin özel biçimlerinden birisi olan beyat, halifenin tasarruflarının yasallığının ölçüsü olarak değerlendirilse de, bugünkü anlamda meşruiyet, halkın menfaatlerinin ve ortak düşüncesinin yönetime yansıtılmasını ifade etmektedir. İslâm hukuk tarihinde devlet başkanının meşruiyeti daha ziyade pozitif hukukun kaynaklarını gözetmesi problemi ekseninde tartışılmış, bu bağlamda devlet başkanının görevden alınması ile ilgili olarak bazı şartlar belirlenmiştir. Maverdî bu şartları; adâletten ayrılma, keyfi tasarruflarda bulunma, inançla ilgili şüpheli şeyleri benimseme olarak kabul etmektedir⁷⁸⁷.

İslâm hukuk tarihinde halifeye haktan çok sorumlulukların verilmesi, iktidarda meşruiyetin gözetilmesi problemi açısından önemli ipuçları vermektedir. Bu durum halifenin görevini yasallık sınırları içerisinde tutmaktadır. Bu yönüyle de o daha çok icracı bir konumu temsil etmektedir.

2.2.6.7.2. Siyasal İktidâr-Hukuk İlişkisi

Hukuk ve özellikle pozitif hukuk, toplumun biçimlendirilmesi, koordinasyon ve sürekliliğinde bireylere vecibeler yükleyen bir düzen unsuru olarak iktidârı yansıtır. Bu ba-

⁷⁸³ Topçu, 58

⁷⁸⁴ Kışlalı, Siyaset Bilimi, 107

⁷⁸⁵ Kapani, 82; Tanilli, 18

⁷⁸⁶ Taf. bk., Maverdî, 33-34. Bu gerekçe ile yasal dayanaktan yoksun olarak iktidârı ele geçirenin meşruiyeti kabul edilmemiştir. bk. Maverdî, 37

⁷⁸⁷ Taf. bk., Maverdî, 53-54

kımdan hukuk ve iktidâr, uyum içinde bir bütünü oluşturan unsurlardır. Çünkü iktidâr, gerçekte fiilî bir güç, hukuk ise değerler ve yükümlülöklere ait normatif nitelikli bir iktidâr düzenidir.

Bir toplumun sosyal hayatı, hukukî açıdan hayat şartlarına uygun bir düzenleme ile biçimlendirilmek istenirse, bireylerin ve grupların tümü için bağlayıcı bir iktidâr düzeninin gerçekleşmesi gerekir. Böyle bir düzenlemede hukuk, iktidârın sınırlarını belirleyen bir ölçü olmalıdır. Bu durumda hukukun davranış normları iktidâr gücünün kullanımında ölçü ve sınırlayıcı rol oynarlar⁷⁸⁸.

Devlet irâdesinin oluşumu ve devletin faaliyette bulunması, her şeyden önce bu irâdeyi gözetecek ve faaliyetleri yapacak organların varlığına bağlıdır. Bu organların varlığı, keyfi bir şekilde sürdürülemez. O halde devlet hakimiyeti (iktidârı) kavramı ile devlet yapılanmasının hukukî bir düzene sahip olması düşüncesi, birbirlerinden ayrılmayacak esaslardır. Bu hukukî düzenin ilk konusu, organların faaliyetlerini düzenleyen yapılanmayı belirlemek olmalıdır. Fakat sadece organların yapılanması, devlet faaliyetlerinin yürütülmesi için yeterli değildir. Devlet organlarının faaliyet şekillerini de belirleyen bir hukuk düzeninin varlığı da olmalıdır⁷⁸⁹.

2.2.3. SİYASAL İKTİDARIN SINIRLANMASI

Ortaya çıktığı andan itibaren devletin fiilî ve hukukî varlığının göstergesi olan hakimiyet unsurunun keyfi bir güç olmadığı hakkındaki görüşler, sürekli gelişmektedir. Düşünürler, devlet hakimiyetinin bireylere üstün oluşu niteliği yanında bunun keyfi ve her şeyi yapabilen sınırsız bir güç değil, belirli prensiplerle sınırlanmış bir iktidâr olduğunu göstermeye, devletin üstün gücüne bazı sınırların konmasını sağlamaya çalışmışlardır. İktidârı kullananların kötü ve keyfi karar almalarını engellemek amacıyla, onu sınırlamak, tarih boyunca önemli bir sorun olagelmıştır.

Eski çağlarda, hakimiyeti sınırlayan en önemli özellik, yöneticilerin her yere erişebilme gücünden yoksun oluşlarıydı. Bu devirlerde en zalim imparatorlar, kendi kontrollerindeki alanlarda bile, sürekli bir baskı uygulama gücüne sahip değillerdi. Payitaht ve az sayıda politik merkezler dışında yaşayan halk, hayatlarını hükümetlerin etkisi dışında

⁷⁸⁸ İzveren, *Hukuk Felsefesi*, 104

⁷⁸⁹ Akyüz, *Hilafet*, 65-66

hatta onlardan habersiz sürdürmüşlerdir⁷⁹⁰.

Modern dünyada meydana gelen değişiklikler, iktidârın sınırlandırılması konusunda yeni durumlar ortaya çıkarmıştır. Günümüz dünyasında yöneticiler, modern teknoloji sayesinde toplumun en ücra köşesine ulaşma gücüne sahiptirler. Baskının şiddeti hafifletmekte ve yaygınlaşmaktadır. Bu yeni baskının görünümü, insanların eylem alanlarının kendi dışındaki güçler tarafından belirlenmesi şeklindedir.

Siyasal iktidârın sınırlandırılması problemi, gerçekte birbirlerinden ayrı fakat aynı durumda iki hukukî gerçeklik olan birey ve devletin hukukî görünümünü deyimleyen *hürriyet* ve *hakimiyet*in bağdaştırılmasıdır. Bu meselede iki menfaat karşı karşıya ve çatışma halindedir. Bir tarafta bireysel menfaat, hak ve hürriyetlerin güvence altına alınması için devlet hakimiyetinin sınırlandırılması, öte yanda ise toplumsal menfaatleri öne çıkarmak ve gerçekleştirmek için birey ve bireysel haklara değer vermeyen anlayışlar bulunmaktadır.

İktidârın sınırı, bireyin özel ve bağımsız alanının sınırıdır. Bireyin güvenliği, düşünce, inanç ve girişim özgürlüğü bu sınırı belirler. Bu sınırları aşan iktidârın temelinde halk olsa da, meşruluğu kalkmış kabul edilir.

Bireysel hak ve hürriyetlere gereğinden fazla müdahale, baskı, zulüm ve keyfiliğe neden olacağından sakıncalı olacağı gibi, hiçbir sınırlamanın getirilmemesi de, düzensizlik ve anarşiye götüreceğinden, sakıncalıdır. Çünkü bireylere aşırı serbestlik tanımak, hürriyetleri aşırı ölçüde kısmak kadar tehlikelidir⁷⁹¹.

O halde bütün mesele, insan şahsiyetini ve bu şahsiyetin gerçekleşme vasıtası olan bireysel hürriyeti, aynı derecede bir medeniyet sembolü ve sosyal hayat gereğinin eseri olan devletin şahsiyeti ve bu şahsiyetin hukukî görünümü olan devlet hakimiyetiyle uzlaştırmaktır. Fakat bunun için her yerde ve her zaman doğru ve geçerli açık bir kural gösterilemez. Bu uzlaşmayı belli ölçülerde sağlayacak faktörler ve unsurlar, toplumların değişen durum ve ihtiyaçlarıdır⁷⁹².

⁷⁹⁰ Akın, *Devlet Doktrinleri*, 199; Peter L. Berger, "Günümüz Dünyasında Demokrasi", trc: Cevdet Aykan, *Sosyal ve Siyasal Teori*, 35

⁷⁹¹ Kubalı, *Esas Teşkilat Hukuku*, 151; *Anayasa Hukuku*, 130; Okandan, *Umumi Amme Hukuku*, 800; Özçelik, I, 60; Akyüz, *Hilafet*, 80

⁷⁹² Kubalı, *Esas Teşkilat Hukuku*, 151-152

Siyasal iktidârı sınırlayan kurumlar; ülkelerarası ve ülke içi kurumlar olarak iki gruba ayrılır.

1. Ülkelerarası Kurumlar: Bunlar, devletler arasında yapılan antlaşmalar gereğince oluşturulan, uluslararası teşekküllerdir. Devletler, aralarında antlaşmalar yaparak uluslararası güvenliğin ve ilişkilerin düzenlenmesi amacıyla iç ve dış hakimiyetleri kapsamına giren bazı yetkilerinden vazgeçerler. Yalnız, bu vazgeçiş karşılıklı olduğundan, tek bir devletin zarar görmesi söz konusu değildir⁷⁹³.

Uluslararası kamu hukuku, devletlerin üstün güçlerini sınırlamak için girişimlerde bulunur. Bu girişimlerden biri, devletlerin, uluslararası hukuk kurallarının, kendilerini sınırlamasını kabul ettiklerini anayasalarında belirtmesidir⁷⁹⁴. Yalnız, bu kabul devletlerin hür irâdeleri ve serbest rızalarıyla olmalıdır.

Uluslararası hukuk alanında devletlerin güçlerini sınırlama yönünde yapılan çalışmalardan biri de, insanların temel hak ve hürriyetlerinin evrensel değer olarak benimsenmesi ve devletlerin güçlerinin bu evrensel değerler lehinde sınırlanması girişimleridir⁷⁹⁵.

Uluslararası ilişki boyutlarının artması, çeşitlenmesi ve buna bağlı olarak uluslararası teşkilatların çoğalması, devlet güçlerinin sınırlanmasında gelecekte daha fazla etkili olacağını göstermektedir. Hatta dahil oldukları devletlerin güçlerini sınırlama yetkisine sahip uluslararası oluşumlar, bu devletler üzerinde bir yasama niteliği kazanmaya doğru gitmektedir⁷⁹⁶.

2. Ülke içi Kurumlar: Bunlar ülke içinde, bireylerden ayrı olarak, özel hukukî yapılanmalarından dolayı devletle birey arasında yer alan özerk, sosyal kurumlardır ve üç katagoride toplanırlar.

a. Kültürel ve İktisadi Özellik Taşıyan Kurumlar: Çeşitli kültür dernekleri, akademik kuruluşlar, barolar, ticari şirketler, sanayi odaları, işçi sendikaları, çeşitli meslek kuruluşları vb. kurumlar.

⁷⁹³ Özçelik, I, 88

⁷⁹⁴ Okandan, *Umumi Amme Hukuku*, 833

⁷⁹⁵ Okandan, *Umumi Amme Hukuku*, 833

⁷⁹⁶ Bu ifade, bütün devletler için söz konusu değildir. Özellikle güçlü devletler, uluslararası kurumları kendi inisiyatifleri ve politikaları doğrultusunda kullanmaktadırlar.

b. Siyasal Özellik Taşıyan Kurumlar: Siyasal partiler ve siyasal medya.

c. İdârî Özellik Taşıyan Kurumlar: Devletin teknik hizmetlerini gören farklı kamu kuruluşları ve mülki taksimatını oluşturan kamu yönetimleri⁷⁹⁷.

Bütün bunlar devlet otoritesine bağlı olmakla beraber devlet hakimiyetinin sınırlandırılmasında etkili olan kurumlardır⁷⁹⁸.

Devlet iktidârının iç alandaki sınırlandırılması hukukî ve hukuk dışı olarak, iki grupta değerlendirilebilir.

a. Hukukî Sınırlamalar: Bunlar, toplumun hukukî düzenini oluşturan yazılı veya yazısız hukuk normlarının sağladığı sınırlamalardır. Hukukî sınırlamalar, şeklî veya subjektif ve gerçek veya objektif sınırlamalar olarak ikiye ayrılır.

a.a. Şeklî veya Subjektif Hukukî Sınırlama: Bu sınırlama başta anayasa olmak üzere, şekli bakımından tamamen devletin eseri olan yazılı hukuk kurallarının sağladığı sınırlamadır. Devlet, bu çeşit yazılı hukuk kurallarıyla, hakimiyetini kullanan organlarının karşılıklı ilişkilerini düzenlemekte, her organın madde ve mekan itibarıyla yetkilerini ve kullanış şeklini belirlemektedir⁷⁹⁹.

a.b. Gerçek veya Objektif Hukukî Sınırlama: Bu sınırlamalar, devlet irâdesinin eseri olmayan, devlet dışında kendiliğinden oluşan birtakım değişik özellikteki normların sağladığı sınırlamalardır. Devlet, toplumun hukuk düzenini sağlayan en üst ve en kuvvetli organ olsa da, bir toplumun hukuk düzeni sadece devlet tarafından oluşturulamaz⁸⁰⁰. Belirli sosyal ilişkileri düzenlemek için, kollektif ihtiyaçların veya değerlerin baskısı altında oluşan örf, âdet veya ahlâkî normlar, devlet tarafından oluşturulmayan norm örnekleridir.

b. Hukuk Dışı (Fiilî) Sınırlamalar: Devlet hakimiyetinin sınırlandırılmasında, hukukî olmayan, biyolojik, psikolojik, coğrafi vb. mahiyetteki bazı tabîî ve ahlâkî, dînî, iktisadî, siyasî ve sosyal özellikteki etkenler büyük ölçüde rol oynarlar. Yani devlet hakimiyetini kullananlar, hayat şartlarının sürekli etkisindedirler. Bu sebeple tabîî ve sosyal hayat şart-

⁷⁹⁷ Kubalı, *Esas Teşkilat Hukuku*, 164; Özçelik, I, 89-90

⁷⁹⁸ Özçelik, I, 90

⁷⁹⁹ Kubalı, *Esas Teşkilat Hukuku*, 154; Özçelik, I, 68

⁸⁰⁰ Kubalı, *Esas Teşkilat Hukuku*. 155

ları, hakimiyeti sınırlayan etkenlerdir⁸⁰¹.

b.a. **Subjektif Fiilî Sınırlama:** Devlet hakimiyetini kanunların kendilerine verdiği yetkilere dayanarak kullananların taşıdıkları birtakım ahlâkî duyguları, dînî değerleri, siyasî kanaatleri, fikrî ehliyet ve kabiliyetleri vardır. Eğer bu şahıslarda maddî veya manevî sorumluluk duygusu, yönetime tâbi olanların hak ve hürriyetlerine saygı, kamu çıkarlarıyla bireysel çıkarlar çatıştığında bireysel çıkarları değil kamu çıkarlarını öne çıkarma, hukuka saygı, vazifeye bağlılık, bilgi, liyakat ve ehliyet vb. vasıflar, diğerlerine galip gelirse bu faktörler, iktidârın sınırlanmasında geniş ölçüde etkili olurlar. Yönetenlerde bu vasıflar yoksa bu sınırlamaların hukukî yaptırımları ne kadar ağır olursa olsun etkileri yok olur yahut hafifler. Zira kanunlar, adâleti sağlayan araçlardır; tek başına amaç değildirler. Bu açıdan en iyi araç kötü niyetli ellerde, iyiliğe değil kötülüğe alet olabilir. Bu durum kanunlar için de geçerlidir⁸⁰².

b.b. **Objektif Fiilî Sınırlama:** Hakimiyeti ellerinde tutanlar kanunları yaparken ya da uygularken ülkenin içinde bulunduğu tabii, coğrafi ve sosyal şartları dikkate almalıdırlar. Aksi halde kanunlar fayda yerine zarar vererek, hakimiyetin kötüye kullanımına neden olabilirler⁸⁰³.

Objektif sınırlama başka bir yönden de toplumun içinden doğan ahlâkî, dînî iktisadî, siyasî özellikteki bir takım sosyal dinamiklerin getirdiği sınırlamalardır.

İktidârın, hukukî veya fiilî olarak sınırlanmasının gerçekleştirilmesi için birtakım sistemler geliştirilmiştir. Bu sistemler şu şekilde ifade edilebilir:

1. Serbest ve Samimi Seçim Sistemi: Seçim ile iktidâra gelme, belirli ve sürekli olduğuna göre, seçimlerin serbest ve samimi olması, yönetenlerin kullandığı iktidârın teorik olmaktan kurtulması ve meşruiyet kazanması, millet adına devlet iktidârını kullananların temkinli hareket etmelerini sağlar. Bu durum, iktidârı kullananları sınırlar. Çünkü yaptırımı siyasîdir ve bu yaptırım bir daha seçilememek ve iktidârdan düşmek şeklinde kendini realize etmektedir⁸⁰⁴. Ancak, bir daha seçilemeyeceklerini bilenlerin iktidâr gücünü aşırı derecede kullanmalarının önlenmesinin tedbirleri de alınmalıdır.

⁸⁰¹ Kubalı, *Esas Teşkilat Hukuku*, 159; Özçelik, I, 80

⁸⁰² Özçelik, I, 82

⁸⁰³ Kubalı, *Esas Teşkilat Hukuku*, 161; Özçelik, I, 82

⁸⁰⁴ Okandan, *Umumi Amme Hukuku*, 828; Kubalı, *Esas Teşkilat Hukuku*, 164; Özçelik, I, 83

2. Kuvvetler Ayrılığı Sistemi: Devlet gücünün keyfi güç olmasının önlenmesi için alınan tedbirlerden biri de, kuvvetler ayrılığını gözetmektir. Bu, devlet gücünde yer alan ana yetkilerin birbirinden ayrılarak, ayrı ayrı organlar tarafından kullanılması, bu organlara sağlanan imkanlarla birbirlerini denetlemeleri, gerektiğinde de frenleyebilmeleri, her birinin kendine verilen yetkiyi kötüye kullanmasını ötekilerin önleyebilmeleri, yani yetkinin yine yetkiyle sınırlandırılması ile gerçekleşmektedir⁸⁰⁵.

Siyasal iktidârın sınırlandırılmasında klasik güçler ayrımı ilkesinden daha etkili ve önemli bir güçler ayrımı söz konusudur. Yöneticilerin elinde olan, yalnızca siyasal iktidârdır. İktisadi iktidâr ise, sanayici, bankacı, tüccar vb. grupların elindedir. Özel girişimcilerin ekonomik gücü, siyasal yöneticilerin gücünü fiilen sınırlamaktadır. Böylece sistem, karar alma merkezlerinin çokluğunu sağlamaktadır. Bir tarafta siyasal karar alma merkezi siyasal iktidâr, diğer tarafta özel girişimciler ve ekonomik örgütlerden oluşan sivil ve iktisadî karar alma merkezleri vardır. Yalnız, siyasal iktidârla iktisadî iktidârın ayrı ellerde bulunmasının bazı sakıncaları da vardır. Bu iki iktidâr birbirlerini etkilemek için birtakım hukuk dışı yollara (rüşvet, adam kayırma vb.) başvurabilirler.

3. Yazılı ve Katı Anayasa: Anayasalar, iktidâr karşısında bireysel özgürlüklerin güvence altına alındığı belgelerdir. Böylece anayasalar sınırlı iktidâr rejimini tanımlar⁸⁰⁶. Anayasalarda olduğu gibi siyasal toplumun temel hukuk düzeni ile ilgili kanunların özel kurallara uyularak konulması ve kaldırılması zorunluluğu yönetilenleri yönetenlere karşı koruyan önlemler arasında büyük bir yer tutar⁸⁰⁷.

Bütün anayasacılık hareketlerinin amacı, devlet yapısını ve bu yapının çalışma mekanizmasını belli kurallara bağlamaktır. Devlet güçlerinin bir elde toplanmasını önlemek, yetki kullananları karşılıklı denetleme usullerine bağlı tutmak, belli görevleri belli dönemlere ve belli yetkilere bağlamak, bütün bunlar, iktidârı sınırlama, daha doğrusu iktidârın sınırlanmış kurallarını üstün bir metinle yazılı hale getirme amacını güder. Bu bakımdan anayasacılık hareketleriyle hukuk devletini gerçekleştirme çabaları arasında büyük bir yakınlık hatta aynılık vardır⁸⁰⁸.

⁸⁰⁵ Okandan, *Umumi Amme Hukuku*, 828-829; Kubalı, *Esas Teşkilat Hukuku*, 165; Özçelik, I, 84

⁸⁰⁶ Çam, 114

⁸⁰⁷ Okandan, *Umumi Amme Hukuku*, 250; Kubalı, *Esas Teşkilat Hukuku*, 166

⁸⁰⁸ Mümtaz Soysal, *Anayasaya Giriş*, Ankara 1969, 217

4. Hukukî Tasarrufların Yargısal Denetimi: Yargısal denetimin görevi, kamu iktidârının faaliyet alanını sınırlayan hukuk kurallarının korunmasıdır⁸⁰⁹.

Yargısal denetim iki şekilde değerlendirilebilir. Birincisi, normal icrai ve idârî tasarrufların kanuna aykırılığı halinde, gerek kamu hukuku hükmi şahısları gerekse özel hukuk hükmi şahısları tarafından açılan idârî davalar ile takip edilen yargısal denetimdir. İkincisi de yasama organı tarafından yapılan kanunların anayasaya uygunluğunun yargısal denetimidir. Bu kontrol, yasama organının anayasaya aykırı özellikte kanunlar çıkarmasını ve yasama işlemlerinin kötüye kullanımını önleyici faaliyettir⁸¹⁰.

Yapılacak yasaların anayasaya uygunluğunun sağlanması, yasama organına bırakılabileceği gibi⁸¹¹ yargı organına da bırakılabilir⁸¹².

5. Alenilik Sistemi: Demokratik devlet, yöneticilerinin kamu oyu denetiminde olduğu devlettir. Kamu oyu denetiminin gerçekleşmesi için yönetenlerin bütün hareket ve kararlarının yönetilenler tarafından bilinmesi gerekir⁸¹³. Ancak, devletin yüksek güvenliğini ilgilendiren bir kısım faaliyetler, bu alenilik prensibinin dışında bırakılmalıdır⁸¹⁴.

2.2.4. BASKI GRUPLARI

Her ülkede hukuken meşru kılınan kuvvetlerin yanında, anayasada yer almayan kuvvetler de vardır ki, bunlar devletin sosyal ve siyasal hayatında önemli etkilerde bulunurlar⁸¹⁵. Bu kuvvetler, baskı veya menfaat grupları diye isimlendirilir.

Baskı grupları denince, ortak menfaatler etrafında birleşen ve bunları gerçekleştirmek için siyasal otoriteler üzerinde etki yapmaya çalışarak onlarla karar verme işlevini paylaşmak isteyen, örgütlenmiş çoğulcu gruplar anlaşılır⁸¹⁶.

Bağlı oldukları sosyal güçlerin çıkarlarını korumak için oluşan dinamik nitelikteki bu gruplar, toplumdaki belirli meslek ve çıkarları örgütleyerek, iktidârı kendi yönlerinde

⁸⁰⁹ en-Nebhân, 26

⁸¹⁰ Özçelik, I, 85

⁸¹¹ Okandan, *İdare Edenlerin Serbestisi*, 5-6; Soysal, 217

⁸¹² Soysal, 218

⁸¹³ Kubalı, *Esas Teşkilat Hukuku*, 169

⁸¹⁴ Özçelik, I, 87

⁸¹⁵ Hırş, 424

⁸¹⁶ Rona Aybay, "Baskı Grupları", *İÜHFM*, c: XXVII, sy: 1-4, İstanbul 1961, 274; Tunaya, *Siyasal Kurumlar*, 321

etkilemek için sürekli çalışırlar⁸¹⁷.

Baskı grupları, temelde etkileme ve yönlendirmeyi amaç edinen bilinçli ve örgütlü⁸¹⁸ menfaat gruplarıdır. Sosyal yapıda ortaya çıkan bazı güçler, iktidârı ele geçirmek değil, etkilemek ve denetlemek isterler. Böylece yasama işlevini karar sürecinde etkileyerek iktidârdan bazı faydalar sağlamaya çalışırlar. O zaman da bu istekler siyasallaşır ve siyasal çıkar halini alırlar⁸¹⁹.

Günümüz toplumu bilim, teknik, sanayileşme vb. katkılarıyla çok gelişmiş ve karmaşık bir yapı halini almıştır. Her alanda sosyal güçlerin örgütlenmesi siyasal yapıya çoğulcu bir nitelik kazandırmıştır.

Baskı gruplarının yapıları ile toplumların konumları arasında sıkı bağlantılar vardır. Çünkü bu gruplar sosyal şartların ürünleridir ve siyasal kurumlar olarak gelişirler⁸²⁰. Ekonomik bakımdan güçsüz toplum kesimlerinin oluşturdukları baskı grupları, güçlerini siyasal çokluktan ve örgütlerinden alan **kitle baskı gruplarıdır**. Üye sayısının çokluğu disiplinli bir örgütlenmeyi ve belirli bir bürokratik yapılanmayı gerektirir. Kitle baskı gruplarının en iyi örneğini işçi sendikaları oluşturur. Esnaf ve çiftçi örgütleri ve toplumsal tabanı geniş meslek grupları vb. kitle baskı gruplarına dahildir.

Güçlerini üyelerinin sayısından ve örgütlenme düzeyinden çok, üyelerinin niteliklerinden alan baskı grupları da **kadro baskı gruplarıdır**⁸²¹. Çok uluslu şirketler, teknoloji ve iletişim araçları, para ve servet bu tür baskı gruplarıdır.

Baskı gruplarının, farklı amaçlarına göre, değişik çalışma alanları vardır. Baskı grupları doğrudan veya dolaylı olarak sosyal ve siyasal hayatın çeşitli alanlarında çalışırlar. Yasama, yürütme ve yargı organları, kamuoyu⁸²², yöneticiler veya resmi kurumlar⁸²³ bu alanlardandır. Bu gruplar doğrudan baskı uygulamalarını, daha çok belirli yasa tasarılarının parlamentoda görüşülmesi sırasında, bazı hükümet kararlarının uygulanması veya yargı sonuçlarının etkilenmesi ile ilgili olarak yasama, yürütme ve yargı ile ilgili kurum ve

⁸¹⁷ Akad, "Baskı Grupları", 27

⁸¹⁸ Akad, "Baskı Grupları", 27

⁸¹⁹ Tunaya, *Siyasal Kurumlar*, 321

⁸²⁰ Tunaya, *Siyasal Kurumlar*, 328

⁸²¹ Kışlalı, *Siyaset Bilimi*, 222

⁸²² Tunaya, *Siyasal Kurumlar*, 327-328

⁸²³ Tikveş, 125

insanlara heyetler göndererek, kişisel ilişkiler kurarak, rica, rüşvet, tehdit gibi çeşitli yollarla yerine getirmeye çalışırlar. Siyasal kararları dolaylı şekilde yönlendirmek medya, propaganda, toplantı ve gösteriler vb. kitle iletişim araçlarıyla, kamuoyunu son derece etkileyerek siyasal iktidârın ters yönde karar alma ve uygulamasını engellemek şekliyle olur⁸²⁴. Böylece sistematik propaganda gayretleriyle siyasal iktidârı kullananlarla temasa geçilerek hakimiyetin sınırlanmasına çalışılır.

Toplumu yönetecek normlar sisteminin oluşturulmasında bu grupların payı oldukça büyüktür. Bu gruplar, sosyal yaşantıyı düzenlemeye yönelik kararların alınmasında, hazırlanmasında veya kaldırılmasında etkilidirler. Bu açıdan devlet faaliyetleri bu grupları etkilediği ölçüde, onlar da hükümet kararlarını etkilemeye çalışırlar. Açık toplumlarda siyasal kararları etkilemek için bu gruplar, yönetimle sürekli ilişki içinde bulunurlar.

Farklı baskı grupları, karşılıklı ilişkiler içinde oluşan sosyal süreçte siyasal kararların alınmasında yasama ve yürütme organları gibi etkili olurlar. Böyle olunca da siyasetin belirlenmesi ve yönlendirmesi yönündeki hukukî düzenlemeleri ve uygulamaları bu gruplarla, yasama ve yürütme organlarının karşılıklı etkileşimi belirler.

Aynı fonksiyonu yerine getiren, fakat toplumsal şartlara bağlı olarak baskı görevi yapan grupları İslâm öncesi ve ilk dönemlerinde görülebilir. Örneğin, eski arap şiiri insanların arasını düzeltmede veya bozmada, kabileleri çarpıştırıp, barıştırmada önemli bir vasıta olarak kullanılmıştır. Böylece, insanlara iyi veya kötü yönde tesir etme, kazanç sağlama, çevre ve olayları anlatma ve tasvir etme, kişileri vasfetmede büyük bir unsur olmuş ve önem arz etmiştir⁸²⁵.

Şairin vazife ve hizmetleri geliştikçe çok çeşitli işler onun omuzları üzerine yüklenmiştir. Savaşta onun dili kendi milletinin şecaat ve kahramanlığı kadar tesirli bir rol oynar. Barışta ise ateşli hitabeleriyle kamusal düzene karşı bir tehdit oluşturabilir. Bugünkü toplumlarda siyasi mücadeleler esnasında bir demagogun attığı nutuk gibi aynı şekilde onun şiirleri de bir kabileyi toptan ayağa kaldırabilir. O günlerin bir gazetecisi gibi Hire ve Gassan sarayları hakkında mevcut bilgilerimize göre onun taraftarlığı bir takım hükümdar hediyeleriyle elde edilmeye çalışılıyordu. Onun dilden dile, kulaktan kulağı ya-

⁸²⁴ Tunaya, *Siyasal Kurumlar*, 328

⁸²⁵ Geniş bilgi ve örnekler için bk., Yusuf Sancak, *H. Peygamber Devrinde Şiir*, Erzurum 1999, 33, 257 vd.

yılan şiirleri halkla olan iletişimde vazgeçilmez bir vasıta oluşturunuyordu. O kamuoyuna hem şekil verebiliyor hem de onun sözcüsü olabiliyordu⁸²⁶.

Günümüzde, güçleri dengeleme düşüncesi güncelliğini koruyorsa da, çağdaş partiler devrinde yasama ve yürütme ayrımının o kadar önemi kalmamış ve bu ayrımın denetimi sağlayabileceği, kuşkulu hale gelmiştir. Çünkü yasama ve yürütme dengesinden daha nazik dengelerin hesaba katılması gerekmektedir. Parlamentodaki muhalefet denetimleri, çoğulcu demokrasilerdeki siyasal güçler ve dünya görüşleri farklı ve çeşitli baskı grupları vb. aralarındaki dengelerin sağlanmasında daha da önem kazanmıştır.

2.2.5. POLİS DEVLETİ VE HUKUK DEVLETİ

2.2.5.1. Polis Devleti

Polis devleti kavramı, XVII. ve XVIII. yüzyıllardaki salt hükümdarlık döneminde, toplumun refahı için her türlü tedbiri almak ve vatandaşların bütün haklarına karışmak yetkisine sahip rejimler için kullanılmıştır⁸²⁷.

Polis devleti, yönetimi hukuka bağlı olmayan, toplumun refah ve faydası için her türlü önlemi alabilen⁸²⁸, bu amaçla kişilerin hak ve özgürlüklerine alabildiğine müdahale edebilen, onlara yasallığı hukuka dayanmayan pozitif yükümlülükler yükleyen devlettir⁸²⁹.

Bu kavramdaki *polis* sözcüğü, kolluk anlamında değil, devlet düzeni ve bu düzendeki kamu gücü anlamındadır⁸³⁰. Ama zamanla kayıtsız ve sınırsız yetkilerle donatılmış devlet gücünün keyfiliğe kayması sonucu bu kavram, yönetilenlere hukuk güveni veremeyen ve zorbalığa baş vuran rejimler için kullanılmıştır⁸³¹.

Polis devleti, düzensiz, hiçbir kurala bağlı olmayan devlet anlamına gelmez. Yönetim içinde bir düzen ve yöneticilerin uyması gereken kurallar vardır. Fakat bu kurallar, yöneticileri yönetilenlere karşı bağlamaz⁸³². Yani polis devleti, hukuku olan fakat hukuka bağlı olmayan devlettir⁸³³. Bu devlette yönetim hukuka bağlı olmadığına göre, yönetim faaliyetlerinin hukuka uygunluk yönünden yargı denetimine tâbi tutulması da söz konusu

⁸²⁶ Philip Hitti, *İslâm Tarihi, I-IV*, İstanbul, 1980, I, 142

⁸²⁷ Soysal, 214

⁸²⁸ Gözübüyük, *Yönetim Hukuku*, 22; Metin Günday, *İdare Hukuku*, Ankara 1996, 24

⁸²⁹ Günday, 24

⁸³⁰ Soysal, 215; Gözübüyük, *Yönetim Hukuku*, 22

⁸³¹ Soysal, 215

⁸³² Gözübüyük, *Yönetim Hukuku*, 22; Günday, 24

⁸³³ Akad, *Kamu Hukuku*, 154

değildir⁸³⁴.

Polis devleti teorisinde yöneticilerin, yetkilerini şahsi haklarından değil, temsil ettikleri ideal şahsiyet olan devletten aldıkları kabul edilir. Yani yöneticiler faaliyet ve tasarruflarını şahsi yetki ve ayrıcalıklarından değil, devlet namına yerine getirirler. Ve yetkilerini kullanırken hiçbir hukukî sınırlamayla kısıtlanamazlar⁸³⁵.

2.2.5.2. Hukuk Devleti

Devlet içinde siyasal iktidârın yürütülmesi, kaynağını hukuktan alan bir takım usul, prensip ve kurallara göre olursa, yani devlet faaliyetleri hukuk normları (anayasa ve kanunlar) içinde yürütülürse devlet, *hukuk devleti* kavramı ile isimlendirilir.

Doktrinde hukuk devleti kavramı ile isimlendirilen hukuka bağlı devlet, tarihî süreç içinde polis devleti anlayışından sonra ortaya çıkmıştır⁸³⁶. Hukuka bağlı devlet, “bütün tasarrufları idare edenlerin keyfine ve ölçüsüne göre değil”, önceden konulmuş hukuk kurallarına bağlı olan devlettir⁸³⁷.

Hukuk devleti, yönetilenlere hukuk güvenliği sağlayan⁸³⁸, hukukun gerçekleştirilmesi amacına yönelik olarak kurulmuş⁸³⁹, yönetimi hukuk kurallarına bağlı⁸⁴⁰ olan devlettir. Başka bir tanıma göre, hukuk devleti, her eylem ve işlemi hukuka uygun, insan haklarına saygılı, hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren, her alanda adâletli bir hukuk düzeni kurup bunu gerçekleştirerek sürdüren, anayasaya aykırı durum ve tutumlardan kaçınan, hukuku tüm devlet organlarına hakim kılan, anayasa ve hukuk üstü kurallarıyla kendini bağlı sayıp yargı denetimine açık olan, yasaların üstünde yasa koyucunun da bozamayacağı temel hukuk ilkeleri ve anayasa bulunduğu bilincinden uzaklaştığında geçersiz kalacağını bilen devlettir⁸⁴¹.

Hukuk devleti kavramı ile, yönetilenlere hukuk güvenliği sağlayan devletin hukuka tâbi olduğu ve bireyle eşit durumda bulunduğu, bireyin gerektiğinde devlete karşı koru-

⁸³⁴ S. Sami Onar, *İdare Hukuku*, İstanbul 1942, 123; Günday, 24

⁸³⁵ Onar, 123

⁸³⁶ Gözübüyük, *Yönetim Hukuku*, 21

⁸³⁷ Uslu, 125

⁸³⁸ Gözübüyük, *Yönetim Hukuku*, 22; *Hukuka Giriş*, 67; Soysal, 214; Ergun Özbudun, *Türk Anayasa Hukuku*, Ankara 1993, 3. baskı 89; Günday, 25; Saffet Köse, “İslâm’da Hukuk Devleti İlkesinin Dinamikleri”, *İlam Araştırma Dergisi*, c: I, sy: 2, İstanbul 1996; en-Nebhân, 25; Hüseyin Hatemi, *Hukuk Devleti Öğretisi*, İstanbul, 1989, 41

⁸³⁹ Hatemi, 19; Günday, 25

⁸⁴⁰ Gözübüyük, *Yönetim Hukuku*, 22; *Hukuka Giriş*, 67; Özbudun, 89; Hatemi, 30; Günday, 25

⁸⁴¹ Akad, *Kamu Hukuku*, 157

nacağı, devlet gücünün tasarruflarının bağımsız mahkemelerce sorgulanabildiği devlet düzeni anlaşılır. Buna göre hukuk devleti, mevzuatını ve faaliyetlerini hukuk kuralları içerisinde düzenlemiş devlettir ve hukuk, devletin ve yönetenlerin üstündedir. Devletin faaliyetleri de tıpkı bireylerinki gibi hukuk kurallarına uygunluk şartıyla ve bu kuralların çizdiği sınırlar içinde muteberdir⁸⁴². Yönetim, kanun hükümleri gereği ve bu hükümleri uygulama amacı dışında hiçbir müdahale ve işlem yapamaz⁸⁴³.

2.2.5.2.1. Hukuk Devletin Esasları

Tanımlardan da anlaşıldığı gibi bir devletin hukuk devleti niteliğini sürdürebilmesi, birtakım ilkeler gerektirir. Bu ilkeler şu başlıklar altında toplanabilir.

1. Temel hakların anayasa ile güvence altına alınması: Temel hak ve hürriyetlerin güvence altına alınması için baş vurulan birinci yol, bunları kolayca değiştirilemeyen metinler olan anayasalara sokmaktır⁸⁴⁴. Hukuk devletin ilk görevi, devletten de önce bireyin haiz olduğu insanlık değerini tanımak, korumak ve güvenceye bağlayarak geliştirmektir⁸⁴⁵. İkinci olarak da, temel hak ve özgürlüklerin anayasada belirtilen nedenlere dayanarak ancak kanunla sınırlandırılabilmesidir⁸⁴⁶.

2. Yasaların anayasaya uygunluğunun yargısal denetimi: Yasama organının anayasaya aykırı kanun çıkarmaması ve temel hak ve özgürlüklerin kısıtlanmaması için, yasanın yargısal denetimi yapılmalıdır⁸⁴⁷. Hukuka uygun kanunlara dayanan ve hürriyetlerin cari olduğu devlet, hukuk devletidir. Hukuk devletinde kanunlar, adâlet prensiplerine göre ve kanuni yollardan konulur, değiştirilir veya kaldırılır⁸⁴⁸.

3. Yasal yönetim ve yargısal denetimi: Hukuk devletinde, devletin faaliyetleri, takdiri kurallara göre değil, hukuk kurallarına göre olur. Bireyler ve devlet faaliyetlerini önceden konmuş birtakım kurallara göre yaparlar⁸⁴⁹.

⁸⁴² en-Nebhân, 25; Köse, 8

⁸⁴³ en-Nebhân, 25

⁸⁴⁴ Kemal Dal, *Türk Esas Teşkilat Hukuku*, Ankara 1986, 2. baskı, 139; Soysal, 216; Günday, 26; Hayrettin Ökçesiz, "Hukuk Devleti", *Hukuk Devleti*, Hazırlayan: Hayrettin Ökçesiz, İstanbul 1998, 27; Hayrettin Ökçesiz, "İnsan ve Hukuk Devleti", *Hukuk Devleti*, Hazırlayan: Hayrettin Ökçesiz, İstanbul 1998, 41

⁸⁴⁵ Hatemi, 29; Ökçesiz, "İnsan ve Hukuk Devleti", 41

⁸⁴⁶ Akad, *Kamu Hukuku*, 154; Ülkü Azrak, "Yargı ve İdare", *İÜHFM*, c: XXXIV, sy: 1-4, İstanbul 1969, 143

⁸⁴⁷ Dal, 139; Günday, 26

⁸⁴⁸ Çağıl, "Hukuk Devleti", 255

⁸⁴⁹ Onar, 127

Hukuk devleti ilkesinin gerçekleşebilmesi, yalnız yasa koyucuların bazı prensiplere uymalarıyla olmaz. Bunlardan daha önemlisi, kuralları uygulayacak ve devlet işlerini yürütecek olan yönetim mekanizmasının da, hukuk düzenine bağlı kalmasıdır⁸⁵⁰.

Yasal yönetim ilkesi, yönetimin davranışlarına yasanın egemen olması anlamına gelir. Yasal yönetim kısaca, yönetimin temel kurallarının ve yöneten-yönetilen ilişkilerinin yasa ile düzenlenmesi demektir⁸⁵¹. Hukuk devletinde yönetim, hukuka bağlı olmak ve hukuka uygun davranmak zorundadır. Başta anayasa olmak üzere kanunlar ve yönetimin bizzat kendi koyduğu düzenleyici kurallar, yönetimi bağlar⁸⁵² ve sınırlar.

Hukuk devleti, birey ve birey topluluklarının siyasal otorite karşısında güven içinde bulundukları bir devlet sistemini ifade eder. Bu hukukî güvenin sağlanmasının yolu, devletin bütün eylem ve işlemlerinin hukuk kurallarına bağlı olması yani hukukun devletin üzerinde denetleyici bir niteliğinin bulunmasıdır. Bunun için yönetim faaliyetlerinin bağımsız organlarca denetlenmesi gerekir⁸⁵³. Bu sayede yöneticilerin hukuk kuralları içinde kalması sağlanır⁸⁵⁴.

Yargı, denetim faaliyetlerini yaparken, devlet siyasî organlarının asıl fonksiyonlarını ortadan kaldıracak şekilde karar vererek, onların görevlerini kendi yapmamalıdır. Böyle yaparsa devlet, bir yargıç devleti haline gelir⁸⁵⁵.

Yargı denetimi sayesinde yönetimin hukuka bağlılığı etkili biçimde sağlanmış ve yönetilenler yönetimin kanunsuz, keyfi davranışlarına karşı korunmuş olur.

4. Yasaların genelliği ve yasalar karşısında eşitlik: Hukuk devleti, yasaların genelliği ilkesini beraberinde getirmiştir⁸⁵⁶. Hukuk devletinde vatandaşların konumları ne olursa olsun yasalar karşısında eşittirler.

5. Güçler ayrımı ve yargı bağımsızlığı: Hukuk devletinde yasama, yürütme ve yargı erkleri birbirinden ayrılmıştır. Anayasacılık akımının genel amacı devlet yapısını ve bu yapının işlemlerini, belli kurallara bağlamak ve devlet güçlerinin tek elde toplanmasını önle-

⁸⁵⁰ Dal, 139; Özçelik, I, 68; Soysal, *Anayasaya Giriş*, 216; Gözübüyük, *Yönetim Hukuku*, 23

⁸⁵¹ Gözübüyük, *Hukuka Giriş*, 68

⁸⁵² Çağır, *Hukuk ve Hukuk İlmine Giriş*, 282; Günday, 22

⁸⁵³ Yıldızhan Yayla, 201

⁸⁵⁴ Hukuk Devleti hakkında taf bk., *Hukuk Devleti*, Hazırlayan: Hayrettin Ökçesiz, İstanbul 1998,

⁸⁵⁵ Dal, 140

⁸⁵⁶ Demirkol, 52; Ökçesiz, "İnsan ve Hukuk Devleti", 31

mektir⁸⁵⁷. Aynı otorite, aynı zamanda birden çok iktidâra sahip olacak olursa, bireysel hürriyetler tehlikeye düşer. Bundan dolayı kuvvetler dağılmalı ve ayrılmalıdır⁸⁵⁸. Devlet içindeki güçlerin tek elde toplanması, özellikle yargı gücüyle yürütme görevinin ya da yasama ile yürütmenin tek elde toplanması, hukuk devletinin önemli gereklerinden olan yönetimin yasallığı ilkesi ile yönetimin yargısal denetimi ilkesini etkisiz bırakabilir⁸⁵⁹.

Yönetimin yargısal denetiminin etkili bir şekilde yapılabilmesi için yargı bağımsızlığının ve yargıç güvencesinin tam anlamıyla sağlanması gerekir. Yargı bağımsızlığı, yargıçların yasama ve özellikle yürütme organına ve yönetime karşı bağımsız olmaları ve bu organların yargıçlara emir ve talimat verememesi hatta tavsiyelerde bile bulunamamaları anlamına gelir⁸⁶⁰.

Yasama ve yürütme organları işlemlerinin hukuka uygun olup olmadığını denetleyecek olan yargı, eğer bu organlar karşısında bağımsız değilse, görevini tam anlamıyla yapamaz. Yargı bağımsızlığının güvencede olmadığı bir sistem de hukuk devletini gerçekleştiremez⁸⁶¹.

6. Devlet faaliyetlerinin belli ölçülerde önceden belirli olması: Hukuk devleti ilkesinin bir başka gereği, devlet faaliyetlerinin yönetilenlerce önceden belli ölçülerde görülebilir olmasıdır. Yani hukuk devleti, devlet faaliyetlerinin belli ölçülerde belirli olmasını zorunlu kılar⁸⁶². Hukuk devletinde devlet ve bireyler faaliyetlerini önceden konmuş birtakım normlara uydurmak zorundadırlar⁸⁶³; Salim b. Ebi Umeyye Ebi Nadir bize nakleder; "Haccac zamanında Temimoğullarından bir şeyh elinde bir sahife olduğu halde Basra camisinde yanıma geldi ve bana; "Ey Allah'ın kulu, acaba bu mektup sultanın nezdinde bana bir yarar sağlar mı?" dedi. Ben de; "Bu mektup neyin nesi?" diye sordum. O da şöyle dedi; "Bu Resulullah'ın bize yazdığı bir mektuptur". Babamla birlikte genç bir delikanlıyken satacağımız deveye binip Mendine'ye gitmiştik, Babamla arkadaşı olan Talha b. Ubeydullah et-Temimi'ye konuk olduk. Babam Talha'ya; "Zekatlarımızla bize haksızlık

⁸⁵⁷ Gözübüyük, *Hukuka Giriş*, 69; Ökçesiz, "İnsan ve Hukuk Devleti", 41; Ökçesiz, "Hukuk Devleti", 27

⁸⁵⁸ M. Henry Fabre, "Anayasal Rejim Ne Demektir", trc: Bülent Nuri Esen, *AÜHFD*, c: XXV, sy: 3-4, 1968, 86

⁸⁵⁹ Gözübüyük, *Hukuka Giriş*, 69

⁸⁶⁰ Günday, 32

⁸⁶¹ Akad, *Kamu Hukuku*, 156

⁸⁶² Günday, 30; Ökçesiz, "Hukuk Devleti", 27

⁸⁶³ Onar, 127

yapılmayacağına dair Resulullah'tan bir yazı al" deyince o da; "Bu hem sizin hem de her müslümanın hakkı" dedi. Babam da; "Öyleyse Resulullah'tan bir mektubun bende olmasını istiyorum" dedi. Arkadaşı çıktı ve bizi Resulullah'a götürerek; "Ey Allah'ın elçisi! Bu adam çöl halkından biri, bizim dostumuz, zekatında haksızlık edilmeyeceği konusunda kendisine bir mektup yazmanızı istiyor" deyince, Resulullah da şu cevabı verdi; "Bu hem onun hem de her müslümanın hakkıdır". Babam da; "Ey Allah'ın Elçisi! Bende bu konuda yazdığınız yazı olmasını çok istiyorum" dedi. Ravi der ki, Resulullah bu yazıyı bize yazdı⁸⁶⁴.

7. Yönetimin mali sorumluluğu: Hukuk devleti ilkesi, yönetim faaliyetlerini yürütürken yönetilenlere verilen zararın tazmin edilmesini gerektirir⁸⁶⁵. Yönetimin hukuka aykırı davranışlarından doğan zararı karşılaması hukuk devletinin tabîi bir sonucudur⁸⁶⁶. Hz. Peygamber Mescid-i Nebevî'nin inşası için satın alınan arazinin bedelinin ödenmesi için Hz. Ebu Bekir'in malından alınmasını emretmiştir⁸⁶⁷. Yine Hz. Peygamber ve Ebu Bekir zamanında Mescid-i Haram'ın etrafını çeviren duvar yoktu. Ömer b. Hattab halife olunca insanlar çoğalmıştı. Ömer mescidi genişletti, etrafındaki yerleri satınaldı, bunları yıktırdı ve mescide ilave etti. Hz. Ömer mescide komşu olan ve satmayı kabul etmeyen bazı kimselerin evlerini kendilerine rağmen yıktırdı. Kıymetlerini takdir ettirdi. Sahipleri de bu paraları sonradan aldılar⁸⁶⁸.

8. Yönetimin meşru olması: Hukuk devletinin yalnız kanuni değil, meşru olması da gerekir. Devlet, köken açısından kanuni olabilir, fakat izlemekte olduğu siyaset, kamuoyunun eğilimlerini karşılamazsa meşruiyet ölçüsünden uzaklaşmış sayılır. Çünkü devlet, idare edilenlerin eğilimlerine uygun olarak yönetilmelidir. Devletin meşru olması esası, siyasî iktidârın yukarıdan denetlenmesi ihtiyacına dayanır⁸⁶⁹. Zira, yasal olarak yönetime gelenler denetimden uzak olurlarsa yasallık sınırını aşan tasarruflarda bulunabilirler. İslâm siyaset felsefesinde yöneticilere itaat ancak ma'ruf çerçevesinde yani yöneticiler Allah'ın koyduğu kurallara uydukları müddetçe (hukuka uydukları müddetçe) meşrudur. Zira hu-

⁸⁶⁴ Hamidullah, *Vesâik*, 255-256; Hanbel, I, 164

⁸⁶⁵ Günay, 35; Demirkol, 52

⁸⁶⁶ Gözübüyük, *Yönetim Hukuku*, 274; Ökçesiz, "İnsan ve Hukuk Devleti", 41; Ökçesiz, "Hukuk Devleti", 27

⁸⁶⁷ Belazûrî, *Futuhu'l-Buldan*, trc: Mustafa Fayda, Ankara, 1987, 6

⁸⁶⁸ Belazûrî, 66

⁸⁶⁹ Fabre, 87; Ökçesiz, "Hukuk Devleti", 27

kuka aykırı emir ve eylemlerde yöneticilere itaat etmek Allah'a isyan etmek anlamına gelmektedir⁸⁷⁰.

Hukuk devleti esaslarının belli olmasına rağmen pratikte hiçbir devlet ne saf halde bir hukuk ve anayasa devleti ne de saf bir kanunsuzluk devletidir. Bütün devletlerde, az çok, bu iki özellik görülmektedir.

Hukuk devletinin şekli bir görünümü olmalıdır. Çünkü bu görünüm devletin sürekliliği ve devamı açısından önemlidir.

Hukuk devletinin gücü, baskı grupları irâdesinin elindeyse veya pozitif hukukun kayıtladığı irâde yine pozitif hukuku koyan ve açıklayan irâde olursa yahut hukuku oluşturan irâde “*değişmez ahlâkî değerler*” temeline dayanmıyorsa, kamu gücünün gerçek hukuk kurallarıyla bağlandığı söylenemez. Sadece şekli açıdan var olan hukuk devleti gerçek manada bir hukuk devleti değildir⁸⁷¹.

2.2.5.2.2. İslâm Düşüncesinde Hukuk Devleti

Hukuk devleti, görev yönünden ve maddî açıdan adâlet devletidir. Herhangi bir düzen, siyaset ve adâletin beklentilerini karşıladığı oranda siyaset ve hukuk o ölçüde derin ve sıkı bir surette birbirine bağlıdır ve bu oluşumun hukuk devleti yapısı da o oranda güçlüdür.

Devletin adil olması ve bütün tasarruflarını hukuk çerçevesi içerisinde yapması, hukuk devletinin temel şartıdır. Bu sebeple Kur’ân; *adl*⁸⁷², *kıst*⁸⁷³ ve *mizan*⁸⁷⁴ kavramlarıyla adâlete sık sık yer vermiş ve bunu hukukun en önemli hedefi saymıştır⁸⁷⁵. Aynı şekilde sünnet de yönetim açısından adaletin önemini vurgulamaktadır. Hz. Peygamber; "Halkın Allah'a en sevimlisi adaletli imam ve en sevimsizi zalim imamdır"⁸⁷⁶ buyurmuştur.

Haksız yere insanların mallarının yenmemesi⁸⁷⁷, eşitlik ilkesi⁸⁷⁸ hukuk devletinin ö-

⁸⁷⁰ 4 Nisa 59;5 Maide 2; 33 Ahzab 36; Hanbel, Müsned, V, 66

⁸⁷¹ Hatemi, 30

⁸⁷² 4 Nisa 58, 135; 16 Nahl 90; 42 Şura 15

⁸⁷³ 57 Hadid 25

⁸⁷⁴ 6 Enam 152; 11 Hud 84-85

⁸⁷⁵ İslâm hukuk düşüncesinde kutsallık değil, adalet hakimdir. Allah'ın hakimiyetinden kastedilen adaletin yani hukukun hakimiyetidir. O da kamusal alanda hukuk devleti anlayışıyla gerçekleşebilir.

⁸⁷⁶ Hanbel, III, 22,55; Ayrıca başka hadisler için bk. Buhârî, Hudud, 19; Müslim, Zekat, 16, Cennet, 63

⁸⁷⁷ 4 Nisa 29

⁸⁷⁸ 99 Zilzal 7-8

zelliklerindendir. İslâm, insanları Allah'ın hükümlerine tâbi kılmıştır⁸⁷⁹. Allah'ın emir ve yasakları karşısında, Peygamber dahi olsa, hiç kimsenin ayrıcalığı yoktur ve bunlara ters tasarrufla bulunamaz⁸⁸⁰. Dolayısıyla Hz. Peygamber de sorumlu bir insan olarak dinin bütün emir ve yasaklarına uymaya çalışmıştır. Hz. Ömer, "Hz. Peygamber'in kendisine kısas yaptırmak istediğini gördüm. ⁸⁸¹" haberini vermektedir. Bu konuda başka örnekler de vardır⁸⁸². Hırsızlık suçu sabit görülen kadının cezalanmaması için ricaya gelen insanlara Hz. Peygamber'in verdiği cevap düşündürücüdür⁸⁸³.

Suçların karşılığı olan cezaların önceden bilinmesi⁸⁸⁴, insanların istimlak edilen mallarının bedellerinin ödenmesi hukuk devleti olmanın göstergelerindendir.

Medine'de devlet kurulurken gayri müslimlerle yapılan anlaşma⁸⁸⁵, devletin hukukî esaslara göre kurulduğunu göstermektedir⁸⁸⁶.

Hukuk devleti ilkesine bağlılık, Raşit Halifeler döneminde de devam etmiştir. Hz. Ebu Bekr'in devlet başkanı olduğunda okuduğu ilk hutbe⁸⁸⁷, Hz. Ömer'in hutbeleri⁸⁸⁸ ve halifelerin tasarrufları, devletin hukuk devleti ilkelerine göre yönetildiğini göstermektedir. Gerek nasslar⁸⁸⁹ gerekse bu tarihî uygulamalar İslâm'da hukuk devleti ilkelerinin varlığını gösteren işaretler olarak değerlendirilebilir.

Devletin hukuk devleti olup olmadığı sistem olarak ele alınmalı yoksa yöneticilerin şahsi tutumlarına göre olmamalıdır. Hukuk devletinde yöneticiler hukuk ilke ve kuralları-

⁸⁷⁹ 3 Âl-i İmrân 189

⁸⁸⁰ 4 Nisa 65

⁸⁸¹ Nesâî, Kasame, 23

⁸⁸² Ebû Dâvûd, Diyet, 14; Ahmed b. Hanbel, III, 28

⁸⁸³ "Sizden öncekileri Allah bu yüzden helak etti. Aralarında mevki sahibi (şerif) birisi suç işlediğinde onu bıraktılar. Zayıf işlediğinde ise onu cezalandırdılar. Allah'a yemin ederim ki, Muhammed kızı Fatıma da hırsızlık yapsaydı mutlaka onun elini de keserdim." Buhârî, Hudûd, 12; Müslim, Hudûd, 8-9; Tirmizî, Hudûd, 6

⁸⁸⁴ Hırsızlık, katl, zina vb. suçların cezaları önceden belirlenmiştir.

⁸⁸⁵ Taf. bk. İbn Hişâm, II, 241-242; Hamîdullah, "Medine'de Kurulan İlk İslâm Devletinin Esas Teşkilat Yapısı ve Hz Peygamber'in Vazettiği, Yeryüzündeki İlk Yazılı Anayasa", Derleyen: Salih Tuğ, *İslâm Anayasa Hukuku*, Editör: Vecdi Akyüz, İstanbul 1995, 96-102; Hamîdullah, *el-Vesâiku's-Siyâsiyye*, Beyrût 1980/1405, 5. baskı, 59-62

⁸⁸⁶ İslâm düşüncesinde hukuk devleti hakkında Taf. bk. Köse, 7-52

⁸⁸⁷ Ey insanlar! Sizin en hayırlınız olmadığım halde size halife oldum. İdareimde doğru olduğum sürece bana yardım ediniz. Doğruluktan ayrılırsam beni düzeltiniz. Çünkü doğruluk emanet, yalancılık hiyanettir. İçimizde zayıf olan hakkını alıncaya kadar benim yanımda güçlüdür. İçinizde güçlü olan- sa ondan başkasının hakkını alıncaya kadar zayıftır. Taberi, III, 210; İbnu'l- Esîr, II, 332; Şibli, IV, 39

⁸⁸⁸ el-Hindî, V, 159, 164, 166-167

⁸⁸⁹ 4 Nisâ 58, 135; 42 Şûrâ 15; 57 Hadîd 25

na göre hareket etmek zorundadırlar. Yukarıdaki örneklerde adalete göre davranma yöneticilerin kendi kişiliklerinden kaynaklanmaktadır. Dolayısıyla tarihi olaylardan hareket edilerek hukuk devletini ispata çalışmak her zaman doğru sonuçlar vermeyebilir. Bu bizi anakronizme de götürür.

Hukuk devleti ilkesinin gerçekleşebilmesi için sadece devletin hukuka tâbi olması yeterli değildir. Temel değer ve ilkelerin değişmezliği prensibi kabul edildikten sonra *adâlet* ve *hukukun üstünlüğü* toplum bireylerinin çoğunluğu tarafından benimsenen değerler olursa, *hukuk devletinin* gerçekleşme ihtimali o ölçüde fazladır⁸⁹⁰.

2.2.5.3. Devlet Hukuk İlişkisi

Toplumsal hayatın zorunlu bir sonucu olarak hukuk, insanlar arasındaki ilişkileri düzenlemektedir. Hukuk düzeni ise, toplumsal hayatla bağdaştırılması imkansız istekleri sınırlamakta ve menfaatler arasında uyum ve denge sağlamaktadır. Devlet de, onu oluşturan insanların fiil ve hareketlerinin genel şekilde ifade edilen hukuk normlarıyla belirlenmesi ve düzenlenmesi suretiyle meydana gelen bir birlikten ve insanların hareket tarzlarının tâbi olduğu kanunların meydana getirdiği bir düzenden ibarettir⁸⁹¹.

Toplumsal yönetim, hukukî düzenin varlığını ve sürekliliğini sağlayan siyasal yapılanma ve siyasal düzen sayesinde sürdürülür. Toplumsal yönetimi sağlayan siyasal düzen ve bununla ilgili kurumlar, hukuk düzeniyle yakından ilgilidir. Çünkü, bütün bu kurumlar hukuk düzenine göre yapılır.

Hukuk düzeni bir yandan sosyal bütüne dahil bireylerin benliklerine ve birbirlerine karşı hareketlerine ve birbirleriyle olan ilişkilerine düzenleme getirirken öte yandan da bireylerle sosyal bütün ve bireylerle devlet arasındaki ilişkileri düzenler. Ve iktidâr denen üstün gücü belirli prensiplere bağlar⁸⁹².

Hukuk, bir yandan iktidârı örgütlerken bir yandan da kurumsallaştırır. İktidâr hukukla ve hukuka başvurularak örgütlenir. Kurumsallaşma ise devlete, yönetenlerin hayat sürelerini aşan bir süreklilik sağlar. Hukuk devletinde bireylere değil, hukukî şahıslara itaat edilir. Bireyselleşmiş iktidâra karşı devlet iktidârı, kurumsallaşmış iktidârdır.

⁸⁹⁰ Hatemi, 295

⁸⁹¹ Okandan, *Umumi Amme Hukuku*, 3

⁸⁹² Okandan, *Umumi Amme Hukuku*, 4

İktidâra bir kurum niteliği kazandıran hukuk kural ve yöntemleri, bireysel haklar için güvence sağlar ve iktidârı yönetilenler gözünde meşru gösterir⁸⁹³.

Siyasal bir örgütlenme olmadan hukukun varlığı düşünülemediği gibi hukuksuz bir devletin varlığı da düşünülemez. Bu sebeple hukuk devlete, devlet de hukuka muhtaçtır. Devletle hukuk sürekli bir ilişki ve etkileşim içerisinde dirler. Çünkü devlet, hukuk kurallarının oluşumu ve uygulanması üzerinde etkili olurken, hukuk da faaliyetlerini sınırlamak suretiyle devlet üzerinde etkili olur⁸⁹⁴.

Devlet, hukukun çeşitli kaynaklarını ve biçimlerini merkezileştirerek ve hukukî yaptırımları tekeline alarak hukuka uymayı sağlamak için kamu otoritesini kullanır. Hukukun etkinliği ancak devletin gücüne dayanmasıyla gerçekleşir⁸⁹⁵. Devletin düzen ve istikrar içinde devamlılığı ve varlığının sadece kuvvete dayanmaması hukuk düzeni sayesinde mümkündür⁸⁹⁶.

Bir hukuk düzeninde devlet, o hukuk düzenini meydana getiren kuralların oluşturduğu bir merkezdir. Yalnız, devlet, hukuku yegana bir gaye olarak algılamamalı ancak hukuka dayanarak ve hukukî şekilde hareket etmelidir⁸⁹⁷.

Devlet, tüm hukuk kurallarının hazırlandığı tek toplumsal örgüt değildir. Devleti oluşturan siyasal topluluklar farklı özelliklere sahip çeşitli alt birimlerden oluştuğu gibi, devlet hukuk düzeni de iç düzenin üstünde yer alan ve birtakım hukuk düzenleriyle bir arada bulunan bağımsız bir düzendir. Devlet hukuk düzeni kuşattığı alt hukuk birimlerinin üstündedir⁸⁹⁸ ve bunların üzerindeki hakimiyeti çok güçlüdür.

Devletle hukuk arasındaki ilişki sadece hukuk kurallarının kamu gücüne dayanılarak zorlayıcı ve bağlayıcı olarak uygulanmasından ibaret değildir. Çünkü hukukun en önemli belirlenme şekli olan kanun, devletin yasama organının bilinçli irâdesiyle meydana gelir⁸⁹⁹. Bilinçli irâdenin meydana getirdiği bu kanunları, devletin yürütme organı gerçekleştirir. Bu kanunlara uymama ise, kamu vicdanında tepkiye yol açar ve bu tepkiye ter-

⁸⁹³ Çağlı, *Hukuk ve Hukuk İlmine Giriş*, 88; Tanilli, 18

⁸⁹⁴ Çam, 93

⁸⁹⁵ Yavuz Abadan, 526; Tikveş, 3

⁸⁹⁶ Çobanoğlu, 65; Tikveş, 3

⁸⁹⁷ Del Vecchio, 405

⁸⁹⁸ Kubalı, *Esas Teşkilat Hukuku*, 135

⁸⁹⁹ Tikveş, 4

cüman olarak üstün bir güç yani devlet otoritesi harekete geçer ve bir yaptırım uygular. Bu yaptırımı belirleme yetkisi de yasama ve yürütme faaliyetlerini üstlenenlerin yani yönetenlerin etki ve nüfuzlarından tamamen uzak ve onlardan bağımsız olan yargı organlarına verilmiştir.

Devletin varlık nedeni, ülke üzerinde yaşayan insanların yaşama hakkı ve hürriyetlerini sağlamak, bütün bireysel ve toplumsal ilişkilerin, adâlet, değer ve hukuk ilkelerine göre düzenlenmesini gerçekleştirmek olmalıdır⁹⁰⁰. Devlet bütün bunları yaparken hem bireysel hem de kamusal yararın uygun bir şekilde gerçekleşmesine dikkat etmelidir. Bu da ancak devletin gayet rasyonel yani akıl ve mantık ölçülerine ve adâlete uygun şekilde bir plan ve metot sürdürmesiyle gerçekleşir. O halde devlet, düzen ve sürekliliğini sağlamak için faaliyet alanlarını belirlemeli ve bu faaliyetleri yerine getirecek organları oluşturarak⁹⁰¹ bu organların faaliyetlerinin hukuk normları içerisinde gerçekleşmesini sağlamalıdır.

2.3. DEVLETİN KUVVET VE ORGANLARI

2.3.1. DEVLETİN KUVVETLERİ VE FONKSİYONLARI

Devletin tüzel kişiliğinin irâdesini açıklayan, her biri belli sosyal ve hukukî fonksiyonlarını yerine getiren, değişik organları vardır. *Kuvvet* diye isimlendirilen bu organlar, devlet iktidârının kullanma vasıtalarıdır ve bir teşkilat bütünlüğü içerisinde, fonksiyonlarını yerine getirir⁹⁰².

Devletin esas karakteri özsel birliktir. Hakimiyet hakkının bir gereği olarak ortaya çıkan devlet kudreti, tek ve bölünmez üst bir kavramdır. Bu kudret, devletin organları vasıtasıyla toplum adına irâdesini belirleme ve bireyler üzerine hakim kılma iktidârıdır⁹⁰³. Gerçekte tek olan devlet kudreti; yasama, yürütme ve yargı olarak üç kuvvete ayrılmıştır. İnsanları yönetme sanat ve tekniğinin organları olan bu kuvvetler, devletin asli momentleri olan fonksiyonlarını kendilerine uygun bir şekilde yerine getirirler.

Devlet gücünde yer alan yetkilerin ayrı ayrı açıklanması, bu gücün hiçbir şekilde bölünebileceğini ifade etmez. Uygulamada bu yetkiler ayrı organ ve kurumlarca kullanılsa da bu durum devlet gücünün, bu organlar ve kurumlar arasında bölündüğü ve her organın

⁹⁰⁰ Başgil, *Esas Teşkilat Hukuku*, II, 273; Hatemi, 302

⁹⁰¹ Başgil, *Esas Teşkilat Hukuku*, II, 274; Okandan, *Umumi Amme Hukuku*, 816

⁹⁰² Kubalı, *Anayasa Hukuku*, 50; Okandan, *Umumi Amme Hukuku*, 240; Güriz, *Hukuk Felsefesi*, 183; Mücahid, 33-35

⁹⁰³ Özbudun, 144

gücün bir parçası olduğu anlamına gelmez. Gerçekte organlar arasında bu güç bölünmeyip, devlet gücünde yer alan yetkiler dağıtılmıştır. Devletin çeşitli organları, bu yetkilerini aralarındaki işbirliğini gerçekleştirecek şekilde, ortaklaşa kullanmakta ve faydalanmaktadır⁹⁰⁴. Organlar arasındaki ayrılık, devlet birliğini bozmayan hatta bu birliği oluşturup teşkilatlandıran gerekli şartlardandır.

2.3.2. DEVLETİN ORGAN VE FONKSİYONLARI

Devlet fonksiyonları, devletin genel menfaatleri sağlamak amacıyla yürüttüğü her nevi maddî fiiller ve hukukî işlemler⁹⁰⁵ olarak tanımlanır. Organ ise, bir tüzel kişinin irâdesini, onun adına açıklamaya ve kullanmaya yetkili olan hakiki bir şahıs veya hakiki şahıslardan oluşan bir kurul⁹⁰⁶ olarak tanımlanır.

Bu organların her birisi kendi alanında devlet şahsiyetinin temsilcisi sıfatıyla, kanunların kendisine verdiği görevleri, kanunlara uygun şekilde yerine getirir. Hiçbir devlet organı, kaynağını kanundan almadığı bir yetkiyi kullanamaz⁹⁰⁷. Çünkü devlet fonksiyonlarını yürüten bireyler görevlerine dolaysız (subjektif) şahsiyetleriyle değil, evrensel ve objektif nitelikleriyle bağlıdırlar. Bunun için devletin güçleri ve fonksiyonları, kişisel mülkiyet olamaz.

Devletin yerine getirdiği kamusal fonksiyonların alanı zaman ve mekana bağlı olarak sürekli değişmektedir⁹⁰⁸. Önceleri çok az olan bu fonksiyonlar, bilim ve tekniğin gelişmesiyle çok artmış ve alanı çok genişlemiştir⁹⁰⁹. Günümüzde de devlet sürekli olarak yeni görevler yüklenmekte ve bu nedenle durmadan daha çok, daha geniş ve daha zor problemlere göğüs germek zorunda kalmaktadır. Buna bağlı olarak modern toplumlarda devletin iç yapısı çok karmaşık ve çeşitli bir durum almıştır⁹¹⁰. Özellikle zamanımızda çok çeşitli ve karmaşık bir durum arz eden kamusal fonksiyonların teknik yapılanması ve yürütülmesi için geniş bilgi, birikim ve uzmanlık gerektirmektedir⁹¹¹.

⁹⁰⁴ Okandan, *Umumi Amme Hukuku*, 820, 1 nolu dipnot

⁹⁰⁵ Kubalı, *Esas Teşkilat Hukuku*, 178

⁹⁰⁶ Kubalı, *Esas Teşkilat Hukuku*, 170; *Anayasa Hukuku*, 50

⁹⁰⁷ Onar, 27; Demir-Karatepe, 40

⁹⁰⁸ Özçelik, I, 95; Özbudun, 145

⁹⁰⁹ Özçelik, I, 95

⁹¹⁰ Duverger, *Siyasal Rejimler*, trc: Teoman Tunçdoğan, İstanbul, 1986, 28

⁹¹¹ Başgil, *Esas Teşkilat Hukuku*, I, 226

Günümüzde kuvvetler veya organlar ayrılığı deyimi kullanılırken, pozitif hukuk ve-
rilerine göre kastedilen, gerçekte fonksiyonlar ayrılığıdır. Devlet iktidârı da çeşitli fonksi-
yonların, aralarında bir işbirliği bulunan çeşitli organlarca yerine getirilmesidir. Hukukî
açıdan devlet fonksiyonları, devlet irâdesinin ve devlet hakimiyetinin farklı görünümleri-
dir. Devlet irâdesi ve hakimiyeti, şahsiyeti gibi hukuken parçalanamaz bir bütün oluşturu-
lmasına rağmen, fiilen çeşitli organlarca yerine getirilen çeşitli hukukî faaliyetler şeklinde
gözüktür.

İlk zamanlarda devlet kudreti ve fonksiyonları tek bir şahısta toplanmıştı. Devlet
başkanı, bütün müstebitler gibi yasama, yürütme ve yargı kuvvetlerini şahsında toplayan
ancak vicdanına veya Tanrı'ya karşı sorumlu olduğunu iddia eden bir hükümdardı. Dev-
letin gelişmesi ve buna bağlı olarak fonksiyonların farklılaşması ve çeşitlenmesi, bu yapı-
lanmayı imkansızlaştırmıştır. İşte bu sebeptir ki organların, farklı fonksiyonları karşıla-
yacak şekilde diğerlerinden ayrılması zorunluluğu doğmuştur⁹¹².

Devletin bir bütün olarak yasama, yürütme ve yargı olmak üzere üç temel fonksi-
yonu vardır. Bu üç fonksiyondan, genellikle üç yetki doğar. Bu yetkiler de hukuk kuralla-
rının sınırları içinde devlet organları vasıtasıyla yürütülür.

1. Yasama Fonksiyonu: Yasama; yol açmak, hedef belirlemek, sosyal ilişkilerde
izlenecek yolu göstermek, plan yapmak, kanun ve kural koymak demektir⁹¹³. Yasama
fonksiyonu genel ve objektif hukuk kuralları koyarak hukukun oluşmasını sağlayan fonk-
siyondur⁹¹⁴. Devlet, bu fonksiyonuyla gerektiğinde eski kurum ve kuralları da kaldırır⁹¹⁵.

2. Yürütme Fonksiyonu: Devlet, yasama fonksiyonu ile objektif hukuk dünyasına
müdahale ettiği yani genel ve soyut kurallar koyduğu halde, yürütme fonksiyonunun
meydana getirdiği durumlar somut ve muvakkattir⁹¹⁶. Yürütme fonksiyonu, yasama fonk-
siyonu tarafından yapılan hukuku gerçekleştirme ve uygulanma fonksiyonudur. Bu fonk-
siyonu ile devlet, kamu hizmetlerini yerine getirme maksadıyla özel sahalarla ilgili birta-

⁹¹² Del Vecchio, 387

⁹¹³ Önen, 51

⁹¹⁴ Kubalı, Esas Teşkilat Hukuku, 190; Anayasa Hukuku, 49; Onar, 29

⁹¹⁵ Yörük, Hukuk Felsefesi, 59

⁹¹⁶ Onar, 33

kım hukukî ve maddî tasarruflarda bulunur⁹¹⁷.

3. Yargı Fonksiyonu: Bir durum veya işlemin hukuka uygun olup olmadığını tespit ve yaptırımını belirlemek⁹¹⁸ veya konusu ne olursa olsun ihtilaflı durumları ortadan kaldırmak amacıyla yapılan bir fonksiyondur⁹¹⁹. Çünkü devlet, sosyal barışı korumak ve sürdürmek için ihtilaflı ve hukuk ve kanuna uygun olmayan durumları ortadan kaldırmakla sorumludur. Bu açıdan devletin önemli bir fonksiyonu, anlaşmazlıkları halletmek için kanunları uygulamak ve olması gereken hukuk düzeninin oluşturarak, barış ve düzeni sağlamaktır⁹²⁰.

2.3.3. DEVLET FONKSİYONLARININ AYRIMI

Devlet fonksiyonları, şekli/organik ve maddî açıdan olmak üzere iki şekilde ayrıma tâbi tutulmaktadır:

1. Şekli/Organik Açıdan Ayırım: Bu ayrıma göre hukukî tasarruflara, işlemi yapan organa göre anlam verilir. Bir tasarruf, yasama organı tarafından yapılıyorsa yasama işlemi olup, yapılan tasarrufların içeriği önemli değildir. Eğer bir tasarruf, yürütme organı tarafından yapılıyorsa içeriğine bakılmaksızın bu tasarruf yürütme organına atfedilir. Yargı organları tarafından yapılan tüm tasarruflar da yargı tasarrufu sayılır⁹²¹.

Bu fonksiyonlar devletin tüm iktidârlarını kullanırlar ve birbirlerinden ayırırlar. Devlet, normatif ve düzenleyici bir kural koyarken yasama fonksiyonunu kullanıyor demektir. Buna karşılık bir subjektif işlem veya şart tasarrufu yaptığı zaman da yürütme fonksiyonu söz konusudur⁹²².

Faaliyetler, şekli ve organik açıdan değerlendirildiğinde yasama organından çıkan bir tasarruf, yürütme organının tasarrufundan daha kuvvetli sayılır. Çünkü yürütme organının tasarrufları, yasama organınca konulan kurallara bağlıdır. Yürütme organının tasarrufları, yasama organının irâde ve tasarruflarına uygun olması halinde geçerlilik kazanır⁹²³.

⁹¹⁷ Başgil, *Esas Teşkilat Hukuku*, II, 276; Kubalı, *Esas Teşkilat Hukuku*, 191; *Anayasa Hukuku*, 49

⁹¹⁸ Kubalı, *Esas Teşkilat Hukuku*, 50

⁹¹⁹ Kubalı, *Esas Teşkilat Hukuku*, 192

⁹²⁰ Onar, 33

⁹²¹ Kubalı, *Esas Teşkilat Hukuku*, 187; Özçelik, I, 104; Özbudun, 148; Soyaslan, 6

⁹²² Özçelik, I, 103; Turhan, 10

⁹²³ Okandan, *Umumi Amme Hukuku*, 821; Özbudun, 149

2. Maddî Açıdan Ayırım: Bu ayırım, devlet fonksiyonlarının oluşturdıkları organlara göre değil de içerikleri bakımından yapılan bir ayırımdır⁹²⁴.

Devlet yasama fonksiyonu ile objektif hukuku formüle eder veya ona yürürlük sağlar. Eğer bir işlem genel, soyut ve herkes için eşit ve devamlı nitelikte ise, tasarruf kural işlem türünden sayılır. Yürütme fonksiyonuyla ise, bir hukukî subjektif durum oluşturulur veya bireysel bir işlemle bir hukukî durumun doğması için gerekli şartlar sağlanır. Yargı fonksiyonuyla da ihlal veya uyuşmazlık halinde bir hukuk kuralının veya hukukî durumun varlığı ve kapsamı belirtilir ve buna uyulmasını sağlayacak tedbirler alınır. Burada devletin fonksiyonları, bu fonksiyonları yerine getiren kişi veya kurallardan, başka bir deyişle memur veya organlardan tamamen soyutlanmış biçimde sırf bu fonksiyonların yerine getirilmesinde başvurulacak işlemlerin iç bünyelerine, hukukî özelliklerine göre tanımlanır⁹²⁵.

Devlet fonksiyonlarının maddî bakımdan ayırımı siyasî durum, düşünce ve rejimlerden etkilenmez. Gerçekte devlet fonksiyonlarının maddî bakımdan ayırımı Aristo'dan beri var olduğu halde, *kuvvetler ayrılığı* teorisi, Montesquieu tarafından ortaya konulmuştur. Bu itibarla, bu teoriye dayanan ayırım sonradan ortaya çıkmıştır.

2.3.4. KUVVETLER BİRLİĞİ

Kuvvetler birliği teorisi, kuvvetler ayrılığını kabul etmeyen düşüncedir. Bu düşüncede devlet kuvvetleri ayrılmaz, birleşir. Bu birleşme bazen yasamada bazen de yürütmede gerçekleşir. Yürütme organı lehine olan birleşmeler genellikle eski mutlakiyetler veya diktatörlüklerdir. Yasama lehine olan birleşmeler ise çeşitli şekillerde uygulamalar gösteren meclis hükümetleri rejimleridir⁹²⁶. Yargı ise kuvvetler birliği denmesine rağmen ayrı ve bağımsız bir kuvvet olarak fonksiyonel olmaktadır⁹²⁷.

Kuvvetlerin birleştirilmesi sisteminin iki çeşidi vardır: 1. Salt birleşme. Bu sistemde tek bir organ vardır ve bu organ bütün görevleri yüklenir. 2. Görece birleşme. Bu birleşmede ise görünüşte iki organ vardır. Ama bu organlardan biri gerçek güçlerin tümünü

⁹²⁴ Onar, 29

⁹²⁵ Özçelik, I, 100-103; Özbudun, 146

⁹²⁶ Özçelik, I, 181; Demirkol, 22; Hasan Tahsin Fendoğlu, *İslâm ve Osmanlı Anayasa Hukukunda Yargı Bağımsızlığı*, İstanbul 1996, 57

⁹²⁷ Demirkol, 22; Fendoğlu, 57

elinde tutar. İkinci organa ise sadece yapılanların oylama ve uygulama görevi kalır. Modern diktatörlüklerde daima devlet başkanının kararını coşku ve oybirliği ile onaylamakla görevli meclisler, bu oluşuma örnek olarak gösterilebilir⁹²⁸.

Kuvvetler birliği sisteminin görünümü şudur: Kuvvetler ayrı organlara verilmiştir, fakat aslında bunlardan birisi ötekiler üzerinde egemendir, asıl kuvvet ondadır. Dolayısıyla devletin yönetimi için geçerli kararların belirleyicisi odur; ötekiler onun kadar bağımsız değildir, daha çok ona bağlıdırlar. Kısaca, kuvvetlerden birisi ötekini içermekte ya da onu sıkı olarak denetimi altına almaktadır⁹²⁹.

Kuvvetler birliğine dayanan rejimlerin iki şekilde görünümü vardır:

1. Yürütme organında toplanan kuvvetler birliği. Bunlardan birisi mutlakiyetler diğeri de diktatörlüklerdir. Bütün kuvvet ve otoritenin devletin başındaki hükümdarda toplanması, mutlakiyetlerin özelliğidir. Hükümdar yasama, yürütme hatta çok kere yargı yetkilerinin merkezi durumundadır. Mutlakiyetlerde de bir nevi organ, fonksiyon ve yetki ayrılığı vardır. Fakat organların iktidâr ve yetkileri tam ve aslî değil, ruhsat ve müsaadeye tâbi, istenildiği zaman geri alınabilen havale yetkileridir.

Diktatörlüklerde, mutlakiyetlerde olduğu gibi hatta daha ileri derecede, bütün kuvvetler yürütme organında ve bunu temsil eden diktatörün elinde toplanır. Yani, devletin yasama, yürütme hatta yargı yetkileri diktatörün şahsında toplanmıştır⁹³⁰.

2. Yasama organında toplanan kuvvetler birliği: Yasama ve yürütme yetkisinin halkın doğrudan temsilcisi olan millî bir mecliste toplanması meclis hükûmetine ait bir özelliktir⁹³¹. Meclis egemenliği her şeyden önce, kişisel yönetimin karştı olarak ortaya çıkmıştır. Yasamaya ek olarak, yürütme kuvveti de meclisindir. Meclis aynı zamanda hükûmettir. Böyle olmakla beraber, meclis hükûmeti rejiminde de yürütme işlerine bakan bir kurul görülür. Fakat bu kurul meclisin emrinde ve ajanı konumundadır⁹³².

Yürütme görevinin meclise ait oluşu ve meclis adına yerine getirilmesinin başlıca nedeni, yürütmenin eski üstünlüğüne bir tepki olarak meclisin yetkilerinin genişletilmesi,

⁹²⁸ Duverger, *Siyasal Rejimler*, 37; Çam, 387

⁹²⁹ Tunaya, *Siyasal Kurumlar*, 391

⁹³⁰ Tunaya, *Siyasal Kurumlar*, 391; Özçelik, I, 181; Turhan, 24; Demirkol, 1

⁹³¹ Özçelik, I, 190

⁹³² Tunaya, *Siyasal Kurumlar*, 392; Çam, 386; Demirkol, 23

böylece monarşik yönetimden cumhuriyet yönetimine ulaşmada bir köprü rolü oynamasıdır. Meclis hükümetinin önemli bir özelliği, meclisin yürütme tarafından alınan kararları iptal edebilmesi veya değiştirebilmesidir. Bu nedenle kurumsal olarak meclisin sürekli toplantı halinde olması gerekmektedir. Buna, meclisin sürekliliği denir⁹³³.

Meclis hükümetinin özelliklerinden birisi de, meclisin hem kendisini toplantıya çağırabilmesi hem de kendisini feshedebilme hakkına sahip olmasıdır. Bu rejimde yürütme organının üyeleri gerektiğinde meclis tarafından azledilirler⁹³⁴.

2.3.5. KUVVETLER AYRILIĞI

Kuvvetler ayrılığı kuramı, devlet niteliği kazanmış her siyasal toplumda birbirinden farklı ve ayrı üç işlev (yasama, yürütme, yargı) bulunduğu ve bu işlevlerin birbirinden tamamen ayrı kuvvetler (organlar) tarafından yürütüldüğü esasına dayanır⁹³⁵.

Kuvvetler ayrılığı kuramı özünde iktidârla ilgilenmektedir. Bu kuramın amacı sınırlı iktidârı ortaya çıkarmaktır. Yani siyasal iktidâr, bir elde toplanmamalı, her üç kuvveti kullanan otoriteler birbirinden ayrılmalı ve diğerinin karşısında serbest ve özerk bir durum almalıdır ki, kuvvetler birbirini dengelesin ve birbirlerine karşı bağımsız olabilsinler. Böylece insan hak ve hürriyetleri güvence altına alınsın⁹³⁶.

Kuvvetler ayrılığı prensibinde hakimiyet parçalanmaz ve devlet kudreti bir bütündür. Aynı kuvvet, anayasaca belirlenen ayrı organlar halinde hareket etmektedir. Bu organlardan her biri hakimiyeti toplum adına kullanır. Devlet kudretinin kullanılmasında başvuru işlemlerin şekli ve içeriği birbirinden ne kadar farklı olsa da, bütün bu işlemler, devlet irâdesinin görünümünden başka bir şey değildir. Devlet kudreti ise tek ve bölünmezdir. Ancak bu kudretin birden çok olan fonksiyonları ve organlarının ayırt edilmesi gerekir⁹³⁷.

Yönetim şekli ister cumhuriyet, ister mutlakîyet, isterse aristokrasi veya demokrasi olsun, siyasal iktidârı ellerinde tutanlar bu iktidârı istismar edebilirler veya kötüye kullanabilirler. Bu açıdan devlet kudreti aynı şahıs veya şahısların elinde toplanmamalıdır. Bu

⁹³³ Turhan, 28; Demirkol, 23

⁹³⁴ Turhan, 27

⁹³⁵ Çam, 126

⁹³⁶ Başgil, *Esas Teşkilat Hukuku*, II, 283; Özçelik, I, 178

⁹³⁷ Başgil, *Esas Teşkilat Hukuku*, II, 286-287; Turhan, 9; Demirkol, 10

sebeple devlet organlaşmalı ve her organa kendi faaliyet sahasına ait bir iktidâr verilmelidir. Bu şekilde her organ, karşısına diğer organları bulacağı için sınırında ve kendi alanında kalacak, böylece kuvvet kuvveti durduracaktır⁹³⁸.

Devlet hayatının organize edilmesi için, sadece iş sahalarının ve faaliyet organlarının ayrılması ve belirli işlerin belirli organ faaliyetlerine tahsis edilmesi yeterli değildir. Bu ayrım ilk kademe olmakla beraber, son değildir. Son kademe ayrılan her organa canlılık veren hareket ve faaliyetlerinin prensiplerini oluşturan irâdenin de ayrılması, organların her birinin kendi sahasında özerk bir irâde ile hareket eder bir hale gelmesi yani kuvvetler ayrılığına gidilmesidir⁹³⁹.

Her devlette yasama, yürütme ve yargı iktidârı bulunur. Yasama yetkisi ile yürütme yetkisi aynı kişiye verilirse, özgürlükler tehlikeye düşebilir. Çünkü aynı yönetici şiddet kullanarak uygulamak için ağır kanunlar yapabilir. Yargı yetkisi de yasama ve yürütme yetkisinden ayrılmazsa, özgürlük yine tehlikede sayılır; yargı yasama yetkisiyle birleşirse hakim aynı zamanda kanun koyucu olacağı için vatandaşların üzerindeki yetkisi, keyfi olabilir. Yargı yürütme yetkisiyle birleşirse de hakimin elinde yargılama yetkisinden başka bir de baskı kuvveti bulunmuş olur⁹⁴⁰.

Yasama organının giriştiği işleri durdurmak, yürütme organına verilmişse; yürütme organı müstebit bir hal alır. Çünkü o zaman yürütme organı aklından geçirdiği bütün yetkileri kişiliğinde toplar. Öteki organları ortadan kaldırır. Buna karşılık yasama organına da yürütme organının durdurma hakkı verilmemeli. Çünkü özelliği itibariyle sınırlı olan yürütme organını tekrar sınırlamak faydasız olur⁹⁴¹.

Hakimiyetin kraldan ayrılıp millete mal edilmesi, kişi hak ve hürriyetlerinin sağlanması açısından yeterli bir önlem değildir. Hak ve hürriyetlerin gerçek teminatı kamu iktidârının bütünüyle bir kişiye veya bir kurula bırakılmamasıdır⁹⁴².

Siyasal özgürlük her yurttaşın kendini güvende duymasından doğan iç rahathıdır. Bir yönetim, bir yurttaşın diğerini korkutamayacağı bir ortam oluşturmadıkça, bu rahatlı-

⁹³⁸ Başgil, *Esas Teşkilat Hukuku*, II, 283; Kemal Divrik, *Mukayeseli Hukuku Esasiyye Dersleri*, Ankara 1939, 174

⁹³⁹ Başgil, *Esas Teşkilat Hukuku*, II, 291; Özçelik, I, 176; Demirkol, 16

⁹⁴⁰ Montesquieu, *Kanunların Ruhu Üzerine* I, trc.: Fehmi Baldaş, Ankara, 1963, I, 297

⁹⁴¹ Montesquieu, I, 307

⁹⁴² Del Vecchio, 111-112; Başgil, *Esas Teşkilat Hukuku*, II, 283

ğı sağlayamaz. Korkuların en büyüğü ise, bir yurttaşın yönetimden çekinmesidir. Bu korkuyu gidermek için yasama ve yürütme güçlerinin ayrılması gerekir. Yalnız bu da yetmez; yargı gücünün de ayrı bir elde toplanması gerekir. Yasama gücünü elinde tutana bir de yargılama gücü verilirse, dilediği yasaları çıkarır; ayrıca yargı gücüne yürütme gücü de eklenirse, yargıç zorbaya dönüşebilir⁹⁴³.

2.3.5.1. Kuvvetler Ayrılığına Dayanan Rejimler

1. Parlamenter Rejimde Kuvvetler Ayrılığı: Parlâmentarizm, sorumsuz devlet başkanının başkanlığında yürütme ve yasama organlarının aralarındaki kuvvetler ayrılığının yumuşak olduğu, organlar arasındaki hukukî ilişkinin eşitlik ve dengeye dayandığı bir temsili rejimdir⁹⁴⁴. Kuvvetler ayrılığının yumuşaklığı, organlar arası faaliyet ortaklığının sıklığını ifade eder⁹⁴⁵.

Parlamenter sistemde organlar arası eşitlik, parlamento ile hükümetin birbirlerini karşılıklı denetleme hakkını doğurmakta, organları birbirine yaklaştırmakta ve devlet hayatının hemen her alanında uzlaşma içinde bir işbirliği sağlamaktadır. Çünkü kuvvetlerin işbirliği kuvvetler karışımı veya kuvvetler birliği demek değildir⁹⁴⁶. Zira, parlamenter sistemde çok önemli bazı devlet tasarrufları ancak yasama ve yürütme organlarının ortak hareket ve işbirliği ile yapılabilmektedir.

Parlamenter sistemde yargı, fonksiyonlarını yasama ve yürütmeden ayrı olarak yerine getiren bir kuvvettir. Bu sistemde yargı, tartışmasız bir kuvvet olarak doktrinde ayrıca ele alınmamıştır. Çünkü parlamenter sistemde kuvvetler ayrılığı hakim olduğundan, bundan hareketle yargı ayrı bir kuvvet olarak tartışma dışında kalmıştır⁹⁴⁷.

Parlâmentarizmde yasama ve yürütme arasında, fonksiyonel ve organik açıdan iki şekilde işbirliği vardır:

Fonksiyonel açıdan işbirliği. Bu tür işbirliği, yasaların yapılmasında kendini gösterir. Genellikle yasalar yürütme tarafından hazırlanır ve yasama tarafından, görüşülerek

⁹⁴³ Akın, *Kamu Hukuku*, 151

⁹⁴⁴ Demirkol, 17; Fendoğlu, 54

⁹⁴⁵ Başgil, *Esas Teşkilat Hukuku*, II, 239; Demirkol, 18

⁹⁴⁶ Tunaya, *Siyasal Kurumlar*, 397

⁹⁴⁷ Başgil, *Esas Teşkilat Hukuku*, II, 377; Demirkol, 18

kabul edilir. Kabul edilen yasaların uygulanabilirliği ise yürütme organının fonksiyonel olmasını gerektirir.

Organik açıdan işbirliği. Bu tür işbirliğinde ise, yürütme yasama organının içinden çıkmaktadır. Başbakan ve bakanlar, parlamentodaki çoğunluktan çıktıkları gibi, yürütmenin sorumsuz kanadını oluşturan cumhurbaşkanı da parlamento tarafından seçilir⁹⁴⁸.

Parlamente rejimlerde hükümet (yürütme), yasama organına karşı siyasal açıdan sorumludur. Hükümet, parlamentonun güvenini taşımak zorundadır. Parlamento, vereceği güvensizlik oyu ile hükümeti düşürebilir⁹⁴⁹. Hükümet de bunun karşılığı, meclisi feshedebilmelidir. Aksi takdirde organlar arasındaki mücadelede eşitlik söz konusu olmaz⁹⁵⁰.

Yasama ve yürütme kuvvetleri, prensip olarak birbirlerine eşittir. Yalnız, her organ ötekini işlevine katılabilir. Yasama ve yürütme arasındaki işbirliği, her iki organın birbirine alanına girme şeklinde olmaktadır. Kanunları yapan organ, onların uygulama; uygulayıcı organ da yasama alanına girmektedir. Yürütme, kanun önerisinde bulunabilir, kanun hükmünde kararname çıkartabilir. Yasama da soru ve gensoru araştırma yollarıyla, kabineyi denetler veya müeyyidelendirebilir; yürütmenin yaptığı bazı anlaşmaların kabulünde de tasdik yetkisi vardır⁹⁵¹.

Parlamente rejimlerde siyasal partilerin ortaya çıkması, klasik yapılanmayı tamıyla değiştirmiştir. Siyasal sorumluluk parlamentodan, onun içindeki çoğunluk partisine geçmiştir. Halkın siyasal irâdesini yansıtan siyasal partiler artık anayasal fonksiyonları olan oluşumlardır. Klasik yasama ve yürütme anlamını, yapısal ve hukuksal olarak koruyorsa da hükümet ile onun arkasındaki parlamento çoğunluğu arasında, gitgide bir tekliğin doğmasıyla fonksiyonel olarak anlamını kaybetmiştir⁹⁵².

Günümüzde kuvvetler ayrılığı ilkesinin özgürlük güvencesi olduğu görüşü, kesin bir kural olmaktan çıkmıştır. Gelişen siyasal hayat, yeni ayrımları ortaya çıkarmıştır; çıkaracaktır da.

⁹⁴⁸ Turhan, 43

⁹⁴⁹ Teziç, *Anayasa Hukuku*, 301; Turhan, 44

⁹⁵⁰ Duverger, *Siyasal Rejimler*, 38; Turhan, 47; Tunaya, *Siyasal Kurumlar*, 402; Fendoğlu, 55

⁹⁵¹ Tunaya, *Siyasal Kurumlar*, 413

⁹⁵² Gözübüyük, *Anayasa Hukuku*, 69; Turhan, 47

Çağdaş ayırımında, iktidâr yöresinde çatışmalar serbestçe yapılmaktadır. Böylece, siyasal muhalefet de anayasal bir kurum olarak kabul edilmektedir. Çoğulcu, açık bir siyasal hayat ve onu somutlaştıran bir siyasal rejim ortaya çıkmıştır⁹⁵³. Buna göre toplumda siyasal kuvvetlerden hiçbirisi siyasal iktidâr tekeli kuramaz; herkes iktidâra geçebilir. İktidâr, halkın güvenini kazananlara açık bir koltuktur ve geçicidir. Yöneten ve yönetilenler arasındaki ilişki ve uyum, serbestlik anlayışı üzerine kurulmaktadır⁹⁵⁴.

Yeni gelişmeler sonucu yürütme, tamamıyla aktif bir kuvvet haline gelmiş, yürütmenin artan gücü karşısında meclisler, yasama fonksiyonlarından çok şeyler kaybetmişlerdir.

2. Başkanlık Rejiminde Kuvvetler Ayrılığı

Temsilî rejim türlerinden biri olan başkanlık sistemi, kuvvetler ayrılığı teorisini, parlamenter rejimden farklı olarak sert şekilde uygular. Başkanlık sisteminde organların yapısı, fonksiyonu ve ilkelerinde bağımsızlık vardır. Yasama, meclislere; yürütme ise başkana aittir⁹⁵⁵. Doğrudan başkana bağlı olan bakanlar, başkan tarafından, parlamento dışından atanır veya azledilirler.

Bakanların, kanun düzenlemelerinde rolleri yoktur. Kanun teklifinde bulunamazlar. Mecliste herhangi bir konu hakkında konuşamazlar, herhangi bir tez savunamazlar. Bunun yanında, parlamentoya karşı sorumlulukları da yoktur. Yürütme organı, meclisi toplandıya çağırabilir ve feshedemez. Parlamento (meclis veya meclisler) belirli zamanlarda kendiliklerinden toplanır veya dağılır. Bir kanun, yasama organı tarafından kabul edilince, yürütme bunu yayınlamak, duyurmak ve uygulamakla görevlidir. Buna karşılık yasama organı da bakanları denetleyemez, onlara sorumluluk yükleyemez⁹⁵⁶.

Başkanlık rejimindeki kuvvetlerin bağımsızlığı, organların yapısında, fonksiyonlarında ve ilişkilerinde olmak üzere üç türdür:

Organların Yapısında Bağımsızlık: Her organ birbirinden ayrı olarak oluşur. Yasama organları genel oyla, halk tarafından seçildiği gibi, yürütme yetkisini kullanan baş-

⁹⁵³ Tunaya, *Siyasal Kurumlar*, 413

⁹⁵⁴ Tunaya, *Siyasal Kurumlar*, 414

⁹⁵⁵ Başgil, *Esas Teşkilat Hukuku*, II, 312; Tunaya, *Siyasal Kurumlar*, 394; Çam, 389; Özçelik, I, 194; Demirkol, 16; Fendoğlu, 51

⁹⁵⁶ Özçelik, I, 194

kan da gene halk tarafından ayrı bir seçimle göreve gelir. Parlamento rejiminden farklı olarak yürütme, yasama meclisindeki çoğunluğun içinden çıkmaz.

Organların Fonksiyonlarında Bağımsızlık: Her organ bir faaliyetle sınırlıdır. Kanunları yapan yasama organı, yasanın uygulanmasına katılmaz. Yürütme de kanunları uygular, fakat yasaların çıkarılmasına müdahale edemez. Yargı organı, yürütmenin bağımsız yargı organları dışında, hiç kimse tarafından kullanılamaz⁹⁵⁷.

Organların İlişkilerinde Bağımsızlık: Yasama ve yürütme organlarının anayasal planda birbirlerini etkilemeleri söz konusu değildir. Yasama organı, yürütmenin sorumluluğuna girerek onu istifaya zorlayamadığı gibi, yürütme de yasamayı feshederek erken seçime gidemez.

Başkanlık sisteminde her ne kadar organlar, organik ve fonksiyonel açıdan birbirlerinden ayrılmışsa da bu organlara tanınan yetkilerin aşırı kullanılmaması için denge ve denetim mekanizmaları getirilmiştir. Buna göre yürütme organı yani başkan, parlamentoya mesajlar yoluyla yasalar önerebilir. Yasa gücünde kararname, tüzük ve yönetmelikler çıkarabilir. Meclisten çıkan yasaları veto edebilir. Yasama organı ise, yürütme organı için fon sağlar, bakanlıklar kurar veya kaldırır⁹⁵⁸.

Parlamentar ve başkanlık rejimlerinin karşılaştırılmasına gelince; parlamenter rejimlerde hükümet, kolektif bir organ iken, başkanlık sistemlerinde ise tek kişi olan başkandan oluşur⁹⁵⁹. Parlamenter rejimde hükümet ve parlamento çoğunluğu aynı partiye aittir ve aynı siyasî eğilimli kişilerden oluşur. Başkanlık sisteminde ise yürütme ve yasama ayrı partilerden olabilir.

Parlamentar rejimde yürütmenin gücü parlamentoya dayanır. Başkanlık rejimlerinde ise yürütmenin gücü halk tarafından seçilmesinden ve anayasal yetkilerinden kaynaklanır.

2.3.5.2. Kuvvetler Ayrılığının Tenkidi

Günümüzde kuvvetler ayrılığı, mutlak olarak organlar ve fonksiyonlar ayrılığı anlamına gelmemektedir. Kuvvetler ayrılığı prensibi pek çok hukukçu tarafından eleştirilmektedir. Çünkü, organların ayrılığının yanında, kuvvetlerarası işbirliğinden de söz edil-

⁹⁵⁷ Tuncay, I, 233; Turhan, 41

⁹⁵⁸ Turhan, 35

⁹⁵⁹ Turhan, 42

mektedir. Bu görüşü savunanlara göre, iktidârın çeşitli fonksiyonları arasında tam bir ayrılıktan çok, tamamlama ve bütünleme vardır⁹⁶⁰.

Siyasal partilerin gelişmesi, yasama ve yürütme arasındaki etkileşimi büyük ölçüde değiştirmiştir. Çoğunluk partisi, yürütme gücüyle meclis arasındaki en güçlü bağ haline gelmiştir⁹⁶¹. Yasama ve yürütme güçleri arasındaki klasik ayırım artık anlamını kaybetmiştir. Bu iki güç, bir parti mekanizması içinde birleşmiştir. Yürütmeyi ayakta tutan güç, kanun yapmaktadır. Dolayısıyla yasama ve yürütme bütünleşmiştir.

Devlet bir bütündür ve kamu iktidârı tekdir. Devlet organları arasında her zaman kesin bir ayırım yapmak imkansızdır. Uygulamada bazen bir organ, birden fazla fonksiyon yürütmektedir. Ayrıca kamusal yönetimin kristalize olduğu yasama, yürütme ve yargı fonksiyonlarından yürütme ve yargı, yasamaya tâbidir⁹⁶². Çünkü bu iki organ, yasamanın çıkardığı kanunlar doğrultusunda iş yaparlar.

Devlet bütününün organları birbirinden ayrılınca, devlet işlemez hale gelir. Meclis bir karar verir, hükümet bunu icra etmez, hükümet bir suçluyu tutar mahkemeye sevk eder, mahkeme beraat ettirir, hükümet bir kanuna ihtiyaç duyar, meclis de onu çıkarmazsa, sonuçta, devlet işlemez hale gelir⁹⁶³. Bir kimse veya grubun bağımsız olarak yasama erkine, diğer bir kimse veya grubun aynı şekilde yürütme erkine sahip olduğu takdirde, ya birinci erk faydasız ve tesirsiz olacak veya diğerinin bunun vekili olması gerekecektir. Çünkü yürütemeyeceği kanunları koymak anlamsızdır. Bu sebeple bu iki erk, tek veya aynı irâdeye tâbi olmalıdır⁹⁶⁴.

Kuvvetler ayrılığı, kişi hak ve hürriyetlerinin korunması açısından tek çare değildir. Çünkü hak ve hürriyetlerin korunması, yalnız organların ayrılmasıyla sağlanamaz. Organlar ayrı olsa bile, hürriyetler ayrılmış kuvvetler tarafından ihlal edilebilir. Hak ve hürriyetler, ancak organları yöneten insanların onlara verdiği değer ölçüsünde korunur. En önemlisi hürriyetler, her düzeydeki kişilerin birbirlerinin hak ve hürriyetlerine saygı gösterdikleri oranda kendiliğinden korunmuş olurlar.

⁹⁶⁰ Daver, 111; Gözübüyük, *Anayasa Hukuku*, 69

⁹⁶¹ Duverger, *Siyasal Rejimler*, 40; Gözübüyük, *Anayasa Hukuku*, 69

⁹⁶² İzveren, *Hukuk Felsefesi*, 133

⁹⁶³ Başgil, *Esas Teşkilat Hukuku*, II, 285; Özçelik, I, 180

⁹⁶⁴ İlhan Akipek, "Kuvvetler Ayrılığı Nazariyesinin Doğmasında Amil olan Fikirler", *AÜHFD*, c: IX, sy: 1-2, Ankara 1952, 178

Kişi hak ve hürriyetleri, yasanın herhangi bir organın keyfi irâdesiyle ilgili bir mesele olarak görülmediği ülkelerde ve yargıçlarla hukuk bilginlerinin adâlet duygusuna hakim olan ilkeleri genel kurallar biçiminde ifade etmek çabalarından doğmuştur.

2.4. KUVVETLER ARASI İLİŞKİLER

2.4.1. YASAMA

Evrende bir düzen ve bir uyumun olduğu gibi toplumda da bir düzen ve uyum olmalıdır. Toplum, hiyerarşiye dayalı, birim ve ünitelerden oluşur. Bu oluşumda nitelik ve kapsam geliştikçe sosyal ve siyasal ünitelerin oluşturulması ve yönetilmesi açısından bilgi ve ehliyetin önemi daha da önem kazanır.

Yasama gücü hakimiyetin en önemli özelliklerindendir⁹⁶⁵. Bir devlet, yasalarla değil; yasama gücüyle yaşar. Çünkü ihtiyaçlar her zaman geçerli kanunlar koymayı gerektirir⁹⁶⁶. Yasama gücü, anayasal sınırlar içinde hukukî hayatı düzenlemek⁹⁶⁷ için bilinen özel kuvvet vasıtasıyla genel hüküm normları ve bağlayıcı kurallar koyma işlevidir⁹⁶⁸.

Sosyal hayatın ve devletin yönetiminin gerektirdiği yasaları koyan yasama gücü yasama organına ait olmalıdır⁹⁶⁹. Bu organın bağlayıcı özelliği, toplumun bütün katmanlarınca kabul edilen bilim meclislerine ait olmalıdır. Çünkü kuralları oluşturma, bilmeyi ve bilgiyi gerektirir. Öyle ise, yasaların yapımında bilim adamlarına yetki verilmelidir⁹⁷⁰. Çünkü sosyal kanunların gereklerine dayanmayan ve bilimsel verileri dışlayan yasaların, geçerliliği ve uygulanabilirliği, büyük ölçüde tehlikeye girer⁹⁷¹.

Yasama gücü hem kanunlarla hem de kanunların içerikleri açısından genel anlamda toplumun yapısıyla ilgili olmalıdır⁹⁷². Kanunlar milletlere göre değişir. Bu yüzden başka toplumlardan ithal edilmemelidirler⁹⁷³. Kanunları oluşturan güç, siyasî ana yapının bir par-

⁹⁶⁵ 'Alfiye, 42

⁹⁶⁶ Muhammed Esad, *Minhacu'l-İslâm fi'l-Hukm*, Beyrut, 1967 3. Baskı, 87

⁹⁶⁷ Çağıl, "Hukuk Devleti", 290

⁹⁶⁸ Fethi Abdülkerim, 366

⁹⁶⁹ M. Esad, 86

⁹⁷⁰ İslâm hukuk tarihinde bu tür düzenlemelerde halifeler müctehid sahabelere danışırlardı.

⁹⁷¹ 4 Nisa 58

⁹⁷² Kur'ân'ın önem verdiği "fitne" kavramından, toplumun değerlerine ve davranış kodlarına ters norm dayatmak, anlaşılabilir.

⁹⁷³ Abduh, A'mal, I, 286-287; Mücahit, 246; Bu tarihçi hukuk okulunun görüşüdür. bk. Güriz, *Hukuk Felsefesi*, 227-236

çasıdır. Yasama gücü ve buna bağlı olarak kanunlar, mükemmelleştiği ölçüde siyasal ana yapı ve bununla birlikte genel yönetim yapılanması da gelişir ve olgunlaşır⁹⁷⁴.

Toplumsal katılıma dayanan demokratik bir yapılanmada kamusal tasarruflara geçilmeden önce bu tasarrufları kararlaştıracak olan bireyler arasında rasyonel tartışmalar ve fikir alış verişleri olmalıdır, aklın yanılmaz sesine kulak verilmelidir⁹⁷⁵.

Toplumsal katılımın en geniş ölçüde sağlandığı tartışmalar ve fikir akımlarından sonra varılan sonuçların kamusal fonksiyon aracılığıyla uygulamaya konulmasının gereği, bunların kamu adına alınmış olmasıdır. Bu kararlar bir bakıma halk irâdesinin yansımasıdır. Yasama organı bu tür kararları yasa biçimine sokarak bunlara hukukî *yürürlük* kazandırmalıdır⁹⁷⁶.

Yasama temelde bir anayasa düzenleme görevinden bile daha fazla uzak görüşlülük gerektiren bir görevdir. Yasama, hukuku sürekli geliştirip yeni şartlara uyarlamak için gayret göstermelidir⁹⁷⁷. Çünkü dünün yasası bugünü vasıflamada yetersiz kalabileceği gibi bugünün yasası da yarın için yetersiz olabilir. Bu yüzden yasama, düşünsel boyutta uzun vadeli sonuçları hedeflemeli ve özgül şartları henüz bilinmeyen bir geleceğe yönelik olmalıdır.

Yasama gücü, herkesin kolayca okuyup anlayabileceği genel nitelikteki yasalar aracılığıyla kullanılır. Bu sayede halk, sorumluluklarının neler olduğunu bilerek yasaların gölgesinde ve güvenlik içinde, özgürlüklerini kullanır⁹⁷⁸. Vatandaşların yararına işlemlerde bulunmak ve yasaları halkın iyiliği için yapmak, yasamanın amaçlarındandır. Çünkü keyfi tasarruflar ve keyfi yönetim, toplumun kuruluş ve varlık amacına ters düşer⁹⁷⁹.

Yasama, belli birtakım somut olaylar, taraflılık ve özel çıkarların dışında ortak doğru, adâlet, insanların değil yasaların egemen olduğu ve sürekli doğruyu araştırma ilkelerine göre fonksiyonel olmalıdır. Bu sebeple yasama organının üyeleri, adâlet idesine bağlı olmalı, özel irâde ve çıkarlara bağlı olmamalıdır.

⁹⁷⁴ Hegel, G.W.F., *Hukuk Felsefesinin Prensipleri*, trc.: Cenap Karakaya, İstanbul, 1991, 241

⁹⁷⁵ Mills, C. Wright, *İktidar Seçmenleri*, trc.: Ünsal Özkay, İstanbul, 1974, 420

⁹⁷⁶ Mills, 417

⁹⁷⁷ Hayek, III, 57

⁹⁷⁸ Göze, *Siyasal Düşünceler*, 157

⁹⁷⁹ Güriz, *Hukuk Felsefesi*, 205

Klasik İslâm hukuk terminolojisinde *şer'* ise yasama anlamında olmayıp ilahi hükümlerin ortaya çıkması ve açıklanması anlamındadır. Bu bağlamda hüküm; bir eylem, ilgi veya olayı vasıflama hakkında bir iradi tercihi, yargı ve kıymet tespitini ifade etmektedir.

Siyasi bir olgu olarak yasama, toplum açısından maddi yaptırım gücü olan yasaların korunmasını deyimler. Müslüman hukukçaların teşri' tabirine yönelik tanımları ise, yasama işlevinin mahiyeti dikkate alınarak değil, hükümleri meşru kılan irade açısından yapılmıştır. Burada yasama fonksiyonu bu kuralların devlet açısından benimsenmesi ve uygulanması bakımındandır.

Müslüman hukukçuların devlet içinde ve devlet yetkisini kullanarak hukuk oluşturmamaları, hukukun uygulanmasında devlet kudretine duyulan ihtiyacın bilincinde olmadıklarını göstermez. Hz. Peygamber'in ancak Medine'ye hicretten sonra hukuki anlamda teşri' faaliyetine girmiş olması, yasamanın temelde, devlet kudretinin bir fonksiyonu olması nedeniyledir. Zira Medine döneminde Mekke döneminin aksine müslüman ve gayr-ı müslimlerden oluşan toplumun özel ve kamusal alanla ilgili hukuki ilişkilerini düzenleyecek hukuk kurallarına ihtiyaç duyulmuştur. Bu kurallar ister vahy ister icthat kaynaklı olsun, devlet başkanı konumunda bulunan Hz. Peygamber tarafından kullanılan yasama yetkisinin bir sonucudur⁹⁸³.

2.4.1.2. Yasaların Kökeni ve Kaynakları

Yasama gücü ve bu gücün işlevsel sonucu olan yasa veya norm koyma, hukukun en önemli problemlerindendir.

Birtakım ideal değerler olan hukuk normları, düzen ve gaye fikrine dayanırlar. Olması değil, olması lazım geleni deyimlerler. Öyleyse, hukuk normlarının varlığı tabiatta ve vücut aleminde değil, vücut aleminde aranmalıdır. O halde normların kökeni, manevi alemde aranmalıdır. Çünkü vücut aleminde, maddi-tecrübi alemden farklı deruni alemin bir parçasıdır.

Köken itibariyle manevî olan ve ideal kuvvete haiz olan hukuk normları, ampirik ve beşeri dünyanın olaylarını ve fiillerini vasıflarlar veya düzenlerler. Yani bu normlar bir zaman-mekan kesitinde maddileşirler.

⁹⁸³ Hallaf, *Tarih*, 283-284

Hukuk normları, ampirik-beşeri alemde ortaya çıkan olayları ve fiilleri düzenlerken, farklı kategorilere ayrılırlar. Bunlardan neyin hak ve doğru olduğunu, olması gerekenin ne olduğunu gösteren, kökeni manevî olan normlar; *temel* veya *asıl* norm olarak isimlendirilebilir. Asıl veya temel normları gerçekleştirmeye yarayan bazı vasıta normlar vardır ki bunlar haddi zatında asıl normlara nazaran *tâli* norm veya *yardımcı* norm kategorisindedirler.

Asıl veya temel normlar, sabit bir karakter taşırlar. Tâli veya yardımcı normlar ise, değişen ve gelişen algılara ve şartlara bağlıdır. Bu tür normların şekillenmesinde, dış şartlar ve olgular büyük ölçüde belirleyici rol oynarlar.

Yardımcı normların varlığı, temel normlara dayanır. Önce temel normların varlığı kabul edilir, sonra da yardımcı normlar bu normlara göre şekillenir. Temel normlar, tarihin her dönümünde değişmeyen evrensel ve mutlak hukuk normları olarak kabul edilirler. Yardımcı normlar ise, tarihî sürece bağlı olarak, tarihsel olarak değerlendirilebilirler⁹⁸⁴.

Köken itibariyle İslâm hukukunun kaynakları, temel norm veya yardımcı norm açısından değerlendirildiğinde, âyet veya hadislerin, bir kısmının, dış şartlar ve olgulardan bağımsız temel norm niteliğinde oldukları görülmektedir. Adâletin sağlanması⁹⁸⁵, emane-tin ehline verilmesi⁹⁸⁶, sözleşmelere uymanın gerekliliği⁹⁸⁷, zarar ve karşı zarar vermenin yasaklanması⁹⁸⁸, zaruri durumların mahsurlu olan şeyleri mübah kılması⁹⁸⁹, iyiliğe çağrılıp kötülüğün önlenmesi⁹⁹⁰, hakkın objektifliği⁹⁹¹, eşitlik⁹⁹², hürriyet⁹⁹³, hukukun üstünlüğü⁹⁹⁴ vb. âyetler, ilke olarak evrensellik ve genellik özelliği taşımaktadır.

Bir kısım âyetler de olması gereken veya genel ilkeleri gerçekleştirmek için olayları ve olguları vasıflayıcı⁹⁹⁵, bazı suçlara ait cezalar ve infaz şekillerinin belirlenmesi⁹⁹⁶ gibi

⁹⁸⁴ Çağıl, *Hukuk Metodolojisi Dersleri*, 109-110

⁹⁸⁵ 4 Nisa 40, 58; 5 Mâide 8; 16 Nahl 9; 60 Mümtetine 8

⁹⁸⁶ 4 Nisa 58

⁹⁸⁷ 2 Bakara 177; 3 Âl-i İmrân 96; 23 Müminun 8

⁹⁸⁸ 2 Bakara 279

⁹⁸⁹ 5 Mâide 3

⁹⁹⁰ 9 Tevbe 71

⁹⁹¹ 23 Müminun 71

⁹⁹² 7 A'raf 10; 43 Zuhuruf 32; 49 Hucurat 3; 67 Mülk 15

⁹⁹³ 2 Bakara 256; 109 Kafirun 1-6

⁹⁹⁴ 2 Bakara 12, 27; 75 Kıyamet 36

⁹⁹⁵ 4 Nisa 11-12, 92, 176; 8 Enfal 41; 9 Tevbe 60

⁹⁹⁶ 2 Bakara 178; 5 Mâide 33, 45; 24 Nur 4-7

tikel olaylar ve olgularla ilintilidirler ve özel durumlarla ilgilidirler.

Aynı değerlendirme Sünnet için de söz konusudur. Fiillerin değerlendirilmesinde amacın önemi⁹⁹⁷, zarar verme ve zarara uğramanın kötülüğü⁹⁹⁸, âdetin muhakkemliği⁹⁹⁹ gibi genel hüküm bildiren hadîsler yanında özel durumlarla ilgili hadîsler de vardır¹⁰⁰⁰.

Bu ayırımdan çıkan sonuç, âyet ve hadîslerde genel geçer ve evrensel olarak ifade edilen normlar, asıl ve temel norm; olay ve olguları vasıflayan yani, temel normların gerçekleşmesi için şekli tasarruflar ifade eden normlar ise, yardımcı norm olarak değerlendirilmesinin gerekliliğidir. Başka bir deyişle, nasslardaki genel ilke mahiyetinde olanlarla, tikel olaylar ve olgularla ilintili olarak gelenlerden; birinciler temel norm, ikinciler ise yardımcı norm olarak değerlendirilebilir.

Naslardan yardımcı norm olarak değerlendirilenler, ya doğrudan bir düzenleme (yürütme) bildirirler ya da içerdiği illetten çıkarılan maslahat gözetilerek, daha geniş ve kuşatıcı anlamlar ifade ederler.

Hanefilerin, hükmü, "Şâri'nin hitabının eseri"¹⁰⁰¹ olarak tanımlamaları, nassların daha geniş, kuşatıcı ve değişik şekillerde uygulanmaları açısından dikkate alınması gereken bir durumdur¹⁰⁰².

Bir dinin nassları, ilk muhatapları ve müminleri açısından kolayca anlaşılabilen veya kullanılabilen bilgiler içerdiği oranda kıymet ifade ederler. Bu açıdan dinin, muhatabı olduğu ilk topluma yürütme açısından müdahale etmesi ve yürütme ile ilgili düzenlemeler getirmesi normaldir. Öyleyse dinin, ilk muhatabı olduğu toplumsal şartların çözümü için getirdiği şekli bir kısım tasarrufları, evrensel çözüm modelleri olarak görmek uygun olmaz. Özellikle evrensel bir din açısından, durum daha da açıktır. Buna göre, bir kısım din

⁹⁹⁷ Buhârî, Bediü'l- Vahy, 1; İman, 41; Ahmed b. Hanbel, II, 25

⁹⁹⁸ Mâlik, Akdiye, 31; İbn Mace, Ahkâm, 17;

⁹⁹⁹ Ahmed b. Hanbel, I, 379

¹⁰⁰⁰ Örnekler için bk. Ebû Abdillâh Muhammed b. Ferec, Akdiyetu Resûlillâh (sav), Halep, 1982/1402, 2. baskı

¹⁰⁰¹ Semerkandî, Alâuddin Ebû Bekr Muhammed b. Ahmed, Mîzânu'l-Usûl fî Netâici'l-Ukûl, Mısır, 1984/1404, 1. baskı, 17; Molla Hüsrev, 510; Bilmen, I, 215-217; Atar, Fıkıh Usûlü, 114; Büyük Haydar Efendi, Usulu Fıkıh Dersleri, İstanbul, ts. 2. Baskı, 398

¹⁰⁰² Hukuk dili açısından değerlendirildiklerinde anayasa veya yasa konumundaki hukuk metinleri, soyut ve genel ifadelerle yazılırlar. Çünkü bunların kuşatıcılığı geniş ve sürekliliği uzun vadede olmalıdır. Kararname, tüzük ve yönetmelik gibi hukuk metinleri, kişiye veya olaya özel olduklarından spesifik açıklamalar yaparlar. Çünkü bunların kuşatıcılığı dar sürekliliği de kısadır.

normlarını, yardımcı norm diye isimlendirmek ve hükmü, *Şâri'nin hitabının eseri* olarak tanımlamak, dinin evrenselliği açısından daha uygun olur.

Durum böyle olunca İslâm'da hükümlerin kaynağı, köken bakımından, ilâhî irâdeye dayanmaktadır¹⁰⁰³. İlâhî irâde, insanlara gönderilen vahyin içerisinde yani Kur'ân ve Sünnet'te aranmalıdır. Ancak İslâm hukukunun bu temel kaynakları incelendiğinde, bir kaç konu hariç teferruata inip hüküm vermediği¹⁰⁰⁴, hakkında belirlemede bulunmadığı konuları insanların anlayışlarına ve aklî kabiliyetlerine terk ettiği görülür. Bazı konularda, sadece temel esasları açıklayarak, ayrıntılarını değişen şartlara göre meşruiyetini kabul ettiği hukukî kaynaklar yoluyla hukukçulara ve yasama kurumlarına bırakmıştır¹⁰⁰⁵. Çünkü dinin dünya işleriyle alakası genel¹⁰⁰⁶, sınırlı¹⁰⁰⁷ ve daha çok iyiye ve güzele yönlendirme, zulüm ve kötülüğü önleme¹⁰⁰⁸, ölçü ve ılımlı davranma¹⁰⁰⁹, insan haklarına saygı¹⁰¹⁰ gibi ahlâkî değerler bazındadır. Öyle ise, bir problemle karşılaşan ve o olayı vasıflamak isteyen İslâm hukukçusu, öncelikli olarak sorunun çözümünü İslâm hukukunun biçimsel kaynaklarında aramak zorundadır¹⁰¹¹. Ancak bu kaynaklarda konuyla ilgili doğrudan veya dolaylı bir hüküm bulamazsa, o zaman biçimsel kaynaklardaki yasama metodunu da dikkate alıp aklını kullanarak çözüm üretmelidir.

Kur'ân, içtihad ve dolayısıyla yasamaya çok geniş bir alan bırakmıştır. Öyleyse her devlet, şartların gerektirdiği şekilde siyasal ve hukuksal yapılanmasını ve kanunlarını kendisi düzenlemek durumundadır. Bu, devletin tabîî ve zorunlu görevidir. Gerek Hz. Peygamber, gerekse Raşit Halifeler kendi dönemlerinde devlet yönetimiyle ilgili olarak hem kurumsal yapılanma, hem de hukuk normları koyma açısından tasarruflarda bulunmuşlardır.

¹⁰⁰³ Atay, Hüseyin, *İslâm Hukuk Felsefesi*, Ankara 1985, 2. baskı, 66-67

¹⁰⁰⁴ Ahkâm âyetleri denilen ve hukukla doğrudan bağlantılı olan âyetlerin sayısı ve hangileri olduğu hususunda görüş birliği olmasa da yaklaşık bir kanaat vermesi açısından bu taksim yararlı olmaktadır. Bu âyetlerin sayısı ile ilgili görüşler için bk. el-Gazâlî, *el-Mustasfâ*, II, 512; Hallâf, *İslâm Hukuk Felsefesi*, 209-211; Yusuf Mûsâ, *Fıkhî İslâm Tarihi*, 11

¹⁰⁰⁵ 3 Âl-i İmrân 104

¹⁰⁰⁶ 2 Bakara 275; 3 Âl-i İmrân 159; 4 Nisa 29, 58; 62 Cuma 9

¹⁰⁰⁷ 5 Mâide 101-102

¹⁰⁰⁸ 3 Âl-i İmrân 104-110, 114; 5 Mâide 79; 7 A'raf 199; 9 Tevbe 71; 22 Hac 41; 31 Lokman 17

¹⁰⁰⁹ 7 A'raf 33

¹⁰¹⁰ 2 Bakara 178; 5 Mâide 32.

¹⁰¹¹ Bk., Ebû Dâvûd, Akdiye, 11; Tirmizî, Ahkâm, 3; Nesâî, Kudât, 11; İbn Mâce, Menâsik, 38; ed-Dârimî, Abdullah b. Abdurrahman b. Fadl, *Sünen I-II*, İstanbul 1992, 2. baskı, Mukaddime, 30; Hanbel, I, 37; V, 230; 236, 242.

İslâm hukukunda yasamanın kaynaklarıyla kastedilen *hüküm kaynağı* kavramıdır ve buna *hakim* denilmektedir. Klasik İslâm anlayışına göre hüküm kaynağı olan hakim *Allah*'tir. Ayrıca yasamanın kaynakları denilince, Allah tarafından konulan hükümlerin anlaşılmasını ve açığa çıkarılmasını sağlayan yol ve yöntemler de anlaşılır. İslâm hukuk literatüründe bu kaynaklar *delil*, *asıl* ya da *mastar* diye isimlendirilirler.

İslâm hukukçularının çoğunluğu hüküm koymada başvuru kaynakları olarak Kitap, sünnet, icma ve kıyas üzerinde ittifak etmiş¹⁰¹², öteki kaynakların ise bunlara mulhak olduğunu benimsemişlerdir¹⁰¹³.

Kamusal alanı ilgilendiren düzen veya anayasal hüküm bildiren ayetler sınırlıdır. Fakat bu hükümlerin genel bağlayıcılıkları süreklilik arz eder. Öyleyse zamanların değişmesiyle bunlara uymak zor olmamalıdır. Zira bunlarda ayrıntı azdır ve genel hükümler konumundadırlar. Hz. Peygamber' den sudur edenler de aynı durumdadır. Öyleyse Kur'an ve sünnette varid olan her zaman için bağlayıcı diye addedilmemelidir¹⁰¹⁴. "Resulullah'ta sizin için güzel örnekler vardır"¹⁰¹⁵ ayeti, ona uymanın vacip olduğunu gösterseydi "lekad kane aleyküm" şeklinde olurdu. Dolayısıyla Hz. Peygamber'den başkan, yargıç, komutan konumuyla sadır olan bir şey bağlayıcı değildir. Bu bağlamda peygamberin konumu yürütme kuvvetinde görevlendirilen bir yetkili gibidir¹⁰¹⁶. Çünkü bu işler zaman ve mekanın değişmesiyle değiştiğinden¹⁰¹⁷ o, ashâpla sürekli istişare eder ve bütün icihatlarında maslahatı amaçlardı.

İslâm hukukunun ilk devirlerinden itibaren teknik anlamda bir kanunlaştırmanın olmayışı, hukuk (kanun) yapma yetkisinin teorik olarak devlete değil İslâm hukukçularına ait olmasıyla açıklanabilir. Kanunu devlet yapmayınca -özellikle muamelat hukuk alanında- devlet otoritesi boşluğunu dolduracak, insanları bir hukuki birliğe uygun davranmaya yöneltecek, hukuka belli bir istikrar kazandıracak başka bir otoriteye ihtiyaç duyulmuştur. İşte icma teorisi sosyolojik açıdan bu ihtiyaçtan doğmuştur. İcma sayesinde hiç değilse

¹⁰¹² Pezdevî, I, 62; Amidî, *İhkam*, I, 135-135; Neseffî, Ebû Abdillâh b. Mahmûd, *Keşfu'l-Esrar*, I-II, Lübnan, 1986/1406, I, 13

¹⁰¹³ Neseffî, *Keşfu'l-Esrar*, I, 13; İbn Melek, 6-7

¹⁰¹⁴ Medkur, 317

¹⁰¹⁵ 33 Ahzab 21

¹⁰¹⁶ Medkur, 318

¹⁰¹⁷ Medkur, 318

bazı alanlarda herkesin aynı şekilde davranması sağlanmış ve bir ölçüde hukuk birliği sağlanmaya çalışılmıştır¹⁰¹⁸.

Fert planında ise bu otorite boşluğu, büyük ölçüde hukuk kanunlarının dini ahlaki terimlerle vasıflanması yoluna gidilmiştir. Müslüman hukukçular kendi mantığı ve şartları içerisinde haklı sayılabilecek bir tür hareket tarzlarıyla, hem İslâm hukukunu ilahi köke bağlamış oluyorlar hem de bunun sonucu olarak hukuki sisteme süreklilik ve istikrar kazandırmış oluyorlardı. İslâm hukukçularının icma, kıyas, istihsan... gibi delillerin hüccet oluşunu ayet veya hadislerle gerçekleştirme gayretlerinin altında da bu hukuku ilahi iradeyle bağlayıcı kılma düşüncesinin yattığı söylenebilir¹⁰¹⁹.

Yasamanın kaynakları ifadesiyle bir başka kavram olarak hukuk kurallarını koyan irade kastedilir. Yasama tanımı gereği bütün toplumlarda bir devlet görevi olmalıdır. Çünkü toplumsal açıdan normatif düzenlemelerde bulunma, asli olarak egemen iradenin bir işlevidir.

İlk dönemlerde devlet başkanlarının, yasamaya hukukçu olmaları ve ilmi liyakatları dolayısıyla İslâm hukukunun kendilerine verdiği yetki çerçevesinde önemli ölçüde katkıları olmuştur. Halifeler hukukçu ve devlet başkanı konumlarıyla hukuk metodolojisi ve pozitif hukuk alanlarında büyük ölçüde fonksiyonel olmuşlardır. Devlet başkanlığı sıfatıyla belli bir yasama faaliyeti İslâm hukuk tarihinin her döneminde uygulanmıştır¹⁰²⁰.

Nass bulunmadığı veya nassların sabit hükümlerinin yorumla değiştirilmesinin gerektiği durumlarda halifeler önlerine gelen pekçok konuda, genel fayda veya siyasal konjontürün gerektirdiği düzenlemeleri yapmaktan çekinmemişlerdir¹⁰²¹. Bu zaten toplumun kendilerine iktidarı kullanma yetkisini verdikleri devlet başkanı olmanın doğal bir sonucudur. Özellikle iradi işlerde (divanların tertibi, vergi toplama, hapishanelerin düzenlenmesi, posta teşkilat, para basımı vb.) bu durum daha belirgindir. Buradan hareketle İslâm hukuk düşüncesinde devletin rasyonel yasama alanının çok geniş olduğunu ve hakimiyeti kullanma yetkisinin kendisine verildiği devlet başkanları (halifeler) tarafından ve onların iradeleri doğrultusunda yerine getirildiğini söyleyebiliriz.

¹⁰¹⁸ Apaydın, "İslâm Hukukunun Sistem ve Terminoloji Problemi", 494

¹⁰¹⁹ Apaydın, "İslâm Hukukunun Sistem ve Terminoloji Problemi", 495

¹⁰²⁰ 'Alîye, 43; taf. bk. Ömer Lütfi Barkan, "Kanunname" Mad., İ.A. VI, 185 vd.; Halil İnancık, "Örf" Mad., İ.A., IX, 180

¹⁰²¹ 'Alîye, 43

İslâm hukuk tarihinde yasama kaynaklarından birisi de başka milletlerden yapılan alıntılardır. Dinin genel prensiplerine, fayda düşüncesine, hak ve adalet ölçülerine hizmet ettikleri ölçüde bu alıntı işlevine cevaz verilmiştir¹⁰²². Bu konuda hareket şekli bir uygulamanın İslâm'da olduğunu ispat etmek yerine, onun İslâm'ın genel prensiplerine zıt düşmediğini göstermek olmalıdır¹⁰²³.

2.4.1.3. İslâm Tarihinde Yasama

İslâm'ın ilk dönemlerinde son asırlardaki biçimiyle bir yasama-yürütme ayırımına rastlamak mümkün değildir. Hukukî tasarrufları bu sınıflamadan birisi içerisinde değerlendirmenin zorluğuna rağmen, nasslardan ve mevcut uygulamalardan yola çıkarak kısmi benzetmelere gidebiliriz. Gerek nassların, gerekse İslâm hukukçularının ifade, uygulama ve içtihatlarını göz önüne alarak yasama kavramının anlam ve kapsamını şu şekilde değerlendirebiliriz.

1. Nasslarda açık bir biçimde ifade edilen ve inananlarının davranışlarını düzenleyen ve bağlayıcı nitelikte olan yasamaya ilişkin hükümler. Bu anlamda Kur'ân ve Sünnette yer alan hükümlerle yapılan bu tür yasama ilâhî kaynaklı olduğundan insanların bu hükümlerin içeriğine müdahale etmesi düşünülemez. Çünkü, mutlak anlamda yasama yetkisi Allah'a aittir. Hz. Peygamber döneminde bu tür yasamalara Sünnetten de açıklama ve yorumlama bağlamında katkıların yapıldığı söylenebilir.

2. Nassların doğrudan değinmediği veya şâriin bilinçli olarak insanların anlayışlarına terkettiği konularda İslâm hukukçularının içtihat ve tekniklerini kullanarak yaptıkları yasama girişimleri. Hz. Peygamber'in vefatından sonra İslâm hukukçuları sosyal hayatın gereklerine paralel olarak nassı yeniden yorumlama veya hakkında nass bulunmayan konularda Kur'ân ve Sünnetin yasama modelini dikkate alarak yasamada bulunmuşlardır.

Bu tür yasama girişimleri ilk dönemlerde kendileri de müçtehit hukukçu olan *raşit halifeler* tarafından yürütülmekteydi. Daha sonraları yönetim, hukukçuların içtihatlarından seçimler yaparak veya bizzat kendileri yasama faaliyetlerini devam ettirmişlerdir.

¹⁰²² 'Alîye, 44

¹⁰²³ Mahmasanî, 259-260; İbn Kayyım, *Turuk*, 13

A. Hz. Peygamber Devrinde Yasama: Hz. Peygamber döneminde yasama faaliyetlerinin ilahî bir yönü vardı. Bu dönemde inen Kur'ân yasamayı, birinci derecede hem doğrudan hem de dolaylı olarak yönlendiriyordu. Çünkü Kur'an ayetlerinin toplumsal düzenlemelerle ilgili ifadeleri her zaman aynı üslupta değildir¹⁰²⁴.

Bu dönemde Kur'an ayetlerinden başkası teşri açısından önemsizdi¹⁰²⁵. Çünkü Kur'ân-ı Kerim, birey ve toplum açısından insanları ilgilendiren hemen her konuda âyetler içermektedir¹⁰²⁶. Hz. Peygamber zamanında yasamanın dayandığı ikinci kaynak, bizzat kendisi, yani Sünnet idi. O, yaptıkları ve söyledikleriyle bu dönemin tek kanun koyucusuydu¹⁰²⁷ ve bu hak ona, Allah tarafından verilmiştir¹⁰²⁸. O, Kur'ân'daki hükümleri açıklar¹⁰²⁹, bazı ilaveler yapar¹⁰³⁰, yeni hükümler de getirirdi¹⁰³¹. Dolayısıyla bu dönemde hükümlerde ihtilaf ve aynı konu üzerinde farklı görüşler yoktu. Çünkü müslümanlar açısından onun hüküm ve görüşleri her zaman tercih edilirdi¹⁰³².

Hz. Peygamber'in, "Kim ölü toprağı işe yarar hale getirir, ihya ederse; o arazi onunundur."¹⁰³³, "Katil, mirasçı olamaz."¹⁰³⁴, "Kim dinini değiştirirse, onu öldürünüz."¹⁰³⁵, "Bir müslümanın kanı şu üç sebepten dolayı akıtılır; imandan sonra küfre dönme, evlendikten sonra zina yapma, haksız yere adam öldürme."¹⁰³⁶, "Bekar erkekle bekar kadın zina ederse, yüz sopa vurulur ve bir yıl sürgün edilir. Evli erkekle evli kadın zina ederse, taşlanır"¹⁰³⁷, ehli eşek etinin yenmesinin yasaklanması¹⁰³⁸, Medineliler ve ehl-i kitapla kar-

¹⁰²⁴ Abdulvahab Hallaf, *Mecelletu'l-Kanun ve'l-İktisat I*, "Sultatu's-Selas fi'l-İslâm", Mısır, 1935, 509

¹⁰²⁵ Hallaf, "Sultatu's-Selas", 516

¹⁰²⁶ Evlenme, boşanma, miras, hacir vb. gibi kişisel hukukla 70, satış, kiralama, rehin, şirket, borçlanma ile 70, cezâ ve cinâyetlerle 30, muhâkeme, şahitlik, yemin ve ilgili konularla 13, anayasa, yasama biçimi, yönetim-halk ilişkisiyle 10, devletler (özel ve genel) hukukuyla 25, iktisat ve maliye ile 10 olmak üzere toplam (yaklaşık) 228 âyet doğrudan hukukla bağlantılıdır. Hallâf, *İslâm Hukuk Felsefesi*, 209-211; Yûsuf Mûsâ, *Fıkhı İslâm Tarihi*, 11

¹⁰²⁷ Hallaf, "Sultatu's-Selas", 508

¹⁰²⁸ 3 Âl-i İmrân 31-32; 4 Nisa 59, 65, 80; 9 Tevbe 29; 53 Necm 3-4; 59 Haşr 7

¹⁰²⁹ 5 Mâide 67; 16 Nahl 44

¹⁰³⁰ Örnek hala ve teyzenin nikahının yasaklanması, Müslim, Nikah 33-40; Ebû Dâvûd, Nikah, 12

¹⁰³¹ Buhârî, *Tefsîru'l-Kur'ân*, 4; Nesâî, Zine, 26

¹⁰³² Hallaf, "Sultatu's-Selas" 516

¹⁰³³ Buhârî, Hars, 15; Ebû Dâvûd, İmâre, 37; Tirmizî, Ahkâm, 38

¹⁰³⁴ Ebû Dâvûd, Diyet, 18; Dârimî, Feraiz, 41; Hanbel, I, 49; İbn Mace, Diyet, 14; Tirmizî, Feraiz, 17

¹⁰³⁵ Buhârî, Cihad, 149; İ'tisam, 28; Ebû Dâvûd, Hudûd, 1

¹⁰³⁶ Dârimî, Hudûd, 2

¹⁰³⁷ Müslim, Hudûd, 12, 13; Ebû Dâvûd, Hudûd, 23; Tirmizî, Hudûd, 8

¹⁰³⁸ Kamil, II, 217

deşlik anlaşması¹⁰³⁹, Yemen halkına yazmış olduğu; " Kim namazımızı kılar, kıblemize yönelir, kestiğimizi yerse o kimse müslümandır, Allah ve elçisinin zimmetindedir. İslâmiyeti kabul etmeyenler ise cizye öder"¹⁰⁴⁰ mektubu vb. örnekler onun yasama fonksiyonunun belgeleri niteliğindedir.

Kur'ân'daki hukukî hitapların büyük bir kısmı çeşitli vesilelerle nazil olmuştur. Bu sebepler genellikle, Hz. Peygamber'e sorulan bir soru veya meydana gelen olaylardan ibaretti¹⁰⁴¹. Soruların azlığı veya çok soru sormanın hoş karşılanmaması, davranış kurallarının da bu doğrultuda gerçekleşmesinin önemli nedenlerindendir¹⁰⁴². Dolayısıyla bu dönemde teşri' faaliyet sadece olayları ve ihtiyaçları karşılamak içindi¹⁰⁴³. Diğer yandan, değerler sistemine aykırı olmadığı sürece hayata müdahale etmeme, bu dönemin en önemli özelliklerindendir.

B. Raşit Halifeler Döneminde Yasama: İslâm hukuk düşüncesinde ihtiyaç ve maslahatların gerektirdiği şekilde yasal düzenlemelerde bulunmak, yönetimin yetkilerindendir. Gerektiğinde dinin yasaklamadığını yönetim yasaklamıştır. Hz. Peygamber döneminde geçerli bir uygulama olan müellefe-i kuluba zekat vermek¹⁰⁴⁴, dinen caiz ve hukuken yasal idi. Hz. Ebu Bekr döneminde ise dinen caiz olduğu halde, kanunen yasaklanmıştır¹⁰⁴⁵.

Hz. Ömer, evlenmede denkliği şart koşmuş ve birbirlerine denk olmayan kadın ve erkeklerin birbirleriyle evlenmelerini yasaklamıştır¹⁰⁴⁶.

Hz. Peygamber döneminde yasama, Kur'ân ve Sünnette toplanmıştı. Onun vefatıyla, müslümanların başvurduğu bir yasama kaynağı ortadan kalkmış oldu. Yalnız, Ondan sonraki dönemlerde de bu iki kaynak, yasamanın yönlendiricisi olarak etkisini devam ettirmiştir. Çünkü müslüman toplumlarında hukukun karakterini, Kur'an ve Sünnet belirler. Yalnız, şartların değişmesi sonucunda, yorumlar ve vasıflamalar değişebilir. Sahabe dö-

¹⁰³⁹ İbn Kesîr, *el-Bidaye*, III, 223-224

¹⁰⁴⁰ Belazûrî, 99, 116-117

¹⁰⁴¹ el-Gazâlî, *el-Mustasfâ*, II, 58 vd.

¹⁰⁴² Buhârî, *İ'tisâm*, 2; Müslim, Hacc, 412; Aksu, 89.

¹⁰⁴³ Hallaf, "Sultatu's-Selas" 516

¹⁰⁴⁴ 9 Tevbe 60

¹⁰⁴⁵ Cessâs, Ebû Bekr Ahmed b. Ali er-Râzî, *Ahkâmu'l-Kur'ân* I-V, Kâhire ts., 2. baskı, IV, 325; İbnu'l-Humâm, Kemaluddin Muhammed b. Abdulvahid, *Şerhu Fethi'l-Kadîr* I-X, Beyrût ts., 2. baskı, II, 45; Kâsânî, II, 45

¹⁰⁴⁶ Serahsî, *Mebsût*, IV, 196

neminde üçüncü teşri' kaynağı ictihat ve hakkında nas olmayan konularda kıyas vasıtasıyla hüküm istinbatıdır. Bu üçüncü kaynağa Hz. Peygamber sağlığında işaret etmiştir¹⁰⁴⁷. Dördüncü teşri' kaynağı ise icmadır¹⁰⁴⁸.

Eski hukukçuların hüküm ve görüşlerinin yeni hukukçular tarafından yeniden değerlendirilmesi, Kur'an ve Sünnete karşı bir tutum sayılmaz¹⁰⁴⁹. Şartların değişmesine paralel olarak hukuk kuralları ve kurumsal yapılanma değişebilir. Sağlam, canlı ve dinamik yapıya sahip olan toplumlarda devlet, kurumlarını yapılandıracak, kurumlarıyla beraber sürekli gelişecektir. Bu gelişme sonunda hukuk kuralları ve kurumlar yetersiz kalıyorsa, bu yetersizlik mutlaka şûra vb. kurumlar oluşturularak giderilmelidir.

2.4.1.4. Bir Yasama Kurumu Olarak Şûra

Şûra sözlükte, danışıp işaret almak, görüş almak¹⁰⁵⁰, atın yürüyüş şeklini öğrenmek için onu denemek, petekten bal almak¹⁰⁵¹ manalarına gelmektedir. Terim olarak ise, bazı kimselerin başka kişilerin görüşlerine başvurarak, doğru görüşü arama faaliyeti¹⁰⁵² demektir.

İyice düşünülmeden, başkalarının görüş ve düşünceleri alınmadan, fert ve toplum hayatıyla ilgili kararlar almak, çoğunlukla olumsuz sonuçlar doğurur. Kendi içinde kapalı ve başka insanların düşüncelerine değer vermeyen bir insan, *dâhi* bile olsa, yapacağı işlerin pek çoğunda olumsuzluklarla karşılaşabilir. Onun için genel geçer sosyolojik bir kavram olan şûraya tarihte büyük önem verilmiştir.

Şûra, İslâm'la ortaya çıkan bir prensip olmayıp, İslâm öncesi de uygulanan bir karar alma fonksiyonudur. Cahiliye dönemi sosyal ve siyasi işlerin konuşulduğu "Dâru'n Nedve", bir tür danışma meclisi işlevini yerine getirmekteydi. Mekke'nin kırk yaşını doldurmuş bütün insanları bu danışmalara katılma hakkına sahipti. Yalnız salonun küçük olması sebebiyle herkes bu hakkını kullanamazdı. Genellikle kabilelerin önde gelen ve ken-

¹⁰⁴⁷ Hallaf, "Sultatu's-Selas", 440

¹⁰⁴⁸ Hallaf, "Sultatu's-Selas", 441

¹⁰⁴⁹ Hamidullah, *İslâm Peygamberi*, II, 901

¹⁰⁵⁰ Elmalılı, II, 1213

¹⁰⁵¹ İsfahânî, 270; er-Râzî, Fahrüddin Muhammed b. Ömer b. Hüseyin, *et-Tefsîru'l-Kebîr*, I-XXX, Tah-rân, ts., 2. baskı, IX, 65

¹⁰⁵² İsfahânî, 270

dini kabul ettiren şahsiyetlerin toplanmasıyla yetinilirdi¹⁰⁵³. Hz. Peygamber'in hicretini haber alan Kureyş'in Daru'n-Nedve'de toplanması ve orada istişarede bulunması buna örnek olarak verilebilir.

Kur'ân-ı Kerim'de Şûra: Kur'ân, İslâm öncesi toplumlar da varolan şûra prensibini devam ettirmiştir. Yalnız şûraya, kabile yaklaşımından farklı olarak, evrensel bir boyut kazandırmıştır. Şûra kavramı dolaylı olarak birçok ayette geçmekle birlikte¹⁰⁵⁴ açıkça iki âyette yer almaktadır; "Allah'ın rahmeti sebebiyledir ki onlara yumuşak davrandın. Eğer kaba, katı yürekli olsaydın çevrenden dağılır giderlerdi. Öyleyse onlar (ın kusurların)dan geç. Onlar için af dile. (Yapacağın) iş(ler) hakkında onlara danış. Karar vermede Allah'a dayan. Çünkü Allah kendine dayanıp güvenenleri sever."¹⁰⁵⁵ "Rablerinin çağrısına gelirler, namazı kılarlar, işleri aralarında şûra iledir."¹⁰⁵⁶

İlk âyet, Hz. Peygamber'e müslümanlarla istişare etmesini, bir şeye karar verince de Allah'a dayanıp azimle sonuca gitmesini emretmektedir. Medine'de inen bu âyet, istişarenin yönetim açısından önemini belirlemektedir. Daha önce Mekke'de inen, ikinci âyette ise şûra, iman ve namazla birlikte zikredilmektedir. Bu âyette şûranın, insan ve toplum hayatındaki önemine dikkat çekilmektedir¹⁰⁵⁷.

Sünnet'te Şûra: Kur'ân'ın önemle işaret ettiği şûra kavramı Sünnet'te de önemli bir yere sahiptir. Bu bağlamda Hz. Peygamber; "İstişare eden her toplum, mutlaka doğru yolu bulur."¹⁰⁵⁸ "Bir toplum istişare ettiği sürece, zillete düşmez"¹⁰⁵⁹ buyurmuştur. Hz. Peygamber, din ve dünya ile ilgili pek çok konularda, arkadaşlarıyla istişare yapmıştır; namaz vakitlerinin belirlenmesi için ezanın benimsenmesi¹⁰⁶⁰, Bedir harbinde mücahitlere danışması¹⁰⁶¹, Bedir ordusunun konuşlandırılması¹⁰⁶², Bedir esirlerine muamele¹⁰⁶³, Uhud

¹⁰⁵³ Hamîdullah, *İslâm Peygamberi*, II, 852; Zahit Aksu, *İslâm'ın Doğuşunda Toplumsal Realite Hukukî Ayetler ve İctihâdî Kaynaklar*, Erzurum, 1977 (Basılmamış Doçentlik Tezi), 32

¹⁰⁵⁴ 27 Neml 28-32, 38-40; 28 Kasas 20, 26; 56 Talak 6

¹⁰⁵⁵ 3 Âl-i İmrân 159

¹⁰⁵⁶ 42 Şûra 38

¹⁰⁵⁷ Süleyman Ateş, *Yüce Kur'an'ın Çağdaş Tefsiri*, I-XI, İstanbul, 1988-1991, II, 125

¹⁰⁵⁸ ez-Zemahşeri, Ebu'l-Kâsım Mahmûd b. Ömer, *Tefsîru'l-Keşşâf*, Kâhire 1977/1397, I, 209

¹⁰⁵⁹ Tirmizî, Fiten, 8

¹⁰⁶⁰ İbn Hişâm, II, 253; Buhârî, Ezan, 1; Müslim, Salat, 1; Ebû Dâvûd, Salat, 27

¹⁰⁶¹ Ahmed b. Hanbel, III, 105

¹⁰⁶² Serahsî, *Usûl*, II, 91; el-Gazâlî, *el-Mustasfâ*, II, 356; Karaman, *İslâm Hukuk Tarihi*, 75

¹⁰⁶³ İbn Hişâm, III, 33-34; Serahsî, *Usûl*, II, 131

savaşı¹⁰⁶⁴, ifk olayı¹⁰⁶⁵ hakkında yapılan istişareler, bunlardan birkaçıdır.

Ebu Hureyre de, “Resulullah’tan daha çok arkadaşlarıyla danışan kimse görmedim.”¹⁰⁶⁶ diyerek, Peygamber’in istişareye verdiği önemi dile getirmektedir.

Vahyin henüz kesilmediği bir zaman diliminde bile insanların görüşlerine bir değer atfedilmiştir. İnsan aklının verdiği sonuçların bir değeri olmasaydı Allah, Peygamberine, her ne sebeple olursa olsun danışmasını emretmezdi.

Hiz. Peygamber, çevresindeki insanlarla sürekli olarak şartların gerektirdiği şekilde istişare etmiştir. Bu alanda herhangi bir düzenleme de yapmamıştır. Bilgi, birikim ve ileri görüşlülüğü ile tanınan sahabilerin seçkinleriyle, kavminde lider konumunda ve öncü olanlarla, görüşleri toplumu temsil etmesi açısından, istişare ederdi.

Dört Halife Döneminde Şûra: Hiz. Peygamber’in vefatıyla başlayan Raşit Halifeler döneminde bazı alanlarda kurumsallaşmaya gidilse de şûra, henüz somut bir kurum haline gelmemiştir. Raşit Halifeler döneminde, çağdaş anlamda yasama kurumları yoktu. Bununla birlikte bu büyük halifeler, önemli bütün meselelerde, toplumun ileri gelenleriyle istişare etmişlerdir.

Hiz. Ebu Bekr, Peygamber’in kabrinin kazılacağı yer¹⁰⁶⁷, zekat vermeyenlere karşı savaş¹⁰⁶⁸, Kur’ân’ın cem edilmesi¹⁰⁶⁹, Hiz. Ömer’in halifeliğinin nasbı¹⁰⁷⁰ vb. konularda istişare yapmıştır.

Hiz. Ömer, divan teşkilatının kurulması¹⁰⁷¹, Hicri takvimin kabulü¹⁰⁷², ganimetlerin dağıtımı ve para sisteminin kabulü¹⁰⁷³, içki içenlerin¹⁰⁷⁴, zina yapan kadının¹⁰⁷⁵, korkudan çocuğunu düşüren kadının durumları, yeni halifeyi seçecek kurulun oluşturulması¹⁰⁷⁶ ko-

¹⁰⁶⁴ İbn Hişâm, III, 147; Buhârî, Cihad 65; Ebû Dâvûd, Cihad 106

¹⁰⁶⁵ İbn Hişâm, IV, 11; Buhârî, Meğazi 12, 34; Taberî, II, 610

¹⁰⁶⁶ Tirmizî, Cihad 35; Zemahşeri, I, 209

¹⁰⁶⁷ İbnu'l-Esîr, II, 305; Şibli, IV, 41; Çağatay, 278

¹⁰⁶⁸ Buhârî, Zekât, 6

¹⁰⁶⁹ Buhârî, Fedaili'l-Kur'ân 3

¹⁰⁷⁰ İbnu'l-Esîr, II, 389-391; İbn Kuteybe, el-İmame ve's-Siyase, I-II, Beryut ts., I, 23-25

¹⁰⁷¹ Mâverdi, 40

¹⁰⁷² Çağatay, 349-350

¹⁰⁷³ Ebû Yusuf, 249-250

¹⁰⁷⁴ Şa'bân, 106; el-Kuraşî, Ğalib Abdulkâfi. Evveliyyâtü Fârûki's- Siyâsiyye, yy., 1990/1410, 426

¹⁰⁷⁵ Ebû Dâvûd, Hudûd, 14

¹⁰⁷⁶ İbnu'l-Esîr, III, 70-72; İbn Kesîr, Bidâye, VII, 238-247

nularında istişare yapmıştır. Hz. Osman, Kur'ân'ın çoğaltılmasında¹⁰⁷⁷, Hz. Ali de Cemel vakasında¹⁰⁷⁸ istişarelerde bulunmuşlardır.

İlk halife Hz. Ebu Bekr, şûra âyetlerinin gereği, yönetimde kendisine yardımcı olacak bir meclisin varlığını gerekli görünce, daha önce bilinen, toplumun önde gelenlerine danışma, şeklinde bir şûra meclisi oluşturmuştu. Zamanındaki duruma göre Hz. Ebu Bekr'in, yetkisini bu şekilde kullanması doğru idi. Çünkü geleneksel yapı henüz yıkılmamıştı. Toplum, kabile toplumunun karakteristik özelliğini devam ettirmekteydi. Temsilcileri belirlemek için seçim de yapılmış olsaydı, yine aynı şahıslar öne çıkacaktı. Bu yapılanma şekli bütün halifeler döneminde devam etmiştir. Çünkü bu dönemde devlet yeni kurulduğundan toplumsal yapılanma basit ve sade idi ve herkes herkesi tanıyordu. Şûra da toplumun sosyolojik yapısına uygunluk göstererek gerçekleşiyordu.

İslâm geleneğinde şûra için özel bir yöntem belirtilmemiş ve şûrayı gerçekleştirecek kurumlar açısından bir siyaset felsefesi ve yapılanması geliştirilememiştir. Şûranın gerçekleşmesinde zaman ve mekan açısından farklılık olacağı açıktır. Bundan dolayı şûranın şekli düzenlenmesi insanlara bırakılmıştır. Öyleyse zamanın şartları ve toplumsal gerçekler nasıl gerektiriyorsa şûra o şekilde oluşturulmalıdır¹⁰⁷⁹. Burada önemli olan şûra sonuçlarının dinin temel prensiplerine, hak ve adalet ölçülerine aykırı olmamasıdır. Şûra dünya işlerinin önemli olanları ve hakkında vahiy olmayan din işlerinde her zaman için geçerlidir¹⁰⁸⁰.

Zamanımızda toplumsal yapılanma kabile görünümünden uzaklaşmış, sosyal yapı büyüyüp kompleks bir hal almış ve devlet genişlemiştir. Sonuçta kabile reislerinin temsil nitelikleri de kaybolmuştur. O halde kamuoyunu anlamak ve toplumun temsilcilerini seçmek için çağdaş yöntemler geliştirilmelidir.

Modern toplum ve devletlerde yasama organı, seçimle belirlenmektedir. Çağdaş yönetimlerde seçim sistemleri, temsil sahasını mümkün olduğu kadar genişletmek için, yeni yöntemler araştırmaktadır. Çünkü gaye, toplumsal temsil sistemini mümkün olduğu kadar geniş katılımcı ve objektif şekilde oluşturmaktır.

¹⁰⁷⁷ İbnu'l Esîr, III, 115-117

¹⁰⁷⁸ Taberî, IV, 508 vd.

¹⁰⁷⁹ Abdülkerim Zeydan, *el-Ferdu ve'd-Devletu fi's-Şeri'ati'l-İslâmiyye*, Bağdat, 1965, 26

¹⁰⁸⁰ Cessâs, II, 229-230; Zeydan, *Fert ve Devle*, 23

İnsanlık ve bilimin gelişimi dikkate alınarak insanın amaçlarına hizmet edecek ve beklentilerini gerçekleştirecek her türlü yöntem ve araç İslâm'a da uygundur denilebilir. Çünkü İslâm, kurumsallaşma olgusuna amaç değil araç olarak bakar.

Kur'ân ve Sünnet'i yasamanın tek kaynağı olarak nitelendirme yerine, bunları müslüman toplumların ortak değer hükümlerini ve kabullerini oluşturan veya onlara bu konuda yol gösteren bir rehber ve bir hikmet kaynağı¹⁰⁸¹ olarak tanımak daha isabetli olur. Böyle olunca, bu çerçevede geliştirilecek farklı yorumlara, ilahî irâdeye aykırı olup olmadıklarının yanında, müslümanların ortak yararına, sağduyuya ve kamuoyunun beklentilerine ne kadar uygun olduğu açısından da bakılmış olur.

2.4.2. YÜRÜTME

Yürütme, tanımının yapılmasında ve sınırlarının belirlenmesinde en çok zorluk çekilen kavramlardan birisidir. Çünkü yürütme organı cumhurbaşkanını kapsadığı gibi hükümet adı ile bütün bakanlıklar ve diğer bağlı kuruluşları da ifade etmektedir¹⁰⁸².

Devlet ve toplum düzeninin temel unsuru olan yürütme, yasama organınca belirlenen konu ve alanları gerçekleştiren organ ve görevin adıdır. Genel olarak yürütme, devletin yasama ve yargı dışında kalan fonksiyonları olarak tanımlanır. Yürütme fonksiyonu, yasalar çerçevesinde devletin işleyişini sağlama ve devam ettirme yönünde yapılan faaliyetlere denir¹⁰⁸³.

Yasamanın sahası sınırsızdır, dolayısıyla o, her alanı düzenleyebilir. Devlet, faaliyet gösterdiği her alanda kanun yapabilir¹⁰⁸⁴. Kanunların belirli kişilere ve olaylara uygulanması ise, yürütmenin konusudur¹⁰⁸⁵. Çünkü yapılan kanunların yaptırımlarının sürekliliği, yürütmelerini sağlayacak bir gücü gerektirir¹⁰⁸⁶. Öyleyse modern devletlerde yürütme kuvvetinden kastedilen; kanunları yürütmeyi üzerine alan ve genel katılımın idaresini sürdüren heyettir. Devlet başkanından itibaren bütün sorumluları kapsar¹⁰⁸⁷.

¹⁰⁸¹ 2 Bakara 2

¹⁰⁸² Uslu, 136; Gözübüyük, *Yönetim Hukuku*, 5

¹⁰⁸³ Çam, 127

¹⁰⁸⁴ Turan Güneş, *Türk Pozitif Hukukunda Yürütme Organının Düzenleyici İşlevleri*, Ankara 1965, 27

¹⁰⁸⁵ Güneş, 10

¹⁰⁸⁶ Akipek, 186

¹⁰⁸⁷ 'Aliye, 45

Müslüman hukukçular halifenin, vezirlerin, valilerin, kadıların vb. görevlilerin yerine getirdiği devletin kuvvetlerinin hepsini velayetu'l-âmme diye isimlendirir. Özellikle bu ibare hükümet ve yürütme kuvvetini deyimler¹⁰⁸⁸.

Yürütme, geniş anlamda ele alındığında, bir yanyla siyasal nitelikli olan hükümeti, öbür yanyla da teknik nitelikteki idareyi kapsar.

İnsanların bir toplum oluşturmadaki amaçları, özgür ve bağımsız olarak kendi yasalarıyla yönetilmek istemeleridir¹⁰⁸⁹. Öyleyse yürütme, toplumun hizmetinde olmalı ve toplum için hizmet teknikleri üretmelidir. Bunlar yapılırken de toplumsal hayat ve ülke şartları dikkate alınmalıdır¹⁰⁹⁰.

Modern bir devlette yürütme, aldığı görevleri yerine getirirken her bakımdan hukukun gereklerine ve özellikle adâlet idesine bağlı kalmalıdır. Toplumsal hayat sadece fayda ve menfaat açısından değil özellikle hukukun yüksek prensipleri ve adâlete uygunluk göz önünde bulundurularak düzenlenmelidir¹⁰⁹¹.

Yürütmenin cesur ve kararlı olması gerekir¹⁰⁹². Ancak böyle bir şey tecrübe ve dünya bilgisi, ufku geniş yüksek bir ekip gerektirir¹⁰⁹³. Çünkü bu gücün iyi değil kötü kullanılması, yasaların uygulanmaması veya yanlış uygulanması gibi durumlarda sosyal sıkıntılar baş gösterir ve toplum dağılır.

Yürütme organının güçlü olmasını sağlayan bir kısım dinamikler vardır. Bütünlük ve süreklilik bu dinamiklerin başlıcalarıdır.

Kamu yönetimini oluşturan kuruluşlarla bu kuruluşların yüklendiği görevler arasında sıkı bir ilişki vardır. Kamu kuruluşlarında beklenen görevler arttıkça kamusal örgütlerde genişleme ve yayılma olmakta, yeni görevler yeni örgütlerin kurulmasını gerektirmekte ve buna bağlı olarak kamu yönetimi karmaşık bir duruma gelmektedir¹⁰⁹⁴.

Basit toplumlarda yürütme tek bir şahıs tarafından yerine getirilebilirken, gelişmiş

¹⁰⁸⁸ 'Aliye, 45

¹⁰⁸⁹ Göze, *Siyasal Düşünceler*, 165

¹⁰⁹⁰ Akdemir, 202

¹⁰⁹¹ Azrak, 138

¹⁰⁹² 3 Âl-i İmran, 159; 4 Nisa 81

¹⁰⁹³ 4 Nisa 58

¹⁰⁹⁴ Gözübüyük, *Yönetim Hukuku*, 5

toplumlarda ise tek bir şahıs eliyle icra edilemez¹⁰⁹⁵. Başlangıçta hem fiziki hem de beşeri unsur bakımından çok fakir olan İslâm toplumunun siyasal yapılanması ve kamu hukuku ile ilgili kuralları basit ve fazla geliştirilmemişti. Bu siyasal yapılanmanın bütün işleri bizzat Hz. Muhammed tarafından yapılmaktaydı. Toplumun siyasal yapılanması fizikî ve beşeri açıdan genişlemeye başlayınca, bir tek şahsın bütün faaliyetleri yerine getirmesi imkansızlaşmış ve Hz. Muhammed, vazife görmek üzere farklı kişiler görevlendirmiştir.

Yürütme, gücünü ve fiillerini bireylere hissettirebilmek için sürekli olarak vasıtalar ve ajanlar kullanır. Yalnız bu vasıta ve ajanlar, kendi irâdeleriyle bir şey yapamazlar; hareketleri yürütme organının sevkıyla olur¹⁰⁹⁶. Çünkü bütün yürütme görevleri, egemenlik gerektiren yetki görevleri değildir¹⁰⁹⁷.

2.4.2.1. İslâm Hukuk Düşüncesinde Yürütme

İslâm'ın siyasal öğretisinde yürütme esasen insanın yetki ve sorumluluk alanına giren beşeri bir faaliyettir. Yalnız İslâmî öğretilerde her hükümde Allah'ın hakkı olduğu inancı vardır. Bundan dolayı herkes gibi yürütme organının kişi ve kurumlarının da dinin genel ilke ve amaçları doğrultusunda ve din tarafından konulan bazı kayıt ve sınırlamalara tabi olmaları gerekmektedir.

Genel otoriteden kaynaklanan bütün tali kuvvetler sınırlıdır¹⁰⁹⁸. Genel İslâmî anlayışa göre devletin yasama gibi yürütme fonksiyonu da mutlak bir yetki değil, belli sınırlarla kayıtlı olan bir yetkidir.

Doktrinde siyasal anlamda iktidarı elinde tutan kişiye itaat edilmesi emredilmiştir. Fakat bu itaat, yöneticinin buyruklarının Allah'ın emrine aykırı olmaması şartına bağlanmıştır. Başka bir ifadeyle yürütmenin işlevleri ancak hukuka uygun olmaları halinde geçerli olabilir. Bu ilke "itaat ancak ma'rufadır"¹⁰⁹⁹ ifadesiyle açıkça belirtilmiştir.

Ayrıca yürütme yetkisinden kaynaklanan tüm işlem ve eylemler yargının denetimi içindedir. Yönetimin hukuka aykırı kararlarıyla yetkinin kötüye kullanımına yönelik davalar *velayetü'l-mezalim* denilen ve öteki faaliyetlerinin yanısıra yönetimle ilgili davalara da

¹⁰⁹⁵ Divrik, 62

¹⁰⁹⁶ Divrik, 24

¹⁰⁹⁷ Aristo, IV-15, 135

¹⁰⁹⁸ 'Alîye, 41

¹⁰⁹⁹ Buhârî, Ahkam, 4; Müslim, İmare, 39-40; Ebu Davud, Cihad, 87

bakan bir yüksek yargı organının görevleri arasında kabul edilmiştir¹¹⁰⁰.

Ancak İslâm hukukçularının önemli bir grubu çeşitli sosyo-politik sebeplerle fitne ve kargaşaya yol açacak hareketlerden uzak durmayı tavsiye etmişler. Halifenin icraatını beğenmeyen ve kendince İslâmi bulmayan grupların baş kaldırmalarını ve silahlı mücadelelerini fitne ve anarşi olarak nitelendirirken ilk planda kamu düzeninin korunmasının sıkıntılarının meşruiyyet ve birlik içinde kalınarak aşılmasının önemine dikkat çekmek istemişlerdir¹¹⁰¹.

İslâm hukukunda yürütme işlevi bütünüyle kamu yararını (maslahatu'l-âmmе) gerçekleştirmeye yöneliktir. Klasik dönemde yürütme ilkesinin kamu yararına dayanması prensibi "imamın raiye üzerindeki tasarrufu maslahata men'uttur"¹¹⁰² şeklinde ifade edilmiştir. Mecelle'de bu ilke "raiyye yani teba üzerinde tasarruf maslahata men'uttur"¹¹⁰³ şeklindedir.

İslâm hukuk düşüncesinde yürütme işlevinin önemli bir özelliği kolaylık prensibidir. Yüce Allah İslâm dininin genel ve sürekli bir din olmasını istemiştir¹¹⁰⁴. Çünkü dinin bu niteliği hükümlerin uygulanmasının kolay olması sonucunu doğurur¹¹⁰⁵.

İslâm hukukunda yürütme fonksiyonu için belirli bir şekil ortaya konulmamıştır. İslâm hukuk düşüncesinde yürütme, toplumsal gerçekliğin üzerinde şekillenir. Klasik dönem İslâm hukukçuları, devletin siyasi iktidar tarafından yerine getirilecek olan işlevlerinin hangi organlar tarafından yapılması gerektiği hususunda Kitap ve sünnetin belirleyici ve sınırlayıcı tanımlar getirmediğini asıl olanın işlevlerin icra edilmesi olduğunu tesbit etmiş bulunmaktadırlar. İbn Kayyım'ın bu bağlamdaki sözleri dikkat çekicidir; "Yetkilerin genel ve özel oluşu ile yetkili organın yetkisinin sınırlarına gelince, bu lafızlardan (ifade ve usluptan), halden ve örften anlaşılır. Bu konuda şeriatta bir tanım bulunmamaktadır. Başka bir ülke (bölge, yer) ve dönemde velayetu'l-harbın (savaş bakanlığı) yetki alanına giren bir husus kimi (diğer) ülke ve dönemlerde velayetu'l-kada (yargı) organının yetkileri içine

¹¹⁰⁰ Maverdî, 152-156; Ayrıca, Mezalimin siyasal ve yönetsel bazı işlevleri için bk. Vecdi Akyüz, *İslâm Hukukunda Yüksek Yargı ve Denetim*, İstanbul, 1995, 105-137

¹¹⁰¹ Apaydın, *İlmihal*, II, 295

¹¹⁰² İbn Nuceym, 124; Zerka, Muhammed Ahmed, *Şerhu Kavaidi'l-Fıkhıyye*, Dimeşk, 1989/1404, 2. Baskı, 57

¹¹⁰³ Mecelle, Madde, 58

¹¹⁰⁴ Aşur, 98

¹¹⁰⁵ 2 Bakara 185, 286; 4 Nisa 28; 5 Maide 6; 22 Hac 78; Buharî, Edeb, 35; Müslim, Cihad, 6

girebilir. Bunun aksi de mümkündür¹¹⁰⁶.

İslâm tarihinde ilk dönemlerden itibaren birçok kurum ve uygulamalar komşu ülkelerden alınmıştır¹¹⁰⁷.

2.4.2.2. Yürütmenin İşlevleri

Pek çok alanda fonksiyonel olan yürütme organının görevleri genel olarak şu başlıklar altında toplanabilir:

1. Yasama faaliyetlerinde bulunmak ve bunlarla ilgili uygulama ve düzenlemeler yapmak; İslâm hukukunda yürütme yetkisini kullananların asli görevi kanunları icra etmektir. İslâm hukukçuları bu hususu Kur'an ve sünnet ahkâmının yerine getirilmesi şeklinde ifade etmektedirler. Kanunların uygulanması geniş anlamda olup mahkeme kararlarının tenfizini de göstermektedir¹¹⁰⁸.

Hiz. Peygamber, zekat düşen malların her bir çeşidi için ayrı ayrı ölçüler koyarak, bir malın konulan ölçüden az olduğu zaman ona zekat düşmediğini bildirmiştir¹¹⁰⁹. Develerin¹¹¹⁰, sığırların¹¹¹¹, gümüş¹¹¹² vb. malların zekat miktarlarını ve sürelerini¹¹¹³ de bildirmiştir. Aynı şekilde iki kız kardeşin¹¹¹⁴, bir kadının halası veya teyzesi, kardeş veya kız kardeş kızıyla birlikte nikahlanamayacağı¹¹¹⁵, hırsızlıkta el kesme miktarı¹¹¹⁶, katilin miras

¹¹⁰⁶ İbn Kayyım, *Turuk*, 239

¹¹⁰⁷ Haraç ve cizye İslâm'ın ortaya koymuş olduğu vergiler değildir. Haraç Tevratta vardır. Corci Zeydan, *Tarihi't-Temeddüni'l-İslâmî*, I-V, Kahire, ts. I, 230; cizye de daha önceki medeniyetlerde vardı. Corci Zeydan, I, 227; ayrıca Abdullah b. Cahş ilk seriyyede "Resulullah'a aldığımız ganimetlerin 1/5' i vardır demiş" bu olay ganimette 1/5 (humus) emredilmeden önce olmuştur. İbn Esir, II, 114. Posta teşkilatı Rum ve Fars dönemlerinde de olan eski bir kurumdur. Corci Zeydan, I, 239. Diwanlar, para basımı da aynı şekilde İslâm'dan önceki dönemlere uzanırlar.

¹¹⁰⁸ Maverdî, 51; Yargılama işlevini toplumun bir bütün olarak ifa etmesi maddi bakımdan imkansızdır. Bu itibarla yargılama işlevini toplum adına diğer genel işlevlerde (yasama, yürütme) olduğu gibi, devlet ve dolayısıyla onun organlarını oluşturan kişiler yerine getirir. İslâm hukukçaları bu hususu yargılama hilafetin görevleri kapsamındadır (İbn Haldun, 196). Kaza velayeti ancak imamın veya naibinin velayetindedir. Çünkü o âmme maslahatlarındandır. Ancak imam tarafından atanır. İbn Kudame, XI, 378, İmamın her bölgeye bir kadı ataması gereklidir şeklinde ifade etmişlerdir. İbn Kudame, XI, 375

¹¹⁰⁹ Buhârî, Zekât 32, 42, 56; Müslim, Zekât 6; Ebû Dâvûd, Zekât 2; İbn Mace, Zekât 6

¹¹¹⁰ Buhârî, Zekât 31; Hamîdullah, *Vesâik*, 227

¹¹¹¹ Buhârî, Zekât 43; İbn Mace, Zekât 12; Hamîdullah, *Vesâik*, 230

¹¹¹² Buhârî, Zekât 32, 40; Müslim, Zekât 6

¹¹¹³ Ebû Dâvûd, Zekât 4, 10-13

¹¹¹⁴ Tirmizî, Nikah 34; Ebû Dâvûd, Talak 24; İbn Mace, Nikah 39

¹¹¹⁵ Müslim, Nikah 33-40; Ebû Dâvûd, Nikah 12

¹¹¹⁶ Buhârî, Hudûd 13; Müslim, Hudûd 1-7

hakkının düşmesi¹¹¹⁷, babanın oğluna karşı kısas olunamayacağı¹¹¹⁸ hakkında da hükümler vermiştir.

Hiz. Ebu Bekr'in, zekat vermeyenlere karşı savařması¹¹¹⁹, Hiz. Ömer'in, üç talâkı tek talak sayması, nikahta denkliği şart kořması¹¹²⁰ vb. hükümler de örnekler olarak gösterilebilir.

2. Yönetimin ve buna bağlı kurumların yapılanmasını ve düzenlenmesini sağlamak (siyasal ve sosyal hayatı yönetmek ve yönlendirmek). Vezirliğin kurulması ve gelişmesi¹¹²¹, kitabet kurumu¹¹²², ordunun kurulması ve yapılanması¹¹²³, eğitim-öğretim faaliyetlerinin düzenlenmesi¹¹²⁴ oluşturulan devletin yürütme fonksiyonlarıdır.

Hiz. Peygamber her fethedilen şehre, idârî işleri yürütecek bir vali tayin etmiştir. Mekke'ye tayin edilen, Attab b. Esid'i¹¹²⁵ bunlardan birisidir. Hiz. Peygamber, İslâm'ın ulaştığı her yere, zekat toplamakla görevli âmiller gönderirdi¹¹²⁶. Onların en meşhurları, Ömer b. Hattab, Halid b. Said b. As, Muaz b. Cebel, Übey b. Ka'b idi.

3. Dış politikayı yönetmek. Uluslararası ilişkilerin ve faaliyetlerin varlığı ve yürütülmesi, özellikle devletler için söz konusudur. Devletler, uluslararası ilişkilerini, kendilerini temsil etmeye yetkili kıldıkları kişiler aracılığıyla yürütürler. Bu kişileri, merkezdeki yetkililer ve diplomasi temsilcileri diye iki gruba ayırmak mümkündür¹¹²⁷.

Hiz. Peygamber'in başında bulunduğu devlet de diğer devletlerle ilişkiler kurmuştur. Hiz. Peygamber dış politikayı, şahsen veya elçileri vasıtasıyla yürütmüştür. Hiz. Peygam-

¹¹¹⁷ Tirmizî, Feraiz, 17; Ebû Dâvûd, Diyet 18; İbn Mace, Diyet 14; Dârimî, Feraiz 41; Ahmed b. Hanbel, I, 49

¹¹¹⁸ Tirmizî, Diyet 9; İbn Mace, Diyet 22

¹¹¹⁹ Muhammed b. Ali b. Muhammed eş-Şevkânî, Neylu'l-Evtâr I-VIII, Mısır, ts., VI, 243, 244

¹¹²⁰ Serahsî, Mebsût, IV, 196

¹¹²¹ Mâverdi, 61-66; Ferra, Ebu Ya'la Muhammed b. El-Hüseyn, el-Ahkamu's-Sultaniyye, Beyrut, 1983/1403, 29-31; İbn Haldûn, 210; en-Nebhân, 487-496; Hasan İbrahim Hasan ve Ali İbrahim Hasan, en-Nuzumu'l-İslâmiyye, Kâhire 1962, 3. baskı, 112-113; Ziya Kazıcı, İslâm Müesseseleri Tarihi, İstanbul 1992, 69-87; Suphi Salih, İslâm Mezhepleri ve Müesseseleri, trc: İbrahim Sarıms, İstanbul 1983, 224-229

¹¹²² Salih, İslâm Mezhepleri ve Müesseseleri, 230-231; Asri Çubukçu, İslâm Medeniyeti ve Kurumları Tarihi, Erzurum, 1987, (Ders Notu), 180

¹¹²³ Taf. bk. Mustafa Zeki Terzi, Hiz. Peygamber ve Hulefâ-i Raşidin Döneminde Askeri Teşkilat, Samsun, 1990

¹¹²⁴ Hamîdullah, İslâm Peygamberi, II, 767-778; Hüseyin Algül, İslâm Tarihi I-IV, İstanbul 1986, II, 178-201; Ubeyd, 153

¹¹²⁵ İbn Hişâm, IV, 143; Taberî, II, 363

¹¹²⁶ İbn Hişâm, II, 600

¹¹²⁷ Pazarcı, III, 61

ber'e başka devletlerden elçiler gelmiş (Abs heyeti¹¹²⁸, Devs heyeti¹¹²⁹, Sakif Heyeti¹¹³⁰), Hz. Peygamber de diğer devletlere elçiler göndermiştir¹¹³¹ (Habeş hükümdarı Necaşi'ye¹¹³², Rum kayseri Heraklius'a¹¹³³, Acem şahı Kisra'ya¹¹³⁴, Mukavkisa¹¹³⁵).

4. İç ve dış güvenliği sağlamak. Ülkede huzur, güven ve asayişin sağlanması, kamu düzeninin istikrarlı biçimde devam ettirilmesi yürütmenin başta gelen görevlerindendir. Esasen hukukun uygulanması da kamu düzeninin varlığına bağlıdır.

İslâm hukukçuları yürütmenin iç güvenlikle ilgili bu işlevini insanların can ve mal endişesi olmaksızın geçinmelerini temin hususunda gerekli faaliyetleri yapabilmeleri ve ülkenin her yanına yayılıp dağılabilmeleri için kamu düzeninin korunması biçiminde ifade etmişlerdir¹¹³⁶.

Benzer şekilde yürütme dış düşmanlara ve onların saldırılarına karşı ülke sınırlarını korumak ister. İslâm hukukçuları bu hususu da önleyici ve caydırıcı tedbirleri almak şeklinde tespit etmişlerdir.

Hz. Peygamber ve müslümanlara Mekke döneminde Müşrikler tarafından reva görülen tehdit ve kötülükler, Hicret'ten sonra Medine'de de devam etmiştir. Bu dönemde iç ve dış tehdit ve tehlikelere karşı güvenlik tedbirlerinin alınması için, hem Kur'an'ın yönlendirmeleri¹¹³⁷ hem de Hz. Peygamber'in aktif olarak faaliyetleri söz konusudur. Dış tehditlere karşı Bedir, Uhud, Hendek savaşları¹¹³⁸ örnek olarak gösterilebilir. İç tehdi-
Dırar mescidi¹¹³⁹ olayı örneklerden biridir. Münafıklar her fırsattan istifade ederek, müslümanları birbirine düşürmeye çalışıyorlardı. Onun için Kuba'da inşa olunan Peygamber mescidine karşı, kendilerine ait bir mescit inşasına karar vermişler; bunun için bazılarının ihtiyarlık ve başka sebeplerle mescide devam edemeyeceklerini ileri sürmüşlerdi.

¹¹²⁸ İbn Kayyim, *Zâdu'l-Meâd Rahmet Peygamberi ve Devleti I-VI*, trc: Muzaffer Can, İstanbul 1989-1991, IV, 1581-1582

¹¹²⁹ İbn Kayyim, *Zâdu'l-Meâd*, IV, 1530-1532

¹¹³⁰ İbn Kayyim, *Zâdu'l-Meâd*, IV, 1500-1506

¹¹³¹ Taberî, II, 644-645; İbn Esir, II, 196

¹¹³² Ubeyd, 32; İbn Kayyim, *Zâdu'l-Meâd*, IV, 1603; Hamîdullah, *Vesâik*, 100-104

¹¹³³ Buhârî, İlim 6, Cihad 102, Meğazi 82; İbn Kayyim, *Zâdu'l-Meâd*, IV, 1601-2; Hamîdullah, *Vesâik*, 109-112

¹¹³⁴ Buhârî, İlim 7, Cihad 101, İbn Kayyim, *Zâdu'l-Meâd*, IV, 1602; Hamîdullah, *Vesâik*, 140-143; Ebû Ubeyd, 31-32

¹¹³⁵ Hamîdullah, *Vesâik*, 135-136

¹¹³⁶ Maverdî, 51

¹¹³⁷ 2 Bakara 190-194; 4 Nisa 75, 90; 8 Enfal 39-40; 9 Tevbe 29, 3 6; 22 Hac 39-41; 60 Mümtehine 8-9

¹¹³⁸ Bk. İbn Hişâm, III, 29 vd., 147 vd., 258 vd., IV, 173 vd.

¹¹³⁹ 9 Tevbe 107-108

H. Peygamber Tebuk'e giderken münafıklar, Peygamber mescidine gelemeyenler için orada namaz kıldırmasını istemişler. H. Peygamber, acelesi olduğunu söylemiş ve mescide gitmemişti. Tebuk'den döndükten sonra Malik ve Kabb b. Adiyy'i, bu mescidi yıktırmaya memur etti ve onlar da bu mescidi yıktılar¹¹⁴⁰.

5. Yürütme bir atılım, karar ve tavsiye organıdır. Yürütme, kanunları yalnız pasif bir biçimde uygulayan bir organ değil bilakis siyasî hayatta inisiyatifi elinde bulunduran bir organdır. Büyük ölçüde, yasama programını ve izlenecek genel politikayı belirleyen ve yönlendiren organdır.

6. Yürütme, devletin mali politikasını yani bütçe gelir ve giderlerini düzenler. İslâm hukukunda devletin gelir ve harcamalarının yönetimi, yürütmenin asli bir işlevi olarak düzenlenmiştir. Vergilerin -ki bunlar doğrudan nassların belirlediği veya toplumsal ihtiyaçların gerektirdiği ictihadi nitelikli öteki vergi türleri de dahildir- toplanması ve ilgili yerlere harcanması¹¹⁴¹ bir idari yapılanmanın oluşturulmasını ve yönetimini zorunlu kılmaktadır¹¹⁴².

7. Toplumun geleceği ile ilgili olarak planlar yapmak, kararlar almak, kısa ve uzun vadeli çözümler getirmek yürütme organının fonksiyonlarından¹¹⁴³. Yürütme fonksiyonu, yalnızca yasaların uygulanmasıyla sınırlanamaz¹¹⁴⁴. Yürütme artık eskisi gibi ampirik güdülere bağlı olarak değişen sosyal hayat karşısında sadece normatif bir kurum olarak ayarlayıcı bir rol almakla yetinmemekte sosyal hayata yön veren, müdahaleci bir fonksiyon haline gelmiş bulunmaktadır¹¹⁴⁵.

İslâm düşüncesinde yönetim, amaç değil bir araç, dînî olmaktan çok aklın gereği ve toplumsal mekanizmanın iyi işlemesinden doğan bir olgu olarak değerlendirilir. Kur'ân, yönetimle ilgili bir düzenlemede bulunmamıştır. Müşahhas bir varlık, zaman ve mekanla sınırlıdır. Zaman ve mekan değiştikçe, o da değişmek zorundadır. Yönetim şekli konusunda âyet ve hadîslerin yönlendirme yapmaması, dinin her zaman ve mekanda geçerli

¹¹⁴⁰ Şiblî, I, 373; Algül, II, 32-33; Ayrıca iç tehditler için Taf. bk. Ahmet Sezikli, *H. Peygamber Devrinde Nifak Hareketleri*, Ankara 1994

¹¹⁴¹ Maverdî, *Ahkam*, 23

¹¹⁴² İslâm tarihinde vergi hakkında taf. bk. Salih Tuğ, *İslâm Vergi Hukukunun Ortaya Çıkışı*, İstanbul, 1984

¹¹⁴³ Teziç, *Anayasa Hukuku*, 356-362

¹¹⁴⁴ Mehmet Turhan, 16

¹¹⁴⁵ Azrak, 138

olması mantığı ve yenilenmesi gereken sistemleri insan aklına bırakmayı gerektirir. Akıl bu sistemleri, insanın ve toplumun yakın ve uzak beklentilerini gerçekleştirmek için hukuk ve genel prensipler gereğince biçimlendirir¹¹⁴⁶.

Dinamik bir yapıya sahip siyasal sistemler, zaman, mekan ve milletlere göre farklılık göstereceğinden, belli bir zaman ve mekan boyutunda veya toplumda oluşturulan siyasal düzenleme, evrensel olma niteliğini taşıyamaz.

Bir milletin siyasal yapısı, o milletin tarihî birikiminin sonucunda oluşur¹¹⁴⁷. Bu açıdan, siyasal görüşlerin doğuşu ile tarihsel olayların gelişmesi arasında sıkı bağlar vardır¹¹⁴⁸. İslâm siyaset geleneğinde, yönetim modellerinin belirlenmesinde baskın öğeyi dînî nasslar değil, zamanın imkan ve şartları çerçevesinde bazı milletlerin birikimlerinden de yararlanan müslüman toplumların bilgi, kültür ve tecrübe birikimleri teşkil etmiştir. Dinin bu konudaki katkısı, biçimden çok muhteva yönüyle olmuştur.

Tarihi süreçte her toplum kendi yönetim biçimini destekleyecek şekilde âyet ve hadisleri yorumlamıştır. Şiiler'le Ehl-i Sünnet arasındaki imamet tartışması veya bir dönem meşrutiyeti savunan alimlerin daha sonra cumhuriyeti, şimdi de demokrasiyi savunmaları bu örneklerdendir. Bu bağlamda Kur'ân ve Sünnet'e atfedilen çeşitli siyaset teorileri ve ilkeleri, esasında bireylerin kendi tercihlerinin dînî metinlere yansıtılmış şekillerinden ibarettir.

Buradan çıkan sonuç şöyle özetlenebilir: Önemli olan, devletin formel yapısı değil içeriği ve fonksiyonlarıdır. Günümüzde yapılması gereken, devletleri *hukuk devleti* statüsüne kavuşturmak olmalıdır. Sıkıntılar devletlerin formel yapılanmalarından değil, fonksiyonlarından kaynaklanmaktadır. Bütün yönetim biçimlerinde devletin fonksiyonları ve gözetmesi gereken amaçları hemen hemen aynıdır. Fakat bunları gerçekleştirecek kurumsal yapılanmalar ve gerçekleştirme biçimleri farklılık gösterebilir. Bu açıdan İslâm, belli bir devlet şekli ortaya koymamıştır. Çünkü şekil, büyük ölçüde toplumsal ve kültürel şartlara bağlıdır. Önemli olan, bu alanı ilgilendiren temel ilkelerdir. Bu temel ilkelerden bazıları şunlardır:

¹¹⁴⁶ Niyazi, 23

¹¹⁴⁷ Ahmet Akbulut, *Sahabe Devri Siyasî Hadiselerinin Kelami Problemlere Etkileri*, İstanbul 1992, 84

¹¹⁴⁸ Rayyis, 27

1. Açıklanmamış ve düzenlenmemiş hususların görüşülerek ve tartışılarak çözülmesi¹¹⁴⁹.

2. Yöneticilerin ehliyetli ve kamu görevlilerinin liyakatli kimseler olması¹¹⁵⁰.

3. Yönetimin adâlet temeline dayanması ve yöneticilerin adâletle yönetmesi¹¹⁵¹.

4. Yöneten ve yönetilenler arasında çıkan anlaşmazlıklar, hukukun içinde ve mahkemelerce çözülmesi¹¹⁵².

5. Toplumda, düşünce ve ifade hürriyetinin sağlanarak, değişik görüşlerin tartışılacağı ortamın oluşması ve sonuçta en güzel görüşün ortaya çıkarılabilmesi¹¹⁵³.

6. Toplumu oluşturan bireylerin bilgi düzeyinin sürekli geliştirilmesi ve yükseltilmesi¹¹⁵⁴.

7. Toplumun gelişmesi için, yönetimin ilmi araştırmalara destek olması¹¹⁵⁵.

8. Sosyal ıslahat yapılması, yani ölçü ve tartıyı tam yapmak¹¹⁵⁶, hırsızlık¹¹⁵⁷, zina¹¹⁵⁸ vb. suçların ve fakirliğin¹¹⁵⁹ ortadan kaldırılması.

2.4.2.3. İslâm Hukuk Tarihinde Yürütme

2.4.2.3.1. Hz. Peygamber Döneminde Yürütme

Hz. Peygamber siyasal otoritesinden kaynaklanan yetkilerini yürütme alanında kullanmıştır.

Hz. Peygamber Mehzûr ovasında suların ayak topuklarına yükselinceye kadar tutulmasına, ayak topuklarına yükselince de diğer yerlere gönderilmesine ve böylece yukarıdakilerin aşağıdakileri sulardan mahrum etmemelerini karara bağlamıştır¹¹⁶⁰. Yine o Medine'de panayır yerini belirleyince; "İşte pazar yeriniz, orada size vergi (bac-harac) yoktur"¹¹⁶¹ buyurmuştur.

¹¹⁴⁹ 3 Âl-i İmrân 159; 42 Şûra 38

¹¹⁵⁰ 4 Nisa 58; 7 Yusuf 55; 28 Kasas 26

¹¹⁵¹ 5 Mâide 8, 42; 6 Enam 152; 16 Nahl 76; 57 Hadid 25

¹¹⁵² 4 Nisa 59

¹¹⁵³ 39 Zümer 18

¹¹⁵⁴ 17 İsrâ 36; 23 Mûminun 3; 39 Zümer 9

¹¹⁵⁵ 9 Tevbe 122

¹¹⁵⁶ 6 Enam 152; 7 A'raf 85; 11 Hud 84-85; 26 Şuara 181-183; 55 Rahman 8-9

¹¹⁵⁷ 5 Mâide 38

¹¹⁵⁸ 4 Nisa 15-16; 17 İsrâ 32; 24 Nur 2

¹¹⁵⁹ 2 Bakara 177, 184, 215

¹¹⁶⁰ Belazûrî, *Futûh*, 11-12

¹¹⁶¹ Belazûrî, 19

Hız. Peygamber hicretin 7. yılında Hayber'lılere karşı savaşı çıktı. Hayber'lıler Hız. Peygamber'e karşı koydular, kendisini oyaladılar ve müslümanlara karşı savaştılar. Resulullah da onları bir aya yakın bir süre kuşattı. Sonunda Hayber'lıler hayatlarının korunması, çocuklarının bırakılması şartıyla Hayber'den çekilip gitmeyi ve topraklarını, altın ve gümüşlerini üzerindeki hariç elbise ve silahlarını müslümanlara bırakmayı ve hiçbir şeyi saklamayacaklarını kabul etmek şartıyla Hız. Peygamber ile sulh yaptılar.

Hayberli yahudiler bu şartları kabul ettikten sonra Hız. Peygamber'e şu teklifte bulundular; "Biz toprağı işlemeyi ve hurma yetiştirmeyi biliriz" Hız. Peygamber yetişen meyve ve tahılın yarısı karşılığında onları yerlerinde bıraktı ve kendilerine; "Allah'ın sizi burada bıraktığı sürece ben de sizi bırakıyorum" dedi.

Ömer b. Hattab'ın hilafeti zamanında aralarında veba salgını baş gösterdi. Ayrıca onlar müslümanlara karşı kötü de davranıyorlardı. Ömer onları yerlerinden çıkardı ve Hayber topraklarını orada payları bulunan müslümanlar arasında taksim etti¹¹⁶². Fedek arazisi de uygulama yönünden Hayber gibidir¹¹⁶³.

Hız. Peygamber'in civar kabile ve valileri yazmış olduğu mektuplardan yürütmenin başı olduğu anlaşılmaktadır.

Hız. Peygamber'in Eyle halkına mektubu: "Maryuhanna b. Rube ve Eyle halkının önderlerine! Siz esenliktesiniz. Kendinden başka tanrı olmayan Allah'a hamdımı size iletirim. Mektubum size gelinceye kadar sizinle savaşmayacağım. Ya müslüman olun ya da cizye ödeyin. Allah'a, peygamberine ve elçisinin elçisine itaat ediniz"¹¹⁶⁴.

Hız. Peygamber'in Eyle halkı ile anlaşması: "Bismillahirrahmanirrahim. Bu Allah ve Muhammed'den Yuhanna b. Rube ve Eyle halkına bir güven mektubudur. Karadaki kervanları ve denizdeki gemileri de güven içindedir. Onlara ve onlarla olan Şam, Yemen ve Bahreyn halkına Allah'ın ve peygamber Muhammed'in zimmeti vardır"¹¹⁶⁵.

Hız. Peygamber'in Makna' halkı ile yaptığı anlaşma: "Bismillahirrahminirrahim. Resulullah Muhammed'den Beni Cenbe ve Makna' halkına! Şehrinize dönmekte olan tem-

¹¹⁶² Belazûrî, 31-32,33; İbnu'l-Esîr, III, 221; Taberî, III, 21; Ubeyd, 146; Mustafa Fayda, Hız. Ömer Zamanında Gayrı Müslimler, İstanbul, 1989, 2. Baskı 22

¹¹⁶³ Belazûrî, 41; Fayda, 22

¹¹⁶⁴ Hamidullah, Vesaik, 116

¹¹⁶⁵ Belazûrî, 85; Ubeyd, Emval, 258; Hamidullah, Vesaik, 117-118

silci kulunuz bana konuk oldu. Bu mektubun size gelince güven içinde olacaksınız. Allah'ın ve peygamberin zimmeti sizindir. Allah'ın peygamberi sizin bütün kötülüklerinizi ve suçlarınızı bağışlayacaktır. Size bir haksızlık ve saldırı yapılmayacaktır. Allah'ın Resulü kendisini koruduğundan sizi de koruyacaktır. Sizin dokumalarınız Resulullah'ın olacaktır. Sahip olduğunuz köleler, nakliye hayvanlarınız ve Resulullah'ın ya da onun elçisinin ya-sakları dışındaki silahlarınız da size kalacaktır. Bundan başka hurmalarınızın çeyreği, küçük sandallarla tuttuğunuz balıklarınızın çeyreği ve kadınlarınızın yaptığı dokumanın çey-reğini de ödeyeceksiniz. Bundan başka her türlü cizye ve suhreden (angarya boğaz toklu-ğuna çalıştırma) muafsiniz"¹¹⁶⁶.

Hiz. Peygamber'in yürütmenin başı olduğunu ifade edecek nitelikte daha pekçok mektubu ve yaptığı anlaşmaları mevcuttur¹¹⁶⁷.

Hiz. Peygamber'in civar kabile ve valilere yazmış olduğu mektuplar yürütme fonksi-yonu açısından değerlendirildiğinde şu sonuçlara ulaşılmaktadır:

1. Hiz. Peygamber devlet başkanı olarak yürütme organının da başıdır.
2. Hukuk ölçüleri içerisinde haklar ve sorumlulukların belirlenmesi ve hukukun merkeze alınması (hukuk devleti ilkesi) görülmektedir.
3. Yöneten ve yönetilenlerin karşılıklı sorumlulukları belirlenmiştir.
4. Dini hayatı düzenleme sözkonusudur¹¹⁶⁸.
5. Toplumsal huzurun temini ve kargaşalıklarla mücadele
6. Zekat veya vergi gelirlerinin oranlarını belirleme ve bunları toplama.
7. İnsan ve toplumu bilgilendirme ve yönlendirme¹¹⁶⁹.
8. Azınlıklar hukuku.

¹¹⁶⁶ Belazûrî, 186; Hamidullah, Vesaik, 120

¹¹⁶⁷ Bu konuyla ilgili bkz. Belazûrî, 114,117; Ubeyd, 28; Hamidullah, Vesaik, 148,154, 199,201,207,209,261

¹¹⁶⁸ Vatandaşların din ve vicdan hürriyetlerine saygı hukuk devletinin önemli özelliklerindendir. Ancak bir kısım insanların sübjektif anlayışlarıyla din adına ortaya çıkmaları veya dinin kamusal alanda o-lumsuzluk yaratacak şekilde işlenmesi halinde, devletin müdahalesi gerekebilir/gerekmelidir. Çünkü devletin kendisini ve toplumu koruması açısından müdahale hakkı doğar/vardır. Hiz. Ebu Zerr'e ya-pılan müdahaleler buna örnek teşkil eder.

¹¹⁶⁹ Bazı İslâm hukukçuları toplumu ve bireyi yönlendirmenin devletin fonksiyonlarından olduğunu söylerler. Karaman, Mukayeseli İslâm Hukuku, I, 104-18

9. Hukuk ve yürütmeye fayda düşüncesinin önemi.

2.4.2.3.2. Dört Halife Döneminde Yürütme

Dört halife döneminde de yürütme kuvveti devlet başkanının şahsında fonksiyonel olmuştur. Hz. Ebu Bekir'in yalancı peygamberlerle mücadelesi¹¹⁷⁰, mürtedlerle ve zekat vermeyenlerle savaşıması¹¹⁷¹, Kur'an'ın cem'i¹¹⁷², Necdanlılarla ahdi yenilemesi¹¹⁷³ yürütme ile ilgili tasarruflarının kapsamındadır¹¹⁷⁴.

Hz. Ömer'in zekatla ilgili yazısı¹¹⁷⁵, Necdanlılar konusunda valisine mektubu¹¹⁷⁶, divanların tanzimi ve insanlara maaş bağlanması¹¹⁷⁷ yürütme ile ilgili tasarruflarındandır.

Hz. Ömer'in Irak kuvvetleri komutanı Sa'd b. Ebi Vakkas'a yazdığı mektup; "Mektubun bana ulaştı orada anlattığına göre halk senden elde ettikleri ganimetleri ve Allah'ın fey olarak ihsan ettiği malları kendileri arasında taksim etmemi istemiştir. Mektubum sana ulaşınca meseleye bak ve eğil. Mal, hayvan ve eşya olarak insanların sana celb ettikleri ganimetleri topla onları müslümanlardan hazır bulunanlara bölüştür. Arazi ve nehirleri işleyenlere bırak ki onlar müslümanların gelirlerine dahil olsun. Eğer onları orada hazır bulunanlara taksim edersek sonradan gelenler için bir şey kalmaz"¹¹⁷⁸.

Irak fethedildikten sonra bazı kimseler Hz. Ömer'e; "Sevadı aramızda taksim et, çünkü biz onu âmmeten fethettik dediklerinde" o bunu kabul etemedi ve "Sevadı şimdi sizin aranızda bölüşsem sizden sonra gelecek nesiller ne yapacaklar. Hem ben Sevadı aramızda bölsem, sizin sularını bölüşmek hususunda aranızda bozgunculuk başgöstereceğinden korkuyorum" diye cevap verdi. Kendilerine cizye ve arazilerine haraç koyarak bölge halkını yerinde bıraktı¹¹⁷⁹.

¹¹⁷⁰ İbnu'l-Esir, II, 360-366

¹¹⁷¹ İbnu'l-Esir, II, 342 vd.; Taberî, III, 249-252; Suyutî, Celaluddin Abdurrahman b. Ebi Bekr Tarihu'l-Hulefa, Beyrut, ts., 81

¹¹⁷² Suyutî, Tarihu'l-Hulefa, 81

¹¹⁷³ Hamidullah, Vesaik, 191; Yusuf, 196

¹¹⁷⁴ Hz. Ebu Bekir'in yalancı peygamberlerle mücadelesi, mürtedlerle ve zekat vermeyenlerle savaşıması siyasal açıdan devlet hakimiyetinin tek ve bölünmezliği, şahsiyeti ve sürekliliği açısından önemlidir.

¹¹⁷⁵ Hamidullah, Vesaik, 206; Malik, Muvatta, Zekat, 23; Tirmizî, Zekat, 4 ???

¹¹⁷⁶ Hamidullah, Vesaik, 194; Yusuf, Harac, 197

¹¹⁷⁷ İbnu'l-Esir, II, 502-503; Kudame b. Ca'fer, el-Harâc es-Sena'atu'l-Kitabe, Irak, 1981, 21 vd.; Corci Zeydan, I, 179

¹¹⁷⁸ Ubeyd, 74; Belazûrî, 384; Fayda, 8

¹¹⁷⁹ Ubeyd, 72; Belazûrî, 384; Fayda, 9

Hız. Ömer Sevadı müslümanlar arasında taksim etmek istediğinde paylaşmayı emretti. Bir adama üç çiftçinin düştüğünü gördü ve durumu müzakere etti. Hız. Ali; "onları kendi hallerine serbest bırak ki müslümanlar için faydalı olsunlar" dedi. O da onları serbest bıraktı.¹¹⁸⁰

Hız. Ömer; "Allah'a yemin ederim ki benden sonra büyük ganimetleri bulunan bir yer fethedilmez. Bilakis fethedilecek memleketlerin müslümanlara bir yük ve külfet olması muhtemeldir"¹¹⁸¹. İşleyicileri ile birlikte Irak ve Şam arazileri taksim olunursa kaleler ne ile korunur, geriden gelecek nesillere, yetimlere ve dullara Irak ve Şam arazilerinden ve diğer memleketlerden ne kalır?" demiştir.

Mustafa Fayda rivayetleri değerlendirdikten sonra Hız. Ömer'i ve onun görüşünü paylaşanların gerekçelerini şöyle ifade etmektedir:

1. Bu topraklar savaşanlara dağıtılsa gelecek nesillere bir şey kalmayacaktır.
2. Topraklar bölüştürülürse suların taksimi hususunda müsmümanlar arasında bozgunculuk çıkacaktır.
3. Esirler taksim edilirse her müslümana üç çiftçi düşeceği, halbuki bunların müslümanlar için faydalı birer varlık olması gerektiğinden paylaşılmamalarının daha uygun olacağı.
4. Hız. Ömer'in ben bir hüccet buldum diyerek Haşr Süresi'nin 6-12. ayetlerini delil göstermesi
5. Müslümanların tarla ve toprakların işleyişini bilmemeleri.
6. Hız. Ömer'in kendisinden sonra Kisra'nın memleketi gibi büyük ganimetleri olan bir memleketin fetholunamayacağı. Buna karşılık fethedilecek yeni memleketlerin müslümanlara büyük yük ve külfet getireceğinin muhtemel olması.
7. Kalelerin ve sınırların korunması için askerlerin maaş ve ihtiyaçlarının karşılanması için paraya ihtiyaç duyulması.
8. Topraklar bölüştürölüp üzerinde yaşayan çiftçiler esir olarak dağıtılsa, gelecek müslümanlar ve zimmiler konuşacak bir insan dahi bulamayacakları gibi kendilerinin emeği olan iş ve kazançlarından da faydalanamayacakları ve sömürölmelerinin sürekli hale

¹¹⁸⁰ Ubeyd, 74; Fayda, 9

¹¹⁸¹ Hız. Ömer'in bu ifadelerinden devlet ülkesinin devletin kontrol edebileceği bir büyüklükte olması gerektiği anlaşılabilir.

geleceği ve sürekli köle halinde kalacağı¹¹⁸².

9. Cihad için nesillerin çoğalabilmesine yardım amacıyla yine bu toprakların dağıtılmamasının gerekliliği.

10. Cihadla mükellef olanların çiftçilikle uğraşmamalarının gerekliliği¹¹⁸³.

Bu rivayetlerin değerlendirilmesinden şu sonuçlar da çıkartılabilir:

1. Tartışmalar açıkça yapılmaktadır. Yürütmede şeffaflık veya gün ışığında yönetimin gerçekleştiği görülmektedir.

2. Hukuk ve yürütmede fayda düşüncesi.

3. Düzen ve istikrarı sağlama ve kargaşayı önleme.

4. Kaynakların verimli ve rasyonel kullanımı

5. Yürütme açısından politik popülizmden uzak bir tutum.

6. Hukuk ve kanun oluşturmada lafzî yorumun yanısıra sistematik, sosyolojik, siyasi vb. yorum metodlarının kullanılması.

7. Devlette kuramsallaşmanın gerekliliği ve devlet fonksiyonlarının gerçekleşmesi için sürekli gelir.

8. Devlet hayatında istikrar ve sürekliliğin önemi.

9. Devlet hakimiyetinin birlik ve bölünmezliğini tehdit edecek lokal güç odaklarının oluşmasına izin vermemek.

10. İhtiyaçların gerektirdiği düzenlemeleri yapmak, kanun ve kurumları oluşturmak.

Hiz. Osman devlet içinde emniyet teşkilatını ilk defa oluşturan ve zekat vermede tasarruf yetkisini insanların şahsî tercihlerine bırakan ilk halifedir¹¹⁸⁴.

2.4.2.3.3. Emeviler Döneminde Yürütme

Hilafetin Muaviye b. Ebi Süfyan'a geçmesiyle başlayan Emeviler döneminde, Hiz. Peygamber'in kurduğu ve raşit halifelerin geliştirdiği devletin siyasi yapısı önemli bir deği-

¹¹⁸² Bir ülke insanların o ülkenin rejimini benimsemeleri büyük ölçüde beklentilerini ve isteklerini gerçekleştirmeleriyle mümkündür. Eğer insanlar bunlardan mahrum bırakılırlarsa (sistem dışına itilirse) her zaman için potansiyel tehlike olmaları söz konusudur.

¹¹⁸³ Fayda, 15-16

¹¹⁸⁴ Suyutî, *Tarihu'l-Hulefa*, 182

şikliğe uğramıştır. Bu, sadece yönetici kadroda değil aynı zamanda yönetim anlayışı ve devletin temel siyasetinde ortaya çıkan bir şekilde olmuştur. Emevilerle artık asırlarca sürececek olan bir saltanat dönemine başlanmıştır.

Devletin yönetim biçiminde meydana gelen bu değişikliğe rağmen devletin hukuki yapısı şeklen korunmuştur. Halife, devletin bütün otoritelerini elinde bulunduran tek yetkili olduğundan, yürütmenin de başıdır. Bu dönemde halifeler tasarruflarını bir yandan Kur'an, sünnet ve raşit halifelerin uygulamalarına uygun göstermeye çalışmışlar, öte yandan ise önceki dönemlerde görülmemiş keyfi ve hukuk dışı uygulamalara kapı açan bir tutum takınmışlardır¹¹⁸⁵.

İslâm dünyasında ilk posta teşkilatını kuran Muaviye'dir¹¹⁸⁶, ilk para basan ise Emevi halifesi Abdulmelik b. Mervan'dır¹¹⁸⁷.

2.4.2.4. Hilafet

İslâm tarihinde yönetim, özellikle yürütme, *hilafet* kavramıyla ifade edilmiştir. Hilafet (h-l-f)nin masdarıdır. "Kuddâm ve selef" kelimesinin zıddıdır¹¹⁸⁸. Başkasının yokluğu, acizliği, ölümü veya üstünlüğü sebebiyle, onun yerine geçmek, ona halef olmak, onu temsil etmek¹¹⁸⁹ manalarına gelmektedir. Istilahta ise, Peygamber'e halef olarak, din ve dünya işlerinde riyaset-i amme sıfatıyla, ona naiblik etmektir¹¹⁹⁰. Kur'ân'daki "Hani Rabbin meleklerle! 'Ben, yeryüzünde bir halife yaratıcıyım'"¹¹⁹¹ âyetinde geçen "halife" kelimesinden kastedilen mananın ne olduğu hakkında müfessirler, çeşitli görüşler ileri sürmüşlerdir. Bu görüşlerden birisine göre, başkasının yerine geçen¹¹⁹², makamını onun adına işgal eden¹¹⁹³ manalarına gelen halifeden maksat, Hz. Adem ve zürriyetidir¹¹⁹⁴. Yer-

¹¹⁸⁵ İbn Haldun, 185; Akyüz, *Hilafet*, 66; İsmail Yiğit, "Emeviler" Mad., D.İ.A. XI, 95

¹¹⁸⁶ Suyutî, *Tarihu'l-Hulefa*, 219; Corci Zeydan, I, 239

¹¹⁸⁷ Taberî, VI, 256; Suyutî, *Tarihu'l-Hulefa*, 237; Kudame b. Ca'fer, 59-67

¹¹⁸⁸ İsfahânî, 155

¹¹⁸⁹ Hasan, 1, 2, 27; Elmalılı, I, 300; Ateş, I, 139; Çubukçu, 65

¹¹⁹⁰ et-Taftazânî, Sa'duddin, *Şerhu'l-Makâsid I-V*, Beyrût 1989/1409, V, 232; Mâverî, 29; Hasan, 2, 27; Çubukçu, 61

¹¹⁹¹ 2 Bakara 30

¹¹⁹² Zemahşeri, *Keşşâf*, I, 62; en-Nesefî, *Tefsîru'n-Nesefî*, I, 40; er-Râzî, *Tefsîr*, II, 165; el-Âlusî, Ebû Fazl Şihâbuddin Seyyid Mahmud, *Rûhu'l-Meânî fî Tefsîri'l-Kur'ân'il-Azîm ve's-Sebğî Mesânî I-XXX*, Beyrût 1983/1403, I, 220

¹¹⁹³ er-Râzî, *Tefsîr*, II, 165; el-Âlusî, I, 220

¹¹⁹⁴ Zemahşeri, *Keşşâf*, I, 62; er-Râzî, *Tefsîr*, II, 165; el-Âlusî, I, 220

yüzünün ilk sakinleri olan cinler, fesat çıkarınca oradan uzaklaştılar ve Hz. Adem¹¹⁹⁵ ile zürriyeti¹¹⁹⁶ onların yerine geçerek, birbirlerine halef oldular¹¹⁹⁷. Bir başka görüşe göre ise, önceleri Dünya’da melekler bulunuyordu; Allah onları göğe çıkardı ve yerlerine Adem’i ve zürriyetini yarattı. Bu sebeple Adem ve soyu da, Meleklerin halifeleridir¹¹⁹⁸. Yine konuyla ilgili farklı bir değerlendirmeye göre, Halifeden maksat, asırdan asıra ve nesilden nesile birbirini takip edip gelen toplumdur¹¹⁹⁹.

Kur’ân’da halife kelimesi, lügat manasından başka manalarda da kullanılmaktadır. “Ey Davut! Biz seni yeryüzünde halife yaptık; o halde insanlar arasında hak ve adâletle hükmet.”¹²⁰⁰ âyetinde halife, hüküm veren, yöneten anlamındadır.

Bazı tefsircilere göre Allah’ın Adem’i halife olarak isimlendirmesinin sebebi, yaratıkları arasında hükmünü yürütmeye ona halife olmasıdır¹²⁰¹. Bütün Peygamberler de dünyayı düzenlemede, insanları yönetmede, olgunlaştırmada ve emirlerini yerine getirmede halifedirler¹²⁰².

Bu âyetler, Allah’ın kainatta yarattığı yasalar gereğince yaşayan insanların egemen olacağı, yasalara aykırı davranışların ise egemenliklerini sürdüremeyecekleri şeklinde formüle edebileceğimiz onun yeryüzündeki sosyolojik yasasına işaret etmektedir.

Lügat anlamını öne çıkararak insanın yeryüzündeki halifeliğini Allah’a izafe etmek, doğru değildir. İnsan, Allah’ın ne naibi ne de vekilidir. O, kendi adına iş yapar ve eylemlerinden sorumludur. Allah’ın karşısında, kul konumundadır.

Allah için iş yapmakla, Allah yerine ve adına iş yapmak, aynı şeyler değildir. Kimse Allah yerine iş görmeye hakkı ve yetkisi yoktur. Yetki devralmakla emir almak; farklı şeylerdir. İnsan Allah’ın yetkisini devralmıyor ki, O’nun halifesi olsun. İnsanın Allah karşısındaki konumu, kulluğun bir ifadesi olan, emir almak ve itaat etmektir.

Halifelik, kendisine halife olan kişinin yokluğu yahut işlerini yürütme konusundaki

¹¹⁹⁵ Zemahşeri, Keşşâf, I, 62; er-Râzi, Tefsîr, II, 165

¹¹⁹⁶ Zemahşeri, Keşşâf, I, 62; er-Râzi, Tefsîr, II, 166

¹¹⁹⁷ el-Âlusi, I, 220

¹¹⁹⁸ en-Nesefî, Tefsîru’n-Nesefî, I, 40

¹¹⁹⁹ İbn Kesîr, Tefsîr, I, 199

¹²⁰⁰ 38 Sa’d 26

¹²⁰¹ er-Râzi, Tefsîr, II, 165; Elmalılı, I, 299

¹²⁰² el-Âlusi, I, 220

acizliğinden kaynaklanan bir durumdur. Eğer insan Allah'ın halifesi ise, bu iki özellik Ona nasıl yakıştırılabilir. *Hakimiyet, Allah'ındır* iddiasıyla, kişinin bizzat hükmetmeye kalkması ve yetkisini kullanma şeklini *Allah'ın irâdesi* sayması, insanın haddini aşan büyük bir cürettir. Bu, iktidârlarını meşru saymak isteyenlerin haksız bir söylemidir. Hakimiyet Allah'a ait ise, bunun doğru kullanılıp kullanılmadığını kim denetleyecek? Yanlış kullanılırsa idareci kime karşı sorumlu olacak?

Kur'ân, Hz. Peygamber'den sonra müslümanların tâbi olacağı bir siyasî sisteme ve iktidâr şekline işaret etmemiştir¹²⁰³. Hz. Peygamber de yerine geçecek kimseyi tayin etmeden ve hatta tayin metodunu belirlemeden vefat etmiş ve "Ümmetim hatada birleşmez."¹²⁰⁴ diyerek, bu görev ve sorumluluğu müslümanlara bırakmıştır. Sorumluluğun insanlara ait olduğunu bildiren âyetler de vardır¹²⁰⁵.

Müslüman hukukçular, hilafet meselesinde olduğu kadar hiçbir konuda ihtilafa düşmemişlerdir. İslâm toplumu arasındaki en büyük uyuşmazlık, hilafet konusudur. Hiçbir dînî problemenden dolayı, bu ölçüde kılıç sıyrılmamış ve kan dökülmemiştir.

Hilafet konusu, İslâm medeniyetinin siyasal sürecinde ilk parçalanma olmuştur. Hz. Ebu Bekr'in feraseti ve Hz. Ömer'in üstün zekası ve basireti olmasaydı, oluşturulan devlet neredeyse daha beşikte iken yok olacaktı. Hz. Osman şehit olunca fitne devletin başını sarmış; öyle ki, tartışmalar halifelik kurumunu aşarak birçok itikadi-siyasî teorileri ortaya çıkaracak boyutlara ulaşmıştır.

Hilafet konusunda çok değişik görüşler ileri sürülmüştür. Her beldedeki bütün ehl-i hal ve'l akd'in rızası tamam olmayınca, hilafet oluşmaz, halifeyi seçecek kişilerin sayısı en az beş kişidir, halifeyi seçmek için toplanırlar ve içlerinden birini halife olarak seçerler (Hz. Ebu Bekr'i seçenlerin, beş kişi olması)¹²⁰⁶, Hz. Ömer'in içlerinden birinin seçilmesi için altı kişilik bir grup belirlemesi¹²⁰⁷, Kûfe alimlerine göre, nikah akdinde olduğu gibi halifenin üç kişiyle belirlenmesinin cevazı, Hz. Abbas'ın Hz. Ali'ye bey'atını delil gösterip bir kişiyle de akdedilir¹²⁰⁸ vb. görüşler ileri sürülmüştür.

¹²⁰³ Akad, *Kamu Hukuku*, 33; Aydın, 213

¹²⁰⁴ İbn Mace, *Fiten* 8

¹²⁰⁵ 3 Âl-i İmrân 104, 159; 4 Nisa 58-59, 135; 42 Şûra 38

¹²⁰⁶ Mâverdi, 33

¹²⁰⁷ Mâverdi, 34, 47

¹²⁰⁸ Mâverdi, 34

Halifenin tayininin vacip olması¹²⁰⁹ veya hiçbir halde zorunlu olmaması¹²¹⁰, halifeye itaatin zorunluluğu¹²¹¹ veya azlinin cevazı¹²¹², halifenin Kureyşiliği¹²¹³ üzerindeki farklı değerlendirmeler¹²¹⁴ yapılmıştır.

Bütün bu hükümler, nasslardan çıkarılan hükümler olmayıp, İslâm hukukçularının tarihî süreç içerisinde ortaya çıkan olaylara getirmiş oldukları vasıflamalardır. Halifenin nasbı hakkında ortak bir görüşün olmaması ve pek çok görüşün ortaya sürülmesi, halife seçiminin maslahata dayanan bir iş olduğunun göstergesidir. Maslahat hangi şekli gerektiriyorsa, yönetimin de ona göre belirlenmesi uygundur.

Sosyal ihtiyaçlar, hukukun kaynaklarındandır. Dolayısıyla kanunların, kurumların ve siyasal yapının şekillenmesinde sosyal ihtiyaçlar, sosyo-ekonomik gerçeklikler, siyasal kültür ve bu kültürün tarihî derinlikleri büyük ölçüde etkili ve belirleyicidir.

İslâm'dan önce Arap toplumlarının, kabile esasına dayanan, kendilerine özgü siyasî kültürleri ve siyasî anlayışları vardı. Kabile, büyük bir aileden oluşurdu. Aralarındaki en kuvvetli bağ, nesep ve kandan oluşan asabiyet bağı idi. Hemen her kabilede yapılanma bu şekilde idi.

Bu dönemde Araplar, aralarından seçtikleri, kendisinde üstün meziyetler, karizmatik kişilik (erkeklik, cömertlik, asalet, kahramanlık vb.) bulunan kişiyi, *reis* veya *şeyh* adını vererek, başlarına getirirlerdi. O da bu görevi, ömrünce yürütürdü.

Araplar, prensip olarak melikler nazarında geçerli olan, yönetimde veraset düzenini kabul etmezlerdi. Fakat evlatları kabiliyet ve meziyetleriyle öne çıktıkça, yönetim çok defa reisin ailesinde kalırdı¹²¹⁵. Başa geçen kimsenin otoritesi sınırlı idi. Kabile reisi tek başına karar veremez, özellikle kabilenin yaşlıları, ileri gelenleri ve görüş sahipleriyle istişare ederdi. Reis, kabileyi savaşlarda yönetir, ganimetleri taksim eder, diğer kabilelerin

¹²⁰⁹ Mâverdi, 29; İbn Haldûn, 167-168

¹²¹⁰ Ammara, *Mutezile ve Devrim*, trc: İbrahim Akbaba, İstanbul 1988, 12, (Kadi Abdulcebbar, Muğni, XX, 201'den naklen); Mâverdi, 3; Ateş, I, 139-140; Kurtubi, I, 264; Çubukçu, 69

¹²¹¹ Güngör, *İslâm'ın Bugünkü Meseleleri*, 170

¹²¹² Ammara, *Mutezile ve Devrim*, 41, (Kadi Abdulcebbar, Muğni, XX, 92-93, 166'dan naklen)

¹²¹³ Mâverdi, 32; Ferra, 20; Ateş, I, 141

¹²¹⁴ Taf., bk. Mehmet S. Hatiboğlu, "İslâm'da İlk Siyasî Kavmiyetçilik Hilafetin Kureyşiliği", *AÜİFD*, c: XXIII, 1978

¹²¹⁵ Yahya el-Câbüri, *el-Câhiliyye*, Bağdad, 1968/1388, 43 vd.; İbrahim Sarıçam, *Emevi Haşimi İlişkileri İslâm Öncesinden Abbasilere Kadar*, Ankara 1997, 23-24

elçilerini karşılar, adli görevleri ifa eder, muhtaçları belirler, bazı suçluları affeder, büyük işlere öncülük ederdi.

İlk halifelerin seçilmeleri de daha önceki Arap kabile geleneğinden kaynaklanan özellikleri göstermektedir. Seçilecek kişinin kaydı hayat seçilmesi, karizmatik özelliklere sahip olması, verasetin kabul edilmemesi vb. durumlar tamamıyla örften kaynaklanmaktadır. İslâm hukuk anlayışında ise kaynağı örf olan bir kurum veya düzenleme örfün ve ithiyaçların değişmesine bağlı olarak değişebilir¹²¹⁶. Klasik literatürde imamet, hilafet ve imametü'l-müminin terimleri İslâm hukukunda devlet başkanlığını ifade etmek üzere kullanılmıştır. Yalnız şia imamet tabirini itikadi anlayışına uygun olarak daha çok tercih etmiştir¹²¹⁷.

Müslüman hukukçular hilafet/imamet başlığı altında geniş anlamda hükümet kavramı içindeki faaliyetleri incelemişlerdir. Dolayısıyla bu yaklaşım genel kamu hukukundan ziyade esas teşkilatı ilgilendiren ve devlet başkanlığını merkez kavram alan bir inceleme alanı ortaya çıkarmıştır. Buradan hareketle İslâm hukukunda hükümet etmeye dair yetkilerin tek kişilik bir organın elinde toplandığı anlaşılmaktadır. Ancak bu toplanma hükümeti oluşturan organların yalnızca devlet başkanından ibaret olduğu anlamına gelmemektedir.

Siyasi iktidarın tek başına devlet başkanına verilmesi diğer organların yetkilendirme ile belirlenmesi sonucuna götürür. Buna göre yönetimle ilgili tüm organlar yetkilerini milletin vekili konumundaki halifeden alırlar. Klasik anlamıyla diğer görevliler imamın vekilleri olup velayetlerini (yetkileri) velayetu'l-âmmе'den almaktadırlar¹²¹⁸.

Beyat

“Bâ'e” fiilinin masdarı olan “bîatun”, kelime olarak; karşılıklı anlaşmak ve akitte bulunmak¹²¹⁹, egemenliği tanımak¹²²⁰, itaat etmek üzere sultanla anlaşmak¹²²¹, selahiyetin bir diğerine devri¹²²² gibi manalara gelmektedir. İstilahta ise, yöneten açısından,

¹²¹⁶ Mecelle, Madde, 39

¹²¹⁷ et-Taftazânî, Sa'duddin, Şerhu'l-Akaid (Kestelli Haşiyesi ile), İstanbul, 1976, 182

¹²¹⁸ Maverdî, 34-35

¹²¹⁹ İbn Manzûr, IX, 371-374

¹²²⁰ İbrahim Enîs vdd., Mu'cemu'l Vasıt I-II, Mısır, 1973/1393, 3. baskı, I, 75

¹²²¹ İsfahânî, 67

¹²²² CL Huart, “Biat” mad., İA, II, 582

müslümanların dünya işlerini yürütme ve menfaatlerini gözetme hak ve sorumluluğunu üstleneceğine ve yönetilenler açısından da bu görevi yerine getirene itaat edilmesi gerektiğine dair taraflar arasında yapılan bir akit manasına gelmektedir¹²²³.

Peygamberleri seçen ve gönderen Allah'tır¹²²⁴. İnsanların bu hususta bir etkisi olmaz. Fakat bir dinin gelişmesi ve yayılması açısından bu yeterli değildir. İnsanların onu tanınması ve ona uymayı kabul etmesi de gerekir. Bir kimse bir dini kabul ettiği zaman, inancını açıklayarak, gücü nispetinde peygambere itaat etmeye söz verir ve kişisel bey'atda bulunmalıdır¹²²⁵. Asrı saadette bey'at ile verilen sözün bir gereği olarak, yönetici ve yönetilenler arasında bir tür toplum sözleşmesi yapıldığından¹²²⁶ sahabe, peygamberin öğretilerine itaat ediyordu.

Bey'at, İslâm öncesi dönemde varolan, İslâmî devirde de çeşitli değişikliklerle birlikte devam eden uygulamalardandır. Hz. Peygamber'in, sahabeden aldığı bey'atlar, iki Akabe bey'atı ışığında değerlendirilebilir. İlk Akabe Bey'atında verilen sözler, *Mumtehine* 60/12 âyetinde geçmektedir. Burada geçen hususlar müslümanların toplumsal kimliğinin temel esasları mahiyetindedir¹²²⁷.

İkinci Akabe Bey'atında ise, önceki şartlara ek olarak, Hz. Peygamber'i koruma ve gerektiğinde harb etme şartları da ileri sürülmüştür¹²²⁸. Hz. Peygamber döneminde, bir ve ikinci Akabe bey'atlarından başka, çeşitli sebeplerle bey'atlar da olmuştur. Burada dikkat edilmesi gereken nokta, yalnızca İslâm'ı, dolayısıyla peygamberlik makamını kabulün siyasî yükümlülükler için yeterli görülmeyip, ayrıca böyle bir anlaşmaya ihtiyaç duyulmasıdır.

Sonuç olarak, İslâm'da dînî otorite yoktur. Öyle ise halife (devlet başkanı) dînî değil medenî bir konumdadır. Devlet başkanının otoritesi dînî kaynaklı olmadığı için din,

¹²²³ bk. Hasan, 13; Enver er-Rifâî, *en-Nuzumu'l-İslâmiyye*, Dimeşk 1973/1392, 24; Mehmet Ali Kapar, *İslâm'ın İlk Döneminde Bey'at ve Seçim Sistemi*, İstanbul 1998, 13 vd.

¹²²⁴ 3 Âl-i İmran 33; 7 A'raf 144; 22 Hacc 75; 27 Neml 59

¹²²⁵ Hamîdullah, *İslâm Anayasa Hukuku*, 110; *İslâm Peygamberi*, II, 882

¹²²⁶ Rayyis, 33

¹²²⁷ Birinci Akabe Bey'atı: Buhârî, *Ahkâm* 42, 49, *İman* 26; Müslim, *Hudûd*, 41-44, *Bey'at* 1; Ebû Dâvûd, *Harac* 9; İbn Mace, *Cihad* 41; Nesâî, *Bey'at* 1; İbn Hişâm, II, 184; Taberî, II, 435-438; Hamîdullah, *İslâm Peygamberi*, II, 881; *Vesâik*, 46; İbnu'l-Esîr, III, 146-149; İbn Kesîr, II, 96

¹²²⁸ İkinci Akabe Bey'atı: Buhârî, *Ahkâm* 43; İbn Mace, *Cihad* 41; Ahmed b. Hanbel, V, 325; İbn Hişâm, II, 187; Taberî, II, 438-443; Hamîdullah, *Vesâik*, 47-48; İbn Kesîr, II, 98-99; İbnu'l-Esîr, II-I, 156 vd.

siyasî otoriteyi tayin etmemektedir. İslâm'da yönetim tamamen sivilidir ve yönetimin kaynağı Allah ve din olmayıp toplumdur¹²²⁹ yargısına varılabilir.

2.4.2.5. Yasama Yürütme İlişkisi

Devletin en önemli fonksiyonları olan yasama ve yürütmenin, kim tarafından ne şekilde kullanılacağı ve yetkilerinin sınırı, bireysel ve toplumsal açıdan önem arz eder.

Maddî anlamda yasama, genel ve soyut norm koyma, kaldırma ve değiştirme faaliyetidir. Yürütme fonksiyonu ise bu genel ve soyut normların belli kişi ve durumlara uygulanmasıdır. Ancak maddî ölçütler kullanmak suretiyle yasama ve yürütme fonksiyonlarını birbirinden ayırmak her zaman mümkün değildir. Zira yasamanın bireysel nitelikli faaliyetleri olduğu gibi yürütme de genel ve soyut normlar koymaktadır¹²³⁰.

Toplum ve devletin sürekli gelişmesi, gittikçe daha karmaşık ve daha teknik bir hal almasından ötürü yasama, bütün ayrıntıları önceden görüp hesaba katamaz hale gelmiştir. Hukuk kuralları her zaman toplumun ihtiyaçlarını karşılayamazlar. Bu sebeple hukuk alanında bazı boşluklar bulunabilir¹²³¹. Bunun tabîî sonucu, bu boşlukların ve durumların doldurulma ve düzeltilme görevinin, yürütme organına bırakılmasıdır. Bir diğer ifadeyle, kamu hizmetlerinin hiçbir şekilde kesintiye uğramadan, kararlı ve sürekli bir şekilde devamını sağlamak, sosyal ve siyasal yapının her türlü ihtiyaçlarına cevap vermek, önceden düşünülmemeyen durumlar için gerekli tedbirleri almak ve sonuç olarak da yasama organının boş bıraktığı alanları doldurmak için yürütmeye takdirli bir yetki ve serbest hareket hakkı tanımak gerekli olmaktadır¹²³².

Yönetimin sürekliliği ve istikrarı açısından, yasamanın hukukî çerçeveyi kanunla sınırlayarak, bu sınırı aşmamak şartıyla bu çerçevenin doldurulması görevini yürütmeye bırakması daha gerçekçi olabilir. Çünkü kamu menfaati ile ilgili tedbirleri almak ve bu hususta gerekli kuralları koymak açısından yürütme, bilgi ve teknik olarak daha yeterli ve yetkili olabilir.

¹²²⁹ İbn Receb, Ebu'l-Ferec Abdurrahman b. Ahmed, *el-İstihrâc li Ahkâmî'l-Harâc*, Beyrut, ts.115; Medkur, 59

¹²³⁰ Günday, 9

¹²³¹ Gözübüyük, *Yönetim Hukuku*, 62

¹²³² Tirmizî, *Ahkâm* 3; Ahmed b. Hanbel, V, 230, 236, 242; Vekî', Muhammed b. Halef b. Hayyam, *Ahbâru'l-Kudât I-III*, Beyrût ts., I, 97-99

Siyasal sistemin faaliyetlerinin giderek çoğalması ve faaliyet alanlarının ayrıntılı uzmanlık bilgisine gerek göstermesi, yasamanın kural koymadaki konumunu zayıflatmaktadır. İş hacminin artması, yasa gerektiren konuların giriftliği, hızlı değişim vb. sebepler yasamanın katkılarını sınırlamaktadır¹²³³. Sonuçta yasama genel nitelikli kararlar almakta ve bu genel prensipler içinde birçok siyasi eylem ve işlemler, yürütme tarafından yapılmaktadır¹²³⁴.

Yasamanın genel nitelikli normları belirledikten sonra bilgi ve teknik gerektiren durumların düzenlenmesi yetkisini yürütmeye vermesi, yasama yetkisini kullanması demektir¹²³⁵. Bu devir, yetki devri olarak nitelendirilemez. Ancak yürütme organına verilecek ayrıntıları düzenleme yetkisinin yasama çerçevesi içerisinde gerçekleşmesi gerekir. Aksi halde yasama yetkisi, yürütme organına devredilmiş ve temel hak ve hürriyetlerin idâri emir ve yasaklarla sınırlanma tehlikesi söz konusu olmuş olabilir.

Yürütme de yasamanın buyruğuna uyarak genel nitelikli yasalar çıkarabilir. Yürütmenin bu faaliyeti yönetim hukuku esaslarına uygundur. Bunun aksini kabul etmek yürütme faaliyetini çok dar ve işlemesi güç bir çerçeve içerisine sokmak gibi bir sonuç doğurur ki bu da, yönetim fonksiyonu ile bağdaşmaz¹²³⁶.

Günümüzde aynı parti çoğunluğunun ortaya çıkarmış olduğu yürütmeyi denetlemesi gereken yasama organı, giderek yürütmenin takdir yetkisini artırma eğilimi göstermekte ve hükümeti sınırlaması gerekirken hükümetin belirli hedeflerini gerçekleştirmek için yardımcı bir alet haline gelmektedir. Bu durum gösteriyor ki, yasamanın demokratik denetimi amacı ile yürütmenin hukukla sınırlandırılması amacı, aynı temsili organın eline hem yasama hem de yürütme yetkisini vererek gerçekleşemez.

Hiz. Peygamber'in sağlığında yönetim, onun şahsında toplanan bir otoriteye dayanırdı. Hiz. Peygamber, hem yasama fonksiyonu hem de yürütme fonksiyonunu birlikte ifa etmişti. Yani Hiz. Peygamber döneminde devlet fonksiyonları *maddî kriterium* ölçütüne

¹²³³ Turan, 167

¹²³⁴ Daver, 192

¹²³⁵ Akın, *Devlet Doktrinleri*, 138; Selim Kaneti, "Anayasa Mahkemesi Kararlarına Göre Yasama Yetkisi ile Yürütmenin Düzenleme Yetkisinin Sınırları", *İÜHFİM*, c: LIV, sy: 1-4, İstanbul 1991-1994, 33, 39

¹²³⁶ Kaneti, 38

göre yerine getirilmiştir¹²³⁷. Çünkü Hz. Peygamber'in hukukî tasarrufları hem kural işlem hem de şart işlem şeklinde maddileşmiştir.

Raşit Halifeler döneminde de devlet fonksiyonları, maddî kriteriyum ölçütüne göre devam etmiştir. Zira onların hukukî tasarrufları da aynı şekilde hem kural işlem hem de şart işlem olarak gerçekleşmiştir. Sonraki dönemlerde de aynı anlayış, büyük ölçüde, sürdürülmüştür.

2.4.4. YARGI

Çok tartışılan bir kavram olan yargının bazı tanımlamaları şöyledir: Yargı, hukuk düzeninin bozulmaması ve korunması için yürütülen kamu faaliyetidir¹²³⁸. Yargı iddia üzerine ve hakim karşısında hukuksal düzene etki eden bir eylem, durum ve benzeri bir iddianın olup olmadığının belirlenmesi ve gerekli hukuksal yaptırımların uygulanması ve ihlal edilen hakkın yerine getirilmesinin sağlandığı devletin mahkemelerine ait faaliyettir¹²³⁹. Yargı, özel bir yargılama yolu izleyerek doğmuş veya doğacak bir hakla ilgili özel kararların ortaya konması görevidir¹²⁴⁰. Yargı, devletin özel ve özerk organlarının bir dava ile harekete geçerek bir hukukî ihtilafı devletin hakimiyetine dayanarak, kanunlara uygun bir şekilde uyulması zorunlu ve kesin olarak bir hükümle halledip, müşahhas hadîsede tatbik edilecek hukukî normu belirtmesi faaliyetidir¹²⁴¹.

İslâm hukukunda yargılama kavramını ifade etmek için *kada* terimi kullanılmaktadır. Bu terim lügat bakımından farklı anlamlar taşımaktadır. Buna göre kada insanlar arasında hükmetmek, bir hadiseyi fasl ve kat' etmek, yürürlüğe koymak (imza), emretmek, eda etmek, infaz etmek, yaratmak, takdir etmek, nail olmak, öldürmek ve ölmek, bir şeyi ihkam ve itmam etmek gibi anlamlara gelmektedir¹²⁴². Bu terim Kur'an-ı Kerim'de de farklı anlamlarda kullanılmıştır¹²⁴³.

Müslüman hukukçular tarafından yapılan bazı yargı tanımları da şu şekildedir; yar-

¹²³⁷ Maddî kriteriyum hakkında daha önce "Devlet Fonksiyonlarının Organik ve Maddî Açıdan Ayrımı" başlığı altında bilgi verilmiştir.

¹²³⁸ Uslu, 179; Günday, 11; Gözübüyük, *Yönetim Hukuku*, 8; Uysal, 224

¹²³⁹ Uysal, 224

¹²⁴⁰ Demirkol, 3

¹²⁴¹ Nurullah Kunter, "Türkiye'de Kaza Kuvveti", *İÜHF*, c: XXV, sy: 1-4, İstanbul 1960, 43

¹²⁴² İbn Manzur, XV, 186 vd.

¹²⁴³ Kada kelimesinin Kur'an-ı Kerim'deki anlamları için bkz. İsfahani, 406-407

gı, anlaşmazlıkların çözümlenmesi ve çekişmelerin bitirilmesi faaliyetidir¹²⁴⁴. Yargı, âmme velayetinden kaynaklanan bağlayıcı bir söz¹²⁴⁵, hak ile insanlar arasında hükmetmektir¹²⁴⁶.

Mecelle'nin 1784 ve 1785. maddelerinde yargı kavramı ise şöyle açıklanmıştır: Ka-za, hüküm ve hakimlik manalarına gelir. Hakim nâs arasında vuku bulan dava ve muhasamayı ahkam-ı meşruasına tevfikân fasl ve hal için tarafı sultanıyeden nasb ve tan-zim olunan zattır.

Kanun görünümünde varlık alanına giren hukuk, özel irâdenin subjektif değeren-dirmeleri karşısında otonom bir varlık olarak yer alır. Bu durum hukukun kendisini ev-rensel bir varlık ve değer olarak kabul ettirmek istemesinin tabîî gereğidir. O halde huku-kun her özel durumda kişisel menfaatlerle ilgili subjektif duygular dışında tanınmasını ve gerçekleşmesini sağlamak ayrı bir kamu gücü olan yargıyı gerektirir.

Yargı, kamu gücünün hem hakkı hem de görevidir. O halde bu hak ve görev top-lum üyelerinin keyfi irâdeleriyle herhangi bir otoriteye bağlı olmamalı, devletin asli bir organı, kuvvet ve fonksiyonu olarak gerçekleşmelidir.

Bir devletin, gerçek bir devlet olması, yargı bağımsızlığı; hukuk devleti olması da bireylere yargı yolunu açması ve yargı güvencesini sağlamasıyla mümkündür.

Arzu ve ihtiyaçlar sistemi içinde her özel kişinin geçimi ve refahı imkanlar ölçüsün-de gerçekleşir. Bu imkanların aktüelleşmesi o kişinin irâdesi, öz tabiatı ve objektif ihti-yaçlar sistemine bağlıdır. Yargı gücü sayesinde mülkiyet ve şahsiyete tecavüz giderilir¹²⁴⁷.

Sosyal hayatı düzenlemek için konulan kurallar ve bu kurallara bağlı işler, her za-man usulüne uygun yapılmaz veya kuralları uygulama, her zaman aynı şekilde anlaşılmaz. Ve sonuçta anlaşmazlıklar çıkabilir. Bu durumda, toplum içinde çıkan anlaşmazlıkları çö-zecek mekanizmaların da kurulması gerekir¹²⁴⁸. İşte yargı, anlaşmazlık durumlarında ge-rek bireylere gerekse yürütmeye karşı objektif hukukun bağımsız hakimler tarafından be-lirli bir olaya uygulanması suretiyle, hakkın tespit edilmesidir¹²⁴⁹.

¹²⁴⁴ İbn Abidin, V, 352; İbn Haldun, 196

¹²⁴⁵ el-Mavsulî, Abdullah b. Mahmud b. Mevdûd, el-İhtiyâr li Ta'îlî'l-Muhtâr, I-V, İstanbul, 1980, II, 82; Fetevayi Hindiyye, III, 306

¹²⁴⁶ Kasânî, X, 83

¹²⁴⁷ Hegel, 187

¹²⁴⁸ Akipek, 176; Akdemir, 207

¹²⁴⁹ Demirkol, 6

Bir devlette yargıya üç türlü uyuşmazlıkları çözme görevi verilir; Bunlardan birincisi, bireylerle ve bireyler arasında özel hukuk ilişkilerinden doğan uyuşmazlıklardır. İkincisi, ceza hukukunun konusuna giren, bireylerle toplum arasındaki uyuşmazlıklardır. Üçüncüsü de, kişilerle devlet organları ya da devlet organlarının kendi aralarında doğan uyuşmazlıklar ve anlaşmazlıklardır¹²⁵⁰.

2.4.4.1. İslâm Hukukunda Yargının Önemi

Bireysel ve toplumsal olarak insanlığın mutluluk, güven ve huzurunu gaye edinen İslâm dini yargıya büyük önem vermiş ve doğru yargılamayı imandan sonra farzların en kuvvetlisi ve ibadetlerin en iyisi¹²⁵¹ olarak vasıflamıştır.

Her toplumda hukukun oluşması ve gerçekleşmesi esnasında ya da bireylerin hem kendi aralarında hem de devletle olan ilişkilerinde çeşitli anlaşmazlıkların çıkması kaçınılmaz olduğundan yargı fonksiyonu toplumsal hayatın zorunlu bir ihtiyacı ve kamu yararı'nın bir şartıdır. Zira anlaşmazlıklardan doğan çözümsüzlüğü gidermek için kanunları uygulamak ve yeryüzünde adaleti ikame etmek yargı fonksiyonunu gerektirir¹²⁵². Çünkü korunmayan bir hak (özel veya kamu hakkı) sadece soyut bir hak olarak kalır. Bireysel ve toplumsal açıdan adaleti gerçekleştirmede pratik bir değer oluşturmaz.

Yargı Kur'an-ı Kerim'de üzerinde önemle durulan bir fonksiyondur. Allah bu görevi, insanların arasını düzeltmeleri için¹²⁵³ peygamberlere vermiştir. Hz. Peygamber Medine'de Allah'ın emri üzerine insanlar arasında hükmetmesi için yargıçlık yapmıştır. Bu açıdan İslâm düşüncesinde yargı peygamberliğe vekalet olarak nitelendirilir. Doktrinde yargılama Kitap ve sünnet tarafından tek tek bireylere değil, doğrudan toplumun kendisine bırakılmış, yerine getirilmesi, toplumun yükümlülüğünde bulunan önemli bir fonksiyondur. Bu sebeple İslâm hukukunda yargılama, bir devlet yetkisi ve fonksiyonu olarak düzenlenmiştir. Bütün İslâm hukukçuları da yargının bir farz-ı kifaye olduğu üzerinde icma

¹²⁵⁰ Tuncer Karamustafaoğlu, "Anayasa Yargısının Önemli Sorunları", AÜHFD, c: XXV, sy: 3-4, 1968, 29; Lord Diplock, "Devlet Yönetiminde Hakimlerin Rolü", trc: Tayfun Akgüner, İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi, sy: 2, 1980, 13

¹²⁵¹ Serahsî, Mebsût, XVI, 59; Ebu'l-Ula Mardin, "Kada" Mad., İ.A. I-XIII, İstanbul, 1986-1993, VI, 43

¹²⁵² 'Alîye, 61

¹²⁵³ 2 Bakara 213; 38 Sa'd 26

etmişlerdir¹²⁵⁴. Çünkü İslâm hukuku bakımından yargı kamu yararının gerektirdiği bir işlev olup ancak devlet yetkilerini kullananlar tarafından yerine getirilebilir¹²⁵⁵ ve bu işlev hakimler ve mahkemeler tarafından yerine getirilir.

2.4.4.1.1. Kuvvet Olarak Yargı

Yargının yasama ve yürütme kuvvetlerinden ayrı, bağımsız, üçüncü bir kuvvet olup olmadığı hukuk dünyasında tartışılan bir konudur. Ve bu konuda iki görüş vardır:

1. *Yargı ayrı bir kuvvet değildir.* Bazı hukukçular yargının yürütmeden ayrı bir kuvvet olmadığını, bilakis yürütme içinde ve bunun bir parçası ve bölümü olduğunu ileri sürmüşlerdir. Bu hukukçulara göre yargı organı, bir kanunun nasıl uygulanması gerektiği konusunda bir anlaşmazlık olduğu ve bir hakkın yerine getirilmesinin gerektiği anlarda harekete geçer. Böylece yargının faaliyeti, kanunların uygulanmasıyla ilgili bir yürütme faaliyeti sayılmaktadır¹²⁵⁶

Bazı hukukçular da yargıyı yürütmeye bağlamak şöyle dursun, onu, kuvvetler ve organlar ayrılığının tamamen dışında tutarlar. Bunlara göre kuvvetler ayrılığı siyasal bir prensiptir ve sadece siyasal faaliyetlerde uygulanmalıdır. Yargı kuvveti ve fonksiyonu ise siyasal faaliyetlerin tamamen dışında bir nitelik taşımaktadır. Şu halde yargıyı yasama ve yürütme gibi siyasal kuvvetler ve organlar alanına taşımak ve üçüncü kuvvet saymak, yargının siyasal olmayan yönünü inkar etmektir¹²⁵⁷.

Yürütme de yargı gibi kanunlara bağlıdır ve hukuku uygulayan karar veren bir mekanizmadır. Amacı kamu yararının özü olan adâleti gerçekleştirmektir. Dolayısıyla yargı yürütmeden ayrı değil, ona bağlı bir alt fonksiyondur¹²⁵⁸. Ayrıca gerek yasama ve gerekse yürütme organları, gerektiğinde yargısal faaliyetlerde bulunabilmektedirler¹²⁵⁹.

2. *Yargı ayrı bir kuvvettir.* Bazı hukukçulara göre de yargı, yürütmeden özellik, işleyiş amaç ve şartları bakımından ayrıdır. Ayrı olan şeyler, sınıflandırmada da ayrı yer almalıdır. Yargı, bir düşünme işleminin yahut bir kuralın somut bir duruma uygulanması

¹²⁵⁴ İbn Kudame, XI. 374

¹²⁵⁵ İbn Kudame, XI 378

¹²⁵⁶ Başgil, *Esas Teşkilat Hukuku*, II, 293; Daver, 193; Özbudun, 328; Demirkol, 12; Fendoğlu, 49

¹²⁵⁷ Başgil, *Esas Teşkilat Hukuku*, II, 293; Daver, 193

¹²⁵⁸ Okandan, *Amme Hukukunda Kuvvetler Bölümü Meselesi*, İstanbul 1937, 18-19; Özbudun, 328; Demirkol, 13; Fendoğlu, 49

¹²⁵⁹ Okandan, *Amme Hukukunda Kuvvetler*, 19; Gözübüyük, *Yönetim Hukuku*, 7-8

faaliyetidir. Yürütme ise, iş ve harekettir. Yürütmenin amacı, kamu işlerinin iyi yürütülmesini sağlamak; yargının ki ise, inkar edilen veya tecavüze uğrayan bir hakkı korumaktır¹²⁶⁰

Yargı fonksiyonu, organik bakımdan tam bağımsız ve önüne gelen meselelerle bizzat ilişkisi olmayan merci ve ajanlar tarafından yerine getirilir. Yürütme fonksiyonu ise, bağımsız olmayan idare ajanları tarafından yerine getirilmektedir. Yürütme, hizmetlerin görülmesinde amaçları doğrultusunda hareket ederken yargı, hukuk kurallarının uygulanmasına önem vermektedir.

Gerek yasama gerekse yargı, hukuku uygulamakta ise de, yürütme daha çok ihtilafsız durumlarda kuralları uygulamakta, yargı ise daha çok ihtilafli ve çıkarlar çatışmasının söz konusu olduğu durumlarda ortaya çıkmaktadır¹²⁶¹.

Kanun koyma ile konulmuş bir kanun veya kural hükmünü yerine getirme işleri, ayrı özellik, bilgi, tecrübe ve ruhi meleke isteyen işlerdir. Bunlardan biri mantıki düşünme, ölçme, ihtiyaç ve realiteleri görme işidir; diğeri daha çok, hareket, çabuk karar ve uygulama işidir. Hakimlik tamamıyla başka özellik, olgunluk, teknik bilgi, soyut bir kuralı somut bir olaya uygulama gibi derin uzmanlık isteyen bir iştir¹²⁶².

2.4.4.1.2. Yargı Bağımsızlığı

Yargı bağımsızlığı iki şekilde anlaşılır. Birincisi devletin temel fonksiyonlarından biri olan yargılamanın devletin diğer fonksiyonlarından ayrı olması, ikincisi de fonksiyonlar ayrılığına bakılmaksızın, yargıyı yürüten yargıçların verdikleri kararlarda hür ve bağımsız olmalarıdır.

Hukuk devletinde, yargının diğer kuvvetlerden ayrı olması yetmez. Hukuk devletinin en önemli unsurlarından biri, yargı bağımsızlığıdır. Hukuk devleti anlayışı, adâletin tam bir unsuru olarak mahkemelerin ve hakimlerin bağımsızlığını gerektirir. Bağımsız olmayan yargının hukuk devleti ilkesini yaşatıp devam ettirmesi imkansızdır¹²⁶³.

Hangi sistem içinde olursa olsun yargının, baskı gruplarından ve nüfuzlu kişilerden

¹²⁶⁰ Başgil, *Esas Teşkilat Hukuku*, II, 293; Demirkol, 14; Fendoğlu, 49

¹²⁶¹ Demirkol, 14

¹²⁶² Başgil, *Esas Teşkilat Hukuku*, II, 288

¹²⁶³ Özbudun, 93; Demirkol, 53

etkilenmeyecek şekilde örgütlenmesi, hukuk devletinin önemli güvencelerinden biridir¹²⁶⁴.

Yargı bağımsızlığı her gün görerek ve yaşayarak hissedilen bir değerdir. Bir toplum bu değerlerden yoksun ise, orada her şeyin ve herkesin güvencesi, yok demektir. Eğer insanların bir toplumda yargı tarafından korunma güvenceleri yok ise, her an saldırılara ve tehlikelere maruzdurlar. İnsanları saldırılardan koruyacak olan yargı, temel hak ve hürriyetlerin bekçisi ve güvencesidir. Temel hak ve hürriyetlerden faydalanmanın yanı sıra bunların korunması ve sürekliliği de sağlanmalıdır. Zira insan olma açısından sürekli hürriyet içerisinde yaşamının önemi büyüktür. Çünkü insan toplum içinde her an müdahalelerle karşı karşıyadır. Bunu engelleme, yargının görevidir. Bu açıdan yargıya verilen önem ve değer, hürriyete verilen önem ve değer demektir.

Yargı bağımsızlığı kavramı, mahkemelerin yargı faaliyeti esnasında hiçbir etki altında kalmadan hüküm vermelerini deyimler¹²⁶⁵. Yargının bağımsızlığı, yargıcın görevinde fonksiyonel olması yani uyuşmazlığın olduğu yerde karar verebilmesi ve bu kararını etkin şekilde uygulayabilmesidir. Aksi halde bu organ, yargı organı olamaz¹²⁶⁶. Çünkü yargı, etkin ve güvenilir olmalıdır. Zira bir toplumda halk adâlete inanmaz ve yargıya güvenmez bir duruma gelmişse, o rejim çürümüş demektir ve çökmeye mahkumdur.

Yargı bağımsızlığının, devletin bağımsızlığı ile de sıkı ilişkisi vardır. Devlet bağımsız değilse, yargı bağımsızlığından söz edilemez¹²⁶⁷. Bir başka güç tarafından işgal edilen, bir başka devlete bağımlı olan devlet de yargı da bağımsız değildir. Yargının bağımsızlığı, devletin bağımsızlığının devamıdır. Devlet, bağımsızlığı ölçüsünde yasama, yürütme ve yargı yetkilerini bir yabancı irâdeyle paylaşmadan ve bir yabancı irâdenin emir ve direktiflerine uyma zorunluluğu olmadan, ülkenin tümü üzerinde kullanır. Devletin egemenliğine bağlı bir faaliyet olan yargı da egemenlik gibi tek olmalıdır¹²⁶⁸. Tek olan ve olması lazım gelen yargı kuvveti, zorunlu olarak geneldir, yani istisnasız herkese şamildir. **Yargı birliği** prensibi, sonuç itibarıyla, yargının genelliği demektir¹²⁶⁹.

Mahkemelerde yargılayan aslında yargıçlar değil, devletin kişiliğini temsil eden e-

¹²⁶⁴ Hatemi, 451

¹²⁶⁵ Fendoğlu, 30

¹²⁶⁶ Fendoğlu, 35

¹²⁶⁷ Fendoğlu, 34

¹²⁶⁸ Demirkol, 57-58

¹²⁶⁹ Kunder, 45

gemen güçtür. Bu açıdan yargıç, egemen gücü yasayı yaparken harekete geçiren mantığa uymalı, verdiği karar buna uygun olmalıdır. İşte o zaman yargının verdiği karar, aslında egemen güç tarafından verilmiş demektir¹²⁷⁰.

2.4.4.1.2.1. Temel Hak ve Hürriyetler Açısından Yargı Bağımsızlığı

Hukukun üstünlüğünü, devletin düzen ve sürekliliğini koruyabilmek için bireylerin hak ve hürriyetleriyle devletin zorlayıcı ve bastırıcı gücü arasında denge sağlayacak, bağımsız ve yansız bir organa ihtiyaç vardır¹²⁷¹. Birey hak ve hürriyetlerini gerçekleştirip, güvence altına alınmalarını sağlamak, kişi güvenliği ve dokunulmazlığını garanti altına almak yargı bağımsızlığı ilkesinin amacıdır. Çünkü, hürriyetin korunması, yargı bağımsızlığını da beraberinde getirmektedir.

Bireysel hak ve hürriyetler ancak yargı kararıyla sınırlanabilir. Yargı, kişiye tanınan hürriyetleri koruduğu gibi bunlarda kısıtlanmalar da yapabilir. Temel hak ve hürriyetlerin ihlal edilmesi durumunda, bunları yaptırımlarla koruma altına alacak bağımsız yargının hak arama açısından önemi çok büyüktür¹²⁷².

2.4.4.1.2.2. Yargı ve Yargıç Bağımsızlığı

Yargı bağımsızlığının en önemli ve olmazsa olmaz şartı, yargıçların bağımsızlığıdır. **Yargı bağımsızlığı** ilkesi, **yargıç bağımsızlığının** gerçekleşmesi ile mümkündür¹²⁷³.

Yargıç bir kanunu yorumlarken, kişisel görüşlerin ve o kanunu oluşturan politikaların kendisini etkilemesine izin vermemelidir¹²⁷⁴.

Yargıç bağımsızlığının beş görünüşü vardır: Yargıcın tarafsızlığı, yargıcın devlet karşısında bağımsızlığı, yargıcın özerkliği (fikirî bağımsızlık), yargıcın toplum karşısında özgürlüğü ve yargıcın kendisine karşı bağımsızlığı¹²⁷⁵. Eğer yargı görevini yürüten biri, bu yetkinliğe sahip değilse, yargı ve adâlet tehlikede demektir.

¹²⁷⁰ Hobbes, 193

¹²⁷¹ Lord Justice Diplock, "Devlet Yönetiminde Yargıya Düşen Görev", trc: Tuncer Karamustafaoğlu, AÜHFD, c: XXXVI, s.1-4, Ankara 1979, 36

¹²⁷² Demirkol, 53-54

¹²⁷³ Demirkol, 45-46

¹²⁷⁴ Diplock, "Yargıya Düşen Görev", 37

¹²⁷⁵ Sami Selçuk, "Yazılı Hukuk ve Yargıç İlişkisi", Türkiye Günlüğü, sy: 40, Ankara 1996, 5

Yargıç her türlü etkiden arınmış olmalı, herkes için gerekli bir mantıkla konuya yaklaşabilmelidir. Yasanın nesnel amacı somut olayda ancak böylelikle gerçekleşebilir. Zira yargıç, somut olay karşısında ne dediğini söyleyebilme yetkisini kullanırken, başkalarına ve kendisine karşı yabancı kalabilmelidir.

Nesnel mantıkla davranmanın iki yönü vardır; birincisi, taraflara göre yargıcın durumu *tarafsızlık*; ikincisi ise, kendine göre yargıcın durumu *kişisellikten arınmışlık*.

Tarafsızlık ilkesi, herkesin yasa önünde eşitliğini sağlar. Yargılamada işbirliği ilkesine rağmen, başkaları karşısında yargıç tarafsız olmalıdır. Kişisellikten arınmışlık ise, *ya-sa herkes için eşit uygulanır* kuralının hem nedeni hem de sonucudur. Zira adâlet terazisindeki tartı, aynı kalmalıdır. Yargıç ise bizzat kendine karşı tarafsız, kayıtsız kalabilmeli, kendi benini bütünüyle elemelidir. Benin elenmesi olayını yargılamada gerçekleştiremeyen bir yargıç, yargılama yetkisinden yoksundur¹²⁷⁶.

Yargısal kararın psikolojik sürecinde önyargılı, inatçı, hasta, yorgun vb. düşünce ve etkenlerin yeri¹²⁷⁷ önemlidir. Yargıcın doğruluğu, nesnel ve hukuka uygun karar vermesinde yatar. Yargıç sanıktan, kamuoyundan, çevreden, toplumsal katmanlardan, siyasal karar ve kanaatlerden etkilenmemelidir. Genelleştirici, içgüdüsel, çelişmeci, öznel ve coşkulu kararlardan kaçınmalı, bunlara eşit uzaklıkta olmalı, kişisel izlenimlerden ve yorumlardan çok, bilim ve mantığa göre karar vermelidir. Kişisel görüşlerini yargısına yansıtan bir yargıç, toplum adına değil kendisi ya da taraflar için karar vermiş ve özgüveninden uzaklaşmış bir yargıçtır¹²⁷⁸.

Yargıç yorum yaparken bir kişi değil, bir kurumdur. Yazılı bir metni yorum kurallarına göre algılamak ve uygulamak zorundadır. Zira zoraki yorum ya da normu örselemek, yorum yetkisinin çarpıtılmasıdır, kötüye kullanılmasıdır.

Ülkeyi ya da kimi zayıf toplum katmanlarını kurtarma, kollama bahanesiyle ve kişisel kaygılarla, ideolojik inançlarla yazılı hukuku dışlama girişimleri, hukuk devleti ilkesiyle temellenen temel hak ve özgürlükleri, yasamayı ve devletin düzen ve sürekliliğini

¹²⁷⁶ Mecelle, mad., 93, 94, 1792; Selçuk, 6

¹²⁷⁷ Veki', I, 70, 81-83

¹²⁷⁸ Selçuk, 7; Karamustafaoğlu, 77

tehlikeye atar. Zira bir ülkede yazılı hukuk ve buna bağlı olarak yargı kuvvetinin de tek olması zorunludur.

2.4.4.1.2.3. Yargı Yasama İlişkisi

Yasama işlemleri, kanun veya parlamento kararları şeklinde olur. Yasama faaliyeti ile yargıçlara emir verilmesi, yargı bağımsızlığını ihlal eder. Yasama karşısında yargı bağımsızlığının korunması, kanunlarla veya yasama faaliyetleriyle yargıya emir verilememesi, fonksiyonlarını görmekte bağlayıcı ve hürriyetini kısıtlayıcı, etkileyici sonuçlara varılamaması ile mümkündür¹²⁷⁹.

Yargı fonksiyonu, hukuk oluşturmaz, hukuku gösterme ve bildirme şeklinde ortaya çıkarır. Yargı fonksiyonunun hukuk dünyasındaki etkisi dinamik değil statiktir¹²⁸⁰. Yargıç, bir kanun koyucu değildir. Yargıç, yorum yoluyla hukukun oluşmasına katılabilse de, kanun koyma konusunda kendi yetkilerinin sınırlarını bilmeli ve bunları aşmamaya özen göstermelidir. Daha teknik bir deyişle yargıç, yasama fonksiyonunu gasbetmemelidir¹²⁸¹. Yargıç, bir hukuk kuralının uygunsuz olduğuna inansa bile, prensip itibarıyla yasama organınca konulmuş bulunan hukuk kuralını kabul etmek ve uygulamak zorundadır¹²⁸². Yargı organlarına kanunları anayasanın sözüne ve özüne uyarak yorumlama, inşa etme ve uygulama yetkileri tanınırsa, yargının gücü yasamanın gücünü aşar¹²⁸³ ve devlet bir yargıçlar devleti halini alır.

Yargılama faaliyeti, sadece bir mantiki muhakeme, bir hukukî idrak, bir hüküm verme faaliyetidir. Yargıç hukuk kuralı koymaz, konmuş olan hukuk kuralını uygular. Yargıcın faaliyetinde, irâde unsuru yoktur¹²⁸⁴. Çünkü irâde daha önce *-yasama organı tarafından-* ortaya çıkartılmıştır. Yargıcın görevi, önüne getirilen hukukî olayla ilgili

¹²⁷⁹ Fendoğlu, 177

¹²⁸⁰ Azrak, 133

¹²⁸¹ Karamustafaoğlu, 96

¹²⁸² Karamustafaoğlu, 96; Akgüner, 14

¹²⁸³ Karamustafaoğlu, 92

¹²⁸⁴ Kendisine getirilen hukukî olayı kuşatan herhangi bir yasa maddesinin bulunmadığı durumlarda yargıcın kendisini yasa koyucu yerine koyup olaya çözüm getirmesi (MK. mad. 1) işlemini kanun koyma olarak değerlendirmemek gerekir. Çünkü yasa koymakla, özel bir olayı vasıflayıp çözüme kavuşturmak aynı şey değildir. Zira verilen hüküm aynı mahkemenin sonraki kararları için bağlayıcı olmadığı gibi diğer mahkemeler için de emsal teşkil etmez. Ancak yargıtay ve danıştayın verdiği kararlar emsal teşkil etse de bu mahkemeler istisnâi mahkeme olduğundan buradan yola çıkarak genelleme yapılamaz.

normu belirtmektir¹²⁸⁵.

Yasama kuvveti, anayasa çerçevesinde fonksiyonel olmalıdır. Fakat yerine getiremeyeceği şüphesiyle yasama organının tasarrufları yargı denetimine tâbi tutulursa yasama için yargıya karşı koruma çareleri düşünülmelidir¹²⁸⁶. Yargı da yasamaya karşı korunmalıdır. Yargı bağımsızlığı yasamaya karşı korunmazsa temel hak ve hürriyetler yok olabilir. Çünkü yasama organındaki çoğunluklar, herhangi bir kral veya diktatörden çok daha zalimce davranabilirler¹²⁸⁷.

Yasama ve yargı, niteliği aynı kişi ya da meclisle birleştiğinde, özgül kanunlar genellikle taraflı saiklerden neşet eder ve özel kişilere yönelirler. Aynı tutulmakla ise, genel yasalar, bir insan grubu tarafından önceden, kimi etkileyecekleri bilinmeksizin yapılırlar ve herkese yönelik olurlar¹²⁸⁸.

Halkın kurucu kuvveti, hem yasama hem de yargı kuvvetlerinin üstündedir. Eğer yasama organının kanunlarda ifadesini bulan irâdesi ile halkın anayasada beliren irâdesi arasında bir ayrılık olursa yargıçlar, halkın irâdesi doğrultusunda karar vermelidirler¹²⁸⁹.

2.4.4.1.2.4. Yargı Yürütme İlişkisi

Yürütme fonksiyonu ile yargı fonksiyonunun en geniş planda ortak bir niteliği vardır. Her iki fonksiyon, kanunların çizdiği çerçeve içerisinde, kanunların uygulanması suretiyle yerine getirilir¹²⁹⁰.

Yargı fonksiyonu için asıl amaç, hukuk normlarını uygulamaktır. Hukuk normları, yürütme fonksiyonu içinse amaca ulaşmakta kullanılan araçlar konumundadır. Başka bir ifadeyle hukuk yargı fonksiyonu için, gerçekleştirilmesi gereken bir amaç yürütme fonksiyonu için ise sadece bir sınırdan ibarettir¹²⁹¹.

Yargısal işlem her zaman belirtici ve gösterici nitelik kazandığı halde, yürütme işlemi, kural olarak yapıcı ve kurucu niteliktedir. Bu nedenle yargısal işlemleri meydana

¹²⁸⁵ Azrak, 133

¹²⁸⁶ Demirkol, 63

¹²⁸⁷ Fendoğlu, 178

¹²⁸⁸ Hayek, III, 34

¹²⁸⁹ Karamustafaoğlu, 91

¹²⁹⁰ Azrak, 130

¹²⁹¹ Azrak, 131

getiren yargıç, hukuk normlarıyla sıkıca bağlıdır. Toplumun her günkü ihtiyaçlarını karşılamakla yükümlü olan yürütme ise, yenilikçi yani yapıcı nitelikteki idârî işlemleri oluştururken doğrudan doğruya kanunla bağlı olmayıp kendileriyle kanun arasına giren üstün emir ve direktifleri göz önünde tutarak hal ve zaman gereklerine uygun hareket etmek zorundadır¹²⁹².

Her bağımsızlık gibi, yargı bağımsızlığını da koruyan düzenlemelere ihtiyaç vardır. Terazisiz kılıç bayağı bir kuvvet, kılıcsız terazi ise hukukun aczi demek olacağından, kuvvetler arasında dengeli bir ilişkinin sağlanması gereklidir.

Yargının yürütme karşısındaki bağımsızlığından kasıt, yargı ve yürütme arasında hiçbir ilişki ve irtibatın olmayacağı demek değildir. Bu kuvvetler görevlerini yerine getirebilmek için zorunlu olarak birbirlerini tamamlayıcı çalışmalar içine gireceklerdir.

Yargı organı, uyuşmazlığı çözdükten sonra verdiği hükmün yerine getirilmesini sağlamak bakımından yürütme organının yardımına ihtiyaç duyar. Bu yargı-yürütme dayanışması, ceza hukuku alanında ve ceza davalarında daha da belirgin biçimde ortaya çıkar. Zira suçun tespitinde, suçlunun yakalanıp yargıç önüne getirilmesinde ve mahkemenin verdiği hükmün uygulanmasında yargı, yürütmenin yardımından yararlanır.

Yargı kararının uygulanması, yürütmenin bu kararı uygulamayı kabul etmesine bağlıdır. Bunun gibi, kişiler arasındaki hukuk davalarında da taraflardan biri mahkemece verilen karara uymazsa, o kararı uygulayabilmek için yine yürütmenin yardım ve desteğine ihtiyaç duyulur¹²⁹³. Bu sebeple yürütme ile yargı organlarının birbirlerinden kopuk ve ilgisiz olması mümkün değildir.

2.4.4.1.2.5. Yargı Yargı İlişkisi

Yargının kendi iç yapısındaki bağımsızlığı, hiyerarşik yapılanması için de söz konusudur. Yargının bağımsız olması için, yargısal bir kurumun diğer yargı kurumlarına karşı da korunması gerekir. Bir yargıcın kararını inceleyen diğer bir yargıç, fonksiyonu gereği üst yargı organı olmaktadır. Birbirlerine karşı emir veremediklerinden, yargılama içinde yargıç, bağımsızdır. Yargısal kurumları yargısal faaliyetleri sırasında, diğer yargı kurumla-

¹²⁹² Azrak, 133

¹²⁹³ Diplock, "Yargıya Düşen Görev", 30; Akgüner, 13; Demirkol, 67; Fendoğlu, 182

nının etkilerinden de korumak gereklidir¹²⁹⁴.

2.4.4.1.2.6. Yargının Medya ve Diğer Kuvvetlerle İlişkisi

Yargıçların vereceği kararlarda, medya bir şekilde etkili bir araç olabilir. Dördüncü kuvvet olarak nitelenen medyanın, toplumsal hayatta önemli bir güç olması, yargının ve yargıcın buna karşı korunmasını gerektirmektedir. Bu görevde, tarafsız ve sorumlu medyanın da sorumluluğu olmalıdır.

Yargının, bu kuvvetler dışında diğer kuvvetlere karşı da korunması önemlidir. Çünkü yargıya başka kuvvetlerden de baskı ve saldırılar gelebilir. Yargı mahkemede, sanık ve mağdura karşı veya üçüncü kişilere karşı korunmalıdır.

Yargının üzerindeki baskılar ve etkiler, sadece iktidârdan gelmez; sermaye grupları, etnik gruplar, siyasal partiler veya örgütler, sendikalar, şirket ve holdingler vb. yargıyı etkileyebilecek güçlerdir. Dolayısıyla yargı, her türlü baskı ve menfaat gruplarına karşı korunmalıdır.

Yargıcın, etrafındaki insanlara karşı etki altında kalmayarak, yargı bağımsızlığını koruyabilmesi için karakterli, iyi eğitilmiş, terbiyeli ve ekonomik seviyesinin iyi olması gerekir¹²⁹⁵. Nitekim Hz. Ömer, diğer şartları tamam olan bir yargıç adayının zengin ve asil bir aileden olmasını da şart koşmuş¹²⁹⁶ olması bu amaca matuf olarak değerlendirilebilir.

2.4.4.1.2.7. Yasama Yürütme Yargı İlişkisi

Tâbi oldukları sosyal ve siyasal doktrinler ne olursa olsun, bir devletin faaliyetleri yasama, yürütme ve yargı olmak üzere üçe ayrılır. Her düzenli toplum bu üç fonksiyonu, ne şekilde olursa olsun, yerine getirmek zorundadır. Bu fonksiyonların yerine getirilmediği bir toplum, devlet sıfatını kazanamaz. Bu sahada, konum itibarıyla çağdaş devletlerle eski devletler arasında herhangi bir fark yoktur. Bu üç fonksiyonun yerine getirilme şekli ve modeli zaman içerisinde değişmiştir, fakat fonksiyonların ana noktaları hep aynı kalmıştır.

Her düzenli toplum, bireyleri kendileriyle diğer bireyler veya kurumlar arasında

¹²⁹⁴ Demirkol, 78

¹²⁹⁵ Bk. Ebû'l Ulâ Mardin, "Kâdî" Mad., VI, 42-46

¹²⁹⁶ Fendoğlu, 195

koordine edecek, zorunlu ve açık kurallara ihtiyaç duyar. Bu, yasama organının görevidir. Hakim otoriteler, bu kurallara dayanarak kamusal faaliyet ve görevleri yerine getirmeye çalışırlar. Bu, yürütme organının görevidir. Üçüncü olarak da, her düzenli toplum kendi bireylerine yargı görevinin kendileri tarafından uygulanmasına izin veremez. Bu görev de, yargı organınınıdır.

Kuvvet adı da verilen bu organların ayrılma prensibinin temel esası, insanları kordudan kurtarmak, onların hak ve özgürlüklerini sağlamak ve devletin meşruluğunu kabul ettirmek olarak ifade edilir.

Yasama gücüyle yürütme gücünün ayrışımı korkuyu gidermeye ve özgürlüğü getirmeye yetmez. Yargılama gücünün de ayrı bir elde bulunması gerekir. Yasama gücünü elinde tutana bir de yargılama yetkisi verilirse, dilediği gibi yasalar çıkarmasına, yurttaşların canları ve özgürlükleriyle oynanmasına engel olacak bir güç ortadan kaldırılmış olur. Öte yandan, yargılama gücüne bir de yürütme gücü eklenirse yargıç zorbalığa sürüklenmiş olur¹²⁹⁷.

Yargı gücü, yasama ve yürütme gücünden ayrılmazsa, ortada özgürlük kalmaz. Yargı ve yasama güçleri birleşirse, vatandaşların hayatı ve hürriyetleri üzerindeki kuvvet, keyfi bir durum gösterebilir. Yargıç aynı zamanda yasa yapıcısı olacağından, yargı ve yürütme güçlerinin birleşmesi durumunda da yargıcın eline, yargı gücünden başka bir de baskı gücü geçebilir¹²⁹⁸.

Yasalar ve idârî sınır bilinci olmayan ve bu sınırlar içinde faaliyet göstermeyen bir yargı organı, yasama ve yürütme organlarıyla kendi arasında gerilimlerin ortaya çıkmasına sebep olabilir¹²⁹⁹.

Yasama ve yargı fonksiyonları, periyodik aralıklarla faaliyet göstermelerine karşılık, yürütme fonksiyonu sürekli faaliyet göstermektedir¹³⁰⁰.

Yürütme fonksiyonu ile yargı fonksiyonu arasındaki ortak nitelik, ikisinin de yasal sınırlamalar içerisinde fonksiyonel olmaları yani kanunları uygulamalarıdır. Yasama fonk-

¹²⁹⁷ Akın, *Devlet Doktrinleri*, 154

¹²⁹⁸ Divrik, 174; Tuncay, II, 314

¹²⁹⁹ Akgüner, 20

¹³⁰⁰ Günday, 15

siyonunun faaliyeti ise, kanunları uygulamak değil oluşturmak şeklindedir¹³⁰¹.

Bu üç kuvvet aynı zamanda, aynı kişinin ya da aynı grubun elinde bulunursa, devlette her şey keyfi olur ve sonuçta her şey yıkılır.

Yargı fonksiyonu, izharî¹³⁰² ve ihbarî¹³⁰³ bir fonksiyondur, bireylere yeni bir hak kazandırmaz, önceden tanınan hakları ortaya koyar. Bireylere tanınan haklar ihtilaf konusu olunca, bu hakları ortaya çıkarıp sahiplerine iade etmeye çalışır¹³⁰⁴. Yargı bu fonksiyonunu, tarihin bütün dönemlerinde yerine getirmeye çalışmıştır.

Hiz. Peygamber'in kurduğu devlette ta başından beri bu üç otorite vardı ve bilinmekteydi. Yalnız o dönemde bu üç organ hakkında, modern kavramlara rastlanmaz. Çünkü devleti Hiz. Peygamber kurmuştu fakat bu devlet, henüz onun hayatında, siyasî ve idârî yapılanmasını tam olarak tamamlayamamış yeni bir devlettir. Zamanla devletin sınırlarının genişlemesi, nüfusun artması, şehirleşme ve toplumun değişmesiyle orantılı olarak problemlerin artması sonucunda, her tarafa yetişilememesinden dolayı Hiz. Peygamber, kendine karşı sorumlu yöneticiler ve yargıçlar tayin ederek, işlerin görülmesini sağlamıştır.

Yöneticilerin, bu problemleri çözmek için görevlerinin branşlaşması ve bu görevlere karşı sorumluluk, tedrici şekilde otoritelerin ortaya çıkmasına sebep olmuştur¹³⁰⁵.

2.4.4.2. İslâm Tarihinde Yargı Fonksiyonu

2.3.4.2.1. İslâm Öncesi Dönemde Yargı

İslâm öncesi dönemde hicaz bölgesi, seyyid, şeyh ve reis diye isimlendirilen ve karizmatik kişilikleri olan insanların otoriteleri altında çok sayıda bağımsız, yerleşik ve göçebe kabilelerden oluşan toplumların bir görünümü şeklindeydi. Bu kabileler siyasi yapılanma ve yönetim açısından fazla gelişmiş değildi.

Medine tümüyle kabile esasına dayalı bir yapı göstermekteydi. Arap ve yahudi bütün kabileler ayrı bir hukuki birlik oluşturuyor ve kendi başkanları dışında hiçbir otorite

¹³⁰¹ Azrak, 153

¹³⁰² Serahsî, *Mebsût*, XVI, 60

¹³⁰³ İbn Ferhûn, *Tabsîrâtü'l-Hükkâm I-II*, Beyrût ts., I, 8

¹³⁰⁴ Karaman, *Mukayeseli İslâm Hukuku*, I, 105

¹³⁰⁵ Aldıkaçtı, 24; Demirkol, 26; et-Temmavi, Suleyman Muhammed, *Hiz Ömer ve Modern Sistemler*, trc: Muhammed Vesim Taylan, İstanbul 1993, 126

tanımlıyorlardı¹³⁰⁶. Yalnız on kişilik bir şura tarafından yönetilen şehir devleti görünümündeki Mekke biraz daha gelişmişti.

İslâm öncesi hicaz bölgesinde hakim bir siyasi otorite olmadığından yargı fonksiyonunu gerçekleştirecek özel bir yargı organı veya seçilmiş bir insan yoktu¹³⁰⁷. Bu sebeple özellikle ceza ve cinayet davalarında her fert kendi hakkını korumak ve almak zorunda kalıyordu. Buna bağlı olarak huzursuzluklar, kargaşalıklar meydana geliyor, kabileler perişan hatta bazen de yok oluyordu. Yalnız durum her zaman böyle değildi. Cahiliyye dönemi arapları kendi aralarındaki anlaşmazlıkları çözmek amacıyla başvurdukları tahkim usulü vardı. Kabile içinde veya kabileler arasında çıkan hukuki anlaşmazlıklar, tarafların ortak iradeleri ile seçtikleri bilgi ve akıl sahibi hakemlere götürülüyordu. Bu kişiler de genellikle ya kabile reisi veya bilge kişiler gibi toplumun değer verdiği kimseler ve bazen de kahin olabiliyordu¹³⁰⁸. Hz. Muhammed de bu dönemin hakemlerindendi. İslâm öncesi dönemde ona da dava getiriliyordu¹³⁰⁹. Aynı şekilde Hz. Ömer de bu dönemin hakemlerindendi¹³¹⁰. Bu hakemler tarafından verilen kararlar nihai olup bunlara karşı bir itiraz yahut istinaf benzeri bir inceleme genellikle söz konusu olmazdı¹³¹¹.

Hakemler tarafından verilen kararlar için bir icra ve infaz makamının olmaması¹³¹² bu kararların bağlayıcılığını olumsuz yönde etkilerdi¹³¹³. Hükümlerin icrası daha çok tarafların iyi niyetine veya lehine hükmolunanın üstün kuvvetine bağlı idi¹³¹⁴.

Ayrıca İslâm öncesi arap yarımadasında hakemlerin uygulayacakları mudevven kanunlar olmadığından, hakemler, tecrubi birikimlerine dayanarak kişisel görüşlerine veya toplumun örf ve adetlerine göre hüküm veriyorlardı¹³¹⁵.

¹³⁰⁶ Hamidullah, *İslâm Peygamber*, I, 186

¹³⁰⁷ Hamidullah, *İslâm Peygamberi*, II, 917; Zâfir Kasimî, *Nizâmu'l-Hükm fî Şeriâtî ve Târihî İslâmî I-II*, Beyrût 1989/1407, 2. baskı, II, 12

¹³⁰⁸ el-Âlûsî, Seyyid Mahmud Şükrü Bağdadî, *Bulûğu'l-Ereb fî Ma'rifeti Ahvâli'l-Arab I-III*, Mısır, 1342, I, 308; Kâsimî, II, 12; Şemseddin Günaltay, *İslâm Öncesi Araplar ve Dinleri*, Ankara 1997, 54-61

¹³⁰⁹ Haceru'l-Esved taşının yerleştirilmesi ve başka örnekler için Bk. İbn Hişâm, I, 228; Taberî, II, 41; İbnu'l-Esir, II, 29; Kâsimî, II, 15; Mesudî, *Murucu'z-Zeheb*, II, 278-279

¹³¹⁰ Mevdûdî, *İslâm'da Hükümet*, 437-441; Çubukçu, 49; Kazıcı, 110; Hasan, 275; Fendoğlu, 209

¹³¹¹ Hamidullah, *İslâm Peygamberi*, II, 865

¹³¹² Hamidullah, *İslâm Peygamberi*, II, 846; Fahrettin Atar, *İslâm Adliye Teşkilatı*, Ankara, 1991, 3. Baskı, 38

¹³¹³ Hamidullah, *İslâm Peygamberi*, II, 865; Atar, *Adliye*, 41

¹³¹⁴ Atar, *Adliye*, 38

¹³¹⁵ Hamidullah, *İslâm Peygamberi*, I, 186

2.4.4.2.2. Hz. Peygamber Döneminde Yargı Fonksiyonu

Anlaşmazlıklar her toplumda görüleceğinden yargı her zaman ve her toplumda önemli bir işlevdir¹³¹⁶. Yalnız yargı işlevinin düzenli bir şekilde yürütülmesi devlet ve devlete bağlı bir toplumun bulunmasını gerektirir. Her türlü davranış biçimlerini Hz. Peygamber'den almalarına rağmen, Mekke döneminde müslüman toplumun maddi bir iktidara sahip olmaması Hz. Peygamber'in bu dönemde adli düzenlemeler yapmasını gerektirmemiştir. Bu konuda Hamidullah, Mekke dönemini kastederek "Ben iki müslüman arasında söz konusu bir ihtilafı çözmek için kendisinde bir hüküm, hakem kararı istedikleri bir olaya rastlamadım. İhtimaldir ki bu tarzda bir olay geçmemiştir"¹³¹⁷ demektedir.

Hz. Peygamber'in devlet kurması Medine dönemiyle başladığından yargı fonksiyonu da bu dönemden itibaren incelenmelidir. Hz. Peygamber Medine'ye hicret edince burada başkanlığını yapacağı bir devletin kuruluşunu gerçekleştirmiştir. Bu devlette o, hem dini hem de siyasi lider olduğundan Medine'de yaşayan gayr-ı müslim toplumların da onayladığı (yahudiler, araplar) siyasi, askeri, mali, adli, vb. konularda uyacakları yöntemleri belirleyen 52 maddelik anlaşmayı uygulamaya koymuştur.

Bu anlaşma incelendiğinde yargısal alanla ilgili önceki uygulamalar kaldırılarak daha objektif ve güven verici olanlar getirildi. Adaletin dağıtımı ve gerçekleşmesi bireylerin insaf ve takdirine bırakıldığı ve hukuki anlaşmazlıkları çözecek yargısal bir organın bulunmadığı bir toplumdan herkesin hakkını güvenle alabileceği bir yapılanmaya doğru gidilmeye başlandı. Örnek olarak fertlerin ve hatta kabilelerin kendi haklarını kendilerinin koruması geleneği kaldırılarak her türlü hukuki anlaşmazlıkların çözümü için merkezi otoriteyi yani devlet başkanını yetkili kıldı. Hükümlerin infazını da aynı şekilde devlet başkanının yetkileri içine aldı¹³¹⁸. Yine bu metinle hukuki ve cezai anlaşmazlıkların çözümünde baş vurulacak kanunlar da belirlemiş oldu¹³¹⁹. Bu bağlamda Kur'an ve sünnet ülkenin müdevven kanunları konumundaydı¹³²⁰.

İslâmdan önceki dönemlerde güçlü olan taraf, eğer hakimin hükmünü kabul etmez-

¹³¹⁶ Medkur, 325

¹³¹⁷ Hamidullah, *İslâm Peygamberi*, II, 918

¹³¹⁸ 33 Ahzab 36, 4 Nisa 60,65; Medine Vesikası, mad. 23, 42, 47

¹³¹⁹ Medine Vesikası, mad. 3,13,21,36b

¹³²⁰ 4 Nisa 59; 5 Maide 48-50, 105 ve Vesikanın 23 ve 43. maddeleri doğrudan yargı ile ilgilidir.

se davanın başka bir hakime götürülmesini isterdi¹³²¹. Hz. Muhammed bu uygulamayı ortadan kaldırmıştır. Artık bir hüküm verildikten sonra o hükmün bozulması ve davanın başka bir hakim tarafından görülmesi mümkün değildir. Taraflar verilen kararı kabul etmek zorundadırlar¹³²².

Ayrıca gayri müslim azınlıklara aralarında çıkan anlaşmazlıkların çözümünde tabi oldukları hukuku uygulama açısından yargısal özerklik tanınmıştır¹³²³. Ancak azınlıklar aralarındaki anlaşmazlıkları çözemezse onları Hz. Peygamber'e götürmeleri de ifade edilmiştir. Gayri müslimlerden bazıları da aralarındaki davaları bazan Hz. Muhammed'e götürmüşlerdir. Hz. Peygamber yahudi bir erkek ve kadının zina davasına bakmış ve Tevrat'taki zina cezasını vermiş ve ceza da infaz edilmiştir¹³²⁴.

Vesikanın 21. maddesinden ceza davalarında dini grupların baş vuracakları yetkili mahkemenin hakim otoritenen mahkemesi olduğu anlaşılmaktadır. Yahudi toplumundan biri bir kadının zinetlerine tamah ederek onları zorla almaya kalkıştı ve kadının başını iki taş arasında ezerek öldürmek istedi. Kadının ölümle pençelediğini görenler durumu Hz. Peygamber'e bildirdiler. Hz. Peygamber de dava açtı ve ölümle pençelesen kadına "seni bu duruma kim getirdi" diye sorduğunda kadın ölmeden önce bir yahudinin yaptığını söyledi. Yahudi yakalandı ve mahkemede suçunu itiraf etti. Hz. Peygamber yahudiye kısas uygulayarak başını iki taş arasında ezdirmek suretiyle cezalandırdı¹³²⁵.

Hz. Peygamber tarafından kurulan devlette kuvvetler veya fonksiyonlar ayrılığı olmadığından yasama, yürütme ve yargı fonksiyonları birlikte temsil edilmiştir¹³²⁶. Dolayısıyla devlet başkanı olan Hz. Muhammed yargının da başı olarak yargı fonksiyonunu kendisi yürütmüştür¹³²⁷.

Hz. Peygamber bazı durumlarda, gelen ayet¹³²⁸ doğrultusunda insanlar arasında bir yargıç gibi hükmetme yetkisine sahipti. O dönemde Allah'ın indirdiği ile hükmeden ilk yargıç o idi. O hem Kur'an hükümlerini uyguluyor, hem de kendisi hüküm koyuyordu. "Muhacirler, ensar, yahudiler ve diğer gruplar arasında yaptığı anlaşmada ortaya çıkan

¹³²¹ Hamidullah, İslâm Peygamberi, II, 918

¹³²² Serahsî, Mebsut, XVI, 86

¹³²³ 5 Maide 42-43; Vesika, mad. 42; Hamidullah, İslâm Peygamberi, II, 918; Atar, Adliye, 48

¹³²⁴ Müslim, Hudud, 26; Ebu Davud, Hudud, 25, İbn Mâce, Hudud, 10

¹³²⁵ Ebu Davud, Diyet, 10; Tirmizî, Diyat, 6; Hanbel, Müsned, III, 170

¹³²⁶ Mevdûdî, 437,441

¹³²⁷ Serahsî, Mebsut, XVI, 86

¹³²⁸ 5 Maide 48

anlaşmazlıkların çözüm mercii Allah ve resulüdür"¹³²⁹ hükmü Hz. Muhammed'in yargı fonksiyonunun delilidir.

Medine döneminin ilk yıllarında hayatın sadeliği, sınırların darlığı, faaliyetlerin dışa dönük olması gibi sebeplerle Hz. Peygamber'e fazla dava gelmiyor ve Medine'de birden fazla yargıca ihtiyaç duyulmuyordu. Her hangi bir anlaşmazlık halinde taraflar kendiliğinden onun huzuruna geliyordu.

Saffan b. Uyeyne'nin elbisesini çalan hırsız peygamberin huzuruna çıkarılmış, yapılan yargılama sonucunda suç sabit görülmüş ve el kesme cezası uygulanmıştır¹³³⁰. Zengin bir kadın hırsızlık yapınca da Hz. Peygamber yine aynı cezaya hükmetmiştir¹³³¹.

Hz. Peygamber zina suçunu işleyenleri recm cezasına çarptırıyordu. Maiz b. Malik'e¹³³² ve gebe olduğu halde zina suçu sabit olan bir kadına çocuğunu doğurduktan sonra recm cezası uygulandı¹³³³. Birisine ait bir malı çalan ve itiraz eden hırsız¹³³⁴, davaları Hz. Peygamber'in bir yargıç olarak vasıfladığı örnek davalardır.

Hz. Peygamber'in son yıllarında devletin sınırlarının genişlemesi¹³³⁵ ve hukuki olayların artması sonucu Hz. Peygamber'in devletteki diğer görevleri yanında yargısal işlemleri de artmıştır. Ülkenin her köşesinden Hz. Peygamber'e hukuk davaları gelmeye başlamıştır¹³³⁶.

Bu kadar geniş toprakları içine alan bir ülkenin tek kişi tarafından yönetilmesi elbetteki imkansızdır. Bu sebeple ortaya çıkan hukuki anlaşmazlıkların çözümü için kendilerine müfti¹³³⁷ denilen bazı sahabileri Hz. Peygamber, hem Medine'de hem de uzak merkezlerde görevlendirmiştir¹³³⁸.

Bu görevlendirmeler başlangıçta genel bir yargılama görevi vermekten ziyade belli bir olayla sınırlı yetki devri şeklinde olmuştur.

¹³²⁹ İbn Hişam, II, 241-242; Hamidullah, Vesaik, 1-7, 59-62; Tuğ, İslâm Ülkelerinde Anayasa Hareketleri, 31, vd.

¹³³⁰ Ebu Davud, Hudud, 15, İbn Mâce, Hudud, 28; Malik, Hudud, 28; Nesâî, Kat'u's-Sarik, 5

¹³³¹ Buhârî, Hudud, 12; Müslim, Hudud, 8-9; Tirmizî, Hudud, 6; Darimî, Hudud, 5

¹³³² Müslim, Hudud, 19-20; Ebu Davud, Hudud, 7, 23

¹³³³ Müslim, Hudud, 23; Tirmizî, Hudud, 9, Malik, Hudud, 5

¹³³⁴ İbn Mâce, Hudud, 15

¹³³⁵ Hz. Peygamber'in son yıllarında Arap yarımadası baştan başa devletin hakimiyeti altına girmişti.

¹³³⁶ Buhârî, Musakat, 7-8; Ebu Davud, Akdiye, 7, 20, 31; Tirmizî, Ahkam, 12, 26 bunlardan bazılarıdır.

¹³³⁷ Serahsî, Mebsut, XVI, 109

¹³³⁸ Kâsanî, V, 2; Kettanî, II, 19; Hamidullah, İslâm Peygamberi, II, 921; Atar, Adliye, 52

Ukbe b. Amr anlatıyor: "Bir gün Resulullah'ın yanında otururken iki şahıs, aralarındaki bir ihtilafı ona getirdiler. Hz. Peygamber, bana hitaben: 'Ya Ukbe, kalk ve bu iki kişi arasındaki ihtilaf hakkında hüküm ver!' dedi. Ben de, 'Ya Resulellah! Bu konuda sen benden daha yetkili ve liyakatlisin.' dedim. Resulullah, sözüne devam ederek, 'Ya Ukbe! Eğer onların arasında hükmeder, içtihadı ihtiyaç duyar ve isabet edersen, on sevap; yok, bütün gayretine rağmen hata edersen de, karşılık olarak bir sevap alırsın.' dedi."¹³³⁹

Hz. Peygamber, bir davada hüküm vermek için, Amr ibnu'l-As'ı görevlendirdi. Hz. Peygamber ile Amr ibnu'l As arasındaki konuşma, Ukbe b. Amr'ın anlattığı gibidir¹³⁴⁰.

Medine'de yargı işlerinin çoğalması sebebiyle Hz. Peygamber önceden hakim sıfatıyla yürütmekte olduğu görevlerden bir kısmını bu müfti sahabilere devretmiştir.

Amir eş-Şa'bi'den gelen bir rivayete göre Hz. Muhammed döneminde dört yargıç vardı bunlar Hz. Ömer, Ali, Zeyd b. Sabit ve Ebu Musa el-Eş'ari idi¹³⁴¹. Mesruk ve Katade peygamber zamanında altı tane yargıç olduğunu zikrediyorlar. Söz konusu ettikleri yargıçlar Hz. Ömer, Ali, Zeyd b. Sabit, Ebu Musa el-Eş'ari, İbn Mes'ud ve Ubey b. Ka'b'dır¹³⁴². Bu rivayetler farklı da olsa Hz. Peygamber zamanında yargıçların bulunduğunu belgelemeleri açısından önemlidir.

Bir gün iki şahıs aralarındaki anlaşmazlığı Hz. Peygamber'e getirdiler; "Biz önce bu anlaşmazlık için ilim sahibi insanlara baş vurduk, onlar bize anlaşmazlığın çözümü hakkında şöyle şöyle bir hüküm verdiler" dediler. Hz. Peygamber anlaşmazlığı getiren şahısları dinledikten sonra verilen kararı yerinde bularak verilen cezayı derhal infaz etti¹³⁴³.

Medine dışında yaşayan kabilelerin İslâm dinini kabul etmeleri sebebiyle yargı teşkilatı da genişlemeye başlamıştı. Buna bağlı olarak Hz. Peygamber bu bölgelere çeşitli devlet görevlilerinin yanısıra yargıçlar da göndermiştir. Mesela, Hz. Ali Yemen'e¹³⁴⁴,

¹³³⁹ Dârekutnî, Ali b. Ömer, Sünen I-IV, Beyrût 1986/1386, IV, 202; Kettanî, Muhammed Abdulhay. **Hz. Peygamber'in Yönetimi I-III**, trc: Ahmet Özel, İstanbul 1990, I, 258

¹³⁴⁰ Serahsî, **Mebsût**, XVI, 76; Hanbel, II, 187; IV, 205; Dârekutni, IV, 202

¹³⁴¹ İbn Kayyum, **İ'lam**, I, 12; Veki', I, 104

¹³⁴² Veki', I, 105; Kettanî, I, 258

¹³⁴³ Buharî, **Ahkam**, 39; Tirmizî, **Hudud**, 8; Malik, **Hudud**, 6

¹³⁴⁴ Veki', I, 84-92; Tirmizî, **Ahkam**, 5; Hanbel, I, 90; Ebu Davud, **Akdiye**, 6; Ubeyd , **Emval**, 474; Hz. Ali'nin baktığı davalar için bk. Şafii, Muhammed b. İdris, **el-Umm**, I-IX, Beyrut, 1993/1413, V, 281

Muaz b. Cebel Yemen'in Cenet bölgesine¹³⁴⁵, Attab b. Esid Mekke'ye¹³⁴⁶ yargıç olarak atanmışlardır. Hz. Peygamber'in uzaklara görevlendirdiği şahıslar bazen yalnızca yargı bazen de yargı ile birlikte başka görevleri de yerine getiriyorlardı¹³⁴⁷.

Bu dönemde diğer devlet görevlilerinde olduğu gibi yargıçların atama¹³⁴⁸ ve azilleri bizzat devlet başkanının yetkisindeydi ve azledilmeleri hüküm ihlali şartına bağlı idi¹³⁴⁹.

2.4.4.2.3. Hz. Peygamber Döneminde Yargı Fonksiyonunun Özellikleri

Hz. Peygamber adaletin dağıtımı ve yerine getirilmesi fertlerin insaf ve takdirine terk edildiği, hukuki ihtilafları çözecek bir yargı organının bulunmadığı bir toplumda herkesin hakkını güven altına alacak yargısal bir reform yapmaya başlamıştı. O Allah'tan aldığı ayetler ve Medine'de oluşturduğu vesika çerçevesinde yargı sisteminin temellerini atmış ve uygulamalarıyla da bu sistemi geliştirmeye başlamıştı. Onun kurduğu yargısal sistemin bazı özellikleri şunlardır:

1. Yargılamada temel referans kaynakları Kur'an ve sünnettir¹³⁵⁰.
2. Bireysel sorumluluk prensibi kabul edilmiştir. İslâm'a göre herkes yaptığından kendisi sorumlu olacaktır. Eğer insan suç sayılacak bir şey yaparsa, başkası değil, kendisi cezalandırılacaktır¹³⁵¹. Bir kimsenin işlediği cinayetlerden kendisi mesul tutulacaktır¹³⁵².
3. Şüpheli durumlarda af yönünün seçilmesi; Hz. Peygamber; "elinizden ne kadar imkan gelirse müslümanların cezalarını kaldırmaya çalışınız. Şayet elinizde beraati için bir yol, bir delil varsa mazlumu serbest bırakınız. Zira bir kişinin afta yanılması cezalandırmada yanılmasından daha evladır"¹³⁵³ buyurmaktadır.
4. İhkakı hak yasaklanmış, bireyin haklarını koruma görevi devlete havale edilmiştir¹³⁵⁴. Vatandaşlar arasında çıkacak hukuki anlaşmazlıkların çözümünde uygulanacak kanun ve usullerin belirlenmesi, kesinleşmiş kararların icra ve infazı devletin otoritesine

¹³⁴⁵ Tirmizî, Ahkam, 3; Ebu Davud, Akdiye, 10; Veki', I, 97-99; Ubeyd, 474; Belazûrî, 100

¹³⁴⁶ Serahsî, Mesbut, XVI, 67

¹³⁴⁷ Kazıcı, 112; Çubukçu, 50; Atar, Adliye, 25, 54-56

¹³⁴⁸ Ebu Davud, Akdiye, 6; Hamidullah, İslâm Peygamberi, II, 922

¹³⁴⁹ Müslim, Akdiye, 17-18; Hamidullah, İslâm Peygamberi, II, 922

¹³⁵⁰ Medine Vesikası, mad. 23

¹³⁵¹ 17 İsra 15; 35 Fatır 18; 39 Zümer 7; 53 Necm, 38; Medine Vesikası, mad. 25, 31

¹³⁵² Nesâî, Kasame, 41-42; Darimî, Diyet, 25; İbn Mâce, Diyet, 26; Hamidullah, Vesaik, 261

¹³⁵³ Ebu Davud, Hudud., 6; İbn Mâce, Hudud, 5; Tirmizî, Hudud, 2

¹³⁵⁴ Medine Vesikası, mad. 42

bağlanmıştı¹³⁵⁵. Saffan b. Uyeyne'nin elbisesini çalan hırsız Hz. Peygamber'in huzuruna getirilince elinin kesilmesini emretti. Saffan adamı bağışlamak isteyince Hz. Peygamber; "onu bana getirmeden affetmeliydin" cevabını verdi ve infazı gerçekleştirdi¹³⁵⁶.

Hz. Osman da huzuruna çıkarılan bir hırsıza şefaati olmak istenildiğinde hadler sultana ulaşınca Allah şefaati edene de şefaati kabul edene de lanet eder¹³⁵⁷ cevabını vermiştir.

5. Herkesin kanun önünde eşit sayılması ilkesi getirilmiştir; İslâmdan önce kabileler arasında diyet verme hususunda bir denge yoktu¹³⁵⁸. İslâm bu eşitsizliği kaldırmış¹³⁵⁹, hatta devlet başkanları dahi kanun önünde eşit olmuşlardır¹³⁶⁰.

6. Fiillerde niyetin önemi öne çıkarılmıştır. Hz. Peygamber zorla ırzına geçilen bir kadına recm uygulamamış¹³⁶¹, kastı olmadığı halde birisinin dişini kırana kısas yaptırmamıştır¹³⁶². Ayrıca uyuyan bir kimsenin ve mecnunun hareketinden sorumlu tutulmayacağı gelen rivayetler arasındadır¹³⁶³.

7. Her alanda meşru görülen, insanlığın birikiminden faydalanma¹³⁶⁴ yargı açısından da söz konusudur; İslâm öncesi yargılama usulünde kabul edilen yemin ve şehadet delilleri¹³⁶⁵ Hz. Peygamber döneminde de kabul edilmiştir¹³⁶⁶. Hz. Peygamber kendisine dava geldiğinde taraflardan şahit getirmelerini istiyordu¹³⁶⁷. Aynı şekilde yemin de hukuk davalarında hükümlere dayanak oluşturan delillerdendi¹³⁶⁸. Hz. Peygamber şahitle birlikte yeminle hükmetmiştir¹³⁶⁹.

¹³⁵⁵ Hz. Ömer'in Ebu Musa'ya yazmış olduğu mektup yargı infazının önemini göstermektedir. Hamidullah, *Vesâik*, 425-437; İbn Ferhun, I, 18

¹³⁵⁶ Nesâî, *Katu's-Sarik*, 5

¹³⁵⁷ Malik, *Hudud*, 29

¹³⁵⁸ Ebu Davud, *Akdiye*, 10; Nesâî, *Kasame*, 8-9

¹³⁵⁹ Medine Vesikası, mad. 3-11

¹³⁶⁰ Serahsî, *Mebhut*, XVI, 73,74,122; Hamidullah, *İslâm'da Devlet İdaresi*, 218-225; Hamidullah, *İslâm Peygamberi*, II, 928

¹³⁶¹ Ebu Davud, *Hudud*, 8; Tirmizî, *Hudud*, 22

¹³⁶² Buhârî, *Diyet*, 18; Tirmizî, *Diyet*, 19; Nesâî, *Kasame*, 17-19

¹³⁶³ Ebu Davud, *Hudud*, 17; Tirmizî, *Hudud*, 1; Darimî, *Hudud*, 1

¹³⁶⁴ Cahiliyye döneminin faziletleriye İslâm'da da amel edilir. Hanbel, III, 425

¹³⁶⁵ Tirmizî, *Ahkam*, 12-13; Ebu Davud, *Akdiye*, 24

¹³⁶⁶ 2 Bakara 282-283, 4 Nisa 15, 5 Maide 8,106, 24 Nur 4, 65 Talak 2

¹³⁶⁷ Buhârî, *Musakat*, 6; Serahsî, *Mebhut*, XVI, 87; İbn Kayyim, *Turuk*, 94

¹³⁶⁸ Buhârî, *Diyet*, 22; Ahkam, 3,4; Müslim, *Eyman*, 7-8; Ebu Davud, *Diyat*, 8-9; Malik, *Kasame*, 1,2; Nesâî, *Kasame*, 2-4; İbn Kayyim, *Turuk*, 94

¹³⁶⁹ Şafii, *Umm*, V, 322

8. Yargı sorumluluğu olan yargıçların manevi sorumluluklarına da vurgu yapılmıştır. Hz. Peygamber bilgili, dindar, ehliyetli yargıçların ahirette de ödüllendirileceğini, bilgisiz, karaktersiz, ehliyetsiz yargıçların karşılaşacakları cezaları hatırlatmış¹³⁷⁰ yargıda rüşvetin kötülüğü¹³⁷¹ ve haramlığından¹³⁷² bahsetmiştir.

9. Azınlıklara özel hukukla ilgili yargısal özerklik tanınmıştır¹³⁷³. Fakat kamusal alanda merkezi otoriteye uyulması zorunluluğu getirilmiştir¹³⁷⁴.

2.4.4.2.4. Hz. Peygamber Döneminde Yargı Bağımsızlığı

Hz. Peygamber döneminde devlet başkanının yargı fonsiyonunun dışında tutulması¹³⁷⁵ aynı şekilde Hz. Ömer'in; "Resulullah bile kendisini kısasen cezalandırmaya teşebbüs eder de ben valiye kısas uygulamaz olur muyum" şeklindeki cevabı¹³⁷⁶ kamu görevlilerine özellikle de yargıçlara mali güvenceler sağlanması¹³⁷⁷ yine Hz. Peygamber'in yargıç olarak atadığı kimselere bağımsız icihad yetkisi vermesi¹³⁷⁸ bağımsız bir yargı gücünün oluşması açısından önemlidir.

Hz. Peygamber'in yargıçlara yönelik uygulamalarında daha ziyade tarafsızlığı ve objektifliği zedeleyebilecek hallere dikkat çekmesi¹³⁷⁹, hakimleri etkilememesi için tarafları ikaz etmesi¹³⁸⁰ yargıç bağımsızlığı açısından önemli argümanlardır.

Hz. Peygamber döneminde yargı kurumsal olarak bağımsızlaşmamıştır. Yalnız bu dönem muhakeme usulünün belirlendiği¹³⁸¹ yargının bağlayıcı bir hüviyet kazandığı ve ihtiyaç oranında yargıç tayin edildiği bir dönemdir.

Hz. Peygamber dönemi siyasal açıdan bir yapılanma ve gelişme dönemi olduğu için,

¹³⁷⁰ Tirmizî, Ahkam, 1, 9; Ebu Davud, Akdiye, 2; İbn Mâce, Ahkam, 1, 3; Serahsî, Mabsut, XIV, 67,72

¹³⁷¹ Tirmizî, Ahkam, 9

¹³⁷² Serahsî, XIV, 67

¹³⁷³ Hamidullah, Anayasa, 219; Atar, Adliye, 67,70

¹³⁷⁴ Medine Vesikası, mad., 42

¹³⁷⁵ Serahsî, Mabsut, XIV, 73,74,122; Hamidullah, İslâm'da Devlet İdaresi, 218-225; İslâm Peygamberi, II, 928

¹³⁷⁶ Nesâî, Kasame, 24

¹³⁷⁷ Ebu Davud, İmare, 10; Kettanî, II, 24; Hamidullah, İslâm Peygamberi, II, 932

¹³⁷⁸ Hanbel, II, 187, V, 205; Şafii, Umm, VI, 281; Darekutnî, Sünen, IV, 202; Kettanî, I, 258

¹³⁷⁹ Mesela, Hakimi öfkeli iken hüküm vermemesi için Buharî, Ahkam, 13; Müslim, Akdiye, 16; Ebu Davud, Akdiye, 9; Tirmizî, Ahkam, 7; Nesâî, Kudat, 32; İbn Mâce, Ahkam, 4; Hanbel, V, 36-38,46,52; eş-Şafii, Muhammed b. İdris, el-Ümm, I-IX, Beyrut, 1993/1413, VI, 278, IX, 315

¹³⁸⁰ Buharî, Şehadet, 27; Müslim, Akdiye, 3; İbn Mâce, Akdiye, 1

¹³⁸¹ Tirmizî, Ahkam, 12; Müslim, Lukata, 1,4-5; Veki', I, 31,81-83

diğer alanlarda olduğu gibi yargısal alanda da temel değerlerin oluşturulduğu bir dönemdir. Bu sebeple o, bizzat yasama, yürütme ve yargının kaynağıdır. Yargının gerçek anlamda ondan ayrılması düşünülemez. Ama bağımsız yargıç atamak, atanan yargıçlara şahsiyet tanımak, onlara olumsuz anlamda müdahale etmemek anlamında yargının ayrılığı gerçekleştirilmiştir.

2.4.4.2.5. Raşit Halifeler Dönemi Yargı Fonksiyonu

Hız. Peygamber'in vefatından sonra devlet başkanlığına seçilen Hız. Ebu Bekr yönetimi, devlet fonksiyonlarının daha ileri bir düzeyde yürütölmesini sağlamıştır.

Hız. Ebu Bekr, Ebu Ubeyde'yi mali işlerle, Hız. Ömer'i de yargı fonksiyonuyla görevlendirmiştir¹³⁸². Raşit halifeler döneminde ilk defa yargıçlık yapan Hız. Ömer idi. Fakat *kâdî* ismi bilinmediğinden dolayı Hız. Ömer, kadı diye de isimlendirilmemiştir¹³⁸³. Hız. Ebû Bekir döneminde müstakil kadı tayinleri yapıldığı gibi, valilere ek görev olarak kadılık görevi de verilmiştir.

Hız. Ebu Bekr, Hız. Ömer'i kadı tayin etmesine rağmen, kendisi de bazı hukukî ve cezai anlaşmazlıkları çözmüştür. Bir katil olayını çözüme kavuşturmuş¹³⁸⁴, bir hırsızlık olayında yapılan muhakeme sonunda hırsıza el kesme cezası vermiş¹³⁸⁵, Eslem kabilesinden zina eden bir kadına recm cezası uygulamıştır¹³⁸⁶.

Hız. Ebu Bekr, yargılama esnasında Hız. Ömer, Hız. Osman ve Hız. Ali'yi yanında bulundururdu¹³⁸⁷.

Hız. Ebu Bekr'in devlet başkanlığı kısa sürdüğünden, devlet yapılanmasında ciddi değişiklikler olmamıştır. Yargı, şekil bakımından Hız. Peygamber devrinden farksızdı. Sadece meseleler hakkındaki görüşünü bildirmesi için Hız. Peygamber'e arz edilmiyordu. Ancak, ihtilafların şekline göre oluşan içtihat, yargının başvurduğu bir kaynak olarak gelişme göstermiştir.

Hız. Ömer döneminde hem idârî işlerin yürütölmesi¹³⁸⁸ hem de adli yapılanmada bü-

¹³⁸² Taberî, IV, 246; Veki, I, 104

¹³⁸³ Hasan, 276; en-Nebhân, 559; Çubukçu, 81; Uğur, 147

¹³⁸⁴ Veki, I, 102-103

¹³⁸⁵ Mâlik, Hudûd, 2

¹³⁸⁶ Buhârî, Hudûd, 22; Mâlik, Hudûd, 30

¹³⁸⁷ Bilmen, VIII, 219

¹³⁸⁸ Şibli, IV, 332

yük gelişmeler olmuştur. Mekke’de ve taşrada yargı, yürütmeden ayrılmıştır¹³⁸⁹.

Hız. Ömer’e gelinceye kadar devlet memurları, ayrı görevlere aynı anda sahiptiler. Ülkenin sınırları genişleyince yargı, yürütmeden ayrılmış ve ülkenin her tarafına görevi sadece kadılık olan insanlar gönderilmiştir.

Zeyd b. Sabit, Ebu Derda, Zeyd b. Uhdunnevr, Hız. Ali ve Ubey b. Kab¹³⁹⁰, Hız. Ömer’in Medine şehri için tayin ettiği hakimlerdi. Hız. Ömer yönetime geldiğinde, Şureyh’i Kufe’ye kadı tayin etmiştir. Onun, kadı Şureyh’e yazmış olduğu mektup, yargı tarihi açısından önemli bir belgedir¹³⁹¹.

Hız. Ömer’in Ebu Musa el-Eşari’ye *yargı siyaseti ve hüküm tedbiri* isimli meşhur mektubu da İslâm yargı tarihi açısından çok önemli bir vesika sayılır¹³⁹². Bu iki belgenin değerlendirilmesinden şu sonuçlar ortaya çıkarılabilir:

1. İslâm düşüncesinde yargı, temellerini nasslardan alır.
2. Yargı prensiplerini yönetim belirleyebilir fakat yargılama, yasama ve yürütmeden bağımsız ayrı bir görevdir,
3. Muhakeme usûlüyle ilgili bazı prensipler getirmişlerdir ve yargı belirli prensiplere göre fonksiyonel olmalıdır,
4. Hak üstündür, hiçbir zaman çığnenmez, önemli olan hakkın ortaya çıkmasıdır ve dolayısıyla kadı verdiği kararı değiştirebilir.

Hız. Osman dönemi, siyasal yönden karanlıklarla dolu bir dönem olmuştur. Bu açıdan bu dönemde idârî ve yargısal sahada önemli yenilikler olmamıştır. Ve devlette Hız. Ömer’in usulü aynen devam etmiştir¹³⁹³.

Hız. Osman, başkent Medine’de yargı fonksiyonunu yerine getirirken¹³⁹⁴ Zeyd b. Sabit’i de kadı tayin etmişti¹³⁹⁵.

¹³⁸⁹ Şibli, IV, 362; Başgil, *Esas Teşkilat Hukuku*, I, 70

¹³⁹⁰ İbn Haldûn, 197

¹³⁹¹ Hamîdullah, *Vesâik*, 439-440; Dârimî, *Mukaddime*, 20; es-Suyûtî, 62

¹³⁹² Hamîdullah, *Vesâik*, 425-437; İbn Kayyîm, *İ’lam*, I, 67-68; en-Nebhân, 14-15; Kâsânî, V, 9; İbn Haldûn, 195; Uğur, 147; Kazıcı, 111; Veki’, I, 70-73; Serahsî, *Mebûsât*, XVI, 60; İbn Ferhûn, I, 21; Dârekutnî, IV, 206-207

¹³⁹³ Veki’, I, 274-276; Atar, *Adliye*, 80

¹³⁹⁴ Ebû Dâvûd, *Hudûd*, 35; Dârimî, *Hudûd*, 9; Mâlik, *Hudûd*, 23; İbn Kayyîm, *Turuk*, 84-85

¹³⁹⁵ Veki’, I, 110; Atar, *Adliye*, 80

H. Osman, cezaların infazının devlet başkanının iznine bağı olduğunu karara bağlamış, Mekke’de bir temyiz mahkemesi kurmuş¹³⁹⁶, Medine’de de bir daru’l kaza (adliye binası) inşa etmiştir¹³⁹⁷.

Yargı, H. Ali döneminde de aynı usul üzere devam etmiştir. Şahitlerin arasını ilk olarak ayıran, H. Ali’dir¹³⁹⁸. Valilere kadı tayini için yetki vermiş ve kadılara da yüksek maaş ödemiştir¹³⁹⁹. Kadı tayin edemediği vilayetlerde, valilere yargı yetkisi de vermiştir. Nitekim, Muhammed b. Ebi Bekr’i Mısır’a vali tayin ettiği zaman ona yargı yetkisini de vermişti¹⁴⁰⁰.

Bu tarihî malumattan sonra, şunlar söylenebilir: Raşit Halifeler döneminde yargı, yürütmeden ayrı değildi. Yürütme kuvvetinin başı olan devlet başkanı, aynı zamanda yargılayan bir hakim konumundaydı. Ancak devlet başkanı bu iki görevi yerine getirirken, sıfat olarak aynı konumdaydı; hukukçu ve yargıç olarak yargılar, yönetici olarak da yürütme görevini yerine getirirdi. Bu iki görev ve yetki aynı kişi uhdesinde olsa da birbirlerini etkilemezdi. Bu açıdan bu dönemde yargı-yürütme bütünlüğüne rastlanmaz.

Bu dönem, bağımsız yargı sürecinin de başladığı dönemdir. H. Peygamber döneminden itibaren bağımsız yargıçlar atanmaya başlamıştır. Yalnız, yargıç atamaları devlet başkanı tarafından yapılıyordu.

Bu dönemde muhakeme usulü de devlet başkanları tarafından belirtiliyordu. Hem H. Peygamber hem de Raşit Halifeler, yargıçlar için uyulması gereken prensipler de geliştiriyorlardı. Çünkü yargı, devletin önemli bir görevi idi. Bu dönem için yargılama işleminin bağımsız olduğu fakat yargı fonksiyonunun ayrı olmadığı söylenebilir. Yargıçlarına mektuplarla talimatlar gönderen H. Ömer, mahkemede taraflardan biri olarak hakim karşısına çıkmıştı¹⁴⁰¹. Çünkü devlet başkanı, kendisiyle ilgili bir konuda yargıç konumunda olamazdı¹⁴⁰².

¹³⁹⁶ Atar, Adliye, 81

¹³⁹⁷ Kettanî, I, 271-272

¹³⁹⁸ İbn Kayyim, Turuk, 61

¹³⁹⁹ Kettanî, I, 264; Fendoğlu, 88

¹⁴⁰⁰ Çubukçu, 96; Atar, Adliye, 82

¹⁴⁰¹ Serahsî, Mebsût, XVI, 73-74; Kâsânî, VII, 9

¹⁴⁰² Serahsî, Mebsût, XVI, 73

2.4.4.2.6. Emeviler ve Abbasiler Döneminde Yargı Fonksiyonu

Emeviler döneminde yargı teşkilatında önemli gelişmeler olmamıştır. Yargı zaman zaman siyasî baskılar altında kalmış, yargıçlar valilerin siyasî yetkisi altına girmişler ve hukuka uygunluktan giderek uzaklaşmışlardır¹⁴⁰³.

Dönemindeki baskılar sebebiyle Ebu Hanife, kendisine teklif edilen yargısal görevi kabul etmemiştir¹⁴⁰⁴.

Emevi yönetimi döneminde yargı fonksiyonunun önemli özelliği, yargıçların Kur'ân ve Sünnet'i esas almak üzere, reyle hükümler vermeleridir. Bu sebeple fetvalar ve hukukî vasıflamalar arasında hayli farklar meydana gelmiştir. Her yargıç, diğer yargı mensuplarını bağlamayan kendi görüş ve ilmine dayanıyordu. Çünkü bu sıralarda hukukî mezhepler oluşmamıştı¹⁴⁰⁵. Yargı, fırka ve mezheplerden etkilenmeden, bağımsızlığını korumuştur¹⁴⁰⁶.

Abbasiler döneminde içtihat hareketleri ve çeşitli hukukî mezheplerin ortaya çıkması ve buna bağlı olarak tedvin hareketi sebebiyle bu devir İslâm yargı tarihinde önemli bir dönemdir. Yargı, Raşit Halifeler ve Emeviler dönemine kıyasla büyük gelişmeler göstermiştir¹⁴⁰⁷.

Bu dönemde yargıç, kendisine sunulan bir meselede içtihat hakkına sahip değildi. Faaliyeti, müçtehit imamları taklit ve görüşlerine uymaktan ibaretti. Ülkenin her bölgesinde, devletin kabul ettiği bir mezhep vardı, yargıç da bunlara bağlı kabul edilirdi. Irak'daki kadı, Ebu Hanife'nin mezhebine, Mısır'daki, İmam Şafiî'nin, Mağrip'deki de İmam Malik'in görüşüne göre hükmederdi¹⁴⁰⁸.

Bu dönemin en önemli gelişmelerinden biri yargının fonksiyonel olarak yürütmeden ayrılmasıdır. *Kâdi'l-Kudat*'lık kurumu bu dönemde kurulmuştur. Kadiu'l-Kudat merkez-

¹⁴⁰³ Veki', I, 141; en-Nebhân, 563; Hasan, 279; Çubukçu, 128; Fendoğlu, 91; Atar, Adliye, 83

¹⁴⁰⁴ Çubukçu, 128; Ebû Zehra, *Mezhepler Tarihi*, 235-236; Atar, Adliye, 83; Ebû Zehra, *Ebû Hanife*, trc: Osman Keskiöğlu, 58; Fendoğlu, 93

¹⁴⁰⁵ Hasan, 279; en-Nebhân, 563; Uğur, 147

¹⁴⁰⁶ Suphi Salih, *İslâm Mezhepleri ve Müesseseleri*, 245

¹⁴⁰⁷ Suphi Salih, *İslâm Mezhepleri ve Müesseseleri*, 246; en-Nebhân, 564

¹⁴⁰⁸ en-Nebhân, 563; Çubukçu, 196

de oturup, diğer yargıçları tayin ederdi. İlk Kadi'l-Kudat, Ebu Yusuf'tur¹⁴⁰⁹.

Abbasiler döneminde yargı, önemli ölçüde siyasetin etkisindeydi. Bazı Abbasi halifeleri, diledikleri gibi hükmetmek için yargıçları kendilerine bağlamışlardı. Bu dönemde pek çok alim, hak ve adâlete aykırı hüküm vermemek için, yargı görevinden imtina etmiştir¹⁴¹⁰.



¹⁴⁰⁹ Hasan, 280; en-Nebhân, 564; Suphi Salih, *İslâm Mezhepleri ve Müesseseleri*, 246; Kazıcı, 119; Çubukçu, 196

¹⁴¹⁰ en-Nebhân, 564; Suphi Salih, *İslâm Mezhepleri ve Müesseseleri*, 246; Temmavi, 299; Fendoğlu, 97

SONUÇ

İnsanlık, tarihin her döneminde din, hukuk ve devlet kavramlarıyla iç içe olmuştur. Bu açıdan değişik olgu, bilim ve kurumlar arasında işbirliği ve işbölümünün son derece geliştiği bugünkü dünyada, bilgi sistemleri ve disiplinler arasındaki ilişkiler kuvvetlendirilip geliştirilmelidir. Çünkü bilimsel bilgiler diğer bilgilerle birlikte değerlendirilmediği sürece eksik ve hatta zaman zaman da tehlikeli olurlar.

Sistemleri kuran ve yaşatan insandır. Bu açıdan bireysel ve toplumsal her faaliyet, insanın değişik boyutları ve insanla ilişkili bütün disiplinler dikkate alınarak düzenlenmelidir. Özellikle din, hukuk ve devlet dar kalıplar içerisinde değerlendirilmeye tâbi tutulursa, anlaşılmalrı ve amaçlarını gerçekleştirmeleri yetersiz kalabilir.

İslâm'ın her devrin insanına hitap etmesi, onun genel, esnek ve makul bir yapıya sahip olmasını gerektirir. Çünkü, İslâm evrensellik içeren bir din olarak, bütün toplumsal hayat tarzları için geçerli olabilecek ilkeleri yapısında taşır. Bu açıdan İslâm'ın temel kaynakları, beşeri ilişkilerin ahlâkî ve genel çerçevesine temas etmiş, toplumların yönetim şekli ve biçimsel ayrıntılarını beşeri inisiyatife bırakmıştır. Ayrıntılar, söz konusu genel çerçeve ve ideallere nispetle araç konumundadırlar. Ve araçlar farklı devir ve toplumlarda değişiklik gösterirler.

Bu yüzden, Kur'ân'ın, insanlığı kemâl derecesinde bilgilendirdiği, gerekli bütün açıklamaları yaptığı ve insanlık için vazgeçilmez amaçlar gösterdiği şeklindeki ifadeleri, toplumsal yönetim biçimlerini belirlediği ve kapsamlı siyaset teorileri ortaya koyduğu şeklinde anlaşılmalıdır. Şâri' bu konularda anlama, yorumlama ve yapılanmayla ilgili yetkiyi yetkin ve yetişkin insan unsuruna ve bilime bırakmış şekil ve kalıp ise ikinci plana atılmıştır.

Toplunun, toplum çıkarlarına aykırı kurum ve örgütlenmelerin varlığını devam ettirmesi düşünülemez. Bu nedenle bir toplumda meydana gelen hukukî ve kurumsal bütün uygulamalar, sürekli inceleme ve değerlendirmeye tâbi tutulmalıdır. Çünkü, değişim bunu zorunlu kılmaktadır. Zira hukukî uygulamalarda geçerlilik, etkinlik ve adâlete uygunluk bir arada değerlendirilmelidir. Aynı zamanda bu tür vasıflamalar, büyük ölçüde, "olan" değil, "olması gereken" alanla ilgili olmalıdır.

İnsanlık düşünce, teknik vb. alanlardaki birikim sebebiyle sürekli ve hızlı bir değişim süreci içerisinde. Bu sebeple belli bir dönem rasyonel olan bir bilgi, bir yapılanma şartların değişmesiyle irrasyonel olabilir. Toplumsal değişme, hukuksal ve kurumsal değişmeden daha hızlı olduğundan, bu hızlı değişim hukuk ve devletle ilgili düzenlemelerin esnek bir anlayışla yapılmasını gerektirmektedir. Çünkü katılığın hakim olduğu bir anlayış değişim ve gelişmeyi kontrol edemez ve yönlendiremez. Öyleyse bütün hukuksal ve sosyal düzenlemeler, büyük ölçüde, ortaya çıktıkları çağın özgün şartlarından etkilenirler. O halde bu tür düzenlemelerde pozitiflikle idealite, tarihsellikte mutlaklık birlikte değerlendirilmeli ve aynı ölçüde hesaba katılmalıdır.

Evrensel bir olgu olarak devlet, sosyal hayatın insan üzerine bir gereklilik olarak dayattığı bir etkinlik, bir gerçekliktir. Bu sonuç, birey ve devletin kişiliklerinin tanınması ve eylem alanlarının belirlenmesi problemini doğurur. Öyleyse insan ve devletle ilgili bütün problemler birlikte değerlendirilmelidir.

Devlet aralarında ilişkiler bulunan bir takım unsurlardan oluşan ve belli işlevleri yerine getiren rasyonel bir gerçekliktir. İslâm hukuk tarihinde müslüman hukukçular farklı isim ve kavramlar kullansalar da devletin unsur ve işlevleri hakkında kendi dönemsel şartları içerisinde çeşitli düşünceler üretmişlerdir.

İslâmın temel kaynaklarında devlet, bir olgu olarak ifade edilmektedir. Fakat, devletin şekli ve fonksiyonları hakkında belirleyici ve ayrıntılı bilgiler yoktur. İslâm alimleri tarafından, Hz. Peygamber için devlet, bireysel ve toplumsal gelişmeyi sağlayan bir araç olarak görülmüştür. Bu kurumda onun görevi peygamberliği yerine getirmek ve değişik alanlar arasında ahenk ve koordinasyon sağlamaktır. Çünkü bu görev O'nun, söz, fiil ve onaylarının bağlayıcı olması açısından en üstün otoriteye sahip olmasını gerektirmektedir.

Çağımızda **İslâm Devleti** veya **Siyasal İslâm**, İslâm'ın temel kaynakları ve geleceksel düşüncesinden beslenmeyen yeni kavramlar olarak karşımıza çıkmaktadır. Bunlar, büyük ölçüde, moderniteye ve son asırlarda dünyada meydana gelen bir kısım gelişmelere duyulan tepkiden kaynaklanmıştır. Bu akımın Batı'da din-devlet ilişkisi üzerinde gelişen bir kısım teorilerin taklidi ve oryantalizmin İslâm dünyasını belirlemesi neticesinde gelişmiştir. Halbuki, İslâm adına ortaya konan bu devlet modelinin veya siyasal yönetim şeklinin dayanağının İslâm'ın temel kaynaklarında verilmesi gerekirdi. Bu husus, değişimi sos-

yolojik bir gerçeklik olarak kabul eden İslâm açısından mümkün değildir. Öyleyse, toplumsal kurumsallaşmanın en üst biçimi olan devletin yapılanması, büyük ölçüde, toplumsal gerçeklik, siyasal kültür, insan unsuru, tarihi ve coğrafi etkenlere bağlıdır.

Toplumsal kurumsallaşma büyük ölçüde, sosyal gerçeklik ve ihtiyaçlara bağlıdır. Bu gerçeği dikkate alan Hz. Peygamber, içinde bulunduğu toplumun özelliklerine göre tasarruflarda bulunmuştur. Vahyin uzun süreli açılımlarının bütün ayrıntılarını içinde bulunduğu toplumda yansıtmaları imkansızdır. Çünkü, İslâm'ın gayesi ebedi geçerlilikte hukukî hükümler ve toplumsal kurumlar oluşturmak olmadığından, İslâm tarihinde oluşturulan kurumlar şekli anlamda dinle irtibatlı değildir. Bir toplumda son derece etkili bazı sosyal, ekonomik ve kültürel faktörler ortaya çıktığı zaman, toplumun geleceği bu yeni oluşumlara ne denli faydacı şekilde cevap vereceğine bağlıdır. Bu açıdan, İslâm tarihinde toplumlar, çoğunlukla, âyet ve hadîsleri kendi siyasal kültürünü ve yönetim biçimini destekleyecek şekilde yorumlamıştır. Örneğin, İslâmî bir kurum olarak öne çıkarılan hilafetin gerekliliği hususundaki görüş ayrılıklarının temelindeki gerekçe büyük oranda, buna dayanır. Hilafet kurumunun pek çok çekişmelerin odağı oluşunun nedeni de budur.

Halkını belirli bir düzen, güven ve özgürlük içerisinde yaşatmayı düşünen veya düşünmesi gereken yönetimler ve bunların maddî ve manevî açılımlarını sembolize eden devlet, dünyanın her yerinde aynı işlevleri yerine getiren benzer kurumları bünyesinde taşımak zorundadır. Hz. Peygamber ile başlayan ve günümüze kadar devam eden devlet anlayışlarında da diğer dünya devletlerinin kurumlarını bulmamız mümkündür. Bu benzerlik devlet realitesinin evrenselliğinden ve hukuk sistemlerinin birbirinden etkilenmelerinin kaçınılmaz oluşundan kaynaklanmaktadır.

Bilimsel araştırma ve teknikleri ne ölçüde güçlü ve isabetli seçilirse seçilsin, dış dünyayı değerlendirmede her zaman belirli sınırlar içinde kalınmaktadır. Bu bakımdan herkes için geçerli mutlak gerçeklere ulaşmak mümkün değildir. O halde bütün bilimsel kuramlar evrensel değildir ve uygulama alanları hep sınırlıdır. Her söz eksiktir. İnsan söz söylemeye (en doğru) kadir değildir. Tarihin akışı içinde esas sorun mevcut statiko değil, gelişme ve ideale yaklaşma arzusu olmalıdır.

KAYNAKÇA

- Abduh, Muhammed, **el-A'malu'l-Kamile li'l-Muhammed Abduh, I-VI**, Beyrut, 1979
- Abdulkerîm, Fethi, **ed-Devle ve's-Siyâde fî Fıkhî'l-İslâmî**, Kâhire 1984/1404.
- Abdurrazik, Ali, **İslâm'da İktidarın Temelleri (Bir İdeolojik Devlet Eleştirisi)**, trc.: Ömer Rıza Doğrul, İstanbul, 1995
- Accâc, Muhammed el-Hatîb. **es-Sunne Kable't-Tedvîn**, Beyrût 1981/1401, 5. baskı.
- el-Aclûnî, **Keşfu'l-Hafâ I-II**, Beyrût 1932/1351.
- Adal, Erhan, **Hukukun Temel İlkeleri**, İstanbul 1991, 3. baskı.
- Ahmed b. Hanbel, Ebû Abdillâh. **el-Müsned I-VI**, İstanbul 1992, 2. baskı.
- Akad, Mehmet, **Baskı Gruplarının Siyasal İktidârla İlişkileri**, İstanbul 1976.
- _____, **Genel Kamu Hukuku**, İstanbul 1993.
- Akarsu, Bedia, "John Locke'un Devlet Felsefesi", **Felsefe Arkivi**, s. 12, İstanbul 1961.
- Akbulut, Ahmet, **Sahabe Devri Siyasî Hadiselerinin Kelami Problemlere Etkileri**, İstanbul 1992.
- Akdemir, Süleyman, **Devletin Unsurları ve Kuvvetler Dengesi I-II**, İstanbul 1991.
- Akın, İlhan F., **Kamu Hukuku**, İstanbul 1993, 7. baskı.
- _____, **Devlet Doktrinleri**, İstanbul 1962.
- Akipek, İlhan, "Kuvvetler Ayrılığı Nazariyesinin Doğmasında Amil olan Fikirler", **AÜHFD**, c. IX, s. 1-2, Ankara 1952.
- Aksu, Zahit, **İslâm'ın Doğuşunda Toplumsal Realite Hukûkî Âyetler ve İçtihadî Kaynaklar**, Erzurum, 1977, (Basılmamış Doçentlik Tezi).
- Aktan, Hamza, "Çağa Uyum Açısından İslâm Hukuku", **Kalem ve Onur**, s. 3, Erzurum 1994.
- Akyol, Taha, **Medine'den Lozan'a**, İstanbul, 1996, 3. Baskı.
- Akyüz, Vecdi, **İslâm Hukukunda Yüksek Yargı ve Denetim**, İstanbul, 1995.
- _____, **Hilafetin Saltanata Dönüşmesi**, İstanbul 1991.

Aldıkaçtı, Orhan, **Anayasa Hukukunun Gelişmesi ve 1961 Anayasası**, İstanbul 1973, 2. baskı.

Algül, Hüseyin, **İslâm Tarihî I-IV**, İstanbul 1986.

'Aliye Samir, **Nazariyatü'd-Devle ve Adâbuha fi'l-İslâm**, Lübnan, 1988/1408.

el-Âlusî, Ebû Fazl Şihâbuddîn Seyyid Mahmud, **Rûhu'l-Meânî fi Tefsîri'l-Kur'ân'il-Azîm ve's-Sebği Mesânî I-XXX**, Beyrût 1983/1403.

el-Âlûsî, Seyyid Mahmud Şükrü Bağdadî, **Bulûğu'l-Ereb fi Ma'rifeti Ahvâli'l-Arab I-III**, Mısır, 1342.

el-Âmidî, Seyfuddin Ebî Hasan Ali b. Muhammed, **el-İhkâm fi Usûli'l-Ahkâm I-IV**, Beyrût 1980/1405.

Ammara, Muhammed, **Mu'tezile ve Devrim**, çev.: İbrahim Akbaba, İstanbul 1988.

_____, **Laiklikle Dini Fanatizm Arasında İslâm Devleti**, çev.: Ahmet Karababa ve Salih Barlak, İstanbul 1991.

Ansay, Sabri Şakir, **Hukuk Tarihinde İslâm Hukuku**, Ankara 1958, 3. baskı.

Apaydın, Yunus, "İslâm Hukukunun Sistem ve Terminoloji Problemi", **Günümüz Din Bilimleri Araştırmaları ve Problemleri Sempozyumu**, Samsun 1989.

_____, "Siyasal Hayat", **İlmihal, I-II**, İstanbul, 1999

_____, "Siyasi Prensipler Açısından Demokrasi", **İslâm ve Demokrasi**, Ankara, 1998

Aral, Vecdi, **Hukuk ve Hukuk Bilimi Üzerine**, İstanbul 1991.

Arisroteles, **Politika**, çev.: Mete Tuncay, İstanbul 1983, 2. baskı.

Atar, Fahrettin, **İslâm Adliye Teşkilatı**, Ankara 1991, 3. baskı.

_____, **Fıkıh Usulü**, İstanbul 1992.

Atay, Hüseyin, **İslâm Hukuk Felsefesi**, Ankara 1985, 2. baskı.

Ateş, Süleyman, **Yüce Kur'ân'ın Çağdaş Tefsiri I-XI**, İstanbul 1988-1991.

Aybay, Rona, "Baskı Grupları", **İÜHFİM**, c. XXVII, s. 1-4, İstanbul 1961.

Aydın, Mustafa, **İlk Dönem İslâm Toplumunun Şekillenışı**, İstanbul 1991.

Azrak, Ülkü, "Yargı ve İdare", **İÜHFİM**, c. XXXIV, s. 1-4, İstanbul 1969.

Barbier, Maurice, **Modern ve Batı Düşüncesinde Din ve Siyaset**, çev. Özkan Gözel, İstanbul 1999.

Bardakoğlu, Ali, "Hak" mad., **DİA**.

_____, "İslâm Hukuku Araştırmalarında Gelenekçilik", **Günümüz Din Bilimleri Araştırmaları ve Problemleri Sempozyumu**, Samsun 1989.

Barkan, Ömer Lütfi, "Türkiye'de Sultanların Teşrii Sıfat ve Salahiyetleri ve Kanunnameler", **İÜHFM**, c. XXII, s. 2-3, İstanbul 1946.

_____, "Kanunname" Mad. **İ.A., I-XIII**, İstanbul, 1986-1993

Barthold W. ve M. Fuad Köprülü, **İslâm Medeniyeti Tarihi**, çev.: Fuad Köprülü, Ankara 1984, 6. baskı.

Başgil, Ali Fuat, "Devlet Nizamı ve Hukuk", **İÜHFM**, c. XVI, s. 1-2, İstanbul 1950.

_____, "Devletin Ülke Unsuru", **İÜHFM**, c. XIII, s. 4, İstanbul 1957.

_____, "Devlet Nedir", **İÜHFM**, c. XII, İstanbul 1946.

_____, **Esas Teşkilat Hukuku I-II**, İstanbul 1960.

Batuhan, Hüseyin, "Demokrasi ve Tolerans", **Felsefe Arkivi**, s. 12, İstanbul 1960.

Bayraklı, Bayraktar, **Farabî'de Devlet Felsefesi**, İstanbul, 1983

Belâzûrî, **Futuhu'l-Buldân**, trc.: Mustafa Fayda, Ankara, 1987

Berger, Peter L., "Günümüz Dünyasında Demokrasi", çev.: Cevdet Aykan, **Sosyal ve Siyasal Teori**.

Berki, Ali Himmet, **Hukuk Tarihinde İslâm Hukuku**, Ankara 1955.

el-Beydâvî, Nasruddin Abdullah b. Ömer, **Minhâcu'l-Vusûl ilâ İlmi'l-Usûl**, Beyrût 1303.

Beysûnî, Abdullah Abdulganî, **en-Nuzûmu's-Siyasiyye ve'l-Kanuni Dustûrî**, Beyrut, 1992

Bigiyef, Musa Carullah, **Kitâbu's-Sünne**, trc: Mehmet Görmez, Ankara 1998.

Bilge, Necip, **Hukuk Başlangıcı**, Ankara ts., 5. baskı.

Bilgeseven, Amiran Kurtkan, **Sosyal İlimler Metodolojisi**, İstanbul, 1989, 3. Baskı.

Bilmen, Ömer Nasuhi, **Hukukî İslâmiyye ve Istılahatı Fıkhiyye Kâmusu I-VIII**, İstanbul 1976.

el-Buhârî, Ebû Abdillâh Muhammed b. İsmâîl, **el-Câmiu's-Sahîh I-VIII**, İstanbul 1992, 2. baskı.

- Büyük Haydar Efendi, **Usul-i Fıkıh Dersleri**, İstanbul, ts. 2. Baskı.
- el-Câbü'rî, Yahya, **el-Câhiliyye**, Bağdad, 1968/1388.
- Can, Cahit, **Hukuk Sosyolojisi**, Ankara 1993.
- el-Cessâs, Ebû Bekr Ahmed b. Ali er-Râzî, **Ahkâmu'l-Kur'ân I-V**, Kâhire ts., 2. baskı.
- Cevizci, Ahmet, **Felsefe Sözlüğü**, Ankara 1997, 2. baskı.
- Coskun, İsmail, **Modern Devletin Doğuşu**, İstanbul, 1997.
- Crozat, C. H., "Thomas D'Aquin'in Hukuk ve Devlet Nazariyesi", çev.: R. Galip Okandan, **İÜHFM**, c. IV-V, İstanbul 1938-1939.
- Cündioğlu, Düccane, **Anlamın Buharlaşması ve Kur'ân**, İstanbul 1995.
- _____, **Kur'ân'ı Anlamanın Anlamı**, İstanbul 1995.
- Çağatay, Neşet, **Başlangıçtan Abbasilere Kadar İslâm Tarihi**, Ankara 1993.
- Çağl, Orhan Münir, "Bir Eser Münasebetiyle Hukuk Mefhumu ve Hukuk İdesine Dair Bazı Düşünceler", **İÜHFM**, c. XXIV, s. 1-4, İstanbul 1959.
- _____, "Felsefenin Işığında Hürriyet, Adâlet 'Hukuk Devleti' ve 'Hukuk Kültürü'", **İÜHFM**, c. XXVI, s. 1-4, İstanbul 1961.
- _____, **Hukuk Metodolojisi Dersleri**, İstanbul 1952, 2. baskı.
- _____, "Filozof İmmanuel Kant'ın Sisteminde Ahlâk ve Hukukun Felsefi Esasları", **İÜHFM**, c. XIII, s. 3, İstanbul 1947.
- _____, **Hukuk ve Hukuk İlmine Giriş**, İstanbul 1966.
- Çam, Esat, **Siyaset Bilimine Giriş**, İstanbul 1977.
- Çobanoğlu, Rahmi, **Hukukta Gaye Problemi**, İstanbul 1964.
- Çubukçu, Asri, **İslâm Medeniyeti ve Kurumları Tarihi**, Erzurum, 1987, (Basil-mamış Ders Notu)
- Dal, Kemal, **Türk Esas Teşkilat Hukuku**, Ankara 1986, 2. baskı .
- Damad, Şeyhzade Abdurrahman b. Muhammed, **Mecmu'u'l-Enhûr fî Multeka'l-Ebhûr, I-II**, İstanbul, ts.
- ed-Dârekutni, Ali b. Ömer, **Sünen I-IV**, Beyrût 1966/1386.
- ed-Dârimî, Abdullah b. Abdurrahman b. Fadl, **Sünen I-II**, İstanbul 1992, 2. baskı.
- Daver, Bülent, **Siyaset Bilimine Giriş**, Ankara 1993, 5. baskı.
- Del Vecchio, G., **Hukuk Felsefesi Dersleri**, çev.: Sahir Erman, İstanbul 1952.

Demichel, Andre ve Pierre Lalumiere, **Kamu Hukuku**, çev.: İbrahim Kabaoglu, Ankara 1984.

Demir, Fevzi ve Karatepe, Şükrü, **Anayasa Hukukuna Giriş**, İstanbul 1989, 2. baskı.

Demirkol, Ferman, **Yargı Bağımsızlığı**, İstanbul 1991.

ed-Devalîbî, Ma'rûf, **İslâm'da Devlet ve İktidar**, trc: M. Said Hatiboğlu, İstanbul, 1985

ed-Dihlevî, Şah Veliyyullah, **Hüccetullahi'l-Bâliğa**, nşr: Muhammed Salim Hâşim, Beyrût 1995.

Diplock, Lord Justice, "Devlet Yönetiminde Hakimlerin Rolü", çev.: Tayfun Akgüner, **İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi**, s. 2, İstanbul 1980.

_____, "Devlet Yönetiminde Yargıya Düşen Görev", çev.: Tuncer Karamustafaoğlu, **AÜHFD**, c. XXXVI, s. 1-4, Ankara 1979.

Divrik, Kemal, **Mukayeseli Hukuku Esasiyye Dersleri**, Ankara 1939.

Dönmezer, Sulhi, **Toplum Bilimi**, İstanbul 1994, 11. baskı.

Dugit, Leon, **Hukuku Esasiyye**, çev.: Mutemetlizade Ethem, İstanbul h.1340.

Duverger, Maurice, **Siyasal Rejimler**, çev.: Teoman Tunçdoğan, İstanbul 1986.

_____, **Siyaset Sosyolojisi**, çev.: Şirin Tekeli, İstanbul 1975.

Ebû Abdillâh Muhammed b. Ferec, **Akdiyetu Rasulillah (sav)**, Halep, 1982/1402, 2. baskı.

Ebû Dâvûd, Süleyman b. Eş'as b. İshâk, **Sünen I-V**, İstanbul 1992, 2. baskı.

Ebû Hanîfe, Nu'mân b. Sâbit, **el-Âlim ve'l-Muteallim**, (İmâm-ı Azam'ın Beş Eseri içinde), İstanbul 1981.

Ebû Ubeyd Kâsim b. Sellâm, **Kitâbu'l-Emvâl**, Beyrût 1988/1408.

Ebû Yusuf, Yakub b. İbrahim, **Kitâbu'l-Harac**, çev.: Müderriszâde Muhammed Ataullah Efendi, sad.: İsmail Karakaya, Ankara 1982.

Ebû Zehra, Muhammed, **İslâm Hukuk Metodolojisi (Fıkıh Usulü)**, çev.: Abdulkadir Şener, Ankara 1986.

_____, **İslâm'da Fıkhi Mezhepler Tarihi**, çev.: Abdulkadir Şener, İstanbul ts.

_____, **Ebu Hanife**, çev.: Osman Keskioglu, Konya, 1981.

- Ebu'l Ulâ Mardin, "Kâdî" md., **İA, I-XIII**, İstanbul 1986-1993.
- Edward Said, **Oryantalizm**, Çev. Nezih Üzel, İstanbul 1982.
- Elmalılı Yazır, Muhammed Hamdi. **Hak Dini Kur'ân Dili I-IX**, İstanbul 1979.
- Enîs, İbrahim vdd., **Mu'cemu'l-Vasıt I-II**, Mısır, 1973/1393, 3. baskı.
- Eralp, Vehbi, "Determinizm ve Hürriyet Üzerine Düşünceler", **Felsefe Arkivi**, c. V, s. 1, İstanbul 1960.
- Eroğul, Cem, **Devlet Nedir**, Ankara, 1999, 2. Baskı.
- Es'ad, Mahmut, **Târih-i İlm-i Hukuk**, İstanbul 1331.
- Esed, Muhammed, **İslâm'da Yönetim Biçimi**, çev.: M. Beşir Eryarsoy, İstanbul 1995, 3. baskı.
- _____, **Minhacu'l-İslâm fi'l-Hükm**, Beyrut, 1967, 3. Baskı.
- Eş'arî, Abdulhasan Ali b. İsmail, **Makalâtu'l-İslâmiyyîn**, Viesbaden, 1980/1400, 3. Baskı.
- Fabre, Michel Henry, "Anayasal Rejim Ne Demektir", çev.: Bülent Nuri Esen, **A-ÜHFD**, c. XXV, s. 3-4, 1968.
- Farabî, Ebu'n-Nasr, **es-Siyasetu'l-Medeniyye**, trc.: Mehmet Aydın - Abdulkadir Şener - M. Rami Ayaz, İstanbul, 1980.
- Fayda, Mustafa, **Hz. Ömer Zamanında Gayrı Müslimler**, İstanbul, 1989, 2. Baskı.
- Fazlur Rahman, **Makaleler I (Allah'ın Elçisi ve Mesajı)**, çev.: Adil Çiftçi, Ankara 1997.
- _____, **Ana Konularıyla Kur'ân**, çev.: Alparslan Açıkgenç, Ankara 1987.
- _____, **İslâm ve Çağdaşlık**, çev.: Alparslan Açıkgenç-M. Hayri Kırbasoğlu, Ankara 1996.
- Fendoğlu, Hasan Tahsin, **İslâm ve Osmanlı Anayasa Hukukunda Yargı Bağımsızlığı**, İstanbul 1996.
- el-Ferrâ, Ebû Ya'lâ Muhammed b. el-Hüseyn, **el-Ahkâmu's-Sultâniyye**, Beyrût 1983/1403.
- Fethi Abdulkerim, **ed-Devle ve's-Siyâse fi'l-Fıkhi'l-İslâmî**, Kâhire 1984/1404.
- Fındıkoğlu, Ziyaeddin Fahri, "Hukuk ve İçtimaiyat Tariflerinin Karşılaştırılması", **İÜHFM**, c. VIII, s. 3-4, İstanbul 1942.

Fuller, G. E-Lessar, Lan O, **Kuşatılanlar, İslâm ve Batının Jeopolitiği**, Çev. Özden Arıkan, İstanbul 1996.

el-Gazâlî, Ebû Hâmid Muhammed, **el-Mustasfâ I-II**, Beyrût ts.

_____, **İhyau 'Ulûmi'd-Dîn**, Mısır, 1312.

_____, **al-İktisâd fî'l-İ'tikâd** (Önsöz ve notlarıyla hazırlayanlar: İ. Agah Çubukçu Hüseyin Atay), Ankara, 1962

Gerhard, Leibholz, "Hukukun Gayesi" trc.: Yavuz Abadan, **İ.Ü.H.F.M. c. III**, s. 9-12, İstanbul 1937

Goldziher, Ignaz, "İçtihat" md., **İA, I-XIII**, İstanbul 1986-1993.

Gökalp, Ziya, "Fıkıh ve İctimaiyat", **İslâm Mecmuası**, s. 2, İstanbul 13 Şubat 1329.

Görmez, Mehmet, **Sünnet ve Hadisin Anlaşılmasında Metodoloji Sorunu**, Ankara 1997.

Göze, Ayferi, **Siyasal Düşünceler ve Yönetimler**, İstanbul 1993, 6. baskı.

_____, **Devletin Ülke Unsuru (Sınarları ve Devletle Olan Münasebet)**, İstanbul, 1959

Gözübüyük, Şeref, **Hukuka Giriş ve Hukukun Temel Kavramları**, Ankara 1993, 8. baskı.

_____, **Yönetim Hukuku**, Ankara 1994, 7. baskı.

_____, **Anayasa Hukuku**, Ankara 1991.

Günaltay, Şemseddin, **İslâm Öncesi Araplar ve Dinleri**, Ankara 1997.

Günday, Metin, **İdare Hukuku**, Ankara 1996.

Güneş, Turan, **Türk Pozitif Hukukunda Yürütme Organının Düzenleyici İşlemleri**, Ankara 1965.

Güngör, Erol, **İslâm'ın Bugünkü Meseleleri**, İstanbul 1991, 8. baskı.

Güriz, Adnan, **Hukuk Başlangıcı**, Ankara 1996, 3. baskı.

_____, **Hukuk Felsefesi**, Ankara 1992, 3. baskı.

Hallâf, Abdulvehhâb, **İslâm Hukuk Felsefesi**, çev.: Hüseyin Atay, Ankara 1985, 2. baskı.

_____, **Mesâdiru't-Teşrîi'l-İslâmî fî mâ lâ Nassa fihi**, Kuveyt 1970/1390, 2. baskı.

_____, **Siyasetu's-Şer'iyye ev Nizamu'd-Devleti'l-İslâmiyye fî's-Suuni'd-Dusturiyye ve'l-Hariciyye ve'l-Maliyye**, Kahire, 1350.

_____, **Hulasatu't-Tarîhi't-Teşri'i'l-İslâmî**, Mısır, 1956/1376.

_____, **"Sultatu's-Selâs fi'l-İslâm"**, **Mecelletu'l-Kanun ve'l-İktisat**, Kahire, 1935

Hamîdullah, Muhammed, **İslâm Anayasa Hukuku**, Editör: Vecdi Akyüz, İstanbul 1995.

_____, **İslâm Peygamberi I-II**, çev.: Salih Tuğ, İstanbul 1990, 5. baskı.

_____, "Medine'de Kurulan İlk İslâm Devletinin Esas Teşkilat Yapısı ve Hz. Peygamber'in Vazettiği, Yeryüzündeki İlk Yazılı Anayasa", Derleyen: Salih Tuğ, **İslâm Anayasa Hukuku**, Editör: Vecdi Akyüz, İstanbul 1995.

_____, **el-Vesâiku's-Siyâsiyye**, Beyrût 1980/1405, 5. baskı.

_____, "İslâm Hukukunun Kaynaklarına Dair Yeni Bir Tetkik", **İslâm Tetkikleri Dergisi**, c. I, Cüz 1-4, İstanbul 1954.

_____, **İslâm'da Devlet İdaresi**, çev.: Kemal Kuşçu, Ankara 1979, 5. baskı.

Hasan el-Benna, **Mecmeatü'r-Resâil**, İskenderiyye 1989.

Hasan İbrahim Hasan ve Ali İbrahim Hasan, **en-Nuzumu'l-İslâmiyye**, Kâhire 1962, 3. baskı.

Hatemi, Hüseyin, **Hukuk Devleti Öğretisi**, İstanbul 1989.

Hatiboğlu, Mehmet Sait, "Hilafetin Kureyşiliği", **AÜİFD**, c. XXIII, 1978.

Hayek, Fredrich A., **Hukuk, Yasama ve Özgürlük (Özgür Bir Toplumun Siyasî Düzeni) III**, çev.: Mehmet Öz, İstanbul 1997.

_____, **Kanun, Yasama Faaliyeti ve Özgürlük (Sosyal Adâlet Serabı) II**, çev.: Mustafa Erdoğan, by., 1995.

_____, **Hukuk, Yasama ve Özgürlük (Kurallar ve Düzen) I**, çev.: Attila Yayla, Ankara 1994.

Hegel, G.W.F., **Hukuk Felsefesinin Prensipleri**, çev.: Cenap Karakaya, İstanbul 1991.

Heffening, "Velayet" mad. İ.A. İstanbul, 1986-1993

el-Hindî, Alâuddin Ali el-Muttakî b. Hüsamiddîn, **Kenzu'l-Ummâl fî Süne-ni'l-Ekvâl ve'l-Ef'âl I-XVIII**, 1989/1409.

Hırş, Ernest, **Hukuk Felsefesi ve Hukuk Sosyolojisi Dersleri**, Ankara 1949.

Hobbes, Thomas, **Leviathan**, çev.: Semih Lim, İstanbul 1993.

Höffe, Otfried, "Adâlet Bir Değiş tokuş mudur?", çev.: Ahmet Arslan, **Sosyal ve Siyasal Teori**, Ankara 1993

Huart, CL., "Biat" mad., **İA, I-XIII**, İstanbul 1986-1993.

el-Hudarî, Muhammed, **İslâm Hukuku Tarihi**, çev.: Haydar Hatipoğlu, İstanbul 1974.

_____, **Usûlu Fıkıh**, Beyrût 1991/1412.

Hukuk Devleti, Hazırlayan: Hayrettin Ökçesiz, İstanbul 1998.

Huntington, Samvel P. vdd., **Siyasal Geliş me** trc.: Ergun Özbudun, Ankara 1985.

_____, **Medeniyetler Çatışması**, trc.: Mustafa Çalık, İstanbul 1995.

Hüseyin, Asaf, **İslâmi Radikalizmin Ötesi**, çev.: Selahattin Ayaz, İstanbul 1993.

İbn Abidin, Muhammed Emin, **Haşiyetu'r-Reddi'l-Muhtâr, I-VII**, İstanbul, 1984

İbn Arabî, Ebû Bekr Muhammed b. Abdillâh, **Ahkâmu'l-Kur'ân I-IV**, Beyrût ts.

İbn Fâris, Ebu Hüseyin Ahmed b. Fâris, **Mu'cemu'l-Mekayisi'l-Luğa, I-VI**, yy. 1404

İbn Ferhun, **Tabsîrâtu'l-Hükkâm I-II**, Beyrût 1995/1416.

İbn Haldun, **Mukaddime I-III**, çev.: Zakir Kadiri Ugan, İstanbul 1990.

İbn Hazm, Ebû Muhammed Ali b. Ahmed b. Sa'id. **el-İhkâm fî Usûli'l-Ahkâm I-IV**, Beyrût ts.

İbn Hişâm, **es-Sîretu'n-Nebeviyye** (Ravdu'l- Ünüfla birlikte) **I-IV**, Mısır, 1972.

İbn Kayyim, el-Cevziyye, **Zâdu'l-Meâd Rahmet Peygamberi ve Devleti I-VI**, çev.: Muzaffer Can, İstanbul 1989-1991.

_____, **et-Turuku'l-Hukmiyye fî's-Siyâseti's-Şer'iyye**, Kâhire 1953/1372.

_____, **İ'lamu'l-Muvakikîn I-IV**, Beyrût 1993/1414.

İbn Kesir, Ebu'l-Fidâ, **el-Bidâye ve'n-Nihâye I-XIV**, Beyrut, 1989, 5. Baskı.

_____, **Tefsîru'l-Kur'âni'l-Azîm I-VIII**, Kâhire ts.

İbn Kudame, Muvafakuddîn Ebû Muhammed Abdullah b. Ahmed, **el-Muğnî ve's-Şerhu'l-Kebîr, I-XII**, Beyrut, 1984/1404

- İbn Kuteybe, **el-İmame ve's-Siyase, I-II**, Beyrut, ts.
- İbn Mâce, Ebû Abdillâh Muhammed b. Yezid el-Kazvinî, **Sünen I-II**, İstanbul 1992, 2. baskı.
- İbn Manzûr, Ebu'l-Fadl Cemâluddin Muhammed b. Mükerrrem, **Lisânu'l-Arap I-XV**, Beyrût ts.
- İbn Melek, Abdullatif b. Feriştah, **Şerhu'l-Menâr fî'l-Usûl**, İstanbul 1965.
- İbn Nuceym, Zeynelabidin İbrahim b. Hazm, **el-Eşbâh ve'n-Nezâir**, Kahire, 1968/1387
- İbn Receb, Ebu'l-Ferec Abdurrahman b. Ahmed, **el-İstihrâc li Ahkâmî'l-Harâc**, Beyrut, ts.
- İbn Rüşd, Ebu'l-Velîd Muhammed b. Ahmed, **Bidâyetü'l-Müctehid ve Nihâyetü'l-Muktesid I-II**, İstanbul 1985.
- İbn Subkî, Tâcuddin Abdulvehhâb, **Cem'u'l-Cevâmi I-II**, Mısır, 1937/1356, 3. baskı.
- İbn Teymiyye, **Siyaset**, trc.: Vecdî Akyüz, İstanbul, 1985
 _____, **Mecmu'u'l-Feteva, I-XXXVII**, Rabat, 1981/1401
- İbnu'l- Esîr, **el-Kâmil fî't-Târih I-XII**, Beyrut, 1965/1385.
- İbnu'l-Humâm, Kemâluddin Muhammed b. Abdulvahid, **Şerhu Fethi'l-Kadîr I-X**, Beyrût ts., 2. baskı.
- İnalcik, Halil, "Örf" mad. İ.A., İstanbul, 1986-1993,
- el-İsfehânî, Rağîb, **el-Mufredât fî Ğarîbî'l-Kur'ân**, Kâhire 1961/1381.
- İşcan, M. Zeki, **Muhammed Abduh'un Dini ve Siyasi Görüşleri**, İstanbul, 1998, 2. Baskı.
- İzveren, Adil, **Hukuk Felsefesi**, Ankara 1988.
 _____, **Hukuk Sosyolojisi**, Ankara 1993.
- Kaneti, Selim, "Anayasa Mahkemesi Kararlarına Göre Yasama Yetkisi ile Yürütmenin Düzenleme Yetkisinin Sınırları", **İÜHFM**, c. LIV, s. 1-4, İstanbul 1991-1994.
- Kapani, Münci, **Politika Bilimine Giriş**, İstanbul 1995, 7. baskı.
- Kapar, Mehmet Ali, **İslâm'ın İlk Döneminde Bey'at ve Seçim Sistemi**, İstanbul 1998.
- Kara, İsmail, **Türkiye'de İslâmcılık Düşüncesi I-II**, İstanbul 1987, 2. baskı.

el-Karafi, **el-Furuk I-IV**, Beyrût ts.

Karaman, Hayrettin, **İslâm Hukukunda İctihat**, Ankara 1985, 3. baskı.

_____, **İslâm Hukuk Tarihi**, İstanbul 1989.

_____, "Fıkıh" mad., **DİA**.

_____, "Bağlayıcılık Bakımından Rasulullah'ın Davranışları", **H. Peygamber ve Aile Hayatı**, İstanbul 1989

_____, **Mukayeseli İslâm Hukuku I-III**, İstanbul 1991, 3. baskı.

Karamustafaoğlu, Tuncer, "Anayasa Yargısının Önemli Sorunları", **AÜHFD**, c. XXV, s. 3-4, 1968.

el-Kardâvî, Yusuf, **Sünneti Anlamada Yöntem**, çev.: Bünyamin Erul, Kayseri, 1993, 2. baskı.

el-Kâsânî, Alâuddin Ebû Bekr b. Mes'ud, **Kitâbu Bedâiu's-Senâi fî Tertibi's-Şerâi I-VII**, Beyrût ts.

el-Kâsimî, Zâfir, **Nizâmu'l-Hükm fî Şeriâti ve Târihi İslâmî I-II**, Beyrût 1989/1407, 2. baskı.

Kazıcı, Ziya, **İslâm Müesseseleri Tarihi**, İstanbul 1991.

el-Kettanî, Muhammed Abdulhay, **H. Peygamber'in Yönetimi I-III**, çev.: Ahmet Özel, İstanbul 1990.

Kılıç, Sadık, (Roger Garaudy), **Afarozaan Diyaloga**, çev.: Sadık Kılıç, İstanbul 1996. (Sunuş'tan)

Kılhoğlu, İsmail, **Düşünce ve Özgürlük**, İstanbul 1992.

Kırbaşoğlu, Mehmet Hayri, **İslâm Düşüncesinde Sünnet**, Ankara 1993.

Kışlalı, Ahmet Taner, **Siyaset Bilimi**, Ankara 1994, 4. baskı.

_____, **Siyasal Çatışma ve Uzlaşma**, Ankara 1993.

Koçyiğit, Talat, **Hadis İstılahları**, Ankara 1985, 2. baskı.

Kongar, Emre, **Toplumsal Değişme**, İstanbul 1995, 5. baskı.

Korkmaz, Fahrettin, **Gazili'de Devlet**, Ankara, 1995

Köprülü, M. Fuad, "Fıkıh" mad., **İA, I-XIII**, İstanbul 1986-1993.

Köse, Saffet, "İslâm'da Hukuk Devleti İlkesinin Dinamikleri", **İlam Araştırma Dergisi**, c. I, s. 2, İstanbul 1996.

Kösoğlu, Nevzat, **Devlet Eski Türklerde İslâm'da ve Osmanlılarda**, İstanbul 1997.

Kubalı, Hüseyin Nail, **Esas Teskilat Hukuku Dersleri**, İstanbul 1957.

_____, **Anayasa Hukuku Dersleri**, İstanbul 1969.

Kudame b. Ca'fer, **el-Harâc es-Sena'atu'l-Kitabe**, Irak, 1981

Kunter, Nurullah, "Türkiye'de Kaza Kuvveti", **İÜHFM**, c. XXV, s. 1-4, İstanbul 1960.

el-Kuraşî, Ğalib Abdulkâfi, **Evveliyâtü Fârûki's-Siyâsiyye**, byy., 1990/1410.

el-Kureşî, Yahya b. Adem, **Kitâbu'l-Harac**, Kâhire ts.

Leibholz, Gerhard, "Hukukun Gayesi", çev.: Yavuz Abadan, **İÜHFM**, c. III, s. 9-12, İstanbul 1937.

Lewis, Bernad, "Önsöz", (Gills Kepel, **Peygamber ve Firavun**), İstanbul 1992.

_____, **İslam'ın Siyasal Dili**, trc.: Fatih Taşar, Kayseri, 1992

Mahmasânî, Suphi, **Felsefetu't-Teşri fi'l-İslâm**, Beyrût 1952, 2. baskı.

Mahmud Muhammed Ebû Zerr, **el-Hadîs ve'l-Muhaddisûn**, Beyrût 1984/1404.

Makdur, Muhammed Selam, **Me'alimu'd-Devleti'l-İslâmiyye**, Kuveyt, 1983

Mâlik b. Enes, Ebû Abdillâh, **el-Muvatta I-II**, İstanbul 1992, 2. baskı.

el-Mâverdî, Ebu'l-Hasen Ali b. Muhammed b. Habîb, **el-Ahkâmu's-Sultâniyye**, Beyrût 1990/1410.

el-Mavsîlî, Abdullah b. Mahmûd b. Mevdûd, **el-İhtiyâr li Ta'lîli'l-Muhtâr, I-V**, İstanbul, 1980

Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye (Mecelle).

el-Merağî, Ahmet Mustafa, **Tefsîru'l-Merâğî I-XXX**, Beyrût 1974/1394.

el-Merğinanî, Burhanuddin Ebu'l-Hasan Ali b. Ebi Bekr, **el-Hidaye Şerhu Bidayeti'l-Mübtedi, I-IV**, İstanbul, 1986

Mes'udî, Ebu'l-Hasan Ali b. Hüseyin, **Murucu'z-Zehab, I-IV**, Mısır, 1964-1965

Mevdudî, Ebu'l-Al'â, **İslâm'da Hükümet**, trc.: Ali Genceli, Ankara ts.

_____, **Nazariyyâtü'l-İslâm ve Hediye fi Siyaseti ve Kanuni ve Dusturi**, Dimeşk, 1964/1384

Mevlana Şiblî, **Asr-ı Saadet (İslâm Tarihi) I-IV**, çev.: Ömer Rıza Doğrul, İstanbul 1977-8.

- Miller, David vdd., **Siyasal Düşünce Ansiklopedisi I-II**, çev.: Bülent Peker ve Nevzat Kırac, Ankara 1994(I), 1995(II).
- Mills, C. Wright, **İktidâr Seçkinleri**, çev.: Ünsal Oskay, İstanbul 1974.
- Molla Hüsrev, **Şerhu'l-Mirkât-i Usûl**, İstanbul ts.
- Montesquieu, **Kanunların Ruhu Üzerine I**, çev.: Fehmi Baldaş, Ankara 1963.
- _____, **Kanunların Ruhu Üzerine II**, çev.: Fehmi Baldaş, İstanbul 1965.
- Musa, M. Yusuf, **Fıkhı İslâm Tarihi**, çev.: Ahmet Meylani, İstanbul 1983, 2. baskı.
- _____, **Nizamu'l-Hükm fi'l-İslâm**, Beyrut, 1988/1408.
- Mücahid, Huriye Tefik, **Farabi'den Abduh'a Siyasî Düşünce**, çev.: Vecdi Akyüz, İstanbul 1995.
- el-Müslim, Ebu'l-Hüseyn b. Haccâc el-Kuşeyrî, **es-Sahih I-III**, İstanbul 1992, 2. baskı.
- en-Nebhân, Muhammed Fâruk **İslâm Anayasa ve İdare Hukukunun Genel Esasları**, çev.: Servet Armağan, İstanbul 1980.
- en-Nesâî, Ebû Abdîrrahman Ahmed b. Ali b. Şuayb, **Sünen I-VIII**, İstanbul 1992, 2. baskı.
- en-Nesefî, Ebû Abdillâh b. Mahmûd, **Tefsîru'n-Nesefî I-IV**, İstanbul 1984.
- Niyazi, Mehmed, **İslâm Devlet Felsefesi**, İstanbul 1989.
- Ocak, A. Yaşar, "Siyasal İslâm", **Türkiye Günlüğü**, sayı: 51, Ankara 1988.
- Oğuzman, M. Kemal, **Medeni Hukuk Dersleri**, İstanbul 1971.
- Okandan, Recai G., "Devletin Beşeri Unsuru", **İÜHFM**, c. XIII, s. 4, İstanbul 1947.
- _____, "Devletin Fiziki Unsuru", **İÜHFM**, c. XIV, s. 1-2, İstanbul 1948.
- _____, "Devletin İktidâr Unsurunun Vasıfları ve Bu hususta İleri Sürülen Doktrinler", **İÜHFM**, c. XVI, s. 3-4, İstanbul 1950.
- _____, "Devletin Ortaçağ Avrupasındaki Teorik Tekamülü", **İÜHFM**, c. XVIII, s. 3-4, İstanbul 1952.
- _____, "Devletin Şahsiyeti", **İÜHFM**, c. XV, s. 2-4, İstanbul 1949.
- _____, "Devletin Tarihî Menşeini Kuvvet ve Mücadelede Bulan Muhtelif Görüşler", **İÜHFM**, c. IX, s. 3-4, İstanbul 1944.

- _____, "Ortaçağ'da Devletin İslâm-Türk ve İslâm-Arap Alemindeki Teorik İnkişafı", **İÜHFM**, c. XVIII, s. 1-2, İstanbul 1952.
- _____, "Çin'de Devlet ve Devletle İlgili Teorik Görüşler", **İÜHFM**, c. X, s. 1-2, İstanbul 1944.
- _____, **Amme Hukukunda Kuvvetler Bölümü Meselesi**, İstanbul 1937.
- _____, **Amme Hukukunda Auto Limitation Nazariyesi**, İstanbul 1937.
- _____, **Kazai Kontrol Karşısında İdare Edenlerin Serbestisi**, İstanbul 1938.
- _____, **Umumi Amme Hukuku**, İstanbul 1969.
- Okiç, Tayyib, "İslamiyette İlk Nüfus Sayımı" **A.Ü.İ.F.D.** c. 7, Ankara, 1960
- Onar, Sıddık Sami, **İdare Hukuku**, İstanbul 1942.
- Ökçesiz, Hayrettin, "İnsan ve Hukuk Devleti", **Hukuk Devleti**, Hazırlayan: Hayrettin Ökçesiz, İstanbul 1998.
- _____, "Hukuk Devleti", **Hukuk Devleti**, Hazırlayan: Hayrettin Ökçesiz, İstanbul 1998.
- Öktem, Niyazi, **Devlet ve Hukuk Felsefesi Akımları**, İstanbul 1995, 2. baskı.
- Önen, Mesut, **Hukukun Temel Kavramları**, İstanbul 1991, 3. baskı.
- Öner, Necati, **Klasik Mantık**, Ankara 1996, 7. baskı.
- Özbudun, Ergun, **Türk Anayasa Hukuku**, Ankara 1993, 3. baskı.
- Özçelik, Selçuk, **Anayasa Hukuku I**, Konya, 1994.
- Özel, Ahmed, **Daru'l-İslâm Daru'l-Harb (İslâm Hukukunda Ülke Kavramı)**, İstanbul, ts. 4. Baskı
- Özen, Şükrü, **İslâm Hukuk Düşüncesinin Aklileşme Süreci**, İstanbul 1995, (Basilanmış Doktora Tezi).
- Özsunay, Ergun, **Medeni Hukukumuzda Tüzel Kişiler**, İstanbul 1974, 3. baskı.
- Öztürk, Nazif, **Elmalılı Hamdi Yazır'a Göre Vakıflar**, Ankara, 1995
- Pazarcı, Hüseyin, **Uluslararası Hukuk Dersleri I-III**, Ankara 1993, 3. baskı.
- Perşembe, Erkan, "Toplumsal Değişme ve Din İlişkisi Üzerine", **OMÜİFD**, s. 5, 1991.
- el-Pezdevî, Fahu'l İslâm, **Usûl I-IV**, Beyrût 1997/1417.
- Rado, Türkan, **Roma Hukuku Dersleri**, İstanbul 1997.

- Rayyis, Ziyauddin, **slâm'da Siyasî Düşünce Tarihi**, çev.: İbrahim Sarmış, İstanbul 1995, 2. baskı.
- er-Râzî, Fahrüddin Muhammed b. Ömer b. Huseyn, **et-Tefsîu'l-Kebîr**, Tahrân, ts., 2. baskı.
- _____, **el-Mahsûl fî İlmi Usûli'l-Fıkh I-VI**, Beyrût 1992/1412.
- er-Rifa'i, Enver, **en-Nuzumu'l İslâmiyye**, Dimeşk, 1973/1392.
- Rıza, M. Reşid, **el-Vahyi Muhammedî**, Kâhire 1960/1380.
- Rousseau, J.J., **Toplum Sözleşmesi**, çev.: Vedat Günyol, İstanbul 1965, 2. baskı.
- Sabuncu, Yavuz, **Anayasaya Giriş**, Ankara, 1995
- Said Halim Paşa, **Buhranlarımız**, İstanbul 1993, 2. baskı.
- Sancak, Yusuf, **H. Peygamber Devrinde Şiir**, Erzurum 1999.
- Sarıbay, Ali Yaşar, **Siyasal Sosyoloji**, İstanbul 1994, 2. baskı.
- Sarıçam, İbrahim, **Emevi Haşimi İlişkileri İslâm Öncesinden Abbasilere Kadar**, Ankara 1997.
- Sava Paşa, **İslâm Hukuku Nazariyatı Hakkında Bir Etüd I-II**, çev.: Baha Arıkan, Ankara 1955.
- Schacht, Joseph, **İslâm hukukuna Giriş**, çev.: Mehmet Dağ-Abdulkadir Şener, Ankara 1986, 2. baskı.
- Schmitter, Philippe C. ve Terry Lyn Karl, "Demokrasi nedir... Ne Değildir", çev.: Levent Gönenç, **Sosyal ve Siyasal Teori**.
- Selçuk, Sami, "Yazılı Hukuk ve Yargıç İlişkisi", **Türkiye Günlüğü**, s. 40, Ankara 1996.
- es-Semerkindî, Alâuddin Ebû Bekr Muhammed b. Ahmed, **Mîzânu'l-Usûl fî Netâici'l-Ukûl**, Mısır, 1984- 1404.
- es-Senhûrî, Abdurrezzak Ahmed, **Fıkhı Hilafe ve Tatavvuruha**, trc.: Nadiye Abdurrezzak es-Senhûrî, Mısır, 1989
- es-Serahsî, Ebû Bekr Muhammed b. Ahmed b. Ebî Sehl, **Kitâbu'l-Mebsût I-XXX**, Beyrût 1989/1409.
- _____, **Usûlu's-Serahsî I-II**, İstanbul 1984.
- Sevig, Vasfi Reşit, "Hukuk ve Medeni Kanun", **AÜHFD**, c. VIII, Ankara 1951.
- Seyyit Bey, **Medhal**, İstanbul 1323.
- Sezikli, Ahmet, **H. Peygamber Devrinde Nifak Hareketleri**, Ankara 1994.

- Sosyal ve Siyasal Teori**, Derleyen: Attila Yayla, İstanbul 1993.
- Soyaslan, Doğan, **Yürütme Organının Suç ve Ceza Koyma Yetkisi**, İstanbul 1990.
- Soysal, Mümtaz, **Anayasaya Giriş**, Ankara 1969.
- Sönmez, Abidin, "Sünnet'in İslâm Hukukundaki Yeri ve Önemi", **İslâm Medeniyeti Mecmuası**, c. IV, s. 1, İstanbul 1979.
- Subhî Salih, **Mebâhis fî Ulûmi'l-Kur'ân**, Beyrût 1981.
- _____, **İslâm Mezhepleri ve Müesseseleri**, çev.: İbrahim Sarmış, İstanbul 1983.
- Subkî, Tacuddin Abdulvahhab b. Subkî, **Cem'u'l-Cevami'**, I-II, Mısır, 1937/1356, 3. Baskı.
- es-Suyûti, Celâluddin, **Miftâhu'l-Cenne fî İhticâci bi's-Sunne**, Medine, h.1410, 4. baskı.
- _____, **Tarihu'l-Hulefa**, Beyrut, ts.
- Şâban, Zeküydîn, **İslâm Hukuk İlminin Esasları**, çev.: İbrahim Kâfi Dönmez, Ankara 1990.
- Şafak, Ali, **İslâm Arazi Hukuku ve Tatbikatı**, İstanbul 1977.
- eş-Şâfiî, Muhammed b. İdris, **er-Risâle**, Kâhire 1979/1399.
- _____, **el-Umm**, I-IX, Beyrut, 1993/1413
- Şakir el-Hanbelî, **Usûlu'l-Fıkhi'l- İslâmî**, Suriye, 1948/1368.
- eş-Şâtıbî, **el- Muvâfakât I-IV**, çev.: Mehmet Erdoğan, İstanbul 1993.
- Şaylan, Gencay, **Değişim Küreselleşme ve Devletin Yeni İşlevi**, Ankara 1995.
- eş-Şehristanî, Ebu'l-Feth Muhammed, **el-Milel ve'n-Nihal**, I-II, Kahire, 1968/1387
- eş-Şelebî, Muhammed Mustafa, **Ta'lîlu'l-Ahkâm**, Beyrût 1981/1401.
- Şenel, Alaeddin, **Siyasal Düşünce Tarihi**, Ankara, 1996, 6. Baskı.
- Şener, Abdulkadir, "İslâm Hukukunda Rey ve İctihat", **AÜİFD**, c. XIX
- eş-Şevkanî, Muhammed b. Ali b. Muhammed. **Neylu'l-Evtâr I-VIII**, Mısır, ts.
- _____, **İrşâdu'l-Fuhûl ilâ Tahkîki min İlmi'l-Usûl**, Beyrût 1994/1414.
- eş-Şirvânî, Harun Han, **İslâm'da Siyasî Düşünce ve İdare**, çev.: Kemal Kuşçu, İstanbul 1965.
- et-Taberî, Ebû Cafer Muhammed b. Cerîr, **Târihu'r-Rusul ve'l-Mulûk I-X**, Kahi-re, 1967.

- et-Taftazânî, Sa'duddîn, **Şerhu'l- Mekâsid I-V**, Beyrût 1989/1409.
- _____, **Şerhu'l-Akaid (Kestelli Haşiyesiyle)**, İstanbul, 1976
- _____, **Kitâbu't-Telvîh**, İstanbul 1886/1304.
- Tahir b. Âşur. **İslâm Hukuk Felsefesi**, çev.: Vecdi Akyüz-Mehmet Erdoğan, İstanbul 1988.
- Tanilli, Servet, **Devlet ve Demokrasi (Anayasa Hukukuna Giriş)**, İstanbul 1985, 4. baskı.
- et-Temmâvî, Muhammed Süleyman, **H. Ömer ve Modern Sistemler**, çev.: Muhammed Vesim Taylan, İstanbul 1993.
- Terzi, Mustafa Zeki, **H. Peygamber ve Hulefa-i Raşidin Döneminde Askeri Teşkilat**, Samsun, 1990.
- Teziç, Erdoğan, **Anayasa Hukuku**, İstanbul 1991, 2. baskı.
- Thomson, David, **Siyasi Düşünce Tarihi**, çev. Ali Yaşar Aydoğan ve diğerleri, İstanbul 1997.
- Tikveş, Özkan, **Teorik ve Pratik Anayasa Hukuku**, İzmir, 1982.
- et-Tirmizî, Muhammed b. İsa b. Sevre, **Sünen I-V**, İstanbul 1992, 2. baskı.
- Toluner, Sevin, **Milletlerarası Hukuk Dersleri**, İstanbul, 1989, 4. Baskı.
- Tuğ, Salih, **İslâm Ülkelerinde Anayasa Hareketleri**, İstanbul 1969.
- _____, **İslâm Vergi Hukukunun Ortaya Çıkışı**, İstanbul, 1984
- Tunaya, Tarık Zafer, **Siyasal Kurumlar ve Anayasa Hukuku**, İstanbul 1989, 4. baskı.
- _____, **Siyasî Müesseseler ve Anayasa Hukuku**, İstanbul 1976, 3. baskı.
- _____, "Amme Hukuku ve Jeopolitik", **İÜHFY**, ts.
- _____, **Türkiye'nin Siyasal Gelişmeleri (Eski Türkler, İslam Devleti, Osmanlı Devletinin Kuruluşu)**, İstanbul, 1970
- Tuncay, Mete, **Batı'da Siyasal Düşünceler Tarihi I-III**, Ankara 1986.
- Turhan Mehmet, **Hükümet Sistemleri**, Ankara 1993, 2. baskı.
- Türközer, Bahir Güneş, **Toplumsal Gerçeklik Olarak Hukuk**, Ankara 1996.
- Udeh, Abdulkadir, **et-Teşri'u'l-Cinaîyyi'l-İslâmî, I-II**, Kahire, 1977, 3. Baskı.
- Uğur, Mücteba, **Hicri Birinci Asırda İslâm Toplumu**, İstanbul 1980.
- Uludağ, Süleyman, **İslâm Siyaset İlişkisi**, İstanbul 1998.

- Umur, Ziya, **Roma Hukuku**, İstanbul 1984.
- Uslu, T. Azmi, **Yeni Hukuk Lügatı ve Hukuk Terimleri Sözlüğü**, İstanbul 1964.
- Uysal, Halil, **İnsan ve Toplum Bilimleri Sözlüğü**, Konya, 1996
- Ülken, Hilmi Ziya, **İslâm Düşüncesi**, İstanbul 1946.
- Ünal, İsmail Hakkı, **İmam Ebu Hanife'nin Hadis Anlayışı ve Hanefî Mezhebi'nin Hadis Metodu**, Ankara 1994.
- el-Vekî', Muhammed b. Halef b. Hayyam, **Ahbârü'l-Kudât I-III**, Beyrût ts.
- Vergin, Nur, "İslâm'da Çağdaşlık ve Türk Demokrasisine Geçişte Rolü", **Küreselleşme Sivil Toplum ve İslâm**, Derleyen: E. Fuat Keyman-A. Yaşar Sarıbay, Ankara 1998.
- Yayla, Atilla, **Liberal Bakışlar**, Ankara 1993.
- Yayla, Yıldızhan, "İdarenin Takdir Yetkisi", **İÜHFM**, c. XXX, s. 1-2, İstanbul 1964.
- Yiğit, İsmail, "Emeviler", mad. **DİA**, İstanbul,
- Yörük, Abdulhak Kemal, "Sofistler ve Hukuk Görüşleri", **İÜHFM**, c. XIV, ss. 3-4, İstanbul 1948.
- _____, **Hukuk Felsefesi Dersleri**, İstanbul 1961.
- Zabunoğlu, Yahya Kâzım, **Kamu Hukukuna Giriş (Devlet, Tanım ve Kaynaklar)**,
- ez-Zebîdî, Muhammed Murteza el-Huseynî, **Tâcu'l-Arûs min Cevahiri'l-Kamus**, I-XX, Beyrut, 1994/1414
- ez-Zemahşerî, Ebu'l-Kâsım Mahmûd b. Ömer, **Tefsîru'l-Keşşâf**, Kâhire 1977/1397.
- _____, **Esâsu'l-Belağâ**, Kahire, 1960
- ez-Zerka, Muhammed, **Şerhu'l-Kavaidi'l-Fıkhiyye**, Dimeşk, 1989, 2. Baskı.
- ez-Zerkanî, Muhammed Abdulazim, **Menâhilu'l-İrfân fî Ulûmi'l-Kur'ân I-II**, Mısır, 1943/1362.
- ez-Zeydan, Abdulkerim, **Fıkıh Usûlü**, çev.: Ruhi Özcan, Ankara 1982, 2. baskı.
- _____, **el-Ferdu ve'd-Devletu fi's-Şeri'ati'l-İslâmiyye**, Bağdat, 1965.
- Zeydan, Corci, **Tarihi Temedduni'l-İslâmî**, I-V, Kahire, ts.

ÖZGEÇMİŞ

1961'de Rize/Çayeli'nde doğdu. İlk ve Orta öğrenimini Çayeli'nde tamamladı. 1982 yılında kaydolduğu Atatürk Üniversitesi İlahiyat Fakültesini, 1987'de bitirdi. Milli Eğitim Bakanlığına bağlı okullarda 1987'den 1994'e kadar öğretmenlik yaptı. 1992'de Atatürk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsüne bağlı olarak "Hanefi ve Malikilere Göre Mesâlih ve İstislâh" isimli tez ile Yüksek Lisans'ını tamamladı. 1994'de Atatürk Üniversitesi İlahiyat Fakültesine İslâm Hukuku Uzmanı olarak atandı. 2000 yılında ise K.S.Ü İlahiyat Fakültesi'ne İslâm Hukuku Öğretim Görevlisi olarak atandı. Halen aynı göreve devam etmektedir. Evli ve üç çocuk babasıdır.

