

# Mecelle penceresinden günümüz hukukî Sorunlarına bir bakış

A view of today's legal problems from  
mecelle window

Ali ŞAFAK

Prof. Dr. İslam Hukuku ve Ceza Hukuku, Emekli Öğretim Üyesi

Muhterem Hâzırın,

Hepinizi Allah'ın selamı ile selamlıyorum. Bugün bizi sizlerle buluşturan Vakfınızın değerli yöneticilerine teşekkür ediyorum. Ayrıca Erzurum'dan bu yana tanıştığımız ve bir süre aynı kurumlarda çalışarak beraber mesai de yaptığımız Anayasa Mahkemesi eski üyesi Sayın Prof. Dr. Sacit Adalı'nın da burada aranızda bulunmasından fevkalade memnun oldum.

1974-75'te, ben İngiltere, Cambridge Üniversitesi'nde iken, rahmetli Ali Uçar, Mehmet Fırıncı, Mehmet Kutlular gibi beş altı kişi, bulduğumuz şehre gelmişlerdi ve benim de ikâmet ettiğim binânın alt katında Cambridge'de Müslüman toplumun Cuma Mescidi olarak kullandığı mescitte beş altı gün kadar misafirim olmuşlardı. O kadar hassas idiler ki, bizim hanım ne ikram edeceğini şaşırırdı. Mesela mantı yapıyoruz, içindeki ette şaibe var diye yemiyorlar, o olmuyor, bu olmuyor, neredeyse sadece patates haşlaması ve yumurta ile idare ettiler. Bu değerli hizmet insanlarına hizmette bulunmakta biz de kusur etmemeye çalıştık. Şimdi de davete icabet bu sebeple değerli bir hizmettir.

Kayseri İmam Hatip Okulu öğrenciliğimiz yıllarında (1955-1962), sonradan matbusunu da edindiğim teksir halindeki Gençlik Rehberi isimli eseri ve yine teksir halindeki İşârât-ül İcaz'ı edinip okumak nasip olmuştu.

Şunu arz ve ifade etmek isterim ki, Mecelle'nin bugün ele alacağımız kurallarından biri "Berâet-i zimmet asıldır." (md. 8), diğeri ise "Def-i mefâsîd celb-i menâfîden evlâdır." (md. 30) kuralıdır.

Risale-i Nur camiasıyla o zamanlardan (yani çok eskilerden) beri, okuma, dinleme, görüşme biçiminde bağlantılarımızı sürdürüyoruz.

Ama bazen de bu camiadan, lütfen yanlış anlaşılmasın, affınıza mağru-ren söylüyorum, "fesleğen ekiyoruz, ot biçiyoruz" türünden insanlar da çıkmıyor değil. Bu da onların Risalelerdeki bu hakikatleri tam anlamadıklarından olsa gerek. Bu tür adamların sıkıntısını, ceremesini de önce sizler ve sonra hepimiz beraber ödüyoruz. Bugünkü konumuzun başlıklarından birisi de bu meseleyle ilgili.

**Suçta ve cezada bireysellik yani âyetteki ifadesiyle "ve lâ teziru vaziraton vizra uhra = ... Herkesin kazandığı, yalnız kendisine aittir. Hiçbir günahkâr, başkasının günahını yüklenmez..." (el-En'âm 6/164) ayeti hakkında neler söylersiniz?**

Önce şunu söyleyeyim. Zamanımız biraz hassas zaman. Sizleri tenzih ederim, herkesin zihninde bazı kırmızı çizgiler olabilir, benim bu çizgilerle, şu seçim sath-ı mâilinde konuşmamın uzaktan-yakından herhangi bir alakası yoktur. Başlığa sadakat göstererek ve bildiğim kadarıyla konuşuyorum. Dolayısıyla sözlerimi; "Ha, bunun bu lafının tahtında falana giden tahtında müstetir bir zamir vardır" diye lütfen düşünmeyin.

Rahmetli Davudoğlu Hocam, -İstanbul Yüksek İslam Enstitüsünde Müdürümüz (1962-64) ve de Hocamız idi- Merhum şöyle söyler idi: "Evladım, sözünü doğru söyle, esirgeme, amma, al kaşağıyı, gir ahıra, yarası olan gocunur" derdi. Biz de sözümüzü doğru söylemekten geri duracak değiliz. Yarası olanlar bugün bu sözlerimizi bu toplantıda bile beğenmeyen olabilir. Kırmızı çizgisi olanlar bulunabilir. Biz Müslümanlıktan ve hukukî alanda bildiğimiz şeyleri, güncel ve özel hayatımızla ilgili sorunlarımız hakkında hak nâmına arz ve ifadeye çalışıyoruz.

Soruya gelince, evet, bu âyet Kur'ân'da beş yerde geçiyor. Bâr, yük anlamına da gelen vizr kelimesinin değişik versiyonları Kur'ân-ı Kerim'de yirmi üç kadar yerde geçiyor. Suçun ve cezanın şahsî olduğu ve olması gerektiği anlamını açık ifade eder.

Şunu arz ve ifade etmek isterim ki, Mecelle'nin bugün ele alacağımız kurallarından biri "Berâet-i zimmet asıldır." (md. 8), diğeri ise "Def-i mefâsîd celb-i menâfîden evlâdır." (md. 30) kuralıdır. Bu ikinci kurala dair bilgiler Kur'ân-ı Kerim'de temel amaç ve yaptırımlar mefsedetler üzerinden geliyor. Yani "şunu şunu yaparsanız, mal çalar çırparsanız, adam öldürürseniz, haksız menfaat sağlarsanız cezanız budur" diyor Kur'ân. İyilikleri yaymadan önce mefsedetlerin önlenmesi, insanları onlardan sakındırma işi daha önde geliyor.

Mesela Kur'ân-ı Kerim, en-Nûr suresinde; "İffetli kadınlara zina isnad edip de buna dair dört şahid getiremeyen herkese seksen değnek vurun ve bundan böyle, onların şahitliklerini artık ebediyen kabul etmeyin. Çünkü bunlar gerçekten fâsıkların ta kendileridir. / Ama bu iftira suçundan sonra tövbe edip halini düzelterler kurtulurlar. Çünkü Allah gafurdur, rahîmdir." (en-Nur 24/4-5). Dördüncü âyette geçen "Muhsin" kelimesi iffetli, iffetiyle

yaşayan, kötülüklerden habersiz kadın demektir. İşte ona isnad edilen suçlu fâil ispatlayamadığında, uygulanacak dünyevi yaptırımın devamında “öylelerin şahitliklerini de kabul etmeyin” diyor; yani ahlâkî boyut var ve ahlâkî yaptırım var. Ve ayetin sonunda da “o fâsik ve müfteri kişilerin gideceği yer cehennemdir.” buyrulur yani uhrevî yaptırım da var.

Dolayısıyla hem âyetlerde ve hem de hadislerde “el emrû bi'l-ma'ruf ve'n-nehÿü ani'l-münker” ilkesinin yaşatılması istenirken münkerin yaptırımlarına daha sık değinilmekte. Çünkü mefsedetî önlemek önce gelir, faydaları elde etmek daha sonra gelir.

Hem bu işler, Adam Smith'in dediği gibi “Bırakınız yapsınlar, bırakınız geçsinler” değil. Öyle yağma mı var. İnsan kurallarla yaşar.

Mısır'ın eski Yargıtay Başkanı ve sonra siyâsî mahkûmu meşhur Âlim Abdulkadir Udeh, cezaevinde iken, Batı'nın ve İslam'ın ceza hukuku kurallarını ve kanunlarını mukâyese ederek “Batı Seküler Ceza Kanunlarıyla Mukâyeseli İslam Ceza Hukuku...” kitabını yazmış. Bu değerli eseri tercüme etmek bize nasip oldu. Bugün birçok hukuk fakültelerinde yüksek lisans derslerinde ders kitabı olarak okunuyor. Suçun ve cezanın şahsiliği ile ilgili olarak bu kitapta da yer alan bazı hususları açıklamak isterim.

Suç ve ceza elbette şahsidir. Suçlu her kim ise ceza ona verilir. Ancak İslam hukukunda bu kuralın iki önemli istisnasını görüyoruz. Birincisi kasdın aşılması suretiyle adam öldürmeler, ikincisi de fâili meçhul, ölü bulunan adam (Kasâme) ile ilgili durumdur, öldürme halidir.

Bir suçtan dolayı bir kişi bir kere yargılanır. Roma Hukukundaki deyişle “non bis in idem.” Oysa Batı hukukunda bir suçtan dolayı kişiler hakkında çoğu kez iki kere ya da iki ayrı mahkemede ve iki ayrı türden yargılama yapılıyor. Biri ceza yargılaması ve diğeri de tazminat yargılaması veya idârî yargılama. İkisi farklı mahkemelerde ve farklı kurallara tabi oluyor.

İslam Hukukunda ise, bu gibi konularda müeyyide tek yargılamayla belirlenir. Suçtan zarar görene ödenecek tazminat ve kısas ya da diğeri bir yaptırım birlikte ve bir kez değerlendirilir.

Kasdın aşılması veya hataen adam öldürenin tazminat ödemek için kendi malı yoksa ya da yeterli değilse âkilesi yani baba tarafından akrabaları da bu zarardan sosyal sorumluluk prensibi gereğince sorumlu olurlar. Hatta mezhepler arasında farklar olmakla birlikte bilhassa âkilesi de yoksa ya da akile sisteminin olmadığı toplumlarda doğrudan doğruya devletin tazminat sorumluluğu gündeme getirilebilir.

Bizde şimdi ne oluyor? Ölenin kanı yerde kalıyor. Suçlu cezaevine giriyor ama ölenin yakınları tazminatsız kalıyor.

Kur'an'ın kuralları evrenseldir ve ilelebet bâkidir diyorsak, bizim bunların hiç olmazsa, özel hayatımızla ilgili bir kısmını güncele uyarlamamız söz konusu olabilir.

Mesela yaş sebze ve meyve ticaretiyle uğraşanlarla ilgili bir Toptancı Hâlleri Kanunu çıkarılmıştı (2010). Bir diğeri ifadeyle bu düzenleme çok iyi veya kötü yıllardır zaten var. Onu tam olarak uygulamak, sorunları çözme-ye yeterli iken şimdi bir hava bozukluğu sebebiyle sebze fiyatları üçe beşe

*Kur'an'ın kuralları evrenseldir ve ilelebet bâkidir diyorsak, bizim bunların hiç olmazsa, özel hayatımızla ilgili bir kısmını güncele uyarlamamız söz konusu olabilir.*

*Bir de Batı'nın ve Doğu'nun hak telakkisi farklıdır. İslam hukukunda bireysel hak telakkisi daha öndedir. Kul hakkını, hak sahibinin kendisi affetmedikçe kimse o haksız kişiyi affedemez, bağışlayamaz.*

katlanıverdi. Bu durumda hemence sanki kanun yokmuşçasına yanlışa yanlıklar katılıyor gibi geliyor. Önemli olan, fırsatçıların önünü kesmektir.

Bunun bir örneği Hz. Nebi (as) döneminde yaşanmıştır. Şöyle ki, O, üretici köylüler mallarını satmak üzere Medine pazarına getirirlerken onları köy yollarında karşılayıp mallarını satın alan ve pazar piyasasını ellerinde tutmak isteyenlerin bu girişimini yasaklamıştır. İnsanları (üretici-tüketici) kendi hallerine bırakmayı emretmiştir... (Hadis literatüründe buna Telakî'r-Rükbân = binitlileri yolda karşılamak denilir.)

Bireysel sorumluluğun ikinci istisnası ise şudur: Bir mahalle ya da köyde veya yakın çevresinde bir ölü bulunur da bunun kâtili bilinmiyorsa, o mahalle veya köyün erkek ahalisi "biz öldürmedik, öldüreni de bilmiyoruz" diyerek yemin edecekler. Yemin etmeleri, onları kısas cezası ile yargılanma sorumluluğundan kurtarır ama öldürülmüş bulunan kişinin diyetini elbirliğiyle ödeyeceklerdir.

Mesela Alman Medeni Kanununda otobanlarda çok sayıda aracın karıştığı zincirleme kazalarda kimin ne kadar suçlu ve kimin hangi zararından kimlerin sorumlu olduğunun ayırt edilemeyeceği türden kazalarda kolektif sorumluluk için ayrı bir fon vardır. Benzeri kural başka ülkelerde de vardır. Bunlar da gösteriyor ki tazminat sorumluluğu kolektif olabilir. Bu konuda bir fon oluşturulabilir. Ama ceza sorumluluğu daima bireyseldir. Kim suç işlemişse ceza ona verilir.

Bir de Batı'nın ve Doğu'nun hak telakkisi farklıdır. İslam hukukunda bireysel hak telakkisi daha öndedir. Kul hakkını, hak sahibinin kendisi affetmedikçe kimse o haksız kişiyi affedemez, bağışlayamaz. Ama mesela bir isyan, başkaldırı halinde verilen ağır cezalar dahi affedilebilir. Devlet daima ve sadece kendisine karşı suçları affedebilir.

**Kur'an'da bir kıssa anlatılıyor. Hazreti Musa (as) Hızır (as) ile yolculuğa çıkmak istiyor. Hızır "sen bu yolculukta, yapacağım işler karşısında susmaya dayanamazsın" demesine rağmen birlikte yola çıkıyorlar. Hızır (as) masum bir çocuğu öldürüyor ve sonra Musa (as) sebebini sorunca da "bu çocuğun kendi ana babasının hayatlarına zarar verme ihtimali vardı, bu sebeple öldürdüm." diyor.**

**Onun bu özel bilgiye, ilâhi bir kaynaktan sahip olduğu anlaşılıyor. Biz de şimdi bu çağda, henüz bir suç işlememiş olan masum kişileri, "ileride suç işleme ihtimallerini şimdiden öngördük" diyerek öldürme ya da başka şekilde cezalandırma hakkına sahip miyiz? İspat hukuku bakımından deliller nasıl olmalıdır? Kerâmet ve benzeri öznel, subjektif şeylerle ispat caiz midir?**

O Kur'an kıssasında geçen (el-Kehf suresi 18/66 vd.) hususlardan bu güne ve bize elbette çok dersler çıkar ama bir adalet ve ispat hukuku örneği çıkmaz. Zira onlar peygamber ve veli idiler ama o halleri bize örnek olamaz. Hâkim daima somut delillerle karar verir, vermelidir.

Nitekim Hz. Peygamber (as), kendisine arz olunan ihtilaflarda tarafları ve şahitleri uyarı sadedinde, "Ey davacı ve davalılar, sizler nasıl konuşursanız,

biz ona göre karar veririz. Siz dilinizi eğip bükerek konuşur da, haksızken hak almaya kalkışır ve bu yüzden haklı tarafın maruz kaldığı haksızlık nedeniyle benden Kıyamet gününde davacı olmasını asla istemem. Biz zâhire göre hükmederiz. İşin arka planını, esrarını ancak Allah (cc) bilir.” buyurmuşlardır.

Yani hâkim de neticede şahidin ve delilin mahkûmudur. “Atın hâkimin boynuna” diyemezsiniz.

Kur’ân’da; “Ey iman edenler! Haktan yana olun, bütün işlerinizde adaleti gerçekleştirin. Allah için şahitlik edenlerden olun. Bu hükmünüz ve şahitliğiniz isterse bizzat kendiniz, anneniz, babanız ve yakın akrabalarınız aleyhine de olsun. İsterse onlar zengin veya fakir bulunsun; çünkü Allah her ikisine de sizden daha yakındır. Onun için, sakın nefsinizin arzusuna uyarak adaletten ayrılmayın! Eğer dilinizi eğip bükerek gerçeği olduğu gibi söylemekten çekinir veya büsbütün şahitlikten kaçarsanız, iyi bilin ki Allah bütün yaptıklarınızdan haberdardır.” (en-Nisa 4/135) ve bir diğer âyette de “... Şahitler çağırıldıklarında, şahitlikten kaçınmasınlar... Böyle yapmak, Allah katında daha âdil, şahitliği ifa etmek için daha sağlam ve şüpheyi gidermek için daha uygun bir yoldur...” (el-Bakara 2/282) buyrulur.

Batı hukukundakinin aksine İslam’da “şahitlikten çekinme ve çekilme hakkı” diye bir şey yoktur. Ayrıca İslam Hukukunda şahitlerin teziyesi kurumu da vardır. Önce temiz yani şahitliğe ehil oldukları ve dürüstlükleri araştırılacak ve ondan sonra şahitlik edecekler.

Üstelik günümüzde teknolojik gelişmeler sayesinde suçun objektif delillerle ispatı çok daha kolay hale gelmiştir.

Özetle ceza hukukunda kerametın yeri yoktur. Adaletle hükmetmek için delillere bakılır. Hâtemü’l-Enbiyâ (as) bile velâyetine güvenmiyor. Velâyetiyle hüküm vermiyor. Delillere bakıyor ve şahitlik edecek olanları ikaz buyuruyor. Malûmunuz Hz. Ömer başta olmak üzere, Kâdî Şurayh, Ebu Hanife, İmam Şâfî, Ebu’l-Hasan el-Mâverdi, İbnu Âbidin, Ahmed Cevdet Paşa, Abdu’l-Kâdir Udeh, Bediüzzaman Hazretleri ve daha niceleri mektuplarında, eserlerinde adâletin bu yönü üzerinde özellikle uzun uzun durmuşlardır.

Hâkim, “ben senin bıyıklarından hoşlanmıyorum, tipinden hoşlanmıyorum” vb. sözlerle, kanılarla sanığı suçlu göremez. Ana-babaya izafeten ve varsayım ile devlette göreve başlatılmayan hatta hapisten çıkarılmayan insanlar duyuyoruz. Olacak şey değil. Bir tarafta iş yasalarına göre, eski hükümlü çalıştırma zorunluluğu var, diğer yanda ise, henüz hüküm giymemiş kişi yüzünden tarafı-etrafi işe alınmıyor. Nereden nereye...

Eğer bir delil, özelliğine göre, beş duyudan herhangi biri veya birkaçıyla test edilemiyor ise delil sayılmaz.

Peygamberimiz sıklıkla “İdreü’l-hudûde bi’ş-şühbihât = Şüphe bulunan yerde haddleri uygulamayınız.” yani “Kur’ân’da ve sünnette cezaları bildirilmiş olan suçlarda, suçun ispatı konusunda şüphe varsa o hadleri, ağır cezaları uygulamayın” buyurmuştur. Günümüz hukuk sistemlerinde de bu kural geçerlidir. Yani şüpheden sanık yararlanır, şüphe sanık lehine yorumlanır... vs.

*Peygamberimiz sıklıkla “İdreü’l-hudûde bi’ş-şühbihât = Şüphe bulunan yerde haddleri uygulamayınız.” yani “Kur’ân’da ve sünnette cezaları bildirilmiş olan suçlarda, suçun ispatı konusunda şüphe varsa o hadleri, ağır cezaları uygulamayın” buyurmuştur.*

*Bir de yine  
Mecelle madde  
4'de "Şekk ile  
yakîn zâil olmaz."  
Yani kesin olarak  
bilinen bir husus,  
sonradan içte  
doğan bir duygu  
ile "acaba öyle  
miydi, böyle  
miydi? Var mıydı,  
yok muydu?  
gibi kuşkulu  
durumlarla  
çürütülemez.  
İnsanoğlunun  
fıtratında asl  
olan suçsuzluk  
ve borçsuzluktur.  
Bu durum şüphe  
ile son bulamaz,  
kaldırılmaz.*

Bununla ilgili ilginç bir örnek var. Halife Hz. Ömer'in kâtili yakalandı. Ömer'in çocuklarından sadece biri "ben kısastan vazgeçiyorum, diyet istiyorum ve diyeti yeterli görüyorum" dedi. Diğer sekiz çocuk (hak sahibi) sanığın kısastan tecziyesini istediler. Ama zanlı kişi, o tek hak sahibinin kısastan affı sebebiyle "huliye ila sebilihî" (tahliye edildi) ve kısas yerine diyete mahkûm edildi. Zira kısas için dokuz mirasçının da kısas istemesi lazım. Kişi hayatı bölünemez, sekiz pay ve bir pay olamaz. Hayat ya vardır ya da yoktur.

Bir de yine Mecelle madde 4'de "Şekk ile yakîn zâil olmaz." Yani kesin olarak bilinen bir husus, sonradan içte doğan bir duygu ile "acaba öyle miydi, böyle miydi? Var mıydı, yok muydu? gibi kuşkulu durumlarla çürütülemez. İnsanoğlunun fıtratında asl olan suçsuzluk ve borçsuzluktur. Bu durum şüphe ile son bulamaz, kaldırılmaz.

Bunlar hem İslam hukukunun ve hem de bugünkü Batı hukukunun ortak kurallarıdır. Bir de dünya genelinde ortalıktaki duruma ve tatbikata bakınız. Devletler birbirlerini yiyor, kitleler birbirlerine önyargılı bakıyor. Durum böyle olunca da adalet tam olarak tesis edilemiyor, insan hakları gözetilemiyor.

İçtimâî sorumlulukla bireysel sorumluluk noktasından bir başka Hz. Ömer örneği daha vermek isterim. Hz. Ömer devletin başkenti Medine'de halife. Yemende San'a şehrinde bir cinayet oluyor. Olay şöyle; bir adam askere alınıyor. Dört beş yaşında çocuğu var. Karısı bu sırada eşini başka bir adamla aldatıyor. Kocasını askerden döndüğünde durumu anlamasını diye de ikisi (birlikte gayr-ı meşru yaşadığı o adamla) bir olup küçük çocuğu öldürüyorlar. Kocasını askerden gelince çocuğunu arıyor, nâşını bir kör kuyuda buluyor ve yargılama başlıyor. Suçlular kısasa mahkûm ediliyorlar. San'a halkı homurdanmaya başlıyor. Temyiz için konu (dava dosyası) Medine'ye geliyor. İtiraz gerekçesi şu: Bir küçük çocuk için koca koca iki insan denk midir ki kısas tatbik edilebilir? Medine, mahkeme kararını teyit eder ve tenfiz kararı çıkar. San'a halkı ayaklanmaya başlar. Konu yeniden tashih-i karar için Medine'ye gelir. Hazreti Ömer "lev temâlû ehlû's-San'a ale'l-veledi le kateltû küllehüm" (Eğer San'a halkının tamamı o çocuğun ölümüne el atmış olsalardı, çocuğa bedel hepsini öldürmek gerekirdi, hepsini ölümle cezalandırırdım) der. Böylece geri planda suçu planlayanla asıl fâil eylemleri arasında bir illiyet varsa hepsi de eylemin sonucundan sorumludur.

Nitekim, Mecelle madde 89'da "Bir filin hükmü fâiline muzaaf kılınır. Ve mücbir olmadıkça âmirine muzaaf kılınmaz." Dolayısıyla İslam Hukuku için sosyal (iştirak) boyutunu da nazara alır. Gerçekte tatmin edici ve adalete giden duyguların takip ve tatmini de bununla olur.

**İslam'da muhalefet ve muhalefetin kurumsallaşması meselesi hakkında ne düşünürsünüz?**

Bu sorunun cevabı açısından, İslam hukukunun en önemli ikincil kaynağı, "İcma'ı-Ümmet" kurumunun oybirliği ile mi, oy çokluğu ile mi olduğunu tesbit etmek, zannederseniz yeterli olacaktır.



Mesela Peygamberimiz Hayber'in fethi sonrası ora topraklarını süvariye iki pay ve piyâdeye bir pay olarak dağıtmıştır. Ama Halife Hz. Ömer döneminde fetholunan geniş Suriye ve Aşağı Mezopotamya toprakları, üzerindeki büyük nüfusuyla birlikte fethedildiğinde, Peygamberimizin paylaşırma ölçeğini Hz. Ömer uygulamamıştır. Bu yöndeki beklentileri reddetmiş, eleştirilere göğüs germiş ve etrafındaki heyetle istişâre ederek karar vermişti.

Hz. Ömer üç gerekçeyle paylaşma kuralını yeniden belirlemiştir: Birincisi bu toprakları size dağıtırsam buraların ahalisini nereye göndereceğim? İkincisi bu uzak toprakları size verip tümünüzü buralara yerleştirirsem İslam'ı yaymak için yanımda kim kalacak? Üçüncüsü de sizi çiftlik sahibi yaparsam bundan sonra fetihleri kiminle yapacağım? Bu toprakların sizin elinizde bir tahakküm ve baskı aracına dönüşeceğinden korkarım... (Bu kararın dayanağı için el-Haşr 59/7-8 âyetleri ve tefsirlerine bakılabilir.)

Bütün bu sebeplerle ve daha başka sebep ve gerekçelerle Hazreti Ömer, "toprakların rakabesini Beytü'l-Mâle tahsis edeceğim ve zirâî işletme hakkını toprağı işleyen sahiplerine bırakıp onlardan haraç alacağım ve topladığım vergileri sizlere maaş olarak dağıtacağım" der. İşin başında muhalefet edenler bir ay sonra bu kararı haklı bulmaya başlıyor ve icma ile yeni bir fıkıh kuralı doğmuş oluyor.

Bu konu ve benzerleri Belâzûrî'nin "Fütûhu'l-Büldân"ında, Ebu Yusuf'un "Kitabu'l-Harârâc"ında, Ebu Ubeyd Kasım b. Sellâm'ın "Kitâbü'l-Emvâl"inde ve benzerlerinde yer alır. Ve hepsi de derler ki "Hz. Ömer öyle bir ücret dağıtımında bulundu ki, anasından süt emen bebeklere bile maaş bağlandı."

Bu örnekten de görüyoruz ki icmada oybirliği şart değildir. Çoğunluğun kararı yeterlidir. Buna muhalif kalan olabilir. Ancak hüküm kesinleşip uygulamaya konulduktan sonra artık azınlıkta kalanlar çoğunluğun kararına uyacaktır. Azınlığın kendi fikrini açıklama hakkı, doğruluğunda ısrar etme hakkı elbette vardır. Ne var ki, bu görüş ayrılığını uygulamaya koymak için de kuralları zorlayamaz, Hadiste Nebi (as); "Müslümanların güzel gördükleri şey Allah katında da güzeldir" der.

Diğer taraftan da "Sandıktan yüzde elli bir (%51) aldım, artık her söz ve iş artık bana geçti" demeye de kimsenin hakkı yoktur. Zira o da bir içtihadıdır ve bir temel kurala dayandırılmaktadır; ama azınlıkta kalmıştır. Esasen demokrasilerde "çok seslilik" bu demektir. Anlattığım örnekler de görüldüğü üzere kamu yararı uğruna mutlak bir çözüm yolu bulunmaktadır. İş kurumsal bir ayrımcılığa götürmeye kimsenin hakkı yoktur.

İbnu Âbidin'in "Resm'ül Müftî" isimli risâlesinde fetva ve karar verme usulü ile ilgili olarak der ki, "Biz insanlar ahseni yakalayalım derken haseni de kaçıırıyoruz." (Biz en güzeli şu olsun diye ısrar ededururken güzeli de elden kaçıırıyoruz, o fırsatı bile kaybediyoruz.) Yani akıllı olan insan hangisini istiyorsa ona yakın oyunu kullansın. Dikkat edilirse parlamentolarda kanun oybirliğiyle çıkmıyor. Bu da gösteriyor ki, muhalefeti bu yolla kurum-sallaştırmak mümkündür.

*Esasen demokrasilerde "çok seslilik" bu demektir. Anlattığım örnekler de görüldüğü üzere kamu yararı uğruna mutlak bir çözüm yolu bulunmaktadır. İş kurumsal bir ayrımcılığa götürmeye kimsenin hakkı yoktur.*

*Beraat-i zimmet  
asıldır. Borçsuzluk  
ve suçsuzluk  
asıldır. Birinin  
borçlu olduğunu  
iddia eden ispat  
etmelidir. Birinin  
suçlu olduğunu  
iddia eden ispat  
etmelidir.*

Allah rahmet eylesin, Muhammed Hamidullah Hoca'dan konferanslar dinledik. Merhum derdi ki, "Günümüzdeki icma sistemini, meclisini çalıştırma, çıkacak kararları tatbik etmek daha rahat ve daha kolaydır. Zira telekomünikasyon sistemleri var. Gittikçe de gelişiyor. Oybirliğiyle karar verebilmek ya da en geniş mutabakatı sağlayabilmek için bu nimetlerden istifade etmek lazım."

Netice olarak kişi kendi konumu ve seviyesine göre herkesi uyaracak. Ama rastgele değil; "Ud'u ilâ sebebiyle Rabbike bil hikmeti ve'l-mev'ızati'l-haseneti, ve câdi'l-hümm bi'l-leti hiye Ahsen" Yani "Sen insanları Allah yoluna hikmetle, güzel öğütlerle davet et, gerektiğinde sen onlarla mücadelelenin en güzeliyle mücadele et" (en-Nahl 16/125) ilâhî kuralına göre, kişi, karşısındaki âlim ise hikmetle yani bilimsel olarak yaklaşacak, karşısındaki halktan birisi ise öğütlerle ve güzel nasihatlerle onu uyandıracak, hayra teşvik edecek ve eğer mücadele gerekiyorsa mücadelenin de güzel olanı, taşkınlığa sapmayanını ile kabına sığan yol ve yöntemle yapacak. Öyle "Vur, kır, darb et!" vesaire Müslümanlıkta yoktur.

### **Mecelle (md. 30)'da yer alan "Def-i mefasid celb-i menâfiden evlâdır" kuralı açısından bugünkü hukuk uygulamalarını kısaca değerlendir misiniz?**

Bu temel ilkeye, konuşmamın başında temas edilmişti. Önce şunu söyleyelim: Osmanlı Devletinde Tanzimât'tan önce müdevven kanunlar yoktu. Sonra yavaş yavaş soyut kurallar konularak kanunlar yazılmaya başlandı. Ama İslam hukuk uygulamasında baştan beri İslam fihri bakımında ortam boş değildi. Çokça eser ve fetvâ kitabı yazılmıştı. Önemli olan buralardaki kuralları okuyup hayata tatbik edebilmektir.

Soruya gelince, İslam hukukunda, Roma hukukunun aksine ahlâkı muhafaza veya kısaca ahlâkîlik kurallardan önce gelir. Kur'ân hayrı yapana cenneti veriyor. Ama suç işleyenin hem ahlâkî sorumluluğu, hem dünyevî hakları yönünden müeyyidesi ve hem de uhrevî cezası açıklanıyor. Geçmişte siyasetçilerimizden birisi de şöyle söylerdi. "Bataklığı kurutmak sinek öldürmekten hem kolay ve hem de evlâdır." 'Def-i mefâsid' bataklığı kurutmaktır.

### **Mecelle (md. 4)'deki "Şekk ile yakın zail olmaz" yani "Kesin bilinen mevcut durum şüphe ile ortadan kalkmış olmaz" kuralının bugüne uyarlaması nasıl yapılabilir?**

Hukuk açısından bu kuralın anlamı şudur: Beraat-i zimmet asıldır. Borçsuzluk ve suçsuzluk asıldır. Birinin borçlu olduğunu iddia eden ispat etmelidir. Birinin suçlu olduğunu iddia eden ispat etmelidir. "Küllü mevlûdin yûledü alâ fitrati'l-İslam" (Her doğan bebek İslam fitratı üzere, suçsuz ve tertemiz doğar.) İslam'da 'Ezelî Günâh' kavramı yoktur. Yani Hıristiyan inancına göre, Hz. Âdem'in (as) Cennet hayatında kendisine konulan yasakları ihlal etmesinin sorumluluğu, kalıtım yoluyla nesillerine geçer. Günahkâr doğduğu düşünülen bu yavru, o günâhtan arınsın diye, kili-se papazınca vaftiz edilir, vaftiz suyu ile yıkanır. İslam'da ise, Hıristiyanların



zannettiğinin aksine bebek günâhla doğmaz, günahsız doğar. Dolayısıyla şüphe ile masûmiyet kendiliğinden ortadan kalkmaz. Nice öyle insanlar, bu kural tatbik edilmediğinden dolayı şüphelerle ve sahte delillerle siyasetten, bürokrasiden ve saireden diskalifiye edilmiştir. Mesela Batı’da meşhur bir “Dreyfus Faciası” vardır. Necip Fazıl’ın Reis Bey piyesindeki konu vb.leri birer örnektir. Bu kuralın uygulanmamasının sosyal sonuçları da vahim olmuştur. Ama bir kez giden hayat gitmiştir. Bir daha geri gelmez. O kişinin kaybolan yıllarını kim verebilir? İslam Hukuk tarihi literatürümüzde Hz. Ömer, Kâdî Şurayh’a yazdığı mektupta şuna yer vermiştir; “Hatalı olarak bin suçluyu beraat ettirmek, hatalı olarak bir kişiyi mahkûm etmekten daha iyi ve isabetlidir....” Şüphe mahkûmiyete değil, beraate götürür.

**Diğer bir Mecelle kuralı madde 9’da yer alır; “Sıfât-ı ârizada asl olan ademdir. = Sonradan ortaya çıkan sıfatta, asıl olan o şeyin başlangıçta bulunmadığı” kuralıdır. Bunun hukuk açısından anlamı nedir?**

Bu kural bir anlamda ispat külfetinin yer değiştirmesini ifade eder. Yani bir şeyde veya bir kişide doğuştan gelmeyip sonradan olan türden bir sıfat ortaya çıktığında bu sıfatın ne zaman ortaya çıktığını, iddia eden ispat etmek zorundadır. Mesela yeni buzdolabı alan kişi üç beş ay sonra verimli çalışmadığını ileri sürüyorsa, bunu onun kanıtlaması gerekir. Ama teslim öncesinden vuku bulduğu söyleniyorsa, o malın sağlamlığını ispat satıcındır. Bir iş için iş sahibi kişiden para alan kişinin sonradan memur olduğu ortaya çıkarsa bunu ileri süren, iddiasını kanıtlamak zorundadır.

**Yine Mecelle madde 89’da yer alan “Bir fiilin hükmü fâiline muzaf kılınır ve mücbir olmadıkça âmirine muzaf kılınmaz” (Bir suç fiili veya haksız fiilin fâili, onu bizzat işleyendir. O kişinin âmiri durumundaki kişi, fâil durumundakini zorlamadıkça âmir ondan sorumlu değildir.) kuralının anlamı nedir?**

Yine bu kurala da biraz evvel temas edip açıklamalarda bulunmuştuk. Yani bir fiilin sorumlusu onun failidir. Azmettirme ya da zorlama durumu yoksa, illiyet bağı bulunmuyorsa fiilin fikren taraftarı olduğu gerekçesiyle başka bir kişi sorumlu tutulup ceza verilemez.

Terörle mücadelede, örgütü çökertebilmek amacıyla örgüt içine devletin yerleştirdiği ajanların hukuki sorumluluğunun ne zaman olup ne zaman olmayacağını da bu kural yardımıyla anlayabiliriz. Orada o kişinin görevi kendisini haklı olarak suç işleyeceğini öngörerek hareket etmez. Amaç suçluları ortaya çıkarmak, tesbit etmek ve bağlı olduğu resmî makama bildirmektir.

Hukukta şu kural vardır: Ajan provokatörlük ahlakî bir iş değildir. Bir kimseyi suç işlemeye niyeti yokken suça yönlendiren suçludur. Ama zaten suç işlemeye hazırlanan kişi veya kişilerin aleyhindeki delilleri toplayabilmek için ajanlık yapmak gerekli olabilir.

**Basında bir haber vardı. Bir üniversitenin yaptırdığı yıllık sosyal durum araştırma sonuçlarına göre, geçen yıl en muteber ikinci meslek**

*Hukukta şu kural vardır: Ajan provokatörlük ahlakî bir iş değildir. Bir kimseyi suç işlemeye niyeti yokken suça yönlendiren suçludur. Ama zaten suç işlemeye hazırlanan kişi veya kişilerin aleyhindeki delilleri toplayabilmek için ajanlık yapmak gerekli olabilir.*

*Hâkim fehîm  
olmalıdır.  
Yani anlayışlı,  
okuduğunu  
rahatlıkla  
anlayan, kavram  
bilgisi gelişmiş bir  
kişi olmalıdır.*

**hâkimlik iken bu sene hâkimlik altıncı sıraya düşmüş. Hâkimin dağıttığı adaletin liyâkatıyla da ilişkisi olduğu açık. Seminerimizin liyâkat başlığına da böylece gelmiş olursak, hâkimin liyâkati hakkında neler söylersiniz?**

Mecelle madde 1792 “Hâkimin evsâfi beyanındadır” başlığını taşır. Burada hâkimin liyakati için şu özellikler sıralanmıştır.

Hâkim hakim olmalıdır. Yani hikmetle iş gören, derin bilgi ve hikmet sahibi bir kişi olmalıdır. Sıradan bilgilerle, sıradan tavırlarla hâkim olunmaz.

Hâkim fehîm olmalıdır. Yani anlayışlı, okuduğunu rahatlıkla anlayan, kavram bilgisi gelişmiş bir kişi olmalıdır. Adalet Bakanlığımızdan emekli bir üst düzey yönetici ve uygulayıcı bana şunu aktarmıştı; hakimlik sınavında “fesih hakkı nedir?” sorusuna sınava giren adaylardan birisi; “Tanzimât döneminde kıyafet yeniliği sırasında başa giyilecek giysinin fesih olduğu ve bunu seçme kullanma hakkıdır. Daha sonrasında vatandaşın elinden bu hak alınmış yani fesih kaldırılmıştır.” diye cevap verdiğini anlatmıştı. Mahzûr ile mahsûr kelimeleri arasındaki farkı bilmeyen hukukçular, akademisyenliğe adaylar var.

Hâkim müstakîm olmalıdır. Doğru, dosdoğru, istikameti ve yaşayışı düzgün bir kişi olmalı. Ama körü körüne ve at gözlüğüyle dümdüz giden bir kişi de olmamalı. Geniş görüşlü olmalı ama istikametli olmalı.

Hâkim emîn ve güvenilir olmalı. Kendisine tevdi edilen işi güven içinde yapan bir kişi olmalı. Devletin makamını mührünü kendi çıkarı ya da keyfi için kullanan bir kişiden hâkim olamaz elbette.

Hâkim mekîn olmalı. Çünkü o iktidar ve vakar sahibidir. Hâkim, sakın değildir. Hiddet buyurmamalıdır. Fevri davranmamalı ve yanlışlığa sürüklenmemelidir. Hâkim sakinliği ve rahatlığı ile güven verir, vermelidir.

Hakim metîn olmalı. Duruş sahibi olmalı. Korkmadan, çekinmeden hak namına karar vermeli. Korkan, kuşkularla dolu adamdan hâkim olmaz.

İşte bu sıfatlara sahip hâkimleri ve gençleri bulun, getirin alnından öpeyim. Yoksa da yetiştirmeye çalışmamız lâzım, yoksa adalet zayi oluyor. Laf-la peynir gemisi yürümüyor.

**Önceki konuşmacılarımızdan Prof. Dr. Ahmet Bilgin, Osmanlıda kardeş katli meselesi için “Osmanlının ve onun devamı olarak bizim sırtımızda bir kambur olarak duruyor” dedi. Kur’ân’daki “İşte bundan dolayı İsrailoğullarına kitapta şunu bildirdik: Kim katil olmayan ve yeryüzünde fesat çıkarmayan bir kişiyi öldürürse sanki bütün insanları öldürmüş gibi olur. Kim de bir adamın hayatını kurtarırsa sanki bütün insanların hayatını kurtarmış olur. Resullerimiz onlara açık âyetler ve deliller getirmişlerdi. Ne var ki onların çoğu bütün bunlardan sonra, hâla yeryüzünde fesat ve cinayette aşırı gitmektedirler” (el-Mâide 5/32) hükmü açısından bakıldığında burada bir zulüm var. Siz bu konuda ne düşünüyorsunuz. Bu uygulamanın Kur’ân’dan ve sünnetten bir delili var mı?**

Padişahların kardeşlerini öldürttükleri ve bunun bir hukuksuzluk olduğu doğrudur. Osmanlı Devletinin altı yüz sene dağılmadan parçalanmadan hüküm sürmesinde belki bu tarz tedbirlerin de katkısı olmuştur. Belki de o padişahlar “günâhına razıyım, yeter ki, bu milletin devleti bâkî kalsın, buna ihtiyaç vardır.” demiş olabilirler.

Burada galiba padişahlar konuya tevzii adaletten (dağıtıcı adalet) yani sosyal adaletten bakmışlar. Tevzini adalette (dengeleyici adalet) terazi mantığı geçerlidir. Tevzii adalette ise hangisi daha az zararlıdır diye bakılmış. Ama masûmun masum olduğu açık. Devletin bekası için diyerek o günâha razı olanlar kendi âhiretleri ve uhrevi hesapları açısından bir fedakârlıkta bulunmuş olabilirler.

Meşhurdur, Kanuni vefat etmeden önce, “ben ölünce icraatımın dayanakları olan fetvaları, bir sanduka içinde mezarımın ayak ucuna koyun ki, Münker Nekir melekleri geldiğinde ‘Ben bunlara göre icraat yaptım’ diye delilimi göstereyim” demiş.

Osmanlıyı hatasıyla ve sevabıyla bir varlık olarak kabul edeceğiz ve maziden ders alacağız. Onların düştüğü hatalara düşmemeye çalışacağız.

İstanbul Yüksek İslâm Enstitüsünde öğrenci iken bir İslâm Tarihi Hocamız vardı. Kendisi gerçekten alanının nâdir Hocalarından idi. Bazı arkadaşlar sorardı; “Hocam halifelik yarışında Hz. Ali ve Muâviye’den hangisi haklıydı? Hocamız; “Evlâdım dikkatle dinle; Hazreti Ali haklı idi. Amma Muaviye de haksız değildi” derdi. Yani tarihe biraz bu gözle de bakmak lazım. Günümüze bakmak ve geleceği buna göre doğru planlamak gerekir.

### **Yargılamada suç oluşturduğu ileri sürülen ve davaya konu eylemlerin tanıklarla vesaire ile ispat edilmeye çalışılıyor. Şahitlik ispatta ne hüküm ifade eder?**

İslam Hukukunda ve bugünkü hukukta elbette şahit ve şehâdet önemli bir görev ve delildir. Ancak suç hukukunda “tanığa tanıklık” geçerli değildir. Yani “ben bunu şu kişiden duydum” diyenden şahit olamaz. Şahit dediğiniz “Ben bunu, şu suçu işlerken gördüm” demelidir. O nedenle de adli literatürde ‘görgü tanığı’ denir. İspat külfeti açısından bir kişiyi soyut şahit beyanıyla karşı karşıya bırakıp “haydi şimdi suçlu olmadığını sen ispat et” demek olmaz.

### **Gizli tanık meselesi hakkında neler söylenebilir?**

Az önce de değinildiği gibi bir devlet görevlisi görevi icabı bir gizli örgütün içine girmiş ve gördüklerini gizli tanık olarak anlatıyorsa bir problem yok. Ama zaten bu gibi hallerde sadece tanık ifadesiyle kimseye ceza verilemez. Başka ve gerçek deliller ortaya çıkarılmış olacak ve bu delillerin ortaya çıkarılmasına ve yorumlanmasına gizli tanık yardımcı olmuş olacak. Yer yer de değinildiği gibi, beş duyudan bir veya birkaçı ile test edilemeyen, mantığı ve gerçekçi olmayan tanık beyanı geçersiz olmalıdır.

### **Soyut beyanlarla haksız ve yanlış karar veren hâkimler için ne söylenebilir?**

*Meşhurdur,  
Kanuni vefat  
etmeden önce,  
“ben ölünce  
icraatımın  
dayanakları olan  
fetvaları, bir  
sanduka içinde  
mezarımın ayak  
ucuna koyun  
ki, Münker  
Nekir melekleri  
geldiğinde ‘Ben  
bunlara göre  
icraat yaptım’  
diye delilimi  
göstereyim”  
demiş.*

*İnsanı eğitmek kadar önemli, önemli olduğu kadar da zor bir hizmet yoktur. Eğer öğrencilerimiz şimdi hakikaten hakkı hukuku öğreniyor, öğretiyor veya adliyelerde adalet dağıtıyorsa ne mutlu.*

Aslında Enstitü yetkilileriyle görüşmemizde kendilerinin seri halinde düzenledikleri “Adalet ve Liyakat” temalı programlarına benim katkımın/konumun başlığı, “MECELLE PENCERESİNDEN Günümüz hukukî sorunlarına bir bakış” idi. O nedenle yargının işleyişi sorunu konum dışıdır. Yine de sorunuza nezâketen birkaç cümle ile cevap verecek olursak;

Sizin bu sorunuza konu husus, az evvelki sorunuz içinde de vardı. Bu tür kötü uygulamalar hem hukuka güveni sarsar ve hem de hâkimlik mesleğinin itibarını düşürür. Adaletin simgesi terazinin sapını düzgün tutmaya özen göstermek lazım.

### **Son olarak neler söylemek istersiniz?**

Beni öğretim üyeliğine yönlendiren Mahir İz ve Recai Galip Okandan hocalarım oldu. Onlara Allah’tan rahmet dilerim. Kayseri’de avukatlık yazıhanem vardı. Doktora aşamasında iken beni teşvik ettiler. “Paradan daha kıymetlisi ilimdir, insan yetiştirmektir...” dediler. O zaman (yıl 1971) Kayseri’de sarraf bir arkadaşım da “Oğlum Ali, akıllı ol, şu dükkanımdaki altınları toplasam da gitsem üniversite rektörüne, ‘öğrencilere yönelik olarak bana bir saat ders verdirin altınları size vereyim’ desem beni deli diye Bakırköy’e gönderirler ama kabul etseler altınları feda eder giderim, Kayserililik etme bu fırsatı da kaçırma” dedi. Biz de ilme ehemmiyet vermeyi benimsedik. Yanlış da etmedik sanırım.

İnsanı eğitmek kadar önemli, önemli olduğu kadar da zor bir hizmet yoktur. Eğer öğrencilerimiz şimdi hakikaten hakkı hukuku öğreniyor, öğretiyor veya adliyelerde adalet dağıtıyorsa ne mutlu. Yok eğer iyi yetişti-remiyorsak, görevimizi sağlıklı yapmamışız demektir. Bizim de vicdanî mesûliyetimiz vardır. Bilhassa gençlere tavsiyem her hususta vazifelerini hakkıyla yapsınlar.

