

DOKUZ EYLÜL ÜNİVERSİTESİ YAYINLARI

İLÂHİYAT FAKÜLTESİ
DERGİSİ
XVI

(*Hakemli Dergi*)

ISSN 1303-3344

Yaz-Sonbahar 2002

İzmir

İSLÂM HUKUK DOKTRİNİNDE HUKUK DEVLETİ VE HUKUKUN ÜSTÜNLÜĞÜ

Adnan KOŞUM*

THE SUPREMACY OF LAW IN ISLAMIC LAW

The concept of the supremacy of law is a modern term that is used in present time. It means that the government must obey the rules. In other word, the rules must dominate in all the practices of government. This term gained the importance in the process of the globalization of the world, because, in theory, it ends the absolute authority of the state over its peoples.

In this article, We studied the mentioned concept in Islamic law that evolved in the 6th century. Theoretically, we can see the dynamics of “supremacy of law” in Islamic law but practically, some misuses may be seen.

In a muslim government, the powers of the government administrations is limited even if they are outocratic in appearance. The legitimacy of a governor’s practices is depended upon the general principles of the Islamic Sharia and in harmony with the needs of the people.

Anahtar Kelimeler: Hukukun Üstünlüğü, güçler ayrılığı, yargı bağımsızlığı, kamuoyu denetimi.

* Yrd. Doç. Dr., S.D.Ü. İlahiyat Fakültesi Öğretim Üyesi.

Giriş

İnsan topluluklarının en mükemmel organize hali devlettir. Her devirde ve Devlette, düzen ve Devlet örgütü ne kadar ilkel veya basit olursa olsun, bir idare işlevi ve bu işlevi yerine getirmekle görevli örgüt ve organlar vardır. Bu organizasyonun işleyişinin düzenli olması için düzenlemeler ve normlar getirilmiştir. Bu kuralların, hukuk kuralı niteliğini kazanabilmeleri ve düzenin sağlanması için, idare edilenler kadar idare edenlerin de bunlara uyması gerekir. Başka bir ifadeyle, fertler kadar Devletin de kendi koyduğu hukuk kuralları ile kendini bağlı hissetmesi ve bu hukuk kurallarına uyması gerekir. İşte bu durum “hukuk devleti” veya “hukukun üstünlüğü/egemenliği” ilkesini doğurmuştur.¹

Evrensel ilkelerin hakim kılınmaya çalışıldığı günümüz dünyasında hukukun üstünlüğü ve hukuk devleti kavramları daha da bir önem kazanmıştır. Zira XX. yy.da globalleşmenin getirdiği en önemli sonuçlardan biri kadir-i mutlak devlet anlayışına son vermesidir. İşte bu noktadan itibaren hukukun üstünlüğü veya hukuk devleti kavramları ayrı bir anlam kazanmaktadır. Bizim burada inceleme konumuz, terim olarak çıkışı itibariyle XX. yy’la rastlayan bu terimin, kavram olarak, miladi VI. yy.da ortaya çıkan İslâm hukukundaki durumudur.

Günümüz Hukuk Sistemlerinde

Hukukun üstünlüğü kavramına geçmeden önce bununla ilişkili olan bir diğer terimden söz etmenin gerekli olduğuna inanıyoruz ki o da “hukuk devleti” terimidir. “Hukuk devleti” (Rechtsstaat) terimi ilk kez Almanya’da 1798’de ortaya çıkmaya başlamıştır. Bu terime karşılık olarak “state of law” gibi bir terime İngiliz ve Amerikan kültüründe rastlanmaz. Bunun yerine bu dillerde “hukukun egemenliği” anlamında “rule of law” terimi kullanılır. Bu terim bu dillerde bizde hukukun üstünlüğü olarak çevrilen “supremacy of law” terimi ile birlikte kullanılıyor. Günümüzde Anglo-Amerikan dünyada “hukukun egemenliği”, Türk hukuk literatüründe ise, “hukukun üstünlüğü

¹ Giritli, İsmet-Akgüner, Tayfun, *İdare Hukuku I*, s. 34, Der Yayınları, İstanbul 1993; Onar, Sıddık Sami, *İdare Hukukunun Umumi Esasları*, s. 123-124, İstanbul 1966.

teriminin daha yaygın olduğu görülür. Fransızca'da ise "hukuk devleti" karşılığı olarak "etat de droit" terimine ancak son zamanlarda rastlanır. Söz konusu kavram ilk kez Almanya'da ortaya çıkmakla beraber, bu kavram için gereken kurumlar ve bu kavramın gelişmesi Fransa'da görülmüştür.²

Hukukun üstünlüğü kavramı XX. yy. da özellikle İkinci Dünya Savaşı'ndan sonraki gelişmelerle ortaya çıkmış, XIX. yy.da yaygın olan kanunların egemenliği kavramına bir tepki olarak doğmuştur.³ Modern hukuk telifatı içinde yaptığımız araştırma boyunca üzerinde fikir birliği oluşmuş bir tanıma rastlayamadık. Bunun da ötesinde bu konuda bir kavram karışıklığı dikkati çekmektedir. Söz konusu çalışmaların bazılarında bu terim, hukuk devletiyle anlamdaş olarak kullanılırken⁴ bazılarında da mezkur iki kavramın birbirinin zıt anlamlarında kullanıldığını görmek mümkündür.⁵ Türkiye Barolar Birliği Başkanı Avukat Eralp Özgen 2000-2001 adli yıl açılışında yaptığı konuşmasında "Hukukun üstünlüğü kavramı ile hukuk devleti kavramını farklı kavramlar olarak kabul ederek Anayasamızdan "hukuk devleti"nden bahsedilmesini eleştiri konusu yapanlar, hukuk devleti olabilmenin temel koşulunun hukukun üstünlüğünü kabul etmek olduğunu unutmuş gözükmektedirler" diyerek her ikisinin anlamdaş kavramlar

² Sancar, Mithat, "Devlet Akli" Akli Kıskaçında Hukuk Devleti, İletişim Yayınları, İstanbul, 2000, s. 30-32; Özlem, Doğan, Hukuk Devletini Sosyal Devlet İçinde Düşünmek, Doğu-Batı Düşünce Dergisi, s. 12-13, yıl:4, sayı: 13, Kasım, Aralık, Ocak, 2000-2001, www.dogubati.com; Gözübüyük A. Şeref, Kamu Yönetimi Hukuku, s. 23, Türkiye ve Orta Doğu Amme İdaresi Enstitüsü Yayınları, Ankara 1976; Giritli, İsmet-Akgüner, Tayfun, İdare Hukuku I, s. 38, Der Yayınları, İstanbul 1993.

³ Sav, Atila, Hukuk Devleti ve Yargı, Tüsiad Tartışmalı Toplantılar Dizisi, Aralık 1997, s. 19. Terim olarak yeni olmakla birlikte kavram olarak orta çağa kadar uzandığı günümüz hukukçuları tarafından ifade edilir. Bkz. Ökçesiz, Hayrettin, Sivil İtaatsizlik, s. 85, Afa yy., İstanbul 1996; Hatemi, Hüseyin, Hukuk Devleti Öğretisi, İşaret Yayınları, İstanbul 1989, s. 8-9.

⁴ Sav, Atila, Hukuk Devleti, s. 19; Günday, Metin, 22-23; Özden, Y. Güngör, Hukukun Üstünlüğüne Saygı, s. 114-115, 152. 1961 tarihli Türk Anayasasında da her iki kavram yek diğerinin yerinde kullanılmaktadır. sözgelimi 1961 An., md. 77, 92; 1982 An. md. 81, 102.

⁵ Selçuk, Sami, Yargıtay Açılış Konuşması, Yargıtay Dergisi, s. 459-461, Ekim, 1999, XXV, sayı. 4.

olduğunu ifade etmektedir.⁶ Bu anlayıştan bizim vardığımız kanaate göre, hukukun üstünlüğü; hukukun mutlak bir egemenliğe sahip olması anlamında bir ilke,⁷ hukuk devleti de kanun koyucu organ da dahil olmak üzere devletin bütün organları üzerinde bu egemenliği tanıyan devlettir. Nitekim bu kanaat, bir hukukçu tarafından şu şekilde ifade edilmiştir: Hukuk devletinde hukukun üstün kuralları ön planda tutulmuş ve “yasaların üstünde yasa koyucunun da bozamayacağı temel hukuk ilkeleri” kuralına dikkat çekilmiştir. Bir başka ifadeyle hukukun üstünlüğü ilkesinde, kanunların egemenliği yanında yüce ve ideal değerler de hakimdir.⁸

Burada, söz konusu her iki anlayış çerçevesinde hukukun üstünlüğü kavramını biraz daha açıklamak istiyoruz. İki kavramı anlamdaş olarak değerlendirenlere göre⁹, hukuk devletinin özellikleri belirtilirse hukukun üstünlüğüne de açıklık getirilmiş olur. “Hukuk devleti” çok boyutlu ve kapsamlı ilkelere oluşan karmaşık bir kavramdır. Bu nedenle “hukuk devleti” anlayışının gerekleri konusunda değişik görüşler ileri sürülmüştür. Bunda da yerin, zamanın ve hukuk anlayışının etkisi olmuştur. Sözgelimi Türkiye’de hukuk devleti ilkesinden söz edilirken, genellikle kamu idaresinin yetkilerinin yasalara dayandırılması, idarenin yargısal denetimi, yargıçların bağımsızlığı ve kanunların Anayasaya uygunluğunun yargı yoluyla denetimi gibi konular üzerinde durulmaktadır.¹⁰

⁶ Özgen Eralp, *Yargıtay Açılış Komisyonu*, Yargıtay Dergisi, s. 634, Ekim, 2000, XXVI, sayı. 4.

⁷ Özden, s. 116; *Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi* 1, s. 422-439.

⁸ Güneş, Seyithan, *Teori ve Uygulamada Kişi Özgürlüğü ve Güvencesi*, s. 143-144, 156, Kazancı yy., İstanbul, 1998.

⁹ Bu iki kavramın anlamdaş olarak kullanımları için bkz. Özgen Eralp, *Yargıtay Açılış Komisyonu*, Yargıtay Dergisi, s. 634, Ekim, 2000, XXVI, sayı. 4; Arslan, Zühtü, *Devletin Hukuku, Hukuk Devleti ve Özgürlük Sarkacı*, Doğu-Batı Düşünce Dergisi, s. 67, 77, yıl:4, sayı: 13, Kasım, Aralık, Ocak, 2000-2001; Erdoğan, Mustafa, *Anayasal Demokrasi*, s. 92-98, Ankara, Siyasal Kitabevi, 1999; Gözübüyük A. Şeref, *Kamu Yönetimi Hukuku*, s. 23.

¹⁰ Gözübüyük A. Şeref, *Kamu Yönetimi Hukuku*, s. 24.

Hukuk devleti ilkesi her şeyden önce hukuksal normları, düzenlemeleri, başka bir deyişle kanunları “*tabi hukuk*” ilkeleri doğrultusunda formüle eden ve devletleri bu kurallarla sınırlayan bir anlayışa dayanmaktadır. Hukuk devletinin *sine qua non*’u (zorunlu, olmazsa olmaz) niteliğindeki temel özelliği budur.¹¹ Az önce de değinildiği gibi hukuk devleti kavramı devlet içinde egemenliğin şartsız bağımsız ve denetimsiz biçimde kullanılmasına karşı tepki olarak doğmuştur. Hukuk devleti yönetiminin zıddı, keyfi devlet yönetimidir.¹² Hukukun var olduğu ancak devlet iktidarının bununla bağlı olmadığı devlet düzeninin adı, bir başka ifadeyle hukuk devletinin karşıtının “polis devleti”¹³ olduğu yaygın bir kanaat olarak kabul edilir. Halbuki polis devleti kavramı daha çok yöneticilerin keyfi tutumunu ifade eden bir kavram olduğu için, başka bir deyişle devletin arkasındaki felsefeyi açıklamada yetersiz kaldığı için hukuk devletinin karşıtı olan devlet yapısını karşılamakta yeterli değildir. Hukuk devleti salt yöneticilerin davranış kalıplarını tanımlayan, başka bir deyişle sınırlayan devlet kalıplarını anlatmaz. O aynı zamanda devletin felsefesi, temel referansı, meşruiyetinin kaynağı ve misyonu gibi konularla da yakından ilgilidir. Hukuk devletinde devlet-hukuk ilişkisindeki kapsamlı karşıtılığı veren kavram ikilisi devlet-ideoloji ikilisidir. Yani hukuk devletinin karşıtı ideolojik devlet olmaktadır.

Hukuk devleti, kişilere hukuk güvenliği sağlayan, yönetimlerin olduğu gibi yöneticilerin de hukuka bağlı oldukları bir devlettir. Hukuk devletinde kanunlar, hukukun ana ilkelerine dayanmalı ve hukukun üstünlüğünü yansıtmalıdır.¹⁴ Hukuk devleti “*hukuku olan devlet değil*”, “*hukukun egemen*

¹¹ Çaha, Ömer, *İdeoloji İle Hukuk Arasında Devlet*, Doğu-Batı Düşünce Dergisi, s. 105-6, yıl:4, sayı: 13, Kasım, Aralık, Ocak, 2000-2001.

¹² Özden, s. 134; Velidedeoğlu, H. Veldet, *Damştay Dergisi*, s. 13, Sayı 11.

¹³ Erdem, Fazıl Hüsnü, *Liberal Ekonomik Kuram Bağlamında Sivil Asker İlişkileri*, Yeni Türkiye Dergisi, s. 155; Balta, Tahsin Bekir, *İdare Hukukuna Giriş*, s. 60, Türkiye ve Orta Doğu Amme İdaresi Enstitüsü Yayınları, Ankara 1968/1970; Giritli, İsmet-Akgüner, Tayfun, *İdare Hukuku I*, s. 35, Der Yayınları, İstanbul 1993.

¹⁴ Sabuncu, Yavuz, *Anayasaya Giriş*, s. 31, İmaj yy., Ankara, 1994; Erdoğan, Mustafa, *Anayasal Demokrasi*, s. 71; Özden, 116; Ayrıca bkz. *Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi* 1, s. 422-439; Giritli, İsmet-Akgüner, Tayfun, *İdare Hukuku I*, s. 37.

olduğu devlet"dir.¹⁵ Hukuk devleti fikri, modern devleti hukuktan hareketle temellendirme ve örgütlenme eğilimiyle belirlenir ve esasını biraz önce de ifade ettiğimiz gibi devlet kudretinin sınırlanması ve denetlenmesi oluşturur.¹⁶ Hukuk devletinde hukuk, devlet kudretinin hem temeli/meşruluk kaynağı hem de sınırı durumundadır. Hukuk devletini, hukuku olan diğer devletlerden ayıran başlıca özelliklerden biri budur.

Hukuk devletinin özelliklerinden biri de idarenin işlem ve eylemlerinin yargı tarafından denetlenmesidir. İdarenin yargısal denetlenmesi, idarenin işlem ve eylemlerinin hukuk kuralları dışına çıkmamış ve kamu yararından sapmamış olmasını sağlar.¹⁷ İdarenin dışında, yürütmeden bağımsız ve güvenceli hakimlerden kurulu bu yargının yaptığı denetim hukukun üstünlüğünü sağlamaya yönelik en önemli güvenceyi oluşturmaktadır. Yargısal denetim yapılırken, önemli olan noktalardan biri de, az önce de ifade ettiğimiz gibi yargıç bağımsızlığının sağlanmasıdır. Eğer yargıçların bağımsızlığı sağlanamamış ise, yargı makamlarının idare üzerinde yapacakları denetim şekli olmaktan öteye gidemez.¹⁸

Hukuk devletinin temel kavramlarından biri de "*adalet*"tir. Hukuk devletinin gerekliliği hukukun mahiyeti ve adalet fikrinin icabıdır. Hukuk devleti aslında gerçek anlamı ile "*Adalet*" devleti demektir. Nitekim İtalyan Hukuk Felsefecisi Giorgio Del Vecchio "*Hukuk devleti*" teriminden (*etat de Droit*) daha uygun terimin "*Adalet Devleti*" olduğunu söyler.¹⁹

¹⁵ Erdem, Fazıl Hüsnü, *Liberal Ekonomik Kuram Bağlamında Sivil Asker İlişkileri*, s. 155, Yeni Türkiye Dergisi, Liberalizm Özel sayısı, Ocak-Şubat, 1999, Yıl-5 sayı: 25, Ankara, www.yeniturkiye-dergisi.com.tr.

¹⁶ Hukuk devleti kavramıyla ilgili daha ayrıntılı açıklamalar için bkz. Sancar, Mithat, "*Devlet Akli*" *Akli Kıskaçında Hukuk Devleti*, İletişim Yayınları, İstanbul, 2000.

¹⁷ Özay, İl Han, *Günümüzde Yönetim*, Alfa yayınları, İstanbul 1996.

¹⁸ Gözübüyük A. Şeref, *Kamu Yönetimi Hukuku*, s. 24; Yayla, Yıldızhan, *İdare Hukuku I*, s. 85, Filiz Kitabevi, İstanbul 1990; Giritli, İsmet-Akgüner, Tayfun, *İdare Hukuku I*, s. 37-8.

¹⁹ Hatemi, Hüseyin, *Hukuk Devleti Öğretisi*, s. 8, 16, 18, 282, İşaret Yayınları, İstanbul 1989.

Hukuk devletinin tesisi için güçler ayrımı ilkesi liberal düşünürler tarafından gerekli bir şart olarak kabul edilmiştir. Devlet erkinin sınırlandırılması ve hukuk çerçevesinin içinde kalmasını sağlamak için görevlerini ve gücünü parçalara bölmek, bu parçaların da belirli bir dengede tutulmasını sağlamak şarttır. İşte bu tez, “iktidar iktidarı durdurur” düşüncesine dayanır. Ancak bu şekilde devletin hukuka bağlanması sağlanır.²⁰ Zira devlet içindeki güçlerin bir elde toplanması, özellikle yargı gücü ile yürütme görevinin ya da yasama ile yürütmenin bir elde toplanması “idarenin yargısal denetimi” ilkesini etkisiz bırakabilir. Erkler ayrımı ilkesi ile yürütme gücünün yetkileri mutlak olmaktan çıkacak ve kendisi yargısal organların denetimine tabii olacaktır.²¹ Zira hukukun üstünlüğü yalnız yürütmeyi değil, yasamayı da hukuka bağlılıktan ayrılmamaya zorlamaktadır. Hukukun üstünlüğünün bu anlamda en güvenilir aracı yargıdır. Yani yasamayı ve yürütmeyi hukuka, hukukun üstünlüğü ve hukuk devleti ilkelerine bağlayan yargıdır.²²

Hukuk devleti anlayışının aynı zamanda kendi içinde önemli çıkmazları vardır. Bir yandan hukuk kuralları koyan devletin, diğer yandan kendi koyduğu ve değiştirdiği hukuk kurallarına uyması beklenmektedir.²³ Aynı şekilde hukuku belirleme ve kanunları yapma yetkisi devletin inisiyatifinde olduğuna göre devletin adil olmayan kanunlar yapmasını kim önleyecektir? “Kanunların Anayasa’ya Uygunluğu” ilkesi bir çözüm olarak öngörülmüştür. Ancak şunu da belirtmek gerekir ki adil ve demokratik olmayan maddelerin de

²⁰ Özbudun, Ergun, *Türk Anayasa Hukuku*, s. 141-143, Ankara, 1990.

²¹ Balta, Tahsin Bekir, *İdare Hukukuna Giriş*, s. 64-65; Çaha, Ömer, *a.g.m.*, s. 106. Ancak bazı yazarlar günümüzde kuvvetler ayrılığı ilkesinin eskisi kadar önemli olmadığı kanaatindedir. Zira günümüzde böyle bir bölme yapmanın imkanı yoktur. Modern devlet yönetimi, yasama ve yürütme organları arasında gittikçe artan ve sıkılaştan bir işbirliğini gerekli kılmaktadır. Ancak ilkenin dün olduğu kadar bugün de önem ve değerinden hiç bir şey kaybetmiyen bir yönü vardır ki, o da yargı organının diğer organlar karşısındaki bağımsızlığıdır. Kapanı, Münci, *Kamu Hürriyetleri*, s. 286, Ankara, 1981.

²² Sav, Atila, *Hukuk Devleti Yargı*, s. 19; Selçuk, Sami, *Yargıtay Açılış Konuşması*, *Yargıtay Dergisi*, *Yargıtay Dergisi*, s. 595, Ekim, 2000, XXVI, sayı. 4.

²³ Giritli, İsmet-Akgüner, Tayfun, *İdare Hukuku I*, s. 36.

Anayasaya girebildiği bir gerçektir.²⁴ Bir diğer çıkmaz da, iktidarı elinde bulunduranların kanun yaparken veya değiştirirken kendi çıkarlarını göz önünde bulundurmalarıdır.²⁵

Yukarıda bazı müelliflerin hukukun üstünlüğü kavramı ile hukuk devleti kavramının birbirini zıddı olarak ileri sürdüklerini belirtmiştik. Zira onlara göre bu iki kavram birbirinden farklı siyasal hukuksal/siyasal geleneklerin ürünüdür, dolayısıyla farklı anlamlara gelir. “Hukuk devleti ilkesi” Kara Avrupalı, özellikle Fransız ve Alman kökenli, “Hukukun üstünlüğü (egemenliği, önceliği) ilkesi” Anglo-sakson kökenlidir. Her iki ilkenin nedenleri de sonuçları da başkadır. “Hukuk devleti ilkesi”nin ortaya çıktığı Kara Avrupası ülkelerinde, özellikle de Fransa’da “devlet merkezci” bir yönetim, cumhuriyet vardır. Söz konusu ülkelerde hukukun yaratıcısı devlettir. Bu nedenle hukuk hep devletten yanadır. Devlet kendi yarattığı hukuk nedeniyle vatandaşlarıyla sürtüşme içinde ve bu hukuku araç kılarak pek çok şeye el atmış durumdadır. Sıkışınca başvurduğu kavramlardan biri “kamu yararı”dır. Söz konusu kavram, hukuku siyasallaştırma oyununun bir parçası olmuştur. Bu sistemlerde toplum ve hukuk, devletin vesayetinde ve edilgendir. Buna karşılık, “hukukun üstünlüğü” ilkesine kaynak teşkil eden Anglo-Sakson ülkelerinde devlet merkezci değildir. Çok kutuplu kurumlar, kuruluşlar devletin bir kesim temel görevlerini de üstlenmişlerdir. Toplum devletten bağımsız olarak kendi hukukunu üretmektedir. Devletin karşısında özerk bir hukuk vardır. Her şey üretilen bu hukukun hakemliğinde çözülür. Fertle devlet bu hukukun karşısında eşit durumda olup, her ikisi de toplumun ürettiği ve dayattığı hukuka bağlıdır. Toplumun ürünü olduğundan egemen güç hukuktur. Devlet ikinci plandadır.²⁶

²⁴ Gür, A. Refik, *Hukuk Devleti*, s. 4, İstanbul 1958; Karaman, Hayrettin, “İslâm’da Hukuk Devleti Kavramı”, *İslâm’ın Işığında Günün Meseleleri*, III, 177, İstanbul 2001.

²⁵ Umar, Bilge, *Temel Hukuk Bilgisi*, İzmir 1975; Köse, Saffet, *İslâm’da Hukuk Devleti İlkesinin Dinamikleri*, s. 11, İlam Araştırma Dergisi Cilt: 1, Sayı 2, Temmuz-Aralık 1996.

²⁶ Selçuk, Sami, *Zorba Devletten Hukukun Üstünlüğüne*, s. 459-461, Ankara: Yeni Türkiye Yayınları, 1998, ss. 13-41, Ayrıca bkz. Yargıtay Açılış Konuşması, Yargıtay Dergisi, Ekim, 1999, XXV, sayı. 4. Ancak Sami Selçuk’un bu ifadelerine rağmen, çağımız hukukçularından Sıddık Sami Onar tarafından Anglo-Sakson hukukunun uygulandığı

Hukukun üstünlüğü ile hukuk devletini eşanlamlı olarak kabul eden hukukçulardan Zühtü Arslan'a göre, Kıta Avrupa'sının ve Anglo-Sakson dünyasının siyasal tecrübelerinin farklılığı noktasından bakıldığında bu kavramları birbirinden farklı telakki edenlerin tezinde haklılık payı bulunmakla birlikte, normatif düzlemde İngilizce "Rule of Law" ile Almanca "Rechtsstaat"ın birbirinden çok da farklı ilkeleri ifade etmemektedir. Türkçe'ye ister "hukukun üstünlüğü" ister "hukuk devleti" olarak çevrilsin, bu iki kavram aynı şeyi anlatmaktadır.²⁷

İslâm Hukukunda Hukukun Üstünlüğü

Hukukun üstünlüğü veya hukuk devleti terimleri klasik İslâm hukuku kaynaklarında terim olarak bulunmamakla beraber, yapmış olduğumuz incelemelerde görebildiğimiz kadarıyla anlayış olarak mevcuttur. Hatta genellikle kamu hukuku konularının ele alındığı, literatürde siyaset-i şer'iyye diye isimlendirilen eserlerdeki "siyâset-i âdile=adaletli yönetim" kavramı, muhtevası itibariyle hukukun üstünlüğü kavramını büyük ölçüde ifade etmektedir. Yukarıda da müteaddit vesilelerle ifade ettiğimiz gibi, Devletin başta idareciler olmak üzere bütün organları, kurum ve kuruluşları ile hukuka bağlı olduğunu ifade eden söz konusu kavram, ilk dönemlerden itibaren kaynaklarımızda, hatta temel ilke olarak Kur'an-ı Kerim'de²⁸ ele alınmıştır. el-Ahkâm es-Sultâniyye, es-Siyâsetü'ş-Şer'iyye gibi genel itibariyle kamu hukuku konularının ele alındığı klasik kaynaklarımızda konuyu, "halifenin özellikleri, görevleri, yöneticiye itaatin şartları, Kitap ve Sünnet nasslarının bağlayıcılığı, halifenin azli" başlıkları altında bulmak mümkündür.

İslâm hukukunda hukukun üstünlüğü ilkesine geçmeden önce, sözü geçen hukukun nevi şahsına münhasır bazı önemli özelliklerini, daha sağlıklı bir bakış açısı için belirtmemiz gerekmektedir. Öncelikle günümüz hukuk sistemlerinin dünya görüşüyle İslâm hukukunun dünya görüşü tamamiyle birbirinden farklıdır. Hukuku meydana getiren egemen güç, İslâm hukukunda

ülkelerde de "hukukun üstünlüğü" ilkesinin tam olarak yerleşmediği, istisnalarının mevcut olduğu ifade edilir. Bkz. Onar, *İdare Hukukunun Umumi Esasları*, s. 125.

²⁷ Arslan, Zühtü, a.g.m., s. 77.

²⁸ A'raf, 7/3; En'am, 6/106; Bakara, 2/213; Maide, 5/44-47.

Allah ve O'nun Peygamber'idir. Evrensel ilkelere diğer hukuk sistemleriyle birleşmekle beraber, İslâm hukukçuları açısından kaynağı vahiy olan İslâm hukuku, ideal hukuk (=tabii hukuk) olarak telakki edilir. Bu bakımdan İslâm hukukunda hukukun temel ilkelerini tayin eden vahiydir. Söz konusu karakteri nedeniyle İslâm hukuku siyasal iktidarı ilahi kanunlara tâbî kılmaya çalışır. Dolayısıyla bu kavram ele alınırken, bu bakış açısı göz önünde bulundurulmalıdır.²⁹ Bu noktayı vurgulamamızın bir nedeni de, hukukun üstünlüğü konseptine seküler anlayışla bakıldığında meselenin iç dinamiklerinin yani devlet iktidarını keyfi biçimde kullanılmasını önleyen seküler önlem ve yöntemlerin yetersiz olduğu, teorinin pratiğe yansımada zayıf kaldığı kanaatine varmamızdır. Zira meselenin dinî yönünün de olması uygulamanın etkinliğinde seküler sistemde alınan tedbirlerden daha önemli bir rol oynamaktadır. Bütün müslümanlar gibi siyasî iktidarı elinde bulunduranlar da uhrevî hayatta bu dünyadaki bütün icraatlarının hesaplarını vereceklerdir.³⁰

İslâmi literatürde değişmez temel ilkelerin/ideal hukukun tümü Şeriat olarak adlandırılır. Kur'an-ı Kerim'de pek çok ayet, devlet başkanı sıfatıyla Hz. Peygamber de dahil olmak üzere bütün yöneticilerin, Allah'ın koyduğu hükümlerle bağlı olduklarını açık ve kesin bir dille belirtmektedir.³¹ Yine Sad 38/26'da Davud'a insanlar arasında hak ile hükmetmesini, hükümranlıkta bulunmasını emreden Allah, hukuka aykırı rastgele icraatlardan da sakınmasını, aksi takdirde bu icraatların onu doğru yoldan saptıracağını bildirmektedir. Peygamberlerin esasen masum oldukları ve Allah'ın koyduğu ilke ve kurallara uygun tasarrufta bulunacakları bilindiğine göre niçin böyle hitap edilmiştir? Anlaşıldığı kadarıyla hitaplardan maksat, daha sonra gelecek devlet başkanlarına "idarenin hukuka/hukukun üstünlüğüne bağlılığı ilkesi"ni

²⁹ Bireylerin ürünü olan örf ve adet hukuku ise İslâm hukukunda genel ilkelere aykırı olmamak şartıyla kaynak olarak kabul edilmiştir.

³⁰ Mehmed Niyazi, *İslâm Devlet Felsefesi*, s. 44, İstanbul 1996. Nitekim bir hadis-i şerif'te Hz. Peygamber "Cenab-ı Hakk'ın, bazı kullarını kendi yönetimine verdiği bir kimse, o insanları aldatarak ölürse, Allah Teala ona cennet yüzünü göstermez." buyurulmaktadır. Hadisin başka bir varyantı "onlara sahip çıkıp korumazsa, cennetin kokusunu duymaz" şeklindedir. Buhari, Ahkam, 8; Müslim, İman, 227-228, İmare, 21.

³¹ Casiye, 45/18. (Sümme cealna ke ale Şeriat'in mine'l-emri fe't-tebi'hâ...), A'raf, 7/3; Enfal 6/106; Bakara, 2/213; Maide, 5/44-47.

öğretmektir. Bir başka ifadeyle Kur'an yürütmenin tasarruflarının hukuk çerçevesi içerisinde olmasını istemekte, zımnen hukuk devletini öngörmektedir. Bu itibarla İslâm hukukunda gerek vatandaşların gerekse yöneticilerin tabi olduğu hukuku belirleyen, çerçeveleyen kanunların temeli, kaynağı başta Kur'an-ı Kerim, ikinci olarak da Sünnet'tir. Kur'an-ı Kerim ayetleri çerçeve hükümleri içermekte olup, gerektiğinde detaylara inmektedir.

İslâm hukukunda hukukun üstünlüğü kavramına en çok katkısı olan bilginin İbn Teymiye ve öğrencisi İbn Kayyim olduğunu söylemek herhalde yanlış olmaz. Zira o dönem idarecileri, etkili bir idare (siyaset) için yöneticilerin hukuktan (fıkıh) sapma hakları/yetkisi olduğunu düşünüyorlardı. İbn Teymiye'nin ortaya koyduğu teori, daha sonraki Maliki bilginlerinden İbn Ferhun (799/1397) üzerinde ve son dönem Hanefî ve Osmanlı hukuk ve uygulamasında etkili olmuştur.³²

Karşılıklı Hak ve Sorumluluklar

İslâm kamu hukuku devlet başkanının yetkilerinden bahseden diğer sistemlerin aksine devlet başkanının (devlet otoritelerinin) görevlerinden ve bu görevler dahilinde kullanacakları yetkilerin çerçevesinden bahseder.³³ Devlet başkanına tevdi edilen bu görevler onun nezdinde emanet hükmündedir.³⁴ Hz. Peygamber'den rivayet edilen bir hadiste Hz. Peygamber kamu otoritesinin bir çoban gibi olduğunu, idare ettiklerinin hayır ve menfaatine en uygun tedbiri -Allah ve ümmet önünde- sorumlu bulunduğunu, raiyyenin de (idare edilenin) itaatten sorumlu olduğunu söylemiştir.³⁵ Konuyu ilişkin eser yazan müelliflerden İbn Teymiye meseleyi şu ifadelerle açıklamaktadır. "İdareciler

³² Vogel, F.E., *The Encyclopadia of İslâm*, Leiden, 1997, IX, 695.

³³ Karaman, Hayrettin, *Hukuk Devleti*, s. 179.

³⁴ Mâverdî, Ebu'l-Hasen Ali b. Muhammed b. Habîb, *el-Ahkâmü's-Sultâniyye*, s. 3, Mısır, 1966; Udeh, Abdülkâdir, *et-Teşriü'l-Cinaiyyü'l-İslâmî mukârinen bi'l-kânûni'l-vad'i*, I, 43, Mektebetü Dâri'l-Ğurûbe, Kâhire 1963; Kamali, Mohammad Hashim, *Siyasah Al-Shar'iyah (The Policies Of Islamic Government)*, s. 159, IJU Law Journal, Vol. 1, No. 1, 1989.

³⁵ Buhârî, Ahkâm, 1, Vesâyâ, 9, Nikâh, 81, 90, Cümüa, 11, İstikraz, 20, Itk, 17, 19; Müslim, İmaret, 20; Ayrıca bkz. Ebû Dâvûd, İmare, 1, 13; Tirmizî, Cihad, 27.

yürütme işlevini yerine getirirken kamu görevlerini ehliyetli olanlara vermek ve adil olmak zorundadırlar. İdare edenlere itaat, hukuka aykırı emir ve fiillerde bulunmamakla kayıtlıdır. Tartışmalı bir meseleyle karşılaşıldığında çözüm için nihai merci, anayasal nitelikteki Kur'an ve Sünnettir. Toplum için faydalı ve adil olan siyaset (idare), emanetleri ehline vermekte (ehil olanları görevlendirmekte) ve adaletle hükmetmekte toplanır.³⁶ Devlet başkanının hüküm ve iradesi de mutlak değildir; arzu ettiği şekilde ve gelişi güzel kanun vazı da değildir. Devlet başkanı yetkilerini gücünden değil, İslâm'ın temel ilkelerinden almaktadır. Devlet başkanının ve halkın üstünde gerçek otorite, şeriat yani Kitab ve Sünnet'tir. O, sadece Kitab ve Sünnet'in ihtiva ettiği hüküm ve ilkeleri tatbik (tenfiz) etmekle yükümlüdür.³⁷ Bir başka ifadeyle devletin görevi kanun koymak değil, kanuna (İslâm hukukuna) uygun hareket etmektir. Ümmet, hukukun tamamını ve dinî prensipleri peygamberinden almış ve devlet reisine sadece bunları uygulama işi kalmıştır. O, Fârâbî'nin, ideal sitesi için düşündüğü yönetici filozofun yetkilerine de, sahip değildir. Hz. Peygamber mutlak bir lider (imam) ve ideal bir kanun koyucudur.³⁸ Halife ise sınırlı, tamamen nisbî ve şartlara bağlıdır. O kanun yapmak veya tefsir etmekle değil, onu tatbik etmek veya ettirmekle yükümlüdür. Hilafet kurumu için kullanılan "zıllu'llâhi fi'l-ard" tabiri mutlak hakimiyet anlamına gelmemekte olup, ilahi sığınak anlamındadır. Sultan yeryüzünde Allah'ın gölgesi sayılır. Haksızlığa uğrayan herkes ona sığınır.³⁹ Hukuk düzeninin üzerine kurulduğu ilahi temel, siyasal düzene hiç bir kutsallık kazandırmaz. Siyasal düzenin hukuk düzeni ile olan ilişkisi zorunlu olarak, siyasal otoritenin meşruiyyetini "ilahî hak"tan aldığı anlamına gelmez.

³⁶ İbn Teymiye, *es-Siyasetü's-Şer'iyye fi İslahi'r-Rai ve'r-Raiyye*, (Mecmûatü Fetâvâ içinde), s. 4-5, Dâru İbn Hazm, 1997, Beyrut, Daru'l-Kütüb el-Arabiyye, 1966, nşr. Muhammed el-Mübarek.

³⁷ İbn Teymiye, *M. Fetâvâ*, XIX, 310.

³⁸ İbn Teymiye, *Minhac*, II, 112.

³⁹ Uğur, Ahmet, *Osmanlı Siyaset-Nameleri*, s. 19, Erciyes Üniversitesi Yayınları, Kayseri 1992. Bu tabirin "Sultan Allah'ın yeryüzündeki gölgesidir; bütün mazlumlar ona sığınır" şeklinde bir hadisten kaynaklandığı ancak söz konusu hadisin uydurma en azından zayıf olduğu ve genellikle İslâm alimlerinin bu tabirleri tasvip etmedikleri belirtilir. Bkz.. Aydın, Akif, "Anayasa"md. TDV İslâm Ansk., III, 161.

Burada belirtmemiz gereken önemli bir başka husus ise İslâm hukukunda yürütme ve idarenin de vatandaşlarla birlikte aynı hukukî düzene tabî olduğudur. Bu anlamda kamu otoritelerinin sade vatandaştan farkı yoktur. Siyasi otoriteye Batılı sistemlerde olduğu gibi, dokunulmazlık şeklinde bir imtiyaz tanınmamıştır. Fert ve devlet hukuk karşısında eşit statüdedir. Kitap ve Sünnet'in kesin naslarına dayalı hukuk karşısında hiç bir kimsenin, hiç bir özel ve tüzel şahsın ayrıcalığı yoktur.⁴⁰ İbn Teymiye'nin de isabetle belirttiği gibi devlet başkanı, ve halk kanun(şeriat) karşısında eşittirler. Makamın verdiği yetkinin dışında birbirine karşı hiç bir üstünlükleri yoktur. Hatta imam, Allah'ın yeryüzündeki halifesi bile değildir.⁴¹ Fakihlere göre devlet başkanı, sadece halka hizmet eden ve onu koruyan bir çoban yahut bu fonksiyonları icra etmeye memur bir gündelikçidir.⁴²

İslâm idare hukukunda fazla şekilcilik yoktur. Asıl önemli olan muhtevadır. Kamu hukukuna ilişkin eserlerde genelde idare edilenler (reâya) ile idare edenlerin (imam) hak ve sorumlulukları belirtilir.⁴³ Kanun dışı emir vermedikleri, işlem ve eylemleri üstün olan anayasaya (Kur'an ve Sünnet'e) aykırı olmadığı sürece, yürütme erkini elinde bulunduranların emirlerine yönetilenlerin her hal-ü karda itaat etmeleri gerekli görülür. Kamuya ilişkin tasarruflarda açık ilkeler bulunmadığı zaman, halkın örfüne ve isteklerine

⁴⁰ Kurala temel teşkil eden hadisler için bkz. Buhari, Enbiya, 54; Meğazi, 53; Hudud, 12; Müslim, Hudud, 8, 9; Tirmizî, Hudud, 6; Nesâî, Kasame, 23; Olay ve uygulamalar için bkz. Ali Muttakî, el-Hindî, *Kenzü'l-Ummâl fî Süneni'l-akvâl ve'l-ef'âl*, V, 806, 808, 839-840, Beyrut 1985. Hz. Peygamber'in hakları zarara sokan bir tasarrufu karşısında aleyhine açılan davalarda davacılar ister müslüman ister gayri müslim olsun, hem bir Peygamber, aynı zamanda devlet başkanı sıfatını taşımasına rağmen normal mahkemelerde yargılandığına dair rivayetler mevcuttur. Hamidullah, Muhammed, *İslâm Peygamberi*, II, 932, trc. Salih Tuğ, İstanbul 1980.

⁴¹ İbn Teymiye'ye göre, "Halifetü'llah" tabirini kullanmak doğru değildir. Zira her zaman ve her yerde hazır ve nazır olan Allah, kullarına halife olur, fakat hiç bir insan Allah'ın halifesi olamaz. Bkz. Fetava, II, 551-552; *M. Fetâvâ*, XXXV, 43-46, *Minhac*, I, 135, 137.

⁴² İbn Teymiye, *es-Siyasetü's-Şer'iyye*, s. 13-14. Benzer ifadeler Gazzali'de de mevcuttur. Gazzali "Din temeldir. Otorite bekçidir" diyerek hukuku uygulayıcı yürütme organı bir bekçi gibi telakki edilmiştir. Bkz. Gazzali, *el-Iktisad ve'l-itikad*, s. 135.

⁴³ Şahinoğlu, Nazif, *Sa'di-yi Şirazi ve İbn Teymiye'de Fert ve Cemiyet İlişkileri*, s. 36. İşaret Yayınları, İstanbul, 1991.

önem verilir ve halk ile istişare lüzumlu görülür. Halkın devlet başkanlarına olan ihtiyacından çok, devlet başkanlarının halka ihtiyacı vardır. Devlet başkanı, amme işlerini yürütmede halkın ortağıdır. Kamu desteğini arkasına almadan bu işleri yapamaz. Halkın desteği olmaksızın ne cezaları infaz edebilir, ne kanunları uygulayabilir, ne de hakları alıp verebilir.⁴⁴ Toplum bir vücut, devlet başkanı o vücudun başı gibidir.

Gerçekte kanun koyucu Allah'tır; egemenlik de ona aittir. Peygamber kanun koyuculuk görevini, Allah adına yürütmüştür. Onun ölümünü müteakip bu görev, devlet reisine bırakılmamıştır. Söz konusu görev; ilim, ehliyet ve faziletlerinden dolayı şeriatın yetki verdiği; kanunları zaman ve mekanın yeni şartlarına intibak ettirmekle yükümlü kıldığı kanun tefsircilerine yani içtihat etme ehliyet ve salahiyetini haiz müçtehitlere bırakılmış ve emanet edilmiştir. Kısacası, İslâm'da yasama (teşrî) kuvveti devletin oldukça dışında ve ona hâkim bir kuvvet olarak bulunmuştur. Bu ise Batı hukukunun temelindeki modern devlet anlayışına oldukça yabancıdır.⁴⁵ Batıdaki sistem, devlet otoritesini temsil edenlerin hukuka uymaktan ziyade hukuku kendi isteklerine uydurma şeklindeki suiistimallere açıktır. Zira bizzat hukuk yapan makamlar devlet otoritesini temsil edenlerdir. İslâm'da hukuk alanında devletten çok âlimlerin söz sahibi olması, hukukun siyasî iktidarcı yapılabilecek tahriflere karşı bir çeşit teminatı olmuştur. İslâm'da esasen bağımsız bir mevkileri bulunan ilim adamları böylece iktidar sahiplerinin menfaatleri yerine Allah'ın iradesine uygun içtihatla bulunmaya önem vermişlerdir.⁴⁶

Bununla beraber, yetkili kamu otoritesinin (devlet başkanı=imam) yeni durumlar karşısında karar alma yetkisi büsbütün yok değildir. Ehil olduğu takdirde herhangi bir kanunu tefsir ve tâlî bir mesele hakkında içtihat etme salahiyeti vardır.⁴⁷ İslâm hukukunun düzenlememiş olduğu hususlarda adil bir

⁴⁴ İbn Teymiye, Takiyyüddîn Ahmet, *Kitabü'l-Minhâc es-Sünne en-Nebeviyye*. III, 117, IV cilt, Kahire, 1321. (ve tübeyyünü hine izin hacete'l-eimmeti ile'l-Ümmeti).

⁴⁵ Güngör, Erol, *İslâmın Bugünkü Meseleleri*, s. 92, Ötüken, İstanbul, 1998.

⁴⁶ Bu durum İslâm hukukuna "hukukçuların hukuku" denilmesine neden olmuştur. Güngör, a.g.e., s. 83; Schacht, Joseph, *İslâm Hukukuna Giriş*, s.13, trc. Mehmet Dağ-Abdülkadir Şener.

⁴⁷ İbn Teymiye, *Minhac*, IV, 215.

liderin başında bulunduğu hükümetin, mümessil ve valilerinin (kamu görevlilerinin) aldığı kararlar kanun kuvvetindedir. İctihatla ilgili konularda alınan bu kararları kimse bozamaz.⁴⁸ Zulme ve haksızlığa meydan vermemek için ücretleri ayarlamak, kamu yararı için, belirli zamanlarda bazı meşru muamele ve tasarrufları durdurmak veya sınırlamak gibi. Görüldüğü gibi bu tasarruflar genellikle “tanzîmî tasarruflar”dır.

Ne var ki bu faaliyetler sırasında devlet başkanı sınırsız bir yetkiyi değil, İslâm hukukunun düzenlememiş olduğu alanlarda bu hukukun temel ilkelerine ve ruhuna ters düşmeyecek bir şekilde düzenleme yetkisini, yani sınırlı bir yetkiyi kullanmaktadır.⁴⁹ Kamu otoritelerine tanınan bu yetki, ayrıca toplum menfaatinin temini ve zararın giderilmesi esasları ile de sınırlıdır. Devlet başkanına ve diğer kamu görevlilerine verilen bu salahiyet ve ihtiyar; icthad, görüş ve toplum için en uygun olanı arama yetkisi muhtariyetidir; yoksa kendi dileğini, şahsi arzu ve dileklerini yerine getirme muhtariyeti ve yetkisi değildir.⁵⁰ İctihad konusu olmayan meselelerde yönetici, hukuka aykırı tasarruflarından (fiil ve işlemlerinden) dolayı sorumlu tutulur ve bu gibi hallerde asla desteklenmez.⁵¹ Hiç bir kimse, halkı; herhangi bir alim, emir, şeyh ve hükümdarı sözü veya yasası ile Kitab ve Sünnet’in dışına çıkarma yetkisine sahip değildir ve halk arasında Kitab ve Sünnetle hükmetmemek, dinden uzaklaşmayı iltizam eder (gerektirir).⁵² Hz Peygamber de “*Bizim dinimize aykırı her şey merduttur (kabul olunmaz)*”⁵³ buyurarak icra organlarının hukuka aykırı tasarruflarının geçersizliğini ifade etmiştir. (Kamu otoritelerinin) Devlet yönetici, vali ve hakimlerin yetkilerinin dışına çıkmak veya görevlerinin kötüye kullanmak suretiyle halka yaptıkları zulüm, herhangi bir ferdin şahsi suçlarının kat kat üstündedir ve bu asla yapılmaması gereken

⁴⁸ İbn Teymiye, *M. Fetâvâ*, XXX, 407, XXVIII, 598; *es-Siyâsetü 'ş-Şer'iyye*, s. 39.

⁴⁹ Aydın, Akif, “Anayasa”md. TDV İslâm Ansk., III, 159.

⁵⁰ İbn Teymiye, *M. Fetâvâ*, XXXI, 68; XXXIV, 116, 119, 120, 121.

⁵¹ İbn Teymiye, *M. Fetâvâ*, XX, 54; XXVIII, 598.

⁵² *Minhac*, III, 32; *M. Fetâvâ*, XXXV, 407-408.

⁵³ Bazı lafız farklılıkları ile bkz. Buhari, İtisâm, 30, Büyü' 60, Sulh, 5; Müslim, Akdiye, 17, 18, Ebu Dâvûd, Sünne, 5; İbn Mâce, Mukaddime, 2; Ahmed b. Hanbel, Müsned, II, 146.

bir husustur.⁵⁴ Şeyhu'l-İslâm Ebussuûd Efendi Kanûnî'nin bir uygulamasıyla ilgili olarak, "Nâmeşru olan nesneye emr-i sultânî olmaz" diyerek halifenin yürütmedeki yetkisinin sınırlı olduğuna dikkat çekilmiştir.⁵⁵

İslâm hukukunda yürütmenin tasarrufları hukuka aykırılık taşımamak kayıt ve şartıyla geçerlilik kazanır. Hukukun temel ilkelerini tayin eden vahiy olduğu için bu ilkeler dışında herhangi bir uygulama ve tasarrufun meşruiyeti olmadığından bunlara itaat yoktur.⁵⁶ İdari ve icrai nitelikteki bütün işlem ve eylemlerin İslâm hukukunun gaye, kural ve ilkelerine uygun olması gerekir. Nitekim bu gerçek Hz. Peygamber, "İtaat ancak ma'ruftadır"⁵⁷ "Masiyet (hukuka aykırı bir fiil) ile emrolunmadıkça, dinleyip itaat etmek gerekir. Ancak bir masiyet ile emrolunduğu takdirde, hem dinlemek hem de itaat etmek gerekmez."⁵⁸ şeklinde dile getirilmiştir. Yine ilk halife Ebu Bekir'in, seçilişinden sonra yapmış olduğu ilk konuşmada Allah ve Rasül'ünün yolundan ayrılması halinde Müslümanların kendisine itaat

⁵⁴ M. Fetâvâ, XXVIII, 188-189.

⁵⁵ Aydın, Akif, "Anayasa"md. TDV İslâm Ansk., III, 159.

⁵⁶ Ahzab 33/36; Nisa 4/59. Bu konuda özellikle ikinci ayet oldukça ilginçtir. "Ey İman Edenler! Allah'a ve Peygambere ve sizden olan ülü'l-emre (yöneticiler)de itaat edin..." Bu ayette "eûû=itaat ediniz" emir fiili "Allah" ve "er-Rasül" kelimesinin başına geldiği halde "ülü'l-emr" kelimesinin başına gelmemiştir. Bunun anlamı şudur: Allah bir şeyi emrettiğinde kesin olarak itaat edilecektir. Rasûllah emrettiğinde de Kur'an'a arz olunmadan aynen itaat gereklidir. Çünkü Hz. Peygamber'e Kur'an ve onun bir misli daha verilmiştir. Ülü'l-emre itaat ise "eûû" emir fiili ile gelmediği için mutlak değildir. Onun emirlerinin geçerliliği Kur'an ve Sünnet'e uygun olmasına bağlıdır. Ayetin lafzı bunu öngörmektedir. İbn Kayyim el-Cevziyye, *İlâmü'l-Muvakkîn*, I, 48-49, Dâru'l-Cil, Beyrut ts.

⁵⁷ Buhârî, Ahkâm, 4; Muslim, İmâre, 39, 40; Nesâî, Bey'at, 34; Ahmed b. Hanbel, Müsned, I, 82, 94.

⁵⁸ Buhârî, Cihâd, 105, Ahkâm, 2; Ebû Dâvûd, Cihâd, 87, 88; Nesâî, Bey'at, 34; Tirmizî, Cihâd, 29; İbn Mâce, Cihâd, 40.

borcunun olmadığını söylemesi⁵⁹ devlet başkanının emir ve düzenlemelerinin İslâm hukukuyla sınırlı olduğunu göstermektedir.⁶⁰

Hukukun Üstünlüğü ve Siyaset-i Şer'iyeye

İslâm kamu hukukunda hukukun üstünlüğü kavramı ile yakından ilişkisi olan bir diğer kavram da siyaset-i şer'iyeye kavramıdır. En geniş kullanımında *siyaset-i şer'iyeye*, hukukun tüm alanlarında kamu yararı ve çıkarı (ümmetin/İslâm toplumunun maslahatı) için alınan uhrevî ve dünyevî tedbirleri⁶¹ ifade eder. Siyaset-i şer'iyeye'ye ilişkin uygulamalarda adalet kavramı merkezi bir yer teşkil eder. Siyasette takip edilecek idari uygulamalar kesinlikle Şeriatın çizdiği çerçeveyi tecavüz etmeyecektir. Bu nedenle hukuku uygun siyaset, adil olarak nitelendirilmiştir.⁶² Nitekim şer'iyeye ifadesinin zikredilmesiyle de adil siyasete (idari tasarruflara) işaret edilmek istendiği görülür. İslâm hukukçularının siyâseti, adil siyâset (*es-siyâsetü'l-âdile*), zalim

⁵⁹ Taberî, Ebu'l-Fazl, *Târihi'l-Ümmet ve'l-Mülük*, III, 210; İbn Kesîr, İsmâil b. Ömer, *el-Bidâye ve'n-Nihâye*, V, 248, Kâhire 1939.

⁶⁰ Şirâzî, *Mühezzeb*, II, 189; Semnânî, Ebû'l-Kâsım Ali b. Muhammed Ahmed er-Rabbî, *Ravdatü'l-Kudât ve Tarîku'n-Necât*, I, 69, Dârü'l-Fürkân-Müessesetü'r-Risâle, (nşr. Selahaddin en-Nâhî), I-V, Beyrut 1970, 1984.

⁶¹ İbn Kayyım, *el-Cevziyye*, Şemsüddin Ebî Abdullah b. Ebî Bekr, *İ'lâmu'l-Muvakkîn*, Beyrut, t.y., thk. Abdurraûf Sa'd, IV, 372; İbn Âbidin, Muhammed Emîn, *Hâşiyetu Reddi'l-Muhtâr ale'd-Dürri'l-Muhtâr Şerhu Tenviri'l-Ehsâr, Mısır*, Mustafa Halebî Matbaası, 1984, IV, 15; Kamali, Mohammad Hashim, *Siyasah Al-Shar'iyah (The Policies Of Islamic Government)*, IJU Law Journal, Vol. 1, No. 1, 1989, s. 141. Osmanlı dönemi tarihçi ve devlet adamı olan Tursun Bey'in kullanımı bu anlamdadır. Ona göre siyâset (*siyâse*) hikmete dayanıyorsa, insan tabiatında mevcut bulunan ve iki cihanda, bu dünyada ve öteki dünyada, mutluluğa götüren mükemmeli gerçekleştirir. Bu tür bir siyâset, ilâhî siyâset olarak adlandırılır ve buna nâmus, ya da dindar kişinin diliyle şeriat denir. Bunun kurucusuna da peygamber denir. Ancak otorite (*tedbir*) bu düzeyde değilse ve Cengiz Han'ın yaptığı gibi bu dünyada düzen kurmayı başarmak amacıyla sadece akla dayanırsa (*tedbîr-i akl*), 'sultânî siyâset' (*siyâset-i sultânî*) veya 'padişah yasağı' denir. Başka bir deyişle buna biz örf deriz. Bkz. Tursun Bey, *Târih-i Ebu'l-Feth*, hazırlayan Mertol Tulum, s. 12. Yine siyasetin insanları iyilik ve hayra götürdüğü hususunda benzer ifadeler için bkz. İbn Haldun, *Mukaddime*, el-Mektebetü'l-Ticariyyeti'l-Kübra, Mısır, ts., I, 142-3.

⁶² Kâsım, Muhyiddin Muhammed, *es-Siyâsetü'ş-Şer'iyeye ve Mefhûmü's-Siyâseti'l-Hadis*, s. 94, el-Ma'hedü'l-Alemî li'l-Fikri'l-İslâmî, Kâhire, 1997

siyâset (es-siyâsetü'z-zâlime) gibi kısımlara ayırmaları, adil siyâsetin Şerîatın hedeflerine ulaştırıcı, zalim siyasetin ise haram olduğunu ifade etmeleri⁶³ de bu anlayışın bir göstergesidir. Hukukçuların siyâsete "şer'î" kaydını koymalarını, siyâseti adil ve zâlim siyâset şeklinde ikili bir tasnife tabi tutarak zâlim siyâseti şerîatın dışında mütâlâa etmelerini kendi dönemlerindeki keyfi uygulamalarla ilgili olarak bir takım kaygılar taşımalarından dolayı olduğunu ve zamanında ülke yönetimini üstlenenlere bir takım öğüt ve mesajlar vermek, onları hukukun egemenliğine davet etme maksadı taşıdığını düşünmek mümkündür. Öte yandan buradaki şer'î kelimesi "meşrû", kamu düzenine muvâfık veya hukuka uygun olarak kabul edilebilir. Nitekim İbn Teymiye etkili bir siyâset için idarecilerin Şerîattan bazen sapma, göz ardı etme hakları olduğunu ileri sürenlere karşı çıkmış ve bu saptmaların hayalî olduğunu ifade etmiştir. Şayet Şerîat ile siyâset arasında çatışma ortaya çıkarsa bu ya kamu menfaatini elde etmede Şerîat'ın zengin kaynaklarının ihmal edilerek dar anlamda anlaşılmasından ya da idarecilerin ilahî iradeyi dikkate almayıp zâlimâne ve keyfî bir şekilde hareket etmelerinden kaynaklanmaktadır.⁶⁴ Nitelikli bir alim ve idareci siyâset ilmini iyi bilen kimsedir. Çünkü gerçek anlamda kamu menfaatini temin ancak bu ilimle mümkündür. İnsanlar bu ilmi bilenlere her zaman ihtiyaç duyarlar. Bu nedenle denilmiştir ki iki sınıf insan vardır. Bunlar iyi olursa bütün insanlar iyi olur: Bilginler ve yöneticiler.⁶⁵ Siyâsette özellikle siyâsî otorite tarafından

⁶³ İbn Kayyim, *et-Turukü'l-Hükmiyye fi's-Siyâseti's-Şer'iyye*, Beyrut, (tarihsiz s. 11; İbn Ferhun. Bürhânüddîn Ebü'l-Vefâ İbrâhîm İbnü'l-İmâm Şemsüddîn Ebî Abdillâh Muhammed b. Ferhûn. *Tabıratü'l-Hukkâm fi Usûli'l-Akdiyeti ve Menâhici'l-Ahkâm*, Mektebetü'l-Külliyetü'l-Ezheriyye, Kahire, 1986. thk. Abdurraûf Sa'd. II, 137; Dede Efendi, İbrahim b. Yahya Halife. *es-Siyâsetü's-Şer'iyye*, thk. Fuâd Abdu'l-mun'im. Müessesetü Şebâb el-Câmiyye, İskenderiye, 1991, s. 74; Bilmen, Ömer Nasuhi, *Hukukî İslâmiyye ve Istılahâtı Fıkhiyye Kamusu*, Bilmen Yayınevi, İstanbul, 1986, III, 331. İmam Gazzâlî beşeriyeti ıslaha, dünyevî ve uhrevî maslahatı temine yönelik siyasetin ancak bilimle öğrenileceğini ifade eder. Bkz. *Ihyâü Ulûmi'd-Dîn*, I, 20.

⁶⁴ İbn Kayyim, *et-Turuk*, s. 116; Vogel, F.E., *The Encyclopadia of İslâm*, Leiden, 1997, IX, 695.

⁶⁵ İbn Teymiye, *Resâil*, y.y., (tarihsiz), XIV, 493-494. Yürütme erkini elinde bulunduran otoritenin Şer'î kurallara riayet edip, ulemanın görüş ve tavsiyelerine uyduğu takdirde iyi



yapılan bir işlem söz konusudur. Bu işlem kıyasa⁶⁶ aykırı gibi görünür. Fakat Şeriatın genel prensipleriyle uygunluk arz eder. Zaten şer'î olarak nitelendirmenin altında siyâseti keyfî uygulamalardan ayırmak yatar.⁶⁷ Öyle anlaşılıyor ki, dönemin otoriteleri idari işlem ve eylemlerinde hukuki normların dışına çıkınca, İbn Teymiye naslardan hareketle yaptığı yorumlarla onları hukukun üstünlüğüne davet ediyor. Bu görüşlerin oluşmasında sosyolojik faktörlerin etkisinin belirgin olduğu İbn Teymiye'nin yaşadığı döneme bakıldığında kabul görülmekle birlikte, ortaya konulan teori, bu konudaki naslara göz atıldığında bütünüyle nasların yorumundan elde edilmiştir. Burada yeri gelmişken şunu da söylemeliyiz ki İbn Teymiye, klasik siyasi felsefe geleneğini İslâm'a aktaran Müslüman felsefecilerin yazdıklarından haberdardır, ama onları şiddetle tenkit eder. Çünkü onların öğretisinin, İslâm beldelerinde şeriatın üstünlüğünü tahrip ettiğini görmüştür.⁶⁸

Yukarıda da değinildiği gibi, İslâm hukukunda devlet kadir-i mutlak bir otorite değildir ve mutlak anlamda itaat edilmeyi gerektiren bir varlık değildir. Yönetenlerle yönetilenler arasındaki karşılıklı ilişkilerin temelini, birincinin kuvveti ile ikincinin za'fı değil, kamu yararının gerçekleşmesi oluşturur.⁶⁹ Özellikle namaz-siyaset ilintilemesiyle İbn Teymiye, siyasi otoritelerin üzerinde ilahi kontrol vasıtasıyla bir otolimitasyon (kendi kendini sınırlama) getirmeyi amaçlamıştır.

siyaset sahibi olacağı ve bunun onun için bir olgunluk ve üstünlük olduğu İbn Haldun tarafından da ifade edilmiştir. İbn Haldun, *Mukaddime*, I, 143-4.

⁶⁶ Burada kıyastan maksat analoji anlamındaki kıyas değil, genel nitelikli şer'î nass veya bir mezhep içindeki yerleşik kuraldır. Bu yönüyle siyâset, istihsana benzemektedir. Geniş bilgi için bkz. Şab'an, Zekiyyüddîn, *İslâm Hukuk İlminin Esasları (Usûlü'l-Fıkh)*, s. 159-160, trc. İ. Kâfi Dönmez, Ankara 1990.

⁶⁷ Tyan, Emile, *Methodologie et Sources Du Droit en Islâm (Istihsan, İstislah, siyâse şar'îyya)*, *Studia Islamica* X, Paris 1959, s. 104.

⁶⁸ Neccâr, Fevzi M., *İslâm Politika Felsefesinde Siyaset, "İslâm'da Siyaset Düşüncesi"* içinde, s. 34, trc. Kazım Güleçyüz, İnsan yy., İstanbul 1995.

⁶⁹ Udeh, a.g.e, I, 42.

İbn Teymiye ortaya koyduğu doktrinle hem fikhın en geniş vizyonunu, hem de idarecilerin Şer'î kuralları ihlal etmelerini ve keyfi idareyi engelleyecek başka bir deyişle yürütme işlevinde hukukun egemen olmasını sağlayacak bir teori ortaya koyar. Zira o dönemde siyaset, devlet başkanına Şeriatın tevdi ettiği otoriteden farklı bir şekilde, gitgide daha çok iktidarın gücünü kendi takdirine göre kullanmaları şeklinde algılanmaya başlamıştır.⁷⁰

İbn Teymiye'nin ortaya koyduğu teori, öğrencisi İbnü'l-Kayyim tarafından da benimsenmiş ve savunulmuştur. O, İbn Akîl'den nakilde bulunarak şeriatla siyaset arasındaki sıkı ilişkiye işaret eder. O'na göre "şerîata uygun düşen siyâset caizdir" sözüyle, ancak şerîatın ihtiva ettiği siyasi içerikli hükümler siyâsettir denirse bu yanlıştır. Eğer siyâsetin şerîata aykırı olmaması kastediliyorsa, bu doğrudur. Bu bağlamda o, siyâseti dinin dışında tutanlara da karşı çıkar. Ona göre siyâset-i şer'îyye'yi inkar etmek, şer'î nasları reddetmek ve Hulefâ-i Râşidîn'in yanlış hareket ettiklerini söylemek anlamına gelir. Zira naslardaki bir takım hükümler, Hz. Peygamber ve Hulefâ-i Râşidîn uygulamaları siyâsete mebnî, adaleti gerçekleştirmeye yönelik uygulamalardır.⁷¹ İbn Kayyim yaptıkları zulümleri ve keyfi uygulamaları siyâsetle özdeşleştirenleri ve Şeriatın insanların maslahatını gerçekleştiremeyeceğini ileri sürenlere karşı, siyâsetin maslahatçı niteliğini özellikle vurgular. Ona göre siyasetle insanlar, maslahata yakın fesattan uzak kalırlar. Bu nedenle siyâsetin Şerîata uygun düşmesi gerekir.⁷²

Meşruiyyet kavramı Batılı sistemlerdeki anlamıyla İslâm hukuk sisteminde de mevcuttur. Ancak İslâm devletinde siyasal otoritenin meşruiyyeti, bütün eylem ve işlemlerinde bir vatandaş ve yönetici olarak toplumsal düzeni sağlayan kurallarla, Kitap ve Sünnetle sabit olan temel değerler ve yüksek hedefler arasında herhangi bir ayırım gözetmeksizin, İslâm

⁷⁰ Lewis, Bernard, *In Quest of an Islamic Humanism: Siyâset*, (Çev. Cengiz Kallek), Bilim-Sanat Vakfı Bülteni, sf. 6, Kasım, 1990.

⁷¹ et-Tarablûsî, Alâuddîn Ebû'l-Hasen Ali b. Halîl, *Mûînu'l-Hukkâm fînâ Yeteraddediî Beyne'l-Hasmeyni mine'l-Ahkâm*, s. 207, Kahire, 1973; İbn Teymiye, *Resâil*, XX, 392; İbn Kayyim, *İ'lâmu'l-Muvakkîn*, IV, 373; et-Turuku'l-Hükmiyye, s. 19-21.

⁷² İbn Kayyim, *et-Turuk*, s. 19, 116.

hukuk sisteminin bütününe bağlı olması ve bu bağlılığı sürdürmesi şartına bağlıdır. Hatta İslâm hukukunda "meşruyyet"e verilen anlam, siyasal otoritenin hukuk sisteminden sapması halinde Müslümanlara zulme karşı direnme hakkını düzenlemesi bakımından bütün Batılı sistemlerin önündedir.

Kamuoyu Denetimi:

İslâm hukukunda hukukun üstünlüğünü etkin kılan önemli faktörlerden biri de halkın idari kademelerdeki görevlileri denetleme, kontrol görevidir. Bu görev, hem genel olarak "emr-i bi'l-ma'rûf nehyi ani'l-münker" ilkesinden, hem de yönetilenlerle yöneticiler arasındaki "imamet akdi"nden kaynaklanmaktadır. Zira İslâm devletinde siyasal otorite ile yönetilenler arasındaki ilişki, akdî bir ilişkidir. Hukukî nitelik bakımından devlet başkanlığı bir çeşit sözleşme olarak değerlendirilmiştir. Geçerlilik kuralları da "imamet akdi=bey'at akdi" çerçevesindedir.⁷³ Bu çerçevede siyasal otorite, İslâm hukuk sisteminin bütününe içerdığı gereklerle kayıtlı olarak doğmuştur. Bu akit gereği yetkiyi verenler devlet başkanını, topluma karşı bu gerekleri yerine getirip getirmediği konusunda denetleme hakkına sahiptirler. Bu denetleme farz-i kifaye olarak toplumun görevidir.⁷⁴ Şayet siyasal iktidar hukuki çerçevede üzerine düşenleri yaparsa itaat edilir. Eğer hukuki çerçeveyi aşarsa azledilerek görevinden uzaklaştırılır.⁷⁵ Toplumun hukuka aykırı davranışlarda bulunduğu devletin devlet başkanını azl yetkisine sahip olması, hukukun üstünlüğü ilkesinin en önemli temellerinden birini oluşturmaktadır.

İslâm hukukunda kamu otoritesinin görevden uzaklaştırılmasını (hal', azl) gerektiren sebepler daha ziyade dinden çıkmak, dinin koruduğu ve tanıdığı hakları çiğnemek, Allah'a isyan etmek gibi dini nitelikli sebeplerdir.⁷⁶

⁷³ Mâverî, a.g.e., s. 6.

⁷⁴ Zeydan, Abdülkerim, *el-Veciz fi usûli'l-fikh*, s. 36-37, Amman, 1990. Mehir miktarını sınırlamak isteyen Hz. Ömer'i konuyla ilgili ayet-i hatırlatarak, yaptığının hukuka aykırı olduğunu ifade eden Kureys'li kadın olayı, bu konuda oldukça dikkat çekicidir. Muttakî, Ali, a.g.e., XVI, 536-538.

⁷⁵ Başoğlu, Tuncay, *Hilafetin Sübut Şartı Olarak Bey'at*, s. 97-99. İlam Araştırma Dergisi Cilt: 1, Sayı 2, Temmuz-Aralık 1996; Atar, Fahrettin, "Azil" mad. TDV İslâm Ansiklopedisi, IV, 326-7.

⁷⁶ Onar, Sıddık Sami, a.g.e., s. 119.

şeklinde bir itiraz ileri sürülebilir. Ancak burada, baştan beri söylediğimiz gibi, İslâm hukukunun dini karakterli bir hukuk olduğunu, dini kaynaklardan beslendiğini unutmamak gerekir. Zira İslâm'da din ve hukuk kuralları iç içedir. Din kuralı olarak nitelenen bir norm, aynı zamanda hukuk kuralı olabilir. Bu açıdan bakıldığında bunu tabii karşılamak gerekir ki, Allah hakkına riayet etmeyen kimselerin kul haklarına ne ölçüde riayet edeceği ise kuşkuludur.

Kamu Yararını Gerçekleştirme Ödevi:

Hukukun üstünlüğü ilkesi ile ilgili olarak üzerinde durulması gerekli bir kavram da maslahat (kamu yararı) kavramıdır. Mezkur kavram icra organlarının kamu ile ilgili bütün eylem ve işlemlerinde eksen/merkezi bir kavram olmaktadır. Kamu otoritesini (siyasal iktidarı) elinde bulunduranların bütün tasarrufları maslahatı esas almak zorundadır. Söz konusu kavram Mecelle'de "İmamın (kamu otoritesinin) raiyye (yönetilenler) üzerindeki tasarrufu maslahata menuttur" şeklinde ifade edilmiştir. Buna göre devlet bütün kurum ve kuruluşlarıyla maslahatu'l-ümme=kamu yararını göz önünde bulundurmaya zorundadır. İdareye üstün yetkiler tanınmasının hukuki temeli, ona yüklenen "kamu yararını gerçekleştirme, kamu yararına hizmet yapma" görevidir. Çünkü bu vazife bir sorumluluk ve emanettir. Ve eğer idare bu amaçtan saparsa, yetkili kılınmasının sebebi de kalmaz. İdarenin kamu yararına göre hareket etmesi ilkesi. "İmamın (devlet başkanı) raiyye üzerindeki tasarrufu maslahata menuttur"⁷⁷ biçiminde ifade edilmiştir. Buna göre, devletin yürütme niteliğindeki tüm fonksiyonları kamu yararını gözetmek suretiyle yerine getirilmelidir. Şu halde İslâm hukukunda maddî açıdan yürütme (geniş anlamda) işlevi niteliği taşıyan her tasarruf, kamu yararını gerçekleştirme şartına bağlıdır. Bu nedenle İslam hukukundaki maslahat düşüncesi, Fransız hukukunda egemen olan, kamu otoritelerinin kamu yararı terimine sığınarak, hukuka aykırı uygulamalarına meşruluk kazandırdıkları hikmet-i hükümet (ragione di stato) kavramından farklılık arz etmektedir. Zira, hikmet-i hükümette otoritenin yaptıklarının/uygulamalarının

⁷⁷ İbn Nuceym, Mevlânâ Zeynu'l-Âbidin İbrahim el-Misrî, *el-Eşbâh ve'n-Nezâir* (Ğamzu Uyûni'l-Basâir ile), I,369, I-IV, Dâru'l-Kütübi'l-İlmiyye, Beyrut, 1405/1985.

hikmetinden sual olunmaz. Bu felsefede devlete aşkın bir hüviyet kazandırarak, devletin varlık ve beka kaygısı adeta mistik bir saplantı haline dönüştürülür.⁷⁸ İslâm'da Kur'an/vahyin anayasal nitelik taşıması ve bu çerçevede hukuk devleti doktrini, devlet iktidarını hukuki yollardan kısıtlayacak bir ahlakilik düşüncesine dayanırken, hikmet-i hükümet, hukuk devleti karşısında iktidara öncelik ve üstünlük tanır. İslâm hukukunun maslahatın esas alınması ilkesi/esası itibariyle, Anglo-Sakson hukukuyla paralellik arz ettiğini söylemek mümkündür.

Günümüz hukukçularından Hatemi, "*Hukuk Devleti Öğretisi* adlı eserinde *raiyye üzerinde tasarruf maslahata menuttur*" ilkesini eleştirmektedir. Ona göre "*el-adli esâs'ü'l-mülk*" ilkesinin yerine maslahat'ı hakim kılmak keyfilige götürür. Hz. Peygamber'in hadislerinde "*raiyye*" kelimesi "yönetilenler" anlamında gerçekten kullanılmış ise, burada "*sürü*" gibi sonradan oluşan bir anlam değil, haklarına riayet edilecek, insan hakları gözetilecek bir "*vedia*", "*emanet*" anlamı kastedilmiş olacaktır. Herhalde sürü de çobana bir "*emanet*" olduğu, bakıp gözetmesi gerektiği için sonradan bu anlam halk kullanımında öncelik kazanmış. "*vedia*" anlamı yerine "*sürü*" anlamını çağrıştırmaya başlamıştır. Fakat bu kullanım sonraları suiistimale uğramıştır.⁷⁹ Ancak klasik düşüncede maslahat kavramının muhtevası da belirlenmiştir. Maslahat düşüncesinin detaylı bir şekilde ele alındığı İslâm hukuku metodolojisi eserlerinde maslahata göre düzenlemede bulunmanın şartları olarak genel olmak, varlığından emin olmak, şeriat tarafından muteber olmak, mahiyeti itibariyle makul olmak⁸⁰ gibi keyfiligi önleyici şartlar ileri sürülmüştür.

İslâm siyaset düşüncesi literatüründe yazılan "*Siyaset-Name*" türü eserlerde de kamu otoritelerine hukukun üstünlüğüne tabi olmaları telkin edilir. Zira siyaset-nameler genellikle ahlakî eserler arasında yer

⁷⁸ Erdoğan, Mustafa, "*Hikmet-i Hükümetten*" *Hukuk Devletine Yol Var mı?*, s. 51, 55, Doğu-Batı Düşünce Dergisi.

⁷⁹ Hatemi, a.g.e., s. 121, 387.

⁸⁰ Bûtî, Saîd Ramazan. *Davâbitü'l-Maslaha*, s. 115-216, Dimaşk, 1967: Şa'ban, Zekiyyüddin, *İslâm Hukuk İlminin Esasları*, (trc. İ. Kâfi Dönmez), s. 152-153.

almaktadırlar. Başlıca konuları hukuk devletinin temel unsuru olan adalet, dürüstlük, cömertlik ve cesurluktur.⁸¹

Kuvvetler Ayrılığı:

Yasamanın yürütmenin tahakkümüne engel olması, kötüye kullanımı önlemek için "güçler ayrımı ilkesi" liberal düşünürler tarafından hukuk devleti ilkesinin teminatı olarak görülmüştür. Doktrinde kuvvetler ayrılığının iki anlamı vardır. Anglo-Sakson hukukuna göre kuvvetler ayrılığı karşılıklı ölçü ve dengeler teorisi çerçevesinde, devlet gücünün siyasi anlamda bölünmesi, kuvvetlerin dağılımıdır. Kıta Avrupası hukukuna göre daha yumuşak görev dağılımıdır.⁸²

Günümüz bazı İslâm hukukçularına göre "güçler ayrımı" ilkesi İslâm hukukunda da mevcuttur.⁸³ Ancak İslâm hukukunda tam anlamıyla kuvvetler ayrılığı ilkesinin varlığını söylemek zor olduğu gibi fonksiyonlarının birbirine kaynaşması prensibinin de varlığını söylemek de isabetli görünmemektedir. Bu durum, İslâm hukukunda kamu otoritesinin iktidarının mutlak olduğunu akla getirmekteyse de yukarıda ifade ettiğimiz gibi onun iktidarı sınırlı bir iktidardır. Kamu kudretini keyfi yönetimden uzak, hukukun üstün kurallarına bağlı kılan ilke, "beşer üstü bir hukuka uyma" mecburiyetidir.⁸⁴ Bu bağlamda İslâm hukukunda öngörülen devletin, mülk-devlet ya da polis devlet olarak görülmesi mümkün görünmemektedir.

İslâm hukukunun muhtevası da esas itibariyle Batılı anlamda bir kuvvetler ayrılığını gerektirmemektedir. Bize bunu söyleme imkanı veren iki neden vardır. Birincisi, İslâm devlet hukukunda bugünkü sistemlerde olduğu gibi yasama organı yoktur. Başka bir ifadeyle İslâm'da hukuk, daha önce de

⁸¹ Uğur, Ahmet, a.g.e., s. 8.

⁸² Demirkol, Ferman, *Yargı Bağımsızlığı*, s. 15, Kazancı Yayınları, İstanbul 1991. Günümüzde bazı yazarlar tarafından kuvvetler ayrılığı ilkesinin aynı önemi taşımadığı, tartışma götürmez bir gerçek olmadığı belirtilmektedir. Zira modern devlet yönetimi yasama ve yürütme organları arasında gittikçe artan ve sıkılaştıran bir işbirliğini gerekli olmaktadır. Kapani, s. 285-286.

⁸³ Zühaylî, Vehbe, *el-Fikhü'l-İslâmî ve Edilletühü*, VI, 654-655, Dimaşk, 1989.

⁸⁴ Karaman, Hayrettin, a.g.m., s. 183.

ifade edildiği gibi esas itibariyle vahye dayanmaktadır, dolayısıyla istidlal yoluyla bunlardan elde edilmiş olsa, insan katkısı olsa bile netice itibariyle vahyin ürünüdür. Müçtehit hukukçular bir hukuk kuralını belirlerken önce Kitap ve Sünnet'e başvurmak, bunlarda açık bir hüküm bulunduğu takdirde onu dikkate almak zorundadırlar. İlk iki kaynaktan bulamadıkları takdirde belli esaslar çerçevesinde İslâm hukukunun diğer kaynaklarından yararlanılarak tespit edilmesi zarureti doğmuştur. İkinci olarak İslâm hukuku, müçtehit hukukçuların devletten bağımsız olarak yürüttükleri bu ilmî çalışmaların bir ürünü olarak çıkmıştır. Bu içtihat faaliyetlerinde devlet başkanının veya diğer kamu görevlisinin yahut da herhangi bir yasama organının müdahalesi ve rolü söz konusu olmamıştır.⁸⁵ Oysa hukuk devletin ürünü olunca, bir başka ifadeyle devlet hukuku kendisi ortaya koyunca/yaratınca, kendi bekası için gerek duyduğunda (hikmet-i hükümet: ragione di stato) helvadan yaptığı putu yiyebilme güç ve kudretini gösterebilmektedir. Bunun aksine olarak İslâm hukukunda hukuk, devleti yaratır. Devlet meşruluğunu hukuktan alır. Hukuk, diğer hukuk sistemleri gibi resmî bir hukuk değildir. Meydana gelen içtihatlar da (ilmî, kazaî) devlet kontrolünden bağımsız oluşmuştur. Nitekim ilk Abbasî döneminde, yargısal doktrinlerde bir birliğin olmayışından dolayı adlî idare bir kaos içerisindeydi. Abbasî devletinde vezir olan İbnü'l-Mukaffa' (h. 140/m. 757) bu görüş ayrılıklarının devlet yasamasıyla halifenin kontrolü altına alınmasını şiddetle tavsiye etmiştir. Hukuk bilginleri, hukukun devletten üstün olduğu ve devlet yasamasına bağımlı olamayacağı üzerinde ısrarla durarak bu teklife karşı tepkilerini göstermişlerdir.⁸⁶ İşte İslâm devletinde hukukun devlet kadroları dışındaki bağımsız hukukçular tarafından geliştirilmiş olması ciddî bir kuvvetler ayrılığının ve devlet hayatının ihtiyaç duyduğu dengenin gerçekleşmesini sağlamıştır.⁸⁷

⁸⁵ Aydın, Akif, "Anayasa" md. TDV İslâm Ansk., III, 159. Ancak devlet başkanının da müçtehid bir hukukçu olması hali müstesnadır. Bu durumda diğer müçtehid hukukçuların sahip olduğu yetkiye o da sahip olacaktır.

⁸⁶ Schacht, J., *Introduction to Islamic Law*, s. 55-56. Oxford, 1966; Mes'ud, Muhammed Halid, *İslâm Hukuk Teorisi*, s. 28, (Terc. Muharrem Kılıç), İz yy., İstanbul 1997.

⁸⁷ Mehmed Niyazi, *İslâm Devlet Felsefesi*, s. 189, İstanbul 1996; Köse, Saffet, a.g.m., s. 40. İslâm hukuku daha çok hukukçuların çalışmalarının ürünü olduğu için, kimi yazarlar

Kuvvetler ayrılığı ilkesinin esaslarından biri olan yargı bağımsızlığını aşağıda ayrıca inceleyeceğiz. Zira günümüzde kuvvetler ayrılığı ilkesinin önem ve ağırlığı yargı bağımsızlığında yoğunlaşmaktadır.⁸⁸

Yargısal Denetim ve Yargı Bağımsızlığı:

Devlet kudretinin hukukla sınırlandırılmasını, hukukun üstünlüğünü etkin kılacak başlıca teminat kurumlarından biri yargı denetimidir. Yürütme ve idare organlarının işlemlerinin, bağımsız yargı mercileri tarafından denetime tabi tutulması, kanunilik ilkesinin ve hukuk devleti ilkesinin vazgeçilmez bir gereğidir.⁸⁹ İslâm hukukunda kamu otoritelerinin bütün fiil ve tasarrufları yargının denetimi altındadır. Yürütme ve idare organlarının hukuka aykırı karar ve tasarrufları ile yetkinin kötüye kullanımına yönelik eylemlere ilişkin davalar, özellikle “*Divan-ı mezâlim*” denilen ve siyasi ve idari faaliyetlerinin yanında idarî nitelikli davalara da bakan bir *yüksek idari yargı* organının görevleri arasında kabul edilmiştir.⁹⁰ Mezalim, kamu otoritesinin hukuka uygun hareket etmesini sağlayarak, İslâm tarihinde “hukuk devleti” kavramının gerçekleştirilmesinde önemli rol oynayan temel bir organ olmuştur.⁹¹ Kurum, Osmanlılarda Divan-ı Hümayün adıyla ve daha geniş yetkilerle donatılmış olarak kendisini göstermiştir.

Gerek fertler arasında somut olay adaletinin tam olarak sağlanabilmesi, gerek kamu görevlilerinin sorumluluğu mekanizmasının işletilebilmesi için bağımsız yargı makamlarına ihtiyaç vardır. Bu bağlamda Hukukun üstünlüğü ilkesinin saç ayaklarından birini teşkil eden yargı bağımsızlığı, İslâm hukukunda hem teori hem de pratik olarak mevcuttur. Nitekim bütün İslâm devletlerinde idari teşkilatın yanı sıra ondan bağımsız bir yargı teşkilatı daima

tarafından İslâm hukukuna, “hukukçuların hukuku” denmiştir. Güngör, a.g.e., s. 83; Schacht, Joseph, *İslâm Hukukuna Giriş*, s.13, trc. Mehmet Dağ-Abdülkadir Şener.

⁸⁸ Kapani, Münci, *Kamu Hürriyetleri*, s. 289-290, Ankara, 1981.

⁸⁹ Kapani, s. 287.

⁹⁰ Atar, Fahrettin, *İslâm Adliye Teşkilâtı*, s. 167, 169-171, Diyanet İşleri Başkanlığı yayınları, Ankara 1991.

⁹¹ Geniş bilgi için bkz. Akyüz, Vecdi, *İslâm Hukukunda Yüksek Yargı ve Denetimi (Divan-ı Mezalim)*, s. 105-137, Marmara Ün. İlahiyat Vakfı Yayınları, İstanbul 1995.

var olmuştur. Halifenin yargı yetkisini elinde bulundurması, genel olarak yargıçların atanması ve görev alanlarını belirlemekle sınırlı olmuş görevini yürütmesi sırasında yargıya müdahale söz konusu olmamıştır.⁹² Yargı teşkilatı tarafsız ve bağımsız bir kamu gücü organıdır. Bu organ yasama, yürütme ve diğer güçlerin etkisi altında değildir. Yargı bağımsızlığının gayesi, temel hak ve hürriyetleri sağlamaktır. İslâm hukukuna göre, idarecinin yargıca müdahale etmesi; telkin, ima ve tavsiyede bulunması suçtur. Yargıcın bağımsızlığı yargıç için hem hak hem de görevdir. Yargıca bu yetkiyi nasslar verdiğiinden bir başkası değiştiremez. Müçtehit olan bir yargıcın, bir başkasının kararını taklit etmesi bile iyi karşılanmadığına göre, yargı işine bir başkasının müdahalesi masiyettir. İslâm hukukuna göre bağımsızlığını kaybeden bir yargıcın görevinden ayrılması vaciptir. Bir kadı, taraflardan biri olarak huzuruna gelen idareciyi yargılayabilir; idarecinin dava ile ilgili emrini red edebilir.⁹³ Kamu otoritesi taraf olduğu davalarda herkesin yargılandığı mahkemelerde yargılanmak durumundadır. İslâm hukuk tarihinde devlet başkanının bizzat taraf olduğu ve diğer şahıslarla aynı muameleyi gördüğü davaların çok sayıda örnekleri mevcuttur.⁹⁴

İslâm kamu hukukunda yöneticinin yürütme işlevinde dikkat etmesi gereken önemli bir diğer husus, yapılan bütün tasarrufların adalete uygun olmasıdır.⁹⁵ Hukukun üstünlüğü ilkesinin temel unsuru da budur. Nitekim Kur'an'da muhtelif ayetlerde adalete yer verilmiş ve adalet hukukun temel hedefi sayılmıştır. Peygamberlerin ve kutsal kitapların gönderiliş nedenleri de adaleti gerçekleştirmek olarak ifade edilmiştir.⁹⁶ Adaletle hükmetmek, herkese hakkını vermek adil idarenin (siyaset-i adile) temel ilkelerini ve kamu görevinin amacını oluşturur. İbn Cema (1231-1333) adaletin önemini

⁹² Aydın, Akif, "Anayasa"md. TDV İslâm Ansk., III, 160.

⁹³ Zeydan, Abdülkerim. *Nizamü'l-Kada, fi's-Şeriatü'l-İslâmiyye*, s. 54, 72-72, 1989. Müessesetü'r-Risale; Fendoğlu, Hasan Tahsin, *İslâm ve Osmanlı Anayasa Hukukunda Yargı Bağımsızlığı*, s. 289-290, Beyan yayınları., İstanbul, 1996.

⁹⁴ Aydın, Akif, "Anayasa"md. TDV İslâm Ansk., III, 160.

⁹⁵ İbn Teymiye, *es-Siyasetü's-Şer'iyye*, s. 24, 57 vd.;

vurgulamak için şunları söylemiştir. “Melikin adaleti halkın hayatı ve ülkenin ruhudur.” “Halkın refahının ve ülkelerin kültürünün temeli adalettir.”⁹⁷

İlahi kaynaktan beslenmeyen hak ve sorumlulukların sağlam bir zemine dayandıklarını söylemek gerçeklerle bağdaşmaz. Zira bunun dışındaki kaynaklardan ortaya çıkan güç, insanları etkisi ve kontrolü altına alamaz. Hukukun üstünlüğünü temin eden yalnızca hukukun harici mekanizması değildir. Diğer yandan itikadi ve ahlaki değerler de bu ilkeyi gerçekleştiren temel dinamiklerdendir. Zira Allah insanlar arası anlaşmazlıklarda menfaat sağlayıcı bir konumda olmadığı gibi nihai olarak bütün insanlar da ona hesap verecektir.⁹⁸

Hukukun üstünlüğü ilkesinin gözetilmesi, sonucunu/etkisini İslâm toplumlarında da kendisini göstermiştir. İslâm hukukunun etkisi altında olan Osmanlı kanunnameleri, devletin siyasi, idari, mali işlerini objektif hukuk kuralları çerçevesinde kontrol altında tutmakta, tüm tebaaya can ve mal güvenliği vermekte, ona bir hukuk devleti karakteri kazandırmakta idi. Yine bunun sonucu olarak devlet merkezi olmamış, çok kutuplu kurumlar, kuruluşlar İslâm toplumunda devletin bir kesim temel görevlerini de üstlenmişlerdir. Vakıf, vakıf destekli medrese, hastahane, kervansaraylar bunun en güzel örneklerini teşkil etmektedir.

Sonuç:

İncelemelerimizin sonucu görüleceği üzere hukukun üstünlüğü terimi, terim olarak yeni olsa bile, kavram olarak eskidir. İslâm hukukunda bütün unsurlarıyla görülmektedir ve İslâm toplumunun kurumlarına da yansımıştır. Hukuk devletinin sadece hukukun egemen olması ve denetlenmesi anlamında şekli (formel, biçimsel) yapısının yanında, adalet ve kamu yararı gibi unsurlardan oluşan maddi yönü de mevcuttur.

İslâm devletinde kamu otoriteleri zahiren mutlak yetkili gibi görünseler bile iktidarları her üç alanda da sınırlıdır. Devlet başkanının icraatlarının

⁹⁷ Rosenthal, Erwin L.J., *Ortaçağda İslâm Siyaset Düşüncesi*, trc. Ali Çaksu, İz yy., İstanbul 1996, s. 73, 79.

⁹⁸ Köse, Saffet, a.g.m., s. 12, 16.

meşruluğu İslâm hukukunun çizdiği çerçeve içinde kalmasına bağlıdır. Yapmış olduğu icraatlar bu çerçeveyi aştığı takdirde fiilen işlerlik kazansa da hukuken geçersiz sayılmaktadır. Hatta bu durum denetleme ve kontrol hakkına sahip olan İslâm toplumuna, devlet başkanına karşı hukuka aykırı fiillerinde itaat etmeme, direnme hakkını vermektedir.

Sonuç olarak belirtmemiz gereken bir diğer husus, araştırma ve incelemede doğrudan doktrin ve normların göz önüne alınması gerektiğidir. Zira bir kısım hukukçuların ve oryantalistlerin yaptığı gibi tarihten yola çıkılarak yapılan değerlendirmelerde bir takım yanlış yargılara ve sonuçlara varılması mümkündür.

Teoride “hukuk devleti”ne ulaşılmaya çalışılmasına rağmen, ne var ki uygulamada zaman zaman kamu otoritelerinin otokrasiye varan icraatları olduğunu, özellikle Abbasi, Selçuklu ve Osmanlı örneklerine bakarak söylemek mümkündür. Fakat tarihteki yanlış uygulamaları teoriye maletmenin bilimsellikle bağdaşmayacağı gayet açıktır.