

T. C.
ULUDAĞ ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
TEMEL İSLÂM BİLİMLERİ ANABİLİM DALI
İSLÂM HUKUKU BİLİM DALI

ÇOK-HUKUKLU SİSTEM ve İSLÂM HUKUKUNDAKİ YERİ

(DOKTORA TEZİ)

Danışman
Prof. Dr. Hamdi DÖNDÜREN

Mehmet Salih KUMAŞ

BURSA 2007

TEZ ONAY SAYFASI

T. C.
ULUDAĞ ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ MÜDÜRLÜĞÜNE

Temel İslâm Bilimleri Anabilim Dalı, *İslâm Hukuku* Bilim Dalı'nda U2003825 numaralı Mehmet Salih Kumaş'ın hazırladığı “*Çok-Hukuklu Sistem ve İslâm Hukukundaki Yeri*” konulu Doktora Tezi ile ilgili tez savunma sınavı, / / 20 günü - saatleri arasında yapılmış, sorulan sorulara alınan cevaplar sonunda adayın tezinin (başarılı / başarısız) olduğuna (oybirliği / oy çokluğu) ile karar verilmiştir.

Üye (Tez Danışmanı ve Sınav Komisyonu Başkanı)	Üye
Üye	Üye
Üye	
/...../ 20.....

ÖZET

Yazar	: Mehmet Salih KUMAŞ
Üniversite	: Uludağ Üniversitesi
Anabilim Dalı	: Temel İslâm Bilimleri
Bilim Dalı	: İslâm Hukuku
Tezin Niteliği	: Doktora Tezi
Sayfa Sayısı	: XI+ 251
Mezuniyet Tarihi	: / / 2007
Tez Danışmanı	: Prof. Dr. Hamdi DÖNDÜREN

ÇOK-HUKUKLU SİSTEM ve İSLÂM HUKUKUNDAKİ YERİ

Hukukî çoğulculuk düşüncesi, kültür ile hukuk arasındaki iki yönlü ilişkiden hareketle kendisine düşünsel bir zemin oluşturur. Bu düşünceye göre hukuk, bulunduğu toplumun kültürel bir görünümüdür. Hukukun teşekkül sürecinde kültürü oluşturan tüm unsurların etkisi vardır. Diğer yandan kültür, ancak hukukun sağlayacağı imkanlarla varlığını sürdürebilir.

Hukukî çoğulculuk düşüncesinin Batı'da gelişmesinde hem postmodernizmle kendini iyice gösteren Batı düşüncesindeki değişim ve dönüşümün hem de toplumları giderek çok kültürlü yapılara dönüştüren küreselleşme sürecinin katkısı vardır. Bundan dolayı hukukî çoğulculuk düşüncesi, postmodernizm ve küreselleşme sürecine denk düşecek şekilde 1980'lerden itibaren yaygınlık kazanmıştır. Ancak bu kavramın ilkez ortaya çıkması, post-kolonyal sürece rastlar. Başta İslam toplumları olmak üzere Batı dışı toplumları araştıran Batılı sosyolog ve antropologlar, hukukî çoğulculuk kavramını, buralardaki sosyo-hukukî yapıyı tanımlamak için geliştirmişlerdir.

Hukukî çoğulculuk savunucularının Batı dışı toplumlar için sosyal bir olgu olarak değerlendirdiği bu çoğulcu hukukî yapı, Batı'da gelişen özgürlükçü söylem, inanç özgürlüğü, azınlık hakları, kültürel haklar, çok-kültürlülük gibi kavramlarla ilişkilendirilerek Batılı anlayış ve yapılara uygun hale getirilmiş olsa da, temelde İslam düşüncesindeki gayrimüslimlere (zimmîler) tanınan hukukî otonomiden farksızdır. Orta Çağ'ın siyaset anlayışının etkisiyle Müslümanlar zimmîleri devlet yönetiminden uzak tutmuş olsalar da, onların dinlerinden kaynaklanan farklılıkları hukuken korunmuş ve yüzyıllar boyunca Müslümanlarla bir bütün halinde, yan yana ve iç içe yaşayabilmişlerdir. Bu anlamda Batı'daki farklı kültürel değerlerin korunması amacıyla bazı hukukî düzenlemelerin yapılmasını öngören anlayış ile İslam hukukunda zimmîlere yönelik yapılan farklı hukukî düzenlemeler, temelde aynı amaca hizmet etmektedir.

Anahtar Sözcükler

Hukukî çoğulculuk	Zimmî	Azınlıklar	Gayrimüslim
İslam Hukuku	Millet Sistemi	Osmanlı	

ABSTRACT

Yazar	: Mehmet Salih KUMAŞ
Üniversite	: Uludağ Üniversitesi
Anabilim Dalı	: Temel İslâm Bilimleri
Bilim Dalı	: İslâm Hukuku
Tezin Niteliği	: Doktora Tezi
Sayfa Sayısı	: XI+ 251
Mezuniyet Tarihi	: / / 2007
Tez Danışmanı	: Prof. Dr. Hamdi DÖNDÜREN

LEGAL PLURALISM AND ITS POSITION IN ISLAMIC LAW

The idea of legal pluralism (pluralism in law) has a theoretical basis based on the mutual relation between culture and law. According to this idea, the law is a cultural expression of the society. So, all the elements of the culture have an influence on the formation of the law. On the other hand culture can survive with only the legal opportunities.

There are two main factors in the development of this theory in the West: One of them is postmodernism which is the most remarkable appearance of the change and transformation of the Western thought; and the other one is globalisation which transforms societies into multi-cultural structures. Therefore this theory has expanded since 1980's that correspond to the process of postmodernism and globalisation. But this concept emerged in the post-colonial period. Western sociologists and anthropologists who study on non-western societies, especially Muslim societies use this concept to describe the socio-legal structure in there.

The legal pluralistic structure which legal pluralists define it as a social fact for the non-western societies is not different from the legal othonomy that Islamic law gives to non-Muslims (*dhimmis*), although it is related to Western concepts like liberty, freedom of belief, minority rights, cultural rights, multiculturalism. It is apparent that the dhimmis lived together in peace in the Muslim states, having legally their rights pertaining to their religions, in spite of that they lacked political rights in accordance with the medieval political thought. In this sense, the Western modern legal pluralism and Islamic dhimma system have a fundamentally same purpose.

Key Words

Legal Pluralism	Dhimmis	Minorities	Non-muslims
Islamic Law	Millet System	Ottoman	

ÖNSÖZ

Tüm insanların özgür, aynı haklara sahip, aynı derecede değerli olduğu bir dünya henüz yakalanamamış olsa da, bu konuda büyük mesafe katedildiği açıktır. Nitekim insan olarak dünyaya gelen herkesin insan onuruna yaraşır bir şekilde yaşama hakkının olduğu düşüncesi, günümüzde evrensel bir ülkü haline gelmiştir. Bu ülkü, tarihin hiçbir döneminde bu derece taraftar bulmamıştır. Dünya tarihi, cinsiyetleri, ırkları, renkleri, dinleri, dilleri, kanaatleri, düşünceleri veya toplumsal statüleri dolayısıyla “öteki” olarak görülerek en temel insanî haklardan mahrum edilmiş sayısız insan manzaraları ile doludur. Bu gerçeklik, sadece fiilî bir durum olmayıp aynı zamanda aklî veya dinî dayanakları bulunan, meşru bir durum olarak da görülmüştür. Örneğin büyüklüğü hala tartışmasız olan Platon, kurguladığı ideal devlette insana hürriyet alanı tanımamış, belli bir azınlığın üstünlüğüne dayalı bir devlet anlayışını idealleştirmiştir. O ve önde gelen talebesi Aristoteles, köleliğin zarurî bir şey olduğunu, kölelerin konuşan hayvanlar olması hasebiyle vatandaş sayılamayacaklarını savunmuşlardır. Benzer şekilde Roma’da herkes hukukun bir süjesi olarak görülmemiş, Orta Çağ’da ise kilise, kadının insan olup olmadığını tartışagelmiştir. İnsanlığın ulaştığı yönetim biçimleri içinde “en az zararlısı” olarak kabul edilen demokrasinin hakim olduğu günümüzde ise *öteki*, iradesi ve talepleri devlet yönetimine yansımayan ve kuralları çoğunluğun anlayışına göre şekillenmiş bir dünyada yaşamak zorunda kalan azınlıkları ifade etmektedir.

1970’li yıllardan itibaren Batı’da taraftar bulmaya başlayan *hukukî çoğulculuk teorisi*, işte *öteki* olarak görülen azınlıkların, farklılıklarına rağmen çoğunlukla birlikte nasıl yaşayabilecekleri üzerinde durur. Hukukî çoğulculuk savunucuları kültürün, bireyin özgürleşmesi ve kişilik gelişimi için zorunlu olduğundan hareketle kültür-hukuk arasındaki sıkı bir ilişki kurarlar. Onlara göre hukuk, farklı olanları asimile etmenin bir aracı haline dönüştürülmemeli, aksine kültürün varlığını sürdürebilmesi için uygun hukukî bir zemin oluşturulmalıdır. Zira hukukun desteği olmadan, azınlıkların kültürel değerlerini koruması mümkün değildir.

Kendisini postmodern söylemle ilişkilendiren Batılı hukukî çoğulculuk teorisi, post-kolonyal dönemde yakından tanınma imkânı bulunan başta İslam toplumları olmak üzere Batı dışı toplumlardaki hukukî yapıyı ilham kaynağı alır. İslam’da

gayrimüslimlere tanınan inanç özgürlüğünün bir gereği olarak, doğrudan veya dolaylı dinlerini ilgilendiren hukukî konularda, onlara farklı hukuk kurallarının uygulanması, Batılı yerleşik hukuk anlayışından ciddi anlamda farklılık göstermektedir. Ancak postmodernizm ve küreselleşme ile birlikte Batı'da ortaya çıkan fikri ve yapısal farklılıklar, bu hukuk düşüncesinin Batı'da taraftar bulmasını sağlamıştır. Batı'nın kendi sosyo-politik ve hukukî anlayış ve yapısına göre yeniden şekillen bu hukuk anlayışı, İslamî zimmet anlayışından şekli farklılıklar gösterse de, onun aynı temel felsefeye sahip olduğu söylenebilir.

İşte bu çalışma, Batılı hukukî çoğulculuk düşüncesi çerçevesinde, İslamî zimmet uygulamasının çağdaş bir yorumunu yapma girişimidir. Tüm eksikliklerine rağmen çalışma, İslam'ın, hukukun üstünlüğü ve insan şahsiyet ve özgürlüğüne verdiği değerin anlaşılmasına küçük bir katkı sağlayacaksa, bu bizim mutlu olmamız için yeterli olacaktır.

Bu tez konusunun tespitinde bizlere yardımcı olan tez danışmanım sayın Prof. Dr. Hamdi Döndüren başta olmak üzere, sayın Prof. Dr. Yunus Vehbi Yavuz ve diğer hocalarıma çalışmaya yaptıkları katkılarından dolayı teşekkür ederim. Ayrıca tezin fikrî örgüsünün oluşumunda düşüncelerini bizden esirgemeyen ve zaman ayırarak tezin maddî hatalarının tespitinde bizlere yardımcı olan oda arkadaşım ve meslektaşım Arş. Gör. Dr. Abdurrahim Kozalı ve değerli Arş. Gör. Dr. Ulvi Murat Kılavuz, Arş. Gör. Kasım Küçükalp, Arş. Gör. Dr. Ömer Acar ve Arş. Gör. Kadir Gömbeyaz'a teşekkürü bir borç bilirim.

Mehmet Salih KUMAŞ

Bursa 2007

İÇİNDEKİLER

TEZ ONAY SAYFASI	II
ÖZET	III
ABSTRACT.....	IV
LEGAL PLURALISM AND ITS POSITION IN ISLAMIC LAW	IV
ÖNSÖZ	V
İÇİNDEKİLER.....	VII
KISALTMALAR.....	XI
GİRİŞ	1
I- KÜLTÜREL BİR OLGU OLARAK HUKUK	4
II- HUKUKÎ BİR OLGU OLARAK KÜLTÜR.....	12

BİRİNCİ BÖLÜM

HUKUKÎ ÇOĞULCULUĞUN DIŞ DİNAMİKLERİ

I- KURAMSAL DÖNÜŞÜM: MODERNİTEDEN POSTMODERNİTEYE.....	20
A. Bilgi Kuramında Dönüşüm.....	22
1) Modernizmin Bilgi Anlayışı.....	23
2) Postmodernizmin Bilgi Eleştirisi.....	28
B. İnsan Kuramında Dönüşüm.....	34
1) Modernizmin İnsan Anlayışı	34
2) Postmodernizmin İnsan Anlayışı.....	37
C. Toplum Kuramında Dönüşüm	42
D. Etik (Ahlak) Kuramında Dönüşüm.....	48
II- SİYASAL DÖNÜŞÜM: YÖNETİMDEN YÖNETİŞİME	56
A. Ulus-devlet Anlayışının Ortaya Çıkması	57
B. Ulus-devletin Yönetim Anlayışı	62
C. Yönetim Anlayışından Yönetişim Anlayışına Geçiş.....	64
III- HUKUKSAL DÖNÜŞÜM: DEVLET MERKEZLİ HUKUK ANLAYIŞINDAN TOPLUM MERKEZLİ HUKUK ANLAYIŞINA	70
A. Pozitivist Hukuk Anlayışından Doğal Hukuk Anlayışına Geçiş.....	70

<i>B. Sosyolojik Hukuk Akımının Ortaya Çıkması</i>	75
<i>C. Postmodern Hukuksal Dönüşüm</i>	78
1) Hukukun Araçsallaştırılması	81
2) Nesnellik İddiasının Tutarsızlığı	82
3) Hukukun Soyutlaştırılması ve Toplumdan Koparılması	84
4) Hukukun Ahlaktan Soyutlanması	85
<i>D. Küreselleşmenin Hukuksal Yansımaları</i>	86

İKİNCİ BÖLÜM

HUKUKÎ ÇOĞULCULUK

İÇ DİNAMİKLERİ, TANIMI, ÇEŞİTLERİ, OLUMLU VE OLUMSUZ YANLARI

I- HUKUKÎ ÇOĞULCULUĞUN İÇ DİNAMİKLERİ	95
<i>A. Batı Dışı Hukukî Yapıların Tespit Edilmesi: Sömürgecilik</i>	95
<i>B. Devlet Dışı Hukukî Yapıların Tespit Edilmesi: Küreselleşme</i>	97
1) Yarı Bağımsız Sosyal Alan	99
2) Hukukî Çok-Merkezcilik Olgusu	102
3) Azınlık (Ulus-Altı) Değerlerinin Hukukî Olarak Tanınması	104
II- HUKUKÎ ÇOĞULCULUK KAVRAMININ GELİŞİM SÜRECİ VE TANIMI	111
<i>A. Hukukî Çoğulculuk Kavramının Gelişim Süreci</i>	111
<i>B. Hukukî Çoğulculuk Çerçevesinde Hukukun Tanımı</i>	116
<i>C. Hukukî Çoğulculuğun Tanımı</i>	118
III- HUKUKÎ ÇOĞULCULUĞUN ÇEŞİTLERİ	122
<i>A. Oluşturucu Unsurları Açısından Hukukî Çoğulculuk Çeşitleri</i>	124
1) Yerli Hukuk-Transfer Hukuk	124
2) Devlet Hukuku-Azınlık Hukuku	125
3) Geleneksel Hukuk-Modern Hukuk	125
4) Yerel Hukuk-Ulusal Hukuk-Uluslarüstü Hukuk	126
<i>B. Hukukî Çoğulculuğu Oluşturan Unsurların Devlet Hukuku ile İlişkisi</i>	
<i>Bakımından Hukukî Çoğulculuk</i>	127
1) Zayıf Yapılı Hukukî Çoğulculuk veya Devlet Hukukî Çoğulculuğu	128

2) Güçlü Yapılı Hukukî Çoğulculuk veya Derin Hukukî Çoğulculuk	129
C. Teorik (Epistemolojik) Söylem Açısından Hukukî Çoğulculuk Çeşitleri	130
1) Realist Hukukî Çoğulculuk	130
2) Postmodern Hukukî Çoğulculuk	132
3) Postpragmatist Hukukî Çoğulculuk.....	133
4) Postrealist Hukukî Çoğulculuk.....	134
IV) HUKUKÎ ÇOĞULCULUĞUN UYGULAMA ÖRNEKLERİ.....	135
A. Endonezya'da Hukukî Çoğulculuk	136
B. İsrail'de Hukukî Çoğulculuk	137
C. Kanada'da Hukukî Çoğulculuk.....	141
V- HUKUKÎ ÇOĞULCULUĞUN OLUMLU YÖNLERİ.....	142
A- Kimlik Oluşumu ve Özgürlüklere Daha Uygun Bir Hukuk Anlayışı Olması ...	142
B- Devletin Meşruiyetini Arttırması, Hoşgörüyü Yaygınlaştırması ve Potansiyel Çatışma Riskini Azaltması	144
C- Hukukun Gelişimine Katkıda Bulunması.....	145
D- İnsan Hakları ve Hukuk Devletin Gelişmesine Katkı Sağlaması	146
E- Marksist Çelişkiden Kurtulmayı Sağlaması.....	146
VI- HUKUKÎ ÇOĞULCULUĞUN OLUMSUZ YANLARI.....	147
A- Devlet Otoritesini Azaltması	147
B- Toplumsal Düzene Zarar Vermesi	147
C- Hukukî Kargaşaya Yol Açmak ve Yargılamayı Zorlaştırmak.....	148

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

İSLAM'DA ZİMMET ANLAYIŞI VE HUKUKÎ ÇOĞULCULUK DÜŞÜNCESİYLE KARŞILAŞTIRILMASI

I- İSLAM DÜŞÜNCESİ ÇERÇEVESİNDE HUKUKÎ ÇOĞULCULUĞUN TEMELLENDİRİLMESİ	153
A. İslam'ın İnsan Hakları Anlayışı	154
B. İslam'ın Hukuk Devleti Anlayışı.....	160
C. İslam'ın Hukuk Anlayışı: İnsan Merkezli Hukuk Anlayışı	164
D. İslam'ın Öteki (Gayrimüslim) Anlayışı.....	170

1) <i>Dinî (Teolojik) Perspektiften Öteki</i>	172
2) <i>Dünyevi Perspektiften Öteki</i>	175
a- <i>Konjonktürel Bakış (Geçici Düzenlemeler)</i>	176
b- <i>Genel Bakış (Temel Haklar)</i>	178
II- İSLAM HUKUKUNDA KANUNLARIN UYGULANMASI (ZİMMET ANLAYIŞI VE KANUNLARIN MÜLKÎLİK VE ŞAHSÎLİĞİ).....	183
III- ZİMMET ANLAYIŞI VE ZİMMÎLERİN İSLAM TOPLUMUNDAKİ STATÜLERİ	192
A. <i>Zimmîlerin Siyasal Entegrasyonu</i>	193
B. <i>Zimmîlerin Sosyal ve Ekonomik Entegrasyonu</i>	196
IV- OSMANLI MİLLET SİSTEMİ ÇERÇEVESİNDE HUKUKÎ ÇOĞULCULUK... 198	
V- BATILI HUKUKÎ ÇOĞULCULUK İLE İSLAMÎ ZİMMET ANLAYIŞININ KARŞILAŞTIRILMASI: ORTAK ZEMİN ARAYIŞI.....	204
A. <i>Ortak Siyasal Zemin</i>	206
B. <i>Ortak Hukukî Zemin (Hukukî Çoğulculuğun İşleyişi)</i>	215
1) <i>Ortak İnsan Hakları</i>	217
2) <i>Ortak Yasama Anlayışı</i>	225
3) <i>Ortak Yürütme Anlayışı</i>	228
4) <i>Ortak Yargı Anlayışı</i>	229
C. <i>Ortak Sosyal Zemin</i>	231
SONUÇ	233
BİBLİYOGRAFYA	236

KISALTMALAR

a.g.e.	: adı geçen eser
a.g.m.	: adı geçen makale
a.g.md.	: adı geçen madde
a.y.	: aynı yer
bkz.	: bakınız
bs.	: basım yeri yok
c.	: cilt
çev:	: çeviren
<i>DİA</i>	: Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi
edit.	: editör
Genş. bil. bkz.	: Geniş Bilgi İçin Bakınız
H.z.	: Hazreti
İSAM	: Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Araştırmaları Merkezi
İ.Ü.H.F.	: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi
İ.Ü.H.F.M.	: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
md.	: madde, maddesi
M.Ü.İ.F.	: Marmara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi
nr.	: numara
nşr.	: neşreden, nâşir
ö.	: ölüm
s.	: sayfa
ss.	: sayfalar arası
<i>ŞİA</i>	: Şamil İslam Ansiklopedisi
thk.	: tahkik eden
ts.	: basım tarihi yok
U.Ü.İ.F.	: Uludağ Üniversitesi İlahiyat Fakültesi
vb.	: ve benzeri
vd.	: ve devamı
va.	: varak

GİRİŞ

KAVRAMSAL ÇERÇEVE, KONUNUN TESPİTİ VE YÖNTEM

Aydınlanma düşüncesiyle köklü bir değişim yaşayan Batı dünyası, siyasal düşüncesini ulus-devlet fikri etrafında şekillendirirken hukuk alanında ise pozitivist hukuk anlayışını idealize etmiştir. Bu hukuk anlayışının bir gereği olarak XIX. yüzyılda gelişen kanunlaştırma (kodifikasyon) faaliyetleri, ülke sınırları içinde tek bir hukuk sisteminin geçerliliğini sağlamıştır. İşte böyle bir süreçte başlayan sömürgecilik faaliyetleriyle birlikte Batı dünyası, dinsel farklılıklardan kaynaklanan farklı hukuk kurallarının geçerli olduğu toplumları tanıma imkanı bulmuştur. Başta İslam coğrafyası olmak üzere Batı dışı ülkelerde görülen bu çoğulcu hukukî yapılar, Batılılar için ideal olmaktan çok, bir tür gerilik, ilkelik ve düzensizlik anlamına gelmekte idi. Ancak XX. yüzyılla birlikte evrensel değerler haline gelen insan hakları, din ve inanç özgürlüğü, azınlık hakları, kültürel haklar, çok-kültürlülük gibi söylemler, Batılı toplumdaki farklılıkları canlandırırken, yine aynı süreçte güçlenen küreselleşmenin tetiklediği nüfus hareketleri, Batılı toplumları giderek çok kültürlü hale getirmiştir. Böyle bir süreçte Batılı bilim adamları farklılığın boyutları, farklı olanların (öteki) taleplerinin sınırlarının nasıl belirleneceği gibi konuları tartışmaya başlamıştır.

XX. yüzyılın başlarında Batılı sosyolog ve antropologların çalışmalarına konu edindikleri sömürge toplumlarındaki çoğulcu hukukî yapılar, 1970'li yıllardan itibaren Batı'nın karşılaştığı bu sorun çerçevesinde hukukçu ve siyasetçilerin de dikkatini çekmeye başlamıştır. Sosyolog ve antropologların *hukukî çoğulculuk* (legal pluralism) şeklinde tanımladıkları bu çoğulcu hukukî yapıların, Batılı toplumlar için uygun olup olmadığı ise özellikle 1990'lı yıllardan itibaren ciddi anlamda tartışılır hale gelmiştir.

Hukukî çoğulculuk teorisi, yerleşik Batılı hukuk anlayışından ciddi anlamda farklılık gösteren bir hukuk anlayışıdır. Bu hukuk anlayışı, aynı ülke vatandaşlarının kültürel farklılıkları baz alınarak, hukukun bazı alanlarında birden farklı hukukî düzenlemeyi öngörmektedir. Diğer bir ifade ile hukukî çoğulculuk, bir konuda birden fazla hukukî düzenlemeye veya bir davanın farklı şekillerde çözülmesine imkan veren bir hukuk anlayışıdır. Buna göre, bir başka ülkenin vatandaşları ile ilgili bir davanın hangi ülkenin hukuk kurallarına göre çözüleceğini ele alan Devletler Özel Hukuku, Yabancılar Hukuku veya Kanunlar İhtilafı gibi hukuk alanları, hukukî çoğulculuk

anlayışı ile ilişkili alanlar değildir. Zira adı geçen hukuk disiplinleri, bir başka ülkenin vatandaşı ile ilgili hukukî sorunu çözmeyi amaçlarken, hukukî çoğulculuk düşüncesi, bir ülkenin vatandaşları arasındaki hukukî farklılıkları ele almaktadır.

Kişisel tercihlere ve kültürel farklılıklara dayalı olarak hukuk kurallarının çoğulculuğunu savunan bu teori, toplumsal düzen için tek bir hukuk sisteminin gerekliliğini savunan Batılı monist (tekçi) anlayışlardan köklü bir kopuşu ifade etmektedir. Buna rağmen bu anlayışın Batı'da taraftar bulmasının arkasında da Batı dünyasında yaşanan zihnî ve toplumsal değişim ve dönüşüm yatmaktadır. Kendisini postmodern düşünceyle ilişkilendiren bu hukuk teorisi, postmodern söyleme paralel olarak Batının yerleşik hukuk anlayışlarına ciddi bir eleştiri yöneltmektedir. Hukukî çoğulculuk teorisinin bilimsel bir zeminde tartışılabilmesi için, Batı dünyasında yaşanan bu zihnî ve toplumsal değişimin ele alınması kaçınılmazdır. Bundan dolayı çalışmamızın *birinci bölümünde* Batı düşüncesinde yaşanan bu köklü değişim genel olarak ele alınacaktır.

Hukukî Çoğulculuğun Dış Dinamikleri olarak isimlendirdiğimiz bu bölüm, Kuramsal Dönüşüm, Siyasal Dönüşüm ve Hukuksal Dönüşüm olmak üzere üç temel başlıktan oluşmaktadır. Birinci başlık altında Bilgi Kuramında Dönüşüm, İnsan Kuramında Dönüşüm, Toplum Kuramında Dönüşüm ve Ahlak Kuramında dönüşüm konuları ele alınacaktır. Siyasal Dönüşüm başlığı altında ise Batılı ulus-devlet anlayışının idealize ettiği hukuk anlayışının sınırlarını aşan hukukî çoğulculuk teorisinin, Batı'da görülen siyasal değişimden ne kadar beslendiğini ortaya koymaya çalışacağız. Hukuksal Dönüşüm başlığı altında ise özellikle XX. yüzyılda güçlenen Doğal Hukuk ve Sosyolojik Hukuk Akımlarını ve son yıllarda güçlenen postmodernizm ve küreselleşmenin hukuktaki yansımalarını, konumuz etrafında ele almaya çalışacağız.

İkinci bölümde hukukî çoğulculuk düşüncesinin Batı'da gelişmesini doğrudan etkileyen sömürgecilik ve küreselleşme olgularını, hukukî çoğulculuk kavramının tanım ve çeşitlerini, uygulama örneklerini ve olumlu-olumsuz yönlerini ortaya koymaya çalışacağız.

Üçüncü bölümde ise İslam'da *Öteki* olarak görülen gayrimüslim telakkisini ve onlar etrafında oluşan zimmet anlayışının hukukî mahiyetini ve Osmanlı uygulamasını

ortaya koymaya çalışacağız. Bu bölümün sonunda ise Batılı hukukî çoğulculuk düşüncesi ile İslamî zimmet anlayışının ortak bir zeminde buluşturulmasına çalışacağız. Ancak bu ortak zemin arayışımızda modern bir problem çerçevesinde ortaya çıkan ve modern söylem ve yapılarla ilişkilendirilen bir hukuk teorisinin, oluşumunu büyük oranda IX ve X. yüzyıllarda tamamlamış olan ve genel anlayışını büyük ölçüde devam ettiren İslam hukukunda aranmasıyla anakronizme (tarih yanılgısı) düşme tehlikesi de söz konusudur. Ancak bu tehlikeye rağmen, Batılı modern bir kavram olan hukukî çoğulculuğun hareket noktasını ve savunduğu düşünceleri, İslam hukukunun inanç özgürlüğü anlayışında aramak, bu karşılaştırmayı hem bir nebze kolaylaştıracak hem de sağlam bir zemine taşıyacaktır.

Çalışmamızda karşılaştığımız temel zorlukları ise şu şekilde sıralayabiliriz: Konunun epistemolojiden ahlaka, sosyolojiden siyasete kadar geniş bir perspektiften ele alınma zorunluluğu, konuyla ilgili kaynakların tamamına yakınının yabancı dillerde olması ve bir kısmına ulaşma zorluğu ve son olarak gayrimüslimlerle ilgili düzenlemelerin İslam hukuk kaynaklarında bir başlık altında toplanmamış olması.

Asıl konumuza girmeden önce hukukî çoğulculuk savunucularının hareket noktası olan kültür-hukuk ilişkisi üzerinde durularak konunun sınırlarının belirlenmesi faydalı olacaktır.

I- KÜLTÜREL BİR OLGU OLARAK HUKUK

Hukuk, diğer sosyal bilimler gibi, birçok kavramsal tartışmanın yaşandığı bir bilim dalı olarak öne çıkmaktadır. Kant'ın biraz ironik tarzda dile getirdiği gibi¹, hukukçuların hâlâ hukukun bir tanımını arıyor olmaları, bir yönü adalet idesine, bir yönü topluma ve bir yönü yasaya dönük olan hukukun, reel gerçekleri göz önünde bulundursa da, esasında *ideal*in bir arayışı olmasıyla yakından ilişkilidir.² Bu arayış ise birey, toplum, devlet ve devlet-üstü oluşumları da içine alacak şekilde çok geniş bir alanda yürütülmektedir. Hukukun bütün bu çok boyutluluğu ve çok geniş bir alanda söz söylüyor olması, bu tartışmaları hem daha önemli kılmakta hem de daha

¹ Çağıl, Orhan Münir, "Filozof Immanuel Kant'ın Sisteminde Ahlâk ve Hukukun Felsefî Esasları", *İ.Ü.H.F.M.*, Sayı 23, (1947), s. 1133.

² Çağıl, *Hukuka ve Hukuk İlmine Giriş*, İ.Ü.H.F. Yay., (3. Basım), İstanbul 1966, s.114-5.

karmaşıklıştırmaktadır. Ancak hukuk alanında yaşanan bu tartışma ve göreceliğin asıl sebebi ise hukukun, kültürün bir unsuru (görünümü) olmasında yatmaktadır.³ Bundan dolayı hem kültürler arası farklılıkların hem de bir kültür içinde zamanla ortaya çıkan değişim ve dönüşümlerin bu bağlamda irdelenmesi oldukça önemlidir.

Batı aydınlanma sürecinde birbirinden bağımsız olarak ortaya çıkan hukuk ve kültür kavramları arasında nasıl bir ilişki olduğu tam olarak ortaya konulabilmiş değildir.⁴ Kültür üzerine yapılan hukukî çalışmalar oldukça gecikmelidir ve hala yetersiz sayıdadır. Hatta kültür alanında hukukun incelenmesi, son zamanlara kadar bilimsel bir ihlal olarak görülmüştür.⁵ Ancak hukuk-kültür ilişkisi günümüzde birçok bilim adamının gündemini meşgul eden önemli konulardan biri durumuna gelmiştir. Çünkü kültür, bireyin *öteki* (kendi gibi olmayanlar) ile ilişkisini kurmada ve sürdürmede önemli bir role sahiptir. Bu noktada kültür, özellikle sınıf ilişkileriyle, cinsel bölünmeyle ve etnik ve dinî gruplarla doğrudan bağlantılıdır. Günümüzde sosyal farklılıkların ve mücadelelerin bir alanı olarak görülen kültürün hukuksal alan içinde değerlendirilmesi, hem hukukun mahiyetinin anlaşılması hem de adaletin tesisi açısından bir zorunluluk olarak görülmektedir.⁶

Çok köklü sosyal bir gerçeklik olmasına rağmen, günümüzdeki anlamıyla hukukun, Batı medeniyeti çerçevesinde oluşmuş, Batı medeniyetinin tarihsel şartları yoluyla üretilmiş, Batı'nın insan, toplum ve devlet anlayışına göre şekillenmiş ve Batılı

³ Vecdi Aral, hukukun bir kültür görünümü (bir kültür olayı) olduğunu ve kültürün de, insanın kendi arzu ve iradesi ile meydana getirdiği ve getirebileceği ürünler olduğunu belirtir. Ona göre dışarıdan zorlama ile nasıl ki hiçbir sanat yapıtının, hiçbir bilimsel çalışmanın ortaya konulması mümkün değilse, ahlakî bir değer olarak adalet de zorlama ile gerçekleştirilemez. Zorlama ahlakî ödevi yerine getiren kişi bakımından, bu davranışın asla yüceltici bir yanı olmadığı gibi, daha da kötüsü, zorlamayı yapan açısından zorlama, alçaltıcı bir durumdur. Bundan dolayı adaleti amaçlayan hukuku da sadece, devlet gibi bir erkin belirlediği ve uygulattığı kurallar olarak görmek onun değerini azaltır. Bkz. Aral, *Hukuk Felsefesinin Temel Sorunları*, Filiz Kitabevi, İstanbul 1984, s. 168-9.

⁴ Coombe, Rosemary J., "Contingent Articulations: A Critical Cultural Studies of Law" *Law in Domains of Culture* içinde (Edit. Austin Sarat-Thomas R. Kearnes) The University of Michigan Pres. 1998, s. 22-3

⁵ Hukuk ile kültür arasındaki ilişki son 30 yıla kadar bilimsel bir çalışma alanı olarak görülmemiştir. Hukuku salt devlet merkezli bir olgu olarak değerlendiren pozitivist hukuk anlayışı çerçevesinde hukuk-kültür ilişkisinin çok önemli görülmemesi anlaşılır bir durumdur. Ancak pozitivist hukuk anlayışının etkisini kaybedip, hukukun kendisini devlet dışı merkezlerle meşrulaştırmaya yönelmesiyle birlikte toplumsal ve dolayısıyla kültürel değerler önem kazanmıştır. Daha önce bir bilim dalı olarak kabul edilmeyen hukuk sosyolojisi ve hukuk antropolojisinin gelişmesiyle birlikte, hukukun kültürle ilişkisi daha geniş şekilde incelenir olmuştur. Bkz. Yüksel, Murat, *Hukukî Plüralizm*, Beta Yay., İstanbul 2003, s. 7.

⁶ Yüksel, Murat, *a.g.e.*, s. 7, 13, 23.

bakış açısına göre tanımlanmış hak ve sorumluluk anlayışına dayalı bir kurum olarak değerlendirilmesi mümkündür. Batı medeniyeti dışındaki diğer medeniyetler ise kendi felsefeleri, dünya görüşleri ve sosyo-politik gerçekliklerine uygun şekilde, toplumsal düzenin devamını sağlayacak ilkeler ve mekanizmalar belirlemişlerdir.⁷ En ilkel kabilelerde dahi toplumsal düzeni sağlayan bir takım kuralların⁸ olduğu bilinmektedir. Tarihteki birçok toplumun günümüzdeki anlamıyla sistemli hukuk kurallarına, mahkemelere ve kolluk güçlerine ihtiyaç duymadıkları görülmektedir.⁹ Stig Jorgensen'in de ifade ettiği gibi, toplumlar inanç ve kültürlerine ne kadar bağlı iseler, hukuka o derece az ihtiyaç duymuşlardır.¹⁰ Buna göre hukukun evrensel ve genel geçer bir gerçeklik olduğu iddiası tashihe muhtaçtır.¹¹ Batı Aydınlanma düşüncesiyle birlikte görülen sekülerleşme süreci ve buna paralel olarak gelişen ulus-devlet yapıları, her ne kadar hukuku çağdaş dünyanın evrensel bir olgusu haline getirirse de, hukukun her toplumda farklı şekilde tezahür ettiği de bir gerçeklik olarak ortadadır.

Evrensel ve genel geçer olmadığı kabul edildiği takdirde hukukun mahiyetinin tam olarak anlaşılabilmesi için, onun hem yatay, yani sosyolojik ve karşılaştırmalı olarak, hem de dikey, yani tarihsel bir perspektifle ele alınması gereklidir. Bir hukukî yapının doğru olarak anlaşılabilmesi için, ortaya çıktığı kültürün diğer öğelerini, örneğin epistemolojisini, antropolojisini, sosyolojisini, siyasî, felsefî, dinî, ahlakî ve ekonomik anlayış ve yapılarını göz önünde bulundurmamak kaçınılmaz hale gelecektir.¹²

⁷ Sinha, Surya Prakash, "Legal Polycentricity", *Legal Polycentricity, Consequence of Pluralism in Law* içinde, (Edit. Hanne Petersen and Henrik Zahle) USA, 1995, s. 52-3.

⁸ *Sosyal düzen kuralları* olarak adlandırılan bu kuralların bir kısmı din, bir kısmı ahlak ve bir kısmı görgü kuralları iken bir kısmı ise hukuk kurallarıdır. Bkz. Bilge, Necip, *Hukuk Başlangıcı*, Turhan Kitabevi, 13. Baskı, Ankara 1999, s. 5-12.

⁹ Care, Jennifer C. and Zorn, Jean G., "Legislating Pluralism Statutory 'Developments' in Melanesian Customary Law", *Journal of Legal Pluralism* (2001), No. 46, s. 51-2.

¹⁰ Jorgensen, Stig, *Hukuk ve Toplum*, Donkişot Yay., İstanbul 2001, s. 41.

¹¹ Sinha, a.g.e., s. 53.

¹² Hukuk kültürün bir görünümü olduğu için, tüm bu değerlerin hukukta bir izdüşümünün olduğu açıktır. Örneğin demokratik ve liberal bir siyasetin hâkim olduğu bir devlet ile baskıcı ve statükocu bir devlet arasında hukukun farklı şeyler ifade etmesi doğaldır. Aynı şekilde hukukun objesi olan insanın potansiyel suçlu ve günahkâr görüldüğü bir toplumla onun suçsuz ve günahsız görüldüğü bir toplum arasında hukukun üretilmesinden uygulanmasına kadar, birçok farklılığın olması kaçınılmazdır. Yine kültürel değerleri homojen bir toplumla, çok-kültürlü, çok-dinli veya çok sayıda etnik grubun birlikte yaşadığı bir toplum arasında, hukukun farklı bir görünüm arz etmesi doğaldır. Jorgensen, a.g.e., s. 37

Günümüzdeki anlamıyla hukukun, Batı Aydınlanma/modernleşme sürecinde ortaya çıktığı görülmektedir.¹³ Weber'in, *büyük bozumu, dünyevileşme, akılcılaştırma ve meşru akılcı otorite* gibi kavramlarla formüle ettiği aydınlanmacı/modernist düşünce, insanın bilimi kullanarak evrenin bir parçası olan toplumu, akla uygun bir tarzda yeniden düzenleyebileceğini öngörmüştür. Bu öngörü, aklın ışığında elde edilecek nesnel ve evrensel bilginin, insanlığı her geçen gün daha bayındır ve daha güzel bir dünyaya yaklaştıracığı yönündeki bir anlayışa (ilerlemeci tarih düşüncesi) dayalıdır.¹⁴

Tüm toplumsal yapıları belirli bir fikir veya dünya görüşü çerçevesinde dönüştürmeyi amaçlayan ideolojiler¹⁵, aydınlanma sürecinde tüm Batı düşüncesinin şekillenmesinde önemli bir rol oynamıştır. İdeolojilerin özellikle 19. yüzyılda tüm sosyal alanlarda etkili olmasından dolayı bu çağ, "ideoloji çağı" olarak isimlendirilmektedir. Aydınlanma/modernizm süreciyle birlikte, bilgi felsefesinde Orta Çağ'ın tanrı merkezli bilgi anlayışı reddedilerek, hümanizmin öngördüğü şekilde insan merkezli bir anlayışla, gerçek bilgiye ulaşmanın tek yolunun insanî çaba olduğu yönünde bir anlayış gelişmiş¹⁶; antropolojide akılcılık (rasyonalizm) ve soyut bir bilgi öznesine indirgenmiş ve tarihî/sosyal bağlamından koparılmış, atomistik bir insan anlayışı savunulmuş; sosyolojide toplumsal düzensizliğin kaynağının bilgisizlik olduğu ve bu konuda *büyük belirleyici* (the great definer) olarak devletin, nihai toplum modelini sunması gerektiği fikri genel kabul görmüş¹⁷ ve ahlak alanında ise objektif, rasyonel ve genel geçer ahlak anlayışını idealleştiren bir düşünce sistemi ortaya çıkmıştır.¹⁸

¹³ Modern hukuk 1769'da Rusya'da, 1780'de Prusya'da, 1786'da Pensilvanya'da, 1788'de Avusturya'da, 1791'de Fransa'da uygulanmaya başlamıştır. Bkz. Şaylan, Gencay, *Postmodernizm*, İmge Yayınevi, 2. Baskı, Ankara 2002, s. 217-18.

¹⁴ Şaylan, *a.g.e.*, s. 29-30.

¹⁵ Kesin bir tanımla yapılamamakla birlikte, ideoloji bugün olumsuz ve kötü bir anlam taşımakta, düşünce ve eylemlerinde objektif değil, ön yargılarına göre davranan, gerçekliği tanımayan, dünyayı sadece kendi ideleri ve tasarımlarına göre biçimlendirmek isteyen kimse, ideolog olarak nitelendirilmektedir. Aral, ideologun, biricik hakikat olarak kabul ettiği görüşünü bütün insanlara zorla benimsetmek, dünyaya kendi tasarımlarına göre bir yön vermek istediğini dile getirir. Bu bağlamda ideolog, irade ve eylemlerinde kendisine yön veren ide ve ideallerden söz eder; fakat bunlar gerçekliğin bilgisine değil, arzu ve mizaca dayalıdır. Daha önemlisi ise her ideolojinin bir başka ideolojiyi savunanları düşman görmesidir. Bkz. Aral, *a.g.e.*, s. 205.

¹⁶ Murphy, John W., *Postmodern Sosyal Analiz ve Postmodern Eleştiri*, (Çev. Hüsamettin Arslan), Paradigma yay., İstanbul 2000, s. 11-2;

¹⁷ Murphy, *a.g.e.*, s. 47-8

¹⁸ Küçükalp, Kasım, "Evrenselcilik", *Felsefe Sözlüğü*, V, Ebabil Yay., Ankara 2007, s. 959-964.

Batı düşüncesinde meydana gelen bu fikrî değişim, devlet ve hukuk anlayışlarını da doğal olarak etkilemiştir. Politik olarak ulus-devlet anlayışının hakim olduğu bu süreçte devlete, salt politik bir organizasyon olmanın ötesinde bir misyon yüklenerek onun hem bireyler üstü bir kimliğe sahip olduğu hem de kendine özgü gelişme yasalarının bulunduğu şeklinde bir anlayış geliştirilmiştir.¹⁹

Tüm bu düşünsel ve siyasal değişim sürecinde, kültürün bir ögesi olan hukukun olduğu gibi kalması mümkün olmamıştır. Bu modernizasyon sürecine, özellikle de ulus-devlet anlayışına paralel olarak *pozitivist hukuk* anlayışının öne çıktığı görülmektedir. Bireylere, merkezinde devletin bulunduğu soyut bir kimlik kazandırmayı hedefleyen ulus-devlet anlayışı, bu amacına ulaşabilmek için aklın ve bilimin ışığında geliştirilmiş ve mutlak anlamda doğru ve genel-geçer kurallar olarak takdim ettiği devlet hukukuna bu noktada önemli bir misyon yüklemiştir. Hukuku, devletin belirlediği kurallardan ibaret gören pozitivist hukuk anlayışına göre hukuk, insanlar arası uyumsuzlukları çözmekten daha geniş bir işleve sahiptir. Buna göre hukuk, devletin yüce ve aşkın bir tasarrufu olarak topluma bahşedilmiş ve gerektiğinde yine devlet tarafından değiştirilebilen kurallar bütünü olup, toplumsal statü ve değerleri belirleyen ve toplumsal denetim ve yönetimi sağlayan bir araç konumundadır.²⁰ Kısaca hukuk, bilgi gibi tüm bireysel ve toplumsal değerlerin temelidir.²¹

Hukuk sosyolojisi üzerine yaptığı çalışmalarıyla tanınan Boaventura de Sousa Santos, ulus-devletin XIX. yüzyılda kendi hukukunu geliştirirken iki düşman için ölüm fermanı verdiğini söyler: Sosyal ihtilal düşüncesi ve halka ait olan, devlete ait olmayan her türlü hukuk fikri.²²

Siyaset ve hukuk başta olmak üzere tüm Batı düşüncesinde oldukça etkili olan bu ideolojik düşünce yapısı, Daniel Bell'in *İdeolojinin Sonu* (The End of Ideology) adlı eserinde ifade ettiği üzere, İkinci Dünya Savaşı'ndan itibaren zayıflamaya başlamıştır.²³

¹⁹ Çaha, Ömer, "İdeoloji ile Hukuk Arasında Devlet", *Doğu Batı* (2000), Sayı 13, No. 1, s. 88

²⁰ Jorgensen, *a.g.e.*, s. 46.

²¹ Roberts, Simon, "Against Legal Pluralism", *Journal of Legal Pluralism* (1998), No. 42, s. 95.

²² Santos, Boaventura de Sousa, *The Postmodern Transition: Law and Politics*, University of Michigan Press, Michigan 1991, s. 1210-3; Güriz, Adnan, *Hukuk Felsefesi*, Siyasal Yayınevi, 5. Baskı, Ankara 1999, s. 468.

²³ Bell, Daniel, *The End of Ideology*, Harvard University Press, New York 1967'den naklen Çaha, "İdeoloji ile Hukuk Arasında Devlet", s. 89.

Bell'in ideolojinin sonu olarak nitelediği bu durum, aslında aydınlanmacı/modernist Batı anlayışında görülen çözüme sürecine denk düşmektedir. Nazi Almanyası'nda ortaya çıkan hazin tablo, Batı düşüncesinde köklü bir sorgulama sürecini başlatmıştır. Böylece modernizmin etkili olduğu tüm alanlarda sorgulayıcı ve eleştirel bir anlayış kendini göstermiştir. Bu eleştirel bakış açısı, ideolojik devlet anlayışına ve ona paralel olarak gelişen ve toplumsal kontrolü sağlamak amacıyla devlet tarafından üretilen kurallar bütünü olarak görülen pozitivist hukuk anlayışına da ciddi eleştiriler yöneltmiştir. Artık hukukun, devletin yüce ve aşkın bir tasarrufu olarak topluma bahşedilmiş ve gerektiğinde yine devlet tarafından değiştirilebilen kurallar olmadığı ve bireylerin devlete rağmen bazı temel haklara sahip olduklarını savunan bir anlayış öne çıkmaya başlamıştır.²⁴ Kökleri Antik dönem Stoacılar'ına kadar uzanan bu hukuk anlayışı, *doğal hukuk anlayışı*dır. Bu anlayışa göre, insanın gerçek doğasını niteleyen ve onu diğer canlılardan ayıran şey, onun akıl ve bilinç sahibi olmasıdır. Bundan dolayı ideal hukuk, ancak insan aklına ve bilincine uygun nitelik taşıyan hukuktur. Bu hukuk, devlet (pozitif) hukukunun üstündedir ve onun asıl kaynağıdır. Bu anlamda, doğal hukuka uygunluk göstermeyen pozitif hukuk, *meşruluk* (légalité) temelinden yoksundur. Bir hukuk kuralının bağlayıcı olması, ancak doğal hukuka uygun olmasıyla mümkündür. İşte bu anlamda, kendi hukuk kurallarını, doğal hukuk anlayışına göre belirleyen devleti ifade etmek üzere *hukuk devleti* kavramı bu dönemde öne çıkan kavramlardan biri olmuştur.²⁵

Bu dönemde doğal hukuk düşüncesine birçok eleştiri yöneltse de, hukukun kaynağının ve meşruiyetinin devletin ötesinde aranması gerektiği noktasında doğal hukukla hemfikir olan yeni bir hukuk düşüncesi öne çıkmaya başlamıştır. Bu hukuk

²⁴ Güriz, *a.g.e.*, s. 379-82; Çaha, "İdeoloji ile Hukuk Arasında Devlet", s. 101-2

²⁵ *Hukuk devleti* kavramı, ilk olarak 18. yüzyılın sonu ile 19. yüzyılın başında Alman liberalizminin temsilcilerinden J. W. Placidius (1798), Adam Müller (1809) gibi düşünürlerin geliştirdikleri bir kavramdır. Almanca *Rechtsstaat* olarak ifade edilen bu kavramı tam karşılama da İngilizcede "*rule of law*" tamlaması, hukuk devleti düşüncesini ifade eden bir kavram olarak kullanılmaya başlamıştır. Antik Çağlara kadar uzanan hukuk devleti düşüncesi, farklı şekillerde tanımlanmış olsa da, genel olarak devlet gücünün hukukla sınırlandırılması ve kişisel özgürlüğün korunması anlamında kullanılmıştır. Hukuk devleti için şu noktalar belirleyici olarak görülmüştür: a- Özgür bireyin ve onun dünyevi yaşam amaçlarının devlet düzeninin çıkış noktası olarak tanınması ve böylelikle kişiyi aşan her türlü devlet tasarımının terk edilmesi, b- Devletin amaç ve görevlerinin bireysel özgürlüğün güvenceye alınması ve bireysel gelişimin sağlanması ile sınırlandırılması, c- Devletin aklın ilkelerine göre örgütlenmesi, devlet etkinliklerinin bu ilkelere göre düzenlenmesi. Bkz. Ökçesiz, Hayrettin, *Hukuk Devleti*, Afa Yay., İstanbul 1998, s. 17-9.

anlayışı, hukukun, insanların doğalarında var olan adalet idesinde ve bu idenin toplumda şekillenmiş şekli olan örf ve adetlerde vücut bulduğuna vurgu yapan *sosyolojik hukuk anlayışı*dır. Bu anlayışa göre devletin, toplumsal norm ve değerleri yok sayması ve kendi potasında eritmesi değil, onları tanınması ve onlara yaşama imkânı vermesi, adalet idesini gerçekleştirmenin daha doğru bir yoludur.²⁶

Hukukun merkezinin devletten topluma doğru kaymaya başladığı bu dönemde, Batı'da özgürlükçü/liberal söylemlerin giderek güçlendiği görülmektedir. Bu dönemde vatandaşların devlet için var olduğunu öngören Hegelci siyasal geleneğin yerine, devletin vatandaşlar için var olduğunu savunan Lockeçu liberal siyaset düşüncesine doğru bir gidiş görülmektedir.²⁷ Bu özgürlükçü söylem, hukukî anlayışları da etkilemiş ve özgürlük odaklı bir hukuk anlayışı savunulmaya başlamıştır. Örneğin bu dönemin önde gelen hukukçularından Hayek, kanun ile özgürlük arasında ayrılmaz bir ilişki kurarak, özgürlüğü bireyin her hangi bir dış faktörün zorlamasına maruz kalmaksızın kendi kendisinin efendisi olarak, kendi seçimini kendisinin yapması olarak tanımlamıştır. Bireyin lehine bile olsa, rızası alınmaksızın yapılacak her hangi bir müdahaleyi “dışsal zorlama unsuru” olarak tanımlayan Hayek, başkasının bireye herhangi bir “iyi” tanımlamasının ve bunu kanunlar dâhil olmak üzere herhangi bir yoldan empoze etmeye kalkışmasının özgürlüğü engelleyeceğini savunur. Ona göre, *kanun bireylere ne yapmaları gerektiğini değil, yapmak istediklerini nasıl yapacaklarını gösterir*. Hayek, kanunların *tarafsız ve özgürlüklerin önünü açıcı* olması gerektiğini savunur.²⁸

Soğuk savaş sonrası giderek güçlenen liberal siyaset anlayışı da, hukukun toplumsal taleplere göre yeniden şekillenmesinde önemli bir rol oynamıştır. Buna göre, tek bir devlet ideolojisi çerçevesinde şekillenen ve kendini iç tutarlılık ve tarafsızlıkla idealize eden hukuk anlayışı yerine, toplumsal talepleri göz önünde bulunduran ve bundan dolayı farklı kültürlerin, etnik kimliklerin, dinî inançların ve dünya görüşlerinin aynı sosyo-politik ortamda yaşayabilmelerine imkân veren bir hukuk anlayışı, yükselen

²⁶ Özcan, Mehmet Tefik, *Hukuk Sosyolojisine Giriş*, Donkişot Yayınları, İstanbul 2002, s. 58-9.

²⁷ Arslan, Zühtü, “Devletin Hukuku, Hukuk Devleti ve Özgürlük Sarkacı”, *Doğu-Batı*, Sayı 13, (Kasım-Ocak 2000-01), s. 67.

²⁸ Yayla, Atilla, *Özgürlük Yolu: Hayek'in Sosyal Teorisi*, Liberte Yay., 2. Baskı, Ankara 2000, s. 32-7; Çaha, “İdeoloji ile Hukuk Arasında Devlet”, s. 103-4.

bir değer haline gelmiştir. Farklılıkların ifadesini sadece siyasal konularla sınırlayan modern ulus-devlet modeline sığmayan çok-kültürlülük, çok kimliklilik ve çoğulculuk kavramları bu dönemin en önemli kavramları haline gelmiştir.

Çoğulculuk odaklı anlayışın bu dönemde yükselmesinde önemli rol oynayan faktörlerden bir diğeri de çağdaş Batı düşüncesinde oldukça etkili olan *postmodern* söylemdir. XX. yüzyılın son çeyreğinden itibaren tüm dünyanın dikkatini çeken *postmodernizm* kavramı, modernizm sürecinde ortaya çıkan tüm anlayış ve kurumlara yönelik ciddi bir eleştiri ve ondan bir kopuşu ifade etmektedir. Aydınlanmacı/modernist tüm düşünceler gibi klasik hukuk anlayışına da ciddi eleştiriler yönelten bu düşüncenin önde gelen düşünürlerden Foucault, modern anlamıyla iktidarı, temsil özelliği olmayan ve antihümanist yönü ağır basan bir süreç olarak ele alır. Ona göre iktidar, dağılmış, belirsiz, şekilsiz, özensiz bir olgu olmasına rağmen bireylerin bedenlerini ve toplumsal kimliklerini oluşturmaya devam etmektedir. Modernizmin iktidarını iki şekilde kurduğunu söyleyen Foucault, bunların hukukî ve ekonomik modeller olduğunu belirtir. Ona göre bu modellerin modası geçmiştir ve bunlar yanlış varsayımlara dayanmaktadır. Foucault, iktidarın yönettiği egemenlik altına alma sürecini, bireyin tersine çevirmesi gerektiğini savunur. *Kendi kendini oluşturma teknolojisi* (self technology) şeklinde kavramlaştırdığı bu yolla kişiler, kendi bedenleri, düşünceleri ve duyguları üzerinde kendi iktidarlarını kurabilirler.²⁹

Postmodernist düşünürlere göre XX. yüzyıl deneyimi bireylerin fiziksel bedenlerini ve toplumsal kimliklerini oluşturmaya öngören ideolojilerin başarısız olduğunu, devlet tarafından üretilmiş bir insan modeli varsayımının gerçekçi olmadığını ortaya koymuştur. Artık ilerleme adına dahi olsa, toplumsal hedefler için insanlar üzerinde baskı kurulması meşru görülmemektedir.³⁰ Bireylerin tam bağımsızlığı, her türlü homojenleştirme ve tekdüzeleştirme projelerine karşı çıkmalarıyla mümkündür. Devletin hukuk aracılığı ile meşrulaştırmaya çalıştığı bu homojenleştirme girişimi, her türlü kültürel ve bireysel farklılıkları görmezden gelmektedir. Bu bağlamda kültür ile hukuk arasındaki ilişkiye dikkat çeken bu düşünürler, hukukun kültürel farklılıkları

²⁹ Şaylan, *a.g.e.*, s. 263, 271.

³⁰ Tekeli, İlhan, *Modernite Aşılırken Siyaset*, İmge Yayınları, Ankara 1999, s. 180.

dikkate alması gerektiği üzerinde durmaktadırlar. Zira kültür, hem özgürlükler hem de kimliğin oluşum sürecinde önemli bir role sahiptir.³¹

Postmodern söylemle biraz daha belirginleşen bu birey ve toplum merkezli özgürlükçü bakış açısı, Batı’da hukuk-kültür ilişkisine yeni bir boyut kazandırmıştır. Bu dönemde “hukukun, kültür tarafından üretildiği ve biçimlendirildiği kadar hukukun da kültürü şekillendirdiği” şeklinde bir düşünce ortaya çıkmıştır.³²

II- HUKUKÎ BİR OLGU OLARAK KÜLTÜR (KÜLTÜRÜN HUKUKSAL GÖRÜNÜMÜ)

Çağdaş birçok sosyologun kabul ettiği üzere, bireyin kimlik oluşumu için kültürel bir ortamın bulunması şarttır. Bundan dolayı etnik, dinî ya da sosyal her grubun günümüzde kendi kültürüne sahip çıkma arayışında olduğu görülmektedir.³³ Birçok düşünür, homojen olmayan toplumlarda farklı kültürlerin asimilasyonuna dayalı ortak kimlik ve ortak değerlerin yerine çok kültürlülüğün savunulmasının kimlik oluşumu ve özgürlükler için daha doğru bir yol olduğunu savunmaktadır. Özellikle postmodern düşünürler, modernizmin idealize ettiği pozitivist hukuk anlayışının hedeflediği *tam vatandaşlık* (full citizenship) anlayışının, *kültürel görünebilirlik* (cultural visibility) anlayışı ile uyuşmadığını ve *tam vatandaşlık* düşüncesinin toplumdaki farklı kültürel dokuları yok etmeyi amaçladığını dile getirirler. Bundan dolayı onlara göre, klasik

³¹ Sosyologlar, kültürün birey için iki açıdan önemli olduğunu belirtirler: Özgürlük ve bireysel kimlik. Ancak hangisinin daha öncelikli olduğu konusunda iki farklı eğilim söz konusudur. *Özgürlük temelli yaklaşım* ve *kimlik temelli yaklaşım*. Birinci yaklaşıma göre kültür, bireysel özgürlük için bir önkoşuldur ve bireysel tercihler için seçenek ve anlamlar sağlayarak onu teşvik eder. Kültürü önemli kılan şey de onun özgürlüğü destekleyici rolüdür. Bu yaklaşımın önde gelen savunucularından Kymlicka, kendimize saygımızı garantileyen şeyin, değerlerimize dayalı bir yaşam planı oluşturmak kadar, bu değerleri sorgulayıp gözden geçirmek ve gerekirse değiştirme özgürlüğü olduğunu ileri sürer. Özerkliğimizi sağlayan, özgürlüğümüzü güvence altına alan, kendimize saygımızı sağlayan, bize seçim yapmak için seçenekler ve bu seçeneklerin değeri hakkında inançlar sağlayan kültürel bağlamdır. Bu anlamda kendimize saygımız için özgürlük, sosyal bir önkoşul olduğu gibi kültürel üyelik de öyledir. Bazı düşünürler ise, kültürü önemli kılan şeyin bireysel özgürlüğü teşvik etmesi değil, özgürlüğün kimliğimizi oluşturan kültürel özdeşleşmelerimizi ve seçimlerimizi mümkün kılması olduğunu savunurlar. Onlara göre birey, özgürlüğünü kullanarak bir kültürle kendini tanımlar. Bu model, birinci eğilimde olduğu gibi, kültürel üyeliğin doğumla kazanıldığını ve birey büyüyüp geliştikçe keşfedildiğini kabul etmektedir. Bkz. Kymlicka, Will, *Çokkültürlü Yurttaşlık Azınlıkları Haklarının Liberal Teorisi* (Çev. Abdullah Yılmaz), Ayrıntı Yay., İstanbul 1998, s. 83-4; Benhabib, Şeyla, *Modernite, Birey ve Toplum* (Çev. Mehmet Küçük), Ayrıntı Yay., İstanbul 2002, s. 17-8.

³² Coombe, *a.g.e.*, s. 13, 55.

³³ Sarat, Austin and Kearnes, Thomas R., *Law in Domains of Culture*, The University of Michigan Pres. 1998, s. 2.

vatandaşlık düşüncesinin çok-kültürlülüğe imkân verecek şekilde yeniden şekillendirilmesi kimlik oluşumu ve özgürlükler için zorunludur.³⁴

Günümüz dünyasında giderek kurumsallaşan insan hakları düşüncesi ve liberal siyaset anlayışına paralel olarak hukukun, kültürel anlamlardan yararlanması gerektiği sık sık dile getirilmeye başlamıştır. Çalışmalarını hukuk sosyolojisi üzerinde yoğunlaştıran Rosemary J. Coombe, kültürel akışın, daima milli devletlerin kurallarına ve düzenlemelerine tabi olduğunu ve küreselleşen dünyada hukuk biliminin giderek kültürel anlamlar içerdiğini dile getirir. Ona göre kültür hukuka biçim verirken, hukuk da kültüre biçim vermektedir.³⁵ Bundan dolayı hukukun, sosyal realitenin yapıcısı olarak toplumsal yaşam için anahtar bir kaynak olduğu göz önünde bulundurularak onun bazı değerlerin ve sosyal ilişkilerin hem meşrulaştırılmasında hem de onlara karşı çıkılmasında önemli bir rol üstlendiğinin görülmesi gerekir.³⁶

Clifford Geertz ise bu bağlamda anlam üzerine odaklaşarak, hukukî anlamın üretimi, yorumu, tüketimi ve dolaşımı konularını irdeler. Ona göre hukukun yararlılardan, amaçlardan ve anlayışlardan ayrı düşünülmesi mümkün değildir. Zira hukuk, sosyal yaşama büyük ölçüde biçim vermekte ve çıkar ilişkilerini düzenlemektedir. Bu anlamda hukuk, ona göre sosyal ilişkilerin oluşumuna aktif olarak katkıda bulunan kültürel sürecin bir parçası, hatta yapıcısıdır.³⁷

Pozitivist hukuk düşünürleri, hukukun kültürel alanda tarafsız olması gerektiğini dile getirir. Ancak bu tarafsızlık Batı'da genellikle hukukun tüm kültürel değerleri görmezden gelmesi şeklinde olmuştur. Postmodern düşünürler artık bu anlayışın terk edilmesi gerektiğini dile getirmektedirler. Onlara göre din, ırk, cinsellik ve etnisite gibi geniş kategoriler açısından halkın kültürel kimliklerine saygı, günümüz toplumlarının temel değerlerinden olmuş ve evrensel insan hakları düzeyine ulaşmıştır. Bu noktada bütün vatandaşlara eşit saygı ilkesinden vazgeçmeden kültürel farklılıklara saygının hukuksal imkânları her geçen gün daha fazla dile getirilmeye başlamıştır. Bu bakımdan

³⁴ Yüksel, Murat, *a.g.e.*, s. 5.

³⁵ Coombe, *a.g.e.*, s. 13, 55.

³⁶ Coombe, *a.g.e.*, s. 33.

³⁷ Yüksel, Murat, *a.g.e.*, s. 7-8.

çok-kültürlülük konuları üzerinde durmak siyaset felsefecileri kadar hukuk felsefecileri için de önemli hale gelmiştir.³⁸

Küreselleşme ile giderek heterojenleşen toplumlarda farklı milletler, diller, etnisiteler, kültürler, feministler, dindarlar ve yerli sesler değişik taleplerle ortaya çıkmaktadırlar. Bu noktada önemli olan, bu farklı talepler arasında bir denge kurarak, hiçbirini yok saymadan bu taleplere cevap verebilmektir. Bu ise çok-kültürlülüğün kabulü anlamına gelir. Çok kültürlülük kavramı, tartışmalı bir kavram olsa da milli devlet içindeki sosyo-kültürel kimliklerin farklılığını ve buna uygun sosyo-politik ve hukukî düzenlemeler öngördüğü açıktır. Tie, bundan dolayı çok-kültürlülüğün bir ilerleme olduğunu dile getirir.³⁹ Çok kültürlülük üzerine yaptığı çalışmalarla tanınan Taylor ise azınlık topluluklarının ve sahip oldukları kültürlerin, canlılıklarını sürdürebilmeleri için hukuken tanınmaya ihtiyaç duyduklarını dile getirir. Bu itibarla marjinal kültürel topluluk üyeleri doğrudan doğruya hukukî korumanın yardımı olmaksızın orijinal kimliklerini kaybedebilirler. Aksi halde hukuk ile toplum arasında ciddi gerilimler söz konusu olabilmektedir. Bu gerilim ise ancak çok-kültürlülüğe uygun politikalarla çözülebilir.⁴⁰

Farklı kültürel yapıların tanınması ve buna uygun hukukî düzenlemelerin yapılmasını *kültürel adalet* şeklinde kavramsallaştıran Ross ise, genelde çoğunluğun yararları ile azınlığın hakları arasında bir mücadele olduğunu ve bunun *kültürel adaletle* çözülebileceğini savunur. Ona göre *kültürel adalet*, aynı toplumdaki farklı yapılar arasında ideal olarak sağlanacak bir adaleti ifade eder.⁴¹

Kültürel adalet veya diğer bir kullanımıyla *kültür hakkı*, hukuksal alanı da içine alacak şekilde bireyin kültürel değerlerinin korunmasını ifade eder. Kültür hakkı bireysel bazda değerlendirilebilse de, bu hakkın kullanımı ve devamının toplumsal bir boyutu vardır. Çünkü kimliğin oluşumu kültürel bir ortamı ve dolayısıyla bir topluluğu gerekli kılar. Bu yüzden bu hakkın ortak bir yaşam biçimini yaratma hakkı olduğu da

³⁸ Ross, Andrew, "Components of Cultural Justice", *Law in the Domains of Culture* (Edit. Austin Sarat and Thomas R. Kearnes), University of Michigan Pres. Michigan, 1998, s. 205.

³⁹ Tie, Warwick, *Legal Pluralism, Toward a Multicultural Conception of Law*, Brookfield 1999, s. 22-3.

⁴⁰ Taylor, C., "The Politics of Recognition" *Multiculturalism and the Politics of Recognition* içinde (Edit. C. Taylor and Amy Gutmann), Princeton. University Press., Princeton, 1992, s. 70.

⁴¹ Ross, *a.g.e.*, s. 204.

söylenbilir. Buna göre hakim kültürel yapı içinde kendine yer bulamayan azınlıkların kimlik oluşumu ve özgürlükleri tehlikeye düşmektedir.⁴²

Joseph H. Carens'in geliştirdiği üç boyutlu vatandaşlık tasnifi bu bağlamda oldukça önemli bir bakış açısı sağlamaktadır. Carens'e göre vatandaşlığın üç boyutu vardır: Kanunî boyut, psikolojik boyut ve siyasal boyut. Kişinin bir siyasal topluma aidiyeti sonucu bazı formel hak ve ödevlere sahip olması vatandaşlığın *kanunî boyutu*, siyasal toplumu yönetenleri meşru temsilciler olarak görmesi *siyasal boyutudur*. Ancak bunlardan daha önemlisi kişinin kanunen bağlı olduğu siyasî topluma, duygusal olarak da bağlanması ve o siyasal toplumun ortak kimliği ile özdeşleşmesini ifade eden vatandaşlığın *psikolojik boyutudur*. Carens, vatandaşlığın bu üç boyutunun, hem siyasal toplumun birlik ve istikrarı hem de vatandaşların dayanışma ve bütünleşmesi için oldukça önemli olduğunu belirtir.⁴³ Rawls da bu üç boyutlu vatandaşlığın gerçekleştirilmesi ile toplumun tüm fertlerinin, kendi değerlerini yaşamlarına yansıtma ve karar alma mekanizmalarında temsil edilme imkanına ulaşacaklarını ve ulusal, etnik ve dinî bakımdan farklı kimliklere sahip olmalarına rağmen onların siyasal toplumla özdeşleşebileceklerini savunur. Böylece onların sadece formel olarak değil, gerçek anlamda siyasal topluma ait olduklarını hissetmeleri sağlanacaktır.⁴⁴

Temelde politik bir tartışma olan çok-kültürlülük düşüncesi, hukukî alanı da içine alacak şekilde geniş bir perspektif çizmektedir. Küreselleşme ile de yakından ilişkili olan çok-kültürlülük düşüncesi, devlet-birey ilişkisini yeniden şekillendirmektedir. Nüfus hareketlerinin hızlandığı küreselleşme süreci, bir yandan toplumları daha kozmopolit ve daha heterojen hale getirirken, diğer yandan devletin bireye bir kimlik kazandırma ve hayatın her alanına müdahil bir hukuk anlayışı ile onu belli bir yaşam şekline (dünya görüşüne) zorlama düşüncesi gittikçe geçerliliğini kaybetmektedir. Bireyler veya onları temsil eden sivil toplum örgütleri, devletlerinden kendi kültürel kimliklerinin tanınması yönünde birçok talepte bulunmaktadır. Çünkü bu süreç, ulus-üstü ekonomik, siyasî ve hukukî oluşumları hızlandırdığı gibi ulus-altı

⁴² Tok, Nafiz, *Kültür, Kimlik ve Siyaset*, Ayrıntı Yayınları, İstanbul 2003, s. 147.

⁴³ Carens, Joseph H., "Dimension of Citizenship and National Identity in Canada", *The Philosophical Forum*, Vol. 28, No. 1-2, s. 111-24.

⁴⁴ Rawls, John, *Political Liberalism*, Columbia University Press, New York, 1996, s. 157, 194; Konuyla ilgili tartışmalar için bkz. Tok, *a.g.e.*, s. 277-80.

etnik, dinî ve millî kimlikleri de yeniden canlandırmıştır.⁴⁵ Bu durum, ulus-devlet anlayışına dayalı pozitivist hukukî yapılarda köklü değişiklikleri zorunlu kılmıştır. Ulusal anayasalarca düzenlenen temel hak ve özgürlük kategorileri çerçevesinde kişi hakları, siyasal haklar, sosyal haklar ve ekonomik haklar kategorilerinde ciddi anlayış farklılıkları görülmeye başlarken “Azınlık ve grup hakları, dayanışma hakkı, kültür hakkı⁴⁶, mülteci ve göçmen hakları”, gibi daha önce tanımlanmayan yeni hak kategorileri ortaya çıkmıştır.⁴⁷

Jürgen Habermas, özgürlüklerin giderek önem kazandığı günümüz şartlarında devlet-toplum ilişkilerinin ideal bir noktaya ulaşabilmesi için devlet tarafından ihlal edilemeyecek şekilde hukuken güvence altına alınmış, özerk bir alanda bireylerin kendi kaderlerini kendilerinin tayin edebilmelerine imkan veren bir anlayışın hakim kılınması gerektiğini savunur. Bunun için de, bireylerin yurttaş olma sıfatıyla siyasî karar alma süreçlerini belirlemeleri, yâni öncelik yasamada olmak üzere, yürütme ve yargı da dâhil, devlet yönetimini kendi kamusal belirleyiciliklerine tâbi kılabilmeleri gerekmektedir.⁴⁸

Bireyi, dolayısıyla da bağlı olduğu toplumsal birimi merkeze koyan bu bakış açısı, devlet-toplum ilişkilerinin özgürlükçü bir anlayışla yeniden düzenlenmesini öngörmektedir. Hukuk yapıcısı olarak devlet dışı unsurların da devreye girdiği bir ortamda⁴⁹, bireylerin devlet-üstü hukukun objesi olması ve bireysel haklarını kendi devletlerinin üstündeki mercilerde arama imkânına kavuşmaları, devlet-toplum ilişkilerinde önemli bir merhaledir. İlk önce Birleşmiş Milletler Cemiyeti ve ardından

⁴⁵ Bu iki yönlü süreç, *küyerelleşme* (glokalizm) kavramıyla en güzel ifadesini bulmuştur Küyerelleşme (*glocalization*) kavramı, küreselleşme kavramı gibi Roland Robertson’ın akademik çevrelere kazandırdığı bir kavramdır. Bu kavramı Robertson, küreselleşme ile yerelleşme yönündeki baskılar arasındaki kopmaz birliği ifade etmek için kullanmaktadır. Bu kavram küreselleşme ile yerelleşme (*globalization+localization*) kavramlarının birleşiminden ibarettir. Bkz. Robertson, Roland, *Küreselleşme*, (Çev. Ü. Hüsrev Yolsal), Bilim ve Sanat Yay. Ankara 1999, s. 284-5.

⁴⁶ Uluslararası Siyasî ve Medenî Haklar Sözleşmesi’nin 27. maddesi, etnik, dinsel veya dilsel azınlıkların bulunduğu bir devlette, böyle bir azınlığa mensup kişilerin grubun diğer üyeleri ile birlikte toplu olarak kendi kültürel haklarını kullanmaları, dinlerine göre ibadet etme ve uygulamaları veya kendi dillerini kullanma haklarının engellenemeyeceğini karara bağlamıştır.

⁴⁷ Yüksel, Mehmet, *Modernite, Postmodernite ve Hukuk*, Siyasal Kitabevi, Ankara 2002, s. 178.

⁴⁸ Habermas, Jürgen, *Küreselleşme ve Milli Devletlerin Akitebi* (Çev. Medeni Beyaztaş), Bakış Yay., İstanbul 2002, s. 148-9; Köker, Levent, “Seçim Sistemi ve Siyasî Çoğulculuk: Demokratik Meşruluk Açısından Bir Değerlendirme”, *Anayasa Yargısı Dergisi* (2006), No. 23 s. 199-200.

⁴⁹ Richard Falk, artık hukuk yaratma sürecinde devletler yanında sivil toplum örgütleri ve uluslar-arası düzeyde etkinlik gösteren hükümetler arası ve hükümetler dışı organizasyonların da büyük rol oynamaya başladığını belirtmektedir. Bkz. Falk, Richard, *Küreselleşme ve Din*, (Çev. Hasan Tuncay Başoğlu), Küre Yayınları, İstanbul 2003, s. 87.

daha etkili bir şekilde şekillenen Avrupa Birliği örnekleri, devlet üstü hukukun oluşması ile bireylerin aynı anda birden fazla hukukun öznesi haline getirilmesi, diğer taraftan azınlık hakları, din ve inanç özgürlüğü, kültür hakları vb. konularda birçok devletin taraf olduğu uluslararası anlaşmalar, yerleşik hukuk anlayış ve yapılarını değişime zorlamaktadır.

İşte böyle bir ortamda savunulan *hukukî çoğulculuk* düşüncesi, hukuk ile kültür arasındaki iki yönlü ilişkiden hareketle, hukukun devletin müdahalesi olmaksızın sosyal bünyenin ürettiği bir gerçeklik olduğunu savunur. Sömürgecilikle birlikte Batı'nın daha yakından tanıma imkanı bulduğu Batı dışı toplumlardaki devletten bağımsız olarak toplumsal birimlerin ürettiği ve başarılı olarak uyguladığı hukuka referansla böyle bir hukukî yapının uygulanabilirliğini savunan bu düşünürler, ulus-devlet anlayışına dayalı, merkezî hukuk anlayışının etkinliğini hala sürdürdüğü bir politik ortamda, devletten tamamen bağımsız olarak yasama ve yargı gücüne sahip sosyo-kültürel birimleri idealize etme yerine, daha çok kültürel değerlerin hukukî zeminde tanınması gayretini içindedirler. Onlara göre kültürel değerlerin hukukî olarak tanınması, hem kişisel gelişim hem de özgürlükler açısından savunulması gereken bir düşüncedir.

Hukukî çoğulculuk düşüncesinin postmodern dönemin hukuk anlayışı olduğunu savunan Santos, postmodern dönemde rastlanan modern kurum ve söylemlere karşı duruş ve ondan ciddi anlamda bir kopuşun, hukuk alanında hukukî çoğulculuk düşüncesinde görüldüğünü belirtir.⁵⁰ Bu durum, hukukun kültürün bir görünümü olduğu tezini güçlendirmektedir. Hukukî çoğulculuk düşüncesinin Batılı çevrelerde savunulur hale gelmesinin, Batı kültüründe görülen köklü değişimden bağımsız olarak değerlendirilmesi mümkün değildir. İster hukukun kültürün bir unsuru olduğu noktasından, isterse kültürün hukuksal imkânlarından hareket edilsin, her iki durumda da Batı dünyasında yaşanan ciddi bir değişimin var olduğu görülecektir. Bu köklü değişimin yakından incelenmesi, hukukî çoğulculuk düşüncesinin anlaşılması için oldukça önemlidir. Zira hukuku, ortaya çıktığı kültürel ortamdan soyutlayarak değerlendirmek ne hukukun mahiyetini ne de onda görülen değişimi sağlıklı bir şekilde anlamamıza imkan verir. "*Hukukî Çoğulculuk Düşüncesinin Dış Dinamikleri*" olarak adlandırdığımız Batı'da görülen bu teorik (felsefi) değişimin daha yakından incelenmesiyle işe başlamak kanaatimizce yerinde olacaktır.

⁵⁰ Santos, Boaventura de Sousa, "Law: A Map of Misreading, Toward a Postmodern Conception of Law", *Journal of Law and Society* (Autumn, 1987), Vol. 14, No. 3. s. 279-80.

BİRİNCİ BÖLÜM

HUKUKÎ ÇOĞULCULUĞUN DIŞ DİNAMİKLERİ

Hukukun, olgusal değil normatif bir bilim olduğu hukuk kitaplarında sık sık belirtilen bir gerçektir. Yani hukuk, olanı değil olması gerekeni inceler. Bu yönünden dolayı hukuk, bazı değerler ve ilkelerden hareket etmek zorundadır. Bir fiilin yasa dışı, bir başka fiilince yasal olarak değerlendirilmesi, ancak bu şekilde mümkündür. İster toplum tarafından isterse devlet tarafından üretilsin bir hukuk kuralı, kendisini bir şekilde meşrulaştırmak zorundadır. Bu meşrulaştırma ameliyesi ise hâkim gücün isteğine bağlı olarak bazen akıl, bazen din, bazen de toplumsal kanaatle yapılır ve bunların doğruluğu ayrıca sorgulanmaz. Ancak bir hukuk kuralının meşruluğu için aklın, dinin veya toplumsal kanaatin yeterli görülmesi bir takım ön kabullere dayalıdır. Örneğin bir hukuk kuralının akılla meşrulaştırılabilmesi, birçok karmaşık sorunun çözümlenmesinden sonra ancak mümkündür. Mutlak ve genel-geçer bir hakikat var mıdır? İnsan mutlak hakikati bulabilir mi? İnsan hakikati ancak akıyla mı bulabilir? Akıl hakikatin bulunmasında tek başına yeterli midir? Bilimsel bilgi gerçeğin tek kriteri midir? Bu ve benzeri birçok soruya “evet” cevabının verilmesi ise, epistemoloji (bilgi felsefesi), antropoloji (insan bilim), sosyoloji, etik, genel olarak felsefe vb. birçok alandaki bir tercihin sonucunda mümkündür. Özetle bir fiilin meşru veya gayri meşru kabul edilmesi, küllî bir dünya görüşüne dayanmaktadır. Bundan dolayı hukuk bilimi, yukarıda saydığımız bilim dalları başta olmak üzere birçok yan alanla ilgilenmek zorunda kalmıştır.

Hukukî çoğulculuk düşüncesinin postmodern dönemin hukuk anlayışı olduğunu dile getiren Santos, aslında bu hukuk düşüncesinin aydınlanmacı/modernist Batılı bir dünya görüşünü reddettiğini ifade etmiş olmaktadır. Öyleyse hukukî çoğulculuk düşüncesi nasıl bir dünya görüşüne, hangi aksiyomlara dayanmaktadır? Onu yerleşik Batılı hukuk anlayışından ayıran nedir? Böyle bir hukuk anlayışının sistemli ve kurumsallaşmasını tamamlamış Batı dünyasında meşruiyet bulmasına imkân veren dinamikler nelerdir?

Hukukî çoğulculuk kavramının oluşmasında ve yayılmasında önemli kilometre taşlarından biri olan John Griffiths, hukukî çoğulculuğun *ampirik bir olgu* veya *politik bir şart* olarak ortaya çıktığını belirtir. Buna göre bu düşünceyi, hem fiilî hem de teorik bir durumun ortaya çıkardığı bir gerçeklik olarak ele almak mümkündür. Daha önce

tarafıtar bulamamasına rağmen, bu hukuk düşüncesinin 1970’li yıllardan itibaren giderek ivme kazanması, Batı’da bir değişim ve dönüşümün olduğunu göstermektedir. *Hukukî Çoğulculuğun Dış Dinamikleri* olarak adlandırdığımız bu değişim ve dönüşümü, bu bölümde üç başlık altında ele alacağız. Öncelikle *Kuramsal Dönüşüm* başlığı altında bilgi kuramı, insan kuramı, toplum kuramı ve ahlak kuramındaki değişimi, daha sonra *Siyasal Dönüşüm* ve *Hukukî Dönüşüm* konularını ele alarak hukukî çoğulculuk düşüncesinin dayandığı zihnî yapıyı ortaya koymaya çalışacağız.

I- KURAMSAL DÖNÜŞÜM: MODERNİTEDEN POSTMODERNİTEYE

Kuram, bilindiği üzere belli bir düşüneyi kavramsallaştırmak amacıyla başvuru, sistemli tanımlar, gözlemler, koşullar ve ilkeler bütünüdür. Buna göre, her bilim ve teorisinin belli bir kuramsal dayanağının olması kaçınılmazdır. XX. yüzyılın ikinci yarısında Batılı hukuk çevrelerinde ortaya çıkan ve klasik hukuk nosyonunda ciddi değişiklikleri öngören *hukukî çoğulculuk teorisinin*, klasik hukukun dayandığı kuramsal anlayıştaki değişimin bir sonucu olduğu söylenebilir. Çok boyutlu bir yapıya sahip olan hukuk düşüncesini, doğrudan veya dolaylı olarak etkileyen birçok faktörden söz etmek mümkündür. Hukukun statik bir yapıdan çok dinamik bir yapı olmasının en önemli sebebi de, dayandığı kuramların değişime açık olmasıdır.

Analitik bir bakışla ele alındığında dünya üzerindeki hukukî yapıların kahir ekseriyetinin, Batı medeniyetinin etkisi altında oluştuğu, Batı medeniyetinin tarihsel şartları yoluyla üretildiği, Batı’nın insan, toplum ve devlet anlayışına göre şekillendiği ve Batılı bir anlayış çerçevesinde tanımlanmış hak ve sorumluluk anlayışına dayandığı söylenebilir.¹ Batılı anlayış derken de Aydınlanma düşüncesi ile şekillenen Avrupa merkezli bir anlayış kastedilmektedir. Ancak XX. yüzyılın son çeyreğinde bu yerleşik anlayışta bir kırılma, bir değişim ve kendini sorgulayıcı bir tavrın ortaya çıktığı görülmektedir. Daha çok *postmodernizm* kavramı ile ifade edilen bu durum, çoğu düşünöre göre, aydınlanmacı/modernist Batılı anlayışın toptan ve radikal bir eleştirisinden ibarettir. Bu eleştirisi, yerleşik düşüneyi yeniden kurmaktan ziyade, bütünüyle reddetmeye veya ondan bir kopuşa daha yatkındır. Bu ret ve kopuşun sebebi

¹ Sinha, *a.g.e.*, s. 52-3.

ise, aydınlanmacı/modernist söylemin vâdettiği özgür ve güvenli bir dünyanın gerçekleştirilememiş olmasıdır.²

Max Weber (1864-1920) tarafından ifade edildiği şekliyle *modernizm*, kilise ve feodalitenin baskısı altında ezilen Avrupa insanı tarafından, XVI. yüzyıldan itibaren ortaya çıkan Rönesans ve Reform hareketinin, Orta Çağ karanlığından bir kurtuluş, yani bir *aydınlanma* olarak görülmesini ve eski çağlara ait düşüncelerin reddedilerek bu çağa ait (modern) fikirlerin savunulmasını ifade eden bir kavramdır.³

Aydınlanma düşüncesi, Orta Çağda hak ettiği değeri göremeyen insanı, evrende ayrıcalıklı bir konuma oturtarak işe başlamıştır. *Hümanizm* denilen bu insan merkezli anlayış ile insan, sahip olduğu akıl sayesinde tüm fenomenleri anlama ve anlamlandırmada tek yetkili görülmeye başlanmıştır. Artık, aklın ve bilimin egemen olduğu bu süreçte, bilimsel bir dayanağı olmayan herhangi bir inancın, toplumsal ve siyasal örgütlenme biçiminin kabul edilmesi mümkün değildir.⁴

Bu rasyonalist bakış, insanın bilimi kullanarak önce tabiatın, sonra da evrenin bir parçası olan toplumun, akla uygun bir tarzda yeniden düzenlenebileceğini öngörmektedir. Bu öngörü, aklın ışığında elde edilecek nesnel ve evrensel bilginin, insanlığı her geçen gün daha medeni ve daha güzel bir dünyaya yaklaştıracağına dair bir kabulün (ilerlemeci tarih anlayışı) vücut bulmasına zemin hazırlamıştır.⁵ Weber'in, *büyük bozumu*, *dünyevîleşme*, *akılcılaşıma* ve *meşru akılcı otorite* gibi kavramlarla formüle ettiği aydınlanmacı/modernist düşünce; kapitalizm ve liberal siyasî düşünce ile daha fazla güç kazanmış ve XX. yüzyılın son çeyreğinde, sosyalizmin siyasal gerçeklik olma özelliğini yitirmesi ile alternatifsiz bir sistem konumuna gelmiştir. Bu dönemde, insanlığın yakalayabileceği en yüksek değerlere ulaşıldığına gönderme yapan *tarihin sonu tezi*⁶, birçok düşünür tarafından savunulmaya başlamıştır. Ancak aynı dönemlerde

² Şaylan, *a.g.e.*, s. 109-10.

³ Lash, Scott, "Modernite mi, Modernizm mi? Weber ve Günümüz Toplumsal Teorisi" (Çev. Mehmet Küçük), *Modernite Versus Postmodernite* içinde (Der. Mehmet Küçük), Vadi Yayınları, Ankara 1993, s. 63-4.

⁴ Kale, Nesrin, "Modernizmden Postmodernist Söylemlere Doğru", *Doğu Batı*, Yıl: 5, Sayı: 19 (2002), s. 29.

⁵ Şaylan, *a.g.e.*, s. 29-30.

⁶ Fukuyama'nın dile getirdiği *tarihin sonu* tezine göre modernizmin temelini attığı, kapitalizm ve liberal temsili demokrasi ile şekillenen Batılı dünya görüşü, alternatifi olmayan ideal ve evrensel bir

ortaya çıkan ve modern düşünceye köklü eleştiriler yönelten *postmodernizm*, başta felsefe olmak üzere, modernist/aydınlanmacı düşüncenin izlerini taşıyan tüm disiplinlerde etkinliğini göstermeye başlamıştır.⁷

Postmodernizm, 1980’li yıllardan itibaren, giderek artan bir yaygınlıkla entelektüel ve kültürel çevrelerin en önemli tartışma konusu olmuştur. Postmodern söylem, mimariden estetik anlayışına, epistemolojiden ahlaka, sosyolojiden bilim felsefesine kadar uzanan çok geniş bir alanda etkili olmuştur.⁸ Kökleri Nietzsche ve Heidegger’e kadar uzanan postmodernizm; “yapı-söküm (deconstruction) yöntemi”yle modernizmin nesnel ve evrensel bilim düşüncesini; “insanın öldüğü” teziyle *ussallık* ve soyut bir bilgi öznesine indirgenmiş insan anlayışını, “terörist iktidar” suçlamasıyla birey ve toplumları tek tipleştirilen yönetim anlayışlarını ve nihayet “öteki düşmanlığı” üzerine kurulmuş bir ahlak suçlamasıyla da modern ahlakî kabulleri reddetmiştir.

Postmodernizm, modernizme karşı her anlamda bir karşı duruş sergileyerek özgürlüğe, göreceliğe ve çoğulculuğa vurgu yapmaktadır. Bu tavrından dolayı postmodernizm, epistemolojiden ahlaka, siyasetten hukuka kadar her alanda özgürlükçü, göreceli ve çoğulcu bakış açısını öne çıkarmıştır. Her alanda dile getirdiği eleştirilerinden dolayı postmodernizmin, Batı düşüncesinde yaşanan külli bir değişim ve dönüşümü ifade ettiği söylenebilir.

A. Bilgi Kuramında Dönüşüm

Modernizmden postmodernizme geçişle birlikte yaşanan en köklü değişim, bilgi felsefesinde (epistemoloji) kendini gösterir. Postmodernizmi modernizm karşısında güçlü kılan da, onun, modernist bilgi felsefesine yönelttiği ciddi eleştirilerdir. Postmodernizme göre nesnel, evrensel ve hakikati birebir temsil eden bir bilgi anlayışı, savunulması mümkün olmayan bir iddiadır. Onun yerine, kişiler-arasına dayalı (entersübjektif), çok katlı ve göreceli bir bilgi anlayışı gerçeğe daha yakındır.

anlayışı temsil etmektedir. Bkz. Fukuyama, Francis, *Tarihin Sonu mu?*, Vadi Yay., 2. Baskı, Ankara 1999, s. 22-50.

⁷ Yüksel, Mehmet, *a.g.e.*, s. 5; Şaylan, *a.g.e.*, s. 19-21.

⁸ Şaylan, *a.g.e.*, s. 50-9.

Postmodernistlere göre bilginin bu şekilde kabul edilmesi ile bilginin araçsallaştırılarak bir tahakküm aracı ve dogma haline getirilmesinin de önüne geçilmiş olacaktır.⁹

1) Modernizmin Bilgi Anlayışı

Modernizm düşüncesi, Orta Çağ'ın tanrı merkezli bilgi anlayışını reddetmiş ve hümanizmin öngördüğü şekilde insan merkezli bir anlayışı benimsemiştir. Gerçek bilgiye ulaşmak için tanrının müdahalesi yerine insanî çabaya gerek vardır.¹⁰ Tanrının dâhil olmadığı bir bilgi anlayışının oluşması için, modern bilim anlayışının hareket noktası *neden* değil, *nasıl* sorusu olmuştur. Galilei Galileo (1564-1642)'nin “ben taşın ya da bir cismin neden yere düştüğü ile değil nasıl düştüğü ile ilgileniyorum” sözü, modern bilim anlayışının yöntemini yansıtmaktadır. Burada açıkça görüldüğü üzere, Galileo, bir anlamda *nedensellik* düşüncesini XVII. yüzyılda bilimin dışında tutmaktadır. Çünkü *nedensellik* bağı sürdürülecek olursa, ya da bir başka deyişle “nedenin nedeni” araştırılmaya başlanınca, bu süreç metafiziğe kadar gidecek ve tanrının müdahil olduğu bir bilim anlayışına yeniden dönmüş olacaktır. Bundan dolayı Galileo, ünlü *serbest düşüş yasasını*¹¹ ortaya atarken *nedeni* değil *nasıl* temel hedef olarak belirlemiştir. Bu tutumuyla Galileo, bilgiyi, ölçülebilir ilişkiler ve etkileşimler çerçevesinde ele almıştır.¹²

Modernite sürecinde bilgi felsefesi, temelde iki sorunun cevabını aramıştır: *Bilginin kaynağı nedir? Bilginin içeriği ve elde edilmiş yöntemi nedir?*

i) Bilginin kaynağı: Bu konuda, modernist düşünürler temel iki eğilim göstermişlerdir: *İdealizm*¹³ ve *realizm*¹⁴. *İdealizme* göre hakikat, ancak fikir, düşünce,

⁹ Küçükalp, Kasım, *Nietzsche ve Postmodernizm*, Paradigma Yay., İstanbul 2003, s. 100-9

¹⁰ Murphy, John W., *Postmodern Sosyal Analiz ve Postmodern Eleştiri*, (Çev. Hüsamettin Arslan), Paradigma yay., İstanbul 2000, s. 11-2.

¹¹ Serbest düşüş yasası; serbest ya da boşluktan düşen bir nesnenin aldığı mesafenin, düşme süresinin karesiyle doğru orantılı olduğunu kabul eden fizik yasasıdır. Bu ilişki ağırlıkları veya maddesel nitelikleri ne olursa olsun tüm nesnelere için geçerlidir.

¹² Şaylan, *a.g.e.*, s. 157-8.

¹³ İdealizm, tarihi süreçte birbirinden farklı şekillerde ele alınmıştır. Örneğin Platon'un bilgi anlayışı nesnel idealizm, Berkeley'inki öznel idealizm, Fichte ve Hegel'inki diyalektik idealizm olarak isimlendirilirken, Kant'inki ise deneyüstü (transendental) idealizm olarak isimlendirilmiştir. Nesnel idealizm anlayışına göre insan düşüncesindeki her şeyin bir mükemmel modeli vardır ve bilginin işlevi bu mükemmel modele ulaşmaktır. Öznel idealizmde ise düşünme ön plandadır ve varlık bireyin düşüncesi ile temellendirilmektedir. Diyalektik idealizm Berkeley'in ünlü “neyi düşünüyorsam o vardır” çözümlemesi idealizmin en uç biçimidir. Şaylan, *a.g.e.*, s. 167-8.

kavram ve tasarım gibi *idealar* veya bunları kuran uslar, zihinler ve *benler* aracılığı ile elde edilebilir.¹⁵ Platon'a kadar götürülebilecek olan bu düşünce biçimi, Aydınlanma döneminde George Berkeley (1685-1753), David Hume (1711-1776), Immanuel Kant (1724-1804), Friedrich Hegel (1770-1831) gibi birçok ünlü düşünür tarafından savunulmuştur. Bu düşünürlere göre, deneye başvurmaksızın, sırf düşünce (spekülasyon) ile varlık hakkında kesin bilgiye ulaşmak mümkündür.¹⁶

Realizm (gerçekçilik) ise bilginin kaynağının zihnin dışındaki dış dünya olduğunu savunur. Bu düşünce akımı, idealizmin tersine, varlığın düşünceden ayrı olduğunu, var olduğu düşünülen her şeyin, bilen öznenen, bilinçten, algılayan ya da duyumsayan bir *benden* bağımsız olarak kendi başına bir varlığa sahip olduğunu kabul eder ve bilginin kaynağının bu varlıklar olduğunu savunur.¹⁷ Bu noktada kendini gösteren süje-obje ikilemi, modernist düşünce üzerinde derin izler bırakacaktır.

Modernite sürecinde cevap aranan diğer bir soru ise *bilginin içeriği* ve *elde edilişi* ile ilgilidir. Bu konuda da başlıca iki düşünce tarzı gelişmiştir: İlki, insanın akıl içeriklerine, yani tüm potansiyel bilgilere sahip olarak dünyaya geldiğini kabul eden ve Yeni Çağ felsefesinin kurucusu kabul edilen René Descartes (1596-1650)'ın ünlü "düşünüyorum öyleyse varım" (*cogito ergo sum*) önermesi¹⁸ ile formüle edilebilecek *rasyonalizm (uşçuluk)*¹⁹ ve buna karşılık insan aklının herhangi bir içeriğinin

¹⁴ Geçmiş Aristoteles'e kadar götürülebilen "Gerçekçilik" düşüncesi, felsefe tarihinde birbiriyle çatışan çok çeşitli anlamlarda kullanılmasına rağmen, özellikle 20. yüzyılın başlarından itibaren idealizmin karşıtı olarak kullanılmıştır. Bu düşünceyi Yeni Çağ'da en iyi temsil eden Locke olmuştur. Amerika ve İngiliz felsefe çevrelerinde ağırlık kazanan "Gerçekçilik Okulu" ise geçtiğimiz yüzyılda bu düşüncenin öncülüğünü yapmışlardır. Wittgenstein, Russell, Moore ve Brode gibi düşünürlerin oluşturduğu bu okul, ağırlıklı olarak dil üzerinde durmuşlardır. Bkz. Ulaş, Sarp Erk, *Felsefe Sözlüğü*, Bilim ve Sanat Yay., Ankara, 2002, s. 594-5.

¹⁵ Ulaş, *a.g.e.*, s. 713.

¹⁶ İdealizmin önde gelen düşünürlerinden olan Hegel, süje ile objenin, aynı aklın değişik biçimlendirmeleri olduğunu, objenin kendisinin de süje gibi akla dayandığını savunur. Yani ona göre, objenin kesin bilgisine, ancak akılla ulaşılan kavramlar üzerinde düşünerek ulaşılabilir. Hegel, her ussal (rasyonel) olan şeyin gerçek (reel) olduğunu, duyu organları yoluyla elde edilen bilgilerin ise kesin, genel-geçer bilgiler olmadığını düşünür. Bkz. Gökberk, Macit, *Felsefe Tarihi*, Remzi Yay., 12. Baskı, İstanbul 2000, s. 387.

¹⁷ Ulaş, *a.g.e.*, s. 594.

¹⁸ Descartes'ın bu önermesi, bilinç ile bilincin dışındaki dünyayı (süje ile objeyi) birbirinden kesin olarak ayırmış ve tüm sosyal bilimlere etkileyecek olan kartezyen düşüncenin ortaya çıkmasına zemin hazırlamıştır. Bkz. Gökberk, *a.g.e.*, s. 235.

¹⁹ Rasyonalizm akımı, zihin ile dünyanın birbiriyle tam bir uyum içinde bulunduğunu, gerçek olanın zihinsel, zihinsel olanın da gerçek olduğunu kabul eder. Bundan dolayı duyu organlarıyla ulaşılan verilerden ziyade, doğuştan gelen *a priori* bilgileri belirleyici olarak görür. Platon'un *ideaları*,

olmadığını, dış dünyaya ait bilgilerin, ancak deney ve gözlem yoluyla elde edilebileceğini kabul eden ve John Locke (1632-1704)'un “insan aklı, boş bir tahta (*tabula rasa*)dır” şeklindeki iddiası ile özetlenebilecek *ampirizm* akımıdır²⁰.

Modernite boyunca rasyonalistler ile ampiristler arasındaki süje-obje dualitesinin oluşturduğu bu gerginlik çok uzun süre devam etmiş ve birçok düşünür bu karşıtlığı gidermeye yönelik teoriler geliştirmişlerdir. Bu yolda en ciddi adım, Immanuel Kant tarafından atılmıştır.²¹ Kant, bilginin öznesinin insan, kaynağının ise dış dünya olduğunu kabul eder. Ancak ona göre, insanın dış dünyayı gözlemleyerek elde ettiği bilgi, ham bilgidir ve rafine edilmesi gerekir. Bu noktada akıl devreye girer ve duyu organları ile elde edilen bilgiler *akıl kategorileri*²² aracılığıyla sistematize edilir ve gerçek bilgi olma vasfı kazanır.²³ Bu çözümlenmesi ile Kant, ampirist bakış açısıyla rasyonalist bakışı sentezleme yoluna gitmiştir.

Kant, diğer modernist düşünürler gibi gerçek bilgiyi metafizik alandan uzak tutmak istemişse de, bilginin üretilmesi aşamasında başvurduğu *akıl kategorileri* kavramı, onun felsefesini metafizik alana kaydırmıştır. Zira bu kategoriler, Kant'a göre,

Descartes'ın *doğuştan düşünceler*'i Kant'ın *a priori* bilgileri rasyonalist bir bakışla temellendirilmiş felsefe kategorileridir. Bkz. Ulaş, *a.g.e.*, s. 1483

²⁰ Aydınlanmanın önde gelen düşünürlerinden Thomas Hobbes (1588-1679), gerçeği yansıtan bilginin kaynağının; insanın duyu ve izlenimleri olduğunu ileri sürmüştür. Onu takip eden John Locke (1632-1704) ise, bilgilendirme sürecinin ancak deney yoluyla olabileceğini (ampirizm) savunmuştur. Locke'a göre insan aklı, boş bir levhadır (*tabula rasa*) ve insan, duyu organları ile kendi dışındaki evreni kavrayacak ve onun hakkında kesin bilgilere ulaşacaktır. Yani insan dışında bir evrenin varlığı kabul edilmekte ve bilginin konusu aklın dışındaki bu evren olmaktadır. Bkz. Weber, Alfred, *Felsefe Tarihi* (Çev. H. Vehbi Eralp), Sosyal Yay., 5. Baskı, İstanbul 1993, s. 262-3

²¹ Şaylan, *a.g.e.*, s. 169

²² Kant'a göre aklın 12 kategorisi vardır. O, aklın bu kategorilerinin *önerme biçimlerinden* oluştuğunu, insana doğuştan ve eşit olarak verildiğini belirtir. Bunlar, bilgiden önce gelir ve duyuyla elde edilen bilgileri düzenler. Bu kategoriler bilgi değildir. Bilgi, duyu verilerinin bu kategorilerce işlenmesinden sonra ortaya konan önermedir. Kant, bilginin oluşumunda 12 kategori yani önerme biçiminin olduğunu belirtir. Bu kategoriler şunlardır: 1-Evrensellik, 2-Tikellik, 3-Tekillik, 4-Olumluluk, 5-Olumsuzluk (Negasyon), 6-Sınırlılık, 7-Kategoriklik, 8- Koşulluluk (Hipotetiklik), 9- Seçmelilik (Disjunktiflik), 10-Problematik, 11- Savlayıcı önerme (Assertorik), 12- Zorunluluk (Apodiktik).

²³ Bilginin mahiyeti üzerinde durduğu “Salt Aklın Kritiği” adlı eserinde Kant, rasyonalizm ile ampirizmi sentezleyerek bir çözüm önerisinde bulunsa da, bilgi konusunda bazı yeni sorunları beraberinde getirmiştir. Eğer bilginin konusu dış dünyadaki madde ya da nesne ise ve bu bilgi ancak bilinç içerikleri ile ortaya çıkabiliyorsa, o zaman bilgi üreten insan niçin yanılmakta ve yanlış yapmaktadır? Acaba yanılma ya da yanlış yapma, bu çözümlenme doğrultusunda aklın ya da bilincin bir oyunu mudur? Eğer insan bilinci zaman zaman oyun oynuyorsa *doğru bilgi* konusunda nasıl bir güvence söz konusu olacaktır? Kant, ortaya çıkan bu paradoksal durumu *antinomi* kavramı ile gidermeye çalışmıştır. *Antinomi* düşüncesi, doğru bilginin tek olmadığını, aynı anda zıt olan şeylerin de doğru kabul edilebileceğini ifade etmektedir. Bkz. Weber, *a.g.e.*, s. 305-7.

insanda *a priori* olarak, yani doğuştan vardır ve bunların sonradan kazanılması söz konusu değildir. Kant bu görüşleriyle, bilgi anlayışında *doğuştan düşüncelere* yer veren Descartes gibi metafizik bir boyutu kabul etmiştir.²⁴

Bilginin kaynağı ve elde ediliş yöntemi noktasında ortaya çıkan süje-obje karşıtlığı, XIX. yüzyılda Hegelcilik'in²⁵ zayıflaması ile obje lehine dönmüş, Almanların öncülüğündeki suje merkezli idealist bilgi anlayışı karşısında, XIX. yüzyılda realist bilgi anlayışına sahip *pozitivizm* ortaya çıkmıştır. Auguste Comte (1798-1857) tarafından kavramsallaştırılan ve bilhassa epistemoloji ve sosyoloji alanlarında oldukça etkili olan *pozitivizm* düşüncesi, her türden bilginin kayıtsız şartsız olgulara ya da gerçeklere dayandırılmasını öngörür. Comte'un üç hal çözümlemesine²⁶ dayanan bu düşünceye göre, bilgi edinme sürecinde yalnızca olgular dünyasını ve onun temelini oluşturan deneye açık yasaları esas almak ve bunların dışındaki metafizik açıklamaları reddetmek gerekir.²⁷ Pozitivizme göre doğru bilgi, *bilimsel* olandır. Bilimsel bilgi ise ölçülebilen, nesnel ve doğruluğu zaman ve mekân ile sınırlı olmayan, genel-geçer (evrensel) bilgidir ve bu bilgiye kayıtsız şartsız güven duyulması gerekmektedir.²⁸

Pozitivist bilgi anlayışına göre bir bilgi veya bilim önermesinin aynı anda hem doğru hem de yanlış olması veya birbirine zıt iki şeyin aynı anda doğru olması mümkün değildir. Her sorunun ancak bir tane doğru yanıtı olabilir. Bu doğru bilgiye, ancak

²⁴ Gökberk, *a.g.e.*, s. 352-3.

²⁵ Hegelcilik, Hegel'in mutlak idealizmini ve diyalektik yöntemini benimseyen ve bu yönde sistematik bir yönelim gösteren felsefe eğilimidir. 19. yüzyıl felsefesinin önemli akımlarından biri olmuştur. Bkz. Ulaş, *a.g.e.*, s. 654-6.

²⁶ Auguste Comte, toplumların bilgi üretme ve bu bilgiyi temellendirme açısından üç farklı aşamadan geçerek geliştiklerini savunur: ilkel ve çocuksu aşama olan teolojik aşama, metafizik aşama ve pozitivist aşama. Pozitivist aşama, Comte'a göre bilimin egemen olduğu aşamadır ve insanın bilgilenme süreci de bu üç aşamadan geçerek gelişmektedir. Bkz. Weber, *a.g.e.*, s. 396-7.

²⁷ Pozitivizmin bilgi anlayışı, Thomas Hobbes (1588-1679) gibi bazı düşünürler tarafından 17. yüzyılda dile getirilmiştir. Hobbes, gerçek bilgiye duyu izlenimleri aracılığı ile ulaşılabileceğini, ancak insanların kendilerini duygu ve diğer bütün öznel etkilerden kurtarmaları gerektiğini savunmuş ve bunun da insan aklının, olayları gerçekleştikleri şekilleri ile kesin tarzda "kopya" etmesi ile mümkün olabileceğini belirtmiştir. Ancak Hobbes, pozitivistlerden farklı olarak bu bilginin yalnızca belirli bir zamandaki bakış açısını sergilediklerini ve insanların duyularla dünyanın dağınık bir resmini elde ettiklerini ileri sürerek, böyle bir bilginin genel-geçer kabul edilemeyeceğini söylemiştir. Bkz. Murphy, *a.g.e.*, s. 21-2.

²⁸ Gökberk, *a.g.e.*, s. 412-8.

ampirizm yani *tümevarım* yoluyla ulaşılabilir. *Tümevarım* yoluyla elde edilen bilgilerden ise yeni bilgiler üretebilmek (tümdengelim) mümkündür.²⁹

Pozitivizmin nesnel, genel-geçer (evrensel) ve gerçekliğin biricik temsili olan bir bilim anlayışına paralel olarak, XX. yüzyılın başlarında, olgusal ve mantıksal gerçekliği temsil eden *nesnel bir dilin* mümkün olduğunu savunan *mantıkçı pozitivistler* ortaya çıkmıştır. Bilim felsefesi alanında önemli bir yere sahip olan ve Viyana Çevresi düşünürleri olarak da bilinen *mantıkçı pozitivistler* (mantıksal ampirizm okulu/neo-pozitivizm), felsefelerini dilin ve dolayısıyla önermelerin çözümlenmesine dayandırmışlardır.³⁰ Bu düşünürlere göre dil ile dış dünya arasında tam bir özdeşlikten söz etmek mümkündür. Dünya, bizden ve dilimizden bağımsız, birbirleriyle belli biçimde ilişkiye giren yalın nesnelere oluşur. Dil ile dış varlıklar (objeler) aynı yapı taşlarından oluşmaktadır. Dil de insan düşüncesinin bir aynasıdır ve dilden bağımsız veya dille ifade edilemeyen bir düşünceden bahsetmek söz konusu değildir. Bilim; sınıflandırma yapma, ölçme, gözlem yapma, genellendirme gibi girişimleri kapsayan bir süreç olduğuna göre, sonuç olarak bu girişimleri, bir takım önermelerle ifade etmek kaçınılmazdır. Eğer dilden bağımsız ya da dilin dışında kalan bir düşüncenin olamayacağı kabul edilecek olursa, bilimin de ancak dilde ifade edilmekle var olacağı kabul edilmiş olmaktadır. Buna bağlı olarak en genel anlamda “bilim, aralarında güçlü ya da zayıf bağlantılar bulunan önermeler bütünüdür.”³¹ Bilimi bir dil olarak ele almak ve bu dilin önermelerinin semantiğini, “doğru/yanlış ikilemi” çerçevesinde değerlendirmek gerekir. Dil ile ifade edilenler, nesnel olgulara uyuyor ise önermeler doğru, değilse yanlış olur. Herhangi bir bilim dalında geliştirilen bir kuram, artık bir önermeler bütünü olarak ele alınmakta ve kuramı meydana getiren *sentetik önermelerin*³² anlamlı ve test edilebilir olması; önermeleri, dolayısıyla kuramı doğru kılmaktadır. Mantıkçı pozitivistlere göre dil, tek tek bireyler tarafından değil, bir toplumsal gerçekleştirme ile oluşan ve bireyin öznelliğinden bağımsız bir yapıdır.

²⁹ Ulaş, *a.g.e.*, s.1061; Şaylan, *a.g.e.*, s. 179-80.

³⁰ Küçükalp, “Modern Epistemolojik Kriz ve Postmodern Epistemoloji”, *Bilimname*, Sayı 2, (2003), s. 92.

³¹ Bkz. <http://www.felsefe.gen.tr/bilim1.asp> (05.12.2006)

³² Mantık ve matematiksel önermeler, baştan doğru kabul edilen yani analitik önermeler; diğer bilim dallarındaki önermeler ise, anlamlı ve test edilebilir olan yani sentetik önermeler olarak kabul edilir.

Birey, toplumsal uzlaşmaya dayanan göstergelerin anlamını, toplumun üyesi haline gelirken öğrenmektedir.³³

Ancak modern dilbilimin kurucusu olan Ferdinand de Saussure (1857-1913)'un XX. yüzyılda geliştirdiği *yapısalcılık* akımı ve *yapısalcı* bakış, mantıkçı pozitivistlerin görüşlerine karşı ciddi bir tez olarak ortaya çıkmıştır. Saussure'a göre her sözcük, seslerden ve işaretlerden oluşan bir *gösterge* sayılır ve *göstergeler* anlamlandırma işlevini yerine getirmektedir. Buna göre dil, bireyin *gösterge (dâll)* ile *gösterilen (medlul)* arasında bir temsil bağıntısı kurması şeklinde tanımlanabilir. Birey, diğer bireylerle iletişim ilişkisi içinde herhangi bir nesne, fenomen ya da düşünce olarak tanımlanabilen *gösterilenleri*, ses ya da işaretlerden oluşan *göstergelerle* temsil etmektedir.³⁴ Fakat Saussure, dilin, yapısal bir süreç olması yanında, aynı zamanda hem toplumsal (sosyolojik) hem de bireye özgü (psikolojik) bir süreç olduğunu savunur. İşareti gönderen ya da bir işareti algılayan kişinin önemsemesi diğerlerinden farklı olabilmektedir. Örneğin bir ağaca bakan kişilerin bu görüntüyü anlamlandırması birbirinden farklı olabilmektedir. Buna göre ses ya da yazı gibi bir dil işaretinin belirlenmesinde, bir başka deyişle önemsenmesinde belli ölçüde farklılık söz konusu olmaktadır.³⁵ Saussure'un bu düşüncelerini geliştirerek, genel anlamda modern bilim anlayışına özelden de mantıkçı pozitivistlere ciddi eleştiri yönelten postmodernist düşünürler olmuştur.

2) Postmodernizmin Bilgi Eleştirisi

Aklın araçsallaştırıldığı ve bilimin tahakküm aracı kılındığı iddiasıyla pozitivist bilim anlayışını ciddi anlamda kritiğe tabi tutan postmodern teorisyenler, *yapı-söküm* (deconstruction) yöntemiyle mantıkçı pozitivistlerin geliştirdikleri düşüncelere ağır darbe vurmuşlardır. Jacques Derrida (1930-2004)'nın öncülüğündeki bir grup düşünürün öncelikle edebî metinlerin okunmasına yönelik olarak geliştirdikleri bu

³³ <http://www.felsefe.gen.tr/bilim1.asp> (05.12.2006); Şaylan, *a.g.e.*, s. 197

³⁴ Saussure, her dilin bir ses düzeninin olduğunu yani bir dilin yapısının belirli sayıda ses ile kurulduğunu belirtir. Ancak her dilde olan bu sınırlı sayıdaki seslere (alfabe) dayanılarak o dil içinde sonsuz sayıda sözcük üretilebilmektedir. Bu sözcüklerin her biri seslerden ve işaretlerden oluşan bir gösterge sayılabilir ve göstergeler anlamlandırma işlevini yerine getirmektedir. Bkz. Kristeva, Julia, Derrida, Jacques, "Göstergibilim ve Gramatoloji", *Toplumbilim*, (Jacques Derrida Özel Sayısı), Sayı 10, (1999), s. 175-87.

³⁵ Şaylan, *a.g.e.*, s. 190-1.

yöntem, tüm bilim düşüncesini ciddi anlamda etkilemiştir. Bilgiyi, dilden ve anlamlandırma çabalarından kaynaklanan kirlilikten arındırmayı ifade eden *yapı-söküm* kavramı, esas olarak anlam sorunu ile ilgilenmiş, her metnin bir edebî, bir de görünmeyen anlamı olduğunu ve görünmeyen anlamın ortaya çıkarılabilmesi için edebî anlamın sorgulanması gerektiğini ifade etmiştir. Yine bu düşünceye göre birey okuduğu bir metni, kendi özgün deneyimleri ışığında anlamlandırmaktadır. İşte *yapı-söküm*, sözü edilen bu öznel katılım sürecinin çözümlenmesi ve anlamlandırmanın zaman içinde oluşan göreceliliğinin ortaya çıkarılması çabasıdır. Derrida'ya göre *yapı-söküm*, anlamlandırılmanın yani semantiğin kırılması olup insanın düşünce sürecinde büyük bir baskı oluşturan bilimin yani gerçekliğin doğru temsil edildiği varsayımını ortadan kaldıracak ve insanların özgürleşmesini sağlayacaktır.³⁶

Düşüncelerini Nietzsche, Heidegger ve Wittgenstein gibi düşünörlere dayandıran Derrida, modernist/pozitivist bakış açısını *gerçekliğı bire bir temsil yeteneğı* olan *nesnel* bir bilgi sistemi kurma iddiasından dolayı eleştirir. Ona göre, böyle bir bilgi sisteminin kurulması mümkün değildir.³⁷ Derrida'ya göre, modernist anlayışın iddia ettiğı gibi, *gösteren* ile *gösterilen* arasında tam bir temsil bağının olması mümkün değildir. Söz ile düşünce veya dış dünya, hiçbir zaman aynı ve tek olamaz. *Gösterenler* (işaret ya da ses) ile *gösterilenler*, birbirlerinden sürekli olarak kopar ve yeniden bir araya gelirler. Bu nedenle herhangi bir *gösterge* okunduğunda veya işitildiğinde anlam apaçık değildir. Çünkü bir gösterge her zaman başka göstergelere gönderme yapmakta (mecaz/metafor gibi) ve bu süreç içinde, *gösteren*, *gösterilene* dönüşmektedir. Dil ayrıca zamansal bir süreç olup, bir cümlenin anlamı o cümlenin sonuna gelinmedikçe anlaşılammaktadır. Hatta bir sonraki cümlenin kendinden önceki cümlelerin anlamlarını bütünü ile değıştirmesi mümkündür. Yani anlam, zaman boyutuna bağılı olarak değışmektedir. Bundan dolayı, bilimsel önermelerin gerçekliğı birebir temsil etmesi imkânsızdır.³⁸

³⁶ Akay, Ali, "Yapıbozma ve Plastik Sanatlar", *Toplumbilim*, Sayı 10 (Jaques Derrida Özel Sayısı), (1999), s. 21-22.

³⁷ Kristeva-Derrida, *a.g.e.*, s. 176.

³⁸ Derrida, *gösterenler* dizisinden bağımsız bir *gösterilenler* alanı olmadığını, bir başka deyişle kullanılmış işaretlerden yalıtılmış, bağımsız bir anlamdan söz edilemeyeceğini belirtir. Zira insan, dili kullanırken eşdeğer olmayı eşdeğer kılmaktadır. Dilin metaforlarla dolu olduğunu belirten

Özellikle bilim ve kuram ile ilgili çözümlenmeleri ile tanınan postmodernist yazar Lyotard, dilin çok esnek olduğunu³⁹, bundan dolayı da nesnel bir anlam yapısının mümkün olmadığını savunur. Ona göre bir metnin⁴⁰ anlamlandırılmasında en önemli olan, metnin yazarının nasıl anlamlandırdığı değil, alıcılar tarafından nasıl algılandığıdır.⁴¹ Bir metni okuyanların o metni, yazarı gibi anlamlandırması, çoğu kez mümkün değildir. Bunun doğal sonucu olarak modernizmin temel kavramlarından biri olan rasyonalite reddedilmiş ve yerine görecelilik (*izafiyet*) geçmiş olmaktadır.⁴²

Postmodern düşünürler, doğruluğun ölçütünün herhangi bir test edilebilirliğin ötesinde, belirli bir sayıda insanın bir önermeyi *doğru* kabul etmesi ile gerçekleşebileceğini kabul ederler. Böylece Aristoteles'e dayanan ve pozitivistin en önemli iddialarından olan, "bir önerme ya doğrudur ya da yanlıştır" türünden ikili mantık konumu reddedilmiş ve XX. yüzyıl bilim anlayışına⁴³ damgasını vuran *kuantum*⁴⁴ ve *rölativite (görecelilik)*⁴⁵ teorilerinin de desteğiyle bir bilim önermesinin

Derrida, "herhangi bir sözcüğün standart yazınsal anlama sahip olduğuna inanmanın yanılgıdan başka bir şey olamayacağını" savunur. Bkz. Kristeva-Derrida, *a.g.e.*, s. 175-7

³⁹ Postmodernistlere göre tüm diller için geçerli olan üç temel öge söz konusudur: *sentaks*, *semantik* ve *pragmatik*. İnsanların aralarında anlaşabilmeleri için bir kural ve anlam ortaklığına ulaşmaları gerekir. Bu noktada bireyler, aktif değil pasif bir rol üstlenirler. Ancak birey, dilin göstergelerini (sentaks ve semantiğini) öğrendikten sonra, *göstergeler* ile *gösterilenler* arasındaki temsil ilişkisini görel bir bireysel özgürlük içinde kurar (pragmatik) ve salt kendisine özgü metaforlarla (mecaz) konuşmaya kaçınılmaz olarak başvurur. Bundan dolayı postmodernistler, nesnel bir gerçekliğe sahip olan bilimin, nesnel bir gerçekliği olmayan hatta *pragmatik* özelliğinden dolayı asla nesnel kabul edilmeyen dil ile temsil edilmesinin mümkün olamayacağını dile getirirler. Postmodernistler, modernistlerin, bilimi bu özelliğine rağmen nesnel ve evrensel kabul etmelerini eleştirirler. Bkz. Şaylan, *a.g.e.*, s. 273.

⁴⁰ Lyotard, *metin* terimi içine bir yazıyı, fotoğrafı, resmi, bir siyasal eylemi veya herhangi bir karar ya da eğilimi de dahil eder.

⁴¹ Hollinger, Robert, *Postmodernizm ve Sosyal Bilimler*, (Çev. Ahmet Cevizci), Paradigma yay., İstanbul 2005, s. 202-3; Şaylan, *a.g.e.*, s. 271-2

⁴² Connor, Steven, *Postmodernist Kültür Çağdaş Olanın Kuramlarına Dair* (Çev. Doğan Şahiner), Yapı Kredi Yay., İstanbul 2001, s. 43-4; Şaylan, *a.g.e.*, s. 274;

⁴³ 20. yüzyılın başlarında, öncelikle fizik biliminde meydana gelen gelişmelerle pozitivist bilim anlayışı zayıflamış ve kesinliğe yönelik bilim anlayışından *belirsizliğe*, *göreceliliğe* ve *rastlantısallığa* dayalı bir bilim anlayışına geçilmesine yol açmıştır. Örneğin Niels Bohr'un öncülüğünü yaptığı; maddenin en küçük birimi olan atom parçacıkları arasındaki etkileşimin nedensellik ilkesi ile değil, *rastlantısallık ilkesine* göre yürüdüğünü ortaya koyan *kuantum kuramı*, Einstein'ın *görecelilik kuramı* ve Heisenberg'in *belirsizlik kuramı* gibi bilimsel gelişmeler, pozitivistin dayandığı *nedensellik* ve *süje-obje ayrımı* ilkelerinin geçerliliğini ciddi anlamda sarsmıştır. Bkz. Şaylan, *a.g.e.*, s. 184-5.

⁴⁴ *Kuantum* ve *rölativite* teorileri bu yüzyılımızın başında ortaya atılmış ve hem fizik hem de felsefe alanını çok derinden etkilemiştir. Planck, Einstein, Bohr, De Broglie, Schroedinger, Heisenberg, Dirac ve Paui gibi düşünürlerin savunduğu *kuantum* teorisi maddenin en küçük partiküler pozisyonunun varlık ve yokluk arasında gidip geldiğini, bir şekilde maddeyi teşkil eden en küçük

doğruluk değerlendirmesi, bir olasılık frekansına indirgenmiş olmaktadır.⁴⁶ Doğruluğu bir *öznellikler-arası* (entersübjektivite) indirgemek, bilimin ortadan kaldırılması olmayıp, onun fetişleşerek (dogmalaşma/putlaşma) bir baskı aracı haline getirilmesinin önüne geçilmesi anlamına gelmektedir.⁴⁷

İnsan düşüncesinin özgürleştirilmesine önemle vurgu yapan postmodern bakış, bilimin bir baskı aracı kılınmasına ve iktidar için bir yol edinilmesine şiddetle karşı çıkmışlardır. Postmodernite ile ortaya çıkan *eleştirel gerçekçilik*⁴⁸ düşüncesi, toplumda değişebilecekleri değişmez olarak gösteren mevcut yapıları koruyucu yaklaşımları eleştirir. Eleştirel gerçekçilik de, bilimsel bilgiyi *öznellikler-arası* uzlaşma dayandırarak, Bauman'ın modernizm için bir çıkış yolu olarak gördüğü postmodern düşüncenin uzlaşma ve tolerans ortamına imkan sağlamaktadır.⁴⁹

Postmodernizmin, bilimi *öznellikler-arası* uzlaşma dayandırması, bilimin bir kontrol aracı haline gelmesinin önüne geçmek anlamına gelmektedir. Zira Foucault, modern/pozitivist bilim anlayışını eleştirirken, insan ve toplum bilimlerini iktidar ya da güçle ilişkilendirmiş ve bilimin temel işlevinin gücü yaygınlaştırmak ve meşrulaştırmak

vücutlu partiküler yapıların fiziki bir varlığa sahip olmayıp bir enerji âleminden fiziki âleme sıçramalar yaptığını ortaya çıkardı. Bu durumda maddenin beş boyutlu kavrama alanlarının (görüntü, ses, koku, tat, yoğunluk) dışında bir alandan sıçrayarak vücut kazandığı anlaşılıyordu.

⁴⁵ *Rölativite* teorisi, zaman ve mekanın göreceli bir şey olduğunu iddia eder.

⁴⁶ Merleau-Ponty, Wittgenstein ve Mead gibi postmodern düşünürler için dil entersübjektiviteyi belirleyen temel öğedir. Merleau-Ponty, düşünme ile dili özdeş saymakta ve dilde ifadesini bulmayan bir objenin o insan için belirsiz olduğunu öne sürmektedir. Wittgenstein ise anlamı, sözcüğün kendisinin ve kullanım biçiminin belirlediğini belirtir. O bu durumu *dil oyunu* kavramı ile ifade eder. Zira anlamın belirlenebilmesi için mutlaka dil oyununun oynanması gerekir. Kısaca anlamlandırma, bireyler arasında oynanan ve süreklilik gösteren bir oyun olarak nitelenmektedir. Wittgenstein, metaforların da dil oyunları içinde kaldığını öngörmektedir. Bkz. Şaylan, *a.g.e.*, s. 222-3.

⁴⁷ Şaylan, *a.g.e.*, s. 217-8.

⁴⁸ Eleştirel gerçekçilik, 1980'li yıllarda, pozitivist ve relativist anlayışlara alternatif olarak ortaya çıkmıştır. Roy Bhaskar'ın temsilciliğini yaptığı bu yaklaşıma göre, biz dünyaya ait gerçek bilgilere sahip değiliz. Böyle bir dünyaya ilişkin bilgimiz yanlışlanabilir ve kuram-yüklüdür. Doğruluk ve yanlışlık kavramları bilgi ve bilgi nesnesi arasındaki ilişki hakkında tutarlı bir kavrayış sunmada yetersizdir. Eleştirel gerçekçilik, algımız ve gözlemimiz dışında bir gerçeklik olduğunu kabul eder. Gerçeklik, ilişkilerin nesnel maddi yapısından oluşur. Bu yapı doğrudan gözlemlenemez. Gözlemediğimiz şeyler aslında altta yatan maddi ilişkiler yapısı ile açıklanmalıdır. Pozitivist anlayışta gerçeklik, birbirinden ayrı, atomistik ve gözlenebilir olaylardan oluşurken, eleştirel gerçekçiliğin gerçeklik tanımı ilişkileri, nedensel güçlere sahip gözlenemeyen mekanizmaları, süreçleri kapsar. Bu akım, gözlenebilir/gözlenemeyen görüngüleri, mekanizmaları, yapı ve süreçleri kapsayan bir gerçeklik anlayışına sahiptir ve gerçekliğin çok daha kapsamlı bir şekilde açıklanması ve anlaşılmasını olanaklı kılmaktadır. Bkz. Ozan, Ebru Deniz, "Sosyal Bilimlerde Gerçekçi-İlişkisel Yaklaşımın Anahatları", *Praksis*, Yaz, 2001. s. 5

⁴⁹ Bauman, Zygmunt, "Modernite, Postmodernite ve Etik", *Doğu-Batı*, Sayı 19 (2002), s. 52-61; Tekeli, *a.g.e.*, s. 211.

olduğunu ileri sürmüştür.⁵⁰ Ona göre modernist yaklaşım, bireyin kimliğini, arzularını, gövde ve ruhunu disipline edici kurallar ya da teknikler ile biçimlendirmiştir. Bu disiplinin amacı, hem akıllı hem de gövdesi tahakküm altına alınmış bireyleri var ederek, her türlü toplumsal ve psikolojik düzensizliğin önüne geçmektir.⁵¹ Aşağı yukarı benzer gerekçelerle Lyotard, modernitenin *büyük söylemlerini* (meta anlatı) “terörist” olarak nitelendirmektedir. Çünkü büyük söylemler, kendilerinin; doğrunun tek temsilcisi oldukları iddiasıyla diğer söylemleri, hakikati inkâr etmekle suçlamakta ve onlar üzerinde baskı kurmaktadır.⁵²

Postmodernistlere göre, modernizmin öngördüğü gibi, akıl yürütme ile gerçekliği temsil eden tek bir bilgiye ulaşmak mümkün değildir. Çünkü akıl yürütme, öncüllerden sonuçlar çıkarmaktan çok daha fazla bir işlevdir.⁵³ Zira postmodernistlere göre akıl, modernist anlayışın öngördüğü gibi toplumsal, kültürel ve insanî boyuttan soyut olmayıp, toplumsal olarak üretilen bir akıldır.⁵⁴ Başka bir deyişle, aklın esasları sonradan öğrenilmiş ve evrensel değildir. İnsanlar kararlarını alırken, bilgisayarın yaptığı gibi bir süreç işlemez. Çünkü bilgisayarın aksine, insan davranışlarını etkileyen tarihî, ekonomik, kültürel, politik, psikolojik vb. birçok tercih ve konumlar, bu süreci sürekli etkileyen faktörler olarak var olacaktır.⁵⁵

Postmodernistler, bu gerçekten dolayı fenomenlere anlamını gerçekte yorumların verdiğini savunurlar. Yorum, araştırma sürecine çeşitli yollardan, genellikle

⁵⁰ Şaylan, *a.g.e.*, s. 263

⁵¹ Modernist bakışın, bilime pragmatik bir yaklaşım sergileyen en önemli akımlarından biri *yapısal-işlevsel kuram* akımıdır. Talcot Parsons (1902-1979)’un öncülüğünü yaptığı bu akım, hem toplumu açıklamak iddiasındadır hem de insan ve toplum için geçerli olacak ahlaksal bir çerçeve vermektedir. Yani onların kuramsal çözümlerinde toplumsal denetim kavramı ön plana çıkmakta, denetim mekanizmalarının yeniden üretimi anahtar soru konumunda bulunmaktadır. Ahlaksal açıdan, *işlevsel yurttaşın* (kurulu Amerikan toplum düzeni açısından işlevsel olma) nasıl üretileceği ya da gerçekleştirileceği üzerinde durulmaktadır. Nitekim bu özelliğine bakarak, postmodernist düşünürler, modernite çağının toplumbilim anlayış ve uygulamasında ideoloji-kuram ayrımının yapılamayacağını ileri sürülebilmektedir. Bkz. Şaylan, *a.g.e.*, s. 261-6.

⁵² Şaylan, *a.g.e.*, s. 279

⁵³ Pozitivizmin, gerçek bilginin deney yoluyla elde edilebileceği yönündeki bilgi teorisine, postmodern dönemde ciddi eleştiriler yöneltilmiştir. Karl Popper (1902-1994)’ın dile getirdiği bu eleştiriye göre, bilginin üretilmesi ve geliştirilmesi deneyle değil hipotez olarak tanımlanan bir ön bilgi ile başlamaktadır. Popper, bilgiyi üretecek kişinin, üreteceği bilgi ile ilgili bazı önbilgileri ve kabulleri olduğunu savunur. Ona göre bu önbilgi ve kabuller olmadan bilim yapmak mümkün değildir. Kişi deney ya da gözlem yapmadan önce aklını kullanarak üretmeyi düşündüğü bilginin çerçevesini, bir anlamda kapsam ve içeriğini belirler. Bkz. Şaylan, *a.g.e.*, s. 180; Ergün, *a.g.e.*, s. 7.

⁵⁴ Murphy, *a.g.e.*, s. 141; Yüksel, *a.g.e.*, s. 191.

⁵⁵ Murphy, *a.g.e.*, s. 161-2.

tam anlamıyla sorgulanmamış varsayımlarla girer. Mesela bilgi, gerçeklik ve metodolojiyle ilgili zımmen kabul edilmiş bulunan inançlar, algılanan ne olursa olsun, algılanan şeyi şekillendirmeye başlar. Gerçekten de bilgi, reel diye tanımlanan alanlarda ikamet ettiği için, onlara göre üretilebilecek olan yalnızca doğrunun “en iyi tahminleri”nden ibarettir.⁵⁶

Bu durum, bilhassa sosyal bilimler alanında *kuram-ideoloji* ayrımının yapılamayacağı fikrini ortaya çıkarmıştır. Pozitivist düşüncenin süje-obje ayrımına dayalı, doğa, toplum ve insan için geçerli tek bir bilim anlayışının olduğu şeklindeki kabulünün aksine postmodern düşünürler, doğa bilimleri için geçerli olan bu durumun sosyal bilimler için geçerli olamayacağını savunmuşlardır.⁵⁷

Postmodernistler, bilgiyi sarsılmaz bir temele dayandıran, evrenselleştirici ve totalleştirici iddialar ileri süren, mutlak hakikate ulaşılabileceğini varsayan ve rasyonalizme büyük bir önem atfeden modern bilim anlayışını eleştirerek, gerçekliğin teorik düzeyde temsilinin mümkün olmadığını, ortaya atılan teorilerin veya modellerin ancak kısmî perspektifler sunabileceğini ileri sürmüşlerdir. Bu yaklaşımlarıyla postmodernistler, nedenselliği reddetmekte, gerçekliğin çok katlılığını, çoğulcülüğünü öne sürmekte ve kendilerini perspektifçi ve görecelikçi bir konuma yerleştirmektedirler.⁵⁸ Başka bir deyişle, modernizmin kesin, amaçlı ve belirlenmiş olgularına karşı, postmodernizm kesin ve genel doğruları reddeder. Postmodern düşünürler aynı şekilde her insanın ve örgütlenmenin kendisine göre doğrularının bulunduğunu ve bunların genel doğrularla her zaman açıklanamayacağını savunmuş olup dış gerçekliğin nesnel ve düzenli bir şekilde temsil edebileceği varsayımını kabul etmemişlerdir. Söz konusu düşünürler bunun yerine gerçeğin çoğulcülüğünü ve belirlenmezliğini vurgulayan metin veya söylem analizi üzerinde odaklaşan bir yaklaşım sergilerler.⁵⁹

⁵⁶ Murphy, *a.g.e.*, s. 42.

⁵⁷ Şaylan, *a.g.e.*, s. 180-3.

⁵⁸ Yüksel, *a.g.e.*, s. 185.

⁵⁹ Murphy, *a.g.e.*, s. 188-9; Yüksel, *a.g.e.*, s. 186.

B. İnsan Kuramında Dönüşüm

Postmodernizmin modern bilgi anlayışına yönelik ortaya koyduğu eleştirel bakış açısı, temelde onun insan anlayışının modernist bakıştan farklı olmasından kaynaklanmaktadır.⁶⁰

1) Modernizmin İnsan Anlayışı

Rönesans ve Aydınlanma düşüncesi ile ortaya çıkan *hümanizm* akımı, yerleşik insan anlayışının değişmesinde oldukça etkili olmuş ve bu yeni insan anlayışı diğer birçok alanda farklı yaklaşımların ortaya çıkmasına ortam hazırlamıştır. *Hümanizm* akımı, Orta Çağ Avrupa'sının hâkim insan anlayışını⁶¹ reddetmiş ve onun yerine kilise ve feodaliteden bağımsız bir insan anlayışı geliştirmiştir. Ancak postmodern eleştirmenler, bu tanımlamanın iki açıdan isabetli olmadığını savunmaktadırlar. Bir önceki başlıkta ele aldığımız epistemolojik değişime paralel olarak postmodernizm, öncelikle günlük hayattan kopuk, *ussallık* ve soyut bir bilgi öznesine indirgenmiş ve tarihî/sosyal bağlamından koparılmış, atomistik bir insan anlayışını, ikinci olarak da, nesnel ve genel geçer bir bilim anlayışı ile kendini meşrulaştıran her türlü üst-anlatılara göre oluşturulan bir *benlik*'e karşı çıkar. Onun yerine, bu dünyada ve günlük hayatın içinde, eylem sahibi ve bağlam-bağımlı, özerklik sahibi ve hiçbir şekilde evrensel nitelikli, benzer duygu, us ve duyulara sahip bir insan tanımlanmasına başvurmadan bir insan anlayışı geliştirirler.

Aydınlanma düşüncesi, kilise ve toplumun dogmatik düşünceleri altında ezilen insanın özgürlüğüne kavuşturulması gerektiğini savunmuş ve kilise eliyle oluşan insan

⁶⁰ “İnsan nedir?” sorusu, ilk çağlardan beri felsefesinin ana uğraş alanlarından gelmiştir. 19.yüzyıla kadar farklı biçimlerde ele alınan bu konu, ahlak felsefesi, teoloji, ontoloji vb. disiplinler içinde ele alınmış ve bu tarihten itibaren ayrı bir disiplin içinde tartışılmaya başlanmıştır. Bu dönemde “felsefi antropoloji” (insan bilim) denen yeni bir disiplinin gelişmeye başlamıştır. Bkz. Günay, Mustafa, *Felsefe Tarihinde İnsan Sorunu*, İlya Yayınevi, İzmir, 2003, s. 8.

⁶¹ Hıristiyan teolojisine göre ilk insan Âdem ve Havva, şeytana uyarak bir günah işlemiş, bundan dolayı da lanetli olan dünyaya indirilmiştir. Hıristiyan antropolojisine göre insan doğuştan kirli ve lanetlidir. Bu durumdan kurtulması da ancak Tanrı'nın inayeti ile olur. 1789'da ilan edilen İnsan Hakları Bildirgesi, Papa VI. Pius tarafından Kilisenin ilkelerine aykırı olduğu gerekçesiyle reddedilmiştir. O'nu takip eden papalar da çıkarttıkları bir dizi fermanla Katolik kilisenin bu tutumunu devam ettirmişlerdir. Papa XXIII. Paul tarafından 1963 yılında ilan edilen *Pacem in Terris* fermanı ve 1995 yılında ilan edilen II. Vatikan Gaudium et Spes fermanı ile insan hakları ilkelerinin Katolik Hıristiyan öğretilerine uyumu sağlanabilmiştir. Bkz. Arslan, Ahmet, *İslam, Demokrasi ve İnsan Hakları*, Vadi Yay., Ankara 1999, s. 155.

anlayışını kökten reddetmiştir. Artık insan, büyük bir organizmanın vasıfsız bir parçası olmayıp, ağırlık merkezi kendisinde olan bir *küçük dünya* ve kendine ait özellikleri bulunan bir *birey* olarak görülmeye başlanmıştır. Bu dönemde, insanın özünü ve doğasını sorgulayan ve dünyadaki yerini kavramaya yönelik düşünceler geliştiren *hümanizm* akımı ortaya çıkmış ve kısa sürede çok büyük bir kabul görmüştür.⁶² Temel düşüncelerini antikiteye dayandıran *hümanizm*, insana kendine ait bir kişiliğinin olduğunu fark ettirmiş ve kendi kaderini, kilise veya feodal toplum yerine kendisinin belirleyebileceğini göstermiştir. Ayrıca ruh-beden ayırımına dayanan ve din kökenli ahlak kuralları ile kontrol altında tutulan bir insan anlayışı yerine, bir bütün olarak ele alınan ve bu dünya gerçekleri içinde, insanın toplumdaki yerinin ve görevlerinin somut koşulları çerçevesinde oluşan yeni ahlak anlayışına göre hayatını tanzim eden bir insan anlayışı esas alınmıştır.⁶³

Aydınlanma projesine göre insan, sahip olduğu akıl yardımıyla, içinde bulunduğu evreni tanıma imkânına sahiptir. İnsanın özgürleşmesi de ancak bu yolla mümkündür. İnsan elde ettiği bilgiyle, önce doğanın kör güçlerine, daha sonra da toplumun akıl dışı baskılarına karşı koyabilecektir. Çünkü insan, evrendeki varlıklardan daha üstün bir ontolojik statüye sahiptir.⁶⁴

Aydınlanma felsefesinin önde gelen düşünürlerinden Descartes, insanın maddeden farklı ve ondan üstün bir öze sahip olduğunu savunmuştur. Ona göre insan, her türlü amaç ve niyetten yoksun bir gemi mesabesindeki bu dünyada, kendi niyet ve amaçları doğrultusunda bir hayat yaşayabilme imkânına sahiptir.⁶⁵ Descartes'in savunduğu bu düşünceye göre insan, soyut ve her şeyden mücerret bir varlıktır. *Benlik* sahibi bu insan ile kendi dışındaki varlıklar arasında kesin bir ontolojik ayırım söz konusudur. Onun ismine nispetle *kartezyencilik*⁶⁶ olarak adlandırılan bu düalist

⁶² Gökberk, *a.g.e.*, s. 167; Doltaş, Dilek, *Postmodernizm ve Eleştirisi*, İnkılap Yay., İstanbul 2003, s. 24, 190.

⁶³ Günay, *a.g.e.*, s. 55-9.

⁶⁴ Şaylan, *a.g.e.*, s. 232.

⁶⁵ 17. yüzyılda yaygınlaşan bu düşünce doğanın bir makine gibi kontrol edilebileceğini ve insanın ancak bu makinenin bilgisine ulaşmakla onu kontrol edebileceği ve böylece mutlu olabileceği savunuluyordu.

⁶⁶ Kartezyencilik, Descartes'in Latince'deki kullanımı olan *Cartes* kelimesinden üretilmiş, bir kelimedir.

yaklaşım, modernist düşünce üzerinde derin izler bırakmıştır.⁶⁷ Descartes'in düşünen töz olarak algıladığı insan anlayışı, 18. yüzyılda yerini doğanın içinde var olan bir insan düşüncesine bırakmıştır. Locke'un ileri sürdüğü ve David Hume (1711-1776)'un sürdürdüğü bu düşünceye göre insan, Descartes'in savunduğunun tersine, doğanın üstünde değil, her şeyiyle doğanın içinde bulunan bir varlıktır.⁶⁸ Kant ise insanın hem doğal bir gerçekliğe hem de manevi bir yöne sahip olduğunu ileri sürecektir. Ona göre doğal gerçeklik, insanın somut bir varlık oluşunu, manevi gerçeklik ise somut varoluşun yanında, ondan farklı hatta doğa dışında var olan bir gerçekliği ifade etmektedir.

Kant, insanın otonom (özgür) bir varlık olduğunu ve bu özelliğinin de manevi yönünden kaynaklandığını savunur. Bu manevi yön, insanların kendileri için belirledikleri ve bağlandıkları kural, inanç, ahlak gibi değerler üzerine kurulmaktadır. Doğada zorunluluk yasaları olmasına rağmen, manevi alanda içten gelen gereklilik ilkeleri yer almaktadır. Kant, insan eylemlerinin salt otonomi ilkesine dayandığını ve insanın kendi için belirlediği yasayı izlemesiyle ancak *ahlaklı* sayılacağını savunur. Ona göre insanlar için, konulan yasayı sevmeye değer kılan tek şey, bu yasanın özgürlük bilinci ve özgürlük duygusu altında seçilmiş olmasıdır.⁶⁹

Kant'ın düşüncesine paralel olarak, *özbilinç* kavramı üzerinde duran Hegel de bu *özbilinç*'in ortaya çıkmasını kişisel isteklere bağlamıştır.⁷⁰ Modernizmin önde gelen düşünürlerinin bu düşüncelerine rağmen, modernitede insan, yasa koyucu aklın tanımladığı, evrensel niteliklere sahip, benzer duygu, us ve duyuları olan bir varlık olarak tanımlanmıştır.⁷¹ Bu insan kuramının oluşumunda, modernist/pozitivist bilgi anlayışının yanında, toplum ve devlet görüşü de etkili olmuştur. Aydınlanmacı modernist bakış, insanı önce metafizik bir varlık olarak tüm evrenin üstüne çıkarmış, daha sonra da toplumsal düzen ve devletin emrine amade kılmıştır.⁷²

Modernizmin bu insan anlayışına karşı en sert eleştiriler Nietzsche'den gelmiştir. Ona göre, insanlar; sürü insanı, özgür (bilen) insan ve üst (trajik) insan olmak

⁶⁷ Günay, *a.g.e.*, s. 59-69.

⁶⁸ Weber, *a.g.e.*, s. 294-5.

⁶⁹ Günay, *a.g.e.*, s. 94-102.

⁷⁰ Günay, *a.g.e.*, s. 129-30.

⁷¹ Doltaş, *a.g.e.*, s. 24.

⁷² Gökberk, *a.g.e.*, s. 249.

üzere üç kısımdır. Sürü insanı, bilgisiz insandır. Bu insan, kendi gözleriyle görmediği için, yapıp etmelerini, kendisine söylenen şeyleri sorgusuz sualsiz kabul ederek gerçekleştirir. Özgür insan, varolan toplumsal değerlerdeki problemi gören, ama bir şey yapamayan insandır. Üst (trajik) insan ise, kendi gözleriyle gören ve kendi değerlerine göre yaşayan nadir insandır.⁷³

2) Postmodernizmin İnsan Anlayışı

Yukarıda da belirttiğimiz gibi postmodernizm, nesnel ve genel geçer bir bilginin imkansızlığından hareketle, modernizmin, insan ve toplum hakkında iddia ettiği tezlerin karşısında durmaktadır. Çünkü postmodern düşünürlere göre insan ve toplumla ilgili çözümleme ve öneriler *hermenötik*⁷⁴ (yorum bilim) üzerine kurulmuştur. Bu kavramı ilk kez kullanan Wilhelm Dilthey (1833-1911), toplum ya da insanla ilgili bilgi üretmenin doğa ile ilgili bilgi üretmekten kesin bir biçimde farklı olduğunu belirtmiş ve bunun için tek yöntemin *hermenötik* olduğunu savunmuştur. Ona göre insan ile ilgili bilgi üretilirken bilginin öznesi ile nesnesini birbirinden ayırmak mümkün değildir. Dilthey'in fikirlerini benimseyerek bilimsel temele oturtan Gadamer de, insanların, kendileriyle ve toplumla ilgili açıklama yaparken esas olarak yorum yapmakta olduklarını dile getirmiştir.⁷⁵

Postmodernist düşünürler, özgürleştirme iddiasıyla yola çıkan aydınlanmacı/modernist düşüncenin, insanı varlıktan kopardığını, onu *bilinç*'e, soyut bir bilgi öznesine ve *ussallıka* hapsedtiğini, tarihsel ve sosyal ortamdaki kopuk, atomistik bir insan modeli oluşturduğunu söyleyerek bu yaklaşımı reddederler. Çünkü bu durum, onlara göre insanı özgürleştirmemiş, onun yerine, mutsuz ve tanımlanamaz kılmıştır. Varlık sahibi, dünyada bir oluş içinde olan ve tarihsel ve toplumsal gerçekliğe sahip bir insan anlayışı, onlara göre daha gerçekçidir.⁷⁶

Postmodernizme göre, modernizmin insan anlayışı, onu doğal düzleminden koparmış ve *tekbenciliğe* (solipsizm) düşürmüştür. Postmodernizme göre bireyin ilişki içinde bir konuma oturtulması ve *bağlam bağımlılık* içinde değerlendirilmesi daha

⁷³ Küçükcalp, *Nietzsche ve Postmodernizm*, s. 37-45; Günay, *a.g.e.*, s. 169.

⁷⁴ Hermeneutics, sözcük olarak kutsal kitap ya da metinleri yorumlama sanatı anlamına gelmektedir.

⁷⁵ Şaylan, *a.g.e.*, s. 229.

⁷⁶ Tekeli, *a.g.e.*, s. 50.

doğru olacaktır. *Bağlam*, çevre ve ortam gibi somut kavramların yanında, *kültür* gibi soyut kavramları da içine alan çok daha kapsamlı bir kavramdır. Çünkü kültür bireyler tarafından içselleştirildiğinde onların iç süreçlerini etkilemektedir.⁷⁷

Descartes'tan Hegel'e, Hegel'den de Dilthey'e kadar uzanan aydınlanmacı/modern insan anlayışını kritiğe tabi tutan Heidegger, Batı felsefesinin, genelde varlığın anlamını ve özelden de insan tekinin varlığının doğasını baştan beri yanlış kavradığını belirtir. Ona göre modern insan anlayışı, Fransız Devrimi'nden beri *bireysellik* ve *ussallık* üzerine kurulmuştur ve burjuva toplumu anlayışına dayalıdır. Heidegger, insanın geleneksel felsefelerde temellendirilmeye çalışıldığı gibi ne bilinç, ne öznellik, ne de ussallık olmadığını, insanın her insan tekinin olduğu üzere, kendine özgü bir *varlık* (Dasein) türü olduğunu söyler. Ona göre bu özelliği ile insan, hem kendisini hem de öteki bütün varlıkların varlığını açığa vurmaktadır. İnsanın ne olduğu toplum içindeki konumundan çıkarılmalıdır.⁷⁸

Heidegger, insanı kendi kendine yeterli gören kuramsal *ben* tasarımına dayalı insan anlayışının tersine, insan varlığını hiçbir *içkinlik* varsayımında bulunmaksızın, tamamen toplumsal etkileşim ve pratik ilgilerce belirlenen *dışarı* olarak kavramaktadır. Heidegger, bu varoluş gerçeğinin en temel kanıtı olarak insanın her zaman için verili bir dizi ilişki ve ilgi içinde varolmasını göstermektedir. Bu bağlamda o, insan varlıklarına en yakın olan dünyayı "gündelik yaşam dünyası" diye adlandırmaktadır. Eleştirilerini iki noktada toplayan Heidegger, insanın yalnızca *bilgi öznesi* ve toplumun bir üyesi olarak görülmesine karşı çıkmış ve yeni bir insan anlayışı geliştirmiştir. Fikirlerini kısmen Kant ve Nietzsche'ye dayandıran Heidegger, insanı tanımlamak için *Dasein* kavramını kullanır. Almanca *varoluş* anlamına gelen *Dasein*, belirli yaşam koşulları içinde belirli olaylarda belirli ilişkilerde bulunan insanı ifade eder.⁷⁹ Bu kavramıyla Heidegger, hümanizmin insan anlayışını reddeder ve hakiki

⁷⁷ Birey düzeyinde *bağlam*, bir bireyin toplumdaki bilinçli tutumlarını belirleyen tüm bilinçsiz faktörler olarak tanımlanabilir. Bireyin toplumdaki tutumları açısından bağlam ise, bilinçli deneyleri biçimlendiren, var olan bilinçsiz beklentiler ile iradi eylemleri belirleyen bilinçli olmayan niyetlerdir. İster bireyin iç süreçleri, ister toplumsal ilişkileri açısından olsun, bağlamın varlığı, seçeneklerin ya da dünyanın yorumunu sınırlayıcı daraltıcı bir işlev görür. Bkz. Tekeli, *a.g.e.*, s. 96-8.

⁷⁸ Günay, *a.g.e.*, s. 280; Ulaş, *a.g.e.*, s. 658.

⁷⁹ Günay, *a.g.e.*, s. 281; Ulaş, *a.g.e.*, s. 659-60.

hümanizmin dünyaya ait olma, basit yaşama ve yeryüzünün hizmetkârı olma anlamına geldiğini savunur.⁸⁰

Postmodernistlere göre *ben*⁸¹, hümanist anlayışın öngördüğü gibi doğal bir fenomen olmaktan ziyade, sonradan oluşturulan bir şeydir. Basitçe dile getirmek gerekirse *ben*, kendiliğinden var olan bir gerçekliğe sahip olmayıp, daha ziyade toplumsal süreç içinde üretilen bir şeydir.⁸² Yani *benin* tam olarak anlaşılabilmesi için *ötekinin* de hesaba katılması gereklidir. Ancak Descartes'tan beri, kişinin kendi kendine yeterliliği ve bağımsızlığını öngören Batı felsefe geleneğinde *öteki*, genellikle rahatsızlık sebebi olarak görülmüştür. Postmodernizmle birlikte bu düşünce yerine, *ötekinin*, *benliğin* (kişilik) oluşum sürecinde önemli bir rol oynadığını öngören bir anlayış hâkim olmuş, *ben* ve *öteki* ayırımına dayanan düalist anlayış reddedilmiştir.⁸³

Bu anlayışlarından dolayı postmodernist düşünürler, özel-kamu şeklindeki kesin bir ayrıma da karşı çıkarlar. Onlara göre, toplumdaki tamamen bağımsız özel bir alandan bahsetmek mümkün değildir. Daha açık bir ifadeyle, özel alan, toplumsal bir zeminde oluşur. Mesela Lyotard, “hiçbir insan ada değildir” diyerek, insanların kimliklerini toplumsallıkla kazanabileceğini dile getirmiştir.⁸⁴ Bu düşünceye göre *ben*, hiçbir zaman bağımsız olarak ele alınmamalıdır. Postmodernizme göre mutlak bir yabancılıktan söz etmek mümkün değildir. Çünkü toplumsal ilişkiler, özneler-arası ilişkilere dayalıdır ve *öteki*'nin rasyonalite tarzını kavramak mümkün değildir.⁸⁵ Hobbes'un *homo homini*

⁸⁰ Hollinger, *a.g.e.*, s. 170-1.

⁸¹ Deleuze ve Guattari gibi postmodernistler, kimlik arayışının bir *benin* var olduğunu göstermediğini fakat bu *benin* kurgusal bir olgu olduğunu iddia ederler. Onlara göre *ben*, dilsel bir şeydir. Öznellik ve kimlik insanı kuşatan arzunun tanımında şekillenir. Bundan dolayı kişinin kimliği *tezsel*dir. Bkz. Murphy, *a.g.e.*, s. 153-5.

⁸² Murphy, *a.g.e.*, s. 155-6.

⁸³ Postmodernistlere göre *beni* anlamak için *seni* anlamak gereklidir. İnsanlar *ötekine* yönelmeden önce *ben* tarafından konulan sınırları aşmalıdır. *Tekbenciliğe* (solipsizm) düşmemek için ya bütün zihinlerin aynı olduğu varsayılmalı ya da *ötekinin*, *benin* yansıması olduğu kabul edilmelidir. İlk durumda zihinlerin tek biçimli psikolojik veya fizyolojik yasalara göre işledikleri kabul edilerek bağlantılı oldukları varsayılır. İkinci durumda ise analogiyle (kıyasla) elde edilen bilginin geçerli olduğu varsayılır. Deleuze ve Guattari ise her şeyin kolektif olduğunu söyler. Postmodernistler, dünya *ben* ve *sen* şeklinde ikiye ayrılmadan önce bir temel *bizim* var olduğunu öne sürerler. Derrida'ya göre “ampirik *benin* küçülmesini mümkün kılan *bizdir*”. Benzerlik ve farklılık bir arada ortaya çıkan şeylerdir; Bkz. Murphy, *a.g.e.*, s. 158-9.

⁸⁴ Murphy, *a.g.e.*, s. 159.

⁸⁵ Murphy, *a.g.e.*, s. 159-60.

lupus (insan insanın kurdudur) anlayışına⁸⁶ göre şekillenen ve *ötekini* düşman gören modernist görüşün yerine, *benin* kendisiyle ilgili varsayımlara dayanarak *ötekini* anlamasının mümkün görüldüğü bir anlayış, postmodern düşünürlere göre, toplumsal düzen için daha isabetlidir.

Postmodernist düşünürler, aydınlanmacı hümanist anlayışın insana vâdettiği özgürlüğü sağlayamadığını düşünürler. Çünkü hümanizm, insanı Orta Çağ'ın dogmatik kilise düşüncesinden ve feodal baskıcı toplumundan kurtarmış ama nesnel ve evrensel bir hakikati gerçekleştirme iddiasıyla yola çıkan bilimin ve meşruiyetini bu bilim anlayışına dayandıran iktidarın (devlet, toplum, kültür vb. üst-anlatıların) tahakkümüne vermiştir.⁸⁷ Postmodernistlere göre, bu üst-anlatıların sorgulanamaz ve reddedilemez olarak görülmeleri, insanların köleleştirilmesi anlamına gelmektedir. Epistemoloji bağlamında da belirttiğimiz gibi postmodernist düşünürler, nesnel ve evrensel bir gerçekliğe ulaşmanın imkânsız olduğunu belirterek hiç kimsenin nesnel bir gerçekliği temsil etme imkânına sahip olmadığını savunmuşlardır. Postmodern söylem, bu çözümlenemeyen bir özgürlük anlayışı geliştirmiştir: Eğer hiç kimse, toplumla ya da başka bir insanla ilgili belirleme yapamayacaksa, bu aynı zamanda, hiç kimsenin bir başkası adına karar veremeyeceği anlamına gelmektedir.⁸⁸

Postmodern düşünürlere göre, hem modern benliği hem de modernizm kültürünü tanımlayan *öznel özgürlük* düşüncesi muğlâktır. Bu özgürlük tanımı, kendini rasyonel bir tarzda sunmuş ve tercihe imkân vermeyecek şekilde idealize etmiştir.⁸⁹

Postmodernist düşünür Baudrillard, modern toplumlarda insan üzerinde kesin ve kapsamlı bir denetim sürecinin (sibernetik) egemen olduğunu dile getirir. Artık insanlar gerçeğe bakarak modeli değil, kendilerine sunulan modele (üst-anlatılar) bakarak

⁸⁶ Hobbes, insanların doğuştan eşit olduklarını, bu eşitliğin ise güvensizliği beraberinde getirdiğini belirtir. Hobbes'a göre bu güvensizlik savaflara sebep olur. İnsan, kendi *benini* ve çıkarlarını önde tutar ve yararcılık açısından ilişki içine girer. Hobbes'un *homo homini lupus* (insan insanın kurdudur) sözü, onun bu konudaki felsefesini yansıtır. Hobbes'a göre, herhangi bir kimsenin başkalarına olan güvensizliğinden kurtulması için, kendisi için tehlikeli olabilecek kadar büyük başka bir kuvvet kalmadığını görünceye kadar cebren veya hileyle olabildiği kadar çok insanı hâkimiyeti altına almasından başka çare yoktur. Bkz. Gökberk, *a.g.e.*, s. 249-50.

⁸⁷ Şaylan, *a.g.e.*, s. 45-6.

⁸⁸ Postmodernizm, toplum ya da insan ile ilgili bilim felsefesi alanında toptan bir yadsımaya gider ve kimsenin hiç kimse hakkında karar veremeyeceği şeklinde soyut bir özgürlük düşüncesini kapsayan bir etik çerçeveyi de temellendirir. Bkz. Etik (Ahlak) Kuramında Değişim, s. 59-66

⁸⁹ Hollinger, *a.g.e.*, s. 74-5.

kurgusal gerçeği belirlemektedir.⁹⁰ Foucault ise modernist üst-anlatıların hayat verdiği iktidar (devlet), anti-hümanist bir baskı aracı olarak görür. Ona göre iktidar, bireylerin fiziksel gövdelerini ve toplumsal kimliklerini kurmaktadır. Bundan dolayı, iktidarı bir üstyapı kurumu olarak gören ya da sınıf ilişkilerine bağlayan bütün modern kuramların reddedilmesi gerekmektedir.⁹¹ Foucault, iktidarın egemenlik altına alma sürecini, bireyin tersine çevirmesi gerektiğini savunur. Ona göre bireylerin kendi kimliklerini oluşturmaları için bu şarttır. *Kendi kendini oluşturma teknolojisi (self technology)*, öznenin kendi kendine gövdesi, düşünceleri, duyguları üzerindeki uygulamaları ile mutluluğa, saflığa ve bilgeliğe ulaşmaya çalışmasını kapsamaktadır.⁹²

Derrida benzer şekilde, hümanizmin, insanın kendini oluşturabileceği bir özgürlük alanı kuramadığını savunur. Foucault ise, *benliğin* modernitede boyunduruk altına alınmış bir özne haline geldiğini belirtir.⁹³

Postmodernizm, modernizmin insanın kendini tanımlamasına imkan vermeyecek kadar topluma angaje edilmesine karşı çıktığı gibi, özgürlük düşüncesiyle onun toplumdan tamamen koparılmasına da sıcak bakmaz. İnsanın, toplumsal bir düzlemde ilişki içinde olduğunu ve öznellikler-arası ile oluşturulmuş bir *benliğin* özgürlük için bir engel olmadığını düşünür. Postmodern anlayış, bireye kendisinin dışında ama yine de kendisi için vazgeçilmez bir toplumun parçası olma zenginliğini getirmiştir. Bu ontolojik anlayışla insan, sadece bireysel doyumla yetinmeyerek, daha anlamlı bir yaşama ulaşmak için bir toplumun parçası olmaya çalışmaktadır. Böylece insan, salt kendine dönük birey olmak yerine, kendi tercihiyle belirlenmiş bir yapıya aidiyet duygusu, onun ayrılmaz bir parçası haline gelmektedir. Bundan dolayı özellikle Anglo-Amerikan kültürde ortaya çıkan cemaatçilik (*communitarianism*) düşüncesi, gelenekçi devlet anlayışına yönelik ciddi eleştiriler getirmiştir.⁹⁴ Cemaatçiliğin toplum ve devlet çerçevesinde ele alınmasından dolayı, bu özgürlük konusunu toplumsal bağlamda daha geniş bir şekilde ele alacağız.

⁹⁰ Hollinger, *a.g.e.*, s. 197-8; Şaylan, *a.g.e.*, s. 241.

⁹¹ Foucault, modernitenin, iktidarı kuramlaştırdığını söyler ve bunun iki modelinden bahseder: Hukusal modeller ve ekonomik modeller. Foucault'ya göre bu iki kategoriye kuramlaştırmanın modası geçmiştir ve bu yanlış varsayımlara dayanmaktadır. Şaylan, *a.g.e.*, s. 263.

⁹² Şaylan, *a.g.e.*, s. 271.

⁹³ Hollinger, *a.g.e.*, s. 170-2.

⁹⁴ Benhabib, *a.g.e.*, s. 112-21; Tekeli, *a.g.e.*, s. 105-7.

C. Toplum Kuramında Dönüşüm

Postmodernizm; epistemoloji ve insan anlayışında olduğu gibi, toplum anlayışında da farklı bir duruş sergiler. Bu konuda ele alacağımız dönüşümün, hukukî çoğulculuğa gönderme yapan asıl yönü, *doğal* toplum modeli yerine, *sembolik* toplum anlayışının kabul edilip, toplumun homojenleştirilmesi amacıyla vazgeçilerek heterojen bir yapının kabul edilmeye başlanmasıdır.

Aydınlanma düşüncesiyle birlikte, Batı'da birçok toplum teorisinin ortaya çıktığı görülmektedir. Kuşkusuz bu toplum teorileri birbirlerinden farklı hatta karşıt paradigmalardan oluşur. Ama ister Amerikan yapısal-işlevsel paradigması, ister Marksist paradigma olsun, toplumsal bir model belirlemeye yönelmişlerdir. Bu teoriler her zaman açıkça dile getirmeseler de bir zorunluluğu (belli bir kalıba girme) amaçlamışlardır. Bunun sebebi de, yine modernist/pozitivist bakış açısının epistemolojik eğilimidir.⁹⁵

Modernizm, doğa bilimlerinde olduğu gibi, insan ve toplum bilimlerinde de mutlak ve rasyonel olanı bulabileceğini ve toplumsal gerçekliği keşfedebileceğini iddia etmiştir. Modernizme göre insan, doğanın bir parçası olup, doğayı oluşturan diğer öğelerden herhangi biridir. *Doğal toplum modeli* olarak bilinen bu anlayışa göre, insanlar ve kurumlar tıpkı bedenin organları gibi, toplumun bekası için vardır. Bireysel hayatın anlamı, toplum tarafından belirlenmektedir.⁹⁶ Modernist düşünürler, her toplumun, kendini yeniden üretirken, belirlenmiş bir takım *doğrular* çerçevesinde bu yeniden üretimi gerçekleştireceğini öngörmüşlerdir. Bu doğrular, o toplumdaki belirli sayıdaki insanın benimsediği bir gerçekliğin yansımasıdır. O gerçekliğin varlığını sürdürülebilmesi için de, alternatif doğrular üzerinde bir baskı kurması kaçınılmazdır. Bir başka deyişle, toplumun varlığını sürdürülebilmesi ya da yeniden üretimi, kaçınılmaz olarak bazı söylemlerin diğer söylemler üzerinde baskısı ile mümkün olmaktadır. Bütün söylemlerin eşit sayılmasının, toplumun yeniden üretimi ya da varlığını sürdürülebilmesi açısından ciddi darboğazlar ortaya çıkaracağı öngörülmüştür. Bu darboğazlardan kurtulmak için de bilim ile elde edilecek nesnel ve tek doğrunun diğerleri üzerinde

⁹⁵ Lash, *a.g.e.*, s. 49-52.

⁹⁶ Murphy, *a.g.e.*, s. 47-8.

hâkimiyet kurması ile mümkündür.⁹⁷ İşte Hobbes'un, devletin belirlediği toplumsal gerçekliğin, bütün insanlar tarafından desteklenmesi gerektiği yönündeki düşüncesi, bundan dolayı uzun yıllar geçerliliğini korumuştur. Hobbes'e göre değişik gerçeklik yorumlarını genel kabul görmüş bir referans noktasında eriten devlet, *büyük belirleyici* (the great definer) olarak, nihai modeli insanlara sunarak onlardan bu modele uymalarını istemelidir. Benzer şekilde Locke da, bütün yurttaşların doğal haklarını topluma bırakmaları gerektiğini savunmuştur. Ona göre, toplumsal kurumlar düzeni sağlamaya en elverişli kurumlardır.⁹⁸

Modern sosyolojinin önde gelen düşünürlerinden August Comte, toplumsal düzensizliğin çelişkili bilgilerden kaynaklandığına inanmaktadır. Ona göre bilim, *kamuoyu* oluşturmak için yeterli araçlara sahiptir.⁹⁹ Emile Durkheim (1858-1917) ise, gerçekliğin toplumda genel kabul görmüş fikirlerden başka bir şey olmadığını iddia eder ve bu gerçekliğin, teker teker bireylerin toplamından daha fazla bir anlam ifade ettiğini belirtir. Ona göre toplum, bireyin bilincinin üstündedir ve kişileri subjektif kanaatlerin kurbanı olmaktan kurtararak hakikate ulaştırır. Durkheim, insanların kendi kendilerine rasyonelliği yakalayamayacaklarını, bundan dolayı kendilerinin dışında bir kılavuz bulmak zorunda olduklarını belirtir ve bu kılavuzun da bireylerden, nitelik bakımından farklı bir varlık kategorisi olan toplum olduğunu belirtir.¹⁰⁰ Rousseau da benzer şekilde, *özel iradeyi, genel iradeye* tabi kılmak gerektiğini belirtir. Ona göre insanlar, aralarında gönüllü bir birliktelik oluşturamazlar. Fakat insanlar bir parçasını teşkil ettikleri kolektif yapıya katılmaya mecburdurlar. Toplumun bekası, halkın sesine veya *bireysel iradeye* değil *genel iradeye* bağlıdır.¹⁰¹

Modernizm, salt bir rasyonelliğe dayandığı düşüncesinden dolayı toplumsal kuralları tartışma konusu yapmaz. Toplumu organize etmek için kullanılan bilgi, özneliliğin antitezi olarak görülür ve dolayısıyla toplumsal kurallar, otomatik olarak

⁹⁷ Şaylan, *a.g.e.*, s. 235-6; Yüksel, *a.g.e.*, s. 187

⁹⁸ Murphy, *a.g.e.*, s. 22-3.

⁹⁹ Gökberk, *a.g.e.*, s. 414-5.

¹⁰⁰ Murphy, *a.g.e.*, s. 25-6, 81.

¹⁰¹ Gökberk, *a.g.e.*, s. 342-3.

akılla birleştirilmiş olur. Artık bu kurallar, akıllılığı delilikten, normalliği anormallikten ayırmanın mihenk taşıdır.¹⁰²

Postmodern düşünürler, genel olarak modernist/pozitivistlerce dile getirilen toplumsal görüşlerin doğru olmadığına inanırlar. Düşüncelerini Nietzsche, Heidegger ve Wittgenstein gibi düşünürlere dayandıran Derrida, modernistlerin iddia ettiklerinin aksine, toplumla ilgili bilginin ya da kuramın imkânsız olduğunu söyler. Ona göre, nesnel ve evrensel bir toplumsal doğruluğun imkânsız oluşu, toplumun belirli bir kuramsal çerçevede şekillendirilmesinin kabul edilemez olduğunu göstermektedir.¹⁰³

Postmodern düşünürler, bilimin toplumsal düzenin kurulması için araçsallaştırıldığına inanırlar. Onlara göre prosedürel nesnelliği vurgulayanlar, bilim adına, verileri sistematik şekilde tahrif ederler ve bu nedenle, yanlış enfomasyona dayalı, toplumsal bakımdan duyarsız tutumlar sergilerler. Böylece bilim kisvesine sokulan bu tutumlar, karşı çıkılmaz hale getirilir. Postmodernistler, Batı geleneğinin temel hatasının, düzeni *meta anlatılarla* desteklemek olduğunu dile getirirler. Onlara göre her ne kadar toplum bu tarzda meşrulaştırılabilmişse de, bu durum çok zararlı sonuçlar doğurmuştur.¹⁰⁴

Postmodernist düşünürler, pozitivist bilgi yorumunun toplumsal baskıya yol açtığını düşünürler. Onlar, bilgiyi soyut olarak görmenin, insan ihtiyaçlarından koparılmış ilkelere yol açtığına inanırlar. Toplumsal düzen için bireyin göz ardı edildiğine inanan postmodern düşünürler, toplumun bir totalite veya mükemmel sistem olduğu fikrini terk etmişlerdir. Onlara göre, nesnel ve evrensel bilgiye ulaşmanın imkânsızlığı, hem birey hem de toplum için belirlenmiş ideal bir modelden bahsedilmesine imkan vermemektedir.¹⁰⁵ Örneğin Foucault, bilimin esas olarak insanların toplumda nasıl düşünüp davranacaklarını belirleyen bir iktidar modu olduğunu ileri sürer. Birey için geçerli olacak ahlakî, hukukî, tıbbi ya da cinsel tercihler,

¹⁰² Murphy, *a.g.e.*, s. 82.

¹⁰³ Şaylan, *a.g.e.*, s. 233-4.

¹⁰⁴ Murphy, *a.g.e.*, s. 30, 65.

¹⁰⁵ Murphy, *a.g.e.*, s. 33-4, 50-1.

bu iktidar modu tarafından üretilmektedir. Ona göre bu çözümleme içinde bilginin esas fonksiyonu, toplumsal denetimi sağlamaktır.¹⁰⁶

Lyotard da diğer postmodern düşünürler gibi toplumlara yönelik bilimsel tanımların doğru olmadığına inanır. Ona göre *üst anlatıların* toplumları açıklama iddiası yersizdir ve *üst anlatılar* (büyük söylemler), terörist olarak nitelendirilmelidir. Çünkü *üst anlatılar*, doğrunun tek temsili oldukları iddiasıyla diğer söylemleri inkâr etmekte ve bilimi fetişleştirerek onlar üzerinde baskı kurmaktadır. Lyotard'a göre postmodern duruş; bu baskı, terör ve sindirmenin karşısında durmak anlamına gelir. Zira modernist büyük anlatılar, hakikatin tek temsili olduklarını iddia ettikleri müddetçe diğerleri üzerinde baskı kurmaktan kurtulamazlar. *Ötekilerin sesinin (voice of others)* meşrulaştırılması gerektiğini dile getiren Lyotard, bütün anlatıların, eşitlik içinde bulunmaları gerektiğini ve toplumsal bilgi ya da kuramların ise açık uçlu olmalarının bir zorunluluk olduğunu belirtir.¹⁰⁷

Postmodern dönemde gelişen *eleştirel gerçekçilik yaklaşımı*¹⁰⁸ da bu konunun altını çizerek, toplumda değişebilecekleri değişmez olarak gösteren ve var olan yapıların devamından yana olan yaklaşımları eleştirir. Bilimsel bilgiyi öznellikler-arası uzlaşımaya dayandıran eleştirel gerçekçilik yaklaşımı, bireylere tercih imkânı veren sosyal teorilere daha sıcak bakar.¹⁰⁹ Postmodernizm, toplumun homojenleştirilmesine şiddetle karşı çıkar.¹¹⁰ Postmodern sosyal teori, rölativizme ve irrasyonalizme açık kapı bırakır. Postmodern teorisyenler, total açıklamalara ve *üst anlatılara* dayalı *doğal toplum modeli* yerine, hermenötik temelli bir *sembolik toplum anlayışı* geliştirirler.¹¹¹

Sembolik toplum anlayışında toplum, bir yapı veya varlık olarak değil, bir oluşum (*formation*) veya bir kuruluş (*constitution*) olarak düşünülür. Bilgi ve gerçek, farklı ve ayrı dünyalar olmayıp aynı dünyanın bileşenleridir. Bilgi, toplum ile özdeş bir gerçekliğe sahiptir.¹¹² Bundan dolayı postmodern düşünürler tek bir modelden söz

¹⁰⁶ Foucault, Michel, *Toplumun Savunmak Gerekir*, (Çev. Şehsuvar Aktaş),Yapı Kredi Yayınları, İstanbul 2002, s. 245-7; Şaylan, a.g.e., s. 263-5.

¹⁰⁷ Connor, a.g.e., s. 42-7; Şaylan, a.g.e., s. 279.

¹⁰⁸ Eleştirel gerçekçilik için bkz. 48. dip not.

¹⁰⁹ Tekeli, a.g.e., s. 211.

¹¹⁰ Murphy, a.g.e., s. 184.

¹¹¹ Yüksel, a.g.e., s. 187-9.

¹¹² Yüksel, a.g.e., s. 190.

edilemeyeceğini belirterek, birçok özerk nitelikteki pratikler dizisi tarafından üretilen sınırsız sayıda düzen modeli olduğunu ileri sürerler. Düzen, bu pratiklerden önce gelmediği gibi, onların geçerliliğini test etmede kullanılacak bir ölçüt de olamaz. Birçok düzen modeli vardır ve her model, kendisini mümkün kılan pratikler çerçevesinde anlamlıdır.¹¹³

Postmodernite ile birlikte kültür kavramının anlaşılmasında da ciddi değişimler yaşanmıştır. Modernizmin kültür anlayışında, varolan toplumsal düzenin devamlılığı için, belli kalıplarda bireyler geliştirmek önemli bir amaçtır. Toplumsal ideallerin korunmasında kültürle kazanılan inançlar, duygular ve bağlılıklar önemli bir yere sahiptir. Modern anlayışa göre kültür, aslında insanların saflaşarak doğal durumlarını terk ettikleri bir süreçtir. İnsanlar kültürlenme yoluyla potansiyel güçlerini nasıl gerçekleştireceklerini, bir ideale nasıl yaklaşacaklarını öğrenirler. Böylece kültür, toplumu bozulmaktan korur. Çünkü *paylaşılan değerler* düzenin bozulmadan devam etmesini sağlayan en önemli faktörlerdendir.¹¹⁴

Postmodernistler, böyle bir kültür yorumuna meydan okurlar. Çünkü böyle bir kültür anlayışı, onlara göre *tahakküme* dayanan bir toplumun habercisidir. Kültür ıslah edilmiş tutku ve bu nedenle de farklı çıkarları uzlaştırmaya muktedir bir şey olarak algılanmalıdır. Bir anlamda kültür, toplumsallaşmayı saptıran bir fetişizm olarak görülür.¹¹⁵ Habermas, kültürel yeniden üretim, toplumsal bütünleşme ve toplumsallaşma yoluyla bireylerin *yaşam dünyasına*¹¹⁶ sızan ve onu adeta işgal eden etkilerin, toplumdaki hâkimiyetin temel kaynağını oluşturduğunu dile getirerek, bu alanların hepsinde mücadelelerin yürütülmesi gerektiğini belirtir.¹¹⁷

¹¹³ Bauman, Zygmunt, *Yasa Koyucular ve Yorumcular*, (Çev. Kemal Atakay) Metis Yay., İstanbul 2003, s. 10; Yüksel, a.g.e., s. 190.

¹¹⁴ Murphy, a.g.e., s. 136-7.

¹¹⁵ Murphy, a.g.e., s. 138-9.

¹¹⁶ Habermas toplumu *yaşam dünyası* olarak kavramsallaştırmıştır. Bu kavramı, kültürle iletilen ve dilsel olarak organize edilmiş yorumlayıcı kalıpların birikimi olarak anlamlandırır. Habermas'ın *yaşam dünyasının* üç yapısal ögesi vardır. Bunlar kültür, toplum ve kişiliktir. Bu üç bileşenin yeniden üretimiyle *yaşam dünyası* yeniden üretilmiş olmaktadır. Bunlardan birincisi, kültürel yeniden üretimdir. Bireyin dünya görüşünü biçimlendirmektedir. İkincisi toplumsal bütünleşmedir. Toplumun kurumsal yapısı, normları ve kurallarının yeniden üretimidir. Üçüncüsüse toplumsallaşmadır. Bireyin kimliğini ve kendisini ifade etme biçimini belirler ve geliştirir. Bkz. Tekeli, a.g.e., s. 87.

¹¹⁷ Tekeli, a.g.e., s. 88.

Postmodern düşünürler, bireyin kimliğinin oluşumunda ve kendisini ifade etme biçimini belirlemede önemli bir role sahip olması hasebiyle kültüre tamamen karşı çıkmak yerine, kültür yoluyla bireylerin basmakalıplaştırılmasına karşı çıkarak, kültürün parçalanmasıyla yetinir. Bu parçalanma ile birey, içinde yaşadığı kültürün olanakları ve sınırlarının sağladığı birçok alternatife sahip olmakta ve bu alternatifler arasından karar verebilme imkânını bulmaktadır. Yine bu düşünceye göre, kültürel bağ içinde bireylerin belli ölçülerde genel normlardan sapmalar göstermesi ve değişimleri başlatabilmesi söz konusu olmalıdır.¹¹⁸

Postmodern düşünce, toplumsal farklılıkların hoş görülmesini ve *yan yana* duran farklı kültürlerin artık iç içe ve *birlikte* yaşayabilmesini savunur. Artık *ötekini* kabul etme ve *ötekiyle* bütünleşme postmodern dünyada toplumların en önemli özelliği haline gelmiştir.¹¹⁹ Kültürel parçalanma, bu anlamda kişilere bir özgürlük alanı sunarken, toplumsal düzen adına bir kültürün dikte edilmesinin gerçek anlamda toplumsal düzeni sağlamayacağına işaret eder. Zira günümüz ulaşım ve haberleşme teknolojisinin zaman ve mekân sınırlarını büyük çapta ortadan kaldırması ile birlikte, çok farklı kültürlerle yakın ilişkiler kurma imkânı kendiliğinden ortaya çıkmıştır. Bu farklı kültürlerin her birinin, kendi içinde bir bütünlük ve homojenlik bulundurduğu kabul edilse bile, birçok farklı kültürle aynı anda yüz yüze gelme, insanı parçalanmış bir kültür algılamasıyla ve ona anlamlar yükleme sorunuyla zaten karşı karşıya getirmektedir.¹²⁰

Postmodernistler, Hobbes'un kurguladığı *homo homini lupus* (insan insanın kurdudur) düşüncesinin bir gereği olarak toplumsal hayatın, bir savaş ve kontrol altına alma mücadelesi olmadığını savunurlar. Onlara göre, toplumsal hayat, *karşıtı olmayan bir dünya* olarak algılanmalıdır. Karşıttan vazgeçmek sadece insanî eylemin ve dünyanın birbirinden koparılamaz surette bütünleşmesi anlamına gelir.¹²¹

Taylor'ın da dediği gibi, bütün toplumlar, giderek artan ölçüde çok kültürlü duruma geçmekte ve aynı zamanda, daha geçirgen bir hale gelmektedir. Artık, kültürel

¹¹⁸ Bu konu, ahlakın postmodern tanımıyla yakından ilintilidir. Geniş bilgi için bakınız, Ahlakî Dönüşüm.

¹¹⁹ Murphy, *a.g.e.*, s. 183-4.

¹²⁰ Tekeli, *a.g.e.*, s. 59.

¹²¹ Murphy, *a.g.e.*, s. 35-6.

bir homojenleştirme amacı gütmeksizin, tüm toplumların farklı kültürlerle birlikte yaşamayı ve bu farklılıkları oldukları gibi kabul etmeyi öğrenmeleri gereklidir.¹²²

Postmodern düşünürler, topluma, *kolektif bilinçten çok, kolektif praksis* (eylem)'i oluşturmak amacıyla yaklaşmak gerektiğine inanırlar. Bu anlamda asıl amaç, konsensüs yerine, anlamak olmalıdır. Araştırmalarda değerden bağımsızlıktan çok, değerlerin anlaşılması teşvik edilmelidir. Geçerli bilgi, postmodernistlere göre, değer farklılıklarının kabulüyle elde edilebilir.¹²³ İnsanların öznellikler-arası olarak oluşturdukları istekleri ise, bireylerin içinde buldukları bağlamların farklılığına bağlı olarak farklılık arz etmektedir. Bundan dolayı hem liberal hem de toplumcu düşünürler, özgürlüğü bu farklılığın kabulüne bağlamaktadırlar.¹²⁴

Ancak burada liberallerin savundukları farklılık ile cemaatçilerin tasvip ettiği farklılığın aynı olmadığını belirtmek gerekir. Liberallerin değer verdiği ve yücelttiği farklılık, insan olmanın ve kişinin kendi hayatını yaşamasının değişik yolları arasındaki seçeneklerin çeşitliliğini ifade ederken, cemaatçilerin savundukları farklılık ise, içselleştirilmiş bir farklılıktır. Buradaki farklılık, *öteki* yaşam biçimlerini seçenek olarak görmeyi reddeden ya da bir seçenek olarak göremeyen, kişinin olduğu gibi kalmaya, hayatını bu şekilde sürdürmeye ve kendisini bunun tersine yönelten bütün ayartmalara direnmeye kararlı oluşuna işaret etmektedir. Kısacası, liberal farklılık bireysel özgürlüğü temsil ederken, cemaatçi farklılık, grubun bireysel özgürlüğü sınırlama gücünü temsil eder.¹²⁵ Cemaatçi yaklaşımın özgürlük ve dolayısıyla ahlak anlayışını meşru kılan, Kant'ın dediği gibi, "insanlar için, konulan yasayı sevmeye değer kılan tek şey, bu yasanın özgürlük bilinci ve özgürlük duygusu altında seçilmesidir."¹²⁶

D. Etik (Ahlak) Kuramında Dönüşüm

Yunanca *ethos* yani "töre" sözcüğünden türemiş olan etik terimi, Antik Çağlardan beri felsefenin ana konularından biri olmuştur. Batı geleneğinde *ahlâk felsefesi* olarak da ifade edilen bu kavram, Türkçe'de daha çok *ahlâk bilimi* ile

¹²² Taylor, Taylor, C., "The Politics of Recognition" *Multiculturalism and The Politics of Recognition* içinde (Edit. C. Taylor ve A. Gutman), Princeton, 1992, s. 70.

¹²³ Murphy, *a.g.e.*, s. 77.

¹²⁴ Tekeli, *a.g.e.*, s. 99-100.

¹²⁵ Bauman, *Postmodern Hoşnutsuzluk*, s. 268.

¹²⁶ Günay, *a.g.e.*, s. 94-102.

karşılansa da *ahlâk* anlamında da kullanılmaktadır.¹²⁷ Etik; bir eylemi, ahlâkî açıdan *iyi/doğru* bir eylem yapan niteliksel durumu sorgulayan bir bilimdir.¹²⁸ Bu alanda yapılan çalışmalarda, *betimleyici*¹²⁹ ve *normatif*¹³⁰ olmak üzere iki yöneme başvurulur. Betimleme yönteminde, bir fiilin o toplumda geçerli olan ahlak yasalarına uygun olup olmadığı tasvir edilirken, normatif yöntemde ise önceden tanımlayıcı, reçete sunan bir bakış açısı esas alınır.¹³¹ İlkçağlardan beri tartışma konusu edilen ve farklı şekillerde anlaşılan etik (ahlak) kavramı, postmodernizmle birlikte, özellikle Aydınlanma düşüncesiyle oluşan anlam ve tanımlarından koparak farklı bir mahiyet kazanmıştır.

Etik, tarih boyunca çok farklı şekillerde anlaşılmıştır. Sofistler, etiği göreceliliğe ve özneliliğe dayandırırken, Sokrates bilgiye dayandırmış, Platon devlet ve toplum bağlamında ele almış, bireysel etikten ziyade toplumsal etik üzerine yoğunlaşmıştır. Aristoteles ise insanın özgür ve toplumsal bir varlık olduğu gerçeğini ifade etmek için geliştirdiği *zoon politikon* kavramı çerçevesinde etiği anlamlandırmıştır.¹³² Skolastik felsefenin etik anlayışı ile Hıristiyan ahlâk ve erdem görüşlerini telif eden Thomas Aquinas ise, akıllı bir varlık olarak insanın iyiyi seçerek mutluluğa ulaşmasının mümkün olabileceğini, ancak gerçek ve nihâî mutluluğa ancak Tanrı'nın istemesi ile kavuşulabileceğini savunmuş ve onun bu fikirleri uzun yıllar Batı'da kabul görmüştür.¹³³

Aydınlanma düşüncesiyle birlikte klasik Hıristiyan etik anlayışı terk edilmeye başlanmıştır. Bu dönemde etik tartışmalar, bir özgürlük mücadelesi anlamına gelmektedir. Çünkü antik dönemde site, Skolastik çağlarda ise kilise, *ahlakî açıdan iyinin* tanımını yapma konusunda tek yetki sahibi olarak görülmekte idi. Kişilerin her hangi bir dahli söz konusu olamazdı. Aydınlanma ile birlikte bu düşünce reddedilmeye

¹²⁷ Ulaş, *a.g.e.*, s. 500-1

¹²⁸ Pieper, Annemarie, *Etiğe Giriş*, (Çev. Veysel Ataman- Gönül Sezer), Ayrıntı Yay., İstanbul 1999, s. 16-7.

¹²⁹ Betimleyici yöntemde, ne ahlakileştirme ne ideolojiye dönüştürme ne de bir dünya görüşü ortaya koyma amacı güdülür. Ahlakî eylemler, belirli bir yöntem kullanılarak ele alınır. Bu doğrultuda da salt öznel değil; nesnel geçerliliği olan, bir başka deyişle özneler-arası bir bağlayıcılığı kanıtlayabilen önermeler önem kazanır.

¹³⁰ Normatif yöntem, dogmatik bir bakış açısıyla uygulandığında, neyin nasıl yapılması gerektiğini önceden tanımladığı için, bu yöntemin kolayca ideolojiye dönüşme riski vardır.

¹³¹ Pieper, *a.g.e.*, s. 17-8.

¹³² Gökberk, *a.g.e.*, s. 69, 80.

¹³³ Tarakçı, Muhammet, *St. Thomas Aquinas*, İz Yayıncılık, İstanbul 2006, s. 99-100.

bağlanmıştır.¹³⁴ 15. yüzyılın sonlarında Thomas Hobbes, materyalist felsefesine uygun olarak, bireyin öncelikli hedefinin kendi varlığını korumak ve sürdürmek olduğunu savunmuştur. Ona göre, bencillik insanın doğasında vardır ve bu bireysel bencilliğin, toplumun çıkarlarıyla örtüştürülmesi bireyin yararınadır. Bu sebeple bireysel taleplerin toplumun çıkarları ile örtüştürülmesi, erdemli (etik) bir davranış, aksi ise kötü (etiğe aykırı) davranış olarak görülmüştür.¹³⁵ Kişinin tutkularının esiri olduğunu, aklının yardımıyla bu esareten kurtulabileceğini savunan Baruch Spinoza (1632-1677) ise, akla uygun davranmak ile ahlâki davranmanın aynı şey olduğunu ileri sürmüştür. John Locke ise Sokrates gibi etik konusunu bilgiyle ilintilendirmiş ve ampirik felsefeden hareketle ahlâki olguların da deneyimlerin ürünü olduğunu savunmuştur.¹³⁶

Modernizmin ahlak anlayışını en derinden etkileyen düşünür şüphesiz Kant olmuştur. O, modernitenin genel eğilimine uygun olarak, ahlak alanında genel geçer bir evrensel ahlak anlayışı geliştirmiştir. Ona göre bir etik teorinin; objektif, rasyonel, içsel olarak tutarlı ve uyumlu, evrensel bir şekilde uygulanabilir, bireysel çıkarlardan bağımsız, zaman ve kültürün hususîliklerini aşan ve kişisel olmayan bir karaktere sahip olması gerekir.¹³⁷ *Pratik Aklın Eleştirisi* ve *Törelere Metafizik* gibi eserlerinde etik konusuna geniş yer veren Kant, etiği; davranış, eylem ve tutkuların bulunduğu düzlemde değil fenomenlerin ötesindeki düzlemde tanımlamıştır.¹³⁸ Kant, daha önce de belirttiğimiz gibi, insanın akıllı bir varlık olup, doğal ve manevî olmak üzere iki yönden oluştuğunu savunmaktadır. Ona göre, insanın doğal yanı, doğa kurallarına tabi iken, manevî yanı (akıl) kişinin kendi elindedir ve ahlakın alanı da burasıdır. O, iradenin özerkliğinin, bütün ahlakî yasaların ve onlara karşılık gelen görevlerin biricik ilkesi olduğunu belirtir.¹³⁹

Kant' göre doğada her şey belli yasalara göre olup bitmektedir. *Kategorik imperatif* olarak adlandırdığı bu yasalara, ancak akıllı varlıklar tarafından vakıf

¹³⁴ Pieper, *a.g.e.*, s. 138.

¹³⁵ Gökberk, *a.g.e.*, s. 253.

¹³⁶ Gökberk, *a.g.e.*, s. 268.

¹³⁷ Küçükcalp, "Evrenselcilik", s. 962.

¹³⁸ Weber, *a.g.e.*, s. 323; Gökberk, *a.g.e.*, s. 358-9.

¹³⁹ Pieper, *a.g.e.*, s. 139-40.

olunabilir.¹⁴⁰ Ona göre bir fiilin ahlak bakımından iyi olabilmesi için o fiilin, bütün insanlara uygulanabilir olması, insanları bir araç değil, bir amaç olarak görmesi ve diğer insanları da eşit yasa koyucular olarak kabul etmesi (otonomi) gerekir.¹⁴¹

Kant'ın ahlak felsefesini “yalnızca aynı zamanda evrensel bir yasa haline gelmesini isteyeceğin kural uyarınca eylemde bulun.” şeklinde formülize eder. Kant felsefesinde çok önemli bir yer tutan *yasa koyucu akıl* kavramı çerçevesinde oluşan bu ahlak teorisi, Hegel tarafından eleştirilmiştir. Hegel, bu *yasa koyucu rasyonellik* düşüncesine dayanan ahlak teorisini, tutarsız olarak niteler. Çünkü ona göre, bir kuralın evrenselleştirilebilir olup olmaması, bir fiilin etik olarak görülmesi için yeterli değildir.¹⁴²

Genel anlamda aydınlanmacı/modernist bakış açısına ağır eleştiriler yönelten Nietzsche ise modern ahlak anlayışına karşı da bu tavrını devam ettirmiştir. Nietzsche, amoralist¹⁴³ bir bakış açısıyla, *ahlakî gerçekler* diye bir şeyin olmadığını, ahlakın bireyin içindeki sürü içgüdüleri olduğunu ve esasen ahlakın, var olan toplum yapısını muhafaza etmek için kullanılan bir araç olduğunu söyler.¹⁴⁴ Ona göre *erdem* olarak nitelenen birçok davranış, *güçsüz* ve *olumsuz* davranışlardır. Nietzsche'nin *üstün insan* olarak idealize ettiği insan tipi, ahlâkî olarak tanımlanamayacak bir insandır. Nietzsche'nin ortaya koyduğu ahlâk ve erdem, geleneksel ahlâkî standartların, *iyi* ile *kötünün* ötesindedir. Ona göre *iyi*, bireyin gücüne güç katan şey, *kötü* ise onu güçsüz kılan şeydir.¹⁴⁵

Nietzsche, postmodern düşünürlerle esin kaynağı olacak bir bakış açısı ortaya koyarak ahlakı, özgürlük ve öteki ile olan diyalog çerçevesinde ele almıştır. Ona göre, *öteki* üzerinde kurmaya çalıştığımız otorite, ahlakîlik konusunda bizleri büyük bir paradoksa düşürür. Daha sonra Foucault'nun da üzerinde durduğu bu paradoks, baskıcı kimlik taleplerinin, ahlakî bakımdan kendini üstün görme şeklinde tezahür eder. Her iki

¹⁴⁰ Akarsu, Bedia, *Immanuel Kant'ın Ahlak Felsefesi*, İnkılap Yay., İstanbul 1996, s. 101

¹⁴¹ Küçükcalp, “Evrenselcilik”, s. 963.

¹⁴² Benhabib, *a.g.e.*, s. 49.

¹⁴³ Amoralist ahlak felsefesinde, insanın doğal bir varlık olduğu ve insanın ahlakî davranışları kadar ahlakî olmayan davranışlarının da söz konusu olabileceği, bu yüzden toplumda ahlak kuralları oluşturmanın gereksiz olduğu savunulur.

¹⁴⁴ Küçükcalp, *Nietzsche ve Postmodernizm*, s. 23-5.

¹⁴⁵ Küçükcalp, *a.g.e.*, s. 37-41.

düşünüre göre de, *öteki* üzerinde kurulan bu hegemonya, gerçek anlamda ahlaklı olmanın önündeki en büyük engellerden biridir.¹⁴⁶

Modernizmi tamamlanmamış bir proje olarak gören Jürgen Habermas'ın savunduğu ahlak anlayışı da, genel felsefesine uygun olarak, modern ahlak düşüncesinin XX. yüzyılda yeniden gözden geçirilmesi olarak değerlendirilebilir. Kant'ın ahlak anlayışının tamamen reddedilmesi yerine, revize edilmesi gerektiğini savunan ve *yasa koyucu akıldan etkileşimsel akıla* doğru gerçekleşen kapsamlı bir felsefî dönüşümün öncülüğünü yapan Habermas, Aydınlanma düşüncesinin biçimsel, tarih dışı ve bireyselci bakış açısını eleştirerek, *iletişimsel* (söylemsel) etik anlayışı¹⁴⁷ olarak bilinen bir ahlak teorisi geliştirir. Bu ahlak teorisine göre, herkesin katılacağı bir uzlaşma fikri yanılısamadan ibarettir. Ancak insanlar arasındaki karşılıklı anlayışı araştırmak ve insanların kimlikleri, ihtiyaçları ve akıl yürütme tarzları arasındaki farklılıkları göz önünde bulundurarak, herhangi bir tek biçimli rasyonel ahlakî özerklik anlayışına düşmeden bu çalışmaları yürütmek gerekir.¹⁴⁸

Habermas'a göre iletişimsel (söylemsel) etik anlayışının gerçekleşebilmesi için tüm bireylerin bu ahlakî oluşum sürecine girebilmeleri gerekir. *Evensel saygı ilkesi* olarak tanımladığı bu durum, böyle bir etik anlayışın gerçekleşebilmesi için şarttır. Ayrıca Habermas'ın *eşitlikli karşılıklılık* dediği diğer bir şart ise tüm bireylerin bu süreçte eşit ağırlığa sahip olmaları gerektiğidir.¹⁴⁹

Postmodern düşünürlerin modern ahlak anlayışına bakışları ise Habermas'inkinden ziyade Nietzsche'ninkine daha yakındır. Onlara göre evrensel bir *ahlak yasası* çerçevesinde, tüm insanlara yönelik bir *ahlakîleştirme projesi* öngören modern söylemi kabul etmek mümkün değildir. Örneğin Foucault, etik değerlerin çoğulluğunu ve farklılığını ahlakî anlamda başlı başına bir *kötülük* olarak gören modern ahlak projesinin (*fundamentalist etik anlayış*), *değerler krizine* yol açtığını savunmaktadır. Çünkü *ahlakîleştirme projesinin* öngördüğü tek ahlak ve biricik ahlakî

¹⁴⁶ Connolly, William E., *Kimlik ve Farklılık, Siyasetin Açmazlarına Dair Demokratik Çözüm Önerileri*, (Çev. Ferma Lekesizalın), Ayrıntı Yay., İstanbul 1995, s. 24-5.

¹⁴⁷ Karl-Otto Apel ve Jürgen Habermas tarafından formüleleştirilen iletişimsel ya da söylem etiği, yarım asra yakın bir süredir, başta Anglo-Amerikan ve Kıta Avrupası düşüncesinde olmak üzere tüm dünyada kabul görmektedir. Bkz. Benhabib, *a.g.e.*, s. 44.

¹⁴⁸ Benhabib, *a.g.e.*, s. 26-7.

¹⁴⁹ Benhabib, *a.g.e.*, s. 53-4.

kod, hiçbir zaman gerçekleştirilememiştir. Ona göre modernizm ahlak alanındaki tüm yetkileri devlete devrederek insanlara seçme hakkı vermemiş, onları mevcut otoritelere ve bunların koyduğu kurallara itaat etmeye zorlamıştır.¹⁵⁰ Örneğin modern sosyolojinin kurucusu olarak görülen Durkheim, rasyonelliğin yakalanabileceği yerin toplum olduğunu belirterek, hakikatin kaynağı gibi, ahlakın kaynağının da toplum olduğunu ve toplumsal kabul görmüş ahlak kurallarının sorgulanamaz olduğunu savunmuştur.¹⁵¹ Benzer bir şekilde modernist *yapısal-işlevsel kuram*¹⁵² ise, ahlakî çözümlerinde, asıl amacın Amerikan toplum düzenini sürdürecektir bireylerin nasıl üretileceği olduğunu belirtir.¹⁵³

Ahlak alanındaki çözümlerini özgürlük ve kişilerin kendilerini oluşturabilmeleri çerçevesinde ele alan ünlü düşünürler Heidegger ve Derrida, farklılığın (*différance*) tedirginlik oluştursa da, kimliklerin oluşumu için önemli olduğunu öne sürerler.¹⁵⁴ Bu bağlamda evrensel bir ahlakî düzen kurgulamak, insanların kişisizleştirilmesi anlamına gelir.¹⁵⁵ Lyotard, bundan dolayı farklılıklara açık kapı bırakmayan büyük anlatıların inkâr edilmesi gerektiğini savunur. Zira modernist büyük anlatılar, hakikatin tek temsili olduklarını iddia ettikleri müddetçe diğerleri üzerinde

¹⁵⁰ Modernite öncesi dönemde toplumlar, belirli gelenek ve görenekler çerçevesinde birbirini kontrol altında tutan insanlardan oluşurdu. Modernite ile bu durum yerini çoğunlukla birbirini tanımayan yabancıların yaşadığı toplumlara terk etti. Bu otorite boşluğunda, devletin desteklediği zorunlu ahlakî kodlar (kanunlar) ortaya çıktı. Postmodernite ile birlikte bu yüce kanun (big code) eski gücünü kaybedince, ahlakî anlamda bir kriz patlak vermiştir. Bkz. Bauman, Zygmunt, "Modernite, Postmodernite ve Etik", *Doğu-Batı*, Yıl: 5, Sayı: 19 (2002), s. 52-61.

¹⁵¹ Murphy, *a.g.e.*, s. 81.

¹⁵² Talcot Parsons'ın öncülüğünü yaptığı *yapısal-işlevsel kuram*, hem toplumu açıklamak iddiasında bulunmakta hem de insan ve toplum için geçerli olacak ahlaksal bir çerçeve çizmektedir. Onların kuramsal çözümlerinde toplumsal denetim düşüncesi ön plana çıkmakta, *işlevsel yurttaşın* (kurulu Amerikan toplum düzeni açısından işlevsel olma) nasıl üretileceği ya da gerçekleştirileceği üzerinde durulmaktadır. Bu kurama göre ahlak, bu *işlevsel yurttaşların* oluşmasına yardımcı olan kurallar ahlak kuralları olarak görülür. Bkz. Şaylan, *a.g.e.*, s. 265.

¹⁵³ Şaylan, *a.g.e.*, s. 265-6.

¹⁵⁴ Bauman, Zygmunt, *Siyaset Arayışı*, Metis Yay., İstanbul 2000, s. 156-7; Connolly, *a.g.e.*, s. 30.

¹⁵⁵ Murphy, *a.g.e.*, s. 83.

baskı kurmaktan kurtulamazlar. Lyotard, bütün anlatıların, eşitlik içinde bulunmaları¹⁵⁶ ve *ötekinin sesinin (voice of other)* meşrulaştırılması gerektiğini savunur.¹⁵⁷

Postmodernizme göre, kişiler başkalarının varlığını gözetmeksizin planlar yaptıklarında, sorumsuzca hareket etmiş olurlar. O nedenle Lyotard, adaletin “her bir dil oyununun saflığını korumaktan” ibaret olduğunu savunur. Postmodern bir dünyada, *ötekilerin* dilsel alanını kabul edip koruyan davranış etikdir. *Ötekini* bir *sen* olarak içermeyen öneriler, gayri meşrudur. Postmodernistlere göre, eğer bir toplum çoğulculuğu teşvik ediyorsa sağlıklı bir toplumdur. Fakat bu amacı gerçekleştirmek için muhalif görüşleri hem koruyan hem de reddeden söylem teşvik edilmelidir.¹⁵⁸

Modernizmin homojenleştirici etik yaklaşımını genel olarak tüm postmodern düşünürler eleştirmiş olsa da en ciddi eleştiri Levinas’tan gelmiştir. Ona göre mutlak ve objektif bir hakikat peşinde koştuğunu iddia eden modern Batı düşüncesi, *ötekiyle* girdiği ilişkide, *ötekini* anlamaya yönelik her teşebbüsünün, onun farklılığını ortadan kaldırarak bütünü bir parçası haline getirmeyi amaçladığını ileri sürer. Levinas, “ontolojik emperyalizm” olarak isimlendirdiği bu durumun, sürekli bir biçimde *ötekine* karşı bir şiddet içerdiğini düşünür. Ona göre bireylerin *ötekiyle* girdiği ilişkide, onu tekdüzeleştirmek, kendi gibi olmasını sağlamak yerine, *ötekinin* farklılığına saygı duyma amaçlanmalıdır.¹⁵⁹ Levinas’a göre adalet, *ötekinin* taleplerinden değil, adaletin gerçekleşmesi sorumluluğunu duyan ahlakî benliğin iç saik ve kaygısından

¹⁵⁶ Postmodern düşünürler, “eğer hiç kimse toplumla ya da başka bir insanla ilgili belirleme yapamayacaksa, bu aynı zamanda hiç kimsenin herhangi bir kimse için karar veremeyeceği, *öteki* hakkında ahlaklı veya ahlaksız şeklinde bir tasnifte de bulunamayacağı anlamına gelmektedir. Postmodern söylem, daha önce de belirttiğimiz gibi dil-kuram çözümlemesinden hareketle bir özgürlük projesi geliştirmiştir. Bkz. Şaylan, *a.g.e.*, s. 233.

¹⁵⁷ Connor, *a.g.e.*, s. 49-53; Şaylan, *a.g.e.*, s. 281.

¹⁵⁸ Murphy, *a.g.e.*, s. 103-4.

¹⁵⁹ Levinas’a göre ahlak, *ben* ve *öteki* arasında gerçekleşen bir şeydir. *Ben* ve *öteki*, bu ahlakî süreçte, toplumsal tuzaklardan, statülerden, toplumsal ayrımlardan, handikaplardan, konum ya da rollerden sıyrılarak katılmalıdır. Bu süreçte sadece insan olarak dahil olmak gerekir. Ona göre, toplumsal sözleşmeyi başlatan siyasal düzen, ne etiğin yeterli koşulu ve ne de zorunlu sonucudur. Levinas, üçüncünün varlığında etik düzeni, azizlik düzeni, merhamet düzeni, sevgi düzeni ya da hayır düzeni dediği şeyin terk edilmesinin kaçınılmaz olduğunu, etiğin vücut bulduğu yer ile toplumsal adaletin vücut bulduğu yerin aynı olduğunu söyler. O, etik ile devlet arasındaki ilişkiye sürekli bir gerilim ve kuşkunun egemen olduğunu ve etiğin, devletin ürettiği bir şey olmayıp devletten önce var olduğunu düşünür. Bkz. Bauman, *Postmodern Hoşnutsuzluk*, s. 67, 70, 74-5.

kaynaklanması gibi, etik de ötekinin talebine bağlı değildir. Yani ahlakî sorumluluklar, asimetriktir ve karşılıklı yapılan bir şey değildir.¹⁶⁰

Toplumsal var oluşun diğer bütün boyutlarında olduğu gibi, postmodernistler etiğin de ötekine dayalı olduğunu söylerler. Onlar etik eylemi, kişiler-arasına atıfla açıklarlar ve etik mutlakları bu alanda eritirler. Postmodernistler, kişiler-arası saygıya dayanan bir etik öne sürerler.¹⁶¹ Bauman'ın da dile getirdiği gibi postmodernistlere göre, ahlakî görüşler arasındaki bir tercih, yanlıştan doğruya değil; yorumdan bir başka yoruma geçiş olarak görülmelidir. Postmodernizmin modernizm için, toleransın ise postmodernizm için bir şans olduğunu belirten Bauman, klasik anlayışların¹⁶² tersine, asimile etmeyi amaçlamadan ötekini tanıma ve onunla birlikte yaşama yollarını aramanın gerekli olduğunu belirtir.¹⁶³

Postmodern düşünörlere göre günümüz toplumlarının, dünya görüşlerindeki, özel kanaatlerindeki ve dinsel inançlarındaki çoğulculuk yanında, hızla ilerleyen sosyo kültürel değişimler ve bununla bağlantılı olan ekonomik, politik ve toplumsal amaç ve hedeflerdeki farklılıklar, ahlaka ilişkin sorunlar üzerinde tam bir uzlaşmayı imkansız kılmaktadır.¹⁶⁴ Bundan dolayı, aydınlanmacı/modernist metafizik geleneğe ortaya konulmuş ahlak anlayışlarının öngördüğü şekilde, farklılıkları görmezden gelen epistemoloji öncelikli bir karaktere sahip ahlak anlayışı terk edilmeli ve çoğulcu bir ahlak anlayışı savunulmalıdır.¹⁶⁵

Dolayısıyla da etik sorun, Bauman'ın da belirttiği gibi, ayrıcalıksızlaştırılmış ötekilerin ayaklanması ve adalet için savaşmalarından ziyade, ayrıcalıklı çoğunluğun kendi tekil ya da grup çıkarlarının üzerine çıkararak, kendilerini daha az şanslı olan öteki insanlara karşı sorumlu tutmaları sorunudur. Bu sorun, başka bir deyişle bu ayrıcalıklı

¹⁶⁰ Bauman, *Postmodern Hoşnutsuzluk*, s. 88-9.

¹⁶¹ Murphy, *a.g.e.*, s. 102.

¹⁶² Ortaçağ Hıristiyanlığının temelinde yatan düşünce dışsal Ötekilerini yaratır ve onlara “paganlar, vahşiler, ilkeller, masumlar ya da barbarlar der. Onlar ya Hıristiyan olmalı ya da yok edilmelidirler. Hıristiyan düşünce, Öteki”ne uygun olan tanrıların çoğulluğunu onaylamayı engeller. Davet ve davete red halinde bir başka tavır da hoşgörü olabilir. Bu tarihte genellikle, temkinli ve taktik gereği olan bir hoşgördür. Ya güçsüzlük söz konusu olduğunda ya da hoşgörü Hıristiyanlaştırma sürecine katkı sağlayacaksa söz konusudur. Bkz. Connolly, *a.g.e.*, s. 65-6.

¹⁶³ Bauman, “Modernite, Postmodernite ve Etik”, s. 60-61.

¹⁶⁴ Pieper, *a.g.e.*, s. 19-20.

¹⁶⁵ Küçükalp, “Evrenselcilik”, s. 961.

insanların hiçbir zorlama olmadan, kendileri kadar *ötekilerine* de pratik ve pozitif özgürlük imkânının vermesi meselesidir. Özel anlamda ahlak, genel anlamda da adalet (makro etik), kişinin hiçbir baskı, zulüm, kovuşturma riski taşımadan kendi kimliğini ve eşsizliğini elinde tutma hakkı garanti altına alınmadan gerçekleşemez. Bu noktada Bauman, toleransın ahlak ve adaletin gerekli koşulu olduğunu belirtir.¹⁶⁶ Buna göre, kültürlerin ve kültürel bağlılıkların çokluğu, toplum ve devletler için bir yük değil bir avantajdır. Kültürler çoğaldıkça bireyin tercihleri ve dolayısıyla özgürlüğü artacaktır.¹⁶⁷

II- SİYASAL DÖNÜŞÜM: YÖNETİMDEN YÖNETİŞİME

Ortak bir tanımları yapılamasa da, siyaset, toplum ve hukuk kavramları birbirinden ayrılamaz kavramlardır. Siyaset felsefesi, daima hukuk teorisi veya hukuk felsefesinin sorunlarıyla da ilgilenmiştir.¹⁶⁸ Çünkü toplumsal hayatın işleyiş ve yönetimini konu alması hasebiyle siyaset, kendisi için bir yol haritası anlamına gelen hukuktan bağımsız düşünülemez. İlk çağlardan beri toplumsal hayatın sürdürülebilmesinde en önemli kurumlardan biri devlet olmuştur. Devlet ve yönetim anlayışı çağlar içinde farklılaşsa da, genel anlamda yöneten-yönetilen ayrımına dayalı düalist bir kabul, hep var olmuştur. Günümüzün demokrasiye dayalı hâkim devlet yapısı, bu düalizm açısından Orta Çağ'ın monarşik veya oligarşik devlet anlayışlarından farklı değildir. Geçtiğimiz yüzyılda da uluslararası ilişkilerin en önemli aktörlerinden biri olmayı sürdüren ulus-devlet yapısı, çoğunlukla temsili demokrasilerle yönetilmekte ve toplum belli bir süreliğine, bir veya birkaç siyasî partiyi yönetici olarak görevlendirerek yöneten-yönetilen şeklindeki bu düalizmi devam ettirmektedirler.¹⁶⁹

Ancak ulus-devlet yapısı, İkinci Dünya Savaşı ile başlayan ve soğuk savaşın bitmesiyle hızlanan bir değişim süreciyle birlikte, üstesinden gelemediği bazı

¹⁶⁶ Bauman, *Postmodern Hoşnutsuzluk*, s. 88-9.

¹⁶⁷ Örneğin hepsi de rasyonel ama birbirleriyle uyuşmayan dinsel, felsefi ve ahlakî inançların çokluğunun liberal/demokratik toplumun alamet-i farikası olduğuna inanan John Rawls, üstüne basa basa, çoğulculuğun hem zorunlu hem de istenir olduğunu iddia eder. Rawls'a göre görüşlerin çeşitliliği kendi başına iyi bir şeydir, doğru kurulmuş bir toplumda, toplum üyelerinin, planlarının farklılaşmasını istemeleri haklarıdır. Liberal düşünürler, özgürce seçilen inançları savunma istemini onaylarken, devletin zorla seçenek dayatma girişimlerini kınarlar. Onlar, ayrıca ahlakî çatışmalarda devletin taraf olamayacağı ve bu çatışmaların bu şekilde aşılamayacağına inanırlar. Bkz. Bauman, *Postmodern Hoşnutsuzluk*, s. 266-7.

¹⁶⁸ Barry, Norman P., *Modern Siyaset Teorisi* (Çev. Mustafa Erdoğan-Yusuf Şahin), Liberte Yay., Ankara 2003, s. 35.

¹⁶⁹ Çam, Esat, *Siyaset Bilime Giriş*, Der Yay., İstanbul 2002, s. 337.

problemlerle karşı karşıya kalmıştır.¹⁷⁰ Bu problemler¹⁷¹ aydınlanma düşüncesinden beri siyasal dünyanın tek aktörü olan ulus-devlet anlayışında köklü değişimlerin yaşanmasının önünü açmıştır. Bazı düşünürlere göre, ulus-devlet için bir kriz anlamına gelen bu süreç, ulus merkezli devlet anlayışından küresel (çoğulcu) devlet anlayışına, merkeziyetçilikten adem-i merkeziyetçiliğe, ideolojik toplumu öngören siyasal anlayıştan, bağımsız sivil toplumu öngören siyasal anlayışa, klasik liberalizmden yeni liberalizme, temsili demokrasiden radikal demokrasiye doğru radikal değişimlerin yaşandığı bir süreçtir. Farklı şekillerde ifade edilen bu değişim süreci, yöneten ve yönetilen arasındaki mesafeyi daraltan, tüm insanların yönetim sürecine katıldığı, *karşılıklı yönetim, etkileşim içinde yönetim* veya *yönetişim* (governance) gibi kavramlarla ifade edilen bir yönetim anlayışına geçişi ifade etmektedir.¹⁷² Yönetişim anlayışını ele almadan önce ulus-devlet fikrini ve onun idealleştirdiği *yönetim* anlayışını kısaca ele alalım.

A. Ulus-devlet Anlayışının Ortaya Çıkması

Devlet düşüncesi, antik dönemden beri birçok düşünürün kafa yorduğu bir konudur. Platon, devleti filozof-kralın bilgisinin ve insan ruhunun ideal bir form halinde somutlaşması olarak görürken, Aristoteles bireyin siyasî olarak mensup olduğu organik yapı olarak tanımlamıştır. Ancak günümüzdeki anlamıyla devlet, Aydınlanma ile birlikte Avrupa’da ortaya çıkmıştır.¹⁷³

¹⁷⁰ Ulus-devletlerin küresel ekonomiye bağımlı hale gelmeleri, çok uluslu şirketlerin yaygınlaşması, uluslar arası suç örgütlerinin güçlenmesi, dünya sathına yayılan göç faaliyeti, iletişim ve ulaşımdaki gelişmelerle dünyanın küçülmesi, asimile edilmek istenen yerel değerlerin canlanması vb. bazı problemler ulus-devletlerin boyutlarını aşan bazı sorunlardır. Bkz. Aktan, Coşkun Can, “Değişim Trendleri ve Değişim Dinamikleri”, *Moderniteden Postmoderniteye Değişim* içinde, (Editör: Coşkun Can Aktan), Çizgi Kitabevi, Konya, 2003, s. 6-13.

¹⁷¹ Habermas’a göre küreselleşme ile ortaya çıkan problemler, ulus-devletlerin, üç noktada iktidarını yetersiz hale getirmiştir: a) kontrol kabiliyetini ve gücünü kaybetmiştir, b) karar mekanizmasında meşruiyet eksikliği ortaya çıkmıştır ve c) bu meşruiyeti temin eden idari ve düzenleme hizmetleri sunmada yetersiz kalmıştır. Habermas, *a.g.e.*, s. 26-7.

¹⁷² Habermas, *a.g.e.*, s. 26-8; Aktan, *a.g.e.*, s. 6-13.

¹⁷³ Ali Yaşar Sarıbay, Batı Avrupa toplumlarında ulus-devlet kurma sürecinin dört aşamada tamamlandığını belirtir: 15-18. yüzyıllar arası birinci aşama: Seçkinler düzeyinde ekonomik, politik ve kültürel açıdan bütünleşme gerçekleşmiştir. İkinci aşama, asker ocağı, okul ve yeni kitle iletişim araçları aracılığıyla büyük kitlelerin kiliseler, mezhepler veya yerel değerler tarafından oluşturulan egemen kimliklerinin karşısında yeni kimliklerin oluşturulduğu dönem. Üçüncü aşama, endüstriyel ve ulusal devrimlerin başarılanması ve bunların yaratmış olduğu çatışmaların, toplum üyelerinin politik sistemin işleyişinde tebalıktan aktif yurttaş kavramına geçmelerinin yardımcı olması. Dördüncü aşama, devletin idari aygıtlarının genişletilmesine ilişkin süreci kapsar. Bu aşamada yeniden dağıtım

Feodal yapının çözülmesiyle birlikte ortaya çıkan ve 17. yüzyılın ortalarına doğru yaygınlık kazanan ulus-devlet anlayışı, 1648 Westphalia Barış Antlaşması ile birlikte, Avrupa'daki milletlerarası düzenin siyasî birimi haline gelmiştir. Bu antlaşma ile birlikte, daha ziyade dinin şekillendirdiği monarşilerde, feodal sistemin bir gereği olarak vücut bulan parçalı bir iktidar ve hukuk anlayışı terk edilmiş ve tüm devletlerin bağımsız ve eşit olduğu öngörülmüştür. Böylece,- başka bir devletin müdahalesine izin vermeyecek şekilde, bir devletin kendi vatandaşlarına yönelik uygulamalarında mutlak bir serbestîye sahip olduğu kabul edilmiştir.¹⁷⁴ 1789 Fransız Devrimiyle birlikte giderek tüm dünyada kabul gören ulus-devlet anlayışı, aslında aydınlanmacı/modernist dünya görüşünün siyasal yansımasıdır. İnsan aklının evren hakkında nesnel ve evrensel bir hakikate ulaşabileceğini öngören modernizm düşüncesi, bu hakikatler çerçevesinde, daha güvenli bir dünyada yaşanabilmesi için evrenin bir parçası sayılan birey ya da toplumun şekillendirilmesi gerektiğini ve bunun da ancak devlet eliyle yapılabileceğini savunmuştur.¹⁷⁵

Ulus-devlet düşüncesi, Aydınlanma ile gelişen rasyonalizm ve özgürlük düşünceleri ile yakından ilişkilidir. Aydınlanma ile ortaya çıkan hümanizm düşüncesi, insanın bağımsızlığına ve onun aklına vurgu yaparak işe başlamıştır. Bu düşünceye göre insanlar ancak akıl aracılığıyla gerçeği bulabilir ve böylece özgürleşebilirler. Ancak, ilk dönem aydınlanma düşünürlerinden Thomas Hobbes (1588-1679), insanların sübjektiflikten kurtulamayacaklarını, bundan dolayı, ortak bir gerçeklikte buluşmalarının mümkün olmadığını savunur. Herkesin farklı bir rasyonellik savunması durumunu o, *tutarsız anlam* olarak isimlendirir. Hobbes'a göre insanların bu durumdan kurtulmaları için, insanlardan daha yüksek bir varlık kategorisinde olan bir araç arayışının sonucu olarak devlet fikri ortaya çıkmıştır. Tanrısal bir boyutu olduğunu düşündüğü bu devlet anlayışını, tüm felsefî düşüncesinin merkezine koyan Hobbes, tüm insanların benimseyeceği bir gerçeklik yorumunun devlet tarafından desteklemesi

araçlarının artması; kamu refahını sağlamaya yönelik hizmetlerin genişletilmesi, ulusal çapta ekonomik koşulları eşitlemeye yönelik politikaların uygulanması devlet nüfuzundaki artışın göstergeleri olarak belirlemiştir. Bkz. Sarıbay, Ali Yaşar, *Global Bir Bakışla Politik Sosyoloji*, Alfa Yay., İstanbul 2000, s. 91-5.

¹⁷⁴ Falk, *a.g.e.*, s. 7-9.

¹⁷⁵ Şaylan, *a.g.e.*, s. 29-30.

gerektiğini öne sürer. Ona göre, birçok gerçeklik yorumunu genel kabul görmüş bir referans noktasında eritmekle devlet, *büyük belirleyici* (the great definer) haline gelir.¹⁷⁶

Hobbes'a göre devlet, barış ve güvenliğin sağlanması için gereklidir. Çünkü insanlar kendi varlıklarını sürdürmek için, doğanın sunduğu imkânlardan yararlanmak zorundadır. Bunu yaparken de diğer insanlarla çatışma ortamına girer ve "*herkesin herkese karşı yürüttüğü savaş*" başlamış olur. Bu savaş ve güvensizlik halinden kurtulmak için insan yeni yöntemlere ihtiyaç duymuştur. İşte devlet, insanların böyle bir savaş ve güvensizlik ortamından kurtulmaları için geliştirilmiş bir araçtır. İnsanların birbirine söz vererek (toplumsal sözleşme) ortak bir güce tüm haklarını devretmeleri ile ortaya çıkan devlet, güvensizliğin ve savaşın hâkim olduğu *doğa durumundan* (status naturalis), *yurttaşlık durumuna* (status civilis) geçmek anlamına gelmektedir. Bu aşamadan sonra insanlar, artık kendi kişisel çıkarlarına göre belirledikleri kurallar yerine, devletin belirlediği kurallara göre hayatlarını tanzim ederler. Monarşik bir devlet anlayışını idealleştiren Hobbes, kişinin devlet karşısında hiçbir hak iddia etmesinin söz konusu olamayacağını savunmuştur. Ona göre, devlet adına hükümdarın belirlediği yasaların yanlış olması söz konusu değildir. Hükümdara karşı gelmek, insanların *doğa durumuna* geri dönmesi anlamına geleceği için, vatandaşların, devletlerine kayıtsız şartsız bağlanmaları gerekir.¹⁷⁷

Jean-Jacques Rousseau (1712-1778) da, Hobbes gibi, bireylerin kendi *özel iradelerini*, *genel iradeye* tabi kılmaları gerektiğini savunmuştur. Ona göre insanlar, kendi aralarında gönüllü olarak *toplumsal* bir *sözleşme* oluşturamazlar. Ama insanların, bir parçasını teşkil ettikleri kolektif yapıya katılmaya mecbur olmaları sebebiyle, bireysel iradeye zıt olsa da, toplumun bekası için *genel iradeye* (toplumsal sözleşme) bağlı olmaları kaçınılmazdır. Ancak Rousseau, Hobbes'un tersine, monarşik bir devlet anlayışı yerine, demokrasiye dayalı bir devlet anlayışını idealleştirir. Demokrasiyi savunmasına rağmen Rousseau, toplum içinde hiçbir kısmi grup ve topluluğun bulunmaması gerektiğini belirtir. Çünkü bu gruplar, özel iradelerini ve kısmi çıkarlarını öne çıkararak, *toplum sözleşmesi* ile amaçlanan genel menfaatleri zedelemektedirler. O,

¹⁷⁶ Murphy, *a.g.e.*, s. 22; Thomson, David, *Siyasi Düşünce Tarihi* (Edit: Serdar Taşçı), Metropol yay., İstanbul 2002, s. 127-33.

¹⁷⁷ Thomson, *a.g.e.*, s. 70-2; Gökberk, *a.g.e.*, s. 252-4.

yasalara itaat eden her bir insanın, aslında kendine itaat etmiş olacağını dile getirir. Ona göre genel irade her insanın gerçek iradesidir. Bu yüzden kendi iradesini, oyların sayımıyla tespit edilen genel iradeye uydurmak, özgürleşmek demektir.¹⁷⁸

Günümüz devlet anlayışının oluşumuna en büyük katkısı ise G. W. Friedrich Hegel (1770-1831) sağlamıştır. Ulus fikrini, devlet kavramına endeksleyen Hegel, bir ulusun duygu ve bilincinin ancak devlet şuurunda birleşmesiyle oluşabileceğini savunur.¹⁷⁹ Devleti Tanrının yeryüzündeki adımları olarak gören Hegel, Hobbes gibi devlete metafizik bir boyut atfeder. Ona göre bireysel çıkar ve idealler, devletinkilerle özdeşdir. Özgürlük, sadece birey olarak kişinin tikel çıkarlarının gerçekleşmesi değil, bu çıkarların bir taraftan genel irade ile bütünleşmesi, diğer taraftan da evrenseli yakalaması anlamına gelir.¹⁸⁰

Hegel, devletin bireylerden ve dolayısıyla toplumdaki üyelerden üstün bir konuma sahip olduğunu ve devletin kendini idame ettirmekten daha üstün bir amacının olmadığını savunur.¹⁸¹ Onunla doruk noktasına çıkan ulus-devlet anlayışı, devlet kavramına salt politik bir organizasyon olmanın ötesinde bir misyon yükleyerek devletin hem bireyler üstü bir kimliğe ve bağımsız bir bütünlüğe sahip olduğunu hem de kendine özgü gelişme yasalarının bulunduğunu ileri sürmüştür.¹⁸² Ulus-devlet öncesi aşamada hukuk sisteminin hatta yasama organının sivil toplum unsurları arasında olduğunu dile getiren Hegel, devletin oluşmasından sonra diğer sivil toplum unsurları gibi hukuk sisteminin de devletin şahsında toplandığını savunarak, hukuk ile toplum arasındaki organik bağları koparmıştır. Hegelci devlet düşüncesi geleneğinde hukuk, devletin meşruiyet ölçüsü olmakla birlikte devletin yüce ve aşkın bir tasarrufu olarak topluma bahşedilen ve gerektiğinde yine devlet tarafından değiştirilebilen kurallar bütünü olarak görülmektedir.¹⁸³

Genel anlamda ulus-devlet anlayışı, üniter bir yapıyı idealleştirir. Bu anlayış gereği, ülke ve ülke topraklarında yaşayan tüm bireyler *yurttaşlık* kimliğiyle bütüncül

¹⁷⁸ Thomson, *a.g.e.*, s. 127-33; Murphy, *a.g.e.*, s. 23-4.

¹⁷⁹ Habermas, *a.g.e.*, s. 8-9.

¹⁸⁰ Thomson, *a.g.e.*, s. 173-81.

¹⁸¹ Erdoğan, Mustafa, "Hikmet-i Hükümet", *Doğu Batı*, Sayı 13, No. 1 (2000), s. 50.

¹⁸² Çaha, "İdeoloji ile Hukuk Arasında Devlet", s. 88.

¹⁸³ Çaha, "İdeoloji ile Hukuk Arasında Devlet", s. 101-2.

bir yapı oluşturmalarıdır. Ulus-devlet, âdetler, sosyal uygulamalar, ahlakî değerler, bireylerarası ilişki tarzları, dil, ortak anlamlar sistemi gibi birçok alanda homojen bir kültürel yapıyı öngörür ve belli bir ideoloji çerçevesinde vatandaşlarını dönüştürmeyi amaçlar. Bu devlet anlayışına göre, vatandaşlarına özel bir kimlik kazandırma, şahsiyetlerini oluşturma ve yaşamlarına bir anlam verme noktasında devlet, mutlak anlamda yetkilidir. Bu amaç doğrultusunda ulus-devlet, ülke içindeki bütünlüğü zedeleyen her türlü tanım ve ayrımların önüne geçerek homojen bir yapı oluşturmak zorundadır. Merkezi yapısıyla ulus-devlet, bireylerin hak ve sorumluluklarını belirlemek, toplumdaki sınıf ve gruplar arası ilişkileri düzenleyip dengelemek ve böylelikle toplumda siyasal ve sosyal bütünleşmeyi sağlamak gibi amaçlara sahiptir. Bu bütünleşme için, merkezîyetçi düşünce çerçevesinde teşkilatlanmış bütüncül bir idari yapılanma ve tek bir hukukî yapı yürürlükte bulunmaktadır. Bu anlamda hukuk, sadece vatandaşların sulh içinde yaşamaları değil, aynı zamanda onları dönüştürme amacına da sahiptir. Ulus-devletin tüm vatandaşları üzerinde kontrol mekanizmasını sağlaması ise her şeyden önce siyasal ve ekonomik anlamda bağımsızlığı ile mümkündür. Bundan dolayı ulus-devletler, siyasal anlamda bağımsızlığını ve ekonomik anlamda kendi kendine yeterli olmayı (merkantilizm), en büyük hedef olarak belirlemişlerdir. Çünkü bu şekilde devlet, iç işlerinde tam bir serbestiye (self-determinasyon) sahip olmakta ve sahip olduğu büyük güç ile toplum üzerinde kurduğu kontrol mekanizmasını ve ideolojik aygıtlarını kullanarak toplumu ortak ulusal çıkarlar doğrultusunda yönlendirebilme imkânına kavuşmaktadır. Böylece ulus-devlet, homojen ve kuvvetli bir *biz* düşüncesine bağlı, ortak amaçları, dostları ve düşmanları olan vatandaşlar oluşturabilir.¹⁸⁴

¹⁸⁴ Modern devletin demokratik hukuk devleti olma süreci içinde siyaset kavramı iki şekilde anlaşılmalıdır: Carl Schmitt'in savunduğu birinci görüşe göre, ahlaktaki "iyi-kötü", estetikteki "güzel-çirkin", ekonomideki "kârlı-kârsız", hukuktaki "yasal-yasal olmayan" ayrımı ne ise siyasette de "biz-onlar" ayrımı ve bu ayrım üzerine kurulan "dost-düşman" kriteri aynı anlama gelir. Bu siyaset anlayışına göre, *biz* bir topluluktur ve "*biz*"in dışındakiler *öteki* topluluklardır ve *öteki* *biz*in düşmanı veya dostu olabilirler. İşte siyasî karar, *biz* ve dolayısıyla *ötekilerin* kimliğini belirleme anlamında bir topluluk sınırı çizme ve bu sınırı koruma kararıdır. Bundan dolayı siyasî karar, çoğulcu değil, tekçi (*monist*) olmalıdır ve muhalefete hiç yer verilmemeli, ya da ancak modern ulus-devletin temel siyasî kararları içinde imkan verilmelidir. Bu anlayışa göre siyasetin asıl amacı, ulus-devletin varlığını korumaktan ibarettir. Siyasetin ikinci anlaşılma biçimi ise, David Easton'a aittir. Siyasî davranış ve siyasî sistem teorisinin kurucusu olan Easton, siyasetin, toplumdaki değerlerin otoriteye dayalı olarak dağıtılmasını ifade eden bir kavram olduğunu söyler. Bu kavram açısından bakıldığında siyaset, değerlerin dağıtılması sürecinde otoriteyi eline geçirmek veya etkilemek suretiyle kendi çıkarını

B. Ulus-devletin Yönetim Anlayışı

Genel anlamda *yönetim* anlayışı, toplum (yönetilen), siyasal güç (yöneten) ve ortak amaç olmak üzere üçlü bir sacayağı üzerinde durmaktadır. Bu üç ögenin farklı biçimlerde tanımlanmasına bağlı olarak, teokratik, faşist, sosyalist, liberal gibi farklı yönetimlerden söz edilebilir.¹⁸⁵ Günümüz siyaset anlayışında, yönetilenlerin özgürlüğü her geçen gün daha fazla vurgulansa da, Tekeli'nin tespitiyle, günümüz ulus-devlet anlayışının karşısında duran en önemli sorun, yöneten gücün sahip olduğu iktidar ile bireysel özgürlükler arasındaki dengenin nasıl kurulacağı sorunudur. Ne toplumun göz ardı edilmesi ile ortaya çıkan totalitarizm, ne de siyasal gücün görmezden gelinmesiyle vücut bulan anarşizmin idealleştirilmesinin söz konusu olamayacağı tarihin kanıtladığı bir gerçektir. Bundan dolayı siyasal güç ile birey arasında bir dengenin kurulabilmesi zorunludur. Aydınlanma ile birlikte yeniden gelişen demokrasi anlayışı, bu denge arayışının bir sonucu olarak değerlendirilebilir. Bu anlayışa göre, yönetici gücün meşruiyeti, bireyleri temsil edebildiği ölçüde gerçekleşmektedir. Toplum için ortak amaçlar ya da ortak iyilerin ne olduğu da ancak bireylerin tercihlerine göre saptanabilecektir. Yönetici gücün bireyin tercihlerine yapabileceği müdahalenin sınırı, işte belirlenen ortak iyinin, ne kapsamda tanımlandığına bağlı olarak tespit edilecektir. Böyle bir yönetim sistemi içinde bireysel özgürlükler/haklar ile toplumsal düzen/yetki çatışması kaçınılmaz olarak söz konusu olsa da, gerçek demokrasi ile bu çatışma her zaman halkın lehine sonuçlanacaktır.¹⁸⁶ Ancak demokrasi ile amaçlanan hedeflerin her zaman mümkün olmasının önemli bir dezavantajı vardır. O da demokrasinin doğrudan uygulanmasının zor oluşudur. Zira antik dönem site devletlerinin aksine, büyük ulus-devletlerin böyle bir yönetim tarzını hayata geçirmeleri oldukça zordur. Bundan dolayı ulus-devletler, ikinci iyi (second best) olarak *temsili demokrasiyi* uygulama alanına almışlardır. Ancak bu yöntemin de, bazı sakıncalı sonuçlara yol açabileceği kısa süre içinde anlaşılmıştır. Şöyle ki çoğunluk tarafından seçilen yöneticilerin (iktidarın),

gerçekleştirmeye çalışan ve bu yüzden de birbirleriyle çatışma halinde olan toplumsal gruplar arasında bir çatışma-uzlaşma sürecini anlatmaktadır. Günümüz dünyasında yaygın olarak kabul görmüş olan bu anlayışa göre, muhalefet ve çoğulculuk, "siyasî sistem içi" taleplerin örgütlenmesi, ifade edilmesi, karşılanması, bu bağlamda çatışma-uzlaşma dinamiğinin sağlanması gereklidir. Bu anlayış, muhalefet dolayısıyla çoğulculuk için mümkün siyasî ifade ortamını oluşturmayı da bir görev bilmektedir. Bkz. Poggi, *Modern Devletin Gelişimi*, s. 25-7.

¹⁸⁵ Tekeli, *a.g.e.*, s. 241.

¹⁸⁶ Tekeli, *a.g.e.*, s. 241-2.

kendisini mutlak yetki sahibi görerek kendi doğrularını tüm halka dayatması ve muhalefeti, iktidarı ele geçirmeye çalışan siyasî bir grupla sınırlı tutarak onlardan gelecek eleştirilere kulaklarını tıkaması sonucunda *demokratik elitizm* anlayışının oluşması söz konusu olabilmektedir.¹⁸⁷

Günümüzde siyasal gücün ve toplumsal iyinin oy çokluğu ile belirlenmesi ve temsil esasına dayanan yönetim anlayışının artık iyi işleyen bir demokrasi için yeterli olmadığı sıklıkla dile getirilmeye başlanmıştır. Günümüzde popülerleşen *katılımcı demokrasi* veya *çoğulcu demokrasi* kavramları bu yetersiz kalışın bir göstergesi olarak düşünülebilir.¹⁸⁸ Oy çokluğunun sosyal tercihi belirlediği, hâkimiyet oluşturmaya olanak verdiği bir demokrasi, bu çoğunluk içinde yer almayanların tercihlerinin dışlanması sonucunu doğurmaktadır.¹⁸⁹ Zira iktidarın halka ait olması düşüncesi her ne kadar idealleştirilse de, temsili demokrasilerde, aslında temsil edilenin toplumun tamamı değil, toplumun çoğunluğu olduğu gerçeği, bireysel haklar adına ciddi bir tehlike teşkil etmektedir.¹⁹⁰ Bireysel hakları demokratik sisteme entegre etme çabaları ve *liberal demokrasi* adı altında, düşünce ve ifade özgürlüğünü esas alan, herkesin eşit görüldüğü bir demokrasi anlayışı inşa etme istekleri, demokrasinin söz konusu yetersizliğini ortadan kaldırma adına gösterilen bir çabanın ürünü olarak görülebilir.¹⁹¹

¹⁸⁷ Köker, *a.g.e.*, s. 199-210.

¹⁸⁸ Atina'nın demokrasi anlayışı çerçevesinde yapılan oylama sonucunda Sokrates'in, çoğunluğun oyuyla ölüm cezasına çarptırılmış olması, Hegel'in öngördüğü gibi, çoğunluğun oyları ile ortaya çıkan iradenin kesinlikle hakikati temsil ettiğine dayanan demokrasi anlayışının doğruluğunu şüpheli hale getirmektedir. Ayrıca bu durumun farkında olan birçok düşünür ve siyaset adamının, iletişim araçlarının bu derece gelişmiş olmasına rağmen, doğrudan demokrasiyi savunmuyor olmaları, çoğunluğa dayalı demokrasi anlayışının ne gibi sonuçlar doğuracağı ve azınlıkta kalanlar için ne denli korkunç bir tehlike oluşturacağını gözler önüne sermektedir.

¹⁸⁹ Tekeli, *a.g.e.*, s. 244-5.

¹⁹⁰ Günümüzün devletlerinin önemli problemlerinden biri azınlıklar meselesidir. Azınlıkların genel toplumsal tercihler karşısında bir tehdit olarak görülüp, asimile edilme yoluna başvurulmasının handikapları ortaya çıkmış ve geçtiğimiz yüzyılda bu anlayıştan hızlı bir kopuş söz konusu olmuştur. Bu konuyu irdelediği çalışmasında Kymlicka, azınlıkların, ulusal tanınma ve ulusal özerklik taleplerinin kabul edilmesinin liberal devlet anlayışının bir gereği olduğunu savunur. Ona göre, ulusal azınlıkların, canlı ve işleyen kültürleri ile toplumda varlıklarını koruyabilmeleri gerekir. Bu, hem adaletin hem de devletlerin kalıcılığının en önemli yoludur. Geçmişte, birçok Batı demokrasisi milli güvenlik ve siyasi istikrar karşısında bir tehdit olarak görülen azınlık milliyetçiliklerini ezmeye kalkışmıştır. Ulusal azınlıkları güçten düşürmek ve onların ayrı bir ulusal kimliğe sahip oldukları duygusunu yok etmek için çeşitli önlemler alınmıştır. Ancak ulusal azınlıklara egemen ulusal grupla bütünleşmesi yönünde baskı yapmanın, sadece çatışmanın şiddetini arttırdığı görülmüştür. Bunun aksine özyönetim taleplerinin gerçekleşmesi ise şiddete dayalı çatışma ihtimalini azaltmıştır. Bkz. Kymlicka, *a.g.e.*, s. 15-6.

¹⁹¹ Tekeli, *a.g.e.*, s. 246.

Günümüz siyasal söylemi içinde önemli bir yer tutan ve özgürlüklere vurgu yapan *liberal demokrasi* anlayışı, birbiriyle ilişki içinde olan birey anlayışından ziyade, ülke topraklarına dağılmış atomistik bir birey anlayışına dayanır. Bu bireyin üretime katkıda bulunmak, tüketim yaparak üretime talep oluşturmak ve belirli zamanlarda meclisteki temsilcisini seçmekten başka bir işlevinin olmadığı kabul edilir. Temsili demokrasi anlayışının uygulandığı ülkelerdeki deneyimler, bu modelin ontolojik kabullerinin, gerçeğe uymadığını ortaya koymuştur. En başta, atomistik birey kabulü, hali hazırdaki gerçekliğe uymamaktadır. Gerçekte bireylerin toplumda ilişki içinde bulunduğu, gruplar hâline gelerek çıkarlarını savunma eğilimi taşıdıkları bilinmektedir. Günümüz yönetim anlayışının bu realiteyi göz ardı etmesinden dolayı, oy vererek temsili demokrasiye katılan insan oranı her geçen gün azalmaktadır.¹⁹²

C. Yönetim Anlayışından Yönetişim Anlayışına Geçiş

İkinci Dünya Savaşı'ndan sonra ortaya çıkan Avrupa Konseyi, Avrupa Toplulukları (şimdiki Avrupa Birliği), NATO, AGİK, ASEAN, OESD gibi ulus-devletin boyutlarını aşan oluşumlar, ulus-devlet merkezli siyasal düşüncüyü aşındıran bir süreci başlatmıştır.¹⁹³ Ayrıca büyük çaplı göç hareketleri sonucunda devletlerin giderek çok-kültürlü bir yapı arz etmesi de, yine bu süreçte etkili olmuştur. Ancak ulus-devletlerin yaşadığı bu değişim sürecini, bazı düşünürlerin dedikleri gibi kriz noktasına getiren asıl faktörler, geçtiğimiz yüzyılın son çeyreğinde ortaya çıkan küreselleşme olgusu ve postmodern eleştirilerdir.¹⁹⁴

Son yılların en aktüel kavramlarından biri olan küreselleşme, ülkeler arasında giderek gelişen ekonomik, siyasî, sosyal, kültürel ilişkilerin ve devletlerarası bağımlılığın artışı için kullanılmaktadır. Küreselleşme ile birlikte büyük sermayeler sınır tanımaksızın tüm dünyayı dolaşmaya başlamış, iletişim ve ulaşım teknolojilerinde büyük gelişmeler olmuş ve böylece dünya, sınırların kalktığı, mesafelerin kısaldığı bir köy haline gelmiştir. Artık ulus-devletlerin ülke sınırlarına (teritoryal) ve bağımsızlığına (independence) vurgu yapmak yerine, sınırların incelendiği

¹⁹² Şaylan, *a.g.e.*, s. 22-3.

¹⁹³ Gündüz, Aslan, "Küreselleşmenin Hukukî Boyutları" *Küreselleşme İslam Dünyası ve Türkiye* içinde, Ensar Yayınları, İstanbul 2002, s. 283.

¹⁹⁴ Habermas, *a.g.e.*, s. 23-4.

ve birbirine bağımlılığı (interdependence) öne çıkaran bir anlayış kendini göstermektedir. Gelinen bu aşamada, ulus-devletlerin benimsediği bazı yerel değerler evrensel değerler karşısında yok olurken, bu devletlerin görmezden geldiği bazı değerler ise canlanmaya başlamıştır.¹⁹⁵

Ayrıca, büyük gelişme kateden iletişim ve haberleşme, ulus-devletlerin yönetim anlayışlarında önemli bir yer tutan bilgiyi paylaşımına açmalarını zorunlu hale getirmiştir. Çünkü bir yanda uluslararası ilişkiler ve küresel ekonomi, diğer yanda da toplumsal dinamikler giderek daha çok bilgi paylaşımı üzerinde temellenmekte, bu bağlamda bilgi paylaşımı yönetebilirliğin ölçütü haline gelmektedir. Yine son dönemlerde sık sık ifade edilen *e-devlet* düşüncesi de, bilginin paylaşımını esas alan bir düşünceye işaret etmektedir. *E-devlet* anlayışı, her bir yurttaşa demokratik sürece katılmak için güçlendirilmiş fırsatlar sunmayı ve hükümetin, temsil ettiği halkın görüş, bilgi ve deneyimlerine en üst seviyede ulaşmasını amaçlar. Bu amacın gerçekleşmesi ile temsili demokrasinin yerine daha çok katılımcı bir anlayışı öngören, çok-taraflı ve işbirliğine dayalı, yatay koordinasyon içinde gerçekleşen katılımcı veya radikal bir demokrasi anlayışı ortaya çıkmıştır.¹⁹⁶ Sonuç olarak küreselleşme Habermas'ın da belirttiği gibi ulus-devleti dört açıdan aşındırmıştır: a) hukuk güvenliği ve yürütme gücü, b) teritoryal egemenlik, c) kolektif kimlik ve d) demokratik meşruiyet.¹⁹⁷

Ulus-devlet düşüncesini aşındıran bu süreçte etkili olan diğer bir faktör de postmodern eleştirilerdir. Bir önceki başlıkta da belirttiğimiz gibi postmodernizm, modernizme dayalı tüm anlayış ve kurumlara yönelik çok etkili eleştiriler yöneltmiştir. Bu eleştirilerden ulus-devlet düşüncesi, özellikle de onun özgürlük anlayışı da payına düşeni almıştır.¹⁹⁸ İnsan hak ve özgürlüğüne bu derece önemin atfedildiği bir dönemde postmodern düşünürlerin hak ve özgürlük adına yaptıkları eleştirilerin oldukça etkili olduğu görülmektedir. Postmodern düşünürler, ulus-devletin öngördüğü yönetim anlayışının, insanı yönetimin nesnesi kılarak şeyleştirdiğini ileri sürerler. Bu amaçla

¹⁹⁵ Robertson, *a.g.e.*, s. 284-5.

¹⁹⁶ Uçkan, Özgür, "E-Devlet, E-Demokrasi ve E-Yönetişim Modeli", http://www.stradigma.com/turkce/haziran2003/makale_09.html, (erişim 7.5.2007).

¹⁹⁷ Habermas, *a.g.e.*, s. 86.

¹⁹⁸ Habermas, *a.g.e.*, s. 26-30; Aktan, *a.g.m.*, s. 157-70.

ulus-devletler bireylerin bedenleri, düşünceleri, hareket tarzları ve varoluş biçimlerini dönüştürmek için, benlik teknolojileri geliştirmişlerdir.¹⁹⁹

Her bireyin kendi olma hakkına sahip olduğunu ve kendi kimliğini yaratarak topluma açılabileceğini savunan postmodernist düşünce, bunun doğal sonucu olarak toplumun çok kimlikli bir yapı arz etmesi gerektiğini savunmakta, ulus düşüncesi çerçevesinde oluşan tek kimlik yerine, çok kimlikliliği idealleştirmektedir. Postmodern düşünürler, toplumsal alanın heterojen ve bütünleştirilemez olduğu gerçeğinden hareketle *ulus* fikrinin öngördüğü homojen bir kimliğin tüm vatandaşlara kazandırılması girişimlerine karşı çıkarlar.²⁰⁰ Ulus-devlet anlayışının öngördüğü teslimiyetçi ve yönetilmeye dayalı devlet anlayışı yerine, katılımcı demokrasinin gelişmiş bir aşaması olarak nitelendirilebilecek “*yönetişim*” (*governance*) anlayışı idealleştirilir. Richard Falk’ın, önünde ciddi engellerin bulunduğunu söylediği ve 90’lı yıllarla birlikte siyasal söylem alanına giren bu anlayış, katı bir hiyerarşik yapı yerine, çok aktörlü, karşılıklı etkileşim içinde olan bir toplumun yönetilmesi ya da yönlendirilmesini öngörmektedir.²⁰¹ Bu anlayış, liberal demokrasinin çoğulculuk anlayışından farklı olarak, etkileşime çok daha açık, katılımcı politikalarla toplum içinde en kapsamlı konsensüsü sağlayan topluluk merkezli bir yönetim anlayışını savunur. Bundan dolayı *yönetişim* anlayışında sivil toplum örgütleri çok önemli bir işleve sahiptir.²⁰²

Yönetişim anlayışının hayata geçirilebilmesi için, ideolojik toplum anlayışının reddedilip sivil bir toplum modelinin benimsenmesi şarttır. Bu toplum modelinde, bireylerin herhangi bir zorlamaya maruz kalmaksızın, kendi aralarında anlaşarak oluşturdukları ortak yaşam alanı tesis edilir. Sivil toplum anlayışında, devlet-toplum ilişkileri hukuksal normlara göre düzenlenmektedir. “Sivil toplum örgütleri” etkileşim içinde devleti yönetirler.²⁰³ Sivil toplum örgütleri, otonom yapıda olup devletten

¹⁹⁹ Foucault, *a.g.e.*, s. 51-2.

²⁰⁰ Kymlicka, *a.g.e.*, s. 37-8.

²⁰¹ Tekeli, *a.g.e.*, s. 240.

²⁰² Kymlicka, *a.g.e.*, s. 275-82; Uçkan, *a.g.m.*, a.y.

²⁰³ 1960 sonrası dönemde Avrupa’da ortaya çıkan dinamizmin itici gücü sosyal gruplar olmuştur. Bu sosyal gruplar demokratik sistemi, bugün tartışma konusu edilen çok kültürlülük, alternatif yaşam biçimi, aktif katılım, aykırı kimlikler gibi değişik konular etrafında esnetme yoluna gitmişlerdi. Sivil toplum kavramını siyaset bilimi literatüründe popüler hale getiren, aslında bu tür sosyal gruplardı. Bunlardan dolayı sivil toplum kavramı uzun zaman sosyal gruplarla özdeş olarak kabul edildi, bugün

bağımsızdırlar. Bunun için de devletin toplumdan, toplumsal beklentilerden, etkilerden ve taleplerden soyutlanmamış olması gerekir.²⁰⁴

Günümüzde gelinen bu aşamada birey, toplumsal gruplar ve devlet olmak üzere üç düzey gerçekliğin olduğu hiçbir siyasal anlayış tarafından görmezden gelinemeyecek noktaya gelmiştir. Artık asıl sorun, bu üç düzey gerçeklikten hangisine öncelik verileceğinde ortaya çıkmaktadır. Modernizmin öngördüğü siyasal anlayış, atomistik bir insan modeli üzerine kurulduğu için birey merkezli oluşmuştur. Ancak Batı demokrasilerinde son yıllarda etkinliği gittikçe artan toplumsal gruplar, “ilişki içindeki insan modeli” anlayışına dayalı bir siyasal anlayışı gündeme getirmektedir. Çoğulcu demokrasi, katılımcı demokrasi gibi kavramlar işte bu anlayış değişiminin bir uzantısı olarak yorumlanabilir. Zira çoğulculuk arayışı, atomistik insan düşüncesinin değil ilişki içindeki insan modelinin varsayımları içinde grup gerçekliğiyle anlam kazanabilir.²⁰⁵

Tekeli, *Modernite Aşılırken Siyaset* adlı kitabında, her siyasal ideolojinin bu noktada çözüm getirmek zorunda olduğu iki sorunun olduğunu belirtir. Öncelikle birey ya da toplumsal grupların oluşturduğu alt düzey ile devletin oluşturduğu üst düzey yapı arasında nasıl bir işbölümünün sağlanacağı ve ikinci olarak, alt düzeyin tercihlerinden üst düzey kararlara nasıl geçileceği sorundur. Ona göre insanın temel alınması halinde sorun, özel alan-kamusal alan ayrımında düğümlenecek ve kişilerin tercihlerinden toplumsal tercihlere nasıl geçileceği sorununa dönüşecektir. Ancak toplumsal grupların temel alınması halinde ise, kişi, grup ve kamu alanları arasında nasıl bir ayrım yapılacağı, grubun tercihlerinden toplumsal tercihlere ne yolla geçileceği problemi karşımıza çıkacaktır. Tekeli’ye göre, özel ve kamu alanlarının tespitinde, ister birey merkezli, isterse toplumsal grup merkezli bir ayrım esas alınsın, asıl sorun durağan olmayan bir yapıyı temel alarak durağan bir ayrıma ulaşılmasıdır. Yani toplum adına hareket eden devletin oluşum sürecinden sonra, toplumdan bağımsızlaşma veya kamu alanını özel alan aleyhine genişletme tehlikesidir.²⁰⁶ Tekeli’ye göre böyle sakıncalı bir sonucun engellenebilmesi, devletin, toplumsal grupların varlığını kabul etmesi ve bazı

de yaygın biçimde kabul edilmektedir. Bkz. Çaha, “Bir Kez Daha Sivil Toplum Üzerine”, *Sivil Toplum Dergisi*, Sayı 1. (2003), s. 21-2.

²⁰⁴ Çaha, “Bir Kez Daha Sivil Toplum Üzerine”, s. 22.

²⁰⁵ Tekeli, *a.g.e.*, s. 180-1.

²⁰⁶ Tekeli, *a.g.e.*, s. 182-3.

karar alanlarını ona bırakmasıyla mümkün olabilir. *Yönetişim* modelinin öngördüğü bu etkileşime dayalı yönetim anlayışı, azınlıkların bir tehlike olmaktan çıkmasına ve daha çoğulcu bir dünyanın oluşmasına imkân verecektir.²⁰⁷

Yönetişim anlayışında son derece önemli olan bu üç kademeli yapının korunması ve aralarındaki ilişkinin hangi düzeyde olması gerektiğinin belirlenmesi gereklidir. Bu bağlamda ortaya çıkan temel iki yaklaşım söz konusudur: Bireysel özgürlük ve ulusal kimliği merkeze koyan anlayış ve kimliğin oluşması için zorunlu görülen toplumsal (ulus-altı) grupları merkeze alan *toplumculuk* veya *cemaatçilik* anlayışıdır.

Toplumculuk akımı, postmodernizm ve feminizmle eş zamanlı olarak 1980’li yıllarda ortaya çıkmış ve bilhassa Anglo-Amerikan çevrelerde etkili olmuştur. Liberal devlet ve toplum felsefesine bir tepki olarak ortaya çıkan ve postmodern düşünürler tarafından da desteklenen bu düşünce, ulus-devlet anlayışının dayandığı liberal siyaset teorisini eleştirir.²⁰⁸ Aslında hem liberaller hem de *toplumcular*, bir sosyal gruba bağlılığın gerekliliğini savunurlar. Ancak liberaller, alt-grupları kapsayan ve ulus anlayışına dayanan bir toplumu idealleştirirken, toplumcular daha küçük (dinî, bölgesel, etnik, ekonomik, vb.) grupların ideal sosyal gruplar olduğunu savunurlar. Onlara göre, ancak “ortak bir iyi” etrafında toplanabilen insanlar gerçek bir sosyal grubu oluştururlar. “Ortak bir iyi”nin ulusal düzeyde oluşması mümkün değildir. Onlara göre ulus, birim olarak ortak bir benliğin geliştirilmesine imkan vermeyecek kadar büyüktür. Çünkü bir ulusun üyeleri nadiren ahlakî değerler ya da geleneksel hayat tarzları bakımından ortaklık gösterirler. Ulus toplumlarında bir dil ve tarih birliğinden bahsedilse de, çoğu kez hayattaki nihai amaçlar konusunda derin ayrılıklar kendini göstermektedir. Toplumculuk (communitarian) teorisyenler, liberal teorinin idealleştirdiği bireysel özgürlüğün, sosyal grubun normatif yapılarını *korumasızlaştırdığını* ve bu anlayış doğrultusunda kazanılabilen kimliklerin, sığ, uçucu ve güvensiz olduğunu savunurlar.²⁰⁹

²⁰⁷ Tekeli, *a.g.e.*, s. 183.

²⁰⁸ Liberaller, Hobbes’un kendi güvenliğinden endişe ettikleri için insanların devlet düşüncesine zorunlu olarak başvurdukları şeklindeki siyaset teorisini benimserler. Ancak toplumcular, bu zorunluluk teorisini ciddiye almazlar. Onlara göre, bir sosyal düzeni anlamının yolu, sosyal ve siyasi kurumları farklılaştıran ve bireysel kimlik ve mensubiyeti şekillendiren faktörlerin bilinmesidir. Bu bağlamda ortaya çıkan *çok-kültürcülük* fikri, liberaller ile toplumcular arasındaki en belirgin tartışma konusu olmuştur. Bkz. Barry, *a.g.e.*, s. 28-9.

²⁰⁹ Bauman, *Postmodern Hoşnutsuzluk*, s. 269.

Bireyi, herhangi bir sosyal ortamdan ve kendisine kimlik kazandıran toplumsal güçlerden bağımsız olarak değerlendirdiği için liberal düşünceyi eleştirirler. Bu yüzden, kişilere gerçek ve kalıcı bir kimlik kazandıramayacak bir ulus çerçevesinden ziyade, cemaatçi (küçük grup merkezli) bir mantıkla geliştirilmiş bir kimlik arayışına girmek daha doğru olacaktır.²¹⁰

Aslında liberalizm, kültürlerin ve kültürel bağılıkların çokluğunu bir yük olarak değil bir avantaj olarak değerlendirir. Çünkü kültürlerin artışı ile bireyin önündeki seçenekler de artacaktır ki bu, bireysel özgürlük alanının genişlemesi anlamına gelir. Bu anlayışla, kültürel (hatta ahlakî) çoğulculuk, önde gelen liberal düşünürler tarafından uzun zamandan beri savunulmaktadır.²¹¹ Ancak irdelendiğinde liberallerin onayladıkları farklılığın, cemaatçilerin benimsediği farklılıkla aynı olmadığı görülecektir. Liberaller, kişinin birçok seçenek arasından kendi dünya görüşünü oluşturabildiği ve bu doğrultuda yaşama imkânına sahip olduğu bir farklılığı savunurken, toplumcuların savundukları farklılık ise, içselleştirilmiş bir farklılığın gereği, *öteki* yaşam biçimlerini seçenek olarak görmeyi reddeden bir anlayıştır. Yani liberaller, bireysel özgürlüğe imkân veren bir farklılığı savunurken, toplumcular, sosyal grubun özgürlüğüne kapı aralayan bir farklılığı idealleştirirler.²¹²

Bauman, toplumcuların vurguladıkları gibi *anlamlı* kimliklerin oluşumunda, devletle kurumsallaşan bir toplumun gerçekçi olmadığını ortaya çıktığını söyler. Bundan dolayı, günümüzde anlamlı kimliklerin oluşumu için yeni arayışlar ortaya çıkmaya başlamış ve gözler, modernliğin başlangıcından bu yana ulus-kimliğin oluşması için ortadan kaldırılmaları gerekli görülen ulus-altı toplumsal gruplara çevrilmiştir.²¹³ Sonuç olarak diyebiliriz ki, gelinen bu aşamada, artık önceden belirlenen bir ortak amacı gerçekleştirmek için, tek özneli, merkezi, hiyerarşik bir iş bölümü içinde, araçsal rasyonelliği ön plana alan ve yetkileri kendinde toplayan bir yönetim anlayışından, önceden belirlenen bir iyiye doğru değil, insan haklarına dayalı, çok aktörlü, adem-i merkezîyetçi, ağsal ilişkiler içinde, bilgiyi paylaşan, kendisi yapmaktan

²¹⁰ Benhabib, *a.g.e.*, s. 11-3; Kymlicka, *a.g.e.*, s. 151-2.

²¹¹ Bauman, *Postmodern Hoşnutsuzluk*, s. 266-7.

²¹² Bauman, *a.g.e.*, s. 268.

²¹³ Bauman, *a.g.e.*, s. 274.

çok toplumdaki aktörleri yapabilir kılan ve yönlendiren bir devletin söz konusu olduğu *yönetişim* anlayışına doğru bir geçiş, daha eşitlikçi, özgür ve güvenli bir dünyanın oluşması için önemlidir.²¹⁴

III- HUKUKSAL DÖNÜŞÜM: DEVLET MERKEZLİ HUKUK ANLAYIŞINDAN TOPLUM MERKEZLİ HUKUK ANLAYIŞINA

Hukukî çoğulculuk düşüncesinin dinamikleri çerçevesinde en son ele alacağımız değişim süreci, hukuksal alanda yaşanan teorik ve yapısal değişimlerdir. Tarihi süreçte farklı anlamlar yüklense de, toplumsal hayatın vazgeçilmezi olan hukuk, XX. yüzyılda Batı dünyasında yaşanan köklü zihni değişim sürecinden en çok etkilenen alanlardan biri olmuştur. Yukarıda da belirttiğimiz gibi, hukukî çoğulculuk teorisinin birçok dinamiği olmasına rağmen, bu teorinin hukuk düşüncesinin iç mantığına uygun olarak hukuksal alandan kendisine dayanaklar bulması çok daha önemlidir.

Hukuk alanında meydana gelen değişimi dört temel başlık altında ele almak mümkündür: 1- Pozitivist hukuk anlayışından doğal hukuk anlayışına geçiş, 2- Sosyolojik hukuk akımının güçlenmesi, 3- Postmodern hukuk anlayışının gelişmesi, 4- Küreselleşmenin hukuksal yansımaları.

A. Pozitivist Hukuk Anlayışından Doğal Hukuk Anlayışına Geçiş

Hukukun ne olduğu, gücünü ve meşruiyetini nereden aldığı, asıl amacının ne olduğu gibi sorular, antik dönemden beri birçok düşünürün zihnini meşgul eden konulardandır. Akıl ve irade sahibi olması hasebiyle insan, *olanı* olduğu gibi kabul etmeyip değerlendirmeye tabi tutarak doğru-yanlış, haklı-haksız, iyi-kötü vb. şekillerde kategorize etmektedir. Hukuk düşüncesinin ortaya çıkmasında, insanda bulunan bu özelliğin önemi büyüktür. Çünkü hukukun varlık sebebi, *olanı* (reel) olduğu şekliyle tespit ve tasvir etmek olmayıp, *olması gerekeni* (ideal) tespit ve tasvirdir. Yani hukuk, tasvirî değil, normatif bir bilim dalıdır.²¹⁵ İdealin bir arayışı olması hasebiyle hukuk,

²¹⁴ Tekeli, *a.g.e.*, s. 247-8

²¹⁵ Aral, Vecdi, *Hukuk Felsefesinin Problemleri*, s. 42-3; Özcan, *a.g.e.*, s. 21.

birçok tartışmanın alanı haline gelmiştir. Buna rağmen hukukun temel idesinin adalet²¹⁶ olduğu hususunda hemen bütün hukukçuların hemfikir olduğu söylenebilir.²¹⁷ Adaleti gerçekleştirmeye yönelik olmayan bir hukuk anlayışı, kaba güç kullanımından farksızdır. Adaleti amaçlamak ile hukuk, sadece devlet gibi harici bir gücün dayatması olmaktan çıkıp, dâhili bir gücün öngördüğü ve bir sorumluluk duygusunun desteklediği kurallar bütünü haline dönüşür.²¹⁸ Ancak yasalar tarafından belirlenen bir kural gereğince tutum ve davranış sergilemenin her zaman adalet anlamına gelip gelmeyeceği sorunu ise hukukçular arasında ciddi tartışmaların yaşandığı bir konudur. Aslında bu sorun, ilk çağlardan beri hukukçular arasında devam edegelen büyük tartışma ve ekolleşmenin bir uzantısı, kısacası buzdağının görünen kısmı durumundadır.²¹⁹

Hukukun tanımından, gücünü ve meşruiyetini nereden aldığına, sınırlarından çeşitlerine kadar birçok noktada hukukçular arasında farklı eğilimler söz konusudur. Bu köklü tartışmaların temelde *olan* (reel) ile *olması gereken* (ideal) arasındaki dengenin nasıl kurulacağı noktasında ortaya çıktığını söylemek mümkündür. Genellikle bir dualite (ikili bir yapı) şeklinde karşımıza çıkan bu farklı yaklaşımlar, *doğa felsefesinin* egemen olduğu İlk Çağ'da *doğa-düzen* çatışmasında ortaya çıkmış, Hıristiyanlık'ın hâkim olduğu Orta Çağ'da *ilahî hukuk-beşerî hukuk* ikileminde kendini göstermiş ve *Aydınlanma/modernizm* düşüncesinin ağırlık kazandığı Yeni Çağ'da ise *akıl-cebrî düzen* mücadelesi şeklinde tezahür etmiştir.²²⁰ İşte bu bağlamda *doğal hukuk düşüncesi*, sosyal sözleşme ya da doğa, akıl, Tanrı gibi metafizik bir dayanağı olan, *tarihsel* olana karşı *doğal* olanı, *olgasal* olana karşı *ussal* olanı ve tahakküme karşı *özgürlüğü* savunan

²¹⁶ Adalet öncelikle, kişisel bir erdemi ifade eden ve etik alanında ele alınan *öznel (sübjektif) adalet* ve insanlar arası ilişkilerde gündeme gelen ve hukukun konusu olan *nesnel adalet* olmak üzere ikiye ayrılır. Hukukun alanına giren bu adaletin de iki türü söz konusudur. Aristoteles'e dayanan bu adalet türleri "denkleştirici" ve "dağıtıcı" adalettir. Denkleştirici adalet, özü itibariyle edimin (*eda*) ve karşı edimin (*mukabil eda*) eşitliği (örn. mal-bedel, zarar-tazmin veya suç-ceza gibi) anlamına gelir. Daha çok özel hukuk alanında geçerli olan bu adalet türüne göre bireysel farklılıklar dikkate alınmaksızın, herkes eşit muameleyi öngörür. Dağıtıcı adalette ise, nisbî eşitlik vardır. Kişilerin statü ve değerlerine göre muamele görmeleri söz konusudur. Bu adalet türü ise daha çok kamu hukuku alanında geçerlidir ve "herkese payına düşeni" belirlemeyi öngörür. Bkz. Kozalı, Abdurrahim, "(*Kıyas*) *İstihsan ve Doğal Hukuk İlişkisi*" (Basılmamış Doktora Tezi), Bursa, 2004, s. 36-9 Bu ayrımın dışında bir de *yasal* ve *yasa üstü* adalet olmak üzere başka çerçevede ele alınmış bir adalet türü de söz konusudur. Konumuz çerçevesinde önemli olan bu ayrım üzerinde daha ayrıntılı olarak durulacaktır.

²¹⁷ Güriz, *a.g.e.*, s. 67-74.

²¹⁸ Aral, *a.g.e.*, s. 36-7, 93.

²¹⁹ Aral, *a.g.e.*, s. 126-9.

²²⁰ Abadan, Yavuz, *Hukuk Felsefesi Dersleri*, A.Ü.H.F. Yay., Ankara 1954, s. 119; Kozalı, *a.g.e.*, s. 53, 101.

bir hukuk anlayışı olarak *olan-olması gereken* dualitesinde *olması gerekenden* yana olan hukukî eğilimlerin genel adı olarak ortaya çıkmaktadır.²²¹ XIX. yüzyıla kadar hâkim hukuk anlayışı olan *doğal hukuk düşüncesi*, bu dönemden sonra yerini, daha çok *olanı* merkeze koyan ve kendini devlet gücüyle meşrulaştıran *pozitivist hukuk anlayışına* bırakmıştır. Ancak XX. yüzyılın ikinci yarısından itibaren başlayan ve postmodern süreçle zirveye çıkan Batı düşüncesindeki değişim ve dönüşüm olgusu, *doğal hukuk düşüncesinin* yeniden önem kazanmasını sağlamıştır. Geçen yüzyılda yaşanan bu değişime geçmeden önce, *doğal hukuk düşüncesinin* tarihi süreçteki durumuna kısaca değinmek faydalı olacaktır.

İlk Çağ'da *doğal hukuk düşüncesinin* en önemli temsilcisi Aristoteles (M.Ö. 384–322)'dir. O, bir eylemin haklı olarak vasıflandırılabilmesi için, hem özel yasaya hem de evrensel yasaya uygun olması gerektiğini söyler. Özel yasa, her topluluğun kendi koyduğu ve kendi üyelerine uyguladığı yasadır. Evrensel yasa ise doğanın yasasıdır. Ona göre bu tür yasa, herkesin bir dereceye kadar varlığını hissettiği ve bütün insanları, hatta birlikteliği ve anlaşması olmayanları bile bağlayan bir *doğal adalet yasasıdır*.²²² Orta Çağ'da ise *doğal hukuk düşüncesi*, Thomas Aquinas (1225–1274) tarafından savunulmuştur. O, hukuku *ezelî-ebedî yasa*, *doğal yasa*, *beşerî yasa* ve *dinî yasa* olmak üzere dörtlü bir tasnife tabi tutmuş ve *beşerî yasanın* diğer yasalarla çelişmemesi gerektiğini dile getirmiştir.²²³ *Doğal hukuk düşüncesinin* Yeni Çağ'daki en

²²¹ Abadan, *a.g.e.*, s. 118; Kozalı, *a.g.e.*, s. 54.

²²² Aristoteles, insanlara mutlak anlamda eşit davranılmasının kimi durumlarda adaletsizlik olacağını düşünerek, mutlak eşitlikten ayrı olarak nisbî (oransal) eşitlikten söz etmiştir. Buna göre mutlak eşitliğin gerektiği durumlarda “denkleştirici adalet”, nisbî (oransal) eşitliğin gerektiği durumlarda ise “dağıtıcı (*tevziî*) adaletten söz edilmelidir. Geniş bilgi için bkz. Kozalı, *a.g.e.*, s. 39-41

²²³ Thomas Aquinas, hukuk ve siyaset felsefesindeki görüşleriyle Hıristiyanlık ile *doğal hukuk düşüncesinin* en önemli sentezini yapmıştır. Ona göre, kanunlar; *ezelî-ebedî yasa*, *doğal yasa*, *beşerî yasa* ve *dinî yasa* olmak üzere dörtlü bir tasnife tabidir. Aquinas'ın kanun hiyerarşisinin en üstünde bulunan *ezelî-ebedî yasa*, saf iyiyi, saf güzeli, saf akıllı ve saf adaleti bünyesinde toplar. Bu yasa, evreni yaratan ve idare eden tanrısal akıldan ibarettir. Kanun hiyerarşisinin ikinci sırasında *doğal yasa* (*doğal hukuk*) yer alır. *Doğal yasa*, *ezelî-ebedî yasadaki* yasadan çıkmış ve varlıkların doğalarında kendisini gösteren yasadır. Hiyerarşinin üçüncü sırasında bulunan *beşerî yasa* (*pozitif hukuk*) ise, *ezelî-ebedî yasanın* ve *doğal yasanın* altında olan ve onlara uygun olması gereken kanunları ifade eder. Ancak *beşerî yasa*, aslında *doğal yasanın* çeşitli örf ve âdetlerde vücut bulması ve yaptırma bağlanmasından ibarettir. İlk iki yasanın tanrısal iradede kaynaklanmasına karşın, *beşerî yasa*, insanın akıl ve iradesinden doğar. Aquinas'a göre *beşerî hukukun* hem insanın zararına bir hüküm içermemesi hem de dini diğer üç yasa ile çelişmemesi gerekir. Aksi halde bu *beşerî yasalar*, meşruiyetini kaybeder. En son yasa çeşidi ise *dinî yasadır*. Tanrı'nın, vahiy aracılığıyla insanlara bildirdiği kurallar bütününe ifade eden bu yasa türü, insanların hem iç hem de dış dünyasını düzenler.

önemli temsilcisi ise Hugo Grotius (1583–1642)'tur. Doğal hukuku, toplumdan ve akıldan kaynaklanan ve böylece akıllı varlıklardan oluşan bir toplumun doğasına aykırılık göstermeyen hukuk olarak tanımlar.²²⁴ Bu dönemde ayrıca, kanı yasası, sivil yasa ve ilâhî yasa şeklinde yasaları üçlü bir hiyerarşiye tabi tutan John Locke (1632–1704) da ilk iki yasa türünün, üçüncü gözetilerek oluşturulması gerektiğini dile getirerek doğal hukuk düşüncesini idealleştirmiştir.²²⁵

XIX. yüzyıldan itibaren güç kazanan ulus-devlet düşüncesi ile birlikte, doğal hukuk düşüncesi zayıflamaya ve pozitivist hukuk (hukuksal pozitivizm) anlayışı hukukçular arasında yayılmaya başlamıştır. Pozitivist hukuk anlayışına göre hukukun temeli, sosyal sözleşme ya da metafizik (*a priori*) bir şey değil, egemen güç, yani devlettir. İngiltere’de ortaya çıkan bu düşünceye göre, hukuk, hükümler gücün iradesinde ortaya çıkar. Bundan dolayı tebaanın, yöneticilerin belirlediği kurallara uyması gerekir. Yöneticiler tarafından oluşturulan hukuka uymanın ahlakî bir dayanağının olup olmadığını sorgulamak gereksizdir. Jeremy Bentham (1748-1832) ve John Austin (1790-1859)’in öncülüğünü yaptığı bu düşünce kısa bir süre içinde Fransa, Almanya ve diğer Avrupa ülkelerine yayılmıştır.²²⁶

Temel düşüncesini doğal hukuktan alan Fransız İhtilali’nin özgürlükçü yaklaşımına rağmen, ihtilal taraftarları Fransa’da kanunların mükemmel ve açık olduğuna ve kanunlarla ilgili olarak yorum yapılmasının yasak olduğuna dair bir yasa çıkararak pozitivist hukuk anlayışını savunmaya başlamışlardır. Hâkimin görevinin

Bundan dolayı Aquinas, beşerî yasanın dışında böyle bir yasanın bulunmasının gerekli olduğunu söyler. Bkz. Tarakçı, *a.g.e.*, s. 250-4.

²²⁴ Hugo Grotius’a göre bir normun doğal hukuka uygunluğu biri *a priori* diğeri ise *a posteriori* olmak üzere iki yolla bilinebilir. Bir normun, aklın ve toplumun mahiyetine uygunluğunu göstermek suretiyle doğal hukuka uygunluğunu ortaya koymak *a priori* ispat yoludur. Bir normun bütün milletlerce, en azından medenî milletlerce uygun görülmesinden hareketle doğal hukuka uygunluğunu ortaya koymak ise, *a posteriori* ispat yoludur. Bkz. Güriz, *a.g.e.*, s. 190; Kozalı, *a.g.e.*, s.110-1.

²²⁵ Bireysel özgürlük üzerinde duran John Locke, kültürün her alanında gelenek ve otoritelerden kurtulmak gerektiğini ve hayatın bütününe aklın egemen kılınmasını savunmuştur. Ona göre eylemlerimizi kendilerine göre düzenlememiz gereken üç türlü yasa vardır: Kanı yasası, sivil yasa ve ilâhî yasa. Kanı yasası, hangi davranışın mutluluğa götüreceği konusunda toplumun değer yargısını ifade eder. Sivil yasa devlet tarafından çıkarılan yasalar anlamında olup, genelde kanı yasaları dikkate alınarak oluşturulur. İlâhî yasalar ise, Tanrı tarafından vahiyle gelen yasalardır. İnsan davranışı için gerçek davranış kurallarını ifade eden Tanrı yasaları, diğer iki yasa türünün hedefidir. Bkz. Kozalı, *a.g.e.*, s.115-7.

²²⁶ Güriz, *a.g.e.*, s. 300-3.

kanunların mekanik biçimde uygulanmasından ibaret olduğunu söyleyen Baron de Montesquieu (1689-1755) ve insanların bazı doğal haklara sahip olduğunu savunmanın mümkün olmadığını ve hiç kimsenin devletin tanıdığı haklardan başka bir hakkının olmadığını savunan Auguste Comte da bu düşüncenin Fransa’da gelişmesinde önemli bir rol üstlenmişlerdir.²²⁷ Daha çok Kant’ın rasyonalizmi ile Hegel’in idealizminden beslenen Alman pozitivismi de benzer şekilde hukuku yaratan iradenin devlet olduğunu ve insanın en yüce ödevinin devletin belirlediği kanunlara itaat etmek olduğunu savunmuştur.²²⁸

Devlet tarafından belirlenen hakların dışında bireyin başka bir kriteri esas alarak talep ettiği herhangi bir hakkın olamayacağını ve adaletin, yasaların harfiyen yerine getirilmesiyle gerçekleşeceğini öngören hukukî pozitivism, İkinci Dünya Savaşına kadar gücünü korumuştur. Bu anlayışın Nazi Almanya’sında açtığı zararlar dolayısıyla, bazı hukukçular doğal hukuk düşüncesine atıfla, devlet kanunlarına uymanın her zaman adaleti gerçekleştirmek anlamına gelmediğini savunmaya başlamışlardır.²²⁹ Bu dönemde pozitivism etkinliğini kaybetmeye ve doğal hukuk düşüncesi yeniden değer görmeye başlamıştır.²³⁰ Doğal Hukuk Rönesansı olarak adlandırılan bu süreçte, pozitivist hukuk anlayışına yönelik temel iki eleştiri geliştirilmiştir. Birinci eleştiri, hukukun mutlak anlamda hükümler gücün iradesi olarak anlaşılması noktasında gelmiştir. Doğal hukukçular, hukukun devletten bağımsız düşünülemediğini, ancak devlet tarafından belirlenen (pozitif, mer’î) hukukun, doğal hukuk düşüncesine dayanması gerektiğini savunurlar. Çünkü devletin belirlediği hukuk, ancak doğal hukuka dayanmak ve onunla çelişmemekle bağlayıcılık kazanır ve ancak bundan sonra gerçek anlamda vatandaşlarının haklarını koruyabilir ve onlara sorumluluk yükleyebilir. İkinci eleştiri ise bu anlayışın bağlayıcılığının nereden kaynaklandığı çerçevesinde

²²⁷ Bilimsel anlamda pozitivismin kurucusu olarak görülen Auguste Comte, felsefede geliştirdiği pozitivismi hukuk düşüncesine de uygulamıştır. Bundan dolayı o, *a priori* bütün fikirlerin ve teorilerin reddedilmesi gerektiğini belirterek kişisel hakları, devletin verdiği haklarla sınırlar. Güriz, *a.g.e.*, s. 304-8.

²²⁸ Hegel’e göre doğal hukuk için çok önemli olan sosyal sözleşme düşüncesinin ne devlet ne de hukuk düşüncesinde yeri vardır. Buna rağmen Hegel, hukuku yaratan iradenin, iktidara fiilen sahip olanların iradesi anlamında devlet iradesi olmadığını söyler. Devlet, ahlakî ve akli fikrin temsilcisidir. İnsanın akli amacı devletin kendisidir. Bundan dolayı insanın en yüce ödevi devletin bir parçası olmak ve kanunlara itaat etmektir. Bkz. Güriz, *a.g.e.*, s. 308-10.

²²⁹ Güriz, *a.g.e.*, s. 18-9.

²³⁰ Aral, *a.g.e.*, s. 28.

gelmiştir. Hukukun kaynağını hükümran gücün iradesine dayandırmak onu, sadece harici bir gücün dayatması haline düşürür. Bundan dolayı hukuk kuralları belirlenirken, insanın doğuştan bazı hak ve sorumluluklara sahip olduğu gerçeğinin göz önünde bulundurulması ve toplumsal değerlere ve akla uygunluğunun sağlanması, bu kuralları sadece devlet gibi harici bir gücün dayatması olmaktan çıkarıp, içten gelen bir sorumluluk duygusunun da desteklediği kurallar haline dönüştürür.²³¹

Hukuk düşüncesinde meydana gelen bu köklü anlayış değişikliğinin sonucu olarak, insan hakları evrensel boyutta gelişmeye başlamıştır. Kaynağı doğal hukuk düşüncesine dayanan insan hakları düşüncesi, 1945'te Birleşmiş Milletler Antlaşması adı altında imzalanan antlaşma gereği, insan haklarına ve temel hürriyetine, ırk, cinsiyet, din veya dil ayrımı yapılmaksızın, her şart altında saygı gösterilmesi ve uyulmasını sağlamak amacıyla devletlerin milletlerarası bir işbirliğine zorlanması karara bağlanmıştır. 1948 yılında kabul edilip yayımlanan İnsan Hakları Evrensel Bildirisi ise daha önceki antlaşmada ismen zikredilen ancak tanımlanmayan "insan hakları kavramı"nın içeriğini doldürmüştür. Daha sonra Birleşmiş Milletler nezdinde insan hakları ve özgürlükleri ile ilgili altı sözleşme daha yapılmıştır.²³² İşte bu sözleşmeler, özellikle küreselleşme süreciyle birlikte hızlanacak olan devletler arası entegrasyon (birbirine bağımlılık) sonucu birçok devletin, altına imza atarak kendi hukuk sistemlerini bu evrensel sözleşmeler çerçevesinde yeniden yapılandırmalarını zorunlu hale getirecektir.

B. Sosyolojik Hukuk Akımının Ortaya Çıkması

Doğal hukuk düşüncesinin bu yükselişi, hukukun temellendirilmesi çerçevesinde gözlerin devletten insana ve dolayısıyla toplumsal değerlere çevrilmesine yol açmıştır. Hukukun insanların doğalarında var olan adalet idesine veya bu adaletin toplumda tecessüm etmiş hali olan örf ve âdetlerde vücut bulan genel kanaatlere dayandırılması gerektiğini savunan *sosyolojik hukuk akımı*, işte böyle bir dönemde ortaya çıkmıştır. XIX. yüzyılda Auguste Comte (1798-1857), Karl Marx (1818-1883), Emile Durkheim

²³¹ Aral, *a.g.e.*, s. 36-7, 93

²³² Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi (1976), Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Sözleşmesi (1976), Her Türlü Ayrımcılığın Ortadan Kaldırılmasına Dair Birleşmiş Milletler Sözleşmesi (1969), İşkenceye ve Diğer Zalimane, Gayri İnsani veya Küçültücü Muameleye ve Cezaya Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesi (1987), Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Ortadan Kaldırılmasına Dair Birleşmiş Milletler Sözleşmesi (1981), Çocuk Hakları Sözleşmesi (1990). Bkz. Bozkurt, Enver, *İnsan Haklarını Korunmasında Uluslararası Hukukun Rolü*, Nobel Yay., Ankara 2003, s. 54-61.

(1858-1917) ve Max Weber (1864-1920) gibi düşünürlerin katkılarıyla oluşan sosyoloji bilimi, diğer sosyal bilimler gibi hukuk düşüncesinde de etkili olmuş ve pozitivist hukuk düşüncesinin gerilediği dönemde yeni bir hukuk düşüncesinin oluşmasında etkili olmuştur. *Sosyolojik hukuk akımı* doğal hukukun soyut birey anlayışı gibi bazı düşüncelerini reddetse de, asıl eleştirilerini pozitivist hukuk teorisine yöneltmiştir.²³³

Sosyolojik hukuk anlayışına göre, hukuk düşüncesini devletle sınırlamak doğru değildir. Hukukun devleti aşan bir yönü vardır. Hem devletin ürettiği hukuk hem de toplumda var olan hukuk, kültürün bileşenleriyle iç içedir. Toplumda bulunan hukuk, ahlak ve geleneklerde ortaya çıkar ve toplumsal düzenin varlığını güvence altına alır. Bu toplumsal düzen, pozitif hukukun ve siyasal iktidarın rasyonel terimleriyle ifade ettiği düzenden farklı bir rasyonelliğe sahiptir.²³⁴

Sosyolojik hukuk akımının önde gelen düşünürlerinden Eugen Ehrlich (1862-1922)'in *yaşayan hukuk* kavramı, devlet müdahalesi olmaksızın toplumda var olan hukuku ifade eden önemli kavramlardan biridir.²³⁵ Ehrlich, hukukun, devletin resmi hukukundan ibaret olmadığını, hukukî gelişimin ağırlık merkezinin ise yasama faaliyetinde, hukuk biliminde veya yargı kararlarında değil de toplumun kendisinde olduğunu belirtir. Ona göre hukuk, üç kademededen oluşur. En altta bireyin günlük eylem alanı içinde bulunduğu ve canlılığı nedeniyle de hukukun gelişmesinin güvencesi sayılan “yaşayan hukuk”tur. Onun üstünde, normlardan oluşan ve bütün yaptırım gücünü devletin otoritesinden alan devletin “resmi hukuku” vardır. En üstte ise

²³³ Yüksel, Mehmet, *a.g.e.*, s. 152.

²³⁴ 1970'lerin başında New York eyaletinde ortaya çıkan ve daha sonra diğer bazı eyaletlerde uygulanmaya başlanan *arabuluculuk* yöntemi, toplumda bulunan (yaşayan) hukuk düşüncesinin uygulamaya yansıyan şeklidir. Hala yürürlükte olan bu uygulamaya göre mahkeme, davalılardan, sorunlarını, profesyonel hukukçu olmayan arabulucular marifetiyle çözmelerini istemektedir. Bu durum hem adli sistemin yükünü hafifletmiş, hem de cemaat ilişkilerinin yeniden canlanmasını sağlamıştır. Bkz. Özcan, *a.g.e.*, s. 58-9,119.

²³⁵ Ehrlich'in yaşayan hukuk kavramı, hukukî çoğulculuk teorisyenlerinin sıklıkla baş vurduğu kavramlardan biridir. Zira bu kavramla bir sosyal yapı içinde devlet hukukunun yanı sıra başka hukuki yapı veya yapıların varlığının kabul edildiği anlatılmaktadır ki bu durum, hukuki çoğulcuların temel hareket noktalarından biridir. Bkz. Griffiths, John, “What is Legal Pluralism?”, *Journal of Legal Pluralism and Unofficial Law*, No. 24, 1986, s. 29; Woodman, Gordon R., “Ideological Combat and Social Observation: Recent Debate About Legal Pluralism”, *Journal of Legal Pluralism*, No. 42, (1998), s. 30-1.

“hukukçuların hukuku” vardır ve bu hukuk türünün, yaşayan hukuku göz önünde bulundurması gerekir.²³⁶

Ehrlich’in kavramsallaştırdığı “yaşayan hukuk” düşüncesi, belli bir anda yürürlükte bulunan hukuk kodlarının üstünde ve onlardan daha kapsamlı bir alana sahiptir. Bu hukuk, mahkemeler ve başka organlar tarafından uygulanan hukuktan da farklıdır ve hukukî hükümler şeklinde sunulmamış olsa bile, bizzat yaşamın kendisinde egemendir. Bu hukukun ipuçlarını, hukuk metinlerinden ticarete, örf ve âdetlerden bütün sosyal örgütlenmelere kadar geniş bir alanda bulabiliriz. Bu düşünceleriyle Ehrlich, hukukun, sadece devlet eliyle yaratılan hukuktan ibaret olmadığını ve onun asıl kaynağının toplumsal hayat olduğunu savunmakta ve bundan dolayı, farklı toplumsal yapılar içinde farklı bir hukukî yapının olabileceğine gönderme yapmaktadır.²³⁷

Hukukun sosyal bir gerçeklik olduğunu dillendiren diğer bir isim de Friedrich August von Hayek (1899-1992) olmuştur. XX. yüzyıl hukuk anlayışına ciddi eleştiriler yönelten ve Ehrlich gibi devlet hukukunun dışında, kendiliğinden var olan bir hukukî yapıdan bahseden Hayek, düzenin iki kaynağının olduğunu dile getirir. Biri kendiliğinden var olan düzen (kosmos)²³⁸, diğeri ise yapay düzendir (taxis). Ona göre bu iki düzenin kendine göre kuralları vardır ve hukukun kaynağını da bu iki düzenin kuralları oluşturur. Kendiliğinden oluşan düzenin (kosmos) ürettiği kuralları Hayek, *nomos* olarak isimlendirir. Bu tür kuralları “adil davranış kuralları” olarak da nitelendiren düşünür, *yapay düzenin* (taxis) ürettiği kuralları ise *thesis* olarak adlandırır ve “organizasyon kuralları” olarak niteler. Hayek, her iki kural türünün meşru olduğunu, ancak “organizasyon kuralları”nın “kendiliğinden düzen”i bozacak şekilde hukuka dâhil edilmemesi gerektiğini savunur. Hayek’e göre devlet, hukukun alanını genişleterek hayatın her alanına müdahale etmiş ve “kendiliğinden düzen”in sağladığı insan özgürlüğünü daraltmıştır. Hukukun, içinde bulunduğu toplumsal alandan

²³⁶ Yüksel, Mehmet, *a.g.e.*, s. 155.

²³⁷ Yüksel, Mehmet, *a.g.e.*, s. 155-6; Özcan, *a.g.e.*, s. 50-1.

²³⁸ Hayek’e göre toplumsal hayatta her zaman bir düzen, uyum, bütünlük ve devamlılık var olagelmıştır. Toplumsal yapı, siyasal bir organizmaya ihtiyaç duyulmaksın kendiliğinden ortaya çıkar. Bu durumda, insanî ilişkilerin sürdürülmesi ve en temel insanî ihtiyaçların karşılanması etkili olur. Diğer toplumsal kurumlar gibi hukuk da bir ölçüde kendiliğinden gelişmiştir. Nasıl ahlak kuralları ve gelenekler, zaman içinde kendiliğinden oluşuyorsa, hukuk kurallarının çoğu da böyledir. Bkz. Hayek, *a.g.e.*, s. 58-62.

soyutlanmasının, onun toplumsal sistemin diğer alt sistemleriyle ve toplumsal yapıyı oluşturan diğer faktörlerle etkileşiminin görmezden gelinmesi ona göre doğru değildir.²³⁹

Sosyal realitenin hukukçular nezdinde öneminin arttığı bu süreçte, yeni bir bilim dalı olarak “Hukuk Sosyolojisi”nin gelişmeye başladığı görülmektedir. Bu bilimin öngördüğü şekilde hukuk, artık sosyal gerçeklik içinde ve toplumsal yaşamın bir parçası olarak ele alınmaya ve diğer sosyal olaylarla olan ilişkisi içinde incelenmeye başlamıştır.²⁴⁰ Böylece hukuk metinlerinin anlamlarını bulmasının sadece metin içi incelemelerle mümkün olmayıp hukuk kurallarının kendi sosyal içerikleri çerçevesinde değerlendirilmesi gerektiği savunulmaya başlanmıştır.²⁴¹ Buna göre hukuk sosyolojisi, devletin koyduğu hukuku aşacak şekilde toplumsal gerçeklikte vücut bulan her türlü hukuksal olgu ve değeri dikkate değer bulmaktadır.²⁴² Ancak hukukî çoğulculuk düşüncesine zemin hazırlayan en önemli hukuksal dönüşüm, modernist/pozitivist hukuk anlayışına karşı ciddi eleştirilerin gündeme geldiği postmodern süreçte yaşanmıştır.

C. Postmodern Hukuksal Dönüşüm

XX. yüzyılda modernist/pozitivist hukuk anlayışına en ciddi eleştiriler, 1970’li yıllarda bazı Marksist eğilimli hukukçuların öncülüğünde başlayan Eleştirel Hukuk Teorisi (Araştırmaları)’nden gelmiştir. Yerleşik Batılı hukuk anlayışına karşı ciddi bir başkaldırı başlatan bu hareket, 1980’lerden itibaren postmodernizmin güçlenmesi ile birçok hukukçu üzerinde etkili olmaya başlamıştır. Zira Eleştirel Hukuk Teorisi’nin yönelttiği eleştiriler ile postmodernizmin hukuk anlayışı arasında büyük bir paralellik söz konusu idi. Bundan dolayı Eleştirel Hukuk Teorisi, postmodern hukuk söylemi içinde değerlendirilmektedir.²⁴³

²³⁹ Hayek, Friedrich August von, *Hukuk, Yasama ve Özgürlük: Kurallar ve Düzen*, (Çev. Atilla Yayla), Türkiye İş Bankası Yay., İstanbul 1996, s. 55-82; Aktaş, Sururi, *Hayek’in Hukuk ve Adalet Teorisi*, Liberte Yay., 2. Baskı, Ankara 2001, s. 103-4; Yüksel, Mehmet, *a.g.e.*, 123-6.

²⁴⁰ Hukuk sosyolojisi ile birlikte, hukuk bilimi bir taraftan devletin ürettiği veya tanıdığı (resmi) hukukun dışında var olan hukuki yapıların tespit edilmesi ve resmi hukukla olan ilişkisini çalışma alanına dahil ederken, diğer yandan bu alandaki çalışmalar, toplumun dinamik yapısına paralel olarak hukukun da statik bir yapı olmadığı, zamanla yeniden üretilen, kapsamı genişleyen veya daralan bir olgu olduğu gerçeğinden hareketle yürütülmeye başlamıştır. Bkz. Özcan, *a.g.e.*, s. 50.

²⁴¹ Aral, *a.g.e.*, s. 177.

²⁴² Özcan, *a.g.e.*, s. 22.

²⁴³ Güriz, *a.g.e.*, s. 468.

Eleştirel Hukuk Araştırmaları 1970’lerde Kuzey Amerika’da ortaya çıkmış ve kısa zamanda geniş bir alanda etkili olmuştur. Bu hukukî söylem, 1920-30’lu yıllarda etkili olan *hukukî realizm* akımının bir devamı veya onun yeni şekli olarak da kabul edilmektedir.²⁴⁴ Genel olarak disiplinler arası bir yaklaşımı esas alan ve model olarak yapı-söküme (deconstruction) başvuran bu düşünce, modern/pozitivist hukukun, ‘*tarih dışı*’laştırıcı, idealleştirici, şeyleştirici ve soyutlayıcı eğilimine karşı çıkar ve hukukun etikten koparılmasına dikkat çeker. Ayrıca kadınlar, etnik azınlıklar, eşcinseller ve işçiler gibi marjinal toplumsal gruplardan hareketle hukuku analiz etmeye çalışan bu hukukçular, modern hukuk anlayışının nesnel ve evrensel olarak değerlendirdiği bir çok kuralın, tarihsel, sübjektif ve bölgesel olduğunu şiddetle savunurlar. Modern hukukun kendisini evrensel ve tarafsız olarak takdim etmesine karşı çıkan bu teorisyenler, resmi hukuk dışında var olan farklı hukuk geleneklerinin de önemine işaret ederler.²⁴⁵ Eleştirel Hukuk Teorisi ayrıca yargısal karar alma sürecine ilişkin, toplumun memnuniyetsizliklerini dile getirir. Tüm bu eleştirilere paralel olarak hukukun ve hukukî kavramların, toplum hayatındaki rolünün reddedilmesinin ve hukukun gizli ideolojik yönünün tespit edilerek, hukukun yeniden inşa edilmesinin gerekliliğini savunur.²⁴⁶

Modernist/pozitivist hukuk anlayışına yönelik eleştirilerin en kapsamlısı ise postmodern düşünürler tarafından dile getirilmiştir. Postmodern sürecin hukuk anlayışını hukukî çoğulculuk olarak vafeden Boaventura de Sousa Santos, bu süreçte hukukun yeni bir yol haritasına ihtiyaç duyduğunu savunur. Hukukun hayatı tümünden

²⁴⁴ Pozitivist hukuk anlayışına bir tepkinin sonucu olarak ortaya çıkan *hukuki realizm*, hukuk kurallarının kesinlik ifade etmediğini ve yargısal karar mekanizmasının siyasetten ve değerlerden soyutlanmış olduğu yönündeki anlayışın gerçek olmadığını savunur. Hukuki realistlere göre, yargı sürecinde ortaya çıkan karar, yargıcın kişiliği, kararın verildiği zaman ve yargıcı etkileyen diğer faktörler gibi birçok değişken arasında tümüyle önceden öngörülemeyen bir etkileşim sürecinin sonucudur. Buna göre hukuki realistler, yargıcın mevcut hukuk kurallarını alıp somut olaylara uygulamaktan daha fazla bir şey yaptığını ve yargısal karar alma sürecinin de sadece mevcut kuralların somut olaylara rasyonel bir uygulaması anlamına gelmediğini ileri sürmüşlerdir. Bu anlayış, kitaplardaki hukuktan ziyade yaşayan hukukun önemli olduğunu dile getirir. Çünkü hukuk insan eyleminden ayrı düşünülemez ve yargısal davranış insanî boyutun dışında bir varlığa sahip değildir. Bkz. Connor, *a.g.e.*, s. 93-4; Yüksel, Mehmet, *a.g.e.*, s. 205-6.

²⁴⁵ Connor, *a.g.e.*, s. 93; Yüksel, Mehmet, *a.g.e.*, s. 208-10.

²⁴⁶ Connor, *a.g.e.*, s. 94.

şekillendirdiğini söyleyen Santos, bunun yanlışlığını vurgulayarak, hukukun toplumsal yönüne ve bu yönünden dolayı çoğulcu olması gerektiğine işaret eder.²⁴⁷

Postmodernizm, yapısı gereği modernizmden beslenen her türlü düşünce ve yapıyı reddeder. Postmodernist düşünürlere göre, mevcut hukukî yapılar, aydınlanmacı/modernist bir felsefeden süzölmüş ve ulus-devlet anlayışı çerçevesinde şekillenmiştir. Onlara göre, mutlak bir akıl ve bu aklın belirleyeceği her hangi bir nesnel/evrensel ilke veya projenin olması söz konusu olmadığı için, önceden belirlenmiş bir amaç doğrultusunda oluşan, merkezîyetçi, toplumu biçimlendirmeyi amaçlayan, güçlü bir bürokrasiye dayanan modern ulus-devlet anlayışı ve bu devlet anlayışı dâhilinde oluşan hukuk anlayışı kabul edilemez.²⁴⁸ Çünkü bu hukukî anlayış gereği, haklar ve ayrıcalıklar açısından tüm vatandaşlar standardize edilmiştir. Bu anlayış, giderek farklılaşan toplumlara belli bir şekil verme ve onları tekdüzeleştirme çabası gütmektedir. Bu ise postmodern düşünürlere göre kabul edilemez bir şeydir.²⁴⁹

Kendisini nesnellik ve evrensellekle meşrulaştıran modernist/pozitivist hukuk yaklaşımını reddeden postmodernist hukukçular, hukukun toplumsal, kültürel, ideolojik ve insanî boyutu üzerinde dururlar ve hukukun adalet ve etik ile olan ilişkisine önem verirler. Ayrıca hukukun tutarsızlıklarını ve gizlemekte olduğu çıkarlarının olduğunu, sonuç olarak hukukun tarafsızlığı iddiasının kabul edilemez olduğunu dile getirirler.²⁵⁰

Feminist hukuk teorisi²⁵¹ gibi tek odaklı eleştirilerin de gündeme geldiği postmodernizm sürecinde, modern/pozitivist hukuk anlayışına yönelik eleştirileri dört temel başlık altında toplamak mümkündür:

²⁴⁷ Santos, Boaventura de Sousa, "Law: A Map of Misreading. Toward a Postmodern Conception of Law", *Journal of Law and Society*, Vol. 14, No. 3. (Autumn, 1987), s. 279.

²⁴⁸ Güriz, *a.g.e.*, s. 467-9; Yüksel, Mehmet *a.g.e.*, s. 167.

²⁴⁹ Yüksel, Mehmet *a.g.e.*, s. 174-5.

²⁵⁰ Yüksel, Mehmet, *a.g.e.*, s. 249-51

²⁵¹ Postmodern dönemde ortaya çıkan ve hukuk-cinsiyet ilişkisini ele alan *Feminist Hukuk Teorisi* de modern hukuk anlayışının erkek merkezli oluştuğunu, kadınların hukuksal alanda yeterince aktif bir rol üstlenemediklerini savunurlar. Bu anlayışa göre aile hukuku, iş hukuku ve ceza hukuku gibi, kadınlarla doğrudan ilgili olan hukuk alanlarında reform yapılması gereklidir. Yerleşik hukuk anlayışı, kadının vücudunun şiddete maruz kalmasına imkan vermekte, bazen onu sadece anne olarak algılarken bazen de onu cinsel meta haline getirmektedir. Bkz. Güriz, *a.g.e.*, s. 463-4.

1) Hukukun Araçsallaştırılması

Postmodernist düşünürlere göre hukuk, iktidarın kendisini meşrulaştırdığı bir araç olarak işlev görmektedir. Her dönemde toplum üzerinde bir tahakküm vardır ve modernitede hukuk, bu tahakkümün aracı olarak seçilmiştir. Postmodernizmin önde gelen düşünürlerinden Foucault, aydınlanma projesinde öngörülenin aksine, yaşanabilir bir dünyaya doğru sürekli bir ilerlemenin olmadığını, sadece insanlar üzerinde baskı kurmak ve onları denetim altında tutmak için kullanılan yöntemlerin değişmesi ve çeşitlenmesi şeklinde sürekli bir gidişin olduğunu savunur. Foucault'ya göre Batılı toplumlarda hukuksal düşüncenin oluşması, temel olarak krallık iktidarı çerçevesinde oluşmuştur. Orta Çağ'dan bu yana hukuk kuramının asıl işlevi iktidarın meşruluğunu sağlamaktır. Bu iktidar, birinin başkaları üzerindeki ya da bir topluluğun bir başka topluluk üzerindeki iktidarı olabileceği gibi, toplum içerisinde meydana gelen ve işleyen sayısız iktidarlara da olabilir.²⁵²

Her toplumun kendi bireylerinin zihin ve bedenlerini disiplin altında tutan bir söylem geliştirdiğini dile getiren Foucault, modern hukukun böyle bir disiplin aracı olarak XVIII. yüzyılın ikinci yarısında geliştirildiğini savunur. Foucault'ya göre modernitenin tarihsel oluşumunda hukuk giderek marjinalleşmiştir. Yani hukuk, modern iktidarın ayırt edici biçimi olarak, disipline etmenin bir aracı olmuştur.²⁵³ Modern hukuk sistemlerinin bireyleri evrensel ölçütlere göre nitelediği iddiasıyla disiplinize ve karakterize ederek “panopticon” tipi bir gözetim mekanizması kurduğunu savunan Foucault, “panopticon” tipi gözetim sürecinde, bir taraftan hapisanelerin fabrikalara, okullara ve kışlalara benzediğini, diğer taraftan da bu kurumların hapisaneye dönüştüğünü savunur.²⁵⁴

Birey ve toplumların şekillendirilmesinde hukukun araçsallaştırıldığı yönündeki bu ciddi eleştirisi, Foucault'nun sözcülüğünü yaptığı postmodern düşüncenin modernist/pozitivist hukuk anlayışının meşruiyetine yönelik dile getirdiği en ciddi eleştirilerden biridir.²⁵⁵ Postmodern düşünürlerin bu eleştirisi aslında onların, modern bilim ve yönetim anlayışına yönelik reddedici duruşlarının bir sonucudur.

²⁵² Foucault, *a.g.e.*, s. 39-41.

²⁵³ Foucault, *a.g.e.*, s. 53.

²⁵⁴ Yüksel, Mehmet, *a.g.e.*, s. 227.

²⁵⁵ Connor, *a.g.e.*, s. 89.

Postmodernizm, evrensel ve rasyonel bir hakikatin tespit edilmesinin mümkün olmadığı ve böyle bir düşünceye dayanılarak birey ve toplumları biçimlendirme çabalarının yanlışlığını dile getirir. Postmodern düşünürlere göre her bireyin ve toplumun kendisine göre doğruları olabilir ve bunların genel doğrularla açıklanma zorunluluğu da yoktur. Siyasî yapıların ve dolayısıyla hukukun amacı, insanların bir arada değil yan yana yaşamalarını mümkün kılmak olmalıdır. Bundan dolayı, ulus-devlet anlayışının öngördüğü; tüm vatandaşlar için geçerli olan tek bir hukuk sisteminin olabileceği ve bu hukuk tarafından kabul edilen hak ve yetkilerin dışında, hiçbir vatandaş için herhangi bir hak ve yetkinin söz konusu olamayacağı şeklindeki monist hukuk düşüncesi asla kabul edilemez. Çünkü böyle bir hukuk anlayışı, postmodernistlere göre bireyler üzerinde tahakküm kurmak ve onların önceden belirlenmiş bir ideal çerçevesinde şekillendirilmesi, yani *şeyleştirilmesi* anlamına gelmektedir.²⁵⁶

Postmodern anlayışa göre, aydınlanmacı/modernist anlayış, bir yandan insan aklını biçimselleştirip araçsallaştırırken, aynı şekilde hukuku da biçimsel ve araçsal bir karaktere büründürmüştür. Nasıl ki araçsal aklın değeri, doğa, insan ve egemenlik kurma sürecinde oynadığı role göre saptanıyorsa, biçimsel ve araçsal nitelikteki hukukun değeri de, toplumsal düzene getirdiği düzen ve istikrara göre belirlenir.²⁵⁷

2) Nesnellik İddiasının Tutarsızlığı

Postmodern düşünürlerin modern hukuk düşüncesine yönelttikleri bir diğer eleştiri ise onun nesnelliğine yöneliktir. Modernist/pozitivist hukuk anlayışı, kendini rasyonellik ve iç tutarlılıkla meşrulaştırmaktadır. Hiçbir toplumsal değer ve inançtan etkilenmeksizin, kendi kendine yeterli ve tarafsız bir hukuk mekanizması olarak kendini ortaya koyan bu hukuk anlayışı, aynı şekilde hiçbir politik çıkar ve niyet gözetmeksizin sadece akıl ve mantığın soyut buyrukları tarafından şekillendiğini iddia etmektedir. Buna göre en üst düzeyde adaletin ve hakikatin tecelli etmesi için yasaları belirleme ve yorumlama, kanıtları değerlendirme ve hukuksal kararlara varma sürecinde bireysel önyargılardan ve ideolojik kaygılardan uzak olmakla ancak mümkündür.²⁵⁸ Ancak Connor'ın da belirttiği üzere, postmodernist düşünürler, hukukun nesnellik ve

²⁵⁶ Güriz, *a.g.e.*, s. 472-5, 482.

²⁵⁷ Yüksel, Mehmet, *a.g.e.*, 119.

²⁵⁸ Connor, *a.g.e.*, s. 90.

tutarlılığını kabul etmezler. Onlara göre hukuk yalnızca âtil bir kurallar sistemi değil, aynı zamanda bir yargı ve yorum sistemidir. Hukukun iç tutarlılığının sağlanmasının önündeki en büyük engel ise hukukçuların düştükleri göreceliliktir. Tüm hukukçular anayasayı rehber alma konusunda hemfikir olmalarına rağmen, hukukçuların bu rehberliğin her zaman nasıl gerçekleşeceği konusunda ortak bir noktaya varamadıkları görülmektedir. Postmodernistler, hukukçuların kamu yararı, genel iradenin veya egemen seçmenlerin arzuları ya da hukuksal tutarlılık gibi birçok hukuksal dil-oyununa başvurduklarını ifade ederek, hukukun birliğine ve tutarlılığına yönelik ciddi eleştiriler dile getirirler.²⁵⁹

Postmodern hukuk anlayışına göre nesnel bir hukuk bilgisinden söz etmek mümkün değildir. Hukukî karar alma sürecinde nesnelliğe engel olan üç faktör söz konusudur: Hâkimin ahlakî ve siyasî kanaatleri, hukuk sistemi hakkındaki bilgisi ve farklı hukuk doktrinleri arasındaki ihtilaflar. Bundan dolayı *yorum bilime* (hermenötik) ve *yapı-söküme* (deconstruction) başvurulmasını öngören postmodernistler, hukukî kararların şüpheden kurtulamadığını savunurlar.²⁶⁰ Onlar, hukuk kurallarının sorgulanması ve deneye tabi tutulması gerektiğini ve böylece toplumda adaletin dinamik bir özellik kazanabileceğini ifade ederler. Bu bağlamda *sivil itaatsizlik kavramı*²⁶¹ üzerinde duran postmodernistler, adaletin dinamik bir özellik kazandığı bir toplumda, hukuk kurallarının daha fazla etkinliğe sahip olacağını savunurlar.²⁶²

²⁵⁹ Connor, *a.g.e.*, s. 90-4.

²⁶⁰ Connor, *a.g.e.*, s. 95.

²⁶¹ Sivil itaatsizlik kavramı ilk kez Amerika'da ortaya çıkmıştır. Henry David Thoreau, devletin koyduğu baş vergisini doğru bulmadığı için, bu vergiyi ödememiş ve 1846'da tutuklanmıştır. 1848 yılında "Bireyin Devletle İlişkisi" konulu konferansta Thoreau, görüşlerini şu şekilde özetler: "Bir kimsenin ülkesinin kanunundan daha yüce bir kanun vardır. Bu kanun kişinin vicdanının kanunudur. Kişinin vicdanının kanunu ile ülkesinin kanunu birbiriyle çatırsa kişinin ödevi kendi vicdanının kanununa uymak, ülkesinin kanununa bile bile karşı gelmektir. Kişi ülkesinin kanununa bile bile karşı geliyorsa kendi eyleminin bütün sonuçlarını kabul etmeli, hapsedilmeyi de göze almalıdır. Devletin insanın kişiliği ve mal varlığı üzerinde, insanın doğru bulduğunun ötesinde bir hakkı olamaz. Azınlığın çoğunluğa karşı gelme hakkı vardır. Azınlık, çoğunluğa uyduğu sürece güçsüzdür. Oysa azınlık çoğunluğa karşı koyduğunda engellenemez bir güç haline gelir. Bu şekilde iyi niyetli kişilerin dikkati kötü kanuna çekilecek, kişi kötü kanunun kaldırılmasına katkıda bulunmuş olacaktır." Bkz. Thoreau, Henry David, *Sivil İtaatsizlik*, (çev: Hakan Arslan-Fatma Ünsal), Vadi Yay., Ankara 1997, s. 17, 39, 51.

²⁶² Güriz, *a.g.e.*, s. 471-2.

3) Hukukun Soyutlaştırılması ve Toplumdan Koparılması

Postmodern düşüncenin modern hukuk anlayışına yönelttiği diğer bir eleştiri ise hukukun toplumdan koparılarak, soyut ve içine kapalı bir sistem haline dönüştürülmesidir. Modernist/pozitivist hukuk anlayışı, hukukun kaynağının devlet olduğunu kabul etmiş ve devlet dışı her türlü hukuksal olguyu reddetmiştir.²⁶³ Bu anlayışa göre, hukukun amacı iyiliği veya ahlakî olanı teşvik etmek değil, kendi içinde tutarlı ve rasyonel bir normlar sistemi oluşturmaktan ibarettir. Oysa postmodern yaklaşım, toplumdan bağımsız bir hukuk düşüncesini kabul etmez. Onlara göre hukuk, belirli kavramlar içine sıkıştırılmış, statik bir olgu olmayıp, toplumdaki değişimle birlikte değişen, dinamik bir olgudur. Hukuk, içinde yer aldığı toplumun ekonomik, siyasal ve sosyo-kültürel şartlarına göre şekillenir ve bunlarla karşılıklı ilişki içinde bulunur. Bundan dolayı hukuk kurallarının zaman ve mekana göre değişim göstermesi veya değişik şartlarda ve konumlarda bulunan birey ve grupların, aynı hukukî kavram ve kuralları farklı tarzda anlamlandırmaları mümkündür.²⁶⁴

Postmodern hukukçular, hukukun toplumsal gerçeklerden bağımsız ve sadece kavram, kural ve kuramlar üzerinde odaklaşarak soyutlaştırılmasının, hem toplumsal uyumu sağlaması hem de hukukun sağlıklı anlaşılması ve yorumlanması açısından bazı sakıncalarının olduğunu dile getirirler. Onlara göre toplumsal uyum, soyut bir hukuk mantığı içinde sağlanamaz. Önceden belirlenmiş bir amaç çerçevesinde ortaya çıkan emir ve yasakların dayatılması yerine, yurttaşlar arası diyalog teşvik edilerek, birbirlerinin değerlerini, inançlarını ve deneyimlerini dikkate almayı ve farklılıkları doğal karşılamayı öğrenmeleri toplumsal uyumun gelişmesi açısından daha faydalı olacaktır.²⁶⁵ Bundan dolayı postmodernistler, bir kuralın tüm bireylere aynı şekilde uygulanması anlamına gelen “*biçimsel ve denkleştirici adalet anlayışı*”na sıcak bakmazlar.²⁶⁶

Ayrıca giderek kapalı bir sisteme dönüşen hukuk sistemlerinin, esneklikten ve insanî deneyimlerden uzaklaşarak aşırı derecede biçimselleştiğini ve yurttaşların hukuka ilişkin düşünce ve kanaatlerinin sistemden dışlandığını dile getiren postmodern

²⁶³ Güriz, *a.g.e.*, s. 468.

²⁶⁴ Yüksel, Mehmet, *a.g.e.*, s. 192-3.

²⁶⁵ Murphy, *a.g.e.*, s. 126-8.

²⁶⁶ Mehmet Yüksel, *a.g.e.*, s. 192-3.

hukukçular, toplumsal duyguları, sezgileri, gelenekleri ve inancı dikkate alan, soyut mantık kurallarına daha az referansta bulunan ve daha esnek bir hukuk modelini idealize ederler. Sonuç olarak onlar, bireye, değişime, çoğulculuğa ve yerelliğe yönelmiş bir hukuk anlayışının toplumsal uyum için daha isabetli olacağına inanırlar.²⁶⁷

Hukukun toplumdan koparılarak sadece kavram ve kurallardan hareket eden kapalı bir sistem haline dönüştürülmesi, postmodernistlere göre hukukun doğru olarak anlaşılmasını da imkânsızlaştırır. Çünkü hukukun sadece metin çerçevesinde anlaşılması, bir kimsenin amaç, değer ve tercihlerine bakmaksızın, sadece ifadelerini dikkate alarak onu anlamaya çalışmaya benzer. Bundan dolayı bir hukuk kuralının anlaşılması, sadece hukuk kitapları ile mümkün değildir.²⁶⁸ Bu süreçte hukuk kurallarının toplumsal realiteden hareket edilerek anlaşılması gerektiğini savunan postmodern düşünürler, toplumsal gerçekliğin dikkate alınmaması halinde yasaların adaleti tesis edemeyeceğini ve güvenilirliğini giderek kaybedeceğini dile getirirler.²⁶⁹

4) Hukukun Ahlaktan Soyutlanması

Postmodernistlerin modern hukuka yönelttikleri son eleştiri ise hukukun ahlaktan soyutlanmasına yönelik modernist çabaya ilişkindir. Bu durum aslında hukukun toplumdan koparılmasının kaçınılmaz sonucudur. Yukarıda da belirttiğimiz gibi, Hans Kelsen ve H. L. A. Hart'ın ortaya koydukları “hukuksal biçimselcilik” düşüncesi, hukukun ahlakî hakikatler deposu ya da ahlakî düşünce makinesi olmayıp, birbirine bağlı ve mantıksal tutarlılığa sahip normlardan ya da kurallardan oluşan bir sistem olarak algılanmasını sağlamıştır.²⁷⁰

Bauman ise günümüzde sıkça dile getirilen “*değer krizi*” algısının temelinde, modernite projesi kapsamında yer alan “ahlakîleştirme projesi”nin olduğunu savunur. Bu proje, insanların seçme hakkı olmaksızın, mevcut otoritelere ve onların koyduğu kurallara itaat etmelerini öngörür. Modernite projesi çerçevesinde “etik yasa” ya da kural koymaya dayalı böyle bir ahlak anlayışının öne çıkarılması, bireysel ahlakî

²⁶⁷ Güriz, *a.g.e.*, s. 469.

²⁶⁸ Yüksel, Mehmet, *a.g.e.*, s. 194-5.

²⁶⁹ Murphy, *a.g.e.*, s. 124.

²⁷⁰ Connor, *a.g.e.*, s. 90.

sorumluluğa değil, daha güçlü olana itaati ve sorgulamaksızın kurallara uyma tavrını geliştirmiştir.²⁷¹

Postmodern düşünürler, bireysel ahlakî yasalara aykırı olan yasalara uymayı meşru görmezler. Onlara göre böyle bir anlayış, hukukun bireyler üzerinde bir baskı aracı haline getirilmesi anlamına gelir. Kişi bu kurallara uymayarak, hukukun etkinliğini azaltır. Postmodern hukuk, modern hukuk biliminin etiği hukuksal alanın dışında tutmasının doğurduğu sakıncalı durumlardan dolayı, etiğe hukuksal alanda bir yer açma çabası içine girmiştir.²⁷²

D. Küreselleşmenin Hukuksal Yansımaları

Küreselleşme, Roland Robertson'ın 1980'de yayımladığı "Globalleşme" adlı kitabı ile kavramsallaşarak akademik dünyanın gündemine girmiştir. İlk önce ekonomik hareketleri ifade etmek için kullanılan bu kavramın kapsama alanı gittikçe genişlemiş ve kavram çok boyutlu bir *toplumsal değişimi* ifade eder hale gelmiştir.²⁷³ Küreselleşme, ekonominin yanı sıra siyasal yapıları etkilediği gibi toplumsal deneyim ve pratiklerin de köklü bir şekilde dönüşüm ve değişimine zemin hazırlamıştır. Ancak küreselleşmedeki hâkim tema, dünyanın giderek daha ilişkili hale gelmesidir.²⁷⁴ Dünyanın bir tarafında cereyan eden bir olay veya ortaya çıkan bir fikir, tüm dünyada yansımaları bulabilmektedir. İletişim devriminin bir sonucu olan bu durum, dünyayı küçük bir köy haline getirmiş, ülkelerin hatta kıtaların sınırlarını ortadan kaldırmıştır.²⁷⁵

Tezin giriş bölümünde de belirttiğimiz gibi küreselleşme, bir yandan egemen bir kültürün tüm dünyaya mal olmasını hızlandırırken bir yandan da bölgesel/yerel kültürlerin canlanmasını sağlamaktadır. Küreselleşen egemen medeniyet, evrensel bir kültür ve hayat tarzı empoze ederken ulus-altı yerel değerlerin yeniden vücut bulmasına

²⁷¹ Bauman, *Siyaset Arayışı*, s.157-8; Yüksel Mehmet, *a.g.e.*, 204-5 .

²⁷² Connor, *a.g.e.*, s. 99-100.

²⁷³ Robertson, *a.g.e.*, s. 285; Keyman, Fuat, "Globalleşme ve Türkiye" *Küreselleşme Sivil Toplum ve İslam* içinde (Edit. Fuat Keyman-Ali Yaşar Sarıbay), Vadi Yay., Ankara 1998, s. 36.

²⁷⁴ Çiğdem, Ahmet, "Globalizasyonun Nomosu", *Postmodernizm ve İslam, Küreselleşme ve Oryantalizm* içinde (Edit. Abdullah Topçuoğlu-Yasin Aktay), Vadi Yay., Ankara 1999, s. 145

²⁷⁵ Öke, Mim Kemal, *Küresel Toplum*, ASAM Yay., Ankara 2001, s. 2.

da imkan vermektedir. Bu süreçte empoze edilen evrensel kültürün Birleşmiş Milletlerin ilke ve amaçları etrafında somutlaşan Batı kültürü olduğunu söylemek mümkündür.²⁷⁶

Küreselleşme kavramının bu iki yönlü dönüştürücü özelliğini ifade etmek için “küyerelleşme” kavramını kullanan Robertson, bu kavramla küreselleşmenin olduğu yerde yerelleşmenin de olduğuna dikkatleri çekmektedir. Yerelleşme ile genel olarak ulus-devlet anlayışının bir gereği olarak tekdüzeleştirici (homojenleştirici) anlayışın yerine eski ulus-altı değerlerin yeniden güç kazanması kastedilmektedir. Eskiye dönüş yerel kültürü oluşturan tüm öğelerin canlanması demektir.²⁷⁷

Küreselleşme, yukarıda da belirttiğimiz gibi²⁷⁸, ulus-devletlerin kendi sınırları içinde mutlak otoritesini (teritoryal self-determinasyon) elinden alarak devletin kalın duvarlarını inceltmiş ve devletleri *bağımsızlıktan* (independent), *birbirine bağımlı* (interdependent) hale getirmiştir. Artık devletler, vatandaşlarına istedikleri gibi davranma, istedikleri hakları verip istedikleri yükümlülükler altına alma imkanına sahip değildirlere. Bu süreçte devletlerin yanı sıra devlet dışı kurumların da hukuk yapıcı olarak ortaya çıktığı görülmektedir.²⁷⁹ Birleşmiş Milletler, Avrupa Birliği gibi devletler-üstü oluşumlar, çokuluslu şirketler ve hükümetler arası sivil toplum örgütleri tüm dünyada etkinliklerini giderek artırmakta ve ulus-devletlerin yanında, hukuk kuralları üreten birimler olarak daha fazla rol oynar hale gelmektedirler.²⁸⁰

Habermas, bu süreçle birlikte artık modern devletlerin bireyler üzerinde istedikleri gibi baskı kuramayacaklarını ve hukuken güvence altına alınmış özerk bir alanın varlığının kabul edilmeye başlandığını dile getirir. Ona göre, uluslararası hukukun bireyleri ve devlet dışı örgütleri hukuk öznesi olarak gördüğü ve bireylerin, hukuk yoluyla kendi ülkelerinden birçok taleplerde bulunduğu bir dönemde, haklar ve ayrıcalıklar açısından tek biçimleştirmeyi amaçlayan ve yasa önünde eşitliği öngören klasik hukuk anlayışlarının tatmin edici olmadıkları açıktır.²⁸¹

²⁷⁶ Richard Falk, bu süreçte küreselleşen kültürün Amerikan kültürü olduğunu savunur. Ona göre küreselleşmenin hakim medeniyeti, Avrupa kaynaklı modernleşmenin soğuk savaş sonrasında Amerika’da yeniden vücut bulmasından ibarettir. Falk, *a.g.e.*, s. 40.

²⁷⁷ Robertson, *a.g.e.*, s. 285

²⁷⁸ Bkz. Yönetim Anlayışında.n Yönetişim Anlayışına Geçiş s. 75-80.

²⁷⁹ Örneğin 1909 yılında bu tür kurumların sayısı 37 iken, 1951’de 123, 1984’de 365’e çıkmış ve günümüzde bu sayı daha da artmıştır.

²⁸⁰ Yüksel, *a.g.e.*, s. 171.

²⁸¹ Bkz. Habermas, *a.g.e.*, s. 147-59.

Küreselleşme sürecinde yeni bir hukuk türü olarak *uluslar-üstü hukukun* geliştiği görülmektedir. Bu hukuk, uluslararası hukuktan farklı olarak hem devletleri hem de bireyleri muhatap almaktadır. Avrupa Birliği örneğinde olduğu gibi, üye ülkelerin ulusal hukuk düzenlerinin üstünde yer alan bir uluslar-üstü hukuk söz konusudur ve bu hukuk, bireylere doğrudan doğruya haklar ve yükümlülükler yükleyebilmektedir. Böylece Avrupa Birliği'ne bağlı ülkelerin vatandaşları, iki ayrı hukuk düzeninin ve iki ayrı vatandaşlığın öznelere haline gelmektedirler.²⁸²

Küreselleşmeyle birlikte, kültürel bir olgu veya kültürün bir görünümü olan hukukun da ciddi yapısal değişikliklere uğradığı görülmektedir. Ekonomi ve teknoloji gibi küreselleşmenin taşıyıcılığını da yapan hukuk, bu dönemde küreselleşmenin yapısına uygun olarak iki yönlü bir değişime uğramış, bir yandan bazı hukukî değerler tüm dünyada değer görürken, diğer yandan azınlıklara ait bazı talepler hukuken tanınmaya başlanmıştır.²⁸³

İkinci Dünya Savaşı'nın ardından yeniden ortaya çıkan doğal hukuk düşüncesi ve ona dayalı olarak gelişen insan hakları düşüncesi, küreselleşme düşüncesiyle daha fazla önem kazanmıştır. İnsan hakları ve temel özgürlükleri konusunda tarihte birçok adım atılmış olsa da²⁸⁴ Birleşmiş Milletler'in 1948 yılında yayımladığı İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi, bunların en kapsamlısıdır. Bu bildirme ile Birleşmiş Milletler, üye ülkelerden bu bildirgenin öngördüğü haklara sadık kalmalarını istemiş ve çeşitli siyasî denetim mekanizmaları geliştirmiştir. Soğuk savaş sürecinde bu konuda büyük bir başarı gösterilemese de, bu sürecin ardından bu kuralların hayata geçirilmesi yönünde daha ciddi adımlar atılmıştır.²⁸⁵

Bu süreçte “bireysel özgürlük”, “insan hakları”, “hukukun üstünlüğü” “hukuk devleti” gibi kavramlar küresel değerler haline gelmiştir. Bu değerlerin küresel bir

²⁸² Oder, Bertil Emrah, “Avrupa Birliği'nde Çok-merkezli Anayasacılığın Yapısal Sorunları: Yetki Çatışmaları ve İkincillik İlkesi Işığında Türkiye İçin Karşılaştırmalı Gözlemler”, *Anayasa Dergisi*, Sayı 22, s. 1-2; Erdoğan, Mustafa, “Siyaset ve Hukuk Perspektifinden Küreselleşme”, *Siyasi, Ekonomik ve Kültürel Boyutlarıyla Küreselleşme* içinde (Edit. Cemal Uşak), *Ufuk Yay.*, İstanbul 2002, s. 37; Sinha, *a.g.e.*, s. 82

²⁸³ Erdoğan, “Siyaset ve Hukuk Perspektifinden Küreselleşme”, s. 34.

²⁸⁴ İlk olarak İngiltere'de 1215 Magna Charta, 1679 Habeas Corpus Akte, 1689 Bill of Rights ve en ayrıntılı ve bütünlüklü düzenleme olarak 1776 Temel Haklar Virginia Bildirgesi, kişilerin doğumla birlikte temel bazı haklara sahip olduğu ve bu hakların devletler tarafından ihlal edilmeyeceği yönünde önemli adımlar atılmıştır. Genç, Mehmet, *İnsan Hakları ve Temel Özgürlükleri*, Uludağ Üniversitesi Yay., Bursa, 1997, s. 11-3.

²⁸⁵ Genç, *a.g.e.*, s. 14.

mahiyet kazanmasında, ülkelerin birbirine olan bağımlılığının artması ve küreselleşmenin baş aktörlerinin bu düşünceleri desteklemesi oldukça etkili olmuştur. Bu dönemde ulusal anayasalarca düzenlenen temel hak ve özgürlük kategorileri değişime uğramış kişisel haklar, siyasal haklar, sosyal haklar ve ekonomik haklar yanında, azınlık ve grup hakları, dayanışma hakkı, kültür hakkı, mülteci ve göçmen hakları” gibi daha önce olmayan yeni hak kategorileri ortaya çıkmıştır.²⁸⁶

Bu dönemde azınlıkların kültürel değerlerinin korunması düşüncesi küreselleşen bir değer olarak tezahür etmiştir. Küreselleşen bu değerler, çoğunlukla ulus-devletler içinde görmezden gelinen ulus-altı değerleri güçlendirmiş ve korunması gereken kültürel değerler olarak görülür hale gelmiştir. Bu anlamda birçok devlet, azınlıkların inanç ve kanaat özgürlüğü, din eğitimi özgürlüğü gibi bazı kültürel değerlerin korunması için bir takım hukukî düzenlemeler yapmıştır.²⁸⁷ Ulus-devlet mantığı içinde hazırlanan anayasaların öngördüğü hak kuramının, azınlıkların kültürel aidiyetlerini devam ettirmelerine imkân vermediği yönündeki ciddi eleştiriler dolayısıyla, başta anayasa olmak üzere, bazı hukuk dallarında bir takım düzenlemeler yapılmaya başlanmıştır.²⁸⁸ Genel olarak tüm dünyada görülen ve özellikle de azınlıklar lehine gelişen bu anlayışlar, küreselleşmenin bir tezahürü olarak tüm hukuk anlayışlarına hâkim olan ortak standartlar haline gelmiştir.²⁸⁹

Küreselleşme sürecinde ortaya çıkan bu *evrensel değerler*, bu süreçte yerel değerlerin de önem kazanmasına kapı aralamıştır. Yerelleşme yönünde ortaya çıkan bu temayül, çok-kültürlülük ve buna bağlı olarak hukuksal alanda çoğulcu anlayışların güçlenmesine yardımcı olmuştur. Mustafa Erdoğan’ın da belirttiği gibi, artık, dünya bir çeşit çok merkezli otoritenin vazettiği çok-hukuklu bir sisteme dönüşmüştür. Artık ulusal otoriteler istedikleri gibi yasama ve yürütme hakkına sahip değildir. Bir devletin bireysel özgürlükler, azınlık hakları, düşünce özgürlüğü, dinî ve etnik değerlere aykırı hukukî düzenlemeler yapması zorlaşmıştır. Bu süreçte birçok azınlık ve küçük grup,

²⁸⁶ Yüksel, Mehmet, *a.g.e.*, s. 178.

²⁸⁷ Küreselleşme sürecinde hukuksal dönüşümün öncülerinden olan Birleşmiş Milletler, 20 Aralık 1993 tarihli “Ulusal veya Etnik, Dinsel veya Dilsel Azınlıklara Mensup Olan Kişilerin Haklarına Dair Bildiri” ile bu konuda tüm BM üye ülkelerini bu konuda sorumluluk altına almıştır.

²⁸⁸ Yüksel, Mehmet *a.g.e.*, s. 178; Bkz. Ötkem, Akif Emre, *Uluslararası Hukukta İnanç Özgürlüğü*, Liberte Yay., Ankara 2002, s. 51-94.

²⁸⁹ Erdoğan, *Siyasi, Ekonomik ve Kültürel Boyutlarıyla Küreselleşme*, s. 34.

kültürel haklar ve inanç özgürlüğü çerçevesinde çoğulcu bir hukukî yapının daha özgürlükçü olacağını savunmaya başlamış ve her insanın insan olarak doğumuyla birlikte bazı dokunulamaz, devredilemez ve vazgeçilemez temel haklara sahip olduğu evrensel değer haline gelmiştir.²⁹⁰

Bu sürecin, Birleşmiş Milletler²⁹¹, Avrupa Birliği gibi ulus-üstü kurumların önemini artırarak “evrensel normlar”ın üye devletler tarafından kabul edilmesini sağlamış olmasından dolayı küreselleşmenin, insaniyet temelinde bir evrenselliği temsil ettiği söylenebilir. Bu evrenselliğin yerelliği yok etmediği, aksine bu durumun “birlik içinde çokluk”u mümkün kılabileceği görülmektedir.²⁹² Masaji Chiba’nın da belirttiği gibi, bu süreçte hukuk, *azınlık hukuku*, *devlet hukuku* ve *ulus-üstü hukuk* şeklindeki üçlü bir yapıya dönüşmekte, ulus-üstü hukukun empoze ettiği evrensel normların ulusal hukuka şekil verdiği, ulus-altı hukukî yapıları da canlandırdığı görülmektedir.²⁹³

Bu bağlamda bir hukuk kuralının uluslar-üstü hukuk ile çatışması halinde hangisinin öncelikli olacağı konusu gündeme gelmektedir. Bu noktada hukukçuların temelde iki farklı eğilim gösterdikleri söylenebilir: Monist ve düalist eğilim. Monist teorisyenlere göre uluslar-üstü hukuk kurallarının, daha alt seviyedeki hukuk kurallarına göre önceliği vardır ve diğerlerinin uluslar-üstü hukuk kurallarına uygun hale getirilmeleri gerekir. Düalistler ise uluslar-üstü hukuk ile alt seviyedeki hukuk kurallarının kaynakları, yapıları, yürürlüğe konuluşları, konuları, geçerlilik alanları ve muhatapları açısından farklılık gösterdiği için ayrı ayrı değerlendirilmelerinin daha doğru olacağını savunurlar.²⁹⁴

Sonuç olarak küreselleşme, insan hakları ve temel özgürlüklerin korunmasında, din ve inanç özgürlüğünün sağlanmasında, azınlık durumundaki toplumsal-bireysel kültürel değerlerin teşvik edilmesinde, konuya ilişkin ulusal veya uluslar arası duyarlılığın gelişmesinde, bireysel hak ve özgürlüklerin genel geçer bir ilke olarak

²⁹⁰ Murphy, *a.g.e.*, s. 124-5.

²⁹¹ BM’in amaçlarının belirtildiği belgenin 1/3. maddesi “*din ayrımı gözetilmeksizin herkesin insan haklarına ve ana özgürlüklerine saygının geliştirilip güçlendirilmesinde uluslar arası işbirliğini sağlama*”yı öngörmektedir. Doğrudan din özgürlüğünü hedeflemeksizin, temel hak ve özgürlüklerin sağlanmasında ayrımcılık yasağı getirmekte olan 13/1b, 55/c, 62, 76/c gibi maddeler dolaylı olarak din özgürlüğünü temin eden maddelerdir. Öktem, *a.g.e.*, s. 103-4; Genç, *a.g.e.*, s. 232.

²⁹² Erdoğan, *Siyasi, Ekonomik ve Kültürel Boyutlarıyla Küreselleşme*, s. 34, 43.

²⁹³ Chiba, Masaji, “Other Phases of Legal Pluralism in the Contemporary World”, *Ratio Juris*. Vol. 11, No. 3 (September, 1998), s. 233-4.

²⁹⁴ Genç, *a.g.e.*, s. 16-7.

özümsemesinde ve gereksiz kısıtlamalara gidilmeksizin benimsenmesi, yaygınlaşması ve teminat altına alınmasında veya bu hakların ihlali durumunda gerekli yaptırımların uygulanmasında oldukça etkili bir süreç olmuştur. Bazı ulusal veya uluslar-arası örgütlerin sınır tanımaz faaliyetleri, gelişen iletişim araçları ve artan nüfus hareketleri, bireysel temel hak ve özgürlüklere ilişkin hukukî düzenlemeleri teşvik etmiş, hatta zorunlu hale getirmiştir.²⁹⁵

Artık hukukun, ulusal düzey yanında, uluslarüstü ve ulus altı düzeylere doğru evrimleştiği, modern hukukun monist (tekçi) yapısının parçalanarak, giderek plüralist (çoğulcu) bir niteliğe kavuştuğu görülmektedir.²⁹⁶ Sonuç olarak hukukî çoğulculuk düşüncesine kapı aralayan bu hukuksal dönüşümün üç temel boyutundan bahsetmek mümkündür: 1- Hukuku, devlet merkezli, kapalı ve statik bir sistem olarak gören hukuk anlayışı yerine, insanî değerlere önem veren, toplum merkezli, açık ve dinamik bir hukuk anlayışının gelişmesi. 2- Hukuktaki evrensel ve nesnel iddiaların tutarsızlığını savunan metin merkezli bir hukuk anlayışının reddedilmesi. 3- Birbirine bağımlı yapılar içerisinde hukukun devleti aşarak uluslar üstü ve ulus altı hukuk yönünde dönüşüme uğraması.

²⁹⁵ Genç, *a.g.e.*, s. 22-3.

²⁹⁶ Güriz, *a.g.e.*, s. 468-9; Yüksel, Mehmet *a.g.e.*, s. 167.

İKİNCİ BÖLÜM

HUKUKÎ ÇOĞULCULUK

*İÇ DİNAMİKLERİ, TANIMI, ÇEŞİTLERİ, OLUMLU ve
OLUMSUZ YANLARI*

Boaventura de Sousa Santos, “Hukuk: Bir Yanlış Okumanın Haritası, Postmodern Bir Hukuk Kavramına Doğru” adlı makalesinde, ruhun üç halini tasvir etmek için Nietzsche’nin kullandığı “çocuk-aslan-deve” benzetmesini¹ hukuka uyarlayarak şunları söyler: “*Hukuk, XVII. ve XVIII. yüzyılda bir çocuk idi. Doğal hukuk ve liberal politik anlayış teorileri, burjuva toplumunu ortaya çıkaran yeni değer ve inançların ortaya çıkmasından ibaretti. Fakat XIX. yüzyılda hukuk, aslan oldu ve her şeyi inkâr etti. Böylece toplumsal taleplere karşı çıktı ve politik güçle sosyal düzeni kurdu. XX. yüzyılda özellikle de İkinci Dünya Savaşından sonra hukuk, deve oldu. Değer ve inançlarla savaşmayı bıraktı ve farklı sosyal ve politik yapılar üzerinde güç kurmaktan vazgeçti.*”² Santos bu ifadeleriyle, Batı’nın belirli bir ideal çerçevesinde topluma şekil vermek için hukuku kullanmaktan vazgeçtiğini ve farklılıklarla mücadeleyi bıraktığını veciz bir şekilde ortaya koymaktadır.

Birinci bölümde geniş bir şekilde ele aldığımız gibi, hukuk alanında görülen bu değişimin, Batı düşüncesinde görülen genel değişimden bağımsız değerlendirilmesi mümkün değildir. Politik alanda vatandaşların devlet için var olduğunu öngören Hegelci siyasal gelenek yerine, devletin vatandaşlar için var olduğunu savunan Lockeçu liberal siyaset düşüncesinin öne çıktığı bir süreçte, hukukun da konumu ve fonksiyonunun değişmesi kaçınılmazdır.³ Bireylere devlet ideolojilerine göre kimlik kazandırmayı öngören siyasal anlayışlar ve hukuku bu amaca ulaşmanın bir yolu olarak gören telakkiler terk edilmeye, bunun yerine her bireyin insan olarak devletin müdahale edemeyeceği özerk bir alana sahip olduğuna dayanan, özgürlük temelli anlayışlar giderek taraftar bulmaktadır. Tekeli’nin de belirttiği gibi, XX. yüzyıl deneyimi bize tam anlamıyla *plastik bir insan modeli* varsayımının gerçekçi olmadığını göstermiştir. Devletin bireyleri denetim altına alma ve belirli amaçlara hizmet edecek şekilde biçimlendirme fikri artık kabul görmemektedir.⁴ En azından hukukun böyle bir amaç

¹ Nietzsche’ye göre ruh önce deve gibi idi. Birçok değer ve inancı ödünç aldı. Daha sonra aslan oldu ve daha önce yüklendiği değer ve inançlara karşı savaş açtı ve onların yerine yeni kurallar koyamadı. En sonunda ise çocuk oldu. Bir çocuk olarak ruh masum ve unutkan oldu ve yeni değerler oluşturmaya başladı.. Nietzsche, Friedrich, *Böyle Buyurdu Zerdüşt*, (çev: Murat Batmankaya), Say Yay., İstanbul, 2006, s. 112-4.

² Santos, “Law: A Map of Misreading”, s. 279-80.

³ Arslan, Z., “Devletin Hukuku, Hukuk Devleti ve Özgürlük Sarkacı”, s. 67.

⁴ Tekeli, *a.g.e.*, s. 180.

için uygun olmadığı anlaşılmıştır. Zira hukukun devlet tarafından belirlenen objektif ve rasyonel kurallar bütünü olduğu yönündeki teoriler inandırıcılığını ciddi anlamda kaybetmiştir. Topluları giderek birbirine yaklaştıran ve kozmopolitleştiren küreselleşme sürecinde, hem hukuk kavramının tüm dünyada aynı şeyi ifade etmediği hem de hukuk kuralları arasında büyük farkların olduğu gerçeği, hukukun mutlak ve genel-geçer bir gerçekliğe sahip olmadığını gözler önüne sermiştir. Özellikle soğuk savaş sonrası giderek yükselen özgürlükçü düşünce ve postmodern söylem karşısında, yerleşik hukuk anlayışının artık çağdaş taleplere cevap veremez hale geldiği görülmektedir.⁵

İşte böyle bir konjonktürde ortaya çıkan bir teori olarak *hukukî çoğulculuk* düşüncesi, taraftar bulmakta zorluk çekmemiştir. Zira bu kavramın kurguladığı hukuk anlayışı, sosyal bir olgu olarak Batı topluları için yeni olsa da, sömürgecilikle birlikte batılı devletlerin yakından bildikleri bir toplumsal gerçeklikti. İki asrı aşkın bir zamandan beri Batı dışı toplular için sosyal bir gerçeklik olarak görülen bu hukuk anlayışının, Batı'nın yaşadığı bu köklü değişimle birlikte günümüz Batı topluları için de ideal bir hukuk olup olmadığı tartışılır hale gelmiştir.⁶ Ulus-devlet anlayışının hala gücünü koruduğu Avrupa ülkelerinde dahi bu kavramın devlet kurumları tarafından ele alınmaya başlanması, bu düşüncenin bir meşruiyet zemini bulmaya başladığını göstermektedir.⁷

1980'lerden itibaren hukukî çoğulculuk düşüncesinin batılı düşünürler arasında yayılmasına önemli katkısı olanlardan biri olan John Griffiths, "*Hukukî Çoğulculuk Nedir?*" (What is Legal Pluralism?) adlı çalışmasında, hukukî çoğulculuğun iki çeşidinin olduğunu ve bunun *ampirik bir olgu* veya *politik bir şart* olarak ortaya

⁵ Taylor, yeni bir hukuk kavramının geliştirilmesi gereksinimi, sosyo kültürel çoğulculuğun koşulları içinde, şahsi ve kültürel farklılıkların tanınması, evrensel insan haklarının korunması ve kültürel kimlikler arasındaki farklılıkların tanınması ile mümkündür. Bu ise liberalizmin iki vizyonu ile gerçekleştirilebilir. Birinci vizyonu, bireyciliğe dayalı insan haklarını kapsar ve açıkça kültürel olarak tarafsız ve kamu iyiliğinin üretken vizyonunu önerir. İkinci vizyonu ise, kolektivisttir. Ayrıca yargılamanın kültürel olarak özel standartlarını savunur. Bunu ise marjinal kültürel toplulukları korumak için yapar. Bkz. Taylor, s. 70.

⁶ Von Benda-Beckmann, Franz and von Benda-Beckmann, Keebet, "Project Group: Legal Pluralism", *Legal Pluralism*, s. 135, Max Planck Institute for Social Anthropology, <http://www.eth.mpg.de/pubs/jb-99-01/jb2001-ii3.pdf> (Erişim 01.05.2007).

⁷ Barber, N. W., "Legal Pluralism and the European Union", *European Law Journal*, Vol. 12, No. 3, (May 2006), s. 306–329.

çıktığını belirtir. Yine bu kavramın gelişmesinde büyük katkıları olan Sally Merry ise *klasik hukukî çoğulculuk* ve *yeni hukukî çoğulculuk* olmak üzere iki çeşit hukukî çoğulculuktan bahseder. Griffiths'in *ampirik bir olgu*, Merry'nin *klasik hukukî çoğulculuk* olarak tanımladığı bu tür hukukî çoğulculuk, daha çok sömürgecilik sürecinde görülen Batı dışı toplumlardaki hukukî yapıları ifade ederken *politik bir şart* veya *yeni hukukî çoğulculuk* olarak vasedilen hukukî çoğulculuk ise Batı toplumları için idealize edilen hukukî yapıyı ifade etmektedir.⁸ Batı dışı toplumların hukukî yapılarını tanımlamak için kullanılan kavramın aynı isim altında Batı toplumları için idealize edilen hukukî yapıyı ifade etmede kullanılması ve hukukî çoğulculuğun tarihinin sömürgeciliğin tarihiyle başlatılması sömürgecilik tecrübesinin hukukî çoğulculuğun Batı dünyasında gelişmesinde oldukça etkili olduğunu göstermektedir. Ayrıca sömürgecilik sürecinde Batı dışı toplumların daha yakından araştırılması sonucu görülen çoğulcu ve farklı unsurların, endüstrileşme ve özellikle küreselleşme ile Batı toplumları için de geçerli olduğunu göstermiştir. Bu tespitler ise Griffiths'in ayırımına denk düşecek şekilde hukukî çoğulculuğun iç dinamikleri durumundadır. *Hukukî çoğulculuğun dış dinamikleri* olarak ele aldığımız değişim ve dönüşüm kadar, hukukî çoğulculuk düşüncesinin hukukî çoğulculuğun hem kavramsal bir çerçevesinin oluşturulmasına hem de bu kavramın içeriğinin doldurulmasına ve daha iyi anlaşılmasına yardımcı olacağını ümit ederek hukukî çoğulculuk düşüncesinin bazen kendini ifade ederken başvurduğu, bazen de organik bir bağ kurduğu bu tespitlerin *Hukukî çoğulculuğun iç dinamikleri* başlığı altında ele alınmasını faydalı gördük.

I- HUKUKÎ ÇOĞULCULUĞUN İÇ DİNAMİKLERİ

A. Batı Dışı Hukukî Yapıların Tespit Edilmesi: Sömürgecilik

Hukuk, Batı'da tarih boyunca kurumların, insanların ve sosyal grupların davranışlarını düzenlemek ve yönlendirmek için devletin başvurduğu bir araç olarak görülmüştür. Bundan dolayı Platon'dan Hobbes'a, Marx'tan Weber'e kadar tartışmasız

⁸ Griffiths, John, "What is Legal Pluralism?", *Journal of Legal Pluralism and Unofficial Law*, No. 24, 1986, s. 6; Merry, Sally Engle, "Legal Pluralism", *Law and Society Review*, Vol. 22, No. 5. (1988), s. 872-3.

hukuk yapıcısı olarak sadece devlet görülmüştür.⁹ Bundan dolayı, bir devlet içinde birden fazla hukukî merkez ve bunun sonucu olarak da birden fazla hukuk sisteminin bulunması söz konusu olmamıştır. Ancak XVIII. yüzyıldan itibaren artan sömürgecilik süreci, Batı dışı toplumlarda köklü bir sosyo-hukukî olguyu batılıların tespit etmesine yardımcı olmuştur. Batılıların teorik ve hukuk dogmatikliği açısından açıklayamadıkları bu durum, bir sosyo-politik alanda birden fazla hukuk sisteminin aynı anda uygulanması olgusudur.¹⁰

Hooker, Batı toplumlarının gündemine giren hukukî çoğulculuk kavramının, sömürge hukuku bağlamında ele alındığını belirtir.¹¹ Griffith ise Avrupalılar'ın Batılı olmayan bölgeleri işgaliyle birlikte böyle bir hukukî yapı ile karşılaştıklarını belirtir ve hukukî plüralizm tarihinin Batı için sömürgecilikle başladığını söyler.¹²

*Ampirik bir olgu olarak hukukî çoğulculuk, başta İngiltere olmak üzere birçok batılı sömürgeci ülkenin gündemine ilk kez XVIII. yüzyılla birlikte gelmiştir. 1772'de İngiliz Doğu Hindistan Şirketi tarafından hazırlanan yeni hukuk sisteminin toplum tarafından benimsenmemesi üzerine, aile ve miras hukuku gibi özel hukuka giren bazı alanlarda, halkın çoğulcu bir yapı içinde uygulaya geldikleri kast sisteminin veya İslam hukukunun da yürürlükte kalmasına izin verildiği görülmektedir.*¹³

Hukukî çoğulculuğun iki temel kaynağının olduğunu belirten Simon Roberts ise, bunlardan ilkinin hukuk akımları (anlayışları), diğerinin ise halkın ürettiği hukuk olduğunu belirtir. Ona göre, halkın hukukun kaynağı olarak görülmesi, 1970'lerden itibaren sömürge bölgelerinde yapılan çalışmalarla ortaya çıkmıştır. Afrika, Asya, Karayip ve Pasifik'teki kolonilerde yapılan bu çalışmalar, hukukun kaynağı olarak

⁹ Sezgin, Yüksel, "A New Theory of Legal Pluralism: The Case of Israeli Religious Courts", *Association for Israel Studies*, 19th Annual Meeting, April 27-29 2003, San Diego, California, Panel IV-C Religion, Ethnicity, and the Courts in Israel, s. 4.

¹⁰ Hukukî plüralizm kavramı köken olarak sosyal bilimcilerin, Avrupa ülkelerinin sömürge kurduğu Asya, Afrika ve Pasifik'teki sosyal toplum düzenini incelemeye başlamasıyla doğmuştur. Bu bölgelerdeki hukuk sistemlerini yerli hukuk düzeni olarak isimlendirmişlerdir. Yüksel, Murat, *Hukukî Plüralizm*, Beta Yay., İstanbul, 2003, s. 77.

¹¹ Hooker, M. B., *Legal Pluralism: An Introduction to Colonial and Neo-Colonial Laws*, Clarendon Press, Oxford, 1975, s. 6; Sezgin, a.g.m., s. 7.

¹² Griffiths, a.g.m., s. 6.

¹³ Jones, Richard, "The Internet, Legal Regulation and Legal Pluralism" 13th Annual BILETA Conference: 'The Changing Jurisdiction' Friday, March 27th & Saturday, March 28th, 1998, Trinity College, Dublin, s. 1; Yüksel, Murat, *a.g.e.*, s. 3.

devlet dışı birçok unsurun bulunduğunu göstermiştir. Daha önce bu bölgelerde daha çok antropologların çalıştığını belirten Roberts, buralarda görülen hukukî yapıların “kural problemi” içinde tanımlandığını ifade eder. Ancak sosyolojik hukuk anlayışına paralel olarak gelişen “hukuk antropolojisi” ve “hukuk sosyolojisi” alanlarında yapılan çalışmalarda, kolonilerde görülen hukukî yapıları tanımlamak için ilk kez, *hukukî çoğulculuk* (legal pluralism) kavramının kullanılmaya başladığı görülmektedir.¹⁴

Batı dışı toplumlardaki hukukî çoğulculuk yapılarını ele aldığı çalışmalarıyla tanınan Masaji Chiba ise başta ülkesi Japonya olmak üzere, Çin, Hindistan ve diğer Asya ülkelerindeki ülkelerin hemen hemen tamamında çoğulcu bir hukukî yapının var olduğunu belirtir.¹⁵ Chiba, batılı devletler tarafından sömürgeleştirilen bu ülkelerde yöneticilerin, resmi olmayan hukukî yapıları yasaklamadıklarını ve zaman zaman bazı azınlık hukuklarını resmen tanıdıklarını ifade eder. Batılı hukuk anlayışından¹⁶ farklı olarak çoğulcu bir yapı arz eden bu uygulamalar, sömürgecilikle birlikte batılı bilim adamlarının gündemini meşgul etmiştir.¹⁷

B. Devlet Dışı Hukukî Yapıların Tespit Edilmesi: Küreselleşme

Batılıların ilk kez sömürgecilikle birlikte gördükleri ve batılı hukuk dogmatikliği açısından açıklanamayan çoğulcu hukukî yapıları ortaya çıkaran dinamiklerin XX. yüzyılda zirveye çıkan değişimle birlikte Batı toplumlarında da görülmeye başladığı anlaşılmaktadır. Franz von Benda-Beckmann ve Keebet von Benda-Beckmann'ın da ifade ettikleri gibi hukukî çoğulculuk, artık batılı endüstriyel toplumlarda da ampirik bir

¹⁴ Roberts, Simon, “Against Legal Pluralism” *Journal of Legal Pluralism*, No. 42, 1998, s. 97.

¹⁵ Chiba, a.g.m., s. 231-2.

¹⁶ Çoğulcu bir hukukî yapının şimdiye kadar Batı'da gelişmemiş olmasını iki temel sebebe indirgemek mümkündür. Birincisi Batı'nın farklı din mensuplarına yaşama imkânı vermeyen bir dini anlayışa sahip olmasıdır. 1648 Westphalia Barış Antlaşmasına kadar şiddetli din savaşlarına sahne olan Avrupa'da Hıristiyan olmayanlara yaşam hakkı tanınmadığı gibi, farklı mezhepten olan Hıristiyanlar arasında da çok ciddi çatışmalar yaşanmıştır. Uluslar arası hukuk başlangıç tarihi olarak görülen bu tarihten sonra ise hukuk, toplumları dönüştürmek ve disiplinize etmek için devletin başvurduğu bir kontrol mekanizması olarak algılanmaya başlamıştır. Bkz. Otacı, Cengiz, *Hukukun Laikleşme Serüveni*, Birey Yay., İstanbul, 2004, s. 127-45.

¹⁷ 1970'den itibaren sömürge toplumları üzerinde yapılan hukuk araştırmaları, tüm toplumlarda fiilen bir takım hukukî çoğulculuk şekillerinin görüldüğünü göstermiştir. Asya, Afrika ve Latin Amerika'daki çok kültürlü toplumların büyük kısmını idare eden sömürgeci güçler kadar, Avrupa tarzı hukuk sistemlerinin de bazı alanlarda geleneksel hukuku tanıma yoluna gittikleri görülmektedir. Hukukî çoğulculuğun, özellikle dini azınlıklar, coğrafi olarak izole olmuş bölgeler ve kültürel olarak toplumun dışında kalmış yerli insanlar için bir hukuk politikası haline gelmeye başladığı görülmektedir. Bkz. Sezgin, a.g.m., s. 7.

olgu olarak görülmeye başlamıştır.¹⁸ Yukarıda da belirttiğimiz gibi Griffiths, bu hukukî yapının Batı toplumlarında görülmesini *politik bir şart olarak hukukî çoğulculuk* şeklinde tanımlarken,¹⁹ Merry *yeni hukukî çoğulculuk* olarak isimlendirmektedir.²⁰ Hukukî çoğulculuğun Batı’da idealize edilen bir hukuk anlayışı olarak görülmeye başlanmasında Batı dünyasının yaşadığı köklü zihni değişim kadar, bilim ve teknolojinin gelişmesiyle birlikte ulaşım ve iletişimin şaşırtıcı derece arttığı ve nüfus hareketlerinin hızlandığı küreselleşme de etkili olmuştur. Dünyanın küçük bir köy haline geldiği bu süreçte, isimleri dahi bilinmeyen kültürel unsurların, farklı sebeplerle dünyanın birçok bölgesinde yaşamaya başladıkları ve yine küreselleşmenin bir sonucu olarak kültürel aidiyetleri öne çıkararak taleplerde buldukları görülmektedir. Artık Batı’da azınlıkların, marjinal ve farklı grupların taleplerinin karşılanmasını öngören anlayışlar ve hukukun toplumsal, kültürel, ideolojik ve insanî boyutuna vurgu yapan yeni düzenlemeler her geçen gün kendini daha fazla hissettirmeye başlamıştır.²¹ Hukukun devletin tek tipleştirici politikalarının bir aracı olamayacağı yönündeki anlayışlara paralel olarak hukukun toplumsal ve kültürel yönüne yapılan vurgu, Batı dışı toplumlarda olduğu gibi, batılı toplumlarda da hukukun sadece devletin resmi organları tarafından üretilen kurallar bütünü olarak anlaşılamayacağı yönündeki tezleri güçlendirmiştir. Sally Moore’un da belirttiği gibi sosyal bilimcilerin, özellikle de hukuk antropologlarının çoğuna göre hukuk, artık devletin farklı organları tarafından yapılan belirli uygulamalar, kurallar, emirler, mahkeme kararları vb. şeylerle veya yasamalarla sınırlandırılmaz. Hukuk geniş olarak bir köy, etnik bir grup, kurum veya bir devlet gibi bir sosyal alanda toplumsal düzeni sağlayacak normatif kuralların oluşması ve devam etmesi olarak anlaşılabilir.²² Nitekim *yarı bağımsız sosyal alan, hukukî çok-merkezcilik* ve bu kavramlardan ayrı düşünülemez olan *azınlıklar* kavramlarının hukukî çoğulculuk çerçevesinde öne çıktığı görülmektedir.²³

¹⁸ Von Benda-Beckmann, a.g.m., s. 135.

¹⁹ Griffiths, a.g.m., s. 6.

²⁰ Merry, a.g.e., s. 872-3.

²¹ Çaha, “İdeoloji ile Hukuk Arasında Devlet”, s. 101-2.

²² Moore, Sally S. F., “Law and Social Change: The Semi-autonomous Field as An Appropriate Field of Study”, *Law and Society Review*, Vol: 7, No: 4 (Summer, 1973), s. 719-46.

²³ Sinha, a.g.m., s. 53; Yüksel, Murat, a.g.e., s. 2; Yüksel, Mehmet, a.g.e., s. 249-50.

1) Yarı Bağımsız Sosyal Alan

Hukuk, ulus-devlet öncesi dönemde sivil toplumun bir ürünü olarak görülürken, bu dönemle birlikte devletin şahsında toplanmıştır. Otoriter devlet düşüncesinin gelişmesine paralel olarak hukuk, devletin yüce ve aşkın bir tasarrufu olarak topluma bahşedilmiş ve yine devlet tarafından korunan ve gerektiğinde değiştirilebilen kurallar bütünü olarak görülür olmuştur.²⁴ Petersen'in de vurguladığı gibi, devlet dışı hukukî yapılar, milli devletlerin tek biçimli modern hukuk sistemlerinin yerleşmesi için tehlike oluşturduğundan dolayı yok sayılmıştır.²⁵

Ancak birçok hukuk sosyologu ve antropologu, sömürge toplumlarından hareketle toplumun ihtiyaç duyduğu hukukun oluşabilmesi için devlet gibi bir siyasî güce ihtiyaç olmadığını savunurlar.²⁶ Herhangi bir sosyal alan, kendi kural veya normunu oluşturma ve uygulama gücüne sahiptir.²⁷ Merry, devlet dışı hukuk için tam bir kavramın olmadığını, sosyal hayatta kendiliğinden bulunan kurallara hukuk denilip denilemeyeceği konusunda bilim adamları farklı düşünseler de, bunların toplumsal yapıdan bağımsız düşünülemediği konusunda fikir birliği içinde olduklarını belirtir.²⁸ Pospisil ise hukukun sosyal dünyada farklı noktalarda daha ziyade lokalleşen bir olgu olarak görülmesi gerektiğini savunur. Ona göre ister bir büyük şehre, ister bir kolonyal alana bakılsın, hukukun hiyerarşik olarak sıralanmış gruplar içinde yerleştiği veya az çok birleşmiş "hukukî düzeyler" in oluştuğu görülecektir.²⁹

Hukukun bu yönünü en iyi ifade eden kavram ise, Sally Moore'un *yarı bağımsız sosyal alan* kavramıdır. Moore bu kavramı, hukuk koyucu ile tebaa arasındaki sosyal

²⁴ Çaha, Ömer, "İdeoloji ile Hukuk Arasında Devlet", *Doğu Batı*, Sy. 13, (Kasım-Ocak 2000-01),", s. 101-2.

²⁵ Petersen, Hanne, "Reclaiming 'Juridical Tact'? Observations and Reflections on Customs and Informal Law as (Pluralist) Sources of Polycentric Law" *Legal Polycentricity: Consequences of Pluralism of Law* içinde (Edit: Hanne Petersen and Henrik Zahle), Dartmouth Publishing, USA, 1995, s. 174.

²⁶ Onlara göre din, kabile ilişkileri, adetler, ahlak, gibi birçok norm üreten kaynak vardır. Sezgin, a.g.m., s. 5.

²⁷ Bu bakış açısına göre hukukun dört çeşitinden bahsetmek mümkündür: a- *Devlet hukuku*, hükümet tarafından yasaması yapılan ve tatbik edilen kanunlar. b- *Dini hukuk*, hem yazılı dokümanlara hem de dini uygulamalara dayanan kurallar. c- *Örfi hukuk*, resmen yazılmış örf veya örfün yaşayan yorumu olabilmektedir. d- *Proje hukuku*, sulama gibi bir projenin veya program ile bağlantılı düzenlemeleri içerir. Bkz. Dick, Ruth S. Meinzen and Pradhan, Rajendra, "Legal Pluralism and Dynamic Property Rights", <http://www.capri.cgiar.org/pdf/capriwp22.pdf> (erişim 12.07.2007).

²⁸ Merry, a.g.e., s. 869-896.

²⁹ Roberts, a.g.e., s. 101.

alanın normatif bir boşluk olmadığını göstermek için kullanmaktadır. Kuralların iletildiği ve toplumsal bağlam içinde uygulandığı sosyal ortam, farklı kaynaklardan beslenen kural ve kurumlardır.³⁰ Daha sonra hukukî çoğulculuk taraftarlarının temel savlarından biri olacak olan, resmî hukuk sistemi dışında işleyen muhtelif normatif değerlerin var olduğu yönündeki bu teori, sosyolojik hukuk akımının önde gelen düşünürlerinden Eugen Ehrlich'in kavramlaştırdığı *yaşayan hukuk* düşüncesi ile yakından ilişkilidir.³¹ Bu teoriye göre devlet desteği olmamasına rağmen, resmi hukuk dışında işleyen bu hukuk sistemleri, hayatı düzenlemede oldukça başarılıdırlar. Sally Moore'un *yarı bağımsız sosyal alan* şeklinde formüle ettiği sosyal yapı, benimseterek veya baskı kurarak bireyleri itaate zorlamakta ve böylece hukuk yapma ve uygulama kapasitesine sahip olduğunu kanıtlamaktadır.³² Batı'da uzun süre görmezden gelinen bu sosyal gerçeklik, Chiba'ya göre son yıllarda değişmeye başlamıştır.³³

Moore'un *yarı bağımsız sosyal alan* şeklinde tanımladığı yapılarda oluşan hukukî yapılar, devlet hukukunun tamamen içinde veya dışında kalabildiği gibi, devlet hukukuna kısmî bir uygunluk da gösterebilmektedir.³⁴ Moore, bu düşüncesini desteklemek için New York City'deki elbise sektörü³⁵ ve Tanzanya'daki Chagga şehrindeki toprak yönetimi³⁶ ile ilgili uygulamaları ayrıntılı olarak ele almış ve bu

³⁰ Moore, *a.g.e.*, s. 721-722.

³¹ Griffiths, *a.g.m.*, s. 34; Yüksel, Murat, *a.g.e.*, s. 2-3.

³² Moore, *a.g.e.*, s. 722.

³³ Chiba, "Other Phases Legal Pluralism", s. 231.

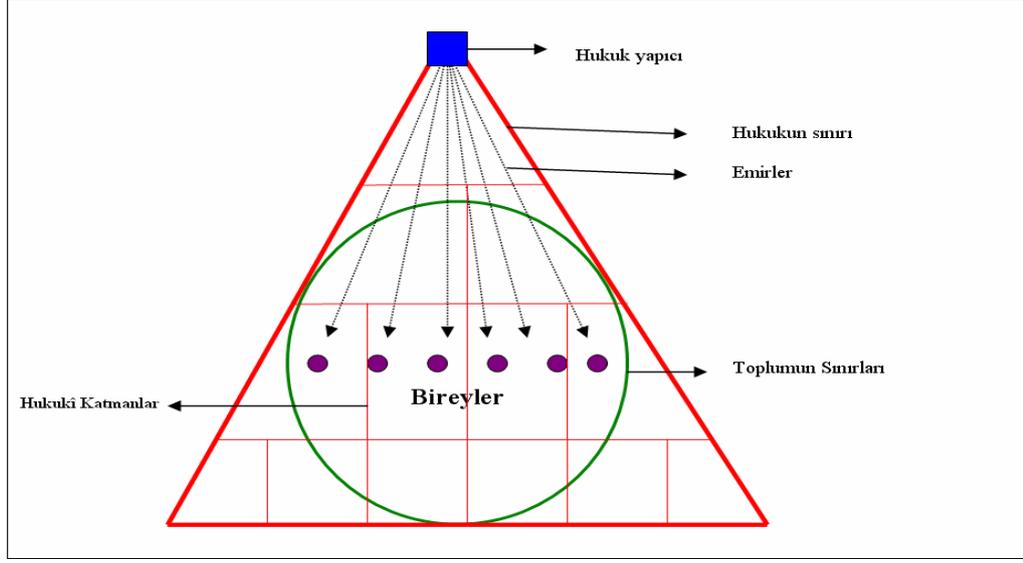
³⁴ Moore, *a.g.e.*, s. 722.

³⁵ New York City'deki elbise endüstrisinin çok hassas bir piyasası vardı ve farklı birçok kişi ve organizasyonun ilişkisinden oluşuyordu. Bu karşılıklı ilişkiler genel hukuk tarafından bazı sınırlar içinde tutuluyordu. Ancak yükleniciye ait kurallar ve gruplar arası benzer düzenlemeler özellikle yazılı olmayan örfler ve beklentiler tarafından düzenlenmişti. Giyim endüstrisini, yüksek derecede birbirine bağımlı ve karşılıklı olarak yükümlülük altına alan bir endüstri olarak tanımlamak mümkündür. Bu durum onların yaygın bir yardım ve destek ile iyice güçlenmiş ve üretim için zorunlu olan sermaye ihtiyacının aynı sektörün içinden insanların birbirine yardımları ile karşılandığı görülmüştür. Bu ilişkiler sonucunda devlet hukukunun istediği ilişki şekli, sık sık ve sistematik olarak terk edilmiş ve sektör içinde oluşan hâkim anlayış modelleri ilişkileri düzenler olmuştur. Bundan dolayı kişiler birbirini mahkemeye vermek zorunda görmemekte idi. Bu sektörde cezalar ekonomik gücünü kaybetme, adının kötüye çıkması (ticari sicilinin bozulması) ve müşteriler gözündeki itibarını kaybetmek şeklinde veriliyordu. Bundan dolayı tüm sektör üyeleri, belirlenen kurallara tam anlamıyla uyuyordu. Bu durum devletin yaptırım gücü değil, sektörün oluşturduğu düzenin oluşturduğu baskı idi. Bkz. Moore, *a.g.e.*, s. 723-729.

³⁶ Tanzanya'nın Chagga bölgesinde halk, topraklar üzerindeki mülkiyetlerini bırakarak, onar kişilik birimler oluşturmuş ve genel hukuk kurallarının dışına çıkılarak kendi aralarında yeni kurallar geliştirmişlerdir. Bu yeni oluşum içinde erkeklerin kadınlar üzerinde ve erkeklerin de yaşça büyük olanları küçükler üzerinde etkili olmakta idi. Moore, *a.g.e.*, s. 729-742.

örneklerden hareketle, yarı bağımsız sosyal alanlarda, devlet hukukuna ve yargı sistemine ihtiyaç duyulmaksızın, toplumsal düzenin yürütülmesi için gerekli hukuk kurallarının üretilerek sistemli bir şekilde uygulandığını göstermiştir.³⁷

Tablo 1: Sally Moore, yarı bağımsız sosyal alan teorisini şu şekilde gösterir.



Chiba ise konuyla alakalı olarak, sosyal organizasyonun kendi hukuk sistemini devam ettirdiği müddetçe *sosyo-hukukî varlık* olarak isimlendirilebileceğini belirtmekte ve akraba gruplarını, kabileleri ve özel coğrafi bölgeleri buna örnek olarak göstermektedir. Ona göre bu sosyo-hukukî varlıkların kendi canlılıklarını devam ettirebilmeleri için, komşu ve daha büyük üst organizasyonlarla sıkı bir ilişkiyi sürdürmeleri gerekmektedir ki bu durum, bazı çoklu (multiple) hukukî yapıların oluşmasını beraberinde getirecektir.³⁸

Petersen'in de ifade ettiği gibi geçen yüzyılın son çeyreğinde resmi olmayan (informel) hukuk kavramı, hukuk sosyolojisi ve hukuk antropolojisi alanında yapılan çeşitli çalışmalarla tanımlanan ve Batı toplumları çerçevesinde de gerçekliği kanıtlanan sosyo-normatif bir olgu haline gelmiştir.³⁹ Bu durum ise hukukî çoğulculuk düşüncesinin Batı toplumlarında gelişmesinde oldukça önemli bir rol oynamıştır.

³⁷ Moore, *a.g.e.*, s. 745.

³⁸ Chiba, *a.g.m.*, s. 241.

³⁹ Petersen, *a.g.e.*, s. 173.

2) Hukukî Çok-Merkezcilik Olgusu

Hukukî çoğulculuk düşüncesinin dinamikleri ve referansları arasında ele alınması gereken diğer bir kavram da *hukukî çok-merkezciliktir*. Son yıllarda daha çok Avrupa Birliği hukuku çerçevesinde kullanılan bu kavram, ilk kez realist İskandinav hukuk teorisinde hukukun kaynaklarının farklılığını ve bölünmüşlüğü tasvir etmek için kullanılmıştır. Ancak 1970'li yıllardan itibaren hukuk sosyolog ve antropologlarının yaptıkları çalışmalarda sık sık görülen bu kavram, daha çok devlet dışı hukukî yapıları ifade etmek için kullanılmıştır. Hanne Petersen, hukukî çok-merkezcilik kavramının, hukuk normlarının farklı merkezler, yarı bağımsız sosyal alanlar ya da ağlar yoluyla üretildiğini ifade etmek için geliştirildiğini belirtir. Özellikle hukukta özgür değer, tarafsız ve objektif yaklaşım problemleri çerçevesinde üzerinde durulan hukukî çok-merkezcilik kavramı, bir sosyal yapı içindeki farklı hukuk sistemlerine gönderme yapan, yalnızca formel farklılıkları değil, aynı zamanda aksiyolojik farklılıkları da açıklamak için baş vurulan bir kavramdır.⁴⁰

*Hukukî çok merkezcilik kavramı, yarı bağımsız sosyal alan düşüncesine paralel olarak bir sosyal alanda var olan çoğulcu düzen biçimleri arasındaki karmaşık ilişkiler ve bunların hukukî biçimleri bağlamında yapılan çalışmalarda sıklıkla başvuru olan bir kavramdır. Bu düşünceye göre, devlet etrafında oluşan hukukî merkezîyetçilik ideolojisi kabul edilemez bir düşüncedir. Aynı şekilde bu kavram, hukukî formları yaratmak amacıyla normatif düzenin devlete ait olmayan biçimleri ile devlet arasındaki ilişkilere gönderme yapmaktadır.*⁴¹

Surya Prakash Sinha, konuyla ilgili çalışmasında *hukukî çok-merkezciliğin* dört sebebe dayandırılabilirliğinden bahseder: 1- Hukuk doktrinleri, 2- Hukukun kolaylaştırıcılık ilkesi, 3- Bireysel çok-merkezli kategoriler ve 4- Hukuk sistemlerinin kurumsal yapıları. Ancak Sinha, bunların en önemlisinin hukuk doktrinleri olduğunu belirtir. Örneğin Common Law doktrinine göre sözleşme hukuku, haksız fiil hukuku, ceza hukuku gibi birçok alanda var olan *mâkullük doktrini*, hukukî çok-merkezciliği zorunlu kılmaktadır. Mâkul güven, mâkul dikkat, mâkul hata, mâkul zaman, mâkul gecikme, mâkul tedbir, mâkul risk, mâkul güç gibi kavramların farklı şekillerde

⁴⁰ Petersen, *a.g.e.*, s. 171.

⁴¹ Yüksel, Murat, *a.g.e.*, s. 77.

anlaşılması kaçınılmazdır. Bu nedenle içeriği tam olarak doldurulmamış böyle kavramlar, göreceliğe ve sonunda çoğulculuğa yol açmaktadır. Ayrıca hukukun kolaylaştırıcılık ilkesiyle evlilik, boşanma, sözleşme, vasiyet, sorumluluk hukuku gibi bireysel alanlarda kişilere özerklik vermesi de, hukukî çok-merkezciliğin diğer bir sebebidir.⁴² Üçüncü olarak bireylerin din, ırk, cinsiyet gibi bazı temel farklılıklar göstermeleri, hukukun alanına giren birçok konuda farklı taleplerde bulunmalarını gündeme getirmektedir. Örneğin bir Yehova Şahidinin askerlikten muaf tutulması, bir vicdani retçinin verdiği vergilerden askeri alanlara harcanmamasını, bir Müslüman veya Yahudi için askeri alan veya hastane gibi kamusal alanlarda ayrı yemekler çıkarılması, bir Yahudi'nin Cumartesi günleri okul veya işten muaf tutulması gibi genel uygulamaların yanı sıra farklı düzenlemelerin yapılması, hukukî çok merkezciliğe götürmektedir. Son olarak hukuk sisteminin kurumsal yapısının hukukî çok merkezciliğe ulaşmanın bir yolu olduğunu söyleyen Sinha, Common Law örneğinde olduğu gibi devlet hukukunun yanında, daha ziyade davalı-davacının yaşadığı toplumdaki seçilen kişilerce, yerel kurallara (örf) göre davanın çözülmesini öngören anlayışlar hukukî çok-merkezciliğe ve dolayısıyla hukukî çoğulculuğa götürmektedir.⁴³ Roel de Lange, geniş anlamda hukukî çok-merkezcilik kavramının, 1- Ayrılık 2- Parçalılık, 3- Çoğulculuk olmak üzere üç farklı olguyu kapsadığını ve temelde üç problemle ilişkili olduğunu söyler: 1- Egemenliğin devlet ile halk arasındaki dengesini kurma, 2- Federalizm ve 3- Azınlık hakları problemi.⁴⁴

Hukukî çok merkezcilik düşüncesi, hukukun devletle sınırlandırılmasını ve hukukî ve ahlakî konularda tek değerli yaklaşımların reddedilmesini öngörür. Tek değerli yaklaşım, bütün gerçek değerlerin bağdaştığına inanır. Zira tek değerli yaklaşıma göre ahlakî sorunlar için tek bir nihaî doğru vardır ki bu yaklaşım yanıltıcı ve tehlikelidir. Zira hem kişisel yaşamda hem de topluluk yaşamında ihtilafli değerler söz konusudur. Bu ihtilafli değerlerin tek bir gerçek altında uzlaştırılabileceğini önermek,

⁴² Sinha, *a.g.e.*, s. 51-2.

⁴³ Sinha, *a.g.e.*, s. 52.

⁴⁴ De Lange, Roel, "Divergence, Fragmentation, and Pluralism: Notes on Polycentricity and Unity in Law", *Legal Polycentricity: Consequences of Pluralism of Law* içinde, s. 105, 114-5.

ortak yaşam deneyimleriyle uyuşmamaktadır. Tek değerli yaklaşım, baskı için bir meşruiyet zemini oluşturmaktadır.⁴⁵

Sinha, hukukî çok-merkezciliğin öngördüğü ahlakî ve normatif değerlerin çoğulculuğu tezinin, realiteye daha uygun olduğunu söyler. Bu noktada antropologlar, aile, toplum, din, savaş, iletişim gibi faktörlerin etkisiyle oluşan ve binlerce yıldan beri var olan sosyo-biyolojik ortamların, kişisel tercihler gibi, insanlar arasında uzlaştırılmaz farklılıklar doğurduğu tespitinde bulunmaktadır.⁴⁶ Bir toplumda görülen farklı gruplar ve aralarındaki ilişkiler üzerine yapılan çalışmalar, bu grupların din, ırk, cinsiyet, cinsel tercih, güç, kültür ve sosyal bağlar ya da kurumlar bakımından farklılık gösterdiklerini belirtirler. Bu bağlamda artık günümüzde birçok toplumda hukukî çok merkezilik inkâr edilemez bir olgu olarak karşımıza çıkmaktadır.⁴⁷

Hukukî çok merkezilik düşüncesi, sosyal adalet ve özgürlük taleplerine en uygun anlayışı sunduğu için hukuk düzeninin meşruluğunu arttırır. Ayrıca birbiriyle bağdaşmayan değerlerin birlikte var olmasına imkan vererek hoşgörünün ilerlemesini sağlar ve zorlayıcı olmayan metotları geliştirir. Birey ve gruplara kendi değerlerini seçebilme imkanı vererek özgürlükleri genişletir ve baskıyı azaltarak ahlakî olarak tercih edilebilir alanlar sağlar.⁴⁸

3) Azınlık (Ulus-Altı) Değerlerinin Hukukî Olarak Tanınması

Hukukî çoğulculuk düşüncesinin Batılı toplumlarda vücut bulmasına zemin hazırlayan faktörlerden biri de, azınlık⁴⁹ haklarının ve kültürel değerlerinin korunmasına yönelik evrensel bir eğilimin gelişmesidir. Bu eğilim, ilk bölümde geniş olarak ele aldığımız batılı anlayıştaki değişim ve dönüşüm ile ilişkili olduğu kadar endüstrileşmeyle ortaya çıkan işgücü ihtiyacının karşılanması amacıyla başlayan ve küreselleşme ile hızlanan nüfus hareketlerinin, batılı toplumları giderek

⁴⁵ Sinha, *a.g.e.*, s. 45.

⁴⁶ Sinha, *a.g.e.*, s. 46.

⁴⁷ Yüksel, Murat, *a.g.e.*, s. 77.

⁴⁸ Sinha, *a.g.e.*, s. 49.

⁴⁹ Azınlıkların Korunması ve Ayrımcılığın Önlenmesi Alt Komisyonu, 1954 yılında azınlıkları “bir halk içinde hakim durumda bulunmayan ve halkın geri kalan kısmından bariz biçimde farklı etnik, dinsel ya da dilsel gelenek veya özelliklere sahip bulunan ve bunları korumayı arzulayan gruplar” olarak tanımlar. Bkz. Öktem, Akif Emre, *Uluslararası Hukukta İnanç Özgürlüğü*, Liberte Yay., 2002, Ankara, *a.g.e.*, s. 52.

kozmpolitleştirmesiyle de yakından ilişkilidir. Bu zihni ve toplumsal değişimin sonucu olarak, batılı toplumlarda daha önce gündeme gelemeyen çok-kültürlülük, çoğulculuk, çok-kimliklilik gibi yeni teorilerin ortaya çıktığı ve yerleşik anlayışların karşısında giderek güçlenmeye başladığı görülmektedir. Batı dışı ülkelerden batılı ülkelere göç eden çok sayıdaki insanın kendi millî, dinî ve örfî değerlerini beraberinde getirmeleri ile batılı toplumlarda daha kompleks bir sosyal yapının oluştuğu görülmektedir.⁵⁰ Bu durum batılı toplumlarda hukukun yeniden yapılanmasını ve şekillenmesini zorunlu hale getirmiştir.⁵¹ 1981 yılında yayımlanan *Din ya da Kanaate Dayalı Her Türli Hoşgörüsüzlük ve Ayrımcılığın Kaldırılmasına İlişkin Bildirge*⁵² ile Birleşmiş Milletler bünyesinde oluşturulan *Azınlıkların Korunması ve Ayrımcılığın Önlenmesi Alt Komisyonu*'nun 1993'te yayımladığı bildirge ve Avrupa Konseyi tarafından 1995'te yayımlanan *Ulusal Azınlıkların Korunmasına İlişkin Çerçeve Sözleşme*⁵³, azınlıklar konusunda Batı'da büyük gelişmelerin olduğunu göstermektedir.

Batılı toplumların artık ayrılmaz bir parçası haline gelen azınlıklar, hem hukukun bölgesel farklılıklar göstermesine hem de bölgesel hukukî mekanizmaların gelişmesine yol açmışlardır. Bu hukukî yapılar zamanla iş ilişkileri, sosyal alan, aile ilişkileri, eğitim gibi konularda toplumun tüm kesimlerini de içine alacak şekilde çoğulcu bir anlayışın yerleşmesini sağlamıştır. Ancak Franz Benda-Beckmann ve Keebet von Benda-Beckmann, batılı toplumlarda görülen bu çoğulcu karakterin temelde üç sebebe bağlanmasının daha doğru olduğu belirtirler: 1- Çok sayıda sosyal alanın

⁵⁰ Erol Kurubaş, azınlıklar konusunun, tüm Batı'da olduğu gibi Avrupa'nın bütünleşme sürecinde de kilit rol oynayan konulardan biri olduğunu söyler. Ona göre ulusçuluğun ve ulus-devletlerin doğduğu Avrupa'da, günümüzde inşa edilmeye çalışılan ulus-üstü (supranational) kimliğin en büyük engeli ulusal kimliklerdir. Bu nedenle ulusa yönelik "sadakat"ın zayıflatılması, en azından yumuşatılması için, hiçbir zaman ulus-üstü kimliğin bir alternatifi olacak kadar gücü bulunmayan ulusal, etnik, dinsel ve dilsel farklılıklardan yararlanılabileceği düşünülmektedir. Avrupa Birliği (AB) bunu her türlü farklılığın canlandırılmasını ve teşvik edilmesini öngören çok-kültürcü bir anlayış çerçevesinde yapmaktadır. Bkz. Kurubaş, Erol, "Avrupa Birliği'nin Azınlıklara Yaklaşımı ve Avrupa Bütünleşmesine Etkileri", *Liberal Düşünce*, Sayı: 23, (2001), s. 120.

⁵¹ Konuyla ilgili çalışmalarında tanınan Silvio Ferrari, başta Müslümanlar olmak üzere sayıları her geçen gün artan azınlıkların, batılı devletler tarafından bir tehdit olarak algılanmak yerine, onların taleplerini de dikkate alarak yeniden oluşturulacak din-devlet ilişkileri ve hukukî düzenlemelerin, zaten zor bir süreçten geçen Avrupa Birliği'nin güçlenerek devam etmesi için oldukça önemli olduğunu belirtir. Bkz. Ferrari, Silvio, "İslâm ve Din-Devlet İlişkilerinde Batı Avrupa Modeli", (Çev: M. Salih Kumaş), *U.Ü.İ.F. Dergisi*, Cilt: 13, Sayı: 1 (2004), s. 303-319.

⁵² Bildirgenin ayrıntıları için bkz: Aktan, Coşkun Can, *Haklar ve Özgürlükler Antolojisi* (Ed. Coşkun Can Aktan), Hak-İş Yayınları, Ankara, 2000, s. 55.

⁵³ Sözleşmenin ayrıntıları için bkz. <http://www.ihd.org.tr/belge/uakics.html> (Erişim 05.04.2007).

kendi normlarını ve müeyyide mekanizmasını geliştirebildiğinin görülmesi, 2- Ulus-üstü ticaretin ve küresel girişimin artması ve diğer sosyal ilişkilerin gelişmesi ve 3- Bazı politik değişimlerin, hukuk sistemini köklü şekilde değişime zorlaması.⁵⁴

Taylor da benzer şekilde batılı toplumlarda görülen bu kozmopolit yapıların, yeni bir hukuk anlayışını gerektirdiğini ve bu yeni hukuk anlayışının, kültürel farklılıkları tanınması kadar, evrensel insan haklarını da dikkate alması gerektiğini dile getirir. Ona göre bu, liberalizmin öngördüğü şekilde bireysel farklılığa dayalı insan haklarının korunması ve marjinal kültürel toplumların hukuken tanınması ile mümkündür.⁵⁵

Yukarıda da belirttiğimiz gibi küreselleşme süreci, devletleri *bağımsızlıktan* (independent) uzaklaştırıp, *birbirine bağımlı* (interdependent) hale getirmiştir. Bu değişimle birlikte devletler, kendi vatandaşlarına bile istediği gibi muamele yapma hakkına sahip değillerdir. Artık bireyler kendi devlet hukuklarının öznesi oldukları gibi uluslar-arası hukukların da öznesidirler. Ancak küreselleşmeyi hukukî çoğulculukla doğrudan ilişkili kılan asıl yönü, bu süreçte güçlenen Birleşmiş Milletler gibi ulus-üstü örgütler tarafından hazırlanan “İnsan Hakları”, “Azınlıkların Korunması ve Ayrımcılığın Önlenmesi”, “Din ve İnanç Özgürlüğü” gibi uluslararası bağlayıcı anlaşmalar, devletlerin vatandaşlarının bireysel inanç ve kanaatlerine yaşam hakkı tanıyan bir hukuk anlayışına geçmelerini zorunlu kılmaktadır. Bu durum, ulus-devlet anlayışının öngördüğü hukuk anlayışında köklü bir değişim anlamına gelmektedir. Buna göre, ülkedeki tüm fertlerin her türlü konuda eşit hak ve sorumluluklara sahip olmalarını öngören *mülkîlik* esasına dayalı hukuk anlayışından, kişilerin sahip oldukları din, inanç, kanaat ve tercihlerine göre bazı konularda farklı hukukî düzenlemelere tabi olmalarını öngören *şahsîlik* esasına dayalı bir hukuk anlayışına doğru bir değişim söz konusudur.⁵⁶ Bu köklü değişim, özellikle çağdaş hukukî çoğulculuk savunucularının temelde savundukları düşünceyle tam bir uygunluk göstermektedir. Yani devlet, vatandaşlarının kültürel değerlerini ve bireysel tercihlerini göz önünde bulundurmaksızın yapmış

⁵⁴ Von Benda-Beckmann, a.g.m., s. 134-5.

⁵⁵ Taylor, *a.g.e.*, s. 70.

⁵⁶ Konuyla ilgili farklı bir bakış açısı için bkz. Akyol, Taha, "Modernleşme İnsanların Dinlerine Göre Değil, Vatandaşlıklarına Göre Hukuk Uygulamaktır." (Söyleşi), *Köprü Dergisi*, Sayı: 61 (Kış 1998), s. 28-40.

olduğu hukukî düzenlemelerle hukuku sadece dış bir gücün dayattığı kurallar mesabesine düşürmüştür olur ki bu, kabul edilemez bir durumdur.⁵⁷

XX. yüzyılda tüm toplumların gitgide çok-kültürlü, çok-dinli ve daha fazla heterojen bir hale gelmesine paralel olarak azınlık hakları konusu yükselen bir değer haline gelmiştir. Geçen yüzyılda kültürel aidiyet, inanç özgürlüğü veya dinî haklar bağlamında değerlendirilebilecek bazı hakların azınlıklara hukukî bir zeminde tanınmasını sağlayacak bağlayıcı uluslararası antlaşmaların imzalandığı görülmektedir.⁵⁸ Örneğin Birleşmiş Milletler'in kuruluş amaçlarını belirten belgenin 1/3. maddesi “*din ayrımı gözetilmeksizin herkesin insan haklarına ve ana özgürlüklerine saygının geliştirilip güçlendirilmesinde uluslararası işbirliğinin sağlanması*”nı öngörmektedir.⁵⁹

1946'da kurulan İnsan Hakları Komisyonu'nun hazırladığı İnsan Hakları Bildirgesi, 10 Aralık 1948'de BM Genel Kurulu'nca kabul edilmiştir. Bu bildirgenin 2. paragrafında “*insanların konuşmak ve inanmakta özgür, dehşet ve sefaletten kurtulmuş oldukları bir dünyaya kavuşmanın, insanoğlunun en yüksek beklentisi olduğu*” belirtilmektedir.⁶⁰

Medenî ve Siyasî Haklara İlişkin Sözleşme'nin 18. maddesi ise şu şekildedir:⁶¹ “*Herkesin düşünce, vicdan ve din özgürlüğü vardır. Bu hak kendi tercih ettiği bir din ya da kanaate sahip olmak ya da bu dünyada kanaati benimsemek ve din ya da kanaatini tek başına ya da toplu olarak, hem kamusal hem de özel alanda öğrenim, ibadet, ayin ve törenler yoluyla izhar etme özgürlüğünü de içerir. Kimse kendi seçtiği bir din ya da*

⁵⁷ Vecdi Aral, hukukun bir norm, yani *olması gereken* olduğunu ve bireylerin içinde bulunan son bir *olması gerekene* (adalet idesi) dayanması ve onu yansıtmayı gerektiğini ifade eder. Böyle olunca kişi bir hukuk kuralına uyarken, dışardan gelen bir zorlamaya boyun eğmiş olmayıp iç doğruluğu ve geçerliğinden ötürü benimseyerek, bizzat kendine uymuş olur. Ona göre hukuk, bir kültür görünümü olduğu için, -ki kültür, insanın kendi arzu ve iradesi ile meydana getirdiği ve getirebileceği ürünlerdir- ahlakî bir değer olarak adaletin zorlama ile tam anlamıyla yerine getirilmesi mümkün değildir. Bundan dolayı hukukun sadece devlet gücü ile uygulanan kurallar haline gelmemesi onun değerini düşürür. Aral, *a.g.e.*, s. 91, 168-69.

⁵⁸ Erdoğan, *Siyasi, Ekonomik ve Kültürel Boyutlarıyla Küreselleşme*, s. 25.

⁵⁹ Öktem, *a.g.e.*, s. 103-4.

⁶⁰ Öktem, *a.g.e.*, s. 106; Genç, *a.g.e.*, s. 239-44.

⁶¹ Bu madde aslında iki bölüm içermektedir. Noktalı virgülden önce gelen kısım bir bütün oluşturacak şekilde din ve vicdan özgürlüğünü tanımakta, noktalı virgülden sonra gelen ikinci bölüm ise bu özgürlüğün içerdiği hakları ve bu hakların tezahür şekillerini ifade etmektedir. Birinci bölüm kişinin içsel dünyasını “*forum internum*”a ilişkin bir özgürlüğü, ikinci kısım ise, bu hakkın izah hakkını yani “*forum enternum*”u göstermektedir. Bkz. Öktem, *a.g.e.*, s. 107.

kanaat sahibi olma ya da benimseme özgürlüğüne halel getirecek baskıya tabi tutulamaz.

*Din ya da kanaatini izhar etme özgürlüğü, ancak kanunda öngörülmüş ve kamu güvenliğinin, düzeninin ve sağlığının ya da ahlakının veya başkalarının temel haklarının korunması için zorunlu sınırlamalara tabi tutulabilir.*⁶²

*İşbu sözleşmeye taraf devletler ebeveynin ve kimi durumlarda kanuni vasilerin, çocuklarının dinî ve ahlakî eğitimini kişisel kanaatleri doğrultusunda temin ettirme özgürlüğüne saygı gösterme yükümlülüğünü üstlenirler.*⁶³

İnsan Hakları Evrensel Bildirisi'nin hazırlık çalışmalarında Sovyetler Birliği'nin düşünce ve din özgürlüğünün "ilgili ülkenin kanunlarıyla ve kamu ahlakının gerekleriyle uyum içinde olma" kaydına bağlanması yönündeki talebinin reddedilmesi, devletin kanunlarının bu temel hakları hiçbir gerekçeyle kısıtlayamayacağını açık bir şekilde göstermektedir. İnsan Hakları Komisyonu'nun hem 5. (1949) hem de 6. (1950) ve 8. (1952) oturumlarında, düşünce, vicdan ve din özgürlüğü sıklıkla mutlak, mukaddes ve ihlal edilemez olarak nitelendirilmiştir.⁶⁴ 10. gözlem maddesinde ise, "anayasalarda, kanunlarda, iktidardaki partinin beyannamelerinde vs. ya da uygulamada, bir kanaatler bütünü resmi ideoloji olarak kabul ediliyorsa, bu hususun ne 18. maddede tarafların güvence altına alınan haklarının ne de sözleşmenin diğer maddelerince tanınan bir hakkın ihlaline ne de resmi ideolojiyi kabul etmeyen ya da ona muhalefet eden kişilere yönelik bir ayrımcılığa yol açmaması gerektiği öngörülmektedir."⁶⁵

1979 tarihli Irak raporunda ülkede yaşayan Süryanî, Keldanî, Yahudi ve Katolik cemaatlerin şahsi hakları bakımından kendi dinî hukuklarına tabi buldukları

⁶² İnsan Hakları Komisyonu'nun 1949, 1950, 1952 yıllarındaki oturumlarında din ya da kanaat özgürlüğüne sınırlamaları düzenleyen 3. paragrafında yer alan *kamu düzeni* deyiminin İngilizcede (public order) ve Fransızcada (ordre public) aynı şeyi ifade etmemesi tartışmalara neden olmuştur. Gerçekten de bu kavram, kıta Avrupası hukukunda, kolluk gücünün ya da yabancı hukukun uygulanmasını sınırlamak ya da engellemek amacıyla kullanılan bir hukuk terimi iken Common Law'da kamusal kargaşanın yokluğunu ifade etmek için kullanılır. Bundan dolayı "kamu düzeninin korunması" yerine "kamusal kargaşanın önlenmesi" ifadesinin kullanılması ya da "demokratik bir toplumda" şartının eklenmesi önerilmiştir. Bkz. Öktem, *a.g.e.*, s. 117.

⁶³ Maddenin Türkçe metni için Bkz. Öktem, *a.g.e.*, s. 112-3; Genç, *a.g.e.*, s. 52-3, 279-80.

⁶⁴ Öktem, *a.g.e.*, s. 113.

⁶⁵ Öktem, *a.g.e.*, s. 130-1.

belirtilmektedir. Ermeniler ise şahsi statülerini ilgilendiren meseleler bakımından genel hukuk mahkemelerine tabidirler. Ülkede muhtelif din ve mezheplerin mensupları resmi tatillere ilaveten kendi dinî bayramlarına uyma hakkına sahiptirler. Dinî cemaatlerin ibadet özgürlüğü ahlak ve kamu düzeni ile sınırlı olup cemaat mülkleri, mezhepler merkezi bürosunun denetimi altındadır. Rapor Irak'ta dinsel ayrımcılık bulunmadığını ve tam bir dinî özgürlük olduğunu yinelemektedir.⁶⁶

1982 Ürdün raporunda Müslüman ve gayri Müslimlere eşit muamele yapıldığı belirtilmektedir.⁶⁷ 1983 tarihli Lübnan raporu ise şahsi statü ve özellikle evlilik hükümleri bakımından her cemaatin kendi hukukuna tabi olduğunu belirtmektedir. Lübnan'da Hıristiyan, Müslüman ve Musevi cemaatlerinin statüleri kanunlarla ayrıntılı olarak düzenlenmiştir.⁶⁸ 1994 İran raporunda, İslam'dan başka üç dinin resmen tanındığını ve bu din mensuplarına kendi hukuklarını uygulama imkanı sağlandığı belirtilmektedir.⁶⁹

Uluslararası İnsan Hakları Mahkemesi, devletin dinî oluşumlara müdahale hakkının olmadığına hükmetmiştir. Dinî cemaatlerin özerkliği, demokratik bir toplumda çoğunluk açısından zorunludur ve 9. maddenin sunduğu korumanın tam merkezinde yer alır. Dini, ahlakî içerikli ve referanslı kanaatler 9. maddenin koruma alanına, bireyin entelektüel alanına ait kanaatler ise 10. maddenin koruma alanına girmektedir. Din ya da kanaat hem “izhar” hem de “ifade” edilebilir. Düşünce ise ancak ifade edilebilir.⁷⁰

Bu meyanda belirtilmesi gereken diğer bir uluslararası anlaşma ise 1950 yılında Avrupa Konseyi üyeleri tarafından hazırlanan *İnsan Haklarının ve Temel Özgürlüklerin Korunmasında İlişkin Sözleşme*'dir. Bu sözleşme 1948 Birleşmiş Milletler bünyesinde imzalanan İnsan Hakları Evrensel Bildirisi'ni esas almıştır. Bu birlik, insan hakları ve temel özgürlüklerinin korunması konusunda tüm üye ülkelerin uymakla mükellef

⁶⁶ Irak, 1979 Raporu, ACDH 1979-1980, vol. II, s. 284-286'den naklen bkz. Öktem, *a.g.e.*, s. 171.

⁶⁷ Ürdün, 1982 Raporu, ACDH 1981-1982, vol. II, s. 237'den naklen bkz. Öktem, *a.g.e.*, s. 171.

⁶⁸ Lübnan devleti tarafından resmen tanınan bu cemaatlerin ibadethanelerinin vergiden muaf olmaları, 18 Şubat 1856 tarihli Osmanlı fermanına dayanmaktadır. Bkz. Lübnan, 1983 Raporu, ACDH, 1983-4, Vol: II, s. 279'den naklen bkz. Öktem, *a.g.e.*, s. 172.

⁶⁹ İran, 1994 Raporu, CCPR/C/SR 1252, s. 23, 32, 34, 36, 40'den naklen bkz. Öktem, *a.g.e.*, s. 171.

⁷⁰ Öktem, *a.g.e.*, s. 377, 405.

oldukları bazı sözleşmeler imzalamış ve üye ülkelerin vatandaşlarının bireysel olarak Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine başvurmanın önünü açmıştır.⁷¹

Artık uluslar-üstü hukukun bir üyesi durumuna gelen fertler, dokunulamaz, devredilemez ve vazgeçilemez olarak tanımlanan temel hak ve özgürlüklerinin ihlali durumunda uluslar-arası platformlarda haklarını talep eder duruma gelmişlerdir. Bu amaçla Uluslararası İnsan Hakları Mahkemesine veya Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine yapılan birçok başvuru dolayısıyla, bireylerin düşünce ve inanç özgürlüğünü ihlal eden üye devletlerin bazı mevzuatlarının değiştirilmesi veya muafiyetler tanınması yönünde kararların alınmasını sağlamıştır.⁷²

Dinstein, bu dinî inanç ve kanaatlerin daha çok askerlik yapmamak⁷³, ödediği vergilerin barışçı amaçlara aktarılması⁷⁴, özel bir yemek rejimi (Yahudiler için koşer/kaşer, Müslümanlar için helal etler), dince tatil sayılan günlerde okuldan veya işten muafiyet, dinî bayramları kutlama, oruç tutma, yas tutma, evlilik ve cenaze törenlerini dinî yöntemlerle yapmak, dince kutsal sayılan eşyaları saklamak, mukaddes yerlere hacca gitmek, belirli tarzda giyinmek ya da sakal bırakmak şeklinde görüldüğünü ifade etmektedir.⁷⁵

Sonuç olarak hukuk devleti anlayışının bir gereği olarak, hiçbir ayırım yapılmaksızın tüm bireylere kendi tercihlerini yapma, kendi görüşlerini açıklama ve kendi inançlarına göre bir yaşam sürme hakkı, onlara tanınan anayasal haklardır. Bu

⁷¹ Avrupa İnsan Hakları ve Ana Hürriyeti Koruma Sözleşmesinin 25. maddesi uyarınca kişilerin Avrupa İnsan Hakları Komisyonu'na kişisel başvuruda bulunabilmesi için üye devletin bu başvuru hakkını tanımış olması gereklidir. Bkz. Genç, *a.g.e.*, s. 57-8.

⁷² “Şerif Yunanistan’a Karşı” kararında mahkeme 9. ve 11. madde arasındaki ilişki problematiğine doğrudan değinmemekle beraber, dini grupların iç örgütlenişindeki özerklik üzerinde ısrarla durmuştur. Mahkeme, demokratik toplumlarda devletin, dini cemaatlerin tek bir yönetim altında tutulmalarını sağlayacak tedbirler almaya ihtiyacı olmadığı görüşündedir. 11. madde, müminlerin din özgürlüğü cemaat hayatının, devletin keyfi müdahalesi olmaksızın işlenmesini gerektirir. Gerçekten de dini cemaatlerinin özerkliği, demokratik bir toplumda, çoğulculuk açısından zorunludur. Bkz. Öktem, *a.g.e.*, s. 377.

⁷³ Norveç devleti, vicdani retçilerin talepleri üzerine askerlik hizmeti adayının, “derin kanaatleriyle çelişkiye düştükleri için herhangi bir biçimde askerlik hizmetini gerçekleştirilememesi” gerekçesiyle bu kişileri, askeri kurumlarla ilgisi bulunmayan bir sivil hizmete tabi tutmaktadır. Bkz. Öktem, *a.g.e.*, s.164.

⁷⁴ İngiltere’de Quaker cemaatine mensup bir kişi vicdani kanaatleri nedeniyle ödediği gelir vergisinin askeri harcamalara kullanılmayarak barışçı amaçlara aktarılmasını talep etmiştir. Bkz. Öktem, *a.g.e.*, s. 385.

⁷⁵ Öktem, *a.g.e.*, s. 123, 131.

haklar Birleşmiş Milletler, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve diğer birçok uluslararası antlaşmalarla teminat altına alınmıştır.⁷⁶ Ayrıca farklı kültür ve kimlikteki birey ve grupların birlikte yaşamaya başladıkları günümüz toplumlarında, hak ve yetkilerin paylaşımı konusu daha karmaşık bir problem olarak karşımıza çıkmaktadır. Örneğin Avrupa’da yaşayan bireyler, hukuken sürekli ikamet etme hakkına sahip bulunanlar, siyasî mülteciler, çift uyruklular ve Avrupa Birliği’ne üye ülkelerin vatandaşları olmak üzere farklı statülerde bulunmaktadır. Bu durum, klasik vatandaşlık hukuku çerçevesinde çözümü zor problemleri doğurmaktadır.⁷⁷ Bundan dolayı hukukun, hem ulusal düzey yanında, uluslararası ve ulus altı düzeylere doğru evrimleşmekte olduğu, hem de yerleşik hukukun monist (tekçi) yapısının parçalanarak, giderek çoğulcu bir niteliğe büründüğü görülmektedir.⁷⁸

II- HUKUKÎ ÇOĞULCULUK KAVRAMININ GELİŞİM SÜRECİ ve TANIMI

A. Hukukî Çoğulculuk Kavramının Gelişim Süreci

İlk olarak sosyolojik ve antropolojik hukuk araştırmalarında kullanılan *hukukî çoğulculuk* (legal pluralism) kavramı, bir toplumdaki kültürel, etnik, dinî vb. farklılıkların sonucu olarak toplumda görülen normların çeşitliliğini (heterojenliğini) ifade etmek amacıyla geliştirilmiştir. Zamanla daha geniş bir kullanım alanına ulaşan bu kavram, hukuk-toplum ve din-devlet ilişkileri bağlamında ve özellikle de postmodern hukuk anlayışı çerçevesinde referansta bulunulan önemli kavramlardan biridir.⁷⁹

John Griffiths’in 1986 yılında yayımladığı *What is Legal Pluralism* (Hukukî Çoğulculuk Nedir?) isimli çalışmasıyla bir hukuk kavramı haline gelen *hukukî çoğulculuk*, kökleri XIX. yüzyıla kadar uzanan bir hukuk anlayışını ifade etmektedir. XIX. yüzyılda ortaya çıkan ve tüm dünyada hakim düşünce haline gelen pozitivist hukuk düşüncesine ve onun bir sonucu olarak gelişen kanunlaştırma faaliyetine karşı

⁷⁶ Lange, *a.g.e.*, s. 118.

⁷⁷ Yüksel, Mehmet, *a.g.e.*, s. 175.

⁷⁸ Güriz, *a.g.e.*, s. 468-9; Yüksel, Mehmet *a.g.e.*, s. 167.

⁷⁹ Santos, bu kavramı postmodern söylem çerçevesinde, Merry hukuk/toplum çerçevesinde, Sezgin ise din/devlet ilişkileri çerçevesinde üzerinde durulması gereken bir kavram olarak vasfeder. Bkz. Merry, *a.g.e.*, s. 869; Santos, “Law: A Map of Misreading”, s. 279-80; Sezgin, *a.g.m.*, s. 2; Tamanaha, Brian Z., “A Non-Essentialist Version of Legal Pluralism”, *Journal of Law and Society*, Vol. 27, No. 2. (Jun., 2000), s. 296.

çıkarak hukukun sadece devletin hukuku olmadığını savunan Friedrich Karl von Savigny (1779-1861), hukukî çoğulculuk düşüncesinin kurucu şahıslarından biri olarak görülmektedir. Ona göre kanunlaştırma faaliyeti profesyonel bir şey olmasına rağmen hukuku toplumdan uzaklaştıracağı için doğru bir şey değildir.⁸⁰

Aydınlanmacı/modernist bakışın genel mantığına uygun olarak, eski düzenin yıkılıp aklın egemen olduğu yeni bir düzenin kurulması için devletin, bazı hukuk kurallarını resmen kabul edip bunun dışında kalan hukukî normlara yaşam hakkı tanımaması kaçınılmaz olmuştur.⁸¹ Ayrıca kapitalizmin giderek yaygınlık kazanması merkezî devlet yapısını güçlendirmiş, bu durum ise bireylerin inisiyatifinde olmayan, daha homojen ve bütünleşik bir hukuk sistemini beraberinde getirmiştir. Bu anlayışa göre toplumun ihtiyaç duyduğu şey, tek geçerliliğe sahip, rasyonel bir hukuk kodudur. Bunun için devlet, akla dayalı hukuk prensiplerini açık ve ayırt edilebilir bir şekilde belirlemeli, her türlü hukukî sorunun çözümünü sağlayacak şekilde hiçbir boşluk bırakmamalıdır. Çünkü bu süreçte idealize edilen üniter ve merkezi ulus-devlet yapısı, ancak böyle bir hukukî yapı ile varlığını sürdürebilecektir. Aydınlanmacı/modernist süreçte giderek güçlenen bu hukuk telakkisi, tüm dünyada kabul görmüş ve XIX. yüzyılın, aynı zamanda hukukî kodifikasyon çağı olarak addedilmesine neden olmuştur.⁸²

İşte Savigny'nin karşı çıktığı şey, hukukun devletin ürettiği veya en azından resmen tanıdığı kurallarla sınırlandırılmasıdır. Bu anlayış, daha sonraki tüm hukukî çoğulculuk savunucularının sık sık atıfta buldukları bir düşüncedir. Hukukun devletin müdahalesi olmaksızın var olan sosyal bir olgu olarak görülmesi, hukukî çoğulculuk düşüncesinin en önemli hareket noktalarından biri sayılır.⁸³

⁸⁰ Tie, *a.g.e.*, s. 47; Yüksel, Murat, *a.g.e.*, s. 123.

⁸¹ Santos, ulus-devletin 19. yüzyılda kendi hukukunu geliştirirken iki düşman için ölüm fermanı verdiğini söyler: Sosyal ihtilal düşüncesi ve halka ait olan, devlete ait olmayan her türlü hukuk fikri. Bkz. Santos, *The Postmodern Transition: Law and Politics*, s. 1210-3; Güriz, *a.g.e.*, s. 468.

⁸² Yüksel, Mehmet, *a.g.e.*, s. 116-7.

⁸³ Sosyal bilimcilerin özellikle de hukuk antropologlarının çoğuna göre hukuk farklı devlet organları tarafından yapılan belirli uygulamalar, kurallar, emirler, mahkeme kararları vb. şeylerle veya yasamalarla sınırlandırılmaz. Hukuk geniş olarak bir köy, etnik bir grup, kurum veya bir devlet gibi bir sosyal alanda kavramsal veya normatif kuralların oluşması ve devam etmesi olarak anlaşılabilir. Bkz. Moore, *a.g.e.*, s. 719-746.

Hukukî çoğulculuk düşüncesinin gelişim sürecinde etkili olan isimlerden biri de ünlü sosyolog Eugen Ehrlich (1862-1922)'dir. Ehrlich'in geliştirdiği *yaşayan hukuk* (living law) kavramı, hukukî çoğulculuk düşüncesinin temel kavramlarından biri olmuştur. *Yaşayan hukuk* kavramı, tüm sosyal alanların devlet hukukunun dışında ve bazen de ona rağmen kendi formel ve normatif yapısını oluşturma ve uygulama imkanına sahip olduğunu ifade etmektedir.⁸⁴ Ehrlich'in hemen ardından gelen diğer bir sosyolog Georges Gurvitch (1894-1965) de, 1930'lu yıllarda yaptığı çalışmalarda örflerin devlet dışı hukukun kaynağı olduğu ve farklı kültürel yapılarda farklı hukuk kurallarının olacağı sonucundan hareketle çoğulcu bir hukukî yapının kaçınılmazlığını dile getirmiştir.⁸⁵

Bir hukukçu olarak hukukî çoğulculuk kavramı üzerinde duran ilk kişi, 1971 yılında kaleme aldığı *Le Pluralisme Juridique* adlı eseriyle John Gilissen (1912-1988)'dir. Gilissen, hukuk kavramının devlet dışı hukuku da içine aldığını ve buna göre toplumun zaman içinde ürettiği kurallar (örf) da dahil olmak üzere, çok çeşitli hukukî yapıları kapsadığını ifade eder. O, bir toplumda görülen farklı hukukî normların oluşturduğu çoğulcu yapıların her birinin ayrı ayrı hukukî yapılar olarak görülmesi gerektiğini ve devletin bu çoğulcu hukukî yapıların aynı anda uygulanabilmesine imkan verebileceğini savunur.⁸⁶

Gilissen gibi 1971'de kaleme aldığı çalışmasıyla dikkat çeken diğer bir isim ise Jacques Vanderlinden'dir. O, *Le Pluralisme Juridique: Essai de Synthèse* adlı çalışmasında Gilissen'in fikirlerine yer verdikten sonra, kavramla ilgili daha spesifik tespitlerde bulunmuştur. Devlet dışı hukuku tanımlayan Vanderlinden'in bu konudaki görüşlerini beş başlık altında toplamak mümkündür. 1- Hukukî çoğulculuk, devlet hukuku ile devlet dışı hukuktan oluşmaktadır. 2- Devlet farklı hukukî yapıları kendi

⁸⁴ Ehrlich'e göre hukuk bir kural koymadır. Davranış modelleri temelli bu hukuk tanımı, direkt olarak hukuk etiketi altında sosyal fenomen çeşitlerini içine almaktadır. Buna göre Ehrlich'in terminolojisinde hukuk kendisini din, etnik adetler, ahlaki kurallar, nezaket kuralları, davranışlar ve görgü kuralları ile birleştirmiş olmaktadır. Bu durum sosyal ilişkilerin yapıcı görüntülerinin hukuk kavramından ayrılmaz hale gelir. Griffiths, a.g.m., s. 29; Tamanaha, a.g.m., s. 300-1.

⁸⁵ Woodman, Gordon R., "Ideological Combat and Social Observation Recent Debate About Legal Pluralism", Part II. Urban Normative Fields: Concepts, Theories and Critiques, *The Journal of Legal Pluralism and Unofficial Law*, No. 42, 1998, s. 29.

⁸⁶ Gilissen, John, *Le Pluralisme Juridique*, Université de Bruxelles, Brussels, 1971, s. 13'den naklen Griffiths, a.g.m., s. 11; Woodman, a.g.m., s. 23.

hukuku içine alarak her birini resmen tanıyabilir. Böyle bir hukukî yapıyı *devlet hukukî çoğulculuğu* olarak tanımlamak mümkündür. Hukukî çoğulculuğun *pluralisme contrôlé* ve *pluralisme indépendant* olmak üzere iki çeşidinden bahseden Vanderlinden, birincisinde birbiriyle uyumlu hukuk sistemlerinin oluşturduğu, ikincisinde ise daha çok birbiriyle çatışan hukuk sistemlerinin oluşturduğu hukukî çoğulculuk olduğunu belirtir. 3- Hukukî çoğulculuğu oluşturan bir unsur, bir tek kural olabileceği gibi, bir kurallar grubu veya bir hukuk sistemi de olabilir. 4- Hukukî çoğulculuğu oluşturan unsurlar arasında normatif farklılıklar veya uygulama farklılıkları olmalıdır. Yani hukukî çoğulculukta, her bir hukukî yapının bir meseleyi farklı şekillerde çözebilmesi söz konusudur. Bir toplumdaki farklı durumlar için farklı kuralların uygulanması hukukî çoğulculuk (legal pluralism) olmayıp *hukukun çoğulculuğu* (plurality of law) anlamına gelir. 5- Bir hukukî çoğulculuktan söz edilebilmesi için belirli bir sosyo-politik alan gereklidir. Yani birbirinden tamamen izole ve çatışmacı toplumlar arasındaki hukukî farklılıklar, hukukî çoğulculuk olarak isimlendirilemezler.⁸⁷

Hukukî çoğulculuk kavramının oluşum sürecinde üzerinde durulması gereken diğer bir isim ise, 1971'de kaleme aldığı *Anthropology of Law: A Comparative Theory* adlı eseriyle Leopold Pospisil'dir. Hukukun çok katmanlı bir yapı olduğunu savunan Pospisil'e göre toplum, ister bir kabile, ister modern bir millet olsun, birbirinden ayıramaz insanlardan oluşmamaktadır. Toplum daha çok, alt-grupların oluşturduğu bir mozaik gibidir. Her alt grubun kendi üyelerinin davranışlarını düzenleyen bir hukuk sistemi söz konusudur. Birbirinden zorunlu olarak farklılık arz eden bu katmanlı yapı içinde hiçbir toplumun tek ve tutarlı bir hukuk sistemi söz konusu değildir.⁸⁸

Hukukî çoğulculuk kavramına katkısı olan diğer bir isim de M. G. Smith'tir. O, *ortaklıklar* (corporations) kavramı ile bir toplumdaki hukukun sosyolojik çerçevesini

⁸⁷ Vanderlinden, Jacques, *Le Pluralisme Juridique: Essai De Synthèse*, 1971, s. 19-20; Griffiths, a.g.m., s. 12-13; Woodman, a.g.m., s. 25.

⁸⁸ Pospisil, Leopold, *Anthropology of Law: A Comparative Theory*, Harper-Row, New York 1971, s. 98, 106; Griffiths, a.g.m., s. 15; Roberts, Simon, "Against Legal Pluralism, *Journal Of Legal Pluralism*, (1998) No. 42, s. 101.

kasteder. Ona göre bir toplumda çok sayıda *ortaklık* söz konusudur. Griffiths'e göre Smith bu düşüncesiyle dolaylı olarak hukukî çoğulculuğa gönderme yapmaktadır.⁸⁹

Barry Hooker'ın 1975 yılında yazdığı *Legal Pluralism* adlı eseri ise daha önceki düşünürlerin görüşlerinin karşılaştırılmasına ve zaman zaman eleştirisine dayalıdır. Hooker bu çalışmasında devlet hukuklarının görünümelerini analiz etmeye ve sınırlarını ortaya koyarak hukukî çoğulculuğun bir tanımını yapmaya çalışır. Ona göre hukukî çoğulculuk kavramı, iki veya daha fazla hukukun birbirini etkiledikleri bir duruma işaret eder. Bu çerçevede geliştirdiği *hukukî çoğulculuk sistemleri* kavramıyla o, kültürel alanların ürettiği hukukî yapıların, diğer kültürel alanlara transferini kasteder.⁹⁰

Hukukî çoğulculuk kavramının gelişim sürecinde son olarak üzerinde durulması gereken isim ise Sally Moore'dur. Onun yukarıda da ele aldığımız *yarı bağımsız sosyal alan* kavramı, hukukî çoğulculuk düşüncesinin gelişiminde oldukça önemli bir kavramdır.⁹¹

Hukukî çoğulculuk kavramının oluşum süreci yukarıda da belirttiğimiz gibi Griffiths ile tamamlanmıştır. Bu süreçte önemli merhalelerden biri de *The Journal African Law Studies* (Afrika Hukuku Çalışmaları Dergisi) adlı derginin *Journal of Legal Pluralism and Unofficial Law* (Hukukî Çoğulculuk ve Devlet-Dışı Hukuk) adı altında yayın yapmaya başlamasıdır. Bu bağlamda üzerinde durulması gereken diğer bir oluşum da *The Commission on Folk Law and Legal Pluralism* (Halk Hukuku ve Hukukî Çoğulculuk Komisyonu)'in kurulması uluslararası düzeyde çalışmalar yürütmesidir. Özellikle Griffiths, Merry, Allott ve Woodman gibi bu konu üzerinde çalışan bilim adamları, konuyla ilgili yeni bir literatürün oluşmasını da sağlamışlardır.⁹²

⁸⁹ Smith, M. G. *Corporations and Society*, Duckworth, London 1974, s. 128'den naklen Griffiths, a.g.m., s. 18.

⁹⁰ Hooker, eserinde devlet dışı hukukun tanınması gerektiği söylerken, Gilissen'in asıl hukuk devlet hukukudur şeklindeki fikrini eleştirir. Hooker da Gilissen ve Vanderlinden gibi devlet hukukları içindeki hukukî çoğulculuk örnekleri üzerinde durmaktadır. Hukukî çoğulculuk ona göre çok sınırlı alanlara hapsedilemez. Birçok sosyal alanda aynı anda bulunurlar ve bu çoğulcu hukukî yapı, birbiri ile ilişki halindedir. Hooker, M. B., *Legal Pluralism: An Introduction to Colonial and Neo-Colonial Laws*. Clarendon Press, Oxford 1975 s. 6; Woodman, a.g.m., s. 29; Sezgin, a.g.m., s. 7-8.

⁹¹ Geniş bil. bkz. Yarı Bağımsız Sosyal Alan, s. 110-2

⁹² Bu komisyon 1978 yılında Antropolojik ve Etnolojik Bilimler Birliği (Union of Anthropological and Ethnological Sciences) tarafından kurulmuştur. <http://www.commission-on-legal-pluralism.ch/objectives.htm> (Erişim 25.06.2007).

B. Hukukî Çoğulculuk Çerçevesinde Hukukun Tanımı

Hukukî çoğulculuk kavramının anlaşılmasının önündeki en büyük engel, çoğulculuğu idealize edilen hukukun tam olarak anlaşılabilmesidir. Yukarıda görüşlerine kısaca değindiğimiz sosyolog ve hukukçuların görüşlerinden de anlaşıldığı üzere hukukî çoğulculuk savunucularının hukuk kavramına yükledikleri anlam, Avrupa merkezli bakış açısıyla oluşmuş pozitivist hukuk anlayışından bazı temel noktalarda farklılık göstermektedir.

Hukukî çoğulculuk düşüncesini savunanların ortak hareket noktaları, hukukun devletle sınırlandırılmayacak sosyal bir gerçeklik olduğu fikridir. İkinci hareket noktaları ise hukukun sosyal yapıyla sıkı ilişkili bir olgu olarak kültürün bir görünümü olduğudur. Ancak hukukî çoğulculuk düşünürlerinin en çok eleştirilen yönleri, aralarında ortak bir hukuk tanımının olmamasıdır. Giriş kısmında belirttiğimiz gibi, bu durum aslında genel olarak hukuk biliminin en önemli sorunudur. Ancak pozitivist hukuk anlayışı ile kısmen de olsa hukukun belli bir tanıma kavuşması, hukukî çoğulculuk düşünürlerine yönelik eleştirileri güçlü kılmaktadır. Bu bağlamda hukukî çoğulculuk düşüncesinin önündeki en büyük engel, çoğulculuğundan bahsedilen hukukun açık bir tanımının yapılamamasıdır.⁹³

Hukukî çoğulculuk savunucularından Gurvitch, pozitivist hukuk anlayışının yıkılması ve devletle sınırlandırılmış hukuk anlayışının terk edilmesi sonucu, hukuk ile diğer sosyal kontrol mekanizmaları arasındaki ayrımın kalktığını ve sosyo-politik birçok değer hukukun içine girdiğini söyler. Bu anlayışa göre toplumsal düzeni sağlayan her türlü sosyo-politik değer, hukuk içinde değerlendirilmektedir.⁹⁴ Griffiths ise, kendinden önceki hukukî çoğulculuk savunucularının da görüşlerini yansıtacak şekilde hukuku *yarı bağımsız bir sosyal alanın kendi kurallarını belirlemesi* olarak tanımlar. Griffiths'e göre farklılıklar olsun veya olmasın, ona göre her yarı bağımsız sosyal alanda hukukî bir yapı söz konusudur. Hukukun sadece devletin hukuku olarak görülmesi, hukukî merkezîyetçilik ideolojisinin bir uzantısıdır.⁹⁵ Bazı hukukî çoğulcular ise tüm sosyal

⁹³ Tamanaha, a.g.m., s. 297.

⁹⁴ Gurvitch, Georges, *Sociology of Law*, Routledge and Kegan Paul, London 1947, s. 30; Woodman, a.g.m., s. 51-3.

⁹⁵ Griffiths, a.g.m., s. 10.

kontrollerin az ya da çok hukukî olduğunda veya tüm normatif kuralların hukukilik terimi içinde görülebileceğinde ısrar ederler.⁹⁶ Ancak Santos, bu çok geniş hukuk kavramının bizi şu saçma sonuca götüreceğini iddia eder: “*Şayet hukuk her yerde ise o zaman hiçbir yerde değildir.*”⁹⁷ Devlet dışı hukuk için tam bir karşılık bulmanın zor olduğunu belirten Sally E. Merry ise sosyal hayatta kendiliğinden bulunan her türlü kurala hukukî bir değer atfedilip atfedilemeyeceği konusunda, hukukî çoğulculuk savunucularının yeterince ikna edici bir cevap veremediklerini belirtir.⁹⁸

Genel olarak hukukî çoğulculuk düşüncesinin aşmak zorunda olduğu iki temel sorunun olduğu görülmektedir: Hukukun tanımı ve sosyal hayatla arasındaki farkın ne olduğu. Ancak çağdaş hukukî çoğulculuk teorisyenlerinin bu sorunları aşmakta başarılı oldukları söylenebilir. Tamanaha'nın da belirttiği gibi hukukî çoğulculuk savunucuları, hukukun devlete ihtiyaç duymadan ve bazen de ona rağmen var olan ve varlığını sürdüren sosyal bir gerçeklik olduğu noktasında birleşirler. Onlara göre hukuk, din, etnik adetler, ahlakî kurallar, örf ve adetler gibi belirli bir davranış modeli belirleyen her türlü kurallar bütünüdür.⁹⁹ Bundan dolayı hukuk, odağında devletin olduğu tek merkezli bir yapı yerine çok-merkezli bir yapı olarak görülmelidir. Yani hukukî çoğulculuk düşünürleri, hukukun tanımlanmasında hukukî merkezizetçiliğin reddedilip çok merkezizetçiliğin esas alınması noktasında ortak hareket ederler.¹⁰⁰

İkinci temel sorunu ise hukuku, belli bir sosyal organizasyonun meşru otoritesi tarafından desteklenen özel bir sosyal norm türü olarak tanımlayarak diğer sosyal normlardan kesin bir şekilde ayırmakla aşmış olurlar. Buna göre kendi hukuk sistemini oluşturup devam ettirebilen *sosyo-hukukî varlıklar* tarafından desteklenen kurallar hukuk olarak görülebilirler. Bu *sosyo-hukukî varlıklar*, akraba gruplarından kabilelere, özel bölgesel alanlardan dini/etnik azınlık gruplarına, ulusal sivil toplum örgütlerinden milli sınırları aşan uluslararası organizasyonlara kadar çok farklı yapıda olabilirler.¹⁰¹ Hukukî çoğulculuk düşünürlerine göre, hukukun bu şekilde tanımlanarak sosyal

⁹⁶ Tamanaha, a.g.m., s. 298.

⁹⁷ Santos, “*Law: A Map of Misreading*”, s. 299; Tamanaha, a.g.m., s. 298, 303.

⁹⁸ Merry, a.g.e., s. 869-896.

⁹⁹ Hukukun bu şekilde anlaşılmasında Ehrlich'in yaşayan hukuk kavramının büyük etkisi vardır. Bkz. Tamanaha, a.g.m., s. 300.

¹⁰⁰ Geniş Bil. Bkz. Hukukî Çok-Merkezilik Olgusu, s. 113-4

¹⁰¹ Chiba, a.g.m., s. 241.

hayattan farkı ortaya konulduktan sonra, hukukun farklı şekillerde tanımlanması veya hukuk üreten merkezlerin veya aralarındaki ilişkilerin farklılık göstermesi, hukukî çoğulculuk düşüncesinin özüyle ilgi olmayıp daha ziyade onun farklı versiyonları ile ilgilidir.¹⁰²

Hukukî çoğulculuk düşüncesinin önde gelen isimlerinden Santos'un yapmış olduğu hukuk tanımı, hukuk ile sosyal hayat arasındaki karmaşık ilişkiye de ışık tutacak mahiyettedir: *Bir güçle desteklenmiş, tartışmacı bir müzakerenin içine yerleştirilmiş, kendi değerlerini yaratan ve bu değerleri korumak için katkıda bulunan bir sosyal grup için adaleti sağlayan, normatif değerleri olan ve belirlenmiş bir kurallar bütünüdür.*¹⁰³

Santos, bu tanımdan hareketle çeşitli hukuk türlerinden bahseder. Bir hükümet tarafından yasaması yapılan ve tatbik edilen kanunları ifade etmek üzere *devlet hukuku*, yazılı dokümanlara veya dinî uygulamalara dayanan *dinî hukuk*, resmen yazılmış örf veya örfün yaşayan yorumu olan *örfi hukuk* veya sulama gibi bir projenin veya program ile bağlantılı düzenlemeleri içeren *proje hukuku*.¹⁰⁴ Griffiths, hukukun çoğulculuğunun her türlü sosyal alan için geçerli olduğunu belirtir. Her sosyal alanda farklı durumlar için farklı kurallar söz konusu olduğuna göre çoğulculuğun kabul edilmesi gerekir.¹⁰⁵ Geertz ise toplumlardaki heterojen kültürel yapılar ve normatif çatışmalar dolayısıyla hukukî çoğulculuğun kaçınılmaz bir sosyal olgu olduğunu belirtir.¹⁰⁶ Öyleyse hukukî çoğulculuk nedir?

C. Hukukî Çoğulculuğun Tanımı

Hukuk kavramı gibi hukukî çoğulculuğun da ortak bir tanımı yapılabilmemiş değildir.¹⁰⁷ Buna rağmen yaklaşık yüz yıldır bu kavram geniş bir kullanım alanına sahiptir. Mesela sosyolog ve antropologlar, Batı dışı ülkelerde sömürge sonrası ortaya çıkan hukukî problemleri tanımlamak için bu kavrama başvururlarken, hukuk felsefecileri, hukukun ahlak veya felsefi düşüncelerle olan ilişkisini ortaya koymak için

¹⁰² Tamanaha, a.g.m., s. 300-1.

¹⁰³ Santos, "Law: A Map of Misreading", s. 297-299; *Toward a New Common Sense: Law, Science and Politics in the Paradigmatic Transition*, 1995, s. 428'den naklen Tamanaha, a.g.m., s. 303.

¹⁰⁴ Santos, *Toward a New Common Sense*, s. 426-36'den naklen Tamanaha, a.g.m., s. 303-4.

¹⁰⁵ Griffiths, a.g.m., s. 15.

¹⁰⁶ Geertz, Clifford, *Local Knowledge: Further Essays in Interpretive Anthropology*, Basic Books, New York, 1983, s. 225'den naklen Woodman, a.g.m., s. 54.

¹⁰⁷ Chiba, a.g.m., s. 228; Sezgin, a.g.m., s. 6.

bu kavrama referansta bulunurlar. Hukuk tarihçileri Avrupa ülkelerindeki üst üste gelmiş ve transfer olmuş hukuku tanımlamak için bu kavramı kullanırken, anayasa hukukçuları bazı ülkelerde görülen konfederatif yapıları vasfetmek için bu kavramı kullanırlar. 1970’li yıllardan itibaren bazı tanımlama girişimleri olmasına rağmen, son yıllara kadar bu kavramın kapsayıcı ve açık bir tanımı yapılabilmiş değildir.¹⁰⁸

Hukukî çoğulculuk kavramına yönelik ilk tanımlama girişimi Vanderlinden’e aittir. Ona göre hukukî çoğulculuk, *kişinin günlük hayatında isteyerek veya istemeyerek üyesi olduğu farklı sosyal bağlardan kaynaklanan, yasal olsun veya olmasın, muhtemelen çatışmacı farklı düzenleyici kurallar ile bağlantılı davranışlarında karşı karşıya kaldığı bir durumu* ifade eden bir kavramdır.¹⁰⁹ Hukukun toplumsal yönüne vurgu yapan Vanderlinden, hukukî çoğulculuğun bir sisteme veya bir ideolojiye katılımdan ziyade, özel bir sosyal yapıya katılımı ifade ettiğini savunur.¹¹⁰

Pospisil’in yaptığı hukukî çoğulculuk tanımı ise, hukukun sosyal dünyada farklı noktalarda daha çok *lokalleşen* bir olgu olmasından hareketle, *her türlü sosyal alanda hiyerarşik olarak sıralanmış, sosyal gruplar içinde yerleşen ve kısmen bir bütünlük oluşturan “hukukî düzeyler”* şeklindedir.¹¹¹

“What is Legal Pluralism?” adlı çığır açan makalesindeki tanımıyla dikkatleri çeken Griffiths, kendinden önceki tanımların yeterli olmadığını, bu durumun en önemli nedeninin ise, tanımları yapan sosyal bilimci ve hukukçuların, hukuka hala klasik devlet anlayışı çerçevesinde yaklaşımları olduğunu belirtir.¹¹² Griffiths’in yaptığı tanım hem daha önceki düşünürlerin fikirlerini yansıtmakta, hem de daha kapsamlı ve daha spesifik bir özellik taşımaktadır. Griffiths, hukukî çoğulculuğun sosyal çoğulculuk ile bağlantılı bir kavram olduğunu, toplumun hukukî organizasyonu ile toplumsal organizasyonlar arasında tam bir uyumun olduğunu belirttikten sonra, hukukî çoğulculuğu şöyle tanımlar: “Çok katmanlı (yönlü), üst üste olan yarı bağımsız sosyal alanların sürekli

¹⁰⁸ Jones, *a.g.e.*, s. 5; Chiba, *a.g.m.*, s. 228.

¹⁰⁹ Vanderlinden, Jacques, “Return to legal Pluralism: Twenty Years Later”, *Journal of Legal Pluralism and Unofficial Law* (1989), No. 28, s. 153-4.

¹¹⁰ Griffiths, *a.g.m.*, s. 38.

¹¹¹ Roberts, *a.g.e.*, s. 101, 105.

¹¹² Griffiths, *a.g.m.*, s. 24.

*bulunduğu bir sosyal aktivite ve uygulamadaki dinamik şartların bulunduğu bir toplumdaki normatif farklılığı (heterojenliği) ifade eden bir kavramdır.”*¹¹³

Griffiths, her sosyal bünyede görmezden gelinemeyecek derecede hukukî normlar bulunduğunu ve bireylerin içinde yaşadıkları toplumun normatif değerlerine bağlılıkla sosyal bağlılıklarını sağlamış olduklarını belirtir. Bu anlamda Griffiths, Vanderlinden gibi hukukî çoğulculuğun bir doktrine, bir sisteme veya bir ideolojiye katılımdan ziyade, bir sosyal yapıya katılımı ifade ettiğini belirtir. Bir sosyal alanda farklı kaynaklardan beslenen ve çoğunlukla da birbirinden farklılık arzeden hukukî normların olması, hukukî çoğulculuğu kaçınılmaz hale getirir. Griffiths, çok çeşitli sosyal alanların kendi kendini düzenleyici aktivitelerde kendi kaynaklarına sahip olduğunu belirtir. Bu aktiviteler, diğerlerini destekleyici, tamamlayıcı, yok sayıcı veya engelleyici olabilir. Öyle ki, toplumsal bünyede bulunan bu kompleks hukukî yapılar, genellikle pratikte ciddi anlamda bir rekabet, etkileşim, müzakere, izolasyon vb. ilişkileri kaçınılmaz hale getirir.¹¹⁴

Hooker ise *Legal Pluralism: An Introduction to Colonial and Neo-Colonial Laws* kitabında hukukî çoğulculuk kavramını, “çoğunlukla sömürge hukuku bağlamında veya gelişmiş milletlerin hukuksal modernizasyon süreçlerinde iki veya daha fazla hukukun etkileşim halinde olması ve birbirini etkilemesi” şeklinde tarif eder.¹¹⁵ Hooker, bu tanımıyla bizim yukarıda ele aldığımız hukukî çoğulculuğun iki temel iç dinamiğine işaret etmektedir. Buna göre hukukî çoğulculuk, sömürgecilik bağlamında ortaya

¹¹³ Griffiths, a.g.m., s. 38

¹¹⁴ Griffiths, hukukî çoğulculuğun, sosyal bir gruba dayandırılması mümkün olan bir özellik veya bir olayın sosyal ifadesi olarak anlaşılmasının, bir doktrin, bir teori veya ideoloji olarak anlaşılmasından daha doğru olacağını söyler. Ona göre hukukî çoğulculuk bir hukuka veya hukuk sistemine katılımı da ifade etmez. Ayrıca ona göre hukukî çoğulculuğun gerçekleşmesi için birden fazla hukuk sisteminin olması da gerekmez. Griffiths, a.g.m., s. 12, 39.

¹¹⁵ Hooker, *Legal Pluralism*, p.6; Hooker’ın bu tanımı, Sezgin’e göre devlet hukukunun geleneksel hukukun varlığını bazı durumlarda tanınmasına dayalıdır. O etkileşim halindeki hukuk sistemlerini hâkim ve sınırlı olmak üzere iki sınıfa ayırmış, birincisini genellikle devletin hukuk sistemi oluştururken ikincisini Hindu, İslam ve Budizm hukuku gibi adet (örf) ve ilkel etik sistemlerinin oluşturduğunu ifade etmiştir. Hooker’ın bu tanımı yeterli kabul edilse de, onun kavramı ele alışı ve analizi, genellikle hukukî çoğulculuğun daha geniş bir analizini “çok sınırlayıcı” görülmektedir. Bkz. Sezgin, a.g.m., s. 7.

çıkılmış, ancak zamanla gelişmiş batılı ülkelerde de özellikle kültürel haklar ve özgürlükler çerçevesinde savunulan bir hukuk anlayışıdır.¹¹⁶

Çağdaş hukukî çoğulculuk savunucularının önde gelenlerinden Chiba ise, yapılan bu tanımların kendi düşüncelerini iyi derecede ortaya koysa da, açık bir tanım sayılamayacaklarını, birçok tanımda, örf (customary) hukuku, kabile (tribal) hukuku, toplum (social) hukuku, kısacası Batı dışı toplumlarda devlet hukuku dışında kalan azınlık hukuku (minor law) üzerinde durmalarına rağmen, bu hukukî yapılar arasında karşılaştırmalı çalışmalardan yoksun olduklarını ifade eder. Ayrıca hukukî kültür ile hukukî çoğulculuk arasındaki ilişkiyi yeterince ele almadıklarını, çoklu bir yapı içerisinde her bir hukuk sisteminin, sanki o yapı içinde bulunan diğer hukuk sistemleriyle uyum içinde varlığını sürdürüyormuş gibi kabul edildiğini ve birçok ilim adamının sanki üçüncü bir taraftan bakıyormuş gibi hukukî çoğulculuğu objektif bir yapı olarak değerlendirdiğini dile getirir.¹¹⁷

Bütün bu eleştirel yaklaşımlarından sonra Chiba, hukukî çoğulculuğu şu şekilde tanımlar: *“Bir sosyo-kültürel birimin (entity) tercihi ile oluşan ve bir bütün içinde kümelenen resmi-gayri resmî hukuk, yerli-nakledilmiş hukuk ve hukukî kurallar-hukukî postulatların¹¹⁸ oluşturduğu üçlü kombinasyon içindeki bir hukukî kültürün kimlik postulatı altındaki farklı hukukî sistemlerin birlikte var olan yapısıdır.”¹¹⁹*

Chiba'nın bu tanımı, çağdaş hukukî çoğulculuk düşüncesini oldukça iyi yansıtmaktadır. Tanımda hukukun hem sosyal ve kültürel boyutu vurgulanmış, hem şekli (resmi-gayri resmi, yerli-ithal olma) yönü ifade edilmiş, hem de kimlik çerçevesinde özgürlükçü taleplerle bağlantı kurulmuştur.

¹¹⁶ Hooker'ın tanımında bir devlet içinde birden çok bağlayıcı hukukî sistemin aynı anda bulunması öngörülmüş ve bazı örf kuralları manzumesinin devlet hukuku tarafından tanınması gerektiği üzerinde durulmuştur. Onun bu tanımına göre hukukî çoğulculuğun üç temel özelliğinin olması gerekir. 1- Devlet hukuk sistemi politik olarak yerli hukuk sistemlerini kaldırmaya yetkilidir. 2- Herhangi bir çatışma halinde devlet hukuku geçerlidir ve yerli hukuk sisteminin çerçevesi, devlet hukuku tarafından belirlenir. 3- Yerli hukuklar tanımlama ve analizlerinde, devlet sisteminin kullandığı sınıflandırmayı ve devletin hukukçuları ve acentelerini kullanmalıdır. Hooker, *a.g.e.*, s. 2; Griffiths, *a.g.m.*, s. 9.

¹¹⁷ Chiba, *a.g.m.*, s. 228-9.

¹¹⁸ Hukukî postulatlar, genel hukuk kuralları veya prensipleri olarak görülebilir. Bu postulatlar, açık ve kesin hukukî kurallardan oluşan devlet hukukunda çok önemli olmasalar da, dini hukuk veya örf-adet hukuklarında oldukça önemlidirler.

¹¹⁹ Chiba, *a.g.m.*, s. 242.

Sonuç olarak hukukî çoğulculuk, daha çok özel hukuk alanına giren konularla ilgili yapılacak bir düzenlemede veya bir davanın çözümünde, bireysel tercih ve kültürel farklılıkların bir sonucu olarak, farklı şekillerde düzenleme yapma veya hüküm verme imkânını sağlayan bir hukuk anlayışı olarak tanımlanabilir. Yine aralarında belirli düzeyde ilişki olan farklı hukuk düzenlerinin bir toplumda birlikte bulunması halinde de hukukî çoğulculuktan söz edilebilir. Siyasal anlamda birbiri ile çatışma halinde olan veya birbirinden tamamen ayrı birimlerin farklı hukuk düzenlerine sahip olmaları hukukî çoğulculuk olarak tanımlanamaz. Hukukî çoğulculuk çatışmacı değil, organize bir tarzda “hukukun farklı şekillerinin birlikte bulunması” halinde söz konusu olabilir.¹²⁰ Ancak hukukî çoğulculuğun farklı şekillerde tanımlanması ve uygulanmasındaki asıl faktör, bu yapıyı oluşturan unsurların toplumdan topluma farklılık göstermesidir. Bu açıdan hukukî çoğulculuğun çeşitleri çerçevesinde bu konuyu daha geniş bir şekilde ele almak faydalı olacaktır.

III- HUKUKÎ ÇOĞULCULUĞUN ÇEŞİTLERİ

Hukukî çoğulculuk genel olarak tüm toplumlarda görülen bir sosyal gerçeklik olsa da her toplumda farklı şekillerde tezahür etmektedir. Hukukî çoğulculuk teorisyenlerinin tanım ve tasniflerine de yansıyan bu farklılığın en önemli sebebi, bir hukukî yapıyı oluşturan unsurların farklılık arzemesidir. Bu unsurların nasıl isimlendirileceği konusunda da hukukî çoğulculuk taraftarlarının farklı kavramlar kullandıkları görülmektedir. Örneğin Gilissen *haklar* (droits) kavramını, Vanderlinden *hukukî mekanizmalar* (mécanismes juridiques) kavramını, Hooker *hukukî sistemler* kavramını, Griffiths ve Santos ise *hukukî kurallar* (legal orders) kavramını kullanmayı tercih etmiştir.¹²¹ Griffiths, *hukukî kurallar* kavramını tercih etmesinin sebebini, devlet hukukunun sistematik olmaması ve devlet dışı hukukî kurallarda mantıksal bir ahengin bulunmaması şeklinde özetler. Santos ise günlük yaşamın, farklı hukukî kuralların kesişmesinden oluşması sebebiyle bu kavramı tercih ettiğini belirtir. O, bu durumu *interlegality* kavramı ile ifade eder.¹²² Vanderlinden hukukî çoğulculuğu oluşturan unsurların tek bir kural, bir kurallar grubu veya bir hukuk sistemi olabileceğini

¹²⁰ Griffiths, a.g.m., s. 12; Yüksel, Murat, a.g.e., s. 2-3.

¹²¹ Griffiths, a.g.m., s. 38; Santos, “Law: A Map of Misreading”, s. 288; Woodman, a.g.m., s. 52-3.

¹²² Santos, “Law: A Map of Misreading”, s. 298.

savunurken Griffiths ve Santos, devlet dışı hukukî yapıların bir hukuk sistemi olarak görülemeyeceğini belirtirler. Buna göre hukukî çoğulculuğu oluşturan unsurlar, devlet hukukuyla birlikte var olan toplumsal hukuk kuralları veya kurallar grubu şeklinde görülmektedir.¹²³ Tamanaha'nın da tespit ettiği gibi yapılan tanımlarda hukukî çoğulculuk, genellikle normatif çoğulculukla eşit gömülmektedir. Buna göre hukukî çoğulculuğu, hukukî veya normatif kuralların bir sosyo-politik yapı içerisinde çoğulcu ve sistemli bir şekilde bulunması olarak değerlendirmek mümkündür.¹²⁴

Yukarıda yer verdiğimiz hukukî çoğulculuk tanımlarından da anlaşılacağı üzere, hukukî çoğulculuk savunucuları, çoğulcu bir hukukî yapının oluşabilmesi için gereken unsurları farklı kavramlarla ifade etseler de, hukukî öznelliğe vurgu yaparak, pozitivist hukuk anlayışının öngördüğü *mülkîlik* esasının, yani hiçbir ayırım gözetilmeksizin bir sosyo-politik yapıdaki tüm bireylere aynı kuralların uygulanmasının ideal bir hukuk anlayışı olmadığına birleşirler. Onlara göre *mülkîlik* esasına dayalı bir hukuk anlayışı yerine, kişisel tercih ve farklılıkların bir sonucu olarak farklı hukukî düzenlemelerin yapılmasına imkan veren *şahsîlik* esasına dayalı bir hukuk anlayışı bireylerin kişilik gelişimi ve özgürlükler açısından daha ideal bir hukuk anlayışıdır. Günümüz Batılı hukuk sistemlerinde sıklıkla gördüğümüz *muafiyet politikaları*, *intibak ettirici tanınma politikaları* veya *özyönetim politikaları*, son tahlilde *mülkîlik* anlayışından *şahsîlik* anlayışına doğru ciddi bir yönelişin işaretleridir.¹²⁵ Bu süreçte sivil toplum örgütleri oldukça önemli bir rol üstlenmektedir. Belli amaç ve ortak paydaların bir araya getirdiği sosyal grupların, hukukî zeminde daha çok sivil toplum örgütleri şeklinde vücut

¹²³ Vanderlinden, Jacques, *Le Pluralism Juridique: Essai De Synthèse*, 1971, s. 19-20; Griffiths, a.g.m., s. 12-13; Woodman, a.g.m., s. 25.

¹²⁴ Tamanaha, a.g.m., s. 316-7.

¹²⁵ Muafiyet politikalarının ya da taleplerinin pek çok örneği vardır. Amerika'da Amiş ve İsrail'de aşırı Ortodoks Yahudiler ve Müslüman Araplar gibi bazı dini grupların üyelerinin askerlik hizmetinden muaf tutulmaları, Amerika'da Amiş ve Britanya'da Çingeneler gibi bazı cemaatlerin, çocukların okula gitme zorunluluğu ile ilgili kanunlardan muafiyetleri ya da Hristiyan ve Müslüman grupların çocuklarının dini inançları ile çelişen belli derslerden muafiyet talepleri, Aborijinal halkların av kanunlarından, Amerikan yerlilerinin dini amaçlı uyuşturucu içeren bitki kullanmalarının narkotik kanunlardan muafiyetleri, Bazı İslami devletlerde Müslüman olmayanların alkol yasağı dışında bırakılmaları, Pazar günleri işyeri kapatılmasına ilişkin kanunlardan muafiyet, batı devletlerinde Yahudi ve Müslümanların hayvan kesim kanunlarından muaf tutulmaları, dinî ve kültürel açıdan kutsal sayılan günlerde okul ve işten muafiyet, Sihlerin motosiklete binerken ya da inşaat alanlarında çalışırken koruyucu kask giymekten muaf tutulmaları, kamuya ait yerlerde uygulanan belli giyim kurallarından muafiyet, Ortodoks Yahudilerin başlıklarını (kippa) takabilecek şekilde Hava Kuvvetlerinin giyim kurallarından muaf tutulmaları istemektedirler. Bkz. Tok, a.g.e., s. 171-2, 283.

buldukları görülmektedir. Belli bir dine inananların, aynı etkin gruptan olanların veya benzer kanaat (vicdani retçiler gibi) ve eğilimleri olanların (eşcinseller gibi) genellikle bir sivil toplum örgütü şeklinde varlık gösterdikleri görülmektedir. Ancak hukukî çoğulculuk çerçevesinde aktif rol üstlenen sivil toplum örgütlerinin genellikle dini/etnik haklar ve özgürlükler çerçevesinde bir araya gelen fertlerden oluştuğu söylenebilir. Hukukî çoğulculuk düşüncesi son yıllarda kültür ve özgürlük çerçevesinde idealize edilse de, bu hukukî yapının oluşumunda daha çok formel yön etkili olmuştur. Hukukun yerli-ithal, klasik-modern, devlet-devlet dışı olarak farklılık göstermesi ve bu farklı hukukî yapıların varlıklarını birlikte sürdürmeleriyle ortaya çıkan çoğulcu yapı etkilidir.

Hukukî çoğulculuğun, farklı açılardan çeşitli tasniflerinin yapılması mümkündür. Biz burada, önemli olduğunu düşündüğümüz üç temel kriterden, hukukî çoğulculuğu oluşturan unsurları ele alacağız. Bunlar, hukukî çoğulculuğu oluşturan unsurlar açısından, devlet hukuku ile ilişkisi açısından ve dayandığı teorik söylem açısından hukukî çoğulculuk çeşitleridir.

A. Oluşturucu Unsurları Açısından Hukukî Çoğulculuk Çeşitleri

1) Yerli Hukuk-Transfer Hukuk

Hukukî çoğulculuğu oluşturan unsurların kaynak ve yapıları bakımından en eski ve en belirgin tasnif, sömürge sonrası toplumlarda görülen yerli hukuk ve transfer (Batılı) hukuk şeklinde yapılanıdır. Griffiths'in hukukî çoğulculuğun başlangıç tarihi olarak gördüğü, 1772'de Doğu Hindistan Şirketinin, İngiliz hukukuna göre hazırladığı yeni hukuk sisteminin yanı sıra, özellikle özel hukuka giren alanlarda, halkın uygulayageldikleri kast sistemine veya İslam hukukuna dayalı kuralların da yürürlükte kalmasına izin verilmesi, yerli-transfer hukuk şeklindeki hukukî çoğulculuk en tipik örneklerinden biridir.¹²⁶ Benzer şekilde Afrika ve Asya'daki birçok sömürge de, aynı tür hukukî çoğulculuğu görmek mümkündür.¹²⁷

¹²⁶ Griffiths, a.g.m., s. 6.

¹²⁷ Jones, a.g.e., s. 1; Yüksel, Murat, a.g.e., s. 3.

2) Devlet Hukuku-Azınlık Hukuku

Yaygın olarak görülen diğerk bir hukukî çoğulculuk türü de *devlet (resmi) hukuku* ile *azınlık hukukunun* birlikte uygulanması ile oluşan hukukî yapıdır. Bu hukukî çoğulculuk türünde, devletin azınlıklara bazı konularda resmen ayrı hukuk kurallarını uygulaması veya azınlık gruplar arasında görülen hukukî yapıların uygulanmasına göz yumması söz konusudur. Chiba, Hindistan, Sri Lanka, Tayland, Filipinler ve Çin gibi ülkelerde İslam hukukunun Müslüman azınlığa resmen uygulanmasını bu tür hukukî çoğulculuğa örnek göstermektedir.¹²⁸

3) Geleneksel Hukuk-Modern Hukuk

Özellikle modern devlet yapılarında görülen, *geleneksel hukuk ve modern hukuk sisteminin* oluşturduğu hukukî çoğulculuk türü de dikkat çeken diğerk bir hukukî çoğulculuk türüdür.¹²⁹ Bu hukukî çoğulculuk türünde devletin, bir başka devletin gizli veya açık baskısı olmaksızın, kendi inisiyatifiyle kabul ettiği modern bir hukuk sistemini yürürlüğe koyması sonucu, yerleşik geleneksel hukukî yapı ile birlikte çoğulcu bir yapı oluşur. Mısır, Hindistan, Taylan ve Çin gibi ülkelerde bu tür bir hukukî yapı söz konusudur. Aynı şekilde Afganistan, Pakistan, Bangladeş, Endonezya ve Malezya gibi ülkelerde de aynı hukukî yapıyı görmek mümkündür. Bu devletlerde İslam hukuku, modern veya transfer edilmiş devlet hukuku ile birlikte uygulanmaktadır.¹³⁰ Chiba, daha çok Batı dışı toplumlarda görülen bu hukukî yapının *devlet hukuku-azınlık hukuku* şeklindeki hukukî çoğulculuk ile büyük benzerlik gösterdiğini belirtir. Ona göre Yahudi hukuku, Hıristiyan hukuku, İslam hukuku, Hindu hukuku, Budizm hukuku ve diğerk dinî hukuk sistemleri başta olmak üzere, yerli hukuk, akrabalar hukuku, kabile hukuku, örf

¹²⁸ Chiba, a.g.m., s . 232.

¹²⁹ Bu tür hukukî plüralizm, sosyalist hukuku içine alan modern Batı'dan transfer edilmiş yabancı hukuklarda görülür. Bir sonuç olarak, Batı dışı ülkedeki hukukî çoğulculuk, daha ziyade yabancı devletin gizli veya açık baskısı ile değil de kendi inisiyatifleriyle kabul ettikleri birçok imkân arasından kendi tercih ettikleri hukuk sistemleridir. Mısır, Hindistan, Taylan ve Çin gibi ülkelere bakıldığında, bu şekil kümelenmenin ortaya çıktığı kolaylıkla iddia edilebilir. Chiba, a.g.m., s . 231-2.

¹³⁰ Chiba, *geleneksel hukuk sistemi ile modern hukuk sistemi* şeklindeki ikili yapının Avrupa ülkelerinde de görülmesine rağmen, yerleşik hukuk anlayışı merkezîyetçi (monist) devlet hukuku üzerine kurulduğu için batılı hukukçuların bu gerçeği görmezden geldiklerini belirtir. Ancak Chiba, bu durumun son yıllarda değişmeye başladığını söyler. Bkz. Chiba, a.g.m., s . 229-30.

hukuku, bölgesel hukuk ve diğer hukuk türleri, modern veya devlet hukukunun yanı sıra varlığını sürdüren *azınlık hukuku* veya *geleneksel hukuku* teşkil etmektedir.¹³¹

1926 yılında Türk Medeni Kanunu'nun kabulüyle birlikte, İslam hukukunun bilhassa aile hukuku alanında uygulanmaya devam etmesi dolayısıyla Türkiye'yi de *geleneksel hukuk sistemi* ve *modern hukuk sistemi* şeklindeki hukukî çoğulculuğun bir örneği olarak değerlendirmek mümkündür.¹³²

4) Yerel Hukuk-Ulusal Hukuk-Uluslarüstü Hukuk

Daha önce de belirttiğimiz gibi küreselleşme sürecinde, uluslar-üstü ve ulus-altı normatif değerlerin güçlendiği görülmektedir. Bu durum, ulusal hukuk sistemlerinin karşısında ayrı hukukî yapıların ortaya çıkmasına neden olmuştur. Bu gerçekten hareketle Chiba hukukun, *yerel hukuk*, *devlet hukuku* ve *dünya (uluslar-üstü) hukuku* olmak üzere üçlü bir yapıya dönüştüğünü söyler. Ona göre, giderek birbirine bağımlı hale gelen dünyada bu üç kategorik hukuk sistemi aynı alanda uygulanma imkanına sahiptir. Bu hukuk kategorilerinin tam anlamıyla birbirine uyduğunu söylemek de mümkün değildir.¹³³ Ancak ona göre bu uyuşmazlık, tam bir zıtlığın olduğu anlamına gelmemektedir.¹³⁴ Mustafa Erdoğan da Chiba'ya benzer şekilde küreselleşmeyle birlikte artık bireylerin hem kendi ülkelerinin hukuk sistemlerinin hem de uluslar-üstü hukuk sisteminin özneleri olduklarını belirtmektedir. Ona göre bu yeni oluşan hukuksal anlayış, nitelik itibarıyla geleneksel uluslararası hukuktan farklıdır. Bu hukukî yapıda bireyler, artık doğrudan doğruya uluslar-üstü hukukun özneleri durumda olup, bu hukukun tanıdığı bazı haklara ve yükümlülöklere sahiptirler. Örneğin Avrupa Birliği

¹³¹ Chiba, a.g.m., s . 232-3.

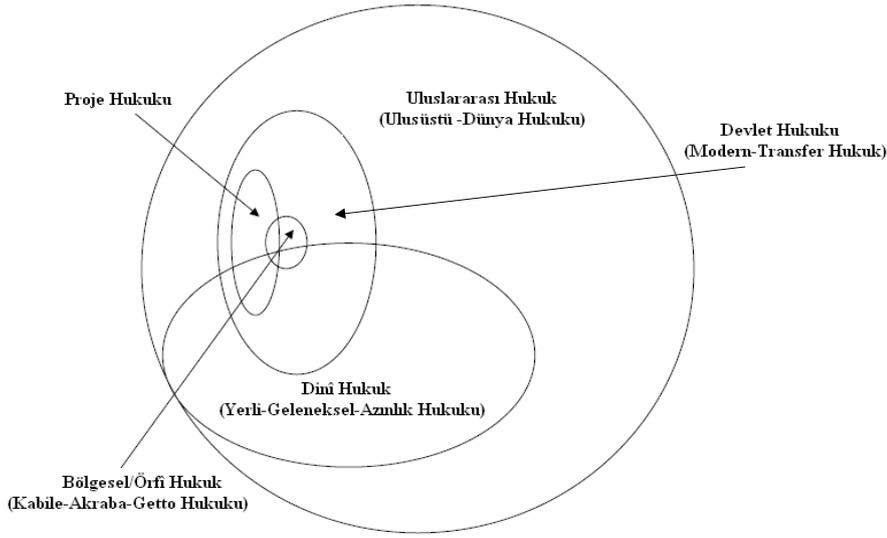
¹³² Türkiye'de özellikle evlenme, boşanma, miras gibi özel hukuk alanına giren konularda halkın bir kısmının İslam hukukunun öngördüğü düzenlemeleri esas aldıkları görülmektedir. Örneğin Türk Medeni Kanununa göre sütkardeşle evlenmek mümkün olduğu halde, İslam'daki yasak dolayısıyla böyle evliliklere sıcak bakılmaması, aynı şekilde Türk Medeni Kanunu'na göre din farklılığı bir evlilik engeli olmamasına rağmen Müslüman kadınların Müslüman olmayanlarla evlenmemeleri, İslam hukukunun bir sonucu olarak görülebilir. Ayrıca Türk Medeni Kanunu'nun yasaklamasına rağmen birden fazla eşle evlenmelerin görülmesi veya resmi boşanma olmaksızın erkeklerin eşlerini tek taraflı boşamaları veya miras taksiminde kadın-erkek ayırımının devam etmesi İslam hukukunun halk arasında etkinliğini sürdürdüğünü göstermektedir.

¹³³ Avrupa Birliği'ne üye ülkelerin bazı kanunlarının Avrupa Birliği kanunlarına uymaması durumu bunun en bariz örneğidir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne yapılan başvurularda devletler aleyhine verilmiş birçok hüküm, bu zıtlığın hukukî mahiyetli olduğunu, ancak siyasi anlamda bir birliğin devam ettiğini göstermektedir. Hukukî çoğulculuk için siyasi birliktelik zorunludur. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin verdiği örnek kararlar için bkz. Öktem, a.g.e., s. 271-447.

¹³⁴ Chiba, a.g.m., s . 233.

ülkelerinde kişiler iki ayrı hukuk düzeninin ve iki ayrı vatandaşlığın öznelere haline gelmişlerdir. Bu durumda kişilerin karşısında *yerel*, *ulusal* ve *uluslarüstü* olmak üzere üçlü bir hukukî yapı çıkmaktadır.¹³⁵

Aşağıdaki tablo, hukukî çoğulculuğu oluşturan unsurların kapsamını göstermektedir.¹³⁶



B. Hukukî Çoğulculuğu Oluşturan Unsurların Devlet Hukuku ile İlişkisi Bakımından Hukukî Çoğulculuk

Hukukî çoğulculuk çeşitlerini tespitinde başvurulan diğer bir perspektif de hukukî çoğulculuğu oluşturan unsurların devlet hukuku ile olan ilişkisidir. Bu çerçevede yapılan en meşhur ayırım, Griffiths'in *zayıf yapılu* hukukî çoğulculuk ve *güçlü yapılu* hukukî çoğulculuk ayırımıdır. Aynı bakış açısıyla yapılan bir diğer tasnif ise

¹³⁵ Erdoğan, Mustafa, *Siyasi, Ekonomik ve Kültürel Boyutlarıyla Küreselleşme*, s. 34; "Hukuk Perspektifinden Küreselleşme ve Türkiye", (Küreselleşme İslam Dünyası ve Türkiye, Milletler Arası Tartışmalı İlimi Toplantı, İSAV, 09-11 Kasım 2001), Ensar Neşriyat, İstanbul, 2002, s. 315-28.

¹³⁶ Benzer tablolar için bkz. Griffiths, a.g.m., s. 6, 35; Ruth S. Meinzen-Dick and Rajendra Pradhan, "Legal Pluralism and Dynamic Property Rights", <http://www.capri.cgiar.org/pdf/capriwp22.pdf> (Erişim 05.04.2007), s. 4.

Woodman'ın *devlet hukukî çoğulculuğu* (state law pluralism) ve *derin hukukî çoğulculuk* (deep legal pluralism) şeklindeki ayrımıdır.¹³⁷

1) Zayıf Yapılı Hukukî Çoğulculuk veya Devlet Hukukî Çoğulculuğu

Zayıf yapılı/devlet hukukî çoğulculuk, devletin, devlet dışı hukukî yapıları resmen tanıyarak kendi hukuk sistemine dâhil etmesi ile ortaya çıkan hukukî yapıdır.¹³⁸ Bu tür hukukî çoğulculukta gayri resmî hukuk normları, devlet tarafından kayıt altına alınarak resmî hukuk sistemi ile uyumlu hale getirilir ve böylece bu hukukî yapılar, daha büyük ve güçlü bir hukuk sisteminin içinde homojenleştirilir. *Zayıf yapılı/devlet merkezli* hukukî çoğulculuğun ilk örneği olarak, 1772'de İngilizlerin Hindistan'da uyguladıkları hukukî yapı örnek gösterilebilir.¹³⁹ Devletin, gayri resmî hukukî yapıları tamamen kendi hukuk sistemine dâhil etmesi söz konusu olabileceği gibi, sadece kendi hukuku ile uyumlu olan kısımları alıp diğerlerini dışarıda bırakması da mümkündür. Sezgin bu açıdan hukukî çoğulculuğun *yeterli tanıma* ve *yetersiz tanıma* olmak üzere iki çeşidinden bahseder. Ona göre *devlet hukukî çoğulculuğunda* devlet hukuku, toplumda var olan normların bir kısmını içine alarak onlara resmi bir hüviyet kazandırırken, bir kısmını ise yasa dışı kabul ederek, kendi hukukuyla uyumlu hale getirmeye çalışır. Buna İsrail'de evlenme ve boşanma gibi alanlarda genel olarak İslam hukukunun resmen tanınmasına rağmen çok evliliğin yasaklanmasını örnek verebiliriz.¹⁴⁰ Griffiths, devletin belli bir sosyal yapının ürettiği ve yaşattığı normatif değerleri tanımasının, bu değerlerin zamanla kültürel bir aidiyeti ifade etmekten çıkaracağını savunur. Bundan dolayı bu tür hukukî çoğulculuğu zayıf yapılı olarak vasfeder.¹⁴¹

¹³⁷ Woodman, a.g.m., s. 33-4.

¹³⁸ Franz ve Keebet von Benda-Beckmann, devlet araçlarının gelişmesi ile birlikte, birçok ülkede devlet dışı hukukî yapıların bazen devlet hukukuna dahil edildiğini, bazen de onlara yaşam hakkı tanınmayarak uygulanmasının önüne geçilmeye çalışıldığını söylerler. Bunda ulus-devlet düşüncesinin gücünü koruduğu bu süreçte hukukçu ve sosyal bilimcilerin devlet hukukunun sosyal ve ekonomik hayatın her alanında tam bir hâkimiyet kurması gerektiği yönündeki düşünceleri etkili olmuştur. Yine onlara göre devlet dışı hukukî yapılar, devletin tanımaması, hatta karşı çıkışına rağmen, özel alanlarda varlıklarını sürdürmüşlerdir. Artık yeni hukuk sistemlerinde resmi-gayri resmi hukuklar birbiri içine geçmekte, örf hukuku sadece halk arasında geçmemekte, mahkemelerde ve hukukçuların çalışmalarında da görülmektedir. Bunun sonucu olarak halkın hukuku, hukukçuların da hukuku olmaya başlamıştır. Bkz. von Benda-Beckmann, a.g.m., s. 132-3.

¹³⁹ Griffiths, a.g.m., s. 6.

¹⁴⁰ Sezgin, a.g.m., s. 18.

¹⁴¹ Griffiths, a.g.m., s. 8.

Devletin, yerli hukuk sistemini tanınmasının bazı sebepleri vardır. Zayıf merkezî (siyasî) yapının gücünü ve otoritesini meşrulaştırmak¹⁴², özellikle kırsal kesimlerde daha güçlü bir yargı hâkimiyeti kurabilmek ve yargı sisteminin getirdiği ağır yükü hafifletmek, bu sebeplerin önde gelenlerindedir.¹⁴³ Ayrıca çok etnik yapılı toplumlarda hoşgörüyü ve müsamahayı arttırmak, istikrarı ve birlikte yaşama imkânını sürdürmek için de bu yola başvurulmaktadır. Gelişmiş ülkelerde genellikle bu amaçla hukukî çoğulculuğa imkân verilmeye başlanmaktadır.¹⁴⁴ Griffiths, devlet hukuku içinde bir bölünme anlamına gelen bu tür hukukî çoğulculuğun sadece bir hukuk ideolojisi meselesi olduğunu, sosyal bir gerçeklik olmadığını belirterek, bu tür uygulamaların, gerçek anlamda hukukî çoğulculuk olmadığını savunur.¹⁴⁵ Griffiths'in bu görüşüne rağmen birçok araştırmacı, bu tür bir hukukî yapılanmanın hukukî çoğulculuğun dikkat çeken bir şekli olduğu kanaatindedirler.¹⁴⁶

2) Güçlü Yapılı Hukukî Çoğulculuk veya Derin Hukukî Çoğulculuk

Bu tip hukukî çoğulculukta devlet, toplumda görülen hukukî yapıları hiçbir şekilde tanımaz ve çoğunlukla da bunlarla mücadele eder. Bu durum, devlet dışı hukukî yapıların her türlü homojenleştirme girişimlerinden uzak bir şekilde kendi asli yapısını muhafaza ederek varlığını sürdürmesine yardımcı olur. Bundan dolayı güçlü yapılı veya derin olarak vasedilen bu hukukî çoğulculuk türünde, resmi hukuk ile gayri resmi hukuk arasında meşruiyetin kaynağı ve içerik bakımından farklılık söz konusudur.¹⁴⁷ Ancak bu hukukî yapıların, devlet tarafından tanınmaya ve kendilerini kabul ettirmeye

¹⁴² Bu bakış açısında gelenek hukuku merkezi hükümet elinde etkili bir araca dönüşmektedir. Ayrıca, James Scott'un iddia ettiği gibi, bölgesel bilginin (halk hukuku), hukukta modern bir düzenlemeyi amaçlayan merkezi otorite tarafından birleştirilmesi yeni bir hukuk sisteminin başarıya ulaşmasını sağlar. Etkili bir tanıma, ayrıca, çok etnik yapılı toplumlardaki hoş görüyü ve müsamahayı, istikrarı ve barışı birlikte yaşama imkanını artırır. Birçok örnekte, çoğunlukla merkezi devlet otoritesini ikinci dereceden etkileyen kişisel meselelere gelince etnik ve dini grupların hukuklarını hesaba katmaktadır. Diğer taraftan yetersiz tanıma vakalarında, kendisinin varlığını ve yasallığını alttan alta yok etmeyi amaçlayan rakip hukuk sistemleri setleriyle gönülsüzce de olsa anlaşma yapmaya zorlanan devlet, kendi hukuk yapıcılık otoritesini devlet idaresi için öncelikli öneme sahip olduğu düşünülen bir bölgede devlet dışı güçlere havale eder. Etkili tanımının tersine, burada resmi daireler devlet yasasının yayılması olarak düşünülmez, daha çok devlet yetkileri üzerinde bir kısıtlama anlamına gelir. Sezgin, a.g.m., s. 18-9.

¹⁴³ Sezgin, a.g.m., s. 13.

¹⁴⁴ Sezgin, a.g.m., s. 18.

¹⁴⁵ Griffiths, a.g.m., s. 13.

¹⁴⁶ Chiba, a.g.m., s. 231; Woodman, a.g.m., s. 33-4.

¹⁴⁷ Sezgin, a.g.m., s. 10.

çalıştıkları görülmektedir. Bazı durumlarda da bu hukukî yapıların devlet hukuku ile rakip oldukları görülmektedir.¹⁴⁸ Kuzey Nijerya'daki yerli ve İslamî kuralların tanınması için yapılan mücadele bu tip hukukî çoğulculuğa örnek olarak değerlendirilebilir.¹⁴⁹

C. Teorik (Epistemolojik) Söylem Açısından Hukukî Çoğulculuk Çeşitleri

Tie gibi bazı düşünürlerin yaptığı diğer bir hukukî çoğulculuk tasnifi ise, bu hukuk düşüncesinin dayandığı teorik söylem çerçevesindedir. 1990'lı yıllarla başlayan modern süreçte hukukî çoğulculuk düşüncesinin, kendine felsefi bir zemin belirlerken farklı söylemler geliştirdiği görülmektedir. Warwick Tie'nin çalışmasında geniş bir şekilde ele aldığı bu felsefi söylemler, hukukî çoğulculuk düşüncesine götüren yol haritası mahiyetindedir. Tie'nin dört temel felsefi söyleme indirgediği bu yol haritası, hukukî çoğulculuğun da birbirinden farklı şekillerini oluşturmaktadır. Bu açıdan hukukî çoğulculuğun dört türünün olduğu söylenebilir: realist hukukî çoğulculuk, postrealist hukukî çoğulculuk, postmodernist hukukî çoğulculuk ve postpragmatist hukukî çoğulculuk. Hukukî çoğulculuğun bu şekilde farklı türlerinden bahsedilmesinin sebebi, hukukî çoğulculuğu savunan bilim adamlarının epistemolojik, ontolojik ve politik duruşlarındaki farklılıkta yatmaktadır.¹⁵⁰ Ancak bu türlerin her birinin şu ortak konulara yoğunlaştığını söylemek mümkündür: *hukukun kimlik problemi, hukuka uygunluğun mahiyeti ve hukukun çok kültürel bir anlayış içindeki durumunun ne olduğu.*

1) Realist Hukukî Çoğulculuk

Soyut hukuk kurallarından ve ideolojik nitelikli önermelerden çok, hukuk sistemini oluşturan ampirik faktörler üzerinde durulmasını öngören realist hukuk anlayışı, hukuku toplumsal gerçekliklerden yola çıkarak izah etmeye çalışır.¹⁵¹ Realist hukukî çoğulculuğa göre rasyonellik ve deneyim ile tespit edilebilen sabit gerçeklik, teorik ilkelere daha önceliklidir. Bundan dolayı realizm genel olarak pozitivist ilkelere karşı çıkar. Realizme göre bilim, sadece gözlemlenebilen şeylerle ilgilidir. Birçok realist için yetkinin kaynağı sosyal uygulama alanıdır. Realist sosyo-hukukî

¹⁴⁸ Griffiths, a.g.m., s. 15.

¹⁴⁹ Sezgin, a.g.m., s. 9.

¹⁵⁰ Tie, a.g.e., s. 59.

¹⁵¹ Güriz, a.g.e., s. 361.

teori, temel olarak toplumun bireysel olmaktan ziyade, sosyal ilişkilerin bileşkesi olduğunu ileri sürer.¹⁵²

Bu bakış açısından özgürlük, kişinin kendi çıkarı için diğerini bir şeyden mahrum etmesi ile eş anlamlı olduğunu söyleyen realist hukukî çoğulculara göre hukukî haklar, kültürel toplulukların sosyal taleplerini yansıttığı ölçüde değerlidir. Bu anlamda hukukun hegemonik bir anlayışın aracı haline dönüştürülmemesi gerekir. Realist bakışa göre, özgür bir bakışın gelişimi ne hegemonya karşıtı bir tavırla ne de bu tavra karşı çıkan liberal hukuk anlayışıyla mümkündür. Onlara göre bu, ancak sosyal yaşamın gerçekliği göz önünde bulundurularak gerçekleştirilebilir. Tie'ye göre realizmin hegemonya karşıtı sosyal talepler ile hukukî haklar arasında demokratik politik hukukî çerçeveyi inşa etmeye teşebbüs etmesi onu liberal hukuktan ayırır.¹⁵³

Cornell'e göre hegemonik ya da karşı hegemonik bütün sosyo hukukî düzenler, kimlikleri kaçınılmaz olarak belli biçimlere sokar. Ona göre kimliği dondurmamak, diğer karşı hegemonik kimlikleri marjinalize etme potansiyeline sahiptir.¹⁵⁴ Kişiliğin ve dolayısıyla özgürlüğün oluşumunda önemli bir rol oynayan sosyal alanın göz önünde bulundurulması realist bakış için çok önemlidir. Buna göre sosyal ilişkiler, birbiriyle ilişkili olan insan gerçeğinden yola çıkar. Bu ilişkisel teori ise toplumdaki sınıf, cinsiyet ve etnik farklılığa dayanan ilişkileri çözümler. Bu ilişkilerde en temel prensibin özgürlük, eşitlik ve sosyo-politik hakların korunması olduğu unutulmamalıdır. Realist hukukî çoğulculara göre, köklü bir demokratik devlet yoluyla savunulan bir hukuk anlayışı önemsiz olarak temsil politikaları ve yerleşik hukukî hakların yeniden inşası amaçlanmalıdır. Bu ise müzakere etme ve politik özgürlüğe sahip olma ölçülerine bağlıdır.¹⁵⁵ Sonuç olarak realist hukuk anlayışı, eleştirel bir bakış açısını kullanarak sosyal talepler ile hukukî haklar arasında bir dengenin kurulabilmesi için çoğulcu bir hukukî bakışın geliştirilmesi gerektiğini savunur.

¹⁵² Tie, *a.g.e.*, s. 68.

¹⁵³ Tie, *a.g.e.*, s. 74.

¹⁵⁴ Cornell, D., *Beyond Accommodation: Ethical Feminist, Deconstruction and the Law*, Routledge, New York and London, 1991, s. 119'den naklen Yüksel, Murat, *a.g.e.*, s. 191-3.

¹⁵⁵ Tie, *a.g.e.*, s. 70-3.

2) Postmodern Hukukî Çoğulculuk

Hukukî öznellik çerçevesinde *öteki*, *güç*, *etik* ve *farklılık* gibi kavramlara vurgu yapan postmodern hukukî çoğulculuk anlayışı ise geleneksel hukuk teorisinin dayandığı *temeldencilik*¹⁵⁶ (temelselcilik-foundationalism) doktrinini eleştirmekle işe başlar. Bu bakış açısına göre, *temeldencilik* doktrinin bir dil oyunu olduğu söylenerek gerçekliğin yeterli şekilde asla bilinemeyeceği savunulur.¹⁵⁷ Bundan dolayı geleneksel terimlerin *yapı çözümünü* (deconstruction) yapmak kadar *iletişimsel* ilişki biçimlerini, hukukun alternatif biçimlerine anahtar olmak için keşfetmek gereklidir. Postmodern hukukî çoğulculuk, epistemolojik ve politik kimliklerin *yapı çözümü* ile ilgilenir. Bu noktada postmodern hukukî çoğulculuğun amacı, geleneksel hukukun sahip olduğu hukukî söylemin yapı çözümlemesini yapmaktır.¹⁵⁸

Postmodern hukuk teorisine göre *öteki* kavramı, hukukî geleneğin kendi kendine tekrarını aşar ve bu kavram, farklı yaşam tarzlarını temsil eder. Ayrıca *öteki*, özgür olmanın temsili ifadesidir. Bu itibarla postmodernist hukukî bakışa göre *ötekine* özel olarak muamele edilmeli ve genel kurallara zorla tabi tutulmamalıdır.¹⁵⁹ Yine kimlikler belirsizdir ve sonsuza dek belirsizliklerini koruyacaktır. Bununla birlikte kimliklerin inşası, kendisi ve diğeri arasındaki farklılıkların sürekli olarak yeniden kurulmasını gerektirir. Böylelikle kimlik, farklılığın tanımına dayanır. Postmodern hukukî teşebbüs, hukuktaki farklılıkları ortaya koymaya çalışır ve buradaki çelişkiler üzerine odaklaşır.¹⁶⁰

¹⁵⁶ Temeldencilik, bilgi kuramında bilginin son çözümlemede kendisinden başka bir haklı neden göstermeye ya da temellendirmeye gerek duymayan sağlam inançlara dayandığını, dış dünyaya yönelik bilginin de kuşku götürmez, kendilerinden emin olduğumuz bu inançların çatısını kurduğu bir temele yaslandığını savunan öğretiye karşılık gelir. Ahlak felsefesinde ise eylemlerin ahlaksallığı ya da iyiliği neye dayanmaktadır; bir eylemin iyi ya da kötü olduğunu belirlemenin ölçütü nedir? Sorusu bağlamında tüm eylemlerin kaynağını her durumda metafizik bir ilkeye ya da temele dayandıran öğretiye göndermektedir. Bkz. Ulaş, *a.g.e.*, s. 1413-4.

¹⁵⁷ Bkz. Kuramsal Dönüşüm, s. 31-59.

¹⁵⁸ Tie, *a.g.e.*, s. 74-7.

¹⁵⁹ Tie, *a.g.e.*, s. 78.

¹⁶⁰ Minow, hukukun işlevselliği için güç ve bilginin şart olduğunu ve bu anlamda hukukun, orta mükemmellikte bir alan olduğunu söyler. Ona göre hukukta genel olarak iki eğilim söz konusu olmaktadır: a- hiçbir ayırım göstermeksizin herkesi eşit muameleye tabi tutmak, b- insanları farklılıklarına göre yargılamak. Birinci eğilim insanlar arasındaki gerçek ve önemli farklılıkları önlemek anlamına gelirken, ikinci eğilim onların aynılıklarını gözden kaçırmaktadır. Minow için bu noktada çözüm, doğru söylemlerin realist bakışla birleşerek yeniden canlandırılmasında yatar. Ona göre hukukî hakların, devam eden sosyal ilişkiler realitesini yansıtan normatif standartlar üzerine dayanması gerekir. Minow, M, *Making All the Difference: Inclusion, Exclusion and American Law*, London 1990, s. 216, 373'den naklen Yüksel, Murat, *a.g.e.*, s. 145.

Kimliklerin ve sosyal ilişkilerin analizine önem veren postmodern hukukî söylem, yerleşik hukukî geleneğin terk edilerek hukukî özneliğin kurulmasını savunur. Bunun için “özgürlük-ait olma”, “adalet-hukuk” ve “kapalılık-eleştiri” ikileminde özgürlük, adalet ve eleştiriden yana olmak gereklidir. Postmodern bakışa göre bu da ancak çoğulcu bir hukuk anlayışı ile mümkündür.¹⁶¹

3) Postpragmatist Hukukî Çoğulculuk

Postmodernizmle sıkı ilişkili olan postpragmatizm, temel olarak adaletin tesisi için gerekli temellerin eksik olduğundan hareketle düşüncelerini temellendirir. Postpragmatist bakışa göre hukukî kararların meşrulaştırması için kullanılan birçok norm yanlış kullanılmaktadır. Bu bakışa göre bir normun meşruiyeti kendinde saklıdır. Çoğu kez bir kuralın o şekilde uygulanıyor olmasından başka bir dayanağı bulunmamaktadır.¹⁶²

Postpragmatist hukukî proje, hukukî kategoriler olarak egemenliğin yeniden biçimlendirilmesini savunur. Bunu yaparken postmodern hukukî teoriden farklı olarak epistemolojiyi terk etme veya bozma yoluna başvurmadan, postyapısal politikalar çerçevesinde politik kimlikleri sağlamlaştırmayı amaçlar. Postpragmatist hukukî bakışa göre kimliği üstün tutmak ile gerçeği üstün tutmak aynı değerde olmalıdır. Postpragmatist hukukî söylem, kimlik alanı içinde devrimci öznellik, adalet öznesi ve ilkeli idealizm gibi bazı kavramları kullanmak suretiyle kendi epistemolojik fikrini oluşturur.¹⁶³ Bu bakış açısına göre tüm özneler, diğerlerinin perspektifini bilmek ve yorumlamak için kendi kavramsal çerçevelerine dayanırlar. Bundan dolayı ötekinin gerçek anlamda algılanması oldukça zorlaşır.¹⁶⁴

Post-pragmatist hukukçulara göre, hukuk ile adaletin eşit görülmesi, pozitivist eğilimin bir sonucu olarak, çok çeşitli baskıcı sosyal uygulamalara dayanır.¹⁶⁵ Bunun aşılabilmesi için hukukta da yaygın temsil gereklidir.¹⁶⁶ Bu da Cornell’e göre ötekine,

¹⁶¹ Tie, *a.g.e.*, s. 207.

¹⁶² Tie, *a.g.e.*, s. 54.

¹⁶³ Tie, *a.g.e.*, s. 85.

¹⁶⁴ Yüksel, Murat, *a.g.e.*, s. 171.

¹⁶⁵ Postpragmatist hukukî plüralizm, hukukî pozitivizmin ahlaki olmayan eğilimine karşı etik bir alan geliştirmek amacıyla adalet ve hukuk arasındaki ayrımı kullanır. Bkz. Tie, *a.g.e.*, s. 205.

¹⁶⁶ Tie, *a.g.e.*, s. 142.

öteki olma imkânı verilmekle olur. Bu ise kaçınılmaz olarak hukukî çoğulculuğa varan bir süreçle mümkündür.¹⁶⁷

4) Postrealist Hukukî Çoğulculuk

1990'lı yıllarda yoğun bir şekilde gündeme gelen bu hukuk anlayışı postmodern hukuk anlayışından etkilenmiş olsa da, onu diğer hukuk anlayışlarından ayıran en temel duruşu, Marksist hukuk teorisinin reddedilmesine dayanmasıdır. Marksist hukuk anlayışına hukukî öznellik temelli bir liberal bakış kazandırmayı amaçlayan postrealist hukukî çoğulculuk, farklı perspektiflerin hukukun inşasına dâhil edilmesini öngörür.¹⁶⁸

Alan Hunt ve Boaventura de Sousa Santos'un öncülüğünü yaptığı bu hukuk anlayışı, genel olarak hukukî öznellik ve hukukun çok kültürel boyutlarıyla üzerinde yoğunlaşır. Bu anlayışa göre özerk bir hukukî öznellik biçimi savunularak kişilerin hukukun oluşum sürecine özgürce katılma imkânları aranır. Birçok kültürel hukuk kavramının olabileceğini kabul eden bu hukuk anlayışı, adaletin öznelerin doğru bulunduğu şey olduğunu savunur.¹⁶⁹

Bu bağlamda Santos'a göre devlet, hukuku kapitalizmin yaygın sınıf uyuşmazlıklarını dengelemek için bir mekanizma olarak kullanır. Bunu yaparken mahkeme, hapisane gibi şiddet ve bürokratik yollara başvurur.¹⁷⁰ Santos, çok merkezli dünyada devlet hukukunun, politik faktörler için bir araç olmaya devam ettiğini, ancak devletin, doğru ölçütleri koymada ve adaleti tesis etmede ihtiyaç duyduğu araçlardan mahrum olduğunu savunur.¹⁷¹

Postrealizm, pozitif hukukun yargılamada tek meşru alan olarak kabul edilmesini kabul etmez. Hukuk yanlış şekilde gelişen sosyal değerlerden etkilenebilmektedir. Mesela geleneksel olarak kapitalizmi, ataerkilliği ve etnik kavimciliği temel değerler olarak görebilir.¹⁷² Postrealist hukukî söyleme göre hukuk düzenleri, farklı kültürel toplulukların değerli tercihlerini açıklayan ve tanımlayan

¹⁶⁷ Cornell, *a.g.e.*, s. 203.

¹⁶⁸ Tie, *a.g.e.*, s. 93-4

¹⁶⁹ Tie, *a.g.e.*, s. 94-5.

¹⁷⁰ Santos, "Law and Community: The Changing Nature of State Power in Late Capitalism", *International Journal of the Sociology of Law*, Vol. 8, (1980), s. 380.

¹⁷¹ Santos, "Law: A Map of Misreading", s. 298.

¹⁷² Tie, *a.g.e.*, s. 95.

hukukî yargılama standartlarını üretmek konusunda karşılıklı etkileşim içindedir.¹⁷³ Postrealist hukukî bakış açısına göre kültürel toplulukların hukuku güçlendirdiği bile söylenebilir. Çünkü hukukun en muhtaç olduğu meşruiyet, bu şekilde en üst düzeye çıkarılabilir.¹⁷⁴ Postrealistlere göre hegemonya karşıtı kesimlerin hukuk karşısındaki durumunu tespit edebilmek için, öncelikle bölgesel kimliklerin inşa edilmesi ve devletin hukuku nasıl kullandığını anlamak gerekir.¹⁷⁵

IV) HUKUKÎ ÇOĞULCULUĞUN UYGULAMA ÖRNEKLERİ

Hukukî çoğulculuk teorisyenlerinin, düşüncelerini savunurken interdisipliner bir çerçevede felsefeden, siyasete, sosyolojiden antropolojiye kadar birçok bilimin kavramlarına başvurması kadar, bu hukuk anlayışının yerleşik hukuk anlayışlarından bir kopuş anlamına geldiği için, yerleşik hukukun kavramlarını kullanmaması bu düşüncenin anlaşılmasını güçleştirmektedir. Bundan dolayı, hukukî çoğulculuğun uygulama örneklerine başvurulması, bu teorik karışıklığın giderilmesinde faydalı olacaktır. Chiba'nın da belirttiği gibi Batı dışı toplumlarda görülen hukukî çoğulculuk daha ziyade yerli hukuk ile transfer edilmiş hukuk veya geleneksel hukuk ile modern hukukun oluşturduğu ikili yapı şeklinde görülmektedir.¹⁷⁶ İslam hukukunu temel alırsak, örneğin Hindistan, Tayland, Sri Lanka, Filipinler, Japonya ve Çin gibi birçok Asya ülkesinde İslam hukuku, azınlık hukuku olarak hukukî çoğulculuğun bir unsuru durumundadır. Afganistan, Pakistan, Bangladeş, Endonezya ve Malezya gibi bazı İslam ülkelerinde ise, çoğu Batı'dan ithal edilmiş modern hukuk sistemi yanında varlığını sürdüren İslam hukuku, geleneksel veya yerli hukuk olarak değerlendirilebilir.¹⁷⁷

Hukukî çoğulculuk olgusunun, birbirinden farklılık gösterse de günümüz toplumlarının bir karakteristiği haline geldiği söylenebilir. Bu çerçevede farklı kültürel ve tarihi gerçekliği olan üç ülkedeki hukukî çoğulculuk uygulamalarına daha yakından

¹⁷³ Tie, *a.g.e.*, s. 106.

¹⁷⁴ Yüksel, Murat *a.g.e.*, s. 185.

¹⁷⁵ Santos, "Law and Community", s. 396.

¹⁷⁶ Chiba'ya göre geleneksel veya yerli hukuk, çoğunlukla Yahudi hukuku, Hristiyan hukuku, İslam hukuku, Hindu hukuku, Budizm hukuku veya diğer dinî hukuk formlarını içine alan farklı hukuk sistemlerinin oluşturduğu hukukî yapılardan veya insanlar arasında gayri resmi olarak varlığını sürdüren akrabalar hukuku, kabile hukuku, örf hukuku, bölgesel hukuk ve kozmolojik değeri olan diğer hukuk türlerinden oluşmaktadır. Bkz. Chiba, *a.g.m.*, s. 232.

¹⁷⁷ Chiba, *a.g.m.*, s. 232-3.

bakmak istiyoruz. Bu örneklerin ilki dünyanın doğusundan Endonezya, ikincisi Orta Doğudan İsrail ve üçüncüsü Batı'dan Kanada.

A. Endonezya'da Hukukî Çoğulculuk

14. yüzyılda İslam diniyle tanışan ve şu anki nüfusunun %84'nü (yaklaşık 200 milyon) Müslümanların oluşturduğu Endonezya'da yürürlükteki hukuk sistemi Roma/Hollanda hukukuna dayalıdır. 16. yüzyıldan itibaren İslam mahkemelerinin teşekkül edip İslam (Şafîî) hukukunun uygulandığı ülke, 1835 yılında Hollandalılar'ın işgaline uğramış ve bu mahkemelerin yetkileri aile ve miras hukuku ile sınırlandırılmıştır.¹⁷⁸ Hollandalıların bölgeyi terk etmelerinden sonra da Roma/Hollanda hukukuna dayalı hukuk sisteminin uygulanmaya devam ettiği Endonezya'da hükümet, 1974 yılında yeni bir reform yaparak hukukun tüm alanlarında Roma/Hollanda hukukunun uygulamasını amaçlamıştır. Ancak gelen yoğun tepkiler karşısında bu düşüncesinden vazgeçerek daha önceki uygulamaya devam edilmiştir. Mevcut uygulamada isteyen Müslümanlar, evlenme, boşanma, vesayet, nafaka ve miras gibi konularda İslam hukukuna bağlı olup, bu konulardaki davalarını İslam mahkemelerinde çözüme kavuşturabilmektedirler. Ancak sivil mahkemeler, hukukun diğer alanlarında tüm vatandaşların davalarına bakmakla mükellef kılınmışlardır. Fakat devlet yetkililerinin, İslami hükümler ile seküler kurallar arasındaki farklılıkları azaltmayı amaçlayan bazı düzenlemeler yaptıkları görülmektedir. Örneğin talak yoluyla boşama ile mahkeme aracılığı ile boşanma¹⁷⁹ arasında bir orta yol bulunmuştur. Buna göre İslam hukukuna göre evlenen bir erkeğin karısını boşamak istemesi halinde boşama sebebini gösteren bir dilekçeyle kendi bölgesindeki İslam mahkemesine başvurması gereklidir. İslam mahkemesi dilekçede belirtilen boşanma gerekçelerinin doğru olduğunu şahitlerle teyid edip dilekçeyi kabul ederse koca, hâkimin huzurunda ve topluma açık bir mahkemede talak

¹⁷⁸ Cammack, Mark, "Islamic Law in Indonesia's New Order", *The International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 38, No. 1. (Jan., 1989), s. 54-5.

¹⁷⁹ Bu düzenlemeye göre kişinin, karısını boşamak istediğinde zina, alkol veya uyuşturucu bağımlılığı, kumar, iki yılı aşan terk, beş yılı aşan hapis cezası, eşini aldatma, evliliğin gereklerini yerine getirmemek ve düzeltilemeyecek şekilde devam eden anlaşmazlık gibi bir gerekçeyle mahkemeye başvuracağı ve mahkemenin bu yönde vereceği bir kararla ancak evliliğin sonlandırılabilceği karara bağlanmıştır. Bu düzenleme erkeğin, tek taraflı ve mahkemeye başvurmaksızın eşini boşayabilmesine imkan veren talak yetkisinin elinden alınması anlamına gelmekte idi. İslami kesimlerden bu düzenlemeye karşı şiddetli itirazlar yükselince devlet yöneticileri, devlet hukuku (kanun) ile İslami hükümler arasındaki bu zıtlığı giderecek yeni düzenlemeler yapmıştır.

kararını ilan eder. Mahkeme şahitlerin huzurunda kocaya “*Tek Talakın Gerçekleştiğine İlişkin Belge*” vererek kocanın bu kararını onaylar. Bu şekilde hem İslami hassasiyetler göz ardı edilmemiş olmakta hem de boşama işlemi seküler devlet hukukunun formatına uygun hale getirilmiş olmaktadır. Benzer şekilde devlet kanunları çok evliliği yasaklarken, İslam hukukuna göre çok evlilik meşru görülmektedir. Bu çatışma ise, ikinci eş almak isteyen kişinin, böyle bir evliliği gerektirecek bir durumun olduğunu mahkeme huzurunda kanıtlaması ile ancak mümkün görülerek aşılmıştır.¹⁸⁰ Endonezya, dünyanın en çok Müslüman nüfusuna sahip İslam ülkesi olmasına rağmen, bu ülkede siyasal İslam taraftarları azınlıktadır. Endonezya hükümeti 1974 yılında din ayrımı yapmaksızın bütün vatandaşlara tek bir hukuk sistemini uygulamak için girişimde bulunmuş, ancak gelen tepkiler üzerine bu düşünceden vazgeçmiştir.¹⁸¹

B. İsrail’de Hukukî Çoğulculuk

Tarihte olduğu gibi günümüzde de çok farklı din ve kültürden insanın yaşadığı Filistin bölgesi, uzun süreler Osmanlı Devleti’nin bir parçası olarak millet sistemiyle¹⁸² yönetilmiştir. 1920 yılında İngilizlerin işgaline uğrayan bu bölge, 1948’de İsrail devletinin resmen kurulmasına kadar İngiliz mandasında kalmıştır. Bu süreçte İngilizler, Osmanlı’nın idarî ve hukukî yapısını aynen devam ettirmiş ve millet sisteminin Anglo-Filistin tarzını geliştirmişlerdir. Osmanlı Millet Sistemi’ne uygun olarak din merkezli birimler oluşturulmuştur. Yahudi Temsilciliği (Jewish Agency) ve Yüksek İslam Konseyi (Supreme Muslim Council) kurularak, yerleşik sosyo-politik ve hukukî yapılanma muhafaza edilmiştir.¹⁸³

1948 yılında İsrail devletinin kurulmasıyla birlikte İngilizler bölgeyi terk etmişlerdir. Seküler bir devlet olarak kurulan İsrail, bulunduğu bölgenin dinî dokusunu görmezden gelmemiş ve daha önceki Osmanlı ve İngiliz sisteminin uyguladığı din

¹⁸⁰ Cammack, a.g.m., s. 62-63.

¹⁸¹ Cammack, a.g.m., s. 54-55.

¹⁸² Fatih Sultan Mehmet döneminden itibaren uygulanmaya başlayan bu sistem, Osmanlı Devleti’nde yaşayan gayrimüslimlerin, dinlerine/milletlerine göre tasnif edilmesini ve her milletin devlet tarafından desteklenen bir iç hiyerarşisinin olmasını öngörmektedir. Bkz. Eryılmaz, Bilal, *Osmanlı Devletinde Millet Sistemi*, Ağaç Yay., İstanbul, 1992, s. 11-3; Bozkurt, Gülnihal, *Gayrimüslim Osmanlı Vatandaşlarının Hukukî Statüsü*, Türk Tarih Kurumu Yay., Ankara, 1989, s. 9-10; Ortaylı, İlber, “Millet Sistemi” *DİA*, XXX, 66.

¹⁸³ Ghandour, Zeina, “Religious Law in a Secular State: The Jurisdiction of the Shari’a Courts of Palestine and Israel”, *Arab Law Quarterly*, Vol. 5, No. 1. (Feb., 1990), s. 26.

ayırımına dayalı siyasî ve hukukî yapılanmayı devam ettirmiştir. Devletin resmî hukuk sistemi seküler olmasına rağmen devletin diğer dinî azınlıklara tanımış olduğu hukukî muhtariyet ve bunun yanında zamanla güçlenen Ortodoks Yahudi nüfus, Yahudi şeriatının uygulanabilmesi için dinî (*Rabbinal*) mahkemelerin kurulmasını sağlamışlardır. Bu mahkemelerin devlet tarafından tanınmasındaki ilk amaç dinî kurumların taleplerini yerine getirmek idi.¹⁸⁴ Ancak bu mahkemeler giderek Ortodoks olmayan çoğunluktaki diğer Yahudilerin temel hak ve özlüklerini ihlal etmeye başlamıştır.¹⁸⁵

Yahudi nüfus, 1922 yılında genel nüfusun yaklaşık %10'unu oluşturuyorken, göçler sonucu çoğunluğu ele geçirmiştir.¹⁸⁶ 1998 yılında yapılan nüfus sayımına göre, yeşil çizginin¹⁸⁷ içinde 900 bin civarında Arap yaşamakta ve genel nüfusun %17'sini oluşturmaktadır. Bunların %75'ini Sünnî Müslümanlar, %14'ü Hıristiyanlar ve %12'sini ise Dürzîler teşkil etmektedir.¹⁸⁸ Bu dinî gruplar, Osmanlı'daki gibi kendi dinlerini yaşamada ve dinî mahiyeti olan hukukî düzenlemelerde serbest bırakılmışlardır. İsrail'de devlet tarafından tanınan 14 dinî topluluk vardır ve her birinin kendi dinî mahkemesi bulunmaktadır. Bu mahkemeler topluluk mensuplarının davalarına bakmak yetkisine sahiptir. Ayrıca bu cemaat mahkemelerinde görülen davaların bölge mahkemelerine ve yüce divana kadar temyiz edilebilmesi de mümkündür.¹⁸⁹

İsrail'deki en büyük azınlık durumunda olan Müslüman Araplar, bu konuda diğer azınlıklara göre daha ileri durumdadırlar. İsrail'de Müslümanların temsil

¹⁸⁴ İsrail hukukuna göre, bir Yahudinin evliliğinin resmen Halagah kanunlarına göre ve Yüce Rabbinal kurul tarafından atanmış bir rahibin huzurunda olması gerekir. Halagah, Yahudi birinin Yahudi olmayanla evliliğini meşru görmez. Halagah kanunlarına göre boşananların yeniden evlenmelerini ve sahte Yahudilerle gerçek Yahudilerin evlenmelerini caiz görmez. Zina sebebiyle boşananların, sevgilisi ile evlenmesini yasaklar. Halagah kanunları gerçek bir Yahudi'yi tanımlamaktadır. Bkz. Şami, Reşad Abdullah, *Din Devleti İsrail*, İlke Yay., İstanbul, 2002, s. 59-60; Sezgin, a.g.m., s. 25-28

¹⁸⁵ Şami, a.g.e., s. 57-60.

¹⁸⁶ Gnş. Bkz.

<http://domino.un.org/UNISPAL.NSF/9a798adbf322aff38525617b006d88d7/a682cabf739febaa052565e8006d907c!OpenDocument> (Erişim 28.05.2007).

¹⁸⁷ Yeşil çizgi, İsrail'in 1967 öncesini sınırlarını göstermekte olup, daha sonra işgal edilen Batı Şeria, Gazze ve Golan Tepeleri bu çizginin dışında kalmaktadır. Bu çalışmanın asıl konusu da bu çizginin içinde kalan ve siyasî olarak İsrail'e ait olan bölgelerdeki hukukî uygulamalardır.

¹⁸⁸ Ghanem, As'ad. *The Palestinian-Arab Minority in Israel, 1948-2000*, Suny Press, New York 2001, s.1'den naklen Sezgin, a.g.m., s. 21.

¹⁸⁹ Sezgin, a.g.m., s. 21.

edildikleri en üst düzey yapı, İngiliz döneminde kurulan Yüksek İslam Konseyi'dir.¹⁹⁰ Bu konsey daha çok politik bir kurumdur. İsrail devleti ile üst düzey görüşmeler yapar ve İslam mahkemelerini bünyesinde toplar. Yüksek İslam Konseyi'nin çalışmaları sonucu İslam mahkemelerinde sadece Müslümanlar görev yapabilmektedirler. İslam mahkemelerinde görev yapacak kadılar, İslam Yargıtay Başkan ve üyeleri ve İslam mahkemeleri müfettişleri bu kurum tarafından atanmaktadır.¹⁹¹

İsrail devleti, kuruluşunun ilk yıllarından itibaren Osmanlılardan ve İngiltere'den devraldığı hukuk sistemini, kendi siyasî ve hukukî yapısına uygun hale getirmeye çalışarak melez bir hukuk sistemi oluşturmayı amaçlamaktadır. Bu amaçla 1950'de Nezaret ve Akka adında Yafo ve Tayyibe'de iki mahkeme kurmuş ve daha önceki İngiliz sistemine benzer şekilde, Kudüs'te iki veya üç kadıdan oluşan bir İslam Yargıtay Mahkemesinin kurulmasını sağlamıştır. Bu kadılar, devlet tarafından atanmakta ve devlet hukukuna uygun davranacaklarına dair yemin etmekte idiler.¹⁹²

Ancak İsrail 1951 yılında, önce Yüksek İslam Konseyi'ni kaldırmış daha sonra da İslam mahkemelerinin yetkilerini daraltarak bu mahkemelere sadece ahval-i şahsiyeye dair davalara bakma yetkisi vermiştir.¹⁹³ İsraili Müslümanlar'ın başvurdukları İslam mahkemeleri hemen hemen tüm kişisel ve vakıflarla ilgili konularda bağımsız olarak karar alma yetkisine sahiptir. Bu mahkemelerin yargıçları (kâdî), orta doğudaki diğer ülkelerden daha fazla, İslam'ı yorumlama ve ona başvurma yetkisine sahiptirler. Devlet mahkemeleri gibi İslam mahkemelerinin resmî daireleri vardır ve görevlilerin maaşları devlet tarafından ödenmektedir. 1961'de çıkarılan Kâdî Hukuku'na göre, onlar İsrail devlet başkanı tarafından atanmaktadırlar.¹⁹⁴

¹⁹⁰ İngiliz sömürgeci döneminde kurulan Yüksek İslam Konseyi'nin hukukî statüsü tam olarak belli değildir. Kendi başına mı yoksa hükümet tarafından mı desteklendiği belirsizdir. Hatta devlet yapısı içinde yasama rolüne mi sahipti bu da bilinmemektedir. Ancak manda idaresi Yüksek İslam Konseyi'ni şu şekilde tanımlıyordu: “İslamî mahkemeleri kontrolle yetkili bir devlet kurumu. Fakat isteklerini yerine getirme ve diğer faaliyetlerde bulunma konusunda bağımsız bir kurum.” Bu kurumun zamanla gücü artırmış, müftü ve vakıf yöneticilerini de atamaya başlamıştır. Bkz. Ghandour, a.g.e., s. 28.

¹⁹¹ Ghandour, a.g.m., s. 27.

¹⁹² <http://countrystudies.us/israel/84.htm> (Erişim 28.05.2007).

¹⁹³ Ghandour, a.g.m., s. 29.

¹⁹⁴ Sezgin, a.g.m., s. 22.

Demokratik ve liberal bir devlet olarak kurulan İsrail, ilk dönemlerde azınlıkları ahval-ı şahsiye konularında tamamen serbest bırakmıştır. Ancak Knesset¹⁹⁵ meclisinin çıkarmış olduğu kanunlar çerçevesinde azınlık mahkemelerinin verdiği bazı kararlara müdahale edilmeye başlanmıştır. Örneğin 1950 yılında çıkarılan evlilik yaşını düzenleyen kanuna göre evlilik yaşı 17 olarak belirlenmişti. Hanefi mezhebini esas alan İslam mahkemeleri ise evlenecek kişilerin fiziksel olarak yeterli olmasını yeterli görüyorlardı. 1951’de çıkarılan Kadınların Eşitliğine Dair Yasa ile de çok evlilik yasaklanmış ve bu tür evliliklerden dolayı 5 yıla kadar hapis cezası öngörülmüştür. Ayrıca erkeğin mahkemeye başvurmaksızın muhâle’ a veya dinî kanunlar çerçevesinde eşinden boşanması büyük bir suç olarak görülmüş ve talak yoluyla yapılan tek taraflı boşanma hukuk dışı sayılmıştır. Vekalet konusunda da bir takım değişiklikler yapılmıştır.¹⁹⁶ Kadılar, İsrail’in kurallarına uyacaklarına dair yemin etmelerine rağmen bu reformları görmezden gelmişlerdir.¹⁹⁷

İsrail devleti, halkın ve uluslararası güçlerin tepkisini çekmemek için, İslamî kuralların geçerliliğini tamamen kaldırmak yerine bazı değişikliklere gitmeyi tercih etmiştir.¹⁹⁸ 1988’de İslamî Danıştay Başkanlığı, İsrail hukukuna daha uygun görülen Mısır ve Suriye gibi ülkelerdeki hukukî uygulamaları esas alarak mevcut ahval-ı şahsiye hukukunun değiştirilmesini sağlamıştır.¹⁹⁹

İsrail’de yaşayan Dürziler, Osmanlı döneminde ayrı bir millet olarak kabul edilmemesine rağmen, İngiltere tarafından ayrı bir din olarak görülmüştü. Ancak Dürziler’in ayrı mahkemeleri olmadığı için İslam mahkemelerine başvurmaya devam etmişlerdir. İsrail döneminde ise Knesset, Dürzî Dinî Mahkemelerine dair kanun çıkararak onlara da ayrı mahkeme kurdurmuştur.²⁰⁰

¹⁹⁵ İbranice meclis anlamına gelen Knesset kelimesi, İsrail devletinin yasama organını ifade eder. Knesset meclisi 4 yıl için seçimle işbaşına gelir ve 120 üyeden oluşur.

¹⁹⁶ Sezgin, a.g.m., s. 24.

¹⁹⁷ Ghandour, a.g.m., s. 30; Layish, Aharon, *Women and Islamic Law in A Non-Muslim State: A Study Based on Decisions of the Shari’a Courts in Israel*, New York: John Wiley & Sons. 1975, s.132-3.

¹⁹⁸ Layish, a.g.e., s. 134-5.

¹⁹⁹ Buna göre Hanefilerin görüşü terk edilerek Şafîî ve Mâlikî mezhebine dayandırılarak, kızların erkeklerle mirastan aynı oranda pay almaları, eşin reddiyeye dahil edilmesi ve dedelerinden önce ebeveyni ölen çocukların (dede yetimi), anne-babaları adına dedelerinden kalan mirasın 1/3’ünü geçmeyecek şekilde almaları karara bağlanmıştır. Bkz. Ghandour, a.g.m., s. 32.

²⁰⁰ Ghandour, a.g.m., s. 37-9; Sezgin, a.g.m., s. 14; Layish, Aharon, “Polygamy and the Druze Family in Israel”, *Journal of the American Oriental Society*, Vol. 99, No. 1. (Jan. - Mar., 1979), s. 58-9.

C. Kanada'da Hukukî Çoğulculuk

Büyük bir göçmenler ülkesi olan Kanada, hukukî çoğulculuğun en güzel örneklerinden birini sunmaktadır.²⁰¹ Kanada'da yönetim, seçimle belirlenen üç kademeli bir yapıdan oluşmaktadır. Bunlar, Federal hükümet (Federal Government), Eyalet Hükümetleri (Provincial Governments) ve Yerel Hükümetlerdir (Municipal Governments). Bu oluşumun en önemli sonucu, ülkedeki mevcut kanunların hangi kanun koyucu tarafından yasalaştırıldığı ve yetki alanlarıdır. Kısaca değinmemiz gerekirse; milli savunma, dış işleri gibi, tüm ülkeyi ilgilendiren konulardaki yasalar Federal Meclis tarafından çıkartılıp uygulanır. Daha çok bölgesel sorunları ilgilendiren konulardaki yasalar ise, örneğin eğitim, ormancılık, sağlık eyalet meclislerince yasalaştırılıp eyalet hükümetlerince uygulanırlar. Bu arada her iki kademe hükümetin de yetki alanına giren sahalar oldukça fazladır. Örneğin, vergi toplama yetkisi Federal Hükümete ait olmakla birlikte, vergilerin toplanması Eyalet Hükümetleri Maliye Bakanlıkları ile birlikte yürütülür. Bu arada örneğin Federal Bankacılık Yasası, Faiz Yasası Federal Maliye Bakanlığı yetki sahasına girmesine karşın, birer mali kuruluş olan "Trust ve Saving Union"larla ilgili yasa düzenlemeleri Eyalet Hükümetlerine bırakılmıştır. Yerel Hükümetlere gelince; gene ilk derece seçimle işbaşına getirilmiş Başkanları ve de Belediye Encümen Azaları Encümenden geçirdikleri yasalarla belediye sınırları dahilindeki lokal sorunları çözümlenmeyi amaçlarlar.²⁰²

Yaklaşık iki milyon müslümanın yaşadığı Kanada'da Müslümanlar, kurdukları çok sayıda sivil toplum örgütleriyle taleplerini devlet kurumlarına ulaştırabilmektedir. Yöneticileri genellikle demokratik yollarla belirlenen bu kuruluşların başında Kanada Yüksek İslam Konseyi (Islamic Supreme Council of Canada), Kanadalılar Kongresi (Muslim Canadian Congress), Kanada Müslüman Derneği (Muslim Association of Canada) ve Kuzey Amerika İslam Topluluğu (Islamic Society of North America) gelmektedir. Oldukça etkili faaliyetler yürüten bu kurumlar Müslümanların bazı taleplerinin Kanada makamlarınca resmen kabul edilmesini ve bu taleplerin hukukî bir

²⁰¹ Kanadada bazı yerli (aborjin) gruplar, kendilerini hukukî yönden Kanada vatandaşı olarak görmemektedirler. Onlara göre Kanada vatandaşlığı, kendi irade ve arzuları dışında zorla dayatılan bir özdeşleşmedir. Bkz. Tok, *a.g.e.*, s. 280.

²⁰² Karabilgin, Eray, "Yasaların Oluşturulması Açısından Kanada Hukukuna Genel Bir Bakış" http://www.vancouverturkishsociety.org/toplum/toplumapril2003/toplum_spring2003_02.htm (erişim 20.07.2007).

zeminde vücut bulmasını sağlamışlardır.²⁰³ Kanada Devleti, bu yöndeki kültürel ve dini taleplere oldukça uygun bir hukukî yapıya sahiptir. Ancak Kanada Devleti'ni islami hükümlerin uygulandığı ülke anlamına gelen *dâru'l-kazâ* (darul-qada) şeklinde tanımlayan bazı müslüman kuruluşların İslam hukukuna göre yargılama yapacak mahkeme talepleri kabul edilmemiştir.²⁰⁴

V- HUKUKÎ ÇOĞULCULUĞUN OLUMLU YÖNLERİ

A- Kimlik Oluşumu ve Özgürlüklere Daha Uygun Bir Hukuk Anlayışı Olması

Yukarıda daha geniş olarak belirttiğimiz gibi, hukukî çoğulculuk düşüncesini savunanların temel tezlerinden biri, devletin hukuk yoluyla bireylerin kimlik ve kişiliklerine yön vermesidir. Bu anlamda hukuk, bireyler için sadece uyuşmazlıklarını çözmek için başvurdukları bir gerçeklik değildir. Özellikle *çağdaş* veya *yeni hukukî çoğulculuk* olarak adlandırılan anlayışta tüm tartışmalar hukukun bu yönüne işaretle, hukuk-kültür ilişkisi çerçevesinde cereyan etmektedir.

Üzerinde yoğun tartışmaların yaşandığı kültür kavramı, insan toplumuna özgü, bilgi, inanç ve davranışlar bütünü ve bu bütünün parçası olan dil, düşünce, gelenek, işaret sistemleri, kurumlar, yasalar, aletler, teknikler, sanat yapıtları gibi her türlü maddî ve manevî unsuru (görünümü) kapsayan sosyal bir olgu olarak tanımlanabilir. Sosyologlar, hangisinin daha öncelikli olduğu konusunda ihtilafa düşseler de, kültürün birey için iki açıdan oldukça önemli olduğunda hem fikirdirler: Özgürlük ve kimlik.²⁰⁵ Kültürün daha çok bireysel özgürlük açısından önemli olduğunu öngören özgürlük *temelli yaklaşıma* göre kültür, bireysel özgürlük için bir önkoşuldur ve bireysel tercihler için seçenek ve anlamlar sağlayarak onu teşvik eder. Kültürü önemli kılan şey de onun özgürlüğü destekleyici rolüdür.²⁰⁶

²⁰³ http://www.chp.ca/arc-CHPSpeaksOut/islamic_law.htm (erişim 10.09.2007).

²⁰⁴ <http://www.islamicsupremecouncil.com/> (erişim 10.09.2007).

²⁰⁵ Tok, Nafiz, *Kültür, Kimlik ve Siyaset*, Ayrıntı Yay., İstanbul, 2003, s. 38-9.

²⁰⁶ Bu yaklaşımın önde gelen savunucularından Kymlicka, bireyin kendisine olan saygısını garantileyen şeyin, sahip olduğu değerlere dayalı bir yaşam planı oluşturması kadar, bu değerleri sorgulayıp gözden geçirmesi ve gerekirse değiştirme özgürlüğünü elinde bulundurması olduğunu ileri sürer. Ona göre bireyin özerkliğini sağlayan, özgürlüğünü güvence altına alan, kendine olan saygısını tesis eden, ona seçim yapmak için seçenekler ve bu seçeneklerin değeri hakkında inançlar sağlayan kültürel bağlamdır. Bu anlamda kişiyi tam anlamıyla irade sahibi bir varlık haline getiren en önemli şey

Kültürü asıl önemli kılan şeyin bireysel özgürlüğü teşvik etmesi olduğunu savunan bir kısım düşünür ise, kişinin özgürlüğünü kullanarak kimliğini oluşturan kültürel özdeşleşmeleri ve seçimleri yapabilmesi üzerinde dururlar. *Kimlik temelli* bu yaklaşıma göre birey, özgürlüğünü kullanarak bir kültürle kendini tanımlar. Bu anlayışa göre, kültürel üyelik doğumla kazanılır ve birey büyüyüp geliştikçe keşfedilmeye başlar.²⁰⁷ Bu bağlamda kültür, bireyin kimliğinin ve bu sebeple de bir kişiliğinin²⁰⁸ oluşabilmesi için gerekli bir önkoşuldur. Yani kültürel kimlik gerçek kişilerin zorunlu bir ögesidir. Kimlik bir kimsenin insanlığına özel içeriğini veren ve onu herhangi bir insan değil, belli bir kişi yapan şeydir. Kısaca kişilerin kültürel kimliklerinin tanınması, insan olma erdeminin bir gereğidir.²⁰⁹ Bundan dolayı çağdaş birçok düşünür, sosyo-kültürel birimlerin kendi kendini yönetmelerinin kimlik gelişimi ve özgürlükler için daha uygun olduğunu savunmaktadır. Postmodern düşünürlerin de ısrarla vurguladıkları gibi, kimlik ve bilgi alanındaki dil oyunlarının çokluğu, hukuk ile kültür arasındaki sıkı ilişkinin görülmesinde engel olduğu için bu noktanın aydınlatılması gereklidir. İşte bu amaçla hukuk-kültür üzerinde duran hukukî çoğulculuk taraftarları, bireyin kimlik ve kişiliğinin oluşumunda çok önemli bir unsur olan hukuk konusunda, onun sadece pasif bir alıcısı olmayıp aynı zamanda birçoğu arasından alternatif bir hukuk kuralını tercih

özgürlüktür ve bu da ancak kültürel bir üyelikle mümkündür. Kymlicka, *a.g.e.*, s. 83-4; Benhabib, *a.g.e.*, s. 17-8; Tok, *a.g.e.*, s. 41, 44-5.

²⁰⁷ Benhabib, *a.g.e.*, s. 17-8; Tok, *a.g.e.*, s. 40.

²⁰⁸ Kişilik konusunda çağdaş iki anlayış söz konusudur: Liberal kişilik anlayışı ve cemaatçi kişilik anlayışı. Liberal kişilik anlayışına göre, kişi ile amaçları ve hedefleri arasında bir ayrım vardır ve kişilik her zaman önceliklidir. Buna göre amaçlar, hedefler, tasarılar ve bağlılıklar kişiliğin kurucusu değildir. Kişi ile amaç ve hedefleri arasında bir mesafe vardır. Kişinin sahip olduğu değerler, bağlılıklar ve hedefler ile kim olduğu arasında bir ayrım söz konusudur. Burada kişinin akıl sahibi olması, onun kişiliğinin en önemli vasfıdır. Cemaatçi kişilik anlayışı ise, liberallerin dediği gibi sadece pratik akla sahip olmanın oluşturduğu, amaç ve bağlılıklarından ayrı bir kişilik anlayışını reddetmektedir. Onlara göre, kişinin hedef, amaç ve bağlılıkları kişiliğinin kurucu unsurlarıdır. Liberal görüşte, pratik akıl kullanımı düşünme yoluyla yapılan seçim olarak anlaşılırken, cemaatçi görüşte bu, kendini keşfetme olarak anlaşılır. Nafiz Tok'un hem liberal hem de cemaatçi kimlik anlayışlarını reddederek onlara alternatif olarak geliştirdiği *işlevsel kimlik* anlayışı ise hem keşfetmeyi hem de eleştirel düşünceyi içeren bir anlayıştır. Bu anlayışa göre kişinin gerçekten mevcudiyet kazandığı süreç, diğer kişilerle etkileşim içerisinde sosyo-kültürel bir bağlamda oluşan özneler arası bir süreçtir. Bu teori, Habermas'ın *iletişimsel ahlak teorisine* paralel olarak kimliğin oluşum süreci *bağlam-bağımlı* olarak diğer insanlarla etkileşim halinde olduğu gerçeğine dayalıdır. Yine bu anlayışa göre aynı kültürün içindeki iki kişinin kimlikleri aynı olmadığı gibi, bir kişinin de kimliği zamanla değişebilir. Tok, *a.g.e.*, s. 93-4, 118-9; Benhabib, *a.g.e.*, s. 26-7.

²⁰⁹ Tok, *a.g.e.*, s. 122, 144.

eden aktif bir fail olabilmesini savunurlar.²¹⁰ Bu perspektiften hukukî çoğulculuk teorisyenleri, merkeziyetçi (monist) bir hukuk anlayışının, ülke içinde bulunan farklı kültürel değerlerin ve dolayısıyla farklı kimliklerin yok olması anlamına geldiğini savunurlar.²¹¹ Ortak kimlik ve ortak değerler varsayımını öngören politikalar, *tam vatandaşlık* (full citizenship) için farklı kültürleri görmezden gelmektedirler. Ancak hukukî çoğulculuğu savunanlara göre *tam vatandaşlık* ideali için, *kültürel görünebilirlik* (cultural visibility) yok edilmemelidir.²¹² Taylor'a göre azınlık toplulukları, hukukî haklar olmaksızın doğrudan doğruya yok olma tehlikesiyle karşı karşıya kalırlar. Bu yüzden Taylor, pozitif hukukun, kültürel toplulukları tanınması ve onlara uygun hukukî düzenlemeler yapması gerektiğini savunur.²¹³ Çoğulculuğu öngören bu hukuk anlayışı özgürlüklere daha uygundur. Çünkü bu anlayışa göre hukuk, devlet eliyle yapılmış kurallar olmaktan çıkarak, kültürel değerleri, toplumun normatif değerlerini tanıyarak bireylere ve devlet altı sosyal yapılara özgür bir alan oluşturur. Lagne'nin de belirttiği gibi hukukî çoğulculuğun tanınması toplumda var olan kimliklerin korunması için gereklidir.²¹⁴

B- Devletin Meşruiyetini Artırması, Hoşgörüyü Yaygınlaştırması ve Potansiyel Çatışma Riskini Azaltması

Özellikle sömürge ve çok etnikli toplumlarda, ülkedeki sosyal grupların politik desteklerini almak, etnik veya dinî gruplar arası potansiyel çatışma riskini azaltmak ve kenar bölgelere hukuk kurallarını ve devlet otoritesini yaymak amacıyla hukukî

²¹⁰ Chiba, hukukî çoğulculuğun bulunduğu bir ülkede yaşayan bir kişinin hukukî düzenlemenin sadece pasif bir alıcısı olmayıp farklı hukuk kuralları arasından alternatif bir hukuk kuralını tercih eden aktif bir fail olabileceğini ileri sürer. Ona göre bir şeyi tercih etmek, diğerlerini reddedip birini desteklemek demektir. Bireylerin tercihleriyle bağlandıkları kurallar, hukuk ihlallerini de azaltır. Hukukî düzenlemeler çoğunlukla azınlıklarla çoğunluktakilerin çatışmalarına sebep olmaktadır. Kişilerin kendilerini pasif ve hakları çiğnenen kişiler olarak hissetmeleri hukuka karşı bir direnişe sebep olabilir. Bundan dolayı Chiba, hukukî çoğulculuk altında bulunan bir kişinin zıt hukuk kuralları arasında hukukî kararsızlık içinde kalması mümkün olsa da, birini kabul edip diğerlerini reddetme konusunda hukuken yetkili olduğunun farkında olduğunu belirtir. Ayrıca, o kişinin kültürel olarak savunulan bir zeminde kendi tercihini yapmaya cesaret kazanması sağlanır. Sonuç olarak da o geleneksel değerlerinden dolayı kültürel bir hususiyet olarak tercih yapmanın onurunu elde eder. Bkz. Chiba, a.g.m., s. 238-240.

²¹¹ Sezgin, a.g.m., s. 4.

²¹² Sinha, a.g.m., s. 49; Yüksel, Murat, a.g.e., s. 5.

²¹³ Taylor, a.g.m., s. 70.

²¹⁴ Lange, a.g.m., s. 115.

çoğulculuğa başvurulduğu görülmektedir.²¹⁵ Halkın benimsediği ve uygulamaya geldiği hukukun tanınması ile özellikle kırsal kesimlerde daha güçlü bir yargı hakimiyeti kurulmuş ve devletin otoritesinin tüm sınırlar içinde meşruiyet kazanması sağlanmış olmaktadır.²¹⁶ Bazı Latin Amerika ülkelerinde olduğu gibi yerli geleneksel hukukun resmen tanınarak yeniden hayata geçirilmesi, toplumun büyük bir kesiminin hukukileştirilmesine katkıda bulunmuş ve böylece özellikle çevre bölgelerdeki otorite boşluğu giderilmiş olmaktadır.²¹⁷

Hukukî çoğulculuğun diğer bir faydası da, toplumdaki farklılıkların tanınması, hoşgörünün sağlanması ve birlikte yaşamanın mümkün olduğunun görülmesine yardımcı olmasıdır. Bu noktada farklı normatif toplulukların varlık ve söylemlerinin toplumu tehdit etmediği müddetçe, bu toplulukları yok etmeyi ve sindirmeyi amaçlayan hukukî düzenlemelere asla başvurulmamalıdır. Aksi durumlarda, bazı grupların kendilerini toplumun geri kalan kısmından tecrit etmeleri ve zamanla bir tehdit unsuru haline gelmeleri söz konusu olabilmektedir.²¹⁸

C- Hukukun Gelişimine Katkıda Bulunması

Hukukî çoğulculuk düşüncesi, hukuk kültür ilişkisine vurgu yaparak hukukun toplumsal değerlerden ortaya çıktığını savunur. Bu düşüncenin sonucu olarak hukuk, sürekli bir değişimin yaşandığı, dinamik ve değişken toplumsal yapıyla paralel olarak kendini yenilemekte ve geliştirmektedir. Böylece hukukun statik, muattal ve donuk kurallar bütünü olması engellenmiş olmaktadır. Ayrıca hukukun çok-merkezciliğinin savunulması, hukukun toplumsal farklılıkları yansıtmasına, hukukî düzenleme biçimlerinin, yaptırım sistemlerinin ve yorumlama biçimlerinin gelişimine ve hukukun daha işlevsel olmasına yardımcı olmaktadır.²¹⁹

²¹⁵ Sezgin, a.g.m., s. 18; Yüksel, Murat, *a.g.e.*, s. 85.

²¹⁶ Sinha, a.g.m., s. 49.

²¹⁷ Van Cott, Donna Lee, "A Political Analysis of Legal Pluralism in Bolivia and Colombia", *Journal of Latin American Studies*, Vol.32, Feb. 2000, s. 210.

²¹⁸ Lange, a.g.m., s. 119-20.

²¹⁹ Lange, a.g.m., s. 119-20.

D- İnsan Hakları ve Hukuk Devletinin Gelişmesine Katkı Sağlaması

XX. yüzyılın ikinci yarısından itibaren bazı temel hak ve özgürlükler dokunulamaz, devredilemez ve vazgeçilemez olarak tanımlanarak uluslar-arası değerler haline gelmiş ve hukuk devleti anlayışının ayrılmaz bir unsuru olmuştur. Kendisini bu temel insan hakları ve hukuk devleti düşüncesine dayandıran hukukî çoğulculuk düşüncesi, aynı zamanda bu düşüncelerin gelişimini beslediği gibi, hukukî çoğulculuk düşüncesi de insan haklarının ve hukuk devletinin güçlenmesine katkıda bulunmuştur.²²⁰ Yukarıda da değindiğimiz gibi bu temel haklar, tüm insanlar için geçerli olan ortak haklar olsa da, bu haklar hayata farklı şekillerde yansımayaacaktır. Bu anlamda hukukî çoğulculuk, temel hakların farklı şekillerde yansımaya en uygun hukuk anlayışı olarak, hem insan haklarının gerçek anlamda hayata geçirilmesine ve dolayısıyla hukuk devletinin tam olarak gerçekleştirilmesine imkân verecektir.²²¹

E- Marksist Çelişkiden Kurtulmayı Sağlaması

Marksist teori, daha özgür bir toplum oluşturmak için, sınıf mücadelelerinin ve proleterya diktatörlüğünün önüne geçilmesi gerektiğini savunur. Bunu yapmak için devlete gereğinden fazla vurgu yaparak onun gücünü somutlaştırır. Ancak bu durumda bizzat devletin kendisi özgürlüklerin önünde bir engel haline gelir. İşte hukukî çoğulculuk taraftarları, bu durumun bir çelişki olduğunu ve gerçek anlamda özgürlük için hukukî çoğulculuğun savunulması gerektiğini belirtirler. Onlara göre bu çelişkiye düşmemek için çoğulcu bir hukuk anlayışı çerçevesinde, değer ve ideallerdeki farklılıkları ortadan kaldırmak değil, onların varlığını kabul etmek gerekir.²²²

²²⁰ Lange, a.g.m., s. 118-119.

²²¹ Kadir Cangızbay, “Çok-hukukluluk, Laiklik ve Laikrasi” adlı çalışmasında hukukî çoğulculuk düşüncesinin, insanın tekliği düşüncesini reddettiğini ve hiçbir mantıki sınırı bulunmayan alt-insanlıklar halinde parçaladığını savunur. Cangızbay, insan haklarının insanın nesne yönüne ait olmaması, onu “ne” olmaktan çıkarıp “kim” konumuna ulaştıran bir bakışla ele alınması gerektiğini savunur. Gñş Bil. Bkz. Cangızbay, Kadir, *Çok-hukukluluk, Laiklik ve Laikrasi*, Liberte Yay., Ankara, 2002, s. 63-74.

²²² Sinha, a.g.m., s. 49.

VI- HUKUKÎ ÇOĞULCULUĞUN OLUMSUZ YANLARI

A- Devlet Otoritesini Azaltması

Plato'dan Hobbes'a Marx'tan Weber'e kadar Batı düşüncesinde hukukun tek yapıcısı devlettir. Özellikle modernizmin ürettiği ulus-devlet anlayışıyla birlikte bu anlayış, sorgulanmaksızın kabul edilegelmiştir. Çünkü modernizme göre hukuk, devletin toplumu kontrol etmek ve şiddet kullanmayı meşrulaştırmak için başvurduğu bir yöntem olarak görülmüştür. Bu perspektiften devletin, kendi siyasal sınırları içinde bağlayıcı kurallar yapmak ve uygulamak için biricik otoritesini elinde tutmak ve bir başka otorite ile paylaşmamak amacıyla büyük mücadelelere girdiği görülmektedir.²²³ Bu perspektiften bakılınca hukukî çoğulculuk, siyasî ve ekonomik çıkarlar doğrultusunda kullanılarak devletin otoritesini sarsacak, meşruiyetini azaltacak ve onu içten içe yok etmeyi amaçlayacak rakip hukuk sistemlerine ortam hazırlanmasına vasıta kılınabilir.²²⁴ Bu sakıncalarından dolayı, günümüzün güçlü ve gelişmiş devlet yapıları gerçeğine uygun olarak, devletin kurumlarından bağımsız ve çoğunlukla da dışa kapalı hukuk merkezleri oluşturmak yerine, devletin kurumlarıyla organik bağı olan veya devlet hukukî çoğulculuğunda olduğu gibi, devletin hukuk sistemine dâhil edilmiş bir çoğulcu yapının tercih edilmesi daha uygun olabilir.

B- Toplumsal Düzene Zarar Vermesi

Çağdaş Batılı siyaset ve hukuk anlayışının oluşumunda oldukça etkili olan Hobbes'un, *büyük belirleyici* (the great definer) olarak tanımladığı devlet anlayışı, toplumsal düzenin sağlanmasını amaçlamaktadır. Bu anlayışa göre, değişik gerçeklik

²²³ Merkezi yönetimin sağlanması ve rasyonelleştirilmesi sürecinde devletler genellikle devlet dışı kuralları ya kendi hukuk manzumesine dahil ederek içselleştirmiş ya da tamamen yasa dışı kabul etmiştir. Chiba'nın da belirttiği gibi son yıllarda bu anlayıştan vazgeçilmeye doğru bir eğilim söz konusu olsa da, genel olarak tüm dünyada hala merkezîyetçi ve monist hukuk anlayışı ağırlığını korumaktadır. Çünkü böyle bir hukukî yapı, devlet yöneticilerine göre siyasî otoritelerinin sağlanması ve ülke sınırlarındaki sosyal kontrol ve düzenin devam ettirilmesi için zorunludur. Böyle bir hukukî yapıyı reddeden her türlü anlayış ise, devlet otoritesinin ve sosyal kontrolün reddi anlamına gelmektedir. İşte hukukun kaynağı olarak toplumu gören ve toplumsal düzene zarar vermeyen her türlü bireysel ve grupsal farklılığa yaşam hakkı tanıyan hukukî çoğulculuk düşüncesi bu çerçevede ideal bir hukuk anlayışı olarak görülmemektedir. Bundan dolayı merkezîyetçilik yerine hukukî çok merkezçiliği savunan, hukuku devletin ürettiği kurallar olmaktan çıkarıp toplumsal bünyenin ürettiği kurallar olarak gören, homojenleştirici her türlü anlayışı reddederek heterojen ve çoğulcu bir anlayışı idealleştiren hukukî çoğulculuk anlayışı kabul edilemez bir anlayıştır. Çünkü böyle bir hukuk anlayışı, ulus-devlet anlayışının öngördüğü vatandaş prototipini oluşturmada ve böylece devletin sıkı otoritesini sağlamada devletlerin elini güçsüzleştircektir.

²²⁴ Sezgin, a.g.m., s. 19.

yorumlarını genel kabul görmüş bir referans noktasında eriten devlet, *büyük belirleyici* olarak, nihai modeli insanlara sunmalı ve bu modele uymayanları gerektiğinde cezalandırmalıdır.²²⁵ Devletin dışında hiçbir gerçeklik ve hakikat kaynağı olmadığına göre, devletin vermediği hiçbir hak da söz konusu değildir. Bundan dolayı, bireysel inanç ve kanaatler, dinî veya etnik farklılıklar, yasalarca belirlenmeyen dünya görüşlerini ve hayat anlayışlarını meşru kılamaz. Daha çok kültürel ve dinî farklılıklar sonucu dillendirilen muafiyetler, imtiyazlar veya farklı düzenlemeler, toplumdaki farklılıkları daha belirginleştirecek ve gruplar arasındaki farklılıkları arttıracaktır. Özellikle hoşgörünün bulunmadığı ve farklılıklara müsamaha gösterilmeyen toplumlarda, bu hukuk anlayışı, gruplar arasında mücadelelerin yaşanmasına ve böylece toplumsal düzenin bozulmasına yol açabilecektir.²²⁶

C- Hukukî Kargaşaya Yol Açmak ve Yargılamayı Zorlaştırmak

Hukukî çok-merkeziyetçiliği hareket noktası alan hukukî çoğulculuk, bir ülkede bulunan farklı kültürel yapıların kendi doğruları çerçevesinde kendi hukuk kurallarını belirleme haklarının olduğunu savunur. Bu anlayışa göre bir ülkede, bir şekilde (din, ırk, kültür, ahlak, kişisel tercih) kendini diğer insanlardan farklı gören her grubun kendine göre kısmen veya tamamen farklı hukuk kurallarına sahip olması söz konusudur. Bu ise devletin hiçbir kişisel farklılığı gözetmeksizin tüm vatandaşlarına aynı hukuk kurallarını uygulamasını öngören *mülkîlik* anlayışının reddedilerek *şahsîlik* anlayışının kabul edilmesi anlamına gelmektedir. *Şahsîlik* anlayışına göre, aynı konuda farklı tercihleri olan kişilere farklı hukuk kurallarının uygulanması gerekir. Böyle bir anlayışın sonucu olarak toplumdaki kozmopolitlik arttıkça hukuk kurallarının sayısı da artacaktır. Bundan dolayı hukukî çoğulculuğu reddedenler, böyle bir anlayışın hukukî kargaşaya yol açacağını ve yargılama sürecinde büyük problemler ortaya çıkaracağını savunurlar.²²⁷

Sonuç olarak hukukî çoğulculuk hakkında şunları söylemek mümkündür. 1- Hukukî çoğulculuk düşüncesi, Batı'nın XVIII. yüzyıldan itibaren giriştiği sömürgecilikle birlikte karşılaştığı sosyal bir gerçekliktir. 2- Yerleşik batılı siyaset ve

²²⁵ Murphy, *a.g.e.*, s. 22-3.

²²⁶ Sinha, *a.g.m.*, s. 50.

²²⁷ Konuyla ilgili geniş bilgi için bkz. Akyol, *a.g.e.*, s. 28-40

hukuk anlayışına aykırı olan bu yapı, aynı toplumda birden fazla hukuk kaynağının (hukukî çok merkezcilik) ve uygulayıcısının olmasına imkân veren bir hukuk anlayışına dayanmaktadır. 3- Batılı güçler, farklı gruplar arasındaki dengeyi kurmak ve kendi siyasî otoritelerini sağlamak amacıyla, yürürlüğe koydukları kendi hukuk sistemlerinin yanı sıra, geleneksel ve dinî menşeli yerleşik hukukun da varlığını sürdürmesine imkân vermişlerdir. 4- XIX ve XX. yüzyıllarda önce batılı sosyolog ve antropologların, daha sonra da hukukçuların bu koloniler üzerinde yaptıkları çalışmalar, bu çoğulcu hukukî yapıların batı bilim dünyasının gündemine taşınmasını sağlamıştır. 5- Hukukî çoğulculuk (*legal pluralism*le *pluralism juridique*) olarak kavramlaştırılan bu hukuk anlayışı, Batı dünyasının hem zihni (epistemolojik, antropolojik, sosyolojik, etik, politik ve hukukî) hem de özellikle küreselleşme olarak tanımlanan süreçte zirveye çıkan yapısal değişime (ulus-üstü ve ulus-altı kurum ve değerlerin ortaya çıkmasına) paralel olarak batılı toplumlar için de ideal bir hukuk anlayışı olarak savunulmaya başlanmıştır. 6- *Politik bir şart olarak hukukî çoğulculuk* veya *modern hukukî çoğulculuk* olarak isimlendirilen bu hukukî çoğulculuk anlayışı, daha çok özgürlük ve kimlik çerçevesinde dile getirdiği düşüncelerle taraftar bulmaya başlamıştır. 7- Hukukî çoğulculuk taraftarlarına göre hukuk, devleti aşan sosyo-kültürel bir gerçeklik olup, devletin vatandaşlarını disipline etmek ve onlara belli bir kimlik kazandırmak için başvurulan kurallar bütünü haline getirilmemelidir. 8- Her sosyal yapı, kendi devamını sağlayacak hukukî değeri olan kendi kurallarını üretme ve uygulama imkânına sahiptir. Bu anlamda bireyin ait olduğu kültürden süzülerek şekillenen hukukî normalara uygun bir yaşam sürebilmesini öngören hukukî çoğulculuk, bir hukuk doktrinine, bir politik sisteme veya bir ideolojiye katılımdan ziyade, sosyo-kültürel bir aidiyeti ifade eder. 9- Farklı kültürlerden (inanç, etnisite, gelenek, dünya görüşü) insanların birlikte yaşadıkları günümüz toplumlarında tüm bireylerin sağlıklı bir kimlik ve kişilik gelişimi için sahip oldukları kültürel değerlerin hukuken tanınması gereklidir. Birey bu şekilde daha özgür ve yaşadığı toplumla daha entegre hale gelecektir. 10- Hukukî çoğulculuk için birden fazla hukuk sisteminin bulunması gerekli değildir. Bir toplumda aynı konuda birbirinden farklı veya zıt bir hukuk kuralının veya kurallar bütünüünün olması da hukukî çoğulculuk olarak isimlendirilir. 11- Hukukî çoğulculuk, özel hukuk (başta aile ve miras hukuku olmak üzere) ve kültürel değeri olan (askerlik, kılık-kıyafet, kutsal günlerde

okul ve işten muafiyet, eğitim vb.) her türlü konuyla ilgili hukukî düzenlemede çoğulcu bir yapıdan yanadır. Bu anlamda hukukî çoğulculuk kamu hukuku alanında söz konusu değildir. 12- Hukukî çoğulculuğun varlığını sürdürebilmesi için, bir sosyo-politik alanda bulunan farklı hukukî yapıların çatışmacı olarak değil, sistemli ve organize bir şekilde bulunması gereklidir. 13- Ayrıca bu yapılar, kendilerini toplumun geri kalan kısmından soyutlamamalı ve bir tehdit unsuru olarak algılanır hale gelememelidir. 14- Hukukî çoğulculuğu oluşturan unsurlar, toplumun güvenliğini, düzenini ve sağlığını ya da ahlakını veya başkalarının temel haklarını ihlal edecek hukukî düzenlemeleri öngörmemelidir. 15- Yine bu unsurlar, evrensel insan haklarını ihlal etmemeli ve sosyal-hukuksal unsurlara bağlı olan bireylerin kendi istekleri dışında özgürlüklerini kısıtlamamalıdır.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

İSLAM'DA ZİMMET ANLAYIŞI ve HUKUKÎ ÇOĞULCULUK DÜŞÜNCESİYLE KARŞILAŞTIRILMASI

Daha önce de belirttiğimiz gibi modern bir hukuk teorisi olarak hukukî çoğulculuk düşüncesinin ortaya çıkmasında, Batı’da görülen teorik ve yapısal değişim ve dönüşüm kadar, Batılı olmayan toplumlarda uygulanagelen çoğulcu hukukî yapıların sömürgecilikle birlikte daha yakından incelenme imkânı bulunmasının da büyük katkısı olmuştur. Griffiths’in “sosyal bir olgu olarak hukukî çoğulculuk” şeklinde ifade ettiği Batı dışı toplumlarda görülen hukukî yapılar, doğulu toplumların *Öteki* algılayışının doğal bir sonucu olarak ortaya çıkmıştır. Bu bakımdan her ne kadar kavramsallaşmamış veya farklı kavramlarla ifade edilmiş olsa da, hukukî çoğulculuk düşüncesinin, başta İslam medeniyeti olmak üzere, Batı dışı kültürlerde de bir karşılığının olduğu açıktır.

Geçtiğimiz yüzyılın yarısına kadar devam eden sömürgecilik faaliyetleri, köklü devlet ve hukuk geleneğine sahip olan İslam kültür havzasının Batılılarca daha yakından tanınmasına imkan sağlamıştır. Batılılar, İslam dünyasında görülen bu hukukî yapıyı, ilk başlarda daha çok ilkel, systemsiz ve Orta Çağ devlet ve toplum anlayışının bir gereği olarak değerlendirmişlerdir. Batılılar tarafından sadece sosyal bir gerçeklik olarak görülen bu hukuk anlayışı, sadece sosyolog ve antropologların çalışmalarına konu olmuştur. Ancak XX. yüzyılın son çeyreğinde gittikçe büyüyen *Öteki* problemi, Batılı hukukçu, sosyolog ve antropologların çalışmalarında konu edindikleri “hukukî çoğulculuk” kavramı üzerinde düşünmelerini sağlamış ve *Öteki* problemi çerçevesinde bu hukuk anlayışının Batılı toplumlar için de uygulanabilirliğini tartışma konusu haline gelmiştir. Griffiths, Batılı toplumlar için yeni olan bu hukuk anlayışını, “*politik bir şart olarak hukukî çoğulculuk*” şeklinde tanımlar. Yukarıda geniş bir şekilde ele aldığımız üzere, hukukî çoğulculuğun bu türü, Batılı kavram ve yapılarla yeniden biçimlendirilmiştir. Ancak yakından incelendiğinde, *sosyal bir olgu olarak* görülen hukukî çoğulculuk ile *politik bir şart olarak* ortaya çıkan hukukî çoğulculuğun aynı amaca hizmet ettiği söylenebilir. İşte bu bölümde, öncelikle İslam dünyasında çoğulcu bir hukuk anlayışının oluşmasına zemin hazırlayan *zimmet* anlayışı ele alınacak, daha sonra da Batılı hukukî çoğulculuk düşüncesi ile karşılaştırarak ortak bir zeminde buluşturmaya çalışılacaktır. Ancak modern bir problem çerçevesinde ortaya çıkan ve modern söylem ve yapılarla ilişkilendirilen bir hukuk teorisinin, oluşumunu büyük oranda IX ve X. yüzyıllarda tamamlamış olan ve genel anlayışını büyük ölçüde devam

ettiren İslam hukukunda aranmasıyla anakronizme düşme tehlikesi de söz konusudur. Ancak tehlikeye rağmen, Batılı modern bir kavram olan hukukî çoğulculuğun hareket noktasını ve savunduğu düşünceleri, İslam hukukunun temel anlayışında aramak, bu karşılaştırmayı hem bir nebze kolaylaştıracak hem de sağlam bir zemine taşıyacaktır. Zimmet anlayışı, temelde İslam hukuku alanında ele alınan bir konu olmakla birlikte, konunun mahiyeti ve niteliği gereği, bütün bir İslam düşüncesi perspektifinden ele alınması gerekmektedir.

I- İSLAM DÜŞÜNCESİ ÇERÇEVESİNDE HUKUKİ ÇOĞULCULUĞUN TEMELLENDİRİLMESİ

İslam kendisini en doğru yol olarak takdim eder. Bu yol, hem ahiret kurtuluşuna hem de barış ve huzur içinde yaşanabilir bir dünyanın kurulabilmesine giden en doğru yoldur. İslam'a göre insan, yaratılmışların en değerlisidir. Onu değerli kılan dünyada imtihan olmayı (emaneti) kabul etmesidir.¹ İnsanın böyle bir imtihana uygun görülmesinin sebebi de, akıl ve irade sahibi olmasıdır. Bundan dolayı, insanın akıl ve iradesini kullanma imkânını ortadan kaldıran veya kısıtlayan her türlü müdahale, anlayış ve yapı, aslında onun değerini ve diğer varlıklarla arasındaki farkı ortadan kaldırma anlamına gelmektedir ki bu, Allah'ın insanı yaratıp ona irade vermesindeki nihâî hedefe de uygun düşmemektedir. Buna göre, insanın sahip olduğu akıl ve iradesini kullanarak dünyada yaşam sürmesi, ilahî bir amaçtır. Bu amaç gereği, insana bazı hak ve yetkiler verilmiştir. Bu hak ve yetkileri gözetemeyen anlayış ve müesseseler, Kur'an'da övülürken, kişilerin haklarını ihlal eden ve onları sorumluluk bilincinden mahrum bırakan düşünce ve yapılar eleştirilmiştir. İslam'ın insan anlayışının tam anlamıyla ortaya konulması, aslında İslam'ın öngördüğü devlet, hukuk ve toplum anlayışının da sınırlarını belirlemeye yetecektir. Ancak bu hususların daha geniş olarak ele alınması da faydalı olacaktır.

¹ “Biz emâneti, göklere, yere ve dağlara sunduk; onu yüklenmekten kaçındılar, on(un sorumluluğun)dan korktular; onu insan yükledi; (fakat onun ağır sorumluluğunu tam kavrayamadı) doğrusu o, çok zâlim, çok câhildir.” el-Ahzâb 33/72.

A. İslam'ın İnsan Hakları Anlayışı

Modern hukukta insan, belli hakları ve sorumlulukları olan bir varlığı ifade etmek üzere *şahıs* (kişi) kavramıyla ifade edilmektedir. Günümüzde, tüm insanlar *şahıs* olarak kabul edilmekte ve hukukun bir süjesi olarak görülmektedirler.² Ancak tarihte bir bölüm insanın, en temel haklardan bile mahrum edildikleri bilinmektedir. Başta köleler ve kadınlar olmak üzere, başka dinlere mensup olanlar, azınlıkta kalanlar ve yabancılar, hakları en çok ihlal edilen kesimleri oluşturmaktadır.³ Birleşmiş Milletler tarafından 1948'de deklare edilen İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi, tarihten çıkarılan acı tecrübelerin bir sonucu olarak, tüm insanların hür ve haklar bakımından eşit olduğunu resmen ilan etmiş ve dünyaya gelen her insanın aynı temel hak ve yetkilere sahip olduğunu karara bağlamıştır.⁴ Bu bildirme, Müslüman hukukçu ve ilim adamları tarafından desteklenmiş ve İslam'ın ruhuna uygun olduğu belirtilmiştir.⁵

İslam'a göre dünya hayatı, bir imtihan sürecidir.⁶ İnsanların yaşadıkları zaman dilimi içinde, her türlü ön yargı ve baskıdan uzak, İslam'ın sunduğu öğretileri değerlendirip iman ile inkâr arasında bir tercihte bulunabilmelerine imkan sağlayacak bir hayat sürmeleri gereklidir. Çünkü kişinin dış faktörlerle İslam'ın öğretilerini kabul etmesi, gerçek kurtuluş için yeterli görülmediği gibi,⁷ dış faktörlerin etkisiyle küfrü

² Gözübüyük, Şeref, *Hukuka Giriş ve Hukukun Temel Kavramları*, S Yay., 3. Baskı, Ankara 1973, s. 77-8; Bilge, Necip, *Hukuk Başlangıcı*, Turhan Kitabevi, 13. Baskı, Ankara 1999, s. 222-4.

³ Kölelik kurumu, Roma ve Hammurabi kanunlarında, İran'da, cahiliyye Araplarında ve XIX. yüzyılın sonuna kadar Avrupa'da varlığını sürdürmüştür. Köleler şahıs olarak kabul edilmedikleri için bir köleyi öldüren, bir başkasının malını telef etmekle suçlanabilirdi. Bkz. Umur, Ziya, *Roma Hukuku*, Beta Yay., İstanbul 1999, s. 159-61. Orta Çağ Avrupa'sında Hristiyan olmayanlar şahıs olarak görülmemişler ve bunların herhangi bir hak talep etmeleri söz konusu değildir. Krş. Şentürk, Recep, "Evrensel ve Cemaatçi Yaklaşımlar Arasında İslâm'da İnsan Hakları: Sosyolojik bir yaklaşım" (Çev. Şule Akbulut), *İnsan Hakları Araştırmaları Dergisi*, Cilt 3, Sayı 5 (2006), s. 51-2.

⁴ Birleşmiş Milletler'in 1948'de deklare ettiği İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi'nin, "Tüm insanlar hür ve haklar bakımından eşit doğar..." şeklindeki 1. maddesi ile "Kimse kölelik ya da kulluk altında tutulamaz; kölelik ve köle ticareti her türlüyle yasaktır." şeklindeki 4. maddesi ve "Herkesin nerede olursa olsun kanun önünde şahıs olarak tanıma hakkı vardır." şeklindeki 6. maddesi kölelik kurumunun tüm dünyada resmen kalkmasında etkili olmuştur.

⁵ Şentürk, Recep, "İnsan Hakları", *DİA*, XXII, İstanbul 2000, s. 327-30.

⁶ O, hanginizin daha güzel iş yapacağını denemek için ölümü ve hayâtı yarattı. O, üstündür, başlıyandır. el-Mülk 67/2.

⁷ Siyasî dengeler dolayısıyla İslam'ı kabul ettiklerini söyleyen bedeviler hakkında şöyle buyurulmaktadır: "Bedevîler 'inandık' dediler. De ki: Siz iman etmediniz ama 'İslâm olduk.' deyin. Henüz iman kalplerinize yerleşmedi. Eğer Allah'a ve Resulüne itaat ederseniz, Allah işlerinizden hiçbir şeyi eksiltmez. Çünkü Allah çok bağışlayan, çok merhamet edendir." el-Hucurât 49/14.

gerektirecek bir söz veya fiilde bulunması da onu inanç dairesinden çıkarmaz.⁸ Bu anlamda akıl ve irade sahibi tüm insanların her türlü ön yargı ve baskıdan uzak bir yaşam sürmeleri gereklidir. Önyargılar daha çok kişinin iç dünyasıyla ilişkili olduğu için, bu anlamda yapılacak tek şey, onu düşünmeye sevk ederek ön yargılarından kurtulmasını sağlamaktır. Kur'an'da bu meyanda birçok ayet bulmak mümkündür.⁹

Kişiler üzerinde kurulabilecek baskıya gelince, bu baskı ister inançsızlık yönünde olsun, isterse İslam'ın kabul ettirilmesi amacıyla olsun, İslam'ın asla doğru bulmadığı bir anlayıştır. Bu çerçevede genel olarak tüm İslam hukukçuları, kişiler üzerinde kurulabilecek her türlü baskı ve kısıtlamanın, yaratılıştaki nihaî hedefe ters olduğundan dolayı, gayrimeşru olduğunu ve bu baskı ve kısıtlama altında kişinin tasarruflarının geçersiz olduğunu ifade ederler.¹⁰ İslam hukukuna göre, kişinin irade ve tercihlerini sağlıklı bir şekilde hayata geçirebilmesi için, beş temel alanda dokunulmazlığının olması gereklidir. İslam hukuk literatüründe *zarûrât-ı hamse* (beş zarurî alan) olarak adlandırılan bu beş alan, aynı zamanda İslam hukukunun temel amaçlarını (makâsidi'ş-şerîa) kapsamaktadır.¹¹ *Zarûrât-ı hamse*; inanç (din), hayat (can), akıl, nesil ve mal konularını içine alan temel insanî hakları (maslahatları) ifade eder. Bu haklar kişinin kendisi dâhil, hiç kimse tarafından yok sayılamaz en temel haklardır. Kişi, bu temel haklarını, ancak bir başkasının haklarını ihlal etmesi halinde kaybeder. Ancak, İmam Şâfiî'nin (ö. 204/819) öncülüğünü yaptığı bir kısım İslam hukukçusu, milletlerarası ilişkilerin savaş temeline dayandığı Orta Çağ'da, gayrimüslimlerin ancak Müslümanlarla anlaşma yapmaları halinde bu haklara sahip olacaklarını ifade etmişlerdir.¹² Bu anlayışa göre dokunulmazlık (ismet) için, *iman* veya *eman* (sulh antlaşma) gereklidir. Bazı İslam hukukçularının bu anlayışa varmalarında

⁸ Kalbi iman ile sükûnet bulduğu halde (dinden dönmeye) zorlananlar dışında, her kim imanından sonra küfre kalbini açarsa, mutlaka onların üzerine Allah'tan bir gazab gelir ve kendilerine çok büyük bir azab vardır. en-Nahl 16/106.

⁹ Örnek olarak bkz. el-Bakara 2/170; el-Mâide 5/104; Yâsîn 36/006; es-Sâffât 37/69.

¹⁰ Zorlama altında olduğu için inançsızlığı gerektirecek ifadelerde bulunan kişinin iman dairesinde çıkmadığını bildiren ayet (en-Nahl s16/ 106) ve aynı meyandaki hadislere (Buhârî, Talâk, 11, İlim, 44, Şurût, 12, Enbiya, 27) binâen İslam hukukçuları, zorlama altında bulunan kişinin tasarruflarının geçersiz olduğunu söylemektedirler. Hanefiler boşanma konusunda farklı düşünmüş olsalar da, 1917 Hukuk-ı Âile Kararnamesi'nde (Madde 105) ile bu görüşten vazgeçilmiştir. Bkz. Döndüren, Hamdi, "Mükreh" ŞİA, IV, İstanbul 1991, s. 339-40.

¹¹ Bu konu ileride geniş bir şekilde ele alınacaktır.

¹² Haddûrî, a.g.e., s. 189-90.

gayrimüslimlerin Müslümanlarla fiilî mücadele halinde olmalarının etkili olduğu söylenebilir. Zira Müslüman olmayan ülke için *dâru'l-harb* (savaş ülkesi), o ülkenin vatandaşı için ise *harbî* (savaş edilen kişi) kavramının kullanılması bu anlayışı açık bir şekilde ortaya koymaktadır.¹³ Bu görüşü savunan İslam hukukçuları görüşlerini dayandırdıkları ayet ve hadislerden bazıları şöyledir: 1. “Siz de, ortalıkta hiçbir fitne kalmayıp din tamamıyla Allah'ın dinî oluncaya kadar onlarla cihad edin! Eğer vazgeçerlerse muhakkak ki Allah yaptıklarını görür.”¹⁴ 2. “Şu haram aylar çıkınca, artık o müşrikleri nerede bulursanız öldürün, yakalayın, hapsedin ve bütün geçit başlarını tutun. Eğer tevbe ederler ve namaz kılıp zekatı verirlerse onları serbest bırakın. Muhakkak ki, Allah çok bağışlayandır, çok merhamet edendir.”¹⁵ 3. Hz. Peygamber, “Ben, ‘Allah’tan başka ilâh yoktur.’ deyinceye kadar insanlarla savaşmakla emrolundum.” buyurmuştur.¹⁶

Hanefîlerin öncülüğünü yaptığı diğer bir grup İslam hukukçusu ise, Müslümanlara karşı fiilî bir mücadeleye girişmedikleri müddetçe, tüm insanların bu beş temel alanda dokunulmazlıklarının olduğunu savunurlar. Bu anlayışa göre *ismet* vasfı insan olmanın bir gereğidir (el-ismeh bi'l-âdemiyye).¹⁷ Bu görüşü savunanların dayandığı delillere gelince, onlardan bazılarını şu şekilde sıralamak mümkündür: 1. “Dinde zorlama yoktur.”¹⁸ 2. “Kim, bir cana kıymamış, ya da yeryüzünde bozgunculuk yapmamış olan bir cana kıyarsa, sanki bütün insanları öldürmüş gibidir. Kim de onu(n hayâtını kurtarmak sûretiyle) yaşatırsa, bütün insanları yaşatmış gibi olur.”¹⁹ 3. Hz. Peygamber sırf İslam'ı kabul etmediği için hiç kimseyle savaşmamıştır. 4. Hz. Peygamber, savaş sırasında, savaşa katılmayan gayrimüslim kadınların, çocukların, din

¹³ Zeydân, Abdulkerim, *Ahkâmu'z-Zimmiyyîn ve'l-Müste'minîn fi Dâri'l-İslam*, Bağdat, 1382/1963, s. 18; Özel, Ahmet, *İslam Hukukunda Ülke Kavramı Dâru'lislam Dâru'lharb*, İz Yay., İstanbul 1998, s. 82, 86.

¹⁴ el-Enfâl 8/39.

¹⁵ et-Tevbe 9/5.

¹⁶ Buharî, İman 17, 28, Salat 28, Zekat 1, İ'tisâm 2, 28; Müslim, İmân, 32-36.

¹⁷ Serahsî, *el-Mubsût*, XII/209, XXIV/232; İbnu'l-Hümmam, *a.g.e.*, XIII/126. Recep Şentürk, konuyla ilgili yaptığı çalışmada, Batılı düşünürlerin taksimine kıyas ederek Hanefîlerin anlayışını evrenselci bakış açısı, diğer görüşü ise cemaatçi bakış açısı olarak tanımlayarak, Hanefîlerin haklar konusunda tüm insanların eşit olduğunu, Şafîî ve diğer düşünürlerin ise insanları müslüman olan-müslüman olmayan şeklinde bir ayrıma tabi tuttuklarını dile getirir. Bkz. Şentürk, *a.g.m.*, s. 56-7.

¹⁸ el-Bakara 2/256.

¹⁹ el-Mâide 5/32.

adamlarının, çiftçilerin, hastaların ve yaşlıların öldürülmesini yasaklamıştır.²⁰ 5. Vedâ hutbesinde ey insanlar diye hitap ederek, “kanlarınız ve mallarınız bugünden sonra kıyamete kadar birbirinize haramdır.” buyurmuştur.²¹ İslam hukukçuları arasındaki bu anlayış farklılığı üç temel noktada kendini göstermektedir: Savaşın gerekçeleri, mürteddin cezası ve gayrimüslimlere karşı işlenen suçlara verilecek cezalar.

İslam hukukçuları, gayrimüslimlere yönelik bir savaşın ancak şu üç gerekçeyle meşruiyet kazanacağına ittifak etmişlerdir: a- Fiilî bir saldırının bulunması, b- Zulme uğrayan Müslümanlara yardım etmek, c- Gayrimüslimlerin yapılan anlaşmayı ihlal etmeleri. Ancak Şâfiîlerin öncülüğünü yaptığı yukarıdaki bakış açısının bir uzantısı olarak, İslam devletinin gayrimüslim devletleri İslam’a davet edebileceklerini, kabul etmemeleri halinde ise cizye vermeye razı olana kadar onlarla savaşılacağı savunulmuştur. Bu anlayışın, Hamidullah’ın da belirttiği gibi, “dikkatsiz bir faraziye ve yanlış bir anlayış” olduğu görülmektedir.²² Fiilî bir saldırı dolayısıyla savaşı emreden bazı ayet²³ ve hadislerle²⁴ dayandırılan bu görüşün, İslam’ın genel anlayışına uymadığı açıktır. Zira cizye vermek veya savaşmak karşısında İslam’ın bir alternatif olarak sunulmasının bir çeşit baskı olduğu açıktır. Fiilî bir savaş ortamında kişilerin sağlıklı karar vermeleri ne kadar zorsa, cizye vermek zorunda kalınan bir ordunun mensup olduğu inanç manzumesine önyargısız yaklaşmak da o kadar zordur.

İslam hukukçularının *ismet* anlayışı konusundaki bakış farklılığının diğer bir yansıması da dinden çıkma (irtidat) suçuna verilecek ceza konusunda kendisini gösterir.

²⁰ İbn Teymiyye, Takiyuddin Ahmed, b. Abdilhalim b. Abdisselam el-Harranî el-Hanbelî, *es-Siyasetu’s-Şer’iyye*, Kâhire 1354/1955, s. 123; İbn Kayyim, Şemsuddin Muhammed b. Ebibekr b. Eyyub el-Hanbelî, *Ahkâmu Ehli’z-Zimme*, (Tahkik: Subhî Sâlih), Dımeşk 1381/1961, I/17; Özel, *a.g.e.*, s. 52-3.

²¹ İbn Hişâm, Ebû Muhammed Abdulmelik b. Hişâm el-Himyri (ö. 218/833), *es-Sîretu’n-Nebeviyye*, Kahire, 1355, IV/250-1; İbn Sa’d, Muhammed (ö. 230/844), *et-Tabakâtü’l-Kübrâ*, Dâru Sâdir, Beyrut ts., II/184; Algül, Hüseyin, *İslam Tarihi*, Gonca Yay., İstanbul 1991, II/62.

²² Hamidullah, Muhammed, *İslam’da Devlet İdaresi*, (Çev. Hamdi Aktaş), Beyan Yay., İstanbul 1998, s. 207.

²³ Kendilerine Kitap verilenlerden Allah’a ve âhret gününe inanmayan, Allâh’ın ve Elçisinin harâm kıldığını harâm saymayan ve gerçek dini din edinmeyen kimselerle, küçül(üp boyun eğ)erek elleriyle cizye verecekleri zamana kadar savaşın. et-Tevbe 9/29.

²⁴ “Önce onları İslam’a davet et. Bu daveti kabul ederlerse sen de buna uy... İslam’ı kabul etmezlerse, onları cizye vermeye davet et... Bunu da kabul etmezlerse Allah’tan yardım iste ve onlarla mücadele et.” (Müslim, V, 139-40) Makrızî bu hadisin Mûte savaşına gönderilen ordunun komutanına verilmiş bir talimat olduğunu belirtir. Mûte savaşı bilindiği üzere, Busra’ya elçi olarak gönderilen Hâris b. Umeyr’in vali Şurahbil tarafından öldürülmesi üzerine yapılmıştır. Gnş. bil. için bkz. Algül, *a.g.e.*, I/471-80.

Dinden dönenlerle ilgili olarak Âl-i İmran suresinin 86-91. ayetleri ile Mâide suresinin 54. ve Nahl suresinin 106. ayetinde, bu suçu işleyenlerle ilgili olarak hiçbir dünyevî ceza öngörülmemesine rağmen, bazı hadislerde din değiştirmenin cezasının ölüm olduğu ifade edilmektedir. Bu hadislerin en kuvvetlileri şunlardır: a- “Allah’tan başka tanrı olmadığına ve benim Allah’ın elçisi olduğuma şahitlik eden birinin kanı, ancak şu üç gerekçeden biriyle helal olabilir: Haksız yere cana kıyan, zina eden evli, dinini terk ederek cemaatten ayrılan kişi.”²⁵ b- “Ureyne kabilesinden bir grup Medine’ye gelip Müslüman oldular. Medine’nin havası kendilerine ağır geldiği için Rasûlüllah’tan izin alarak zekâtlık develerin otlatıldığı kırsal bir alana gittiler. Burada sağlıkları düzeldi. Ancak çobanları öldürüp develeri gasp ederek İslam’dan döndüler. Bu haber Medine’ye ulaşınca Rasûlüllah artlarından bir müfreze göndererek bunları Medine’ye getirtti ve öldürttü.”²⁶ c- “Dinini değiştireni öldürün!”²⁷ Hadisler, sebep-i vürûdları ile birlikte yakından incelendiğinde, bu cezanın sadece din değiştirmeye dayanmadığı görülecektir. Birinci hadiste cemaatten ayrılma ifadesi geçmektedir. Şevkânî, (ö. 1250/1834), aynı hadisin bir başka rivayetinde “İslam’dan çıkan, Allah ve Peygamberi ile mücadele içerisine giren” ifadesinin geçtiğini zikrederek,²⁸ ölüm cezasının asıl sebebinin dinden çıkmak olmadığını bildirir. İkinci hadise gelince, hadisin metninden de açık bir şekilde anlaşıldığı gibi, bedevîlere verilen cezanın, sırf dinden döndükleri için verildiğini söyleme imkanına sahip değiliz. Zira onlar, cezaları ayetlerle sabit olan gasp ve cinayet suçlarını da işlemişlerdir ki, bu birleşik suçun cezası ölümdür.

Üçüncü hadise gelince bu hadis, bir Yahudî’nin defalarca İslam’a girip çıkmasıyla olayın İslam aleyhine propagandaya dönüşmesi üzerine Hz. Peygamber, Yemen valisine yazdığı mektupta geçmektedir. Bu olayın Abdullah b. Ebî Serh, Abdullah b. Hatal ve Mîkyâs b. Sübâbe gibi dinden çıkarak Mekkeli müşriklerle birlikte Müslümanlar aleyhine mücadeleye girişmiş olanların durumuna benzediği görülmektedir.²⁹ Öte yandan Hz. Ömer’in mürteddi öldürmek yerine hapsedmesi ve Ömer b. Abdulaziz’in dine girdikten sonra çıkan bir kavmin yeniden cizyeye

²⁵ Buhârî, Diyât, 6; Müslim, Kasâme, 25, 26.

²⁶ Buhârî, Muhâribîn, 2; Müslim, Kasâme 9-14.

²⁷ Buhârî, Cihâd 149; Ebû Davud, Hudûd 1.

²⁸ Şevkânî, Muhammed b. Ali b. Muhammed (ö. 1250/1834), *Neylü’l-Evtâr*, Kâhire 1972, VII/7.

²⁹ İbn Hişâm, Ebû Muhammed Abdulmelik b. Hişâm el-Himyerî (ö. 218/833), *es-Sîretu’n-Nebeviyye*, Kâhire 1355, IV/28-29.

bağlanmasını emretmesi bu uygulamaların dinî olmaktan çok siyasî bir uygulama olduğunu akla getirmektedir.³⁰ Tabîînden İbrahim en-Nehâî (ö. 96/714) ve Süfyân es-Sevrî (ö. 161/778) de Hz. Ömer'in bu uygulamasına dayanarak dinden çıkmanın tek başına ölüm sebebi sayılamayacağını söylemişlerdir. Buna göre dinden çıkararak, İslam aleyhine propaganda veya fiilî bir mücadelede bulunan kişilerin öldürülmeleri konusunda ittifak olduğu halde, Hanefîler, İslam aleyhine mücadeleye girmeyen kişilerin öldürülemezliklerine hükmetmişlerdir.³¹ Sonuç olarak, Hanefîler *ismet* vasfının dinden çıkmakla değil, ancak Müslümanlar aleyhine bir mücadeleye girmekle yok olacağını ifade ederken, diğer mezhepler bizzat irtidadın *ismet* vasfını ilgâ ettiğini savunurlar.³²

İsmet vasfının gerekçesi konusunda Hanefîlerle diğer mezhepler arasındaki anlayış farklılığının diğer bir yansıması da hadler konusunda kendini gösterir. Hanefîlere göre, kâtil veya maktûlün Müslüman veya gayrimüslim olması hür veya köle olması verilecek cezayı değiştirmez. Her durumda kâtilin kısas edilmesi gereklidir.³³ Mâlikîler, Müslüman'ın zimmîyi önceden tasarlayarak veya planlı bir şekilde öldürmesi halinde kısas edileceğini belirtirken, diğer mezheplere göre müslüman bir gayrimüslimi öldürdüğü için kısas edilmez.³⁴ Hanefîlere göre bedene verilen zararlarda da zimmî Müslümanla aynı statüde olup, Müslüman'a karşı işlenen suçlara *erş* olarak ne gerekiyorsa onlara karşı işlenen suçlara da aynı türden bir ceza gerekir.³⁵

³⁰ İbn Hazm, Ebû Muhammed Ali b. Ahmed (ö. 456/1064), *el-Muhallâ*, Mektebetü'l-Cumhûriyeti'l-Arabiyye, Mısır, 1387/1967, XII/113.

³¹ Serahsî, Şemsü'l-E'imme Ebû Bekr Muhammed b. Ahmed (ö. 539/1143), *el-Mebsût*, Dâru'l-Ma'rife, Beyrût ts. (I-XXX), X/110; Merğînânî, Burhânuddîn Ali b. Ebîbekr el-Hanefî (ö. 593/1197), *el-Hidâye*, Kâhire 1965, (Beyrut 1986), II/164-5.

³² Konuyla ilgili geniş bilgi için bakınız. Okur, Kaşif Hamdi, "İslam Hukukunda İrtidat Fiili İçin Öngörülen Asli Yaptırım Üzerine Bazı Düşünceler", *Gazi Üniversitesi Çorum İlahiyat Fakültesi Dergisi*, 2002/I, ss. 344-364.

³³ Cessâs, Ebû Bekr Ahmed b. Ali er-Râzî el-Hanefî (ö. 370/981), *Ahkâmü'l-Kur'an*, İstanbul 1335-8, I/141-2; Şevkanî, *a.g.e.*, VIII/5-6; Bilmen, Ömer Nasuhi, *Hukuk-ı İslamiyye ve İstilahât-ı Fıkhiyye Kamusu*, Bilmen Yay., İstanbul 1970, III/70, 73, 75,-6; Zeydân, *a.g.e.*, s. 250.

³⁴ İbn Rüşd (el-Hafîd), Ebû'l-Velîd Muhammed b. Ahmed b. Muhammed b. Ahmed b. Rüşd el-Kurtubî el-Mâlikî (v.520/11269), *Bidayetu'l-Muctehid ve Nihâyetu'l-Muktesid*, Kâhire ts. II/334; Zeydân, *a.g.e.*, s. 254-5.

³⁵ Merğînânî, *a.g.e.*, IV/179; Mevsîlî, Abdullah b. Mahmud b. Mevdud (ö. 683/1284), *el-İhtiyâr li Ta'lîli'l-Muhtâr*, İstanbul 1987, V/36-7.

Ancak gayrimüslimlerin mallarına ve zinâ veya iftira yoluyla namuslarına karşı işlenen suçlar için öngörülen cezalar aynıdır.³⁶ Yine, mesken mahremiyetini belirten ayet³⁷ genel olup gayrimüslimler için de geçerlidir.³⁸ Hz. Peygamber'in Hayber'in fethi sırasında ele geçen Tevrat nüshalarını sahiplerine teslim etmesinden anlaşıldığı gibi, onlara ait kutsal ve dinî değeri olan eşyalar da koruma altında olduğunu göstermektedir.³⁹ Sonuç olarak, dönemin çatışmacı ortamının etkisiyle İslam hukukçularının bir kısmı, gayrimüslimlerin Müslümanlarla anlaşma yapmadıkları müddetçe potansiyel düşman olduklarına hükmederek onların temel haklar konusunda Müslümanlar gibi olamayacağına hükmetmeler de, Hanefîlerin öncülüğünü yaptığı diğer bir grup İslam hukukçusu, gayrimüslimlerin temel haklar konusunda (zarûrât-ı hamse) Müslümanlar gibi dokunulmaz (mâsum) olduklarını dile getirmişlerdir. Günümüz şartlarında düşünüldüğünde ikinci görüşün İslam'ın inanç özgürlüğü anlayışına daha uygun olduğu söylenebilir.

B. İslam'ın Hukuk Devleti Anlayışı

İslam'daki zimmet anlayışına zemin hazırlayan diğer bir faktör de, İslam'ın öngördüğü yönetim anlayışıdır. Kur'an'da insanların potansiyel olarak birbirine düşman olduğu,⁴⁰ Allah'ın bir kısım insanı bir kısım insanla yola getirdiğini bildiren⁴¹ ayetlere dayanan İslam âlimleri, devletin aklen gerekli olduğu gibi dinen de gerekli olduğunu savunmuşlardır.⁴² Bazı Mu'tezilî ve Hâricî düşünürler aksi görüşte olsalar da, Hz. Peygamber'in Medine'ye hicret eder etmez Yahudîlerle yaptığı anlaşmalarla bir devletin anayasal temellerini atması, İslam'ın bir devlet fikrine sahip olduğunu göstermektedir.⁴³

³⁶ Serahsî, *el-Mebsût*, IX/178; Ebû Yusuf, *el-Harâc*, İbn Rüşd, *a.g.e.*, II/372; Karaman, *Mukayeseli İslam Hukuku*, III/ 349-51.

³⁷ en-Nûr 24/27-8.

³⁸ Zeydân, *a.g.e.*, s. 79-80.

³⁹ Zeydân, *a.g.e.*, s. 101; Kaya, Remzi, "Ehl-i Kitab", *DİA*, X, İstanbul 1994, s. 516-8; Hamidullah, *İslam'da Devlet İdaresi*, s. 191.

⁴⁰ Tâhâ 20/123.

⁴¹ el-Bakara 2/251.

⁴² el-Mâverdî, Ebû Hasan Ali b. Muhammed eş-Şâfiî (ö. 450/1058), *el-Ahkâmu's-Sultâniyye ve'l-Vilâyâtu'd-Dîniyye*, 2. Baskı, Kâhire 1386/1966, s. 5; Ebû Ya'la, Muhammed b. el-Huseyn el-Ferrâ el-Hanbelî (458/1066), *el-Ahkâmu's-Sultâniyye*, Kâhire 1356/1938, s. 19.

⁴³ Hamidullah, *İslam Peygamberi*, II/872-3; Haddûrî, *a.g.e.*, s. 18-9; Karaman, *Mukayeseli İslam Hukuku*, I/126-7

Kur'an'da açık bir şekilde öngörülen bir devlet şekli veya teşkilatlanma modeli olmamasına rağmen, hem geçmiş kavimlerden bahseden ayetler, hem de Hz. Peygamber'in uygulamaları, İslam'ın devlet anlayışının ipuçlarını vermektedir. Bu ipuçlarından hareketle İslam'ın devlet anlayışının, onun insan anlayışı ile yakından ilişkili olduğunu söylemek mümkündür. Kur'an'da, halkını adalet ve iyilikte yöneten devlet idarecilerinden övgüyle bahsedilirken, halkını baskı ve zulümle yöneten idareciler şiddetle kınanmaktadır. İslam'a göre devlet yöneticilerinin bir kutsallıkları yoktur. Onlar meşruyetlerini Allah'tan değil, halktan alırlar. Bundan dolayı tebâsı, hukuka aykırı davranması halinde devlet başkanı Hz. Ömer'i, kılıçlarıyla düzeltereklerini söylemişlerdir. İslam'da yöneticilerin yetkileri, hem yasamanın asıl kaynağı olan kitap ve sünnet, hem de toplumun iradesi, yani şûrâ ile sınırlandırılmıştır. Bundan dolayı İslam'ın hukukun üstünlüğüne dayalı bir devlet anlayışını öngördüğü söylenebilir.⁴⁴

Mecelle'de ifade edilen "Ra'iyeye yani tebe'a üzerine tasarruf maslahata menuttur." ilkesi,⁴⁵ İslam'ın siyaset felsefesini özetler niteliktedir. Bu ilkeye göre siyasî otoritenin meşruyeti, temel insan haklarının korunmasına (*ismet*) bağlıdır. Buna göre, yukarıda da belirttiğimiz gibi, bir siyasî otoritenin, yönetimdekilerin inanç, can, akıl, nesil ve mal konularında temel insanî değerlerini gözettiği müddetçe meşru kabul edilirler.⁴⁶ Hamidullah'ın ifadesiyle, devletler ancak bu şekilde fiilî devlet olmaktan çıkıp meşrû devlete dönüşürler.⁴⁷

Kur'an'da başta inanç hakkı olmak üzere, temel insanî değerleri yok sayan idareciler ve peygamberlerin onlara karşı yürüttüğü mücadeleler uzun uzun anlatılmaktadır. Örneğin, eski dinlerini terk ettikleri için tebaasını diri diri yakan Nemrut'la Hz. İbrahim'in mücadelesi⁴⁸, Hz. Musa'nın Mısır hükümdarı II. Ramses (Firavun) ile mücadelesi⁴⁹ ve yine inançlarından dolayı Roma devletinin zulmünden

⁴⁴ Gnş. bil. bkz. Demir, Halis, *Devlet Gücünün Sınırlanması Raşit Halifeler Dönemi*, İz Yay., İstanbul 2004, s. 37-106.

⁴⁵ Mecelle, 58.

⁴⁶ Demir, *a.g.e.*, s. 121-78.

⁴⁷ Hamidullah, *İslam'da Devlet İdaresi*, s. 14.

⁴⁸ el-Bakara 2/258; el-Enbiya 21/ 68.

⁴⁹ Tâhâ 20/24; en-Nâziât 79/17-24.

kaçıp mağaraya sığınan gençlerin kıssası⁵⁰ geniş bir şekilde anlatılarak, idarecilerin bireylerin inançlarına müdahale etmelerinin doğru olmadığı gösterilmiştir. Buna mukâbil, kral peygamberler Hz. Davud ve Süleyman'ın halkını adalet ve iyilikle yönettikleri övgüyle anlatılmaktadır. Diğer yandan, Hz. Yusuf'un, insanları adaletle yöneten Mısır kralının yönetiminde üst düzey bir görev aldığı belirtilmesi, herhangi bir inanç vurgusu yapılmadan meşru devlet idaresinin ipuçlarını vermektedir.⁵¹

İslam, ideal bir devletin adalet ve maruf ilkesi üzerine kurulduğunu ve devleti yönetenlerin, Allah'ın tüm insanlara verdiği *ismet* vasfının bir gereği olarak, başta inanç alanı olmak üzere, hiçbir konuda onlara baskı ve zulme başvurmamaları gerektiğini bildirir.⁵² Zira bu durum, insanın akıl ve irade sahibi bir varlık olarak kendi tercihlerini sağlıklı yapabilmesine engel olmak anlamına gelmektedir. Buna göre, bir başkasına veya topluma zarar vermediği müddetçe kişilerin inanç ve fikir özgürlüğü olmalı, inançlarını kendi istek ve anlayışlarına göre yaşamalıdır.

İslam'a göre devlet idarecilerinin kendi inanç ve düşüncelerini idealleştirerek tebaasına kabul ettirme hakları yoktur. Hz. Peygamber, bir konudaki şahsî görüşünün "Allah'ın hükmü" olarak takdim edilmesine karşı çıkmış⁵³ ve Allah'ın hükmünün bağlayıcı olduğunu, fakat kendi şahsî görüşünün bağlayıcı olmadığını bu tavrıyla göstermiştir. Benzer şekilde Hz. Ömer, devlet başkanı olarak verdiği bir hükmü, "işte bu Allah'ın Ömer'e gösterdiği hükümdür" şeklinde yazan kâtibini, "Hayır bu Ömer'in görüşüdür diye yaz" şeklinde düzeltmiştir.⁵⁴ Yine Hz. Ömer'in halifeliği döneminde ashtan biri, bir dinî meseleyi önce Hz. Ali'ye daha sonra da Zeyd b. Sabit'e sorar. Ancak Hz. Ömer'le karşılaşınca durumu ona haber verir. Hz. Ömer, "Ben olsaydım şöyle hükmederdim" deyince, o sahabî; "Ya Emîre'l-Mü'minîn! devletin yetkisi senin elinde. Niçin doğru bildiğin gibi hükmetmiyorsun? deyince, Hz. Ömer: "Eğer hüküm Allah'ın kitabı ve Rasûl'ünün Sünnet'inde olsaydı, senin dediğin gibi yapardım. Ancak

⁵⁰ el-Kehf 18/9-25.

⁵¹ Yûsuf 12/55-6.

⁵² Karâfî, *el-Furûk*, IV/33; Gazzâlî, *Mustasfa*, I/288; Şâtübî, *el-İ'tisâm* II/36-49; *el-Muvâfakât*, II/9, 38; Mecelle, 58.

⁵³ Ebû Dâvûd, Süleyman b. el-Eş'as b. İshak el-Ezdî es-Sicistanî (ö. 275/888), *es-Sünen*, Humus, 1388/1969, Cihâd, 82; İbn Mâce, Ebû Abdillâh Muhammed b. Yezid el-Kazvinî, (ö. 273/886), *Sünen*, Çağrı Yay., İstanbul 1981, Cihad, 38; Müsned, 5/358.

⁵⁴ İbn Kayyim, Şemsuddin Muhammed b. Ebibekr b. Eyyub el-Hanbelî (ö. 751/1350), *İ'lâmu'l-Muvakki'in*, Beyrut ts. I/31-32.

bu benim kendi görüşümdür. Her sahabinin görüş açıklama hakkı vardır. Bu hakka müdahale edilemez.”⁵⁵ buyurmuştur. Ancak İslam’ın bu siyaset anlayışının, hilafetin saltanata dönüşmesiyle birlikte zayıfladığı ve bazı dönemlerde tamamen ortadan kalktığı görülmektedir.⁵⁶ İslam’ın Hukuk Anlayışı başlığı altında daha geniş olarak ele alacağımız üzere, devlet yöneticileri siyasî yönetimlerini güçlendirmek için toplumun din anlayışları üzerinde baskı kurmuş ve dinin farklı yorumlarına imkan vermemişlerdir. Bu süreçle birlikte, siyaset hukukun önüne geçmiş ve İslam’ın davet boyutu devlet boyutunun gölgesinde kalmıştır. İbn Haldun (ö. 808/1405), bu durumu şu şekilde ifade etmektedir: “Hilafet önce saltanatsız idi, sonra saltanatla karıştı ve sonunda sadece saltanat kaldı.”⁵⁷ Bu durum, siyasetin hukukun kontrolünden çıkarak onu kontrol altına almaya başlaması anlamına gelmektedir.

Bu değişimi, İslam’ın ilk dönemlerinden itibaren görmek mümkündür. Örneğin Hz. Ömer, mehirlerle belli bir üst limit belirleme girişiminde bulununca, bu uygulamanın dinî (hukukî) bir dayanağının olmadığını söyleyerek karşı çıkan bir kadının itirazı üzerine bu uygulamadan vazgeçmiş ve kendisini bir kadının diliyle düzettiği için Allah’a şükretmiştir. Ancak Muâviye b. Ebî Süfyan (ö. 60/680)’ın, uygulamalarını eleştirenleri cezalandıracağını ilan ettiğini,⁵⁸ Abdumelik b. Mervan (ö. 86/705)’ın ise “Bana bundan sonra kim Allah’tan korkmayı tavsiye ederse yemin ederim ki, onun boynunu vuracağım”⁵⁹ şeklinde bir ültimatom verdiğini görmekteyiz.⁶⁰ Ebû Hureyre’nin şu sözleri, siyasetin hukukun kontrolünden çıktığını göstermektedir: “*Allah Rasûlü’nden iki kap dolusu ilim öğrendim. Bunlardan birisini açıkladım, eğer diğerini de açıklasaydım boynum vurulurdu.*”⁶¹ Benzer şekilde, idarecilerin Ebû Hanîfe (150/767)’nin ictehad ve fetva faaliyetlerine yasak koyma çabaları,⁶² İmam Mâlik’in rivayet ettiği bazı hadislerin, dönemin sultanı Ebû Ca’fer el-Mansûr (ö. 158/775)’a

⁵⁵ Yavuz, Yunus Vehbi, *İslam’da Düşünce ve İnanç Özgürlüğü*, Sahhaflar Kitabevi, İstanbul 1994, s. 74.

⁵⁶ Akyüz, Vecdi, *Hilâfetin Saltanata Dönüşmesi*, Dergah Yay., İstanbul 1991, s. 34-5.

⁵⁷ İbn Haldûn, Abdurrahman b. Muhammed b. Muhammed b. Haldûn el-Hadramî (ö. 808/1405) *Mukaddime*, Daru’ş-Şa’b Neşri, ts. s. 159, 164.

⁵⁸ Taberî, Ebû Ca’fer b. Cerîr (310/923), *Tarihu’r-Rusûl ve’l-Mulûk*, Mısır, 1960-8, V/336; Akyüz, *a.g.e.*, s. 69.

⁵⁹ Cessâs, *a.g.e.*, II/685.

⁶⁰ Karaman, Hayrettin, *İslam Hukukunda İctihad*, Diyanet İşleri Başkanlığı Yay., Ankara 1985, s. 83.

⁶¹ Buhârî, İlm, 42.

⁶² Ebû Zehra, Muhammed, *Ebû Hanîfe*, (çev. Osman Kesioğlu), Diyanet İşleri Başkanlığı Yay., Ankara 1997, s. 51.

muhalefet eden en-Nefsu'z-Zekiyye Muhammed b. Abdullah (ö.145/762)'ı halk nezdinde yücelttiği gerekçesiyle hadis rivayet etmesinin engellenmesi, siyasal anlayıştaki değişimin bir tezahürü olarak değerlendirilebilir.⁶³

İslam tarihi boyunca devlet yöneticilerinin belli bir ideoloji çerçevesinde alimlere ve dolayısıyla halka dinin belli bir yorumunu kabul ettirme girişimleri,⁶⁴ başta büyük mezhep imamları olmak üzere birçok alimin nasların metin ve ruhuna bağlı kalmaları sonucunda başarısızlığa uğramıştır. Bu durum, birçok olumsuz teşebbüse rağmen İslam tarihi boyunca hukuk devleti öğretisinin varlığını sürdürmesini sağlamıştır. Zira yasama ve yargının yürütme erkinden ayrı olması, hukuk devleti öğretisinin en önemli şartıdır. Bir taraftan Kur'an ayetleri, diğer taraftan Hz. Peygamber ve ilk dört halifenin uygulamaları, İslam düşüncesinde hukuk devleti öğretisinin esas alındığını göstermektedir. Esasında İslam hukuku, devlet eliyle üretilmiş bir hukuk olmaktan çok, devletten bağımsız hukukçuların (müctehidler) ellerinde şekillenmiştir. İslam hukuku esas itibarıyla iki temel kaynaktan, Kur'an ve Sünnet'in yorumlarından oluşmuştur.⁶⁵ İşte bunlar devletin vatandaşlarını belli bir dine veya dinin belli bir yorumuna (mezhep) zorlanmasının dinen doğru olmadığını göstermektedir. Sonuç olarak, İslam'ın öngördüğü devlet anlayışı, hukukun üstünlüğüne dayanmaktadır. Hukuk ise, devletin koyduğu kurallar olmayıp, dinî naslara ve çoğunlukla bağımsız hukukçuların icihadlarına dayalı kurallara dayanmaktadır. Şimdi İslam düşüncesinde hukukun mahiyetine daha yakından bakalım.

C. İslam'ın Hukuk Anlayışı: İnsan Merkezli Hukuk Anlayışı

Yaratılışı gereği bir arada yaşamak zorunda olan insanoğlu, bu birlikteliği düzen ve adalet içinde yürütmek için bazı kurallara ihtiyaç duyar. Zira hiçbir kuralın olmadığı ve herkesin istediği gibi yaşadığı bir toplumun olması düşünülemez. İslam dini, muhataplarından başkalarının haklarını gözetmelerini, onlara iyilik ve adaletle davranmalarını tavsiye eder. Ancak bu tavsiyelerin herhangi bir yaptırımının olmaması halinde, toplumsal düzen için yeterli olmayacağı açıktır. Hukukun beklenen amacı

⁶³ Ebû Zehra, Muhammed, *Mâlik*, Dârul-Fikri'l-Arabî, 2. Baskı, Beyrut 1952, s. 61.

⁶⁴ İdarecilerin hukukçular üzerindeki baskıları için bkz. Yaman, Ahmet, *İslam Hukuku'nun Oluşum Süreci ve Sonrasında Siyaset-Hukuk İlişkisi*, Esra Yayınları, Konya 1999, s. 107-37.

⁶⁵ Aydın, Mehmet Akif, "Anayasa", *DİA.*, III, İstanbul 1991, s. 154.

sağlayabilmesi için, siyasî bir güç tarafından desteklenmesi zorunludur. Ancak, siyasî otoriteye ihtiyaç duyan hukukun, o siyasî otoritenin kontrolüne de girmemesi gerekir. Şayet siyasetin elindeki güç hukuken sınırlandırılmazsa, zulüm ve istibdâda dönüşeceği gibi, devlet tarafından desteklenmeyen hukuk kuralları da ahlak veya görgü kuralları gibi kısıtlı bir alanda etkili olacaktır.⁶⁶

Yukarıda da belirttiğimiz gibi, İslam'ın insan anlayışının bir gereği olarak, Müslim-gayrimüslim, hür-köle, kadın-erkek, çocuk-yetişkin tüm fertler, hukukun bir süjesidir ve bazı hak ve yetkilere sahiptirler. İşte hukuk, bu hakların korunabilmesi ve böylece yaşanabilir bir dünyanın kurulması için zorunludur. Ancak bireylerin sahip olduğu haklar bakımından eşit olması onlara her konuda aynı hukuki düzenlemeyi yapmayı gerektirmez. Günümüz hukuk sistemleri, kişinin kendi tercihi dışında oluşan özellik, şart ve durumlarını hukuka yansıtmaktadırlar. Örneğin çocuk ile yetişkin, sağlıklı ile özürlü, kadın ile erkek arasında bir ayrıma gider. Bu ayrım, eşitliğe aykırı olsa da adalete uygundur. Modern bir kavram olan “pozitif ayrımcılık”, mutlak eşitliğin adalet olmadığını ifade etmek için kullanılmaktadır. Ancak bireysel tercihler son yıllara kadar hukuk alanına yansımamıştır. İşte İslam hukuku, sadece kişinin fiziki farklılıklarını değil, aynı zamanda manevi farklılıklarını da göz önünde bulundurmaya akıl ve irade sahibi olan insana saygının bir gereği olarak görür.

İslam'a göre, tüm insanlar aynı temel haklara sahip olmalarına rağmen, bireyin mensup olduğu din veya kültürden dolayı bu hakların pratiğe yansımaları farklı olabilmektedir. İnanç özgürlüğünü temel ilke olarak belirleyen İslam hukuku, tüm bireylere tek bir hukuk sistemini dayatmayı doğru bulmamıştır. İslam'ın ilk dönemlerinden itibaren gayrimüslimlere, dinleriyle ilişkili konularda farklı hukukî düzenleme imkanı verildiği görülmektedir. Bu özerklikten dolayı, bazı müsteşriklerin İslam toplumunda yaşayan gayrimüslimlerin temel insanî haklardan ve hukukun bir süjesi olmaktan mahrum edildikleri yönündeki iddiaları ise, hem Kur'an ve sünnetle ortaya konulan insan anlayışına hem de Hz. Peygamber'den Osmanlı döneminin yıkılışına kadarki uygulamalara ters düşmektedir.⁶⁷

⁶⁶ Yaman, *a.g.e.*, s. 120.

⁶⁷ Haddûrî, *a.g.e.*, s. 205.

Hız. Peygamber'in Necran Hıristiyanları ile yaptığı anlaşmada onların malları, canları, toprakları, dinleri, hazır olan ve olmayan aşiretleri, kiliseleri Allah ve elçisi Muhammed'in zimmetinde olduğu ve hiçbir uskuf (piskopos)'un görevinden, hiçbir rahibin rahipliğinden, hiçbir kahinin kahinliğinden engellenemeyeceği belirtilmiştir.⁶⁸ Râşit halifeler ve daha sonraki dönemlerde de bu anlayış korunmuş hatta, bizzat Hız. Ömer ve Hız. Ali'nin bir zimmî ile mahkemede yan yana durarak yargılanmaları, zimmîlerin hukuktan mahrum edildikleri yönündeki iddiaların hakikat dışı olduğunu açık bir şekilde göstermektedir.

İslam hukuku kendisini kutsal ve dogmatik bir hukuk sistemi olarak sunmamıştır. Temel ilkelerle çelişmediği müddetçe, hukuk kurallarının zaman ve mekana göre değişiklik göstermesi mümkün görülmüştür. Ayrıca geleneksel fıkıh usûlünden hareketle çoğulcu bir epistemolojik bakış açısının hakim olduğu görülmektedir. Bu anlayış İslam hukukunun genel ilkelerinden biri olmuş⁶⁹ ve Mecelle'de şu şekilde dile getirilmiştir: "İctihadla ictihad nakzolunmaz."⁷⁰ Şöyle ki müctehit, kendi şahsî yetenek ve anlayışına göre kutsal bilgiye (nassa) dayanarak doğru bilgiye ulaşmaya çalışır (ictihad eder). Bundan dolayı hiçbir müctehid, mutlak olarak kendi görüşünü, vahiy ürünü bir bilgi gibi dogmalaştırarak diğer ictihadlar üzerinde bir tahakküm unsuru haline getiremez.

Ancak tarih boyunca idarecilerin, bazen siyasî amaçlarla bazen de hukukî uygulamalardaki karışıklıkları gidermek amacıyla, özellikle toplumun sevgisini ve güvenini kazanmış İslam hukukçularının görüşlerini, devletin resmî görüşü haline getirme teşebbüsleri olmuştur. Ancak onların çoğu, bu girişimin hem dinin yorumunda ve ona dayalı olarak hukukta tekelsizliği doğuracağı, hem de hukukun siyasî bir araç

⁶⁸ Ebû Yûsuf, Yâkub b. İbrahim (ö. 182/798), *Kitâbu'l-Harâc*, 5. Baskı, Kâhire 1396, s. 77-8.

⁶⁹ İctihadın bir başka ictihadla yok olmayacağı konusunda usûlcüler arasında icma vardır. Aksi halde, ikinci ictihadın da üçüncüsüyle yok olması gerekir. Bu ise istikrarsızlık anlamına gelir ve fikirlerin birbirini yok etme mücadelesini doğurur. Ayrıca bir kişinin bir meselede verdiği fetva, daha sonra benzer bir meselede vereceği fetva ile geçersiz hale gelmez. Aynı şekilde Hanefî mezhebinin ictihad usûlüne göre vardığı sonuç, aynı meselede Şafî mezhebine göre varılan sonuçla iptal edilmiş olmaz. Bu, birden fazla hükmün aynı anda doğru kabul edilmesi anlamına gelir ki, hukukta çoğulculuğun en önemli dinamiklerinden birisi bu temel usûl kaidesidir. Bkz. ez-Zerkâ, Ahmed b. Muhammed, *Şerhu'l-Kavâidi'l-Fıkhiyye*, 2. Baskı, Daru'l-kalem, Şâm 1989, s. 155-6; Ahmed Ziya Efendi (ö. 1354/1935), *İslam Hukukunun Genel İlkeleri Kavâid-i Külliye Şerhi*, (Çev: A. Osman Koçkuzu), Esra Yay., Konya 1996, s. 56-7.

⁷⁰ Mecelle, 16.

haline dönüşebileceği düşüncesiyle bu teklifleri reddetmişlerdir. Çünkü onlar, kendi görüşlerinin Allah'ın sözü olmadığını, bu nedenle de Allah'ın mutlak iradesi gibi insanlara benimsetilmemesi gerektiğini ifade etmişlerdir.⁷¹ Bu konudaki en meşhur örnek Abbasi idarecilerinden Ebû Ca'fer el-Mansûr'un, Mâlik b. Enes (ö. 179/795)'e yaptığı tekliftir. İbnü'l-Mukaffa (ö. 145/762), Mansûr için kaleme aldığı bir risalede, birbirini tutmayan hükümlerin verildiğini, şehirler arasında hatta aynı şehirde bile farklı uygulamaların olduğunu belirterek, bu karmaşık durumun düzeltilmesi için İslam hukukunun tedvîn edilmesini teklif etmiştir. Mansûr, Mâlik b. Enes'in Muvatta'ını tüm Müslümanlar için bağlayıcı hale getirmek istemiş, ancak İmam Mâlik bu teklif karşısında şunları söylemiştir:

*“Bunu yapma ey müminlerin emiri! Çünkü Rasulullah'ın ashabı muhtelif şehirlere dağılmışlardır. Onlardan her bir topluluk daha önce birçok hadisler duymuş ve her bir topluluk, kendilerine ulaşan bu hadisleri benimsemişlerdir. Eğer onları tek bir görüşe yönlendirecek olursan bu, fitneye sebep olur. Dolayısıyla her belde ahalisini kendi tercihleriyle başa bırak.”*⁷²

Daha önce de Ebû Hanîfe, Abbasî idarecilerinden Ebû Ca'fer el-Mansûr'un baş kadılık teklifini reddetmişti.⁷³ Zira İslâm hukukunun kanunlaştırılması gerektiği yönünde fikirlerin ortaya çıktığı bir dönemde, Ebû Hanîfe bu teklife olumsuz cevap vermekle, hem kendi görüşünün resmî bir hüviyet kazanmasına fırsat vermemiş, hem de devlet ideolojisi ile sınırlanmaksızın kendi hür iradesiyle ictihad etme imkanını korumuş olmaktadır. Çünkü devlet memurlarının bu konuda yeterince bağımsız olamayacağını daha önceki uygulamalardan görmüştü. Örneğin Muâviye, Kadı Şurayh (ö. 78/697)'a bir emirname göndererek, gayrimüslimin Müslüman'a mirasçı olabileceğini bildirmiş, ancak Kadı Şurayh aksi yönde açık bir hadis olduğunu bildiği halde, emirname doğrultusunda hükümler vermek zorunda kalmıştır.⁷⁴

⁷¹ Şentürk, a.g.m., s. 67.

⁷² İbn Âbidîn, Muhammed Emin b. Ömer b. Abdilaziz ed-Dîmeşkî el-Hanefî (ö.1252/1836), *Hâşiyetü Reddi'l-Muhtâr alâ'd-Dürri'l-Muhtâr*, Dâru'l-Kahraman, İstanbul 1984, I/47; Hamidullah, Muhammed, *İslam'ın Hukuk İlmine Yardımları* (Derleyen Salih Tuğ), İstanbul 1962, s. 123-4.

⁷³ Cessâs, a.g.e., I/99; Uzunpostalcı, Mustafa, “Ebû Hanîfe”, *DİA.*, X, İstanbul 1994, s. 134.

⁷⁴ Cessâs, a.g.e., II/146.

İmam Şâfiî (ö. 204/819) de benzer şekilde, dönemin idarecilerinden aldığı bu yöndeki teklifleri reddetmiştir.⁷⁵ Ahmed b. Hanbel (ö. 240/855) ise resmî mezhep haline gelen Mutezile'nin itikadî görüşlerini reddettiği için ağır cezalara çarptırılmıştır. Mutezile'nin Abbasilerin resmî mezhebi haline gelmesiyle birlikte, Me'mun ve Mu'tasım zamanında başkadılık (kâdılkudâtılık) yapan Ahmed b. Ebî Duâd (ö. 240/855), Mu'tezile'ye geçmiş ve bu resmî mezhebi kabul etmeyen kadıların görevlerine son verilmiştir.⁷⁶ Mu'tezile örneğinde olduğu gibi, çok akılcı ve hür irade yanlısı bir mezhep bile, resmî mezhep haline gelmekle, ideolojik bir baskı ve zulüm aracı haline gelebileceğini göstermiştir.⁷⁷

İslam hukukunda ilk resmî mezhebe doğru gidiş, Abbasilerle birlikte görülmeye başlamıştır. Ebû Yusuf (ö. 182/798)'un başkadılık görevini kabul etmesi ve genellikle Hanefî mezhebinden olanları kadılığa tayin etmesi, Hanefî mezhebini Abbasilerde, resmî mezhep hüviyetine büründürmüştür.⁷⁸ Ancak yine de diğer mezheplere mensup halkın yaşadığı bölgelerde Sünnî mezheplerden kadılar atanmaya devam etmiştir.⁷⁹

Aynı dönemde varlık gösteren diğer İslam ülkelerinde ise tüm mezhepler devlete aynı derecede yakın görülmüştür. Örneğin Eyyûbîler'de Sultan Salahaddin (ö. 588/1193) zamanında *dört refik* adlı kurum için bir başkadı ve sünnî mezheplerden dört tâlî kadı aynı anda görev yapmıştır. Bu kadılar kendilerine gelen davaları kendi mezheplerine göre çözmüşlerdir. Davalılar farklı mezheplerden ise, davalının mezhebine göre, mesele miras davası ise mûrisin mezhebine göre davalar görülüyordu. Bu uygulama genel kabul görmüş ve Batılılar tarafından sömürgeleştirildiği dönemlerde bile Mısır, Hindistan ve Tunus'ta uygulanmaya devam etmiştir. Fatımî Devleti (910-1171)'nde de yasama (iftâ) ve yargı (kazâ) benzer şekilde sünnî mezheplere göre

⁷⁵ Ebû Zehra, Muhammed, *İmam Şafîî*, Diyanet İşleri Başkanlığı Yay., 3. Baskı, Ankara 1996, s. 26-7.

⁷⁶ Şebârû, İsmâ Muhammed, *el-Kadâu ve'l-Kudâtu fi'l-İslam "el-'Asru'l-Abbâsî"*, Dâru'n-Nahdati'l-Arabiyye, Beyrut 1983, *a.g.e.*, s. 13.

⁷⁷ Aydın, Mehmet S. "Din, Siyaset ve Demokrasi", *İslam ve Demokrasi* içinde (Edit. Ali Bardakoğlu vd.) Ensar Neşriyat, İstanbul 2000, s. 39-52.

⁷⁸ Şebârû, *a.g.e.*, s. 125, 238.

⁷⁹ Şebârû, *a.g.e.*, s. 122, 139.

yapılırdı ve her mezhebin bir başkadısı olurdu. Hatta Fatımî sultan sefere çıkarken Hanbelî mezhebi dışındaki diğer üç sünni mezhepten kazaskerleri yanına alırdı.⁸⁰

Selçuklu Devleti (1038-1157)'nde ise ağırlık Hanefî mezhebine verilmişti. Tuğrul Bey'den sonra kadılar genelde Hanefîlerden seçiliyordu. Ama kararların Hanefî mezhebine göre verilmesi gerektiği yönünde siyasî bir zorunluluk söz konusu değildi. Osmanlı'nın ilk yıllarında da bu anlayış devam etmiştir. Ali Haydar Efendi (ö. 1936), Osmanlı sultanlarının bazı meselelerde Hanefî mezhebinin dışındaki diğer mezheplere göre de hüküm vermeleri için hâkimler atadığını belirtir.⁸¹ Halil İnalçık, XV. yüzyılın sonuna kadar Bursa'da Şâfiî mezhebine göre hükümler verildiğini belirtir.⁸² Aydın ise, Mekke'de dört mezhepten, Diyarbakır'da da Şâfiî mezhebenden bir kadının mevcut bulunduğunu ifade eder.⁸³ Ancak Osmanlı'da 1599'dan itibaren Hanefî mezhebinin hakimiyetine doğru bir gidiş görülmektedir.⁸⁴ Genel olarak kadı beratlarında: "... *Eimme-i Hanefiyye'nin muhtelefün fihâ olan masâili, kemâ yenbeği tetebbu edüp esahh-ı akvâli bulup ânınla amel eyleye...*" şeklindeki emirle Hanefî mezhebinin resmî mezhep olduğu açık bir şekilde ortaya konulmuştur.⁸⁵ Ancak XIX. yüzyılda Mecelle'nin hazırlanışına kadar kanunlaştırma (kodifikasyon) yapılmamıştır. Batı'da ortaya çıkıp Osmanlı'ya geçen bu kanunlaştırma faaliyeti ise yasamanın tamamen devletin kontrolüne geçmesi anlamına gelmektedir.⁸⁶

Kodifikasyon, Batılı çağdaş birçok hukukçu ve bilim adamının da dile getirdiği gibi, yasama alanında devletin tek yetki sahibi olması anlamına gelmekte, bu da hukukun belli bir ideoloji çerçevesinde şekillenmesine, bölgesel ve şahsi farklılıkların hukuka yansımalarına engel olmaktadır. Örneğin, özgürlüğü bireyin her hangi bir dış faktörün zorlamasına maruz kalmaksızın, kendi kendisinin efendisi olarak, kendi

⁸⁰ el-Kalkaşandî, Ahmed b. Ali (ö. 821/1418), *Subhu'l-A'sâ fi Sınâati'l-İnşa*, (Tahkik: Muhammed Huseyn Şemsuddin, Dâru'l-Kutubi'l-İlmiyye, Beyrut ts. I/98; Fendoğlu, Hasan Tahsin, *İslam ve Osmanlı Anayasa Hukukunda Yargı Bağımsızlığı*, Beyan Yay., İstanbul 1996, s. 98.

⁸¹ Ali Haydar Efendi (ö. 1936), *Dürierü'l-Hükkâm Şerhu Mecelleti'l-Ahkâm*, İstanbul 1330/1912, XVI/87 ayrıca, Mecelle'nin 1801. maddesinin şerhine bak.

⁸² İnalçık, "Mahkeme", *DİA.*, XXVII, İstanbul 1997, s. 151.

⁸³ Aydın, Mehmet Akif, "Osmanlı'da Hukuk", *Osmanlı Devleti ve Medeniyeti Tarihi* içinde (Edit. Ekmelettin İhsanoğlu), İstanbul 1994, s. 409'daki dip not 116.

⁸⁴ Aydın, "Osmanlı'da Hukuk", I/407

⁸⁵ Akgündüz, Ahmet, *Osmanlı Kanunnameleri ve Hukukî Tahlilleri*, İSOV, İstanbul 1990-1994, s. 326-7.

⁸⁶ Şentürk, a.g.m., s. 67.

seçimini kendisinin yapması olarak tanımlayan Hayek, kanunların *tarafsız* ve *özgürlüklerin önünü açıcı* olması gerektiğini savunur.⁸⁷ Foucault ise *kendi kendini oluşturma teknolojisi* (self technology) şeklinde kavramlaştırdığı bu yolla kişilerin, iktidarın tekdüzeleştirme girişimine karşı koymaları gerektiğini dile getirir.⁸⁸ İşte bu anlamda Mecelle ile başlayan kanunlaştırma faaliyeti, İslam hukuk anlayışında bir kırılmayı ifade etmektedir.

Devletlerin kurumlaşmalarındaki gelişmelere paralel olarak, hukukun kapsamı ve etkinliği de giderek artmıştır. Günümüzdeki anlamıyla hukuk, bireyin hem maddî hem de manevî yönünü biçimlendirmeye başlamıştır. Bu açıdan, dinin düzenleme yaptığı birçok alanda hukuk da etkinlik göstermektedir. Devletin kendi siyasî otoritesinin bir göstergesi olarak, hukuku uhdesine almasıyla birlikte, siyasî otoritenin teklîğinin bir gereği olarak, hukuk kurallarının da tüm vatandaşları kapsayacak şekilde standardize edildiği görülmektedir. Bu anlayışın merkezinde birey ve bireysel değerler yerine devlet ve onun siyasî otoritesi yer alır. Bu açıdan kanunlaştırma faaliyeti, hukuk alanında bireyler karşısında devletin, çoğulculuk karşısında tekleştiriciliğin hâkim olması anlamına gelir. Fakat 1917 Osmanlı Hukuk-ı Âile Kararnamesi'nde olduğu gibi, hukuk kuralları devlet eliyle standardize edilse bile, dinî değerlerin göz önünde bulundurulması birden çok hukuk kuralına imkan verildiği takdirde kanunlaştırmanın zararları önlenmiş olacaktır. Ancak bu konudaki tartışmaların sağlıklı olarak yapılabilmesi için, İslam'ın *Öteki*ne, yani gayrimüslimlere bakış açısını ve onlara yönelik düzenlemelerine daha yakından bakmak faydalı olacaktır.

D. İslam'ın Öteki (Gayrimüslim) Anlayışı

Daha önce de belirttiğimiz gibi, birçok alandan kendisine referans bulan hukukî çoğulculuk düşüncesini, temelde *Öteki* sorununa indirgemek mümkündür. Din, inanç, ırk, siyaset, ahlak, ideoloji, cinsel tercih vb. alanlarda, farklı olan veya farklıdan yana olanı ifade eden *Öteki*, tarih boyunca çoğu kez “düşman” olarak görülmüştür. İlk iki bölümde ele aldığımız üzere, Batı'da görülen teorik ve yapısal değişim, Avrupa merkezli bakış açısında büyük çapta bir değişim ve dönüşümü beraberinde getirirse de,

⁸⁷ Yayla, Atilla, *Özgürlük Yolu: Hayek'in Sosyal Teorisi*, Liberte Yay., 2. Baskı, Ankara 2000, s. 32-7; Çaha, “İdeoloji ve Hukuk Arasında Devlet”, s. 103-4.

⁸⁸ Şaylan, Gencay, *Postmodernizm*, İmge Yayınevi, 2. Baskı, Ankara 2002, s. 263, 271.

Batılı Hıristiyan beyaz erkeğe göre şekillenmiş bir *Öteki* algılaması, etkisini hâlâ sürdürmektedir. XX. yüzyılın ikinci yarısına kadar daha çok *dışlayıcılık* (exclusivism)⁸⁹ üzerine kurulu bir *Öteki* anlayışına sahip olan Batı'nın, bu tarihten sonra diğer dinlerin de doğruluk ve kurtarıcılık özelliklerinin bulunduğunu, bundan dolayı da onlarla diyalog ve iyi ilişkiler geliştirmek gerektiğini savunan *kapsayıcılık* (inklusivizm)⁹⁰ ve Hıristiyanlık dışındaki diğer büyük dünya dinlerinin manevî ve ahlakî açıdan hemen hemen Hıristiyanlıkla aynı olduğunu ve Hıristiyanlığın üstün görülemeyeceğini savunan *çoğulculuk* (plüralist)⁹¹ anlayışı güçlenmeye başlamıştır.⁹² Günümüz Batılı siyaset ve hukuk düşüncesinde kısmen *dışlayıcılık*, kısmen de *kapsayıcılık* düşüncesi ağırlığını hâlâ korusa da, *çoğulculuk* düşüncesinin giderek etkinliğini arttırdığı söylenebilir. Batı'da gelişen *hukukî çoğulculuk* düşüncesi, kendisini *teolojik çoğulculuk* düşüncesiyle ilişkilendirmese de, her iki düşüncenin Batı düşüncesinde görülen teorik ve yapısal değişim ve dönüşümle yakından ilişkili olduğu bir gerçektir.

İslam'ın *Ötekine* bakış açısına gelince, onun çağdaş Batılı anlayışlardan hiç birisine tam anlamıyla denk düşmediğini söylemek mümkündür. Öncelikle belirtmemiz gerekir ki, Batı'dakinden farklı olarak İslam, *Öteki*'ni belirlerken tek bir kritere başvurur. O da, kendi öğretilerine inanıp inanmamadır. Bu bakımdan, hiçbir ırk, renk,

⁸⁹ Alister E. McGrath, R. Douglas Geivett ve W. Gary Phillips'in öncülüğünü yaptığı bu anlayışa göre, tek gerçek din Hıristiyanlık'tır. İnsanlar, ancak Hıristiyanlık sayesinde kurtuluşa erebilirler. Hıristiyanlık dışındaki diğer dinler yanlış yol üzeredirler. Dolayısıyla da mensuplarına gerçek kurtuluşu sağlayamazlar. Bkz. Köylü, Mustafa, "Dinsel Dışlayıcılık (Eksklusivizm)", *İslam ve Öteki: Dinlerin Doğruluk Kurtarıcılık ve Birlikte Yaşama Sorunu* içinde (Edit: Cafer Sadık Yaran), Kaknüs Yay., İstanbul 2001, s. 29-65.

⁹⁰ Kapsayıcılık düşüncesi ise 1960'lardan sonra II. Vatikan Konsilinde, Karl Rahner'in öncülüğünde ortaya çıkmıştır. Kilisenin dışında kurtuluş olmadığı şeklindeki geleneksel Hıristiyan dışlayıcılığının aksine bu anlayış, bir kimsenin kendi dininin dışındaki dinleri de din olarak görmesi, onlarda da doğruluk ve kurtarıcılık özelliklerinin bulunduğunu kabul etmesi ve bundan dolayı da onlarla diyalog ve iyi ilişkiler geliştirmek gerektiğini savunur. Ancak bu anlayış, çoğulculukta olduğu gibi, tüm dinlerin aynı derece hakikati temsil ettiğini ve kurtuluşa ulaştıracağını kabul etmeksizin diğer dinlere değer atfetse de, kendi dininin en üstün din olduğu kabulüne dayanır. Bkz. Yaran, Cafer Sadık, "Dinsel Kapsayıcılık (İnkklusivizm)", *İslam ve Öteki: Dinlerin Doğruluk Kurtarıcılık ve Birlikte Yaşama Sorunu* içinde (Edit: Cafer Sadık Yaran), Kaknüs Yay., İstanbul 2001, s. 67-82.

⁹¹ W.C. Smith öncülüğünü yaptığı çoğulculuk düşüncesi, Hıristiyanlık dışındaki tüm büyük dinlerin manevî ve ahlakî vasıfları bakımından aşağı yukarı Hıristiyanlıkla aynı olduğundan hareketle, tüm dünya dinlerinin katılımıyla yeni bir *dünya teolojisi* geliştirmek gerektiğini savunur. Aydın, Mahmut, "Küresel Bir Teolojiye Doğru: W. C. Smith'de Dinsel Çoğulculuk", *İslam ve Öteki: Dinlerin Doğruluk Kurtarıcılık ve Birlikte Yaşama Sorunu* içinde (Edit: Cafer Sadık Yaran), Kaknüs Yay., İstanbul 2001, s. 127-160.

⁹² Yaran, Cafer Sadık, *İslam ve Öteki: Dinlerin Doğruluk Kurtarıcılık ve Birlikte Yaşama Sorunu*, Kaknüs Yay., İstanbul 2001, s. 9-19.

cinsiyet, dil, bölge, ekonomik kriter ve dinin özüne dönük olmayan farklı bireysel tercihler, bir kişinin *Öteki* olarak tanımlanması için yeterli değildir. Buna göre, İslam dışı görülemeyen hiç kimse *Öteki* kategorisine dâhil edilemez. Öyleyse İslam'a göre *Öteki*, sadece gayrimüslimler için kullanılabilir. İslam'ın *Öteki* kavramını tanımlarken Batılı anlayıştan farklı olduğu gibi, *Öteki* ile geliştirilen ilişki de batınınkinden farklıdır. Bu noktada İslam, kendi inanç manzumesine yakın olup olmamasına göre *Öteki* olanları farklı kategorilerde değerlendirmiş ve ilişkilerini bu çerçevede yürütmüştür.

Öteki çerçevesinde belirtilmesi gereken diğer bir önemli nokta da, İslam'ın *Öteki* ile ilgili olarak geliştirdiği çoğulcu bakış açısının dinî temelleri olsa da, onlara dinî bir meşruiyet zemini oluşturmayı amaçlamaz. Bu açıdan Batı'da görülen *teolojik çoğulculuk* anlayışında olduğu gibi, tüm dinlerin hakikati temsil bakımından aynı gerçekliğe sahip olduğu ve İslam dâhil hiçbir dinin, diğer dinlerden bir üstünlüğünün olmadığı şeklindeki bir düşünceye dayalı bir çoğulculuk anlayışı benimsenmemiştir. İslam'ın ana kaynakları bu açıdan incelendiğinde, *Öteki*yle ilgili olarak iki temel perspektifin olduğu söylenebilir: *Dinî (Teolojik) Perspektiften Öteki*, *Dünyevi Perspektiften Öteki*.

1) Dinî (Teolojik) Perspektiften *Öteki*

Kur'an, ilk ayetleriyle birlikte kendisini daha önceki kutsal kitapların tasdikçisi ve Hz. Muhammed'i de önceki peygamberlerin bir takipçisi olarak takdim eder. Bu anlamda İslam ne daha önceki dinleri ilgâ etmek ne de onların müntesiplerini yok etmek için gelmiştir.⁹³ Bundan dolayı, İslam'ın kendisini düşmanlarıyla değil de dostlarıyla tanımlayan bir din olduğunu söylemek mümkündür. İslam, asgarî bir müşterekten hareketle, bir yandan tüm insanların aynı ana-babadan dünyaya gelen kardeşler olduğunu belirtirken,⁹⁴ öte yandan diğer din mensuplarıyla ortak inanç noktalarını öne çıkararak bir diyalog ortamı oluşturmayı amaçlar.⁹⁵ Kendi öğretilerini sunarken, bazı konularda dolaylı olarak diğer inanç sahiplerini eleştirse de, Kur'an hiçbir şekilde düşmanca bir söylem geliştirmemiş, tahkir ve tahrir edici bir üslup tercih etmemiştir.

⁹³ Bkz. Bu da Anakent (Mekke'y)i ve çevresindeki(kasaba)ları uyarman için sana indirdiğimiz feyz kaynağı ve kendinden önceki (Tanrı Kitabı)nı doğrulayıcı bir Kitap'tır. Âhirete inananlar, buna inanırlar ve onlar, namazlarına devam ederler. el-En'âm, 6/92.

⁹⁴ el-A'râf 7/189.

⁹⁵ Âl-i İmrân 3/64.

Hatta Hz. Peygamber'e; "*Hikmetle ve güzel öğütü Rabbinin yoluna çağır ve onlarla en güzel biçimde mücadele et.*"⁹⁶ buyrularak, tebliğ yöntemi belirlenmiştir. Ancak Mekke döneminde müşriklerin, Medine döneminde de Yahudîlerin ve kısmen Hıristiyanların, Müslümanlara yönelik önceleri alay ve hakaret şeklinde yürüttükleri psikolojik savaşı, ilerleyen dönemlerde sosyal ve ekonomik ve en sonunda da fiilî savaşa dönüştürmelerine paralel olarak, onlara karşı vahyin üslubu da değişmiştir.

Kur'an ve Sünnet'te, *Öteki* olarak değerlendirilebilecekleri şu şekilde sıralamak mümkündür: Müşrikler, Yahudîler, Hıristiyanlar, Sabîîler, Mecusîler, Dehrîler, Münafıklar ve Mürtedler. İslam'ın ilk yıllarında Müslümanlar için *Öteki*, öncelikle müşriklerdir. İlk inen ayetlerde doğrudan muhatap alınmayan müşrikler, kendi hallerine bırakılmış, hatta kendi dinlerine inanmaya devam etmeleri yönünde bir tavır belirlenmiştir.⁹⁷ Ancak müşriklerin kısa zaman içinde İslam'a karşı önce psikolojik bir savaş yürütmeleri, daha sonra bu savaşı sosyal, ekonomik ve sıcak savaşa dönüştürmeleri, vahyin onlarla ilgili üslubunu sertleştirmiştir.⁹⁸ Buna rağmen Müslümanların, onlara misilleme yapmalarına, hatta onlara lanet okumalarına müsaade edilmemiştir.⁹⁹ Ancak, müşriklerin yaptığı zulümler dayanılmaz hale gelip, Müslümanlar evlerini terk ettikleri halde saldırıları devam edince, onlarla savaşmak kaçınılmaz olmuştur. Bu aşamadan sonra onlarla yürütülen teolojik tartışma yerine, siyasî (askerî) mücadeleye girilmiştir.

Müslümanların Medine'ye hicretleri ile birlikte, Kur'an'da *Öteki* olarak müşriklerin yanı sıra Yahudî ve Hıristiyanlardan da söz edilmeye başlanmıştır.¹⁰⁰ Medine'nin ilk yıllarında Hıristiyan ve Yahudîlere karşı genel olarak yumuşak bir üslup

⁹⁶ en-Nahl 16/125.

⁹⁷ On sekizinci sûre olarak inen Kâfirûn sûresi, Mekkeli müşriklerin Hz. Peygamber'e, "bir yıl biz senin ilahına tapalım, bir yıl da sen bizim ilahlarımıza tap" şeklindeki teklifleri üzerine inmiştir. Bkz. Ateş, Süleyman, *Yüce Kur'an'ın Çağdaş Tefsiri*, İstanbul Yeni Ufuklar Neşriyat, İstanbul 1989, XI/136-7. 267.

⁹⁸ et-Tevbe 9/28-29

⁹⁹ Hz. Peygamber'den müşriklerin yaptıkları kötü muamelelerden dolayı onlara lanet etmesi istenince, "Ben lanet etmek için gönderilmedim. Ben ancak bir rahmet olarak gönderildim." buyurmuştur. Bkz. Müslim, *Kitabu'l-Birr ve's-Salâh*, Bâbu Kerahiyetü'l-La'ne, s. 481, Hadis no: 18822.

¹⁰⁰ Hamidullah'ın belirttiğine göre, 1500 civarında Müslüman'ın olduğu Medine'de, 4 bin civarında Yahudi, bir o kadar müşrik Arap ve az miktarda da Hıristiyan olmak üzere, yaklaşık 10 bin civarında bir nüfus yaşamakta idi. Bkz. Hamidullah, *Muhammed, İslam Peygamberi*, (çev: Salih Tuğ), Yeni Şafak Promosyon, Ankara 2003, s. 183.

kullanıldığı¹⁰¹ ve onlara karşı tarafsız bir tutum içine girildiği görülmektedir.¹⁰² Hz. Peygamber'in Medine'ye geldikten hemen sonra, Yahudîlerle bir anlaşma (Medine Vesikası) yaparak onlarla birlikte yaşamının siyasî zeminini oluşturması,¹⁰³ İslam'ın Yahudî ve Hıristiyanlara karşı düşmanca bir tutum içinde olmadığını göstermektedir. Ancak, özellikle Yahudîlerin zamanla İslam dinî aleyhine propaganda yaparak, kendi dinlerinin daha üstün olduğunu kanıtlamaya yönelik bazı teolojik tartışmalara girdikleri ve Hıristiyanların da benzer tutumlar sergiledikleri görülmektedir. Bu tartışmalarda taraf durumunda olan İslamiyet, Yahudî ve Hıristiyanların sundukları dinî delillerin gerçeğe aykırı olduğunu ifade eden ayetlerle tartışmaya dâhil olmuştur.¹⁰⁴ Bu tartışma sürecinde, Yahudî ve Hıristiyanların üslubuna paralel olarak, ayetlerin üslubunda da bir sertleşme görülmektedir. Bütün bunlara rağmen, Yahudîlerden, Hıristiyanlardan ve Sabîilerden ahirete inananların ve salih amel işleyenlerin Rableri katında mükâfatlarının olacağı belirtilerek,¹⁰⁵ bu dinlere mensup insanların tamamının bir olmadığı vurgulanmıştır.¹⁰⁶ Diğer yandan Kur'an'da sık sık kınanan Yahudî ve Hıristiyanlara yönelik yürütülen dinî (teorik) tartışmaların fiilî bir mücadeleye dönüşmesine müsaade edilmemiştir. Bu teorik tartışmaların bir tebliğ yöntemi olduğu, bundan dolayı en güzel şekilde yürütülmesi gerektiğinin faydalı olacağı üzerinde durulur.¹⁰⁷

¹⁰¹ Örneğin Mekke devrinin sonlarında inen Ankebut 29/46. ayette şöyle denilmektedir: "Kitap ehlinde zulmedenler bir yana, onlarla en güzel şekilde mücadele edin, şöyle deyin: "Bize indirilene de, size indirilene de inandık; bizim Tanrımız da, sizin Tanrınız da birdir, biz O'na teslim olmuşuzdur."

¹⁰² Ebû Hureyre'nin nakline göre, Hz. Peygamber zamanında Ehl-i kitaptan Yahudiler, Tevrat'ı İbranice okurlar ve onu Müslümanlar anlasınlar diye Arapça olarak tefsir ederlerdi. Durumdan haberdar olan Rasûlullah: "Ehl-i kitabı tasdik de, tekzip de etmeyin; sizler "biz Allah'a ve O'nun tarafından indirilene iman ettik" deyiniz" (el-Bakara 2/136) buyurdu. (Buhârî, Şehâdet, 29; Tevhid, 51, (VIII)/213), Ebû Dâvûd, İlim, 2 (IV/477).

¹⁰³ Hamidullah, Muhammed, *Mecmû'atu'l-Vesâiki's-Siyasiyye li 'Ahdi'n-Nebeviyyi ve'l-Hilâfeti'r-Râside*, 5. Baskı, Dâru'n-Nefâis, Beyrut 1405/1985, s. 69.

¹⁰⁴ İslam'ın kendisini kurtuluş yolu olarak takdim etmesi üzerine, Yahudi veya Hıristiyanların kendilerinden başka hiç kimsenin cennete girmeyeceği (el-Bakara 02/211), Hz. İbrahim'in Yahudi ya da Hıristiyan olduğu (Âl-i İmrân 03/65), kendilerinin Allah'ın seçkin kulları veya oğulları oldukları (el-Mâide 05/18) şeklindeki iddialarla kendi dinlerinin daha üstün olduğunu kanıtlamaya çalışmaları karşısında, İslam'ın onların iddialarını boşa çıkararak ve onların başta Hz. Musa olmak üzere kendi peygamberlerine ihanet ettikleri, bildikleri halde hakikati sakladıkları, Allah'ın ayetlerini inkâr ettikleri, hakla Batılı birbirine karıştırdıkları, inkârcıları dost edindikleri, Allah hakkında gerçek dışı iddialarda buldukları, Üzeyir ve İsa gibi peygamberleri tanrılaştırdıkları, din adamlarını rableştirdikleri ayrıntılı olarak dile getirilmeye başlamıştır. Bkz. el-Bakara 02/109, 111, 135, 140, 146, 213; Âl-i İmrân 03/67, 70-72, 99, 100; en-Nisâ 04/44, 51, 171; el-Mâide 05/80, 82; et-Tevbe 09/30-31.

¹⁰⁵ el-Bakara 2/62; el-Mâide 5/69.

¹⁰⁶ Âl-i İmrân 3/75.

¹⁰⁷ "Rabbinin yoluna hikmetle ve güzel güzel öğütle davet et ve onlarla en güzel şekilde mücadele yap! Çünkü Rabbin, yolundan sapmanı en iyi bilendir ve doğru yolda gidenleri en iyi biten de ancak O'dur."

Kur'an'da üzerinde geniş bir şekilde durulan diğer bir *Öteki* olarak görülebilecek başka bir grup ise münafıklardır. Kur'an'da onların kâfirlerden daha aşağılık ve kötü bir durumda oldukları örneklerle anlatılarak, insan onur ve haysiyetine aykırı bir yaşam sürdükleri ve hasta kişilikli insanlar oldukları belirtilmiştir.¹⁰⁸ Ancak, gerçek niyet ve planlarını pratiğe yansıtmadıkları müddetçe, onlara karşı fiilî bir mücadeleye girilmesine müsaade edilmemiştir. Bu açıdan münafıklar, dinî (teolojik) açıdan İslam dışı olmalarına rağmen, dünyada Müslüman muamelesi görmüşlerdir.

Sonuç olarak, Kur'an'da Ehl-i kitap bağlamında Ötekilerin bazı güzel vasıflarından bahsedilse de, onların inançlarının gerçek kurtuluş için yeterli olmadığı kabul edilmiştir. İslam'ın hakikati temsil eden tek din olduğu¹⁰⁹ ve diğer dinlerin mensuplarını kurtuluşa erdirmeyeceği ifade edilerek,¹¹⁰ İslam'dan başka hiçbir inancın onlara fayda vermeyeceği bildirilmiştir.¹¹¹ Bu bağlamda *Öteki* ile iyi ilişkiler kurmak ile onların dinî açıdan doğru ve gerçek bir inanç üzere olduklarını kabul etmek, farklı şeylerdir.¹¹² Bu anlamda İslam'ın hukukî çoğulculuk düşüncesi, çağdaş Batılı teolojik çoğulculuk düşüncesinde olduğu gibi, tüm dinlerin aynı derecede hakikati temsil gücüne sahip oldukları şeklindeki bir düşünceden değil¹¹³, İslam'ın gayrimüslimlere tanıdığı inanç özgürlüğünden kaynaklanmaktadır.

2) Dünyevi Perspektiften *Öteki*

Naslarda *Öteki* ile ilgili olarak görülen diğer bir bakış açısı ise, dünyevî bir gerçeklik olması hasebiyle, onlarla kurulacak sosyal, ekonomik ve siyasal ilişkilerin nasıl olması gerektiğini belirleyen naslarda ortaya çıkan bakış açısıdır. Bu çerçevede *Öteki*, hiçbir baskı altında tutulmaksızın kendi inancını istediği gibi yaşayan ve dinî doğrudan ilgilendirmeyen konularda, bir Müslüman gibi kendisiyle ilişki kurulan sosyal

(en-Nahl 16/125); “Kitap ehlinden zulmedenler bir yana, onlarla en güzel şekilde mücadele edin, şöyle deyin: ‘Bize indirilene de, size indirilene de inandık; bizim Tanrımız da, sizin Tanrınız da birdir, biz O'na teslim olmuşuzdur.’” (el-Ankebût 29/46).

¹⁰⁸ el-Bakara 2/8-20; el-A'raf 7/58; en-Nisâ 4/141; en-Nûr 24/47; el-Ankebût 29/10-11; el-Mücâdele 58/9-10; el-Münafıkûn 63/1.

¹⁰⁹ “Allah katında din, şüphesiz İslamiyet'tir.” (Âl-i İmrân 3/19)

¹¹⁰ et-Tevbe 9/30; el-Mâide 5/17; el-Casiye 45/24; Lokman 31/13; el-Hacc 22/31; en-Nisâ 4/116; el-Bakara 2/8; el-Mâide 5/041.

¹¹¹ “Kim İslamiyet'ten başka bir dine yönelirse, onunki kabul edilmeyecektir. O ahirette de kaybedenlerdendir.” (Âl-i İmrân 3/85).

¹¹² Karaman, *Mukayeseli İslam Hukuku*, III/366.

¹¹³ Bu konuda farklı görüşler için bkz. Ateş, *a.g.e.*, II/75, 95-6.

bir gerçeklik olarak görülmektedir. Allah'ın her insana verdiği *ismet* sıfatının bir gereği olarak, yaşama, inanma, mal-mülk edinme, evlenme, çocuk sahibi olma vb. en temel haklara sahip bu insanlar, İslam'a ve Müslümanlara karşı düşmanca bir tavra girmedikçe, herhangi bir Müslüman gibi dokunulmazdır ve koruma altındadır. Bu koruma, Allah ve Rasûlünün şahsında devletin eliyle sağlanmakta ki, gayrimüslimlerin İslam toplumlarında en öne çıkan bu vasıflarından dolayı onlara zimmî (koruma altına alınan kişi) denilmektedir.¹¹⁴ Ancak onlara verilen bu zimmet akdine rağmen, onların İslam ve Müslümanlar aleyhine bir tutum geliştirmeleri halinde, bu zimmet akdi iptal olur ve dinlerinin farklılığı dolayısıyla değil, Müslümanlara karşı geliştirdikleri düşmanca tutumdan dolayı dokunulmazlıkları (ismet/zimmet) kalmaz. Bu çerçevede, onların niyet ve amaçlarına göre, Müslümanların da onlarla mücadele hakları doğar.

a- Konjonktürel Bakış (Geçici Düzenlemeler)

Öteki'ne karşı mücadeleyi öngören ayet ve hadislerin daha iyi anlaşılabilmesi için, tarihî sürecin kısaca gözden geçirilmesi faydalı olacaktır. Bir taraftan müşriklerin, diğer taraftan siyasî anlaşma yaptıkları halde Müslümanlar aleyhine planlar yapan Yahudîlerin ve daha sonra Hıristiyanların düşmanca tutumları, Müslümanların kendini savunmalarını zorunlu kılmıştır. Bu süreçte inen ayet ve vârid olan hadisler, konjonktürel bir tavır belirlemektedir. Dostane ilişkilerin askıya alındığı bir süreçte ortaya çıkan anlayışın genelleştirilmemesi ve nasların bütüncül bir bakışla değerlendirilmesi, *Öteki* ile ilgili yanlış anlayışların gelişmemesi için önemlidir.

Daha önce de belirttiğimiz gibi, hukukî çoğulculuk için devlet gibi sosyo-politik bir zeminin olması kaçınılmazdır. Bu bakımdan, Hz. Peygamber'in Medine'ye hicretlerinden hemen sonra teşekkül eden Medine site devleti, böyle bir hukukî yapı için uygun bir zemin sayılabilir.

Temel hareket noktasını herhangi bir dine düşmanlık üzerine kurmasına rağmen İslam'ın, kısa zaman içinde sosyal, ekonomik ve siyasî dengeleri yeniden

¹¹⁴ “Kim sözleşme yapılan Zimmîlere zulmederse, yahut gücünün yettiğinden fazlasını teklif ederse, ben onun hasmıyım.” (Ebû Dâvud, Sünen, 2/255) Hz. Ömer, kendinden sonraki devlet başkanlarına Zimmîler konusunda hayrı tavsiye ettiğini, onlara karşı kötü muamelede bulunanlara karşı durmaları ve güçlerinin yetmediği yükler altında ezmemeleri gerektiğini tavsiye etmiştir. Gnş. bil. bkz. Zeydân, *a.g.e.*, s. 74-6.

şekillendirmeye başlamasından dolayı bazı kesimlerin İslam'a karşı düşmanca bir tavır içine girmelerine yol açmıştır. Kur'an, bir taraftan *Müslümanlarla dostane ilişki kuranlarla iyi geçinilmesini emrederken*,¹¹⁵ diğer taraftan "*Sizinle savaşanlarla; Allah yolunda siz de savaşın. Fakat haksız yere saldırmayın.*"¹¹⁶ buyurarak, *Öteki* ile olan ilişkinin genel anlamda savaş üzerine kurulmadığını açık bir şekilde göstermektedir. Örneğin, Müslümanlarla yaptıkları anlaşmayı bozan müşriklere ilişkin ayetlerin¹¹⁷ veya Müslümanlar aleyhinde gizli faaliyetler yürüten Yahudîler hakkında inen savaş ayetlerinin¹¹⁸ *Öteki*'ne dair temel ilkeler vazedен ayetler olarak değerlendirilmeleri halinde, Müslüman olmayanların kesinlikle yaşama haklarının dahi olmadığı gibi yanlış bir anlayışa varılabilir. Seyf (kılıç) ayetleri olarak bilinen bu ayetlerin,¹¹⁹ gayrimüslimlere karşı müsamaha ve onlarla birlikte yaşamayı öngören yüzden fazla ayeti neshettiğini söylemek, Batı'lı kutsal savaş (holy war) anlayışının İslam'da da var olduğunu söylemek anlamına gelir ki bu, ne naslar çerçevesinde ne de tarihi gerçeklerle uygunluk arz eder. İslam'ın gayrimüslimler hakkındaki anlayışının, gayrimüslimlerin Müslümanlara karşı geliştirdikleri düşmanlık temeline dayanan ilişkilerin bir sonucu olduğu söylenebilir.

Hicretin 2. yılında anlaşmalı Amr b. Avf Yahudîlerinden Ebû Afek, Müslümanları hicvettiği için Hz. Peygamber'in emriyle öldürülmüştür.¹²⁰ Yine, Bedir savaşında Müslümanların zaferini çekemeyip anlaşmaya aykırı davranarak, Mekkeli müşriklere gidip onların ölülerine ağıtlar yakan ve onları Müslümanlara karşı tahrik eden Ka'b b. Eşref, şiirleriyle İslam'ı ve elçisini hicvettiği için öldürülmüştür.¹²¹ Daha sonraki dönemlerde Medine'de yaşayan Yahudî kabileleri de benzer nedenlerle Medine'den sürülmüştür. Benî Kaynûkalılar kendi çarşılarında alışveriş yapan Müslüman bir kadına sarkıntılık ettikleri için,¹²² Benî Nadîrliler Hz. Peygamber'e

¹¹⁵ et-Tevbe 9/7.

¹¹⁶ el-Bakara 2/190, 194.

¹¹⁷ et-Tevbe 9/5, 12; el-Bakara 2/191.

¹¹⁸ et-Tevbe 9/29

¹¹⁹ et-Tevbe 9/5, 12; el-Bakara 2/191, en-Nisâ 4/89, 91.

¹²⁰ İbn Sa'd, *Tabakât*, II/28.

¹²¹ Buhârî, *Cihâd*, 155; Müslim, *Cihâd*, 119; İbn Sa'd, *a.g.e.*, II/31-34.

¹²² İbn Hişâm, Ebû Muhammed Abdülmelik b. Hişâm el-Himyeri (ö. 218/833), *es-Sîretu'n-Nebeviyye*, Kâhire 1355, III/51; Hamidullah, *İslam Peygamberi*, I/621.

suikast girişiminde bulunmaları üzerine¹²³ Benî Kureyzâlîlar ise Hendek savaşı esnasında müşriklerle birlikte hareket etmelerinden dolayı Medine'den kovulmuşlardır.¹²⁴ Zira Medine'deki Yahudîler, öteden beri Müslümanlara karşı düşmanca ilişkiler geliştirmişler, onlara karşı psikolojik baskı kurmaya çalışıyorlardı. Müslümanlara “es-Sâmu Aleyküm” yani “Ölüm üzerinize olsun” şeklinde selam vererek içlerindeki düşmanca hisleri açığa çıkarmaya başlamışlardı. İşte böyle bir ilişki düzleminde Hz. Peygamber, “Siz de onlara ‘ve aleyküm’ yani ‘sizin de üzerinize olsun’ deyin buyurmuştur. Ayrıca onlara selam verilmemesini, hal hatır sorulmamasını, taziyeye gidilmemesini ve onların yolun en dar yerine sıkıştırılmasını, tavsiye eden bazı hadisleri¹²⁵ bu sosyo-psikolojik ortam çerçevesinde değerlendirmek gerekir.¹²⁶ Bu tavrın tüm gayrimüslimlere teşmil edilmesi, İslam hakkında hiç bilgisi olmayan, hatta İslam’a karşı ilgi ve sempati duyanların, Müslümanlara karşı önyargılı olmasına neden olacaktır. Bu tutum ise İslam hakkında bilgisi olmayan gayrimüslimlerle iyi ilişkiler kurulmasını emreden Kur’an’ın emrine uygun düşmeyecektir.¹²⁷

b- Genel Bakış (Temel Haklar)

İslamiyet, ortaya çıktığı dönemin hakim anlayışının aksine, farklı din mensuplarının temel insan haklarını gözetmiş ve onlarla iyi ilişkiler kurmayı hedeflemiştir.¹²⁸ Temel haklar konusunda İslam hukukçuları arasında bazı farklılıklar söz konusu olmasına rağmen Müslümanlarla dostane ilişkiler içinde olan gayrimüslimlerin temel insanî haklar bakımından Müslümanlardan farklı olmadığı konusunda herhangi bir ihtilaf yoktur. Hz. Peygamber’in Necran Hıristiyanlarına verdiği emân, temel insanî hakların ve dokunulmazlık alanının sınırlarını İslam’ın ilk yıllarından itibaren ortaya koymuştur.¹²⁹

¹²³ İbn Sa’d, *a.g.e.*, II/58.

¹²⁴ İbn Hişâm, *a.g.e.*, III/231-3; İbn Sa’d, *a.g.e.*, II/65-6.

¹²⁵ Müslim, Selâm, 6-7; İbn Mâce, Edeb, 13; Tirmizî, İsti’zân, 7, 12.

¹²⁶ Fidan, Yusuf, *İslam’da Yabancılar ve Azınlıklar Hukuku*, Ensar Yay., Konya 2005, s. 337-8.

¹²⁷ “Eğer, müşriklerden birisi senden emân dilerse, ona emân ver. Tâ ki Allah’ın kelâmını dinlesin. Sonra onu emin olduğu yere kadar ulaştır. Çünkü onlar bilmeyen bir topluluktur.” et-Tevbe 9/6.

¹²⁸ “Sakın bir kavme olan kininiz sizi adaletsizliğe itmesin! Adaletli davranın! Takvaya en yakın olan odur. Allah’tan korkun! Çünkü Allah, bütün yaptıklarınızdan haberdardır.” (el-Mâide 5/8).

¹²⁹ Yukarıda kısmen verdiğimiz eman metni, Necran Hıristiyanlarının temel insani haklarını kapsamaktadır. Din adamlarına hiçbir şekilde dokunulmayacağı açık bir şekilde ifade edilen metinden, dolaylı olarak mevcut sosyo-hukuki yapının güvence altında olduğu anlaşılmaktadır. Gnş. bil. bkz. Ebû Yûsuf, *a.g.e.*, s. 77-8; Hamidullah, *el-Vesâiku’s-Siyasiyye*, s. 41.

Müslümanlarla birlikte yaşayan gayrimüslimlerin sahip oldukları haklar konusunda en temel ilke, Hz. Peygamber'in şu hadisine dayanır. “*Bizim lehimize olanlar onların da lehine (bizim için hak olanlarlar onlar için de hak), bizim aleyhimize olanlar onların da aleyhinedir (bizim için sorumluluk olanlar onlar için de sorumluluktur).*”¹³⁰ Bu genel ilkedен dolayı Hanefîler, cana veya beden bütünlüğüne karşı işlenen suçlara verilecek cezalarda din farkı gözetmemişlerdir.¹³¹ İslam’a göre haram olduğu için, mal sayılmayan (gayri mütekavvim) şeyler, gayrimüslimlerin dinlerince helal ise onlar için (mütekavvim) mal sayılır. Bu malları üretebilir, yetiştirebilir ve bunların ticaretini yapabilirler. Sahibinin rızası olmadan bir başkası o mal üzerinde tasarruf hakkına sahip değildir. Hanefîler, zimmînin içki ve domuzu müslümanın sirke ve koyunu gibidir derler. Bundan dolayı zimmînin içki ve domuzuna zarar veren müslümanın bu malın bedelini ödemesi vaciptir.¹³² Mâlikîler de Hanefîlerin bu görüşüne iştirak ederler. Şâfiî ve Hanbelîler ise zarar veren kişi, isterse tazmin eder demişlerdir.¹³³ Ayrıca dinlerine göre içki içmek haram olmayanlara içki içmelerinden dolayı had cezası uygulanamaz. Ancak içki içip topluma zarar verecek şekilde sarhoş olması halinde siyaseten (ta’zir) cezalandırılması mümkündür.¹³⁴

İslam’ın yasakladığı bir şey, gayrimüslimlerin dinlerince de yasak ise, onların bu yasağa uymaları gerekir. Örneğin Necran Hıristiyanları, Hz. Peygamberle yaptıkları anlaşmada faizli muamelelerin kendi dinlerince de haram olduğu ve faizli muameleleri yapmayacaklarını belirttikleri halde, bu tür muamelelerde bulunmaları üzerine, Hz. Ömer döneminde sürgün edilmişlerdir. Hamidullah sürgün edilenlerin sadece, bu suçu ısrarla işleyenler olduğunu belirtir.¹³⁵

¹³⁰ Zeylâî, Cemaluddin Abdullah b. Yusuf el-Hanefî (v.762/1361), *Nasbu’r-Râye li Ehâdisi’l-Hidâye*, 2. Baskı, el-Mektebetu’l-İslamiyye, 1393/1973, s. IV/126; İbnü’l-Hümâm, Kemâlüddin Muhammed b. Abdilvâhid es-Sivâsî el-Hanefî (v.961/1457), *Fethu’l-Kadîr*, Kâhire 1319, VI/248; İbn Nuceym, Zeynüddin b. İbrahim b. Muhammed el-Mısırî el-Hanefî (ö. 970/1562), *el-Bahru’r-Râik Şerhu Kenzi’d-Dekâik*, Kâhire 1311, V/81. Zeydân, bu hadisin meşhur hadis kitaplarında geçmemesine rağmen, hukukçuların bu hadisin manasını hukuken geçerli gördüklerini ifade eder. Bkz. Zeydân, *a.g.e.*, s. 70.

¹³¹ Merğınânî, *a.g.e.*, IV/179; Mevsilî, *a.g.e.*, V/36-7; Bilmen, *a.g.e.*, III/70, 73, 75,-6; Zeydân, *a.g.e.*, s. 250.

¹³² Merğınânî, *a.g.e.*, III/42; Mevsilî, *a.g.e.*, III/65.

¹³³ Sahnûn, *a.g.e.*, V/369; Zeydân, *a.g.e.*, s. 553.

¹³⁴ İbn Âbidîn, *a.g.e.*, IV/37, 56.

¹³⁵ Hamidullah, *İslam Peygamberi*, s. 623-4.

Gayrimüslimlerin konut dokunulmazlığı olduğu gibi, onların namus ve iffetleri de koruma altındadır.¹³⁶ Gayrimüslimlerin kendi inançlarına göre evlenmeleri caiz görülmüştür. Buna göre şahitsiz, mehirsiz ve velisiz yapılan evlilikler, İslam hukukuna göre geçerli olmasa da onlar için geçerlidir ve Müslüman olmaları halinde yeniden nikâh kıymaları gerekmez.¹³⁷ Ancak gayrimüslimlerin kendi mahreleriyle veya bir başkasının karısıyla evlenmeleri halinde, toplumsal zararları sebebiyle yasaklanır. İmam Muhammed, Ebû Yusuf ve Mâlikîlere göre, İslam hukukunda Batıl sayılan bir evliliğe devlet engel olabilir. Şâfiî ve Hanbelîler ise, iki taraftan birinin İslam mahkemesine başvurmaları halinde ayrılıklarına hükmedilir.¹³⁸ Yahudî'nin Hıristiyan'la evliliği onlara göre fâsit olduğu için İslam mahkemesi de bu evliliğin fesâdına hükmeder.¹³⁹ Hanefî ve Mâlikîler'e göre gayrimüslim bir annenin müslüman babadan olan çocuğuna hüdâne hakkı vardır. Ancak çocuğa İslam inancına aykırı bir akide öğretmemesi gerekir.¹⁴⁰

Gayrimüslimlerin kendi dinlerince kutsal görülen Musa, İsa, Yakup, İsmail, İbrahim gibi Müslümanların da kullandığı isimleri kullanmalarına engel olunmaz. Ancak, sadece Müslümanlara ait isimleri koymaları halinde onların Müslüman zannedilmeleri söz konusu olacağı için bazı kısıtlamalara gidilebilir.¹⁴¹

Zimmîlerin kendi dinlerini yaşamaları konusunda hiçbir kısıtlama getirilemez. Hz. Peygamber'in Necran Hıristiyanlarının Mescid-i Nebevî'de ibadet etmelerine imkan vermesi¹⁴² veya Şam'ın Müslümanlar tarafından fethedilmesinden sonra kilisenin bir yarısında Müslümanların, diğer yarısında da Hıristiyanların ibadet etmeleri, bu noktadaki müsamahanın sınırlarını göstermesi açısından önemlidir.¹⁴³ Yine bu çerçevede, zimmîlerin çan çalmalarına ve haç taşımalarına dinen engel olunamaz. Hâlid bin Velid'in verdiği bir ahitnamede, çan çalma kısıtlamasının sadece Müslümanların

¹³⁶ Şekerci, Osman, *İslam Ülkelerinde Gayri Müslimlerin Temel Hakları*, Nûn Yay., İstanbul 1996, s. 26; Karaman, *Mukayeseli İslam Hukuku*, III/ 349.

¹³⁷ Mevsilî, *a.g.e.*, III/111.

¹³⁸ Debûsî, Ebû Zeyd Abdullah b. Umer b. İsa el-Hanefî (ö. 430/1039), *Te'sîsu'n-Nazâr*, Kâhire ts., s. 31-32; Zeydân, *a.g.e.*, s. 363-4.

¹³⁹ Zeydân, *a.g.e.*, s. 357-8.

¹⁴⁰ Merğînânî, *a.g.e.*, II/38; Mevsilî, *a.g.e.*, s. *a.g.e.*, IV/16; Sahnûn, İbn Abdisselam (240/854), *el-Müdevvenetu'l-Kubrâ*, Beyrut, ts. II/359.

¹⁴¹ İbn Kudâme, *a.g.e.*, VIII/533; Öztürk, Levent, *İslam Toplumunda Bir Arada Yaşama Tecrübesi*, İnsan Yay., İstanbul 1995, s. 69-71.

¹⁴² Hamidullah, *İslam hukuku etütleri*, s. 137.

¹⁴³ Armağan, *a.g.e.*, s. 20.

namaz vakitleriyle sınırlı tutulması da bunu göstermektedir.¹⁴⁴ Hanefîler, zimmîlerin köylerde ve çoğunlukta oldukları yerlerde dinî sembolleri kullanmalarının caiz olduğunu söylerlerken¹⁴⁵, Şâfiîler ve Hanbelîler buna tamamen karşı çıkarlar. Abdülkerim Zeydân, bu kısıtlamaların toplumda çıkabilecek gerginliklerin önüne geçmek için konulduğunu ifade eder. Ancak, kanaatimizce asıl sebep, dinî sembollerin siyasî hâkimiyetle özdeşleştirilmesinden kaynaklanmaktadır. Örneğin çan çalma yasağı, sadece Müslümanların uyguladığı bir yasak değildir. Aynı dönemde Sâsâni Devleti (224-651)'nde de Hıristiyanların çan çalmaları yasaktır. Çünkü bu yasak, devletin otoritesini gösteren bir şey olarak görülmüş, aksi girişimler ise devlete karşı işlenen bir suç olarak telakkî edilmiştir. Aynı anlayıştan dolayı, gayrimüslimlerin şehirlerde ata binmeleri, hamamlarda takunya giymeleri ve kendileri için belirlenen renk ve şekildeki kıyafetlerin dışına çıkmaları yasaklanmıştır. Bu kısıtlama ve yasaklamaların, sosyal yapının korunması veya siyaseten konulmuş yasaklar olduğunu söylemek mümkündür. İlk kez Hz. Ömer döneminde uygulanan bu kılık kıyafet kısıtlamasının,¹⁴⁶ sadece gayrimüslimlere yönelik olmaması, onlara uygulanan bir baskı olarak yorumlanmasına engeldir. Zira bir Müslüman'ın gayrimüslimler gibi giyinmesine izin verilmediği gibi, kadı, müderris veya devlet memuru olmayanların bu şekilde giyinmeleri de doğru görülmemiştir.¹⁴⁷

Zimmîler'in seyahat ve yerleşme hakları, ayrıca kendi dinlerine göre eğitim-öğretim hakkı, toplantı ve gösteri yapmaları ve dernek kurmalarının önünde de hiçbir dinî engel yoktur.¹⁴⁸ Yeni mabetler inşa edilmesinin ve dinî propaganda yapılmasının yasaklanması ise, dinî bir uygulama olmaktan çok, dönemin siyasal anlayışıyla ilişkili bir düzenlemedir.¹⁴⁹ Ayrıca yoksul ve yardıma muhtaç olanların, devletin sosyal güvencesinden yararlanma veya zekâtta pay alma hakları da vardır.¹⁵⁰

¹⁴⁴ Ebû Yusuf, *a.g.e.*, s. 158; İbn Kayyim, *Ahkâmu Ehli'z-Zimme*, II/685-6, 616-7.

¹⁴⁵ Mevsilî, *a.g.e.*, IV/140-1; İbn Âbidîn, *a.g.e.*, IV/202-3.

¹⁴⁶ Ebû Yusuf, *a.g.e.*, s. 127; İbn Kayyim, *Ahkâmu Ehli'z-Zimme*, s. II/737.

¹⁴⁷ Kardâvî, *a.g.e.*, s. 100-2; Haddûrî, *a.g.e.*, s.402-3; Öztürk, *a.g.e.*, s. 70-1, 193-4.

¹⁴⁸ Zeydân, *a.g.e.*, s. 86, 93.

¹⁴⁹ İbn Kayyim, *Ahkâmu Ehli'z-Zimme*, II/729; Zeydân, *a.g.e.*, s. 101; Karaman, *Mukayeseli İslam Hukuku*, III/293.

¹⁵⁰ Ebû Yusuf, *a.g.e.*, s. 144; Zeydân, *a.g.e.*, s. 88-90.

Zimmîlerin, dinî bir görev olarak görülen devlet başkanlığı, ordu komutanlığı, hac emirliği, hâkimlik ve zekât toplama memurluğu gibi görevlere getirilmelerinin dinen sakıncalı olduğu kabul edilmiştir. Ancak Hanefîler, ehil olanların gayrimüslimler için idarecilik ve hâkimlik yapabileceklerini ifade ederler.¹⁵¹

Bütün bu sayılanlar göstermektedir ki gayrimüslimler, Müslümanların sahip olduğu tüm dünyevî haklardan yararlanabilmektedirler. Müslümanlarla onlar arasında bulunan en önemli farklılık ise, onlardan talep edilen cizyedir. Cizye, salt İslam'a girmemek sebebiyle alınan bir vergi değildir. Şayet böyle olsaydı, gayrimüslimlerin kadınlarından, çocuklarından, din adamlarından, çalışamayacak kadar yaşlı veya hasta olanlarından da bu verginin alınması gerekirdi. Ancak bu vergi sadece, savaş durumunda devleti savunabilecek imkanları oldukları halde bu görevden muaf tutulmalarından dolayı alınmaktadır. Cizyenin İslam'ın kabul edilmemesinden dolayı alındığı kabul edilecek olursa, Müslümanların cizyeyi aşan zekât ve öşür gibi malî yükümlülükler altında olmaları izah edilemez.¹⁵² Medine Vesikasında karara bağlandığı üzere, Yahudilerin devletin iç¹⁵³ ve dış¹⁵⁴ güvenliğinin sağlanmasında Müslümanlarla ortak sorumluluk altında olmalarından dolayı¹⁵⁵ onlardan cizye alınmamış olması bu verginin din farkından kaynaklanan bir vergi olmadığını göstermektedir. Bu anlayıştan dolayı Osmanlı'nın son dönemlerinde (1855) cizye vergisi tamamen kaldırılmıştır.¹⁵⁶

İslam hukukunda gayrimüslimlere tanınan inanç özgürlüğünden dolayı, dinî ilgilendiren meselelerde kendi mahkemelerinde ve kendi dinlerine uygun olarak davalarını çözebilmelerine imkan verilmiştir. Genel olarak tüm İslam hukukçuları, gayrimüslimlerin dinlerini ilgilendiren konularda, onlara özerk bir alan tanınması gerektiğini kabul ederler. Ancak, dinî ilgilendiren bir konuda, tarafları farklı dinlere mensup bir davanın hangi mahkemede ve hangi kanunlara göre çözüleceği veya aynı dinden olan iki taraftan birinin veya her ikisinin İslam mahkemelerine başvurmaları

¹⁵¹ Mâverdî, *a.g.e.*, s. 32-33; İbn Âbidîn, *a.g.e.*, V/355, 368; Zeydân, *a.g.e.*, s. 78-9; Kardâvî, *a.g.e.*, s. 40-43.

¹⁵² İbn Kudâme, *a.g.e.*, VIII/459; Kardâvî, *a.g.e.*, s.58-60; Karaman, *Mukayeseli İslam Hukuku* III/ 276-7; Bilmen, *a.g.e.*, IV/102.

¹⁵³ Medine Vesikası 36, 37, 47.

¹⁵⁴ Medine Vesikası, 18, 44, 45.

¹⁵⁵ Medine Vesikası, 24, 37, 38.

¹⁵⁶ Kenanoğlu, *a.g.e.*, s. 313, 341-2; Şentürk, *a.g.m.*, s. 48.

halinde, İslam hukukunun geçerli olup olmayacağı gibi muhakeme usûlüne dair konularda ihtilaf edilmiştir. Ayrıca kişilerin din ve inancına göre farklı hukuk kurallarının uygulanmasının, devlet otoritesi veya mahkemeler arası yetki çatışması gibi siyasal yönü de olan karmaşık bir sorun oluşturup oluşturmayacağı, meseleyi daha karmaşık hale getirmektedir. Bu konunun ayrı bir başlık altında ele alınması faydalı olacaktır.

II- İSLAM HUKUKUNDA KANUNLARIN UYGULANMASI (ZİMMET ANLAYIŞI VE KANUNLARIN MÜLKİLİK VE ŞAHSİLİĞİ)

Kanunların uygulanması konusu, modern hukukta da tartışılan bir konudur. Modern hukuk sistemlerinde çoğunlukla, *kanunların mülkîliği* (yerselliği) yani, kişinin fiilen bulunduğu ülkenin kanunlarına bağlı olması ilke olarak benimsenmiştir. Bu anlayışın arkasında, modern devlet anlayışına göre şekillenen pozitivist hukuk telakkisinin yattığı açıktır. Zira ulus-devlet anlayışının gereği, kanunların ülke sınırları içinde bulunan tüm bireyleri kapsamayı, devletin içindeki egemenliğinin en önemli göstergesi olarak kabul edilir. Bundan dolayı, kişinin bağlı olduğu bir başka ülkenin kanunlarının uygulanmasını ifade eden *kanunların şahsîliği* (kişiselliği) ilkesinin, devletin egemenliğini zedeleyeceği kabul edilmektedir.¹⁵⁷ Ancak, kanunların mülkîliği ilkesinin katı bir şekilde uygulanması ise bireylerin bazı haklarını kaybetmelerine neden olabilmektedir. Bu nedenle modern hukuk sistemlerinin, duruma göre her iki ilkeyi uyguladıkları görülmektedir.¹⁵⁸ Şeref Gözübüyük'ün de ifade ettiği gibi, şahsîlik ilkesi özel hukuk alanında uygulanma imkanına sahipken, kamu hukuku alanında uygulanmaz. Buna göre, kamu hukukunu ilgilendiren konularda yabancıların kendi kanunlarına dayanarak, bir başka devletin yönetiminde görev almaları söz konusu değildir.¹⁵⁹

İslam hukukunda ise, kanunların uygulanması modern hukuk anlayışından farklıdır. Daha önce de belirttiğimiz gibi İslam hukuku, kişileri sadece devletin vatandaşı olup olmamasına göre tanımlamaz. Bunun yanında, kişilerin mensup oldukları

¹⁵⁷ Güriz, *Hukuk Felsefesi* s. 468; Santos, Boaventura de Sousa, *The Postmodern Transition: Law and Politics*, s. 1210-3.

¹⁵⁸ Gözübüyük, Şeref, *Hukuka Girişi ve Hukukun Temel Kavramları*, S Yay., 3. Baskı, Ankara 1973, s. 56-7; Bilge, Necip, *Hukuk Başlangıcı*, Turhan Yay., 13. Baskı, Ankara 1999, s. 158-9.

¹⁵⁹ Gözübüyük, *a.g.e.*, s. 57.

dinler de onların tanımlanmasında önemli bir faktördür. Bu tanımlama, devletin onlara uygulayacağı hukuk kurallarını tespit açısından önemlidir. Bu çerçevede, İslam hukukuna göre İslam beldesinde bulunan kişiler, önce vatandaşlar-yabancılar olarak ikiye ayrılır. Vatandaşlar da kendi aralarında temelde ikiye ayrılır: Müslümanlar ve zimmîler. Ayrıca Müslüman vatandaşlar, Hanefî, Şâfiî gibi mezheplere; zimmîler ise Yahudi, Hıristiyan, Mecusi, Katolik, Ortodoks (Rum) veya Gregoryen (Ermeni) gibi bağlı oldukları dine veya mezhebe (ırka) göre tanımlanmışlardır. Ancak temel ayırım Müslümanlar ve zimmîler şeklinde yapılmıştır. İslam devletinin vatandaşı olmayanlara gelince, onlar sadece gayrimüslimlerden oluşmakta ve *müste'min* olarak isimlendirilmektedir. Bir İslam devletine giren Müslüman, ister bir başka İslam devletinin, isterse gayrimüslim bir devletin vatandaşı olsun, yabancı olarak kabul edilmez. Çünkü İslam hukukuna göre tüm Müslümanlar, İslam devletinin doğal vatandaşı olarak kabul edilirler ve bulunduğu devletin kanunlarına bağlıdırlar.¹⁶⁰

Bu genel girişten sonra, İslam hukukuna göre bir Müslüman'ın, hangi ülke vatandaşı olursa olsun *Öteki* olarak değerlendirilmesi söz konusu değildir. Buna göre zimmet anlayışı, bir başka ülkenin Müslüman vatandaşı ile ilgili bir konu olmayıp, İslam devletinin başka bir dine bağlı olan vatandaşı etrafında teşekkül etmektedir. Bu anlamda Batılı hukukî çoğulculuk düşüncesi ile zimmet anlayışı arasında bir paralellik söz konusudur. Çünkü Batılı hukukî çoğulculuk düşüncesinde de bir başka ülkenin vatandaşı ile ilgili bir hukuki düzenleme söz konusu değildir. Buna göre, geçici bir süre için İslam ülkesinde bulunan gayrimüslimlerin (*müste'min*) çalışmamızın dışında tutulması daha doğru olacaktır. Bir başka ülkenin vatandaşları ile ilgili hukuki düzenlemeler, modern hukukta Devletler Özel Hukuku, Yabancılar Hukuku veya Kanunlar İhtilafı gibi alanlarda ele alınmaktadır. Hukukun bu alanlarında da çoğulcu bir hukuk anlayışı söz konusu olsa da, burada çoğulculuk iki farklı devletin kanunlarının uygulanmasından kaynaklanmaktadır. Ancak Batılı hukukî çoğulculuk ile İslamî ve zimmet anlayışlarında bir başka devletin kanunları söz konusu olmayıp, bir devletin kendi vatandaşlarının kültürel ve dinî değerlerine göre farklı hukuki düzenleme yapması ile ilgilidir.

¹⁶⁰ Karaman, *Mukayeseli İslam Hukuku*, III/248.

İslamiyet, hukukun salt devlet gücüyle meşrulaştırılmasını benimsememiştir. Diğer hukuk sistemleri gibi adalet idesini amaçlayan İslam hukuku, adaletin nasıl sağlanacağı konusunda modern hukuk sistemlerinden farklı bir duruşa sahiptir. Bu farklılığın sebebi ise, İslam'ın bilgi felsefesi (epistemoloji)'nden kaynaklanmaktadır. İslam kelamcılarına göre, gerçek bilginin üç kaynağı vardır: Vahiy (el-haberu's-sâdik), akıl (el-aklu's-selîm) ve duyu algısı (el-havâssu's-sâlime). Ancak modern Batı anlayışı, daha önce belirttiğimiz gibi, kendisini akla (bilimsel bilgiye) dayandırarak, benimsediği hukuk anlayışını akılla meşrulaştırmaktadır. Bundan dolayı, din gibi bilimsel bilgiye konu olamayan her türlü normatif değer ve anlayışı hukukun oluşum sürecinde dışarıda tutmuştur. Hukuk böylece, kişiden kişiye, bölgeden bölgeye değişiklik arz eden din veya metafizik değerler yerine, herkes için genel-geçer ve mutlak bir hakikati temsil ettiği iddiasında olan bilimsel bilgiye dayandırılmış ve hukuk kurallarının genel-geçerliliğini, devletin egemenliği ile özdeş kabul etmiştir. Bu anlayıştan dolayı günümüz hukuk sistemleri, hukukun mülkîliğini esas almış ve vatandaşlar arasında hiçbir ayırım yapılmaksızın tüm vatandaşlar için tek bir hukuk sisteminin geçerli olmasını kabul etmiştir.

İslam hukuku ise ilke olarak benimsediği din özgürlüğünün bir gereği olarak, dinin alanına giren konularda, kişilerin inançlarına uygun düzenleme yapılmasına imkan vermiştir.¹⁶¹ Buna göre İslam devleti içinde, aynı konuya ilişkin birden fazla hukuk kuralının olması mümkündür. İslam hukuk kurallarının kâhir ekseriyeti ictihad, yani akıl ürünü olsa da, bu akıl, İslam vahyinin şekillendirdiği bir akıldır.¹⁶² Bundan dolayı, ictihadî hükümler de İslamî hükümler olarak kabul edilir. Bu anlamda, İslam'ın ana

¹⁶¹ Cezaların uygulanmasında tüm mezhepler İslam toplumunda işlenen suçların cezalarının mülkîlik esasına bağlı olduğunu kabul ederek İslam hukukuna göre cezalandırılması gerektiğini kabul ederler. Buna göre suçu işleyen veya kendisine karşı suç işlenen kim olursa olsun, hiçbir ayırım yapılmaksızın cezalar İslam hukukuna göre verilir. İslam devletinin olmadığı bir yerde işlendiği takdirde ceza İslam'a göre verilmez. Bu anlayış, cezaların tatbikinin İslam devletinin görevi olduğu şeklindeki görüşe dayanır. Hanefîlere göre darulharpte İslam tebâsı arasında geçen muamelelere gelince, İslam hukuku bu hususta şahsidir. Muamelat ve ahval-ı şahsiye ile ilgili bütün hususlar İslam hukuku hükümlerine tabidir. Gnş. bil. bkz. Karaman, *Mukayeseli İslam Hukuku* III/179; Özel, *a.g.e.*, s. 266-9.

¹⁶² İslam hukukunun temel ilkelerinden biri olan ve Mecelle'nin 14. maddesinde ifade edilen "Mevrid-i nassda içtihadı mesâğ yoktur." düsturu, ictihadın mutlak ve sınırsız bir akli çaba olmadığını göstermektedir. İslam hukukuna göre yasama yetkisi (hâkim) Allah ve Hz. Peygamber'e aittir. Bundan dolayı nasların sükut ettiği bir konuda bile hüküm konulurken, onun ruhuna uygun olarak konulması gereklidir. Gazzâlî, Ebû Hamîd Muhammed b. Muhammed (ö. 505/1111), *el-Müstasfâ fi İlmî'l-Usûl*, (Tahkik: Hamza b. Zehir Hâfız) Medine, ts., I/275-6.

kaynaklarına veya müslüman hukukçuların icihadlarına dayalı hükümlerin gayrimüslimlere uygulanması, dolaylı olarak İslam'ın dayatılması anlamına gelecektir. Bu ise, hem İslam'ın inanç özgürlüğü ilkesine aykırı düşmektedir hem de bu hukuk kurallarının meşruiyet problemini gündeme getirmektedir. Bundan dolayı İslam hukukçuları, gayrimüslimlerin, kendi aralarındaki davalarını İslam hukukuna göre çözüme zorunluluklarının olmadığını ifade ederler. Çünkü “onları kendi inançlarıyla baş başa bırakmakla emrolunduk.” ilkesi, İslam hukukçularının büyük çoğunluğu tarafından benimsenmiştir.¹⁶³ Bir Müslüman'ın taraf olduğu veya toplumu ilgilendiren bir davada, İslam hukuku geçerli olsa da gayrimüslimlerin kendi aralarındaki davalarını, kendi mahkemelerinde ve inançlarına göre çözüme kavuşturabilmeleri mümkündür. Ancak, gayrimüslimler farklı dinlere mensup olup, hangi mahkemeye başvuracakları konusunda anlaşamamaları halinde İslam mahkemesi üst mahkeme olarak görevli hale gelir. İslam mahkemesinin böyle bir davayı hangi hukuk kurallarına göre çözeceği (yargı) konusunda ise İslam hukukçuları ihtilaf etmişlerdir. Bu ihtilaf ise, konuyla ilgili ayet ve hadislerin yorumlarından kaynaklanmaktadır.

Gayrimüslimlerin nasıl yargılanacağı konusunda genel çerçeveyi ortaya koyan ayetler el-Mâide suresinin 42-49. ayetleridir. Bu ayetler Medine'ye hicretten sonra, Yahudilerin bir davalarını Hz. Peygamber'e getirmeleri üzerine inmiştir. Yahudilerin davalarını Hz. Peygamber'e getirmelerinin sebebi ise, Medine vesikasında konuyla ilgili yapılmış düzenlemedir.¹⁶⁴ Bu ayetlerin inmesinin sebebinin bir zina olayı olduğu rivayet edilse de,¹⁶⁵ olayın bir cinayetle ilişkili olduğunu bildiren rivayet daha doğru gözükmektedir.¹⁶⁶ Bu rivayete göre, hicretten önce Benî Nâdir kabilesi, ekonomik ve

¹⁶³ Serahsî, *el-Mebsût*, XI/102; Merğınânî, *a.g.e.*, I/214 Kâsânî, *a.g.e.*, II/311; İbn Nuceym, *a.g.e.*, VI/77; İbnü'l-Hümâm, *a.g.e.*, III/284.

¹⁶⁴ Medine Vesikasının 23 ve 42. maddelerine göre, Yahudilerin davalarını kendi aralarında –ki dolayısıyla kendi kanunlarına göre- çözüme kavuşturabilecekleri, ancak çözülemeyen bir anlaşmazlığın Hz. peygambere getirmeleri gerekmekteydi. Bkz. Tuğ, *a.g.e.*, s. 46.

¹⁶⁵ Abdullah b. Ömer'in rivayet ettiği hadise göre, zina etmiş Yahudi bir erkek ile bir kadın Hz. Peygamber'e getirilmiş, Hz. peygamber onlara, Tevrat'a göre bu suçun cezasının ne olduğunu sormuş, onlar da yüzü karatarak şehirde teşhir etmek olduğunu söylemeleri üzerine bu ayetler inmiştir. Ancak bu olay, Hz. Peygamber'in tahmîn yapılan bir yahudiyi Medine'de görünce niçin böyle yaptıklarını sorduğunu ve onların da Tevrat'ın zina edenlere böyle bir ceza öngördüğünü söylemeleri üzerine, Hz. Peygamber Tevrat'ı getirterek, onlara recm cezası gerektiğini ortaya koyduğunu bildiren kuvvetli bir hadisle ilişkilendirilmiş gibi görünmektedir. Hadis için bkz. Müslim, *Hudûd*, 28; Ebû Dâvûd, *Hudûd*, 26; krş. Buhârî, *Cenâiz*, 61; Serahsî, *el-Mebsût*, IX/57. Hamidullah, *İslam'da Devlet İdaresi*, 396.

¹⁶⁶ Ateş, *a.g.e.*, II/531-3.

siyasî gücünü kullanarak Benî Kaynuka kabilesiyle bir anlaşma yapmıştır. Bu anlaşma gereği, Benî Nâdir kabilesinden biri Benî Kaynuka'dan birini öldürdüğünde diyet olarak ödeyeceği miktar, Benî Kaynuka'dan birinin Benî Nâdir'den birini öldürdüğü zaman ödeyeceği miktarın yarısı olacaktır. Hz. Peygamber'in hicretinden sonra meydana gelen bir cinayet olayı üzerine, Benî Kaynukalılar bu uygulamaya karşı çıkınca, mesele Hz. Peygamber'e götürülmüş ve bu olay üzerine el-Mâide sûresinin aşağıdaki ayetleri inmiştir:¹⁶⁷

“42. Onlar yalana kulak verirler, harâm yerler. Sana gelirlerse, ister aralarında hüküm ver, ister onlardan yüz çevir; eğer onlardan yüz çevirirsen, sana hiçbir zarar veremezler. Ve eğer hüküm verirsen, aralarında adâletle hüküm ver. Çünkü Allah, adâleti yerine getirenleri sever. 43. İçinde Allah'ın hükmü bulunan Tevrât yanlarında dururken seni nasıl hakem yapıyorlar, ondan sonra da (verdiğin hükümden) dönüyorlar. Onlar inanıcı değildirler. 44. Gerçekten Tevrât'ı biz indirdik, onda yol gösterme ve nur vardır. Kendisini Allah'a teslim etmiş peygamberler, onunla yahûdilere hüküm verirlerdi, kendilerini Allah'a vermiş zâhidler ve âlimler de "Allah'ın Kitabını korumakla görevlendirildiklerinden onunla (hüküm verirlerdi) ve onu gözetip kollarlardı. (Ey hâkimler), insanlardan korkmayın, benden korkun ve benim âyetlerimi az bir paraya satmayın! Kim Allah'ın indirdiği ile hükmetmezse işte kâfirler onlardır! 45. O (Hak Kitabı)nda onlara, cana can, göze göz, buruna burun, kulağa kulak, dişe diş ve yaralara karşılıklı kısâs (ödeşme) yazdık. Kim bunu bağışlar(kısâs hakkından vazgeçer)se o, kendisi için keffâret olur. Ve kim Allah'ın indirdiğiyle hükmetmezse, işte zâlimler onlardır. 46. Onların ardından, yanlarındaki Tevrât'ı doğrulayıcı olarak Meryem oğlu Îsâ'yı gönderdik ve ona, içinde yol gösterme ve nur bulunan, önündeki Tevrât'ı doğrulayan, korunanlar için yol gösterici ve öğüt olan İncil'i verdik. 47. İncil sâhipleri, Allah'ın onda indirdiği ile hükmetsinler. Kim Allah'ın indirdiğiyle hükmetmezse işte onlar, yoldan çıkmışlardır. 48. Sana da kendinden önceki

¹⁶⁷ Müslim, Hudûd 28; Ebû Dâvûd, Akdiye 10, Diyât 1, Hudûd, 26; en-Nesâî, Diyât, 1, Kasâme, 7-8.

Kitabı doğrulayıcı ve onu kollayıp koruyucu olarak Kitabı gerçeğe indirdik. Artık onların aralarında Allah'ın indirdiğiyle hükmet ve sana gelen gerçekten ayrılıp onların keyiflerine uyma! Sizden her biriniz için bir şeri'at ve bir yol belirledik. Allah isteseydi, hepinizi bir tek ümmet yapardı, fakat size verdiğ(i ni'met)ler(i) içinde sizi sınamak istedi. Öyleyse hayır işlerine koşun, hepinizin dönüşü Allah'adır. O size ayrılığa düştüğünüz şeyler(in hakikatin)i haber verecektir. 49. Aralarında Allah'ın indirdiğiyle hükmet, onların keyiflerine uyma ve onların, Allah'ın indirdiği şeylerin bir kısmından seni şaşırtmalarından sakın! Eğer dönerlerse bil ki Allah, bazı günâhları yüzünden onları felâkete uğratmak istiyordur. Zaten insanlardan çoğu, yoldan çıkmışlardır.”

Daha önce de belirttiğimiz gibi, İslam hukukçuları, bu ayetlere dayanarak, gayrimüslimlerin bireysel (özel hukukun alanına giren) konularda kendi inançlarına göre muamelelerde bulunmalarının caiz olduğunu söylemişlerdir. Ayrıca, kendi aralarındaki davaları da kendi hâkimleri¹⁶⁸ marifetiyle çözüme kavuşturabilecekleri konusunda, Zâhirîler dışındaki mezhepler ittifak halindedirler.¹⁶⁹ Zâhirîler ise yukarıda meali verilen 49. ayete dayanarak, İslam beldesindeki her türlü davanın İslam hukukuna göre çözüme kavuşturulacağını ve gayrimüslimlerin kendilerine ait mahkemelerinin olmasına izin verilemeyeceğini savunurlar.¹⁷⁰

İslam hukukçularının konuyla ilgili ihtilaf ettikleri ilk konu ise, gayrimüslimlerin İslam mahkemesine başvurmaları halinde, onların davalarına bakma konusunda müslüman hâkimin muhayyer olup olmaması ile ilgilidir. Hanefîlere göre 49. ayet gereği, gayrimüslimlerin kendi aralarındaki davaları Müslüman hâkime götürmeleri halinde, hâkim bu davalara bakmakla mükelleftir. Ancak Ebû Hanîfe, davanın evlilikle ilgili olması halinde her iki tarafın rızasının bulunması gerektiğini söyler. Taraflardan

¹⁶⁸ Onların kendi aralarındaki davalarına bakanları ifade etmek için İslam hukuku kaynaklarında “hâkimu ehli'z-zimme”, “hâkimu'l-kefere”, “hâkimuhum”, “hukkâmu'n-nasârâ veya “reîsuhum” gibi kavramlar kullanıldığı görülmektedir.¹⁶⁸ Endülüs'teki Zimmî kadıları için “kâdi'n-nasârâ” veya “kadi'l-acem” tabirleri kullanılmaktadır. Bkz. Atar, Fahrettin, *İslam Adliye Teşkilatı*, Diyanet İşleri Başkanlığı Yay., 1979, s. 148.

¹⁶⁹ Mâverdi, *a.g.e.*, s. 145; Şafiî, *el-Ümm*, VII/15, 29, 38-9; Ebû Ya'la, *a.g.e.*, s. 144; İbn Kayyim, *Ahkâmu Ehli'z-Zimme*, I/391; İbn Kudâme, *a.g.e.*, VII/563.

¹⁷⁰ İbn Hazm, *a.g.e.*, IX/425-6.

birisi buna razı değilse, İslam mahkemesi davaya bakmak zorunda değildir. Ebû Yusuf ve Muhammed ise taraflardan birinin istemesini yeterli görürler.¹⁷¹

Şâfiîler'e göre ise, zimmîlerin İslam mahkemesine getirdikleri davanın tarafları farklı dinden iseler, dava İslam mahkemesinde, aynı dinden iseler kuvvetli olan görüşe göre yine İslam mahkemesinde görülür.¹⁷² Hanbelî mezhebindeki genel görüşe göre davalılar ister aynı dinden, ister farklı dinden olsunlar müslüman hâkim muhayyerdir. Mâlikîler'e göre, dava bir zulüm ve haksızlık ile ilgili değilse, yine muhayyerdir.¹⁷³ Zâhirîlere gelince, onlara göre bir tarafın İslam mahkemesine başvurması halinde davaya bakmak gereklidir.¹⁷⁴

İslam hukukçuları arasındaki asıl ihtilaf noktası ise, gayrimüslimlerin davalarını İslam mahkemesine getirmeleri halinde davanın hangi hukuka göre çözüleceği konusudur.¹⁷⁵ Bu konuda üç farklı yaklaşım söz konusudur. İslam hukukçularının çoğunluğunun benimsediği birinci görüşe göre, gayrimüslimler davalarını kendi istekleriyle İslam mahkemesine götürmüşlerse, dava İslam hukukuna göre çözülmelidir. Zira “...Aralarında Allah'ın indirdiği ile hükmet, onların keyiflerine uyma...” şeklindeki konuyla ilgili son ayet, daha önceki ayetleri neshetmiş ve Hz. Peygamber'in gayrimüslimlerin davalarına baktığı zaman İslam hukukuna göre hükmetmesini emretmiştir.¹⁷⁶

Taberî (ö. 310/923) ve İbnu'l-Arabî (ö. 543/1147)'nin savundukları ikinci görüşe göre ise, bu ayetler arasında bir nesih olayı söz konusu değildir. Onlara göre, “*eğer hükmedersen aralarında adalet ile hükmet*” mealindeki ayet ile “*aralarında Allah'ın indirdiği ile hükmet...*” mealindeki ayet aynı manadadır. Bu iki ayetin birbirini neshetmesini gerektirecek bir durum söz konusu değildir. Ayrıca nesih söz

¹⁷¹ Cessâs, *a.g.e.*, II/435; el-Kâsânî, *a.g.e.*, II/312; İbnü'l-Hümâm, *a.g.e.*, II/504-5, Atar, *a.g.e.*, s. 223.

¹⁷² Şâfiî, Ebu Abdullah Muhammed b. İdris (ö. 204/819), *el-Ümm*, Dâru'l-Fikr, Beyrut 1410-1990, IV/44-5; İbn Rüşd, *a.g.e.*, II/432, Atar, *a.g.e.*, s. 225

¹⁷³ Sahnûn, *a.g.e.*, II/312, IV/161; İbn Kudâme, *a.g.e.*, X/193, 623-4; Zeydân, *a.g.e.*, s. 570.

¹⁷⁴ İbn Hazm, *a.g.e.*, IX/425.

¹⁷⁵ Osmanlı örneğinden hareketle, gayrimüslimlerin İslam mahkemelerine daha ziyade bir istinâf veya temyiz mahkemesi olarak başvurdukları görülmektedir. Ayrıca zimmilerin, çok evlilik, boşanma gibi kendi haklarınınca meşru olmayan konularda şer'î mahkemelere başvurdukları görülmektedir. Bkz. Kenanoğlu, M. Mâcî, *Osmanlı Millet Sistemi Mit ve Gerçek*, Klasik Yayınları, İstanbul 2004, s. 203, 245-6, 250.

¹⁷⁶ İbnü'l-Hümâm, *a.g.e.*, VI/248; Sahnûn, *a.g.e.*, II/312; Şâfiî, *el-Ümm*, IV/ 44; İbn Kudâme, *a.g.e.*, VII/ 562-3.

edilebilmesi için, nâsihin mensûhtan sonra inmiş olması gerekir. Ancak bu konuda kesin bir bilgiye ulaşmak mümkün değildir. Bu konuda bir icma da olmadığına göre, müslüman hâkim, gayrimüslimlerin inançlarına göre hükmedebilir.¹⁷⁷

Üçüncü görüş ise iki görüşü telif eden Cessâs (ö. 370/981)'a aittir. Ona göre, muhayyerlik veren ayet, pasaportlu gayrimüslimlerle (*müste'min*) ilgili iken, 49. ayet, İslam ülkesinin gayrimüslim vatandaşları ile ilgili olup onlara İslam ahkâmının uygulanması gerektiğini bildirmektedir.¹⁷⁸

Kanaatimizce, üç görüşten en isabetlisi ikincisidir. Cessâs'ın görüşü zorlama bir yorum gibi görülmektedir. Birinci grubun delilleri ise tatmin edici gözükmemektedir. Birinci görüşü savunan İslam hukukçuları, yukarıda meâlini verdiğimiz ayette geçen, “*eğer hükmedersen aralarında adaletle hükmet.*”¹⁷⁹ ifadesinden yola çıkarak, adaletle hükmetmenin İslam hukuku ile hükmetmek anlamına geldiği sonucuna varmışlardır. Ancak bu ayetlerin nüzûl sebebi göz önünde bulundurulduğunda, adaletle hükmetmenin ne anlama geldiği açık bir şekilde anlaşılmaktadır. Yukarıda da belirttiğimiz üzere bu ayetler, aynı suçu işleyen iki kişiye, farklı ceza verilmek istenmesi üzerine inmiştir.¹⁸⁰ Burada asıl vurgulanan, İslam'ın öngördüğü cezanın uygulaması değil, evrensel bir yargılama ilkesi olan, aynı suça aynı cezanın verilmesidir. Yine birinci görüşteki İslam hukukçuları, “*Kim Allah'ın indirdiği ile hükmetmezse, işte onlar kâfirlerin ta kendileridir.*”¹⁸¹ “*O halde aralarında Allah'ın indirdiği ile hükmet, sana gelen hakikatten (dönüp de) onların hevâ ve heveslerine uyma.*”¹⁸² gibi ayetlere referansta bulunmaktadır. Ancak, hemen bir önceki ayete bakılınca, ‘Allah'ın indirdiği’nden Tevrat ayetlerinin kastedildiği görülecektir. “*İçinde Allah'ın hükmü bulunan Tevrat yanlarında iken seni nasıl hakem yapıyorlar, sonra arkasından ne diye dönüyorlar?*

¹⁷⁷ İbnu'l-Arabî, Ebû Bekr Muhammed b. Abdillâh el-Mâlikî (ö. 543/1147), *Ahkâmü'l-Kur'an*, Beyrut, 1392/1972, II/632.

¹⁷⁸ Cessâs, *a.g.e.*, II/434-5.

¹⁷⁹ el-Mâide 5/42.

¹⁸⁰ Yazır, bu ayetin, Yahudilerin ileri gelenlerinden birinin zina etmesi veya adam öldürmesi üzerine ona tatbik edilen ceza ile fakir birinin aynı suçuna daha ağır bir ceza verilmek istenmesi üzerine çıkan anlaşmazlığın çözümü için devlet başkanı olarak Hz. Peygamber'e başvurmaları üzerine indiğini belirtir. Ona göre, Hz. Peygamber, kendi dinlerine göre bu suçun cezasının ne olduğunu sormuş ve ona göre hükmetmiştir. Bkz. Yazır, Muhammed Hamdi (v. 1942), *Hak Dini Kur'an Dili*, Eser Neşriyat, bs.1979, III/1703

¹⁸¹ el-Mâide 5/44.

¹⁸² el-Mâide 5/48.

Öylelerin müminlerle alakası yoktur."¹⁸³ Ayetler bütünlük içinde okunduğunda, Yahudilerin ellerinde bulunan Tevrat'ta Allah'ın hükmünün bulunduğu, buna rağmen nefislerinin arzularına uygun bir ceza bulmak için Hz. Peygambere geldikleri bildirilmektedir. Buna göre, "o halde aralarında Allah'ın indirdiği ile hükmet" ifadesi ile "kendi kitaplarında yazılan ceza ile hükmet" anlamının kastedilmiş olması daha muhtemeldir. Buna göre, Hz. Peygamber'in zina eden bu iki Yahudi'ye uyguladığı recm cezası, İslam'ın emrettiği bir ceza olarak değil, Yahudi şeriatinin bir emri olarak uygulanmıştır.¹⁸⁴

Ancak devletlerin kurumsallaşmasına paralel olarak, İslam devletinin gayrimüslimlerin dinî konularla ilgili davalarına bakacak mahkemeler kurması veya gerektiğinde İslam mahkemelerinin bu tür davaları, yine gayrimüslimlerin dinlerine göre düzenlenmiş kanunlar çerçevesinde çözümlenmesi mümkündür. Zira bu uygulamaların onlara verilen inanç özgürlüğü içinde değerlendirilebilmesi de mümkündür. 1917 Osmanlı Hukuk-ı Âile Kararnamesi, bu anlayışa uygun bir düzenlemedir. Günümüz İslam hukukçularından Hayrettin Karaman'ın konuyla ilgili düşünceleri şöyledir:

*"İslam hâkiminin, iki yabancı veya gayrimüslim arasında meydana gelen hukukî ihtilafta onların hukuk nizamlarını uygulaması, buna göre hüküm vermesi, o hukukun İslam dinine göre muteber olmasını gerektirmez. İslam gayrimüslimlere tebâlık (zimmîlik) hakkı verirken veya başka ülke tebası gayrimüslimleri ülkeye kabul ederken, kendilerine dinleri ile ilgili bir takım hak ve hürriyetler vermektedir. Bu hak ve hürriyetler arasında İslam dininin meşru saymadığı, batıl olduğunu ilan ettiği birçok inanç, ibadet, adet, muamele ve uygulama vardır. Bunlara izin vermek, nasıl meşru olduklarını kabul etmeyi gerektirmiyorsa, yabancılar için kendi hukuklarını uygulamak yahut bunlara gönderme yapmak da bu hukukların İslam'a göre meşru ve muteber olmasını gerektirmez..."*¹⁸⁵

¹⁸³ el-Mâide 5/43.

¹⁸⁴ Mevsilî, *a.g.e.*, IV/88; Merğınâni, *a.g.e.*, II/98.

¹⁸⁵ Karaman, *Mukayeseli İslam Hukuku*, III/366.

Özetle İslam hukuku, temel ilke olarak benimsediği inanç özgürlüğünün bir gereği olarak, gayrimüslim vatandaşlara, kendi inançlarına göre bir yaşam sürme imkanını vermiş, kendi aralarındaki davalarını kendi mahkemelerinde veya İslam mahkemelerinde, kendi dinlerine uygun olarak çözüme kavuşturmalarına engel olmamıştır. Buna göre, İslam devletinin bir konuda birden farklı hukuk kuralı düzenlemesi mümkündür ve bu hukuk kuralları İslam devletine ait hukuk kuralıdır. Öte yandan, İslam hukukçularının çoğu, temelde kanunların şahsîliği ilkesini¹⁸⁶ benimsemiş olmakla birlikte, toplumu ilgilendiren konularda üst bir hukuk sistemi olarak İslam hukukunun kurallarını uygulamıştır. Buna göre, gayrimüslimlerin kamuya karşı işlediği bir suça verilen ceza ile aynı suçu işleyen Müslüman'a verilecek ceza aynı olmaktadır. Ancak ceza, birincisine siyaseten uygulanırken (ta'zir), diğerine dinin bir emri (had) olarak uygulanır.¹⁸⁷ Bu anlayış ise İslam'ın, bireyin tercihlerini tamamen yok saymak yerine, devlet otoritesi ile bireysel tercihler arasında kurmaya çalıştığı bir denge arayışını göstermektedir. Bu anlamda, İslam'ın zimmet anlayışı etrafında şekillenen çoğulcu hukuk anlayışının, Batılı hukukî çoğulculuk düşüncesiyle paralellik arz ettiğini söyleyebiliriz. Bunun en önemli göstergesi ise, Batılı hukukî çoğulculuk teorisinin amaçladığı azınlıkların toplumsal entegrasyonuna hizmet etmiş olmasıdır.

III- ZİMMET ANLAYIŞI ve ZİMMÎLERİN İSLAM TOPLUMUNDAKİ STATÜLERİ

Çalışmamızın başında da belirttiğimiz üzere, Batılı hukukî çoğulculuk düşüncesi, farklı din ve kültürden insanların, farklılıkları ve özgürlükleri korunarak, yan yana ve barış içinde yaşamalarını amaçlamaktadır. Zimmîlere sağlanan bu hukukî özerkliğin, Batılı hukukî çoğulculuk düşüncesinin genel hedeflerine tam anlamıyla uyup uymadığı ise gayrimüslimlerin yaşadıkları topluma entegre olup olmadıklarıyla anlaşılabilir. Zira onlara tanınan bu hukukî özerklik, ne onların hukuktan mahrum

¹⁸⁶ İmam Ebû Yusuf ve diğer mezheplerden birçok müctehide göre, İslam hukuk nizamı, Müslüman şahsı takip eder. Kişi ister İslam ülkesinde bulunsun, ister yabancı ülkede bulunsun bu nizam ile bağlıdır. Müslümana uygulanacak hukuk nizamı bakımından onun bulunduğu ülkenin fiil ve tasarruflarda bulunduğu yerin tesiri yoktur. Müslüman İslam beldesinde geçerli olan, yabancı ülkede de caiz ve geçerlidir, orada haram olan her yerde haramdır. Bkz. Kâsânî, *a.g.e.*, VII/132; Karaman, Hayrettin, *Mukayeseli İslam Hukuku*, III/367; Özel, *a.g.e.*, s. 250-1, 266.

¹⁸⁷ Merğînânî, *a.g.e.*, II/98; Mevslî, *a.g.e.*, IV/88; İbn Âbidîn, *a.g.e.*, IV/10-11, 16; Bilmen, *a.g.e.*, IV/199-200.

edilmesi ne de onların siyasal, sosyal, ekonomik olarak İslam toplumundan izole edilmelerini amaçlamaktadır.¹⁸⁸ Şimdi bu konuya daha yakından bakalım.

A. Zimmîlerin Siyasal Entegrasyonu

Müslümanların, birçok konuda İslam'ın ideal ilkeleri çerçevesinde, reel gerçekleri değiştirmeyi ve dönüştürmeyi başardıkları halde, siyaset konusunda yeterince başarılı oldukları söylenemez. Hz. Peygamber'in vefatının üzerinden çok geçmeden devlet idaresinin saltanata dönüşmesi ve yöneticilerin kutsallaştırılması, Müslümanların Orta Çağ'ın hâkim siyasal anlayışından kopamadıklarını göstermektedir.¹⁸⁹ Kur'an'da ve Hz. Peygamber'in Sünnet'inde siyasal bir güç olmak temel bir hedef olarak belirlenmemiş olsa da, müslümanların herhangi bir baskı altında kalmadan İslam'ı yaşayabilmeleri için, kendileri gibi İslam'a inananların yönetiminde bir devletin bulunması gereği kendiliğinden ortaya çıkmıştır.¹⁹⁰ Zira Hz. Peygamber'in Müslümanlarla Mekke'yi terk etmek zorunda kalmaları yanında, aynı dönemde İslam'ı din olarak seçtikleri için ölümle cezalandırılan çok sayıda insanın varlığı, bu gerekliliği kanıtlamaya yetmiştir. Diğer yandan, Hz. Peygamber'in Medine'ye hicretle birlikte ilk iş olarak Müslümanların hakimiyetinde bir devlet kurması, siyaseti, İslam hukukçuları için önemli bir araştırma alanı haline getirmiştir. Dinin gerektiği gibi yaşanabilmesi için Müslümanların idare ettiği bir devletin gerekliliği genel olarak kabul edilse de, Şifler hariç, genel olarak siyaset konusu inançla ilişkilendirilmemiştir.¹⁹¹

Oldukça erken bir dönemden itibaren şekillenen İslam siyaset anlayışı, temelde Müslümanların dinlerini sağlıklı yaşayabilecekleri bir ortamın oluşması ve dıştan olabilecek saldırılara karşı caydırıcı bir gücün varlığı düşüncesine dayalıdır. "İslam'ın Hukuk Devleti Anlayışı" başlığı altında da ele aldığımız üzere, Orta Çağ'da devlet yöneticilerinin tebâları üzerinde mutlak bir tasarruf yetkisine sahip olmaları ve çoğunlukla bir başka dine girmeyi devlete karşı işlenmiş bir suç olarak görüp, böyle kişileri en ağır şekilde cezalandırmaları, siyasî bir müdahalenin kaçınılmaz olduğunu

¹⁸⁸ Haddûrî, *a.g.e.*, s. 205.

¹⁸⁹ Uludağ, Süleyman, *İslam Siyaset İlişkileri*, Dergah Yay., İstanbul 1998, s. 81-90.

¹⁹⁰ Gnş. bil. bkz. Fazlurrahman, "İslam ve Siyasî Aksiyon: Siyaset Dinin Hizmetinde", *İslam'da Siyaset Düşüncesi* içinde (Der. ve Çev: Kazım Güleçyüz), İnsan Yay., İstanbul 1995, s. 7-22.

¹⁹¹ Eş'arî, Ebu'l-Hasen Ali b. İsmâîl (ö. 324/935), *el-İbâne 'an Usûli'd-Diyâne*, (thk. Abbâs Sabbâğ), Dâru'n-Nefâis, Beyrut 1994, s. 251-261; Neseî, *Tabsiratü'ledille*, (nşr. Claude Salame), Dîmeşk 1993, II/828-48.

göstermiştir. Din değiştirmenin siyasal bir suç olarak görülmesi sadece Arap yarımadası için geçerli olmayıp, Bizans, Sâsânî gibi dönemin önde gelen diğer devletleri için de geçerlidir. Batı’da yaygın olan “*Cuius regio, eius religio (nerede kral varsa orda din vardır)*”¹⁹² ilkesi ve asırlarca hadis olarak nakledilen “*insanlar meliklerinin dinî üzeredir*” sözü, dönemin hâkim anlayışını anlatmaya yeterlidir.

İslam dini, kendi mensupları için kurmayı hedeflediği din özgürlüğüne dayalı bir siyasal ortamı, diğer insanlar için de bir hak olarak görür. Bundan dolayı, İslam ülkesinde yaşayan diğer din mensuplarının dinlerine karışılması söz konusu değildir. Gayrimüslimlerle yapılan zimmet anlaşması, onların Müslümanlara karşı düşmanca bir tavır içinde olmadıkları anlamına gelir. Bu bağlamda Hamidullah, cizye ayetinde geçen “sâğîrûn” ifadesi ile Müslümanlarla savaşanların silahı bırakmaları, teslim olmaları ve İslam devletine boyun eğmelerinin kastedildiğini ifade eder.¹⁹³ Yoksa bu ifadeye dayanarak İslam tebâsı olduktan sonra onların küçük görülmesi, bazı haklardan mahrum edilmesi söz konusu olmamalıdır.¹⁹⁴ Buna göre İslam, Müslümanlar aleyhine herhangi bir girişimde bulunmadıkları müddetçe, zimmîleri İslam devletinin gerçek vatandaşları kabul etmiş ve dünyevî her konuda Müslümanlarla eşit statüde addetmiştir. Debûsî (v.430/1039), “*Zimmîler dâr (vatandaşlık) yönünden ve dünya ahkâmında bizden, din yönünden ve ahiret ahkâmında da onlardan (harbilerden)dir.*” dedikten sonra, onların hiçbir şekilde “*siyasî intisab iddiasında bulunamayacaklarını*” ekler. Bu ifadeleriyle Debûsî, devlet yönetiminin dinî bir görev olduğunu, bundan dolayı gayrimüslimlere yetki tanınmaması gerektiğini söylemiş olmaktadır.¹⁹⁵

İslam kültüründe devlet başkanlığına dinî bir anlam yüklenmesinin arkasında, dönemin siyasal anlayışının etkisi büyüktür. Örneğin Mâverdî (ö. 450/1058), devlet başkanının görevini “*dinin esaslarını koruma ve dünya işlerini yürütmede Hz. Peygamber’e nâiblik yapmak*” şeklinde belirtir.¹⁹⁶ Nizâmülmülk ise, devlet başkanının

¹⁹² Haddûrî, *a.g.e.*, s. 318-9.

¹⁹³ Hamidullah, *İslam’da Devlet İdaresi*, s. 185-6.

¹⁹⁴ Karaman, *Mukayeseli İslam Hukuku* III/377.

¹⁹⁵ Debûsî, Ebû Zeyd Abdullah b. Umer b. İsa el-Hanefî (v.430/1039), *el-Esrar*, Süleymaniye Kütüphanesi, Ayasofya nr. 1021, va. 451/314’den naklen Özel, *a.g.e.*, s. 229.

¹⁹⁶ Mâverdî, *a.g.e.*, s. 5.

Allah'ın inayetiyle idaresini üstlendiği toplumun haklarına riayet etmesi ve bütün düzenlemelerini Allah'ın emirleri ölçüsünde yapması gerektiğini vurgular.¹⁹⁷

Bu siyaset anlayışının bir gereği olarak, gayrimüslimlerin dinî içerikli ve Müslümanlar aleyhine tasarrufta bulunabilecekleri görevlere getirilmeleri doğru görülmemiştir. Buna göre zimmîlerin, başta devlet başkanlığı olmak üzere, ordu komutanlığı, hac emirliği, hâkimlik ve zekat toplama memurluğu gibi vazifelere gelmeleri doğru görülmemiştir.¹⁹⁸ Hatta kıblenin yönünü söylemeleri, abdest alınacak bir suyun temiz olup olmadığına dair görüşleri dahî muteber görülmemiştir.¹⁹⁹ İslam hukukçularının çoğuna göre gerçek anlamda bir ihtiyaç olmadığı müddetçe gayrimüslimlerden askerî yardım almak doğru değildir. Ancak, ihanet etmesinden emin olunan gayrimüslimlerin arka hizmetlerde bulundurulması mümkündür.²⁰⁰

Bu genel anlayışa rağmen, İslam'ın ilk dönemlerinden itibaren gayrimüslimlerin devlet görevlerine getirildiğini görüyoruz. Mesela Hz. Ömer bazı gayrimüslim savaş esirlerini devlet işlerinde görevlendirmiş, hatta bir Hıristiyan'ı özel kâtipliğine tayin etmiştir.²⁰¹ Benzer şekilde, Mısır'ın fethinden sonra Bizans'ın atadığı vali ve diğer devlet memurlarının görevlerine son verilmemiştir. Emevî ve Osmanlı dönemlerinde de bu gelenek devam ettirilmiştir.

Mâverdî, gayrimüslimlere verilen idarî görevlerin mahiyeti hakkında şu genel prensibi belirtir: Onlara verilen yetki, Müslümanlar hakkında onların kendi inisiyatifleriyle karar vermesine (tefvîz memuriyeti) imkan vermemeli, sadece uygulama ile sınırlı (tenfîz memuriyeti) olmalıdır.²⁰² Mâverdî'nin bu ifadelerinden de anlaşılacağı üzere, İslam hukukunda devlet idaresi, dinî bir görev olarak telakki edilmiştir.

Müslümanların bu siyaset anlayışındaki değişime paralel olarak, zimmîlerin devlet kademelerinde görev almalarına imkan verilmiştir. Örneğin, Osmanlı reformlarının yapıldığı XIX. yüzyılda, zimmî statüsü kaldırılmış, herkese aynı oranda

¹⁹⁷ Nizâmülmülk, *Siyasetnâme*, (çev: Nurettin Bayburtlugil), Dergah Yay., İstanbul 1997, s. 28-9.

¹⁹⁸ Mâverdî, *a.g.e.*, s. 32-33; İbn Âbidîn, *a.g.e.*, V/355, 368; Zeydân, *a.g.e.*, s. 78-9; Kardâvî, *a.g.e.*, s. 40-43.

¹⁹⁹ Mevsilî, *a.g.e.*, IV/163; İbn Kudâme, *a.g.e.*, I/453.

²⁰⁰ İbn Kudâme, *a.g.e.*, s. VIII/414; İbn Hazm, *a.g.e.*, s.VII/544; Bilmen *a.g.e.*, III/360.

²⁰¹ İbn Kayyim, *Ahkâmu Ehli'z-Zimme*, I/211.

²⁰² Mâverdî, *a.g.e.*, s. 209.

vergilendirme getirilmiş, tüm vatandaşların siyaset ve yönetim kademelerine katılımına izin verilmiş ve askerlik hizmetlerinde bulunmalarında eşitlik sağlanmıştır.²⁰³

Sonuç olarak İslam hukuku, gayrimüslimlerin, hukukun sağladığı tüm haklardan Müslümanlar gibi yararlanmasını ilke olarak benimsemiştir. Ancak, devlet idaresi gibi dinî bir görev olarak kabul edilen alanlarda görev almalarına, kısmen veya tamamen engel olunmuştur.²⁰⁴ Haddûrî'nin de belirttiği gibi, İslam hukukunun gayrimüslimlere sunduğu geniş imkanlar, siyasal kısıtlamaların gölgesinde kalmıştır.²⁰⁵ Ancak din ve inanç özgürlüğünü garanti altına alan bir hukuk devletinde, yöneticilerin vatandaşlarının dinlerini yaşamalarını sağlayacak düzenlemeler yaptığı bir siyaset anlayışı içinde, gayrimüslimlerin de idareci olması kanaatimizce İslam'ın ruhuna aykırı düşmemektedir.²⁰⁶ Bu konu aşağıda daha geniş olarak ele alınacaktır.

B. Zimmîlerin Sosyal ve Ekonomik Entegrasyonu

Yabancıların potansiyel bir düşman olarak görüldükleri ve hukukun sunduğu en temel haklardan bile yoksun bırakıldıkları bir dönemde İslam, yabancı ülke vatandaşlarına olduğu gibi, farklı dinden olan kendi vatandaşlarına da birçok haklar tanımıştır.²⁰⁷ Bu haklar, onların hem kendi din ve kültürel değerlerini korumalarına hem de İslam toplumu ile iç içe ve sıkı ilişki halinde yaşamalarına imkan verecek düzeydedir. Hz. Peygamber, siyaseten güçsüz olmaları hasebiyle zimmîlere karşı kötü davranılmasını, onlara zulmedilmesini, kaldıramayacakları yüklerin yüklenmesini kesin bir şekilde yasaklamıştır.²⁰⁸ Râşid halifeler de aynı hassasiyeti göstermiş ve böylece onların İslam toplumuna entegre olmaları, dışlanmamaları amaçlanmıştır. Hz. Ömer, kendinden sonraki devlet başkanlarına zimmîlere iyi davranmalarını, onlara karşı kötü muamelede bulunanlara karşı durmalarını ve onları güçlerinin yetmediği yükler altında ezmemelerini tavsiye etmiştir.²⁰⁹

²⁰³ Kenanoğlu, *a.g.e.*, s. 313, 341-2; Şentürk, *a.g.m.*, s. 48.

²⁰⁴ Karaman, *Mukayeseli İslam Hukuku III/ 256-8*, Zeydân, *a.g.e.*, s. 72.

²⁰⁵ Haddûrî, *a.g.e.*, s. 229.

²⁰⁶ Yavuz, *İslam'da Düşünce ve İnanç Özgürlüğü*, s. 124-5.

²⁰⁷ Lewis, Bernard, *İslam Dünyasında Yahudiler* (Çev. Bahadır Sina Şener), İmge Yay., İstanbul 1996, s. 18.

²⁰⁸ "Kim sözleşme yapılan Zimmîlere zulmederse yahut gücünün yettiğinden fazlasını teklif ederse, ben onun hasmıyım." Ebû Dâvud, Harâc 1, İmâre 3.

²⁰⁹ Zeydân, *a.g.e.*, s. 74-6.

İslam hukukunda zimmîlerin Müslümanlarla ilişkilerini düzenleyen hukuk kuralları, onların sosyal ve ekonomik hayatın her alanında toplumla entegre olduklarını kanıtlamaya yetecek derecededir.

Ehl-i kitap özelinde gayrimüslimlerle iyi ilişkiler geliştirilmesini emreden birçok ayet²¹⁰ yanında, onların yiyeceklerinin Müslümanlar için helal olduğunu,²¹¹ onlardan kız alma yoluyla akrabalık kurulabileceğini,²¹² onlara zekât fonundan pay ayrılmasını öngören ayetler, onlarla kurulan ilişkinin düzeyini göstermektedir. Ayrıca, Hz. Peygamber'in bir Yahudi'nin cenazesini görünce ayağı kalkması, hasta olan bir Yahudi'yi ziyarete gitmesi²¹³, onlarla olan sosyal ilişkilerin dostluk üzerine kurulduğunu göstermektedir. Bundan dolayı İslam hukukçuları, Müslümanların gayrimüslimlerin davetine icabet etmelerinde bir sakınca olmadığını,²¹⁴ Hanbelîler'in dışındaki diğer mezhepler, gayrimüslimlere taziyeye gidilebileceğini belirtirler.²¹⁵

Öte yandan, İslam hukukuna göre alış-veriş konusunda gayrimüslimlerle Müslümanlar arasında bir ayırım söz konusu değildir. Bir Müslüman'ın alış-veriş yapabilmesi için gerekli olan akıl, yaş gibi şartlar onlar için de geçerlidir ve ticarete taraf olan gayrimüslimin kadın veya erkek olması arasında da bir fark yoktur.²¹⁶ Ancak, onlar içki ve domuz ticareti yapabilirlerken, Müslümanlar bu tür malların ticaretine dahil olamazlar.²¹⁷ Ayrıca, Hz. Ali'nin hurma karşılığında Yahudi bir kadın için kuyudan su çekmesi olayını esas alan âlimlere göre, Müslümanın gayrimüslime işçi olması caiz görülmüştür.²¹⁸ Şuf'a hakkı²¹⁹ konusunda da gayrimüslim, Müslümanla aynı statüdedir.²²⁰

²¹⁰ el-Mâide 5/5; Âl-i İmrân 3/64; el-Mümtehine 60/8-9; el-Ankebût 29/46.

²¹¹ "Bugün size temiz ve faydalı şeyler helâl kılındı. Kitap verilenlerin yiyecekleri size, sizin yiyecekleriniz de onlara helâldir" (el-Mâide 5/5). Mecusilerin kestikleri etler hariç diğer yemekleri yenir.

²¹² Müslüman erkekler, ehl-i kitap kadınlarla, iffetli, namuslu ve zina etmemek ve gizli dost tutmamak şartıyla evlenebilirler. el-Mâide 5/5.

²¹³ Buharî, *Mardâ ve't-Tib*, 11.

²¹⁴ Mevsilî, *a.g.e.*, IV/165; İbn Kudâme, *a.g.e.*, VII/ 3.

²¹⁵ İbn Kudâme, *a.g.e.*, II/545; İbn Kayyim, *Ahkâmu Ehlî'z-Zimme*, I/204-5.

²¹⁶ Mevsilî, *a.g.e.*, s. II/10, Zeydân, *a.g.e.*, s. 548-9.

²¹⁷ Mevsilî, *a.g.e.*, s. II/23, İbn Kudâme, *a.g.e.*, IV/282-3; Döndüren, Hamdi, *İslamî Ölçülerle Ticaret Rehberi*, Erkam Yay., İstanbul 2002, s. 206-7.

²¹⁸ İbn Kudâme, *a.g.e.*, s. IV/293-4 ve V/554; Zeydân, *a.g.e.*, s. 554.

²¹⁹ Ali Haydar Efendi, Mecelle'nin şuf'a hakkını düzenleyen 950. maddesini şu şekilde şerh eder. "Şuf'a, satılan veya bir bedel karşılığında bağışlanan bir gayri menkulü alıcıya veya bağışlanan kimseye mal

Müslüman hem zimmîyi hem de *müste'mini* kendisine vekil tayin edebilir ve kendisi de o ikisine vekil olabilir.²²¹ Kefâlet ve havâle konusunda da İslam hukukçularının çoğu olumlu fikir beyan ederler. Ekonominin kaçınılmaz muamelelerinden şirketler konusunda da Müslüman ile gayr-i Müslim arasında herhangi bir fark yoktur. Genel olarak, aralarında ortaklık yapmaları caiz ve meşru görülmüştür.²²² Cevaz vermeyenler ise, genel olarak dinen yasak mal ve yöntemlerin ticarete dâhil edilme ihtimalinden dolayı böyle düşünmektedirler.²²³ Rehin konusunda olduğu gibi, daha çok iyi niyet ve sevgi göstergesi olan hibe de caizdir.²²⁴ İster ved'â şeklinde olsun ister âriye şeklinde olsun, emanet alıp vermek caizdir.²²⁵ Gayrimüslim tek başına vakıf kurabileceği gibi, bir Müslümanla karşılıklı olarak vakıflaşabilirler. Müslüman'ın zimmîye vasiyette bulunması icmâ ile sahihtir.²²⁶

Müslüman erkeklerin, iffetli, namuslu olmaları halinde ehl-i kitap kadınlarla evlenmelerine ayetle izin verilmiş,²²⁷ böyle bir evlilik yapanların, ehl-i kitap karısı ile varsa müslüman eşleri arasında bir ayırım yapması caiz görülmemiştir.²²⁸ Tüm bu hukukî düzenlemeler, İslam hukuk anlayışının, zimmîlerin dinî ve hukukî farklılıklarına rağmen Müslümanlarla yan yana ve birlikte yaşamalarına imkan verecek bir yapıya sahip olduğunu göstermektedir.

IV- OSMANLI MİLLET SİSTEMİ ÇERÇEVESİNDE HUKUKİ ÇOĞULCULUK

Osmanlı Devleti (1299-1922), Endülüs'ten Hindistan'a kadar pek çok benzer örnekten biri olmakla birlikte, modern devlet ve hukuk anlayışlarının ortaya çıktığı ve tüm dünyada etkili olduğu bir zaman diliminde, İslamî bakış açısı ile modern Batılı anlayışı telif etme çabalarının ilk örneklerini vermesi bakımından çalışmamız için güzel

olduğu bedel ile alıcıdan veya bağışlanandan, bazı durumlarda ise satıcıdan zorla alıp mülk edinmektir." Bkz. Ali Haydan Efendi *a.g.e.*, s. VIII, 478.

²²⁰ Merğînânî, *a.g.e.*, IV/35 İbn Kudâme, *a.g.e.*, V/551.

²²¹ Mevsîlî, *a.g.e.*, II/156; İbn Kudâme, *a.g.e.*, V/87; Zeydân *a.g.e.*, s. 558.

²²² İbn Kayyim, *Ahkâmü Ehli'z-Zimme*, I/270; İbn Kudâme, *a.g.e.*, V/3; Sahnûn, *a.g.e.*, V/70.

²²³ İbn Kudâme, *a.g.e.*, V/3-4; Zeydân, *a.g.e.*, s. 255.

²²⁴ Sahnûn *a.g.e.*, VI/95; İbn Hazm, *a.g.e.*, X/144.

²²⁵ İbn Âbidîn, *a.g.e.*, V/663, 676-7; İbn Kudâme, *a.g.e.*, V/224-5.

²²⁶ Mevsîlî, *a.g.e.*, III/41; İbn Kudâme, *a.g.e.*, VI/103; İbn Hazm, *a.g.e.*, X/435; Zeydân, *a.g.e.*, s. 496-7.

²²⁷ el-Mâide 5/5.

²²⁸ İbnü'l-Hümâm, *a.g.e.*, III/289-90, Sahnûn, *a.g.e.*, II/434; İbn Kudâme, *a.g.e.*, VII/ 448; Bilmen, *a.g.e.*, II/384; Zeydân, *a.g.e.*, s. 435-7.

bir örnektir. Her ne kadar İslâm'ın tek ve en ideal uygulamasının Osmanlı örneği olduğu iddia edilemese de, özellikle Tanzimat sonrası Osmanlı tecrübesi, eşitlik zemininde birlikte yaşama projesinin bir denemesi olarak görülebilir.²²⁹

Diğer İslam devletleri gibi Osmanlı Devleti de, devletin kurucu unsuru olan müslümanlar ile onlarla anlaşma yaparak İslam toplumunda yaşamayı hak eden gayrimüslimler, haklar ve sorumluluklar bakımından eşit olmakla birlikte, siyasal üstünlük her zaman Müslümanlara ait olmuştur.²³⁰ İslam hukukunu resmî hukuk sistemi olarak benimseyen Osmanlı Devleti'nde gayrimüslim tebânın hukukî statüsü, bu hukuk sisteminin öngördüğü şekilde belirlenmiştir. Gayrimüslimlerle ilgili bazı düzenlemelerde mevcut dönemin sosyo-politik şartlarının etkisi olsa da, gayrimüslimlerin temel statüsü, İslam hukukunun öngördüğü kurallar çerçevesinde belirlenmiştir.²³¹

Osmanlı Devleti'nde yaşayan gayrimüslimler, Fatih Sultan Mehmet (1451-1481) döneminden itibaren *millet sistemi* olarak bilinen bir idarî mekanizma ile yönetilmişlerdir. Osmanlı'daki kullanımıyla *millet* kavramı, günümüzdeki anlamının aksine, aynı etnik gruptan olanları değil, aynı dinin mensuplarını karşılamak için kullanılmaktadır. Bu sistem, Osmanlı Devleti'nin vatandaşlarını, dinlerine/milletlerine göre tasnif etmekte ve her milletin devlet tarafından desteklenen bir iç hiyerarşisini öngörmektedir.²³²

Osmanlı Millet Sistemi, ilk önce Rumlar, Ermeniler ve Yahudiler olmak üzere üç büyük milletten (millet-i selâse) oluşurken XIX. yüzyılda Katolik ve Protestanlık da ayrı milletler olarak kabul edilmişlerdir. Her millet, kendi içinden seçilen bir rûhânî

²²⁹ Şentürk, a.g.m., s. 47-8.

²³⁰ Lewis, zimmet akdi çerçevesinde gayrimüslimlere verilen haklar, Orta Çağ'daki Hindistan kast sistemi veya Hıristiyan Avrupa'sındaki aristokratik ayrıcalıklar ile karşılaştırıldığında İslam'ın daha eşitlikçi bir görünüme sahip olduğunu söyler. Bkz. Lewis, *a.g.e.*, s. 18.

²³¹ Eryılmaz, Bilal, *Osmanlı Devletinde Millet Sistemi*, Ağaç Yay., İstanbul 1992, s. 12-3; Bozkurt, Gülnihal, *Gayrimüslim Osmanlı Vatandaşlarının Hukukî Statüsü*, Türk Tarih Kurumu Yay., Ankara 1989, s. 9-10; Soykan, Tankut T., *Osmanlı İmparatorluğu'nda Gayrimüslimler*, Ütopya Kitapevi Yay., İstanbul 2000, s.83-4.

²³² Eryılmaz, *a.g.e.*, s. 11-3; Bozkurt, *a.g.e.*, s. 9-10; Ortaylı, İlber, "Millet Sistemi"*DİA*, XXX, İstanbul 2002, s.66.

lider tarafından yönetilmekte²³³ ve bu rûhânî liderlerin kendi cemaatleri üzerinde icrâ (yürütme) bir güçleri olmamasına rağmen devletin kolluk güçlerini her zaman kullanma imkanına sahip olmuşlardır.²³⁴ Çünkü onlar, devlet tarafından atanan ve devlet adına bazı işleri yürüten kişilerdir. Rûhânî liderler, devlet nezdinde kendi cemaatlerinin sözcüsü, onların haklarını savunan ve taleplerini dile getiren kişiler oldukları gibi, aynı zamanda devlet adına cemaatlerini kontrol eden, devletin emirlerini cemaatlerine bildiren ve devletin vergilerini toplayan kişilerdir.²³⁵ Bundan dolayı, rûhânî liderlere karşı yapılan saygısızlık ve özellikle toplu isyanlar devlete karşı yapılmış sayılmıştır.²³⁶

Devlet tarafından atanan rûhânî liderlere verilen yetkileri; idarî, malî, ahvâl-i şahsiyeye dair, adlî ve cezaî konularda olmak üzere beş ana kısımda değerlendirmek mümkündür.²³⁷ Ancak konumuz bağlamında asıl üzerinde durulması gereken son üç yetkidir. Çünkü idarî ve malî yetkiler, rûhânî liderlerin milletleri üzerindeki siyasî otoritesini ve devlet adına vergilerin toplamasını (iltizam) ifade etmektedir.

Osmanlı Devleti'nde yaşayan gayrimüslimler, ahvâl-ı şahsiye (personal status) alanına giren evlenme, boşanma, nafaka, velayet, vasiyet, miras, vekâlet, vakıf kurma gibi bir çok konuda kendi milletlerinin kurallarına ve rûhânî liderlerine bağlı idiler.²³⁸ Bu konular daha çok dinî karakterli akitler olarak görüldüğü için, kendi din adamlarının dışındakilerin müdahalesi doğru görülmemiştir.²³⁹

Osmanlı'da yaşayan zimmîlerin ahval-ı şahsiye konularında olduğu gibi, dinî mahiyetli davaları da kendi milletleri içinde çözüme kavuşturabilme imkanları vardı.

²³³ Rum ve Ermeniler, genellikle metropolitler arasından seçilen patrikler tarafından, Yahudiler ise hahamlar arasından seçilen başhaham tarafından yönetilirdi. Bkz. Kenanoğlu, *a.g.e.*, s. 285-6.

²³⁴ Devletin kolluk güçleri genellikle devlet adına yürütülen işlere karşı işlenen suçlar veya isyanlar durumunda devreye girerdi. dini mahiyetli suçların işlenmesinde ise kişiler üzerinde devletin bir yaptırımını söz konusu değildi. Bkz. Kenanoğlu, *a.g.e.*, s. 149, 161.

²³⁵ Bozkurt, *a.g.e.*, s. 12-13.

²³⁶ Ortaylı, *a.g.md.*, XXX/69.

²³⁷ Kenanoğlu, *a.g.e.*, s. 161.

²³⁸ Yavuz, Ercan, *Osmanlı Yönetiminde Gayrimüslimler: Kuruluştan Tanzimat'a Kadar Sosyal, Ekonomik ve Hukukî Durumları*, Turhan Kitabevi, Ankara 2001, 203-6; Bozkurt, *a.g.e.*, s. 14-5; Soykan, *a.g.e.*, s. 139.

²³⁹ Bundan dolayı bazı tarihi belgeler, patrikliğin evlenme ve boşanma konusunda köy ve mahalle imamlarının gayrimüslimlere ait nikâhları kıymamaları ve ehl-i örfün de bu konuda cebir kullanmamaları yönünde sık sık taleplerinin olduğunu göstermektedir. Yahudilerin de benzer taleplerde buldukları ve millet içinden birinin böyle bir yola başvurması halinde bazı yaptırımlara başvurdukları görülmektedir. Bkz. Lewis, *a.g.e.*, s. 124; Kenanoğlu, *a.g.e.*, s. 246; Ercan, *a.g.e.*, s. 206.

Gayrimüslimlere ait mahkemelerde, daha çok özel hukuk alanına giren, evlenme, boşanma, miras gibi davalara bakılırdı. Davalara genellikle hahambaşları, patrikler veya onların vekilleri ve atadıkları görevliler bakardı.²⁴⁰

Osmanlı'nın en büyük azınlığı olan Rumların, kendi mahkemelerinde baktıkları davaları ilahî veya dinî olarak nitelemelerine rağmen zaman zaman dinî nitelikte olmayan davalara da baktıkları görülmektedir. Bu davalarda, Roma hukukunu ve Bizans yargı geleneğini sürdürerek, Justinian'ın Latince hazırladığı kanunlardan hazırlanmış Bizans yasasının bir özeti esas alınıyordu. Tüm özel hukuk alanında, konuşma dilinde yazılmış olan Malaxos'un Nomocanon'unu, aile hukukunda ise Harmenopoulos'un Hexabiblos'unu esas alıyorlardı.²⁴¹

Rûhânî liderlere tanınan yargı hakkı dinî konularla sınırlı olmakla birlikte bazı ticarî uyuşmazlıklar, millet içindeki küçük çaplı meseleler de millet dahilinde çözüme kavuşturulabiliyordu. Ancak rûhânî liderlerin ceza davalarına bakma hakları yoktu. Tüm Osmanlı tebâsı ceza davalarını şer'î mahkemelere götürüyorlardı. Katl, zina²⁴², hırsızlık, gasp gibi suçların cezası İslam hukukuna göre verilmekteydi. Çünkü bu tür suçlar, bir zimmîye karşı işlenmiş olsa bile, aslında tüm topluma karşı işlenmiş olarak kabul ediliyordu.²⁴³ Ancak İslam'a göre suç olduğu halde, içki içmek veya domuz beslemek gibi kendi dinlerince yasak görülmeyen veya alenen işlenmeyen diğer suçlar ceza kapsamının dışında idi. Fatih döneminde uygulanmasa da Kanunî ile birlikte,

²⁴⁰ Ercan, *a.g.e.*, s. 247.

²⁴¹ Soykan, *a.g.e.*, s. 139-40.

²⁴² Zina suçu, İslam hukukunda olduğu gibi Yahudi ve Hıristiyanlıkta da suç kapsamında görülmüştür. Ancak İslam hukukunda evli birinin zina yapması halinde recm cezası uygulanırken, gayrimüslimlerin recmedilmek yerine, celde ile cezalandırılacağına hükmedilmiştir. Ayrıca iftira (kazif) suçunu işlemeleri halinde onlara, İslam'ın öngördüğü dinî bir ceza (had) yerine, devlet başkanının uygun gördüğü bir (tazir) ceza uygulanır. Ancak bir zimmînin Müslüman bir kadınla işlediği zina suçu, devletle yapılan zimmet akdinin bozulması anlamına geldiği için, recm yerine boynunun vurulması şeklinde cezalandırılmasını gerektirmektedir. Osmanlı tarihinde Vak'a-i Recm olarak bilinen olayda olduğu gibi, Yahudi zâni boynu vurularak katledilmiş, Müslüman zâniye ise evli olduğu için recmedilmiştir. Bkz. Menekşe, Ömer, "Osmanlı'da Zina Cezası Olarak Recm", *Marife*, Cilt. 3, Sayı. 2 (2003), s. 14-17; Bostancı, Ahmet, *Kamu Hukuku Açısından Hz. Peygamber'in Gayri Müslimlerle İlişkileri*, Rağbet Yay., İstanbul 2001, s. 245-7.

²⁴³ Mâlikîler bu konuda farklı bir görüş ileri sürerek, Zimmîlerin birbirine karşı işledikleri suçların cezasını, kendi milletlerinin vereceğini söylemişlerdir. Sahnûn el-Müdevvene, VI/211.

özellikle malî cezalarda gayrimüslimlerin Müslümanlara verilen cezanın yarısını ödemeleri şeklinde bir ayrıma tabi tutuldukları olmuştur.²⁴⁴

Rûhânî reislerin kendi milletlerinden suç işleyenlere uyguladıkları bazı cezalar da söz konusudur. Sürgün, kalabend etme, küreğe vurma, falaka-değnek cezaları yanında sadece din adamlarına uyguladıkları kulebend etme ve manastırbend etme bunlardan bazılarıdır. Ayrıca devletin, “âyinleri üzere te'dip oluna!” şeklindeki ceza talepleri ise daha çok, kilisede yemin ettirme, aforoz etme, kiliseye sokmama, ölenlerin cenazelerini kaldırmama şeklinde uygulanan cezaları ifade etmektedir. Rûhânî liderler, uygun görülen cezaların infazı için, devletten yardım talep edebilmektedirler.²⁴⁵

Şer'îye sicil kayıtlarında, Osmanlı'da yaşayan gayrimüslimlerin farklı konularda İslam mahkemelerine başvurduklarına dair birçok örnek bulunmaktadır.²⁴⁶ Bu durumun birçok sebebi olabilmektedir. Kendi dinlerinin sert kurallarından kurtulmak, İslam mahkemelerinin daha âdil olduğunu düşünmek ve bir nevi istinaf mahkemesi gibi, kendi din adamlarının verdiği kararların bozulması için İslam mahkemelerine başvurdukları görülmektedir.²⁴⁷

Osmanlı Devleti'nde yaşayan gayrimüslim halkla ilgili düzenlemeler, devletin bir iç meselesi olarak İslam hukukuna ve devlet siyasetine göre belirleniyordu. Ancak, 1774 yılında yapılan Küçük Kaynarca Antlaşması ile gayrimüslimler meselesi, uluslararası bir boyut kazanmaya başlamıştır. Osmanlı'nın zamanla zayıflaması ve dışarıdan yapılan baskılar sonucu, gayrimüslimler ile Müslüman tebâ arasındaki hukukî ayırım ve farklı mahkeme uygulaması kaldırılmaya başlamış ve 1846'da *şer'îye mahkemelerinin* yanında *nizâmiye mahkemeleri* kurulmuştur. *Şer'îye mahkemeleri* dinî içerikli davalara bakarken, *nizâmiye mahkemeleri* Avrupa'dan alınan hukuku uygulamakta idi.²⁴⁸

²⁴⁴ Ercan, *a.g.e.*, s. 189-90.

²⁴⁵ Ercan, *a.g.e.*, s. 204; Kenanoğlu, *a.g.e.*, s. 227-38.

²⁴⁶ Tarafların zimmi olduğu bir davaya, İslam hâkiminin bakmak zorunda olup olmadığı konusunda İslam hukukçuları iki farklı görüş ileri sürmüşlerdir. Hanefîlerin de aralarında bulunduğu bir kısım hukukçu, Müslüman hâkimin böyle davalara bakmakla mükellef olduğunu söylerken diğer bir kısım hukukçu ise kadının bu konuda muhayyer olduğunu savunurlar. Bkz. Bostancı, *a.g.e.*, s. 195-203; Özel, *a.g.e.*, s. 240-6.

²⁴⁷ Örneğin Rum ve Ermeniler'in çok evlilik, boşanma gibi kendi hukuklarıncı meşru olmayan konularda şer'î mahkemelere başvurdukları görülmektedir. Bkz. Kenanoğlu, *a.g.e.*, s. 203, 245-6, 250.

²⁴⁸ Aydın, “Osmanlı'da Hukuk”, s. 384-7.

Osmanlı Devleti'nin son dönemlerinde başlayan kodifikasyon faaliyetleri sonucu, millet sistemine dayalı çoğulcu hukukî yapıya son verilerek, merkezîyetçi bir anlayışla tüm vatandaşların eşit statüde görüldüğü bir hukukî yapı oluşturulmuştur. Osmanlı boyunca gayrimüslimlerin her zaman farklı muamele gördükleri aile hukukunda bile devletin düzenleme yapması ve tüm vatandaşları bağlayan yeni bir kararname yayınlama ihtiyacı duyulmuştur. 25 Ekim 1917'de yayımlanan Hukûk-ı Âile Kararnâmesi'nin Esbab-ı Mûcibe Lâyihasında şu açıklama yer almaktadır: “*Bu suretle Müslümanlar için icabâtı medeniyyeye müstenid olan kanunu esasât-ı fikhiyyeye istinad ettirmek*” kolay olduğundan “*gayrimüslimler hakkında da onların ahkâm-ı mezhebiyesinden kavâidi lâzimeyi istihrac ve teflik ile müşterek mesâilin cümleye şamil olmak üzere*” kararname tedvin edilecektir.²⁴⁹

İslam Aile Hukuku sahasında hazırlanmış modern anlamda ilk kanun olan bu kararname, Müslüman tebânın yanı sıra gayrimüslim tebânın da evlenme ve boşanmalarını düzenlemektedir. Kararname ile Osmanlı Devleti'nde yargı birliği sağlanmış ve tüm din mensuplarının evlenme ve boşanmalarının devlet eliyle yapılması karara bağlanmıştır.²⁵⁰

Osmanlı Devletinde Hıristiyan ve Yahudîler, Müslümanlardan ayrı kurdukları mahallelerde yaşamakta idiler. Ancak bu durum, Lewis'in de belirttiği gibi, Avrupa'daki gettolar gibi bir zorunluluğun sonucu olmayıp, doğal bir talebin sonucunda oluşmuştur.²⁵¹ Fatih dönemindeki düzenlemeyle, gayrimüslimlerin kendi mahallelerindeki meyhanelerde içki satabilmeleri karara bağlanmıştır.²⁵² Zimmîlerin dinî sembolleri alenen kullanabilme hakları olmasına rağmen, yüksek sesle ayin icra etmelerine, çan çalmalarına, yollara haç dikmelerine müsaade edilmemiştir.²⁵³ Ayrıca daha önceki İslam ülkelerinde uygulanan kılık kıyafet ile ilgili bazı düzenlemeler, şehir içinde ata binilmemesi, müslüman köle ve cariye çalıştırılmaması gibi yasaklar Osmanlı

²⁴⁹ Bozkurt, *a.g.e.*, s. 209.

²⁵⁰ Mısır'daki bazı münferit düzenlemeler bir tarafa bırakılırsa, bu kararnameden sonra uzun süreler bu sahada ikinci bir kanun yapılamamıştır. Bu bakımdan kararname uzun seneler, başta Ortadoğu ülkeleri olmak üzere birçok İslam ülkesi için kanunlaştırmada önemli bir örnek olmuştur. Ayrıca bazı ülkeler bu kararnameyi uzun müddet aynen tatbik etmişlerdir. Bkz. Aydın, Mehmet Akif, *İslam-Osmanlı Aile Hukuku*, M.Ü.İ.F. Yay., İstanbul 1985, s. 226.

²⁵¹ Lewis, *a.g.e.*, s. 40.

²⁵² Akgündüz, Ahmet, *Kanunnâmeler*, II/42, 73, 230.

²⁵³ Kenanoğlu, *a.g.e.*, s. 312.

devletinde de uygulanmıştır. Ancak 1838 yılında II. Mahmut tarafından ilan edilen Tanzimat Fermanı, temel haklar bağlamında müslüman-gayrimüslim şeklindeki ayrımı ortadan kaldırmıştır. Bu fermanla savunulan eşitlik düşüncesi Hanefî *ismet* düşüncesine uygun olarak, herkese eşit haklar ve yetkiler sunmakta idi. Bu fermanla birlikte Osmanlı'da büyük bir reform süreci başlamış, zimmîlik statüsüne son verilerek cizye vergisi kaldırılmış, gayrimüslimlerin her türlü devlet görevlerinde bulunmalarına imkan verilmiş, askerlik hizmeti tüm vatandaşlara teşmil edilmiş, şer'îye mahkemeleri karşısında nizâmîye mahkemeleri kurulmuş ve çoğu Batı'dan ithal edilen kanunlar uygulanmaya başlanmıştır. Bu reformlar kişinin din özgürlüğünü kısıtlamayı ve dinî farklılıklardan kaynaklanan talepleri yok saymayı amaçlamıştır. 1917 Hukuk-ı Âile Kararnamesi örneğinde görüldüğü gibi hukuk kuralları, devlet tarafından hazırlanmış, ancak kişilerin dinî değerleri hukuk kurallarına yansiyacak şekilde korunmuştur. Sonuç olarak Osmanlı uygulaması, modern devlet anlayışının bireylerin inanç özgürlüğüne ve dinî, kültürel değerlerin hukuken korunmasına engel olmadığını açık bir şekilde göstermiştir.²⁵⁴ Bu anlayış, Osmanlı devleti sınırları içinde kalan İsrail²⁵⁵, Irak²⁵⁶, Ürdün²⁵⁷, Lübnan²⁵⁸ gibi bazı ülkelerde, kısmen veya tamamen varlığını sürdürmektedir.²⁵⁹ İslam'ın zimmet anlayışı ile amaçladığı inanç merkezli özgürlük düşüncesi, Batılı insan hakları ve özgürlükleri ile buluşması halinde, daha iyi anlaşılacağı kanaatindeyiz.

V- BATILI HUKUKÎ ÇOĞULCULUK İLE İSLAMÎ ZİMMET ANLAYIŞININ KARŞILAŞTIRILMASI: ORTAK ZEMİN ARAYIŞI

İkinci bölümde ayrıntılı olarak ele aldığımız üzere, Batılı hukukî çoğulculuk düşüncesinin gelişiminde, Batı düşüncesinde yaşanan büyük değişim ve dönüşüm kadar sömürgecilikle birlikte Batı'nın, başta İslam dünyası olmak üzere Asya ve Afrika'daki birçok sosyo-hukukî yapıyı yakından tanıma imkanı bulmasının da büyük etkisi olmuştur. XIX. yüzyılda ulus-devlet düşüncesinin hâkim olduğu Batı'da, kanunlaştırma

²⁵⁴ Aydın, *Türk Hukuk Tarihi*, s. 421-35; Şentürk, a.g.m., s. 81-5; Kenanoğlu, a.g.e., s. 313, 341-2.

²⁵⁵ Gnş. bil. bkz. İsrail'de Hukukî Çoğulculuk, s. 147-50.

²⁵⁶ Irak, 1979 Raporu, ACDH 1979-1980, c. II, s. 284-286.

²⁵⁷ Ürdün, 1982 Raporu, ACDH 1981-1982, c. II, s. 237.

²⁵⁸ Lübnan, 1983 Raporu, ACDH, 1983-4, c. II, s. 279.

²⁵⁹ Öktem, a.g.e., s. 171-2.

(kodifikasyon) faaliyetleri artmış ve ülke sınırları içinde devlet tarafından üretilmiş tek bir hukukun hakimiyeti sağlanmıştır. Aynı süreçte başlayan sömürgecilik faaliyetleriyle birlikte Batılılar, dinsel farklılıklardan kaynaklanan farklı hukuk kurallarının geçerli olduğu toplumlarla karşılaşmışlardır. Böyle bir çoğulcu hukukî yapı, Batılılar için ideal olmaktan çok, bir nevi gerilik, ilkelik ve düzensizlik anlamına gelmekte idi. Ancak XX. yüzyılla birlikte evrensel değerler haline gelen insan hakları anlayışı ve özgürlükçü söylemler, toplumdaki farklılıkları canlandırırken, yine aynı süreçte güçlenen küreselleşme, Batılı toplumların giderek çok kültürlü bir yapıya kavuşmasını sağlamıştır. İşte böyle bir sosyal yapı içinde, özgürlükçü söylemler farklılıkların korunmasını ısrarla savunurken, bu farklılığın boyutları, farklı olanların (Öteki) taleplerinin sınırlarının nasıl belirleneceği gibi tartışmalar bilim adamlarının gündemini meşgul etmeye başlamıştır. Önce sosyolog ve antropologların dikkatini çeken Batı dışı çoğulcu hukukî yapılar, bu sorun çerçevesinde hukukçu ve siyasetçilerin gündemini meşgul etmiş ve Batılı toplumlar için uygun olup olmadığı tartışılmaya başlanmıştır.

Griffiths'in Batı dışı toplumlar için "sosyal bir olgu" olarak ifade ettiği bu hukukî anlayış ve yapının, şüphesiz Batı'nın siyasal, sosyal ve hukukî yapısına uygun hale getirilmesi gerekmiştir. Santos'un postmodern düşünce ile ilişkilendirdiği bu hukuk anlayışı, Birleşmiş Milletlerin azınlık haklarını öne çıkaran uluslararası bildirgeleri ile Batının demokrasi temelli siyasal anlayışının gerçeklerine göre yeniden şekillendirilmeye çalışılmıştır. Elbette bunun dinî düşüncenin ve kabileciliğin hâkim olduğu ve saltanata dayalı bir siyaset anlayışının hüküm sürdüğü Orta Çağ şartlarında teşekkül eden bu hukukî yapıdan farklı olacağı açıktır.

Her ne kadar Orta Çağ'ın hâkim sosyo-politik yapısına göre şekillenmiş olsa da İslamî zimmet anlayışının temel dinamiği, İslam dininin öngördüğü inanç özgürlüğüdür. Kendisini evrensel bir din olarak takdim eden İslam'ın, değişen şartlar çerçevesinde bu anlayışını mevcut şartlara göre yeniden yapılandırması ise mümkün olmalıdır. Bu yeniden yapılandırılma sürecinde fiilî duruma uygunluk arzetmesi bakımından Batılı özgürlük düşüncesine ve onun hukuk alanında görülen yüzü olan hukukî çoğulculuk anlayışına başvurulması mümkündür. İslamî zimmet anlayışı ile Batılı hukukî çoğulculuk anlayışı arasındaki en önemli farkın öncelikle siyasî zemin farklılığı olduğu

söylenbilir. Bu farklılığın aşılması halinde ise karşımıza, kutsal metinlere dayalı bir hukuk anlayışı ile seküler bir hukuk anlayışının arasındaki temel uyumsuzluklar çıkacaktır. İşte çalışmamızın bu kısmında İslamî zimmet anlayışı ile Batılı hukukî çoğulculuk düşüncesinin ortak bir zeminde buluşturulmasına çalışılacaktır.

A. Ortak Siyasal Zemin

Orta Çağ'ın sosyo-politik yapısı içinde şekillenen İslamî zimmet anlayışı, XIX. yüzyılla birlikte gelişen ulus-devlet anlayışı karşısında tutunamamıştır. Zira ulus-devlet anlayışı, ülke vatandaşlarının her konuda eşitliğini savunmaktadır. Bu anlamda başta devlet yönetimi olmak üzere kendilerini ikinci sınıf vatandaş olarak gören zimmîler, örneğin Osmanlı'da onlara sunulan dinî ve hukukî özgürlüğe rağmen, Osmanlı yönetiminde yaşamayı tercih etmemişlerdir. İşte Batılı hukukî çoğulculuk anlayışı ile, İslamî zimmet anlayışı arasındaki en temel fark, hukukî çoğulculuk için gerekli olan ortak bir siyasal zeminin olmayışındır. Bu ortak zemin ise, ülke üzerinde yaşayan herkesin tüm siyasal haklar konusunda eşit olması ile mümkün olacaktır. Acaba yukarıda genel çerçevesini ortaya koyduğumuz İslamî devlet anlayışı böyle bir şeye imkan verebilecek dinamiklere sahip midir? Klasik anlayış çerçevesinde bu soruya evet cevabının verilmesi mümkün değildir. Çünkü klasik anlayışa göre, Müslümanların dinlerini yaşayabilmeleri için bir İslam devletine ihtiyaçları vardır. İslam hukukunun uygulanabilmesi için ise devlet başkanının müslüman olması gereklidir. Zira hâkimler aynı zamanda devlet başkanının vekilleridirler. Buna göre bir devletin İslam devleti (*dârulislam*) olabilmesi için yöneticilerinin müslüman olması zorunludur. Yöneticileri müslüman olmayan ülkeler, *dârulharptir*. Müslümanlar ancak geçici sebeplerle *dârulharpte* bulunabilirler. *Dârulislam'a* hicret etme imkanı varken *dârulharpte* yaşamak dinen câiz değildir.²⁶⁰

Ancak Moğol istilası, Endülüs'ün düşmesi ve son olarak Avrupalı devletlerin hemen hemen tüm İslam beldelerini sömürge haline getirmeleri, postmodernizmle Batı düşüncesinde görülen kırılmaya benzer bir kırılmanın İslam düşüncesinde yaşanmasına ortam hazırlamıştır. Bu kırılma, klasik İslamî kavram ve anlayışların sorgulanmasına ve yeniden tanımlanmasına imkan vermiştir. Bu süreçte İslam siyaset ve hukuk

²⁶⁰ Gnş. bil. bkz. Karaman, *Mukayeseli İslam Hukuku*, I/41-80; Özel, *a.g.e.*, s. 103-15.

düşüncesinde görülen değişim ise bizim yukarıda kısmen üzerinde durduğumuz, klasik siyaset anlayışının dönemin şartları çerçevesinde oluştuğu şeklindeki tezimizle örtüşmektedir.

İslam siyaset düşüncesinde görülen ilk kırılma, Endülüs'teki Nasrîler veya Gırnata Benî'l-Ahmer (1230-1492) devletinin İspanyolların eline geçmesi üzerine yaşanmıştır. Buradaki müslüman halkın durumu ile ilgili olarak dönemin İslam hukukçuları şunları ifade etmişlerdir:

“Müslümanlar Aragon’da Hıristiyan bir sultanın zimmeti altında yaşamaktadırlar. Onlardan aldığı arazi haracından başka, hükümdar ne mallarına ne de nefislerine yönelik bir zulümde bulunmaktadır. Namaz kıldıkları camileri bulunmakta, Ramazan’da oruç tutmaktadırlar, zekat verebilmektedirler. Hıristiyanların eline esir düşenleri fidye vererek kurtarabilmektedirler. Açıkça ve gereği gibi İslam hukukunu tatbik edebilmekte ve aynı şekilde şeriat esaslarını izhar edebilmektedirler. Dinî fiillerinde hiçbir müdahaleye maruz kalmamaktadırlar. Bundan dolayı bu belde İslam beldesidir ve oradaki müslümanların hicret etmeleri vacip değildir.”²⁶¹

Benzer şekilde Moğol istilası (1221) üzerine Hanefî İslam hukukçuları bu beldelerin hukukî durumu ve orada yaşayan Müslümanlar hakkında şu şekilde fetva vermişlerdir:

“Bazı İslam memleketlerini küffârın istila etmesiyle zamanımızda vukû bulan bu musîbet karşısında, mevcut duruma taalluk eden ahkâmı bilmek gerekir. Bugün küffârın elinde bulunan beldeler, şüphe yok ki İslam beldeleridir, harp beldeleri değildir. Çünkü bu beldeler, harp beldelerine bitişik olmadıkları gibi orada küfür hükmünü hâkim kılmış da değildirler. Bilakis, kaza müessesesi Müslümanlara aittir (kadılar müslümandır). Onlardan kim, “ben müslümanım” der ve kelime-i şehadet getirirse müslüman olduğuna hükmedilir. Müslümanlardan onlara (devlet

²⁶¹ Remlî, Şihâbuddin Ahmed b. Hamza eş-Şâfiî (ö. 957/1550) *Fetâvâ'r-Remlî*, (İbn Hacer el-Heytemî'nin el-*Fetâvâ'l-Kubrâ*'sının kenarında), Kâhire 1392, IV/52-4.

idarecilerine) muvâfakat edenler fâsıktırlar, mürted veya kâfir değildirler. Bunları mürted diye isimlendirmek büyük günahların en büyüklerindedir. Çünkü bu, İslam topluluğunu azaltmak ve küfre tahrik ve teşvik etmektir. Bunun delili ise, nifaklarına dair apaçık vahiy olduğu halde münafiklara şeriat sahibinin İslam hükümlerini icra etmesidir. Onlara zaruret gereği itaat eden idareciler müslümandırlar. İtaatları zaruret gereği olmayanlar da fâsıktırlar. Onlar tarafından tayin edilen müslüman bir vâlinin bulunduğu her şehirde, müslüman idareciden dolayı Cuma ve bayram namazlarını kılmak, haraç almak, kadı tayin etmek, bekarları evlendirmek caizdir. Bunların küffâra itaatleri ise, anlaşmadır (hile veya anlaşma anlamındadır). Kâfir beldelerin bulunduğu beldelere gelince, oralarda da Cuma ve bayram namazlarını kılmak câizdir. Kadı ise Müslümanların rıza ve muvâfakati ile kadı olur. İdarecilerden de müslüman bir vali istemeleri gerekir. ”²⁶²

Konuyla ilgili olarak Fetâvâ'l-Bezzâziye'de de ayrıca şu ifadeler geçmektedir:

“Onların istilasından sonra da, idarecilerden bir baskı ve müdahale olmaksızın ezanların okunması, cuma ve diğer namazların cemaatle kılınması, İslam hukukunun gerektirdiği şekilde hüküm ve fetva verilmesi ve (dinin) öğretimi genel olarak yaygındır. Bu beldelerin harp beldesi olduğuna hükmetmek ilim ve delil noktasından mesnedsizdir. Şarabın açıkça satılması, vergi ve gümrük alınması, bazılarınının Tatarlar adına vergiye hükmetmeleri, Benû Kureyza'nın Yahudîlik ilanında bulunması ve Allah Rasûlüne rağmen hüküm vermek için tağuta başvurmaları gibidir. Buna rağmen şüphesiz Medine İslam beldesiydi.”²⁶³

Benzer bir bakış açısı da, Batılıların XVIII. yüzyılda Hindistan'ı sömürge haline getirmeleri üzerine bölge Müslümanlarına ilişkin olarak dönemin âlimleri tarafından ortaya konulmuştur. Dönemin İslam hukukçuları, İslam hukukunun birkaç mümin tarafından uygulanabilmesi halinde, bir ülkenin *dârulislam* olarak addedilebileceğini ve

²⁶² İbn Âbidîn, *a.g.e.*, V/368; Özel, *a.g.e.*, s. 118.

²⁶³ Bezzâzî, Hâfizuddin Muhammed b. Muhammed b. Şihâb, İbnu'l-Bezâz el-Hanefî (ö. 827/1414), *el-Fetavâ'l-Bezzâziyye* (el-Câmi'u'l-Vecîz), (*el-Fetâva'l-Hindîyye*'nin IV-VI. Ciltlerinin kenarında), Bulak 1310 neşrinden ofset baskı, Beyrut, 1393/1973, VI/311-2.

buna göre, işgal altındaki Hindistan'ın İslam beldesi olarak kabul edilebileceğini ifade etmişlerdir. Onlara göre, eğer ezanlar açıktan okunuyor, insanlar ibadetlerini serbestçe yapabiliyor ve dinlerini ilgilendiren konularda müslüman bir kadıya gidebiliyorlar ise, o beldenin yöneticisinin müslüman olmaması, şeriatın hepsinin uygulanamaması ve Müslümanların tasvibini alması koşulu ile kadıların gayrimüslim devlet başkanı tarafından atanması, o beldenin *dârulislam* olarak görülmesine engel olmadığına hükmetmişlerdir.²⁶⁴

İbn Âbidîn ise konuyla ilgili olarak şunları söyler:

*“Vâli müslüman veya gayrimüslim olsun, orada yaşayan Müslümanlar Cuma ve bayram namazlarını kılabilirler. Kadı tayin etmek müslüman devlet başkanına ait bir yetki olduğu için, Müslümanların kendi aralarından birini seçmeleri halinde, o kişinin davalara bakması caiz değildir. Ancak müslüman devlet başkanının olmaması halinde, gayrimüslim devlet başkanının atadığı kadı, Müslümanların razı olacakları biri ise, bu caizdir.”*²⁶⁵

Bazı fıkıh kaynaklarında da gayrimüslim devlet başkanının müslüman bir kadı atamasının caiz olduğu belirtilmiştir.²⁶⁶ Ancak İbnü'l-Hümâm (861/1457) gayrimüslim devlet başkanın kadı tayin etmesinin caiz olmadığını, Müslümanların kendi aralarından bir vali tayin etmelerini, bu valinin kendisi veya atayacağı bir kadı ve imamın davalara bakıp namazları kıldırabileceğini ifade eder.²⁶⁷

Klasik hukuk anlayışında da bir beldenin sadece yönetiminin gayrimüslimlerden Müslümanlara geçmesiyle o belde, dârulharpten dârulislama dönüşmez. Bunun için orada İslam hükümlerinin tatbik ve icrası, Cuma ve bayram namazlarının kılınması da gereklidir.²⁶⁸ Aynı şekilde Zeydân, gayrimüslimlerin mücerret istilasası ile bir beldenin dârulharbe dönüşmeyeceğini söyler. Ona göre, bugün yabancı hâkimiyeti altında

²⁶⁴ Haddûrî, *a.g.e.*, s. 181.

²⁶⁵ İbn Âbidîn, *a.g.e.*, V/369.

²⁶⁶ İbn Nuceym, *a.g.e.*, VI/293; el-*Fetâvâ'l-Hindiyye*, III/307.

²⁶⁷ İbnü'l-Hümâm, *a.g.e.*, VI/365; İbn Nuceym, *a.g.e.*, IV/298; İbn Âbidîn, *a.g.e.*, V/369.

²⁶⁸ Kâsânî, *a.g.e.*, VII/130; Serahsî, el-*Mebûsât*, X/23; İbn Kudâme, *a.g.e.*, I/365-6; Bilmen, *a.g.e.*, III/369.

bulunan İslam beldelerinde bazı İslamî simgelerin gösterilmesi ve aile hukukuyla ilgili bazı hükümlerin yürürlükte olması sebebiyle bu beldeler dâruİslam sayılır.²⁶⁹

Uzun yıllar sömürge olarak yönetilen Endonezya'daki dünyanın en büyük İslamî teşkilatlarından birinin lideri olan Abdurrahman Vâhid (d. 1940), 1945 Endonezya anayasasında öngörülen çok kültürlülük anlayışına dayanarak Endonezya'nın, İslam devleti anlayışına, açıkça adı konmuş bir İslam devletinden daha uygun olduğunu söylemektedir. Endonezya'daki farklı din ve inançlar arasındaki ilişkilerin bozulmaması için bazı düzenlemelerin yapılması gerektiğini ifade eden Vâhid, bu bağlamda şunları dile getirir:

“En başta farklı inançlardan insanlar arasında karşılıklı saygının yeniden tesisi çabaları (çok küçük azınlık gruplar da dâhil), ifade özgürlüğü, hukuk devleti ve anayasa önünde eşitlik gibi temel hukukî prensipler üzerine inşa edilmelidir.”²⁷⁰

Ancak klasik İslam siyaset anlayışının dayandığı naslarda öngörülen müslüman-gayrimüslim ilişkileri ile bu anlayışların uzlaşmadığı görülmektedir. Zira Müslümanlara hitap ile başlayan ayette²⁷¹ “Allah’a, Rasûlüne ve sizden olan ulu’l-emre itaat edin!” buyurulmuş, başka ayetlerde ise müslümanların gayrimüslimleri veli edinmemeleri²⁷² ve müminlerin velilerinin ancak müminler olduğu bildirilmiştir.²⁷³ Ayrıca bu konudaki çok sayıdaki hadisin yanı sıra, tarih boyunca Müslümanları yönetenlerin sadece Müslümanlardan olması, gayrimüslim bir devlet başkanına itaatin İslam’a göre mümkün olmadığı anlamına gelmemekte midir? Buna evet denilmesi halinde yukarıda görüşlerini verdiğimiz İslam hukukçularının görüşleri bu naslarla nasıl uzlaştırılabilir?

“İslam’ın Öteki (Gayrimüslim) Anlayışı” başlığı altında da belirttiğimiz gibi, bu konudaki nasların bütüncül bir bakışla değerlendirilmesi kadar, nasların iniş/vürûd süreçlerinin de göz önünde bulundurulması, müslüman-gayrimüslim ilişkilerinin

²⁶⁹ Zeydân, *a.g.e.*, s. 21.

²⁷⁰ Kurzman, Charles, “Liberal İslam: Umutlar Ve Zorluklar”, *Liberte Dergisi*, Sayı 21.

²⁷¹ “Ey iman edenler! Allah'a itaat edin, Peygambere de itaat edin ve sizden olan emir sahiplerine de itaat edin. Eğer herhangi bir şeyde anlaşmazlığa düşerseniz, Allah'a ve ahiret gününe gerçekten inanıyorsanız, onu Allah ve Resûlüne arz edin. Bu, daha iyidir ve sonuç bakımından da daha güzeldir.” (en-Nisâ 4/59).

²⁷² Âl-i İmrân 3/28.

²⁷³ el-Enfâl 8/73; et-Tevbe 9/71.

belirlenmesinde önem arz etmektedir. Zira bu ilişkiler bazen dostluk/barış temeline dayanırken, bazen de düşmanlık üzerine kurulabilmektedir. Konuyla ilgili naslarda görülen farklı bakış açılarının sebebi de, bu değişimden kaynaklanmaktadır. Buna göre dostluk temelli bir ilişkinin hâkim olduğu dönemlerde, onlarla mücadeleyi emreden naslara dayanılarak düşmanca bir ilişkinin geliştirilmesi doğru olmadığı gibi, gayrimüslimlerin Müslümanlara karşı düşmanca bir tutum içine girdikleri durumlarda da onlarla iyi ilişkiler kurulması, onların dost edinilmesi de doğru değildir.

Yazır'ın, en-Nisâ sûresinin 59. ayeti çerçevesinde ortaya koyduğu bakış açısı bu konuda nakledilmeye değerdir. Yazır, ayette devlet başkanına itaatin peygambere itaate atfedildiğini, bundan dolayı devlet başkanı müslüman bile olsa ona mutlak itaatin gerekmediğini belirtir. Allah'a isyanda kullara itaatin olmadığını bildiren hadislerden²⁷⁴ dolayı, devlet başkanına itaatin ancak Allah ve Rasûlüne itaate uygunluk arzemesi halinde dinî bir görev haline geleceğini ifade eden Yazır, devlet başkanının müslüman olması konusunda ise şunları söyler:

“Şâyân-ı dikkat olan kayıdlerden birisi de mü'minlere hutâben “minkum” (sizden) kaydidir ki ma'nası vâzıhdır. Mü'minlerden olmıyan ülülemre itaat dînen vâcib kılınmamıştır. Bu hususta itaat değil varsa bir ahde riâyet mevzu-ı bahis olacaktır. Fakat tâatin adem-i vücûdunda behemehal isyanın vücûbunu anlamaya kalkışmamalıdır. İtaatin adem-i vücûdu isyanın vücûbunu müstelzim olmayacağından itaat mecburiyetinde bulunmamakla isyan mecburiyetinde bulunmak arasında fark vardır. Hakk-ı isyan başka, vâzife-i isyan yine başkadır. Binâenaleyh buradan gayrı mü'min bir muhitte bulunan mü'minlerin şuna buna karşı isyankar bir ihtilalci vaz'iyetinde telakki edilmemeleri ve belki mü'minlerin her nerede bulunursa bulunsunlar Allah'a ve Resûlüne karşı ma'sıyyetten ictinab ve aynı zamanda kendilerinden olan ülülemre itaat etmeleri ve Tağutlara boyun eğmemeleri lüzumunu anlamak lâzım gelir.”²⁷⁵

²⁷⁴ Buhârî, Ahkâm 4, Cihâd 108; Müslim, İmâret 38; Tirmizî, Cihâd 29; Ebû Dâvûd, Cihâd 86, Nesâî, Bey'at 34.

²⁷⁵ Yazır, a.g.e., II/1375.

Yazır'ın bu bakış açısı, yukarıda görüşlerini naklettiğimiz İslam hukukçularının görüşlerinin aslında naslara aykırı olmadığını göstermektedir. Buna göre müslümanların inançlarını hayata geçirebildikleri ülkelerde, yöneticilerin gayrimüslim olmaları, onlara karşı mücadele etmeyi meşrulaştırmaz. Farklı dinlerden insanların birlikte yaşadıkları bir ülkede yöneticilerin sadece Müslümanlardan olmasını savunmak, diğer din mensuplarının siyasal haklardan mahrum edilmesi anlamına gelir. Bu ise, Osmanlı örneğinde görüldüğü gibi siyasal haklardan mahrum edilen kesimlerin ilk fırsatta isyan etmelerine ve barış temeline dayalı ilişkilerin düşmanlığa dönüşmesine yol açacaktır. Müslümanlarla iyi ilişkiler kuran, onların dinlerini yaşamalarına engel olmayan kişilerden böyle bir hakkın alınması ise adaletli bir tutum olmayacaktır.

Allah sizi, din hakkında sizinle savaşmayan ve sizi yurtlarınızdan çıkarmayan kimselere iyilik etmekten, onlara adaletli davranmaktan men etmez. Çünkü Allah adalet yapanları sever. Allah sizi, ancak sizinle din hakkında savaşan, sizi yurtlarınızdan çıkararak ve çıkarılmanız için yardım eden kimselere dost olmaktan men eder. Kim onlarla dost olursa işte zalimlerdir."²⁷⁶

Kâfirlerin dost edinilmemesini öngören âyetlerin, çatışma ve fiilî savaş ortamlarıyla yakından ilişkili olduğu metinlerinden kolaylıkla anlaşılmaktadır: "Müminler, müminleri bırakıp da kâfirleri dost edinmesinler. Kim böyle yaparsa Allah'tan ilişiği kesilmiş olur..."²⁷⁷ Allah'ın düşmanlarını sevmek mümine yakışmaz; zaten kâfirler de müminleri sevmezler: "Ey iman edenler! Sizden olmayana dost edinmeyin. Onlar sizi şaşırtmaktan geri kalmazlar. Sıkıntıya düşmenizi isterler. Öfkeleri ağızlarından taşmaktadır; sinelerinin gizlediği ise daha büyüktür. Size âyetlerimizi açıkladık, eğer düşünürseniz."²⁷⁸ "Ey iman edenler! Müminleri bırakıp da, kâfirleri dost edinmeyin."²⁷⁹ Bu ve benzeri ayetlerde müminler ile kâfirler arasındaki kutuplaşmada Müslümanların kendi dindaşlarından yana olmaları emredilmektedir. Zira Müslümanlara rağmen bir dostluktan bahsedilmesi, mevcut bir kutuplaşmayı göstermektedir. Yine Yahudî ve Hıristiyanlarla ilgili olarak onların dost edinilmemesi,

²⁷⁶ el-Mümtehine 60/8-9.

²⁷⁷ Âl-i İmrân 3/28.

²⁷⁸ Âl-i İmrân 3/118.

²⁷⁹ en-Nisâ 4/144.

onların İslamiyet'le alay etmeleri ve oyun konusu haline getirmelerine dayandırılmıştır.²⁸⁰ Râzî, “*Kitap ehlinden zulmedenler bir yana, onlarla en güzel şekilde mücadele edin, şöyle deyin: "Bize indirilene de, size indirilene de inandık; bizim Tanrımız da, sizin Tanrınız da birdir, biz O'na teslim olmuşuzdur."*”²⁸¹ âyetine dayanarak zulmetmedikleri müddetçe kâfirlerle iyi geçinmek gerektiğini belirtir.²⁸²

Bütün bu âyetler göz önünde bulundurulduğunda, “*fitne kalmayınca ve din yalnız Allah'ın oluncaya kadar onlarla savaşın. Vazgeçerlerse artık zalimlerden başkasına hiçbir husumet yoktur*”²⁸³ âyetinden tüm insanları İslam'ın siyasal hakimiyeti altına almak için savaşmak (cihad) gerektiği emrini çıkarmak mümkün değildir. Buna göre hem İslam devletinin bizatihi varlığı hem de bu amaçla yapılan savaş (cihad), bizzat (liaynihi) bir amaç olmayıp bir başka (ligayrihi) sebepten –ki o da, Müslümanların inanç ve ifade özgürlüğüdür- dolayı gerekli görülmüştür.²⁸⁴

Cihad kavramının da bu tarihî ve sosyo-politik şartlar dahilinde değerlendirilmesi halinde, tüm insanların Müslüman olmaları veya cizye vermeye mecbur bırakılmaları için yapılan kutsal bir savaş (holy war) olmadığı kolaylıkla görülecektir. Orta Çağ'ın hâkim devlet anlayışına göre, ülkede yaşayanların bir başka dine girmeleri söz konusu değildi. Mevcut siyasî otoritelerin varlığını sürdürmesi, oralarda yaşayanların İslam dinini tanımaları ve istemeleri halinde İslam'ı benimsemelerini imkansız kılmakta idi. Hz. Peygamber bu sosyo-politik gerçekten dolayı komşu ülkelerin yöneticilerine gönderdiği mektuplarda durumu, şu şekilde dile getirmiştir: “*İman edersen mükafatın iki kat olacaktır. Reddedersen halkının günahı senin üzerinedir.*”²⁸⁵ Bundan dolayı gayrimüslimlerin siyasî otoriteleri ile mücadele etmek ve İslam'ın siyasî otoritesini kabul etmelerini sağlamak kaçınılmaz olmuştur.

²⁸⁰ “Ey iman edenler! Sizden önce kendilerine Kitap verilenlerden dininizi alay ve oyun konusu edinenleri ve kâfirleri dost edinmeyin. Allah'tan korkun; eğer müminler iseniz.” el-Mâide 5/57

²⁸¹ el-Ankebut 29/46.

²⁸² Râzî, Fahrüddin, Ebû Abdullah Muhammed b. Ömer b. Hüseyin (ö. 606/1209), *Mefââtihü'l-Gayb*, Kâhire ts., VI/679.

²⁸³ el-Bakara 2/193.

²⁸⁴ Hanefî, Hanbelî ve Mâlikîlerin oluşturduğu İslam Hukukçularının çoğunluğuna göre savaşın sebebi saldırı veya tecavüzdür. Şâfiî ve Zahirîler ise harbin illet ve sebebinin bizzat küfrün kendisi olduğunu söylerler. Bkz. İbn Teymiyye, *a.g.e.*, s. 123; İbn Kayyim, *Ahkâmu Ehli'z-Zimme*, I/17; Kâsânî, *a.g.e.*, VII/100; Bilmen, *a.g.e.*, III/ 356.

²⁸⁵ Gnş. bil. bkz. Hamidullah, *el-Vesâiku's-Siyasiyye*, s. 109, 140.

Tarih boyunca Müslümanların, gayrimüslimlere inançlarını yaşama imkanı verdikleri, ancak Müslümanlar aleyhine tasarrufta bulunabilecekleri düşüncesiyle onları devlet yönetiminden uzak tuttukları görülmektedir. Bunda, dönemin sosyo-politik etkisinin olduğu açıktır. Ancak gayrimüslimlerin devlet yönetimine gelmeleri sonucunda Müslümanların inançlarını yaşamalarına engel olmayacakları ortaya çıkması halinde, siyasî yetkilerin paylaşılması dinin özüne aykırı bir anlayış olmayacaktır. Zira Tanzimat Fermanı (1839)'yla başlayan süreçte bu anlayışın öne çıktığı görülmektedir. Bu fermanla birlikte daha önce dile getirdiğimiz, Şâfiîlerin öncülüğünü yaptığı *ismet* anlayışı terk edilerek, Hanefîlerin öncülüğünü yaptığı *ismet (el-ismeh bi'l-âdemiyye)* anlayışına geçilmiştir. Bu geçişle birlikte, tüm insanların *ismet* sahibi olduğu, siyasal haklar dahil, temel insanî haklar çerçevesinde herkesin eşit olduğu kabul edilmiştir. Bu temel hakları koruyan her siyasal anlayış ve hukuk sistemi meşruiyet düzeyine ulaşmış sayılmaktadır. Buna göre İslam'ın öngördüğü siyasetin en temel ilkesinin insanların haklarını gözetmek olduğu söylenebilir. Mecelle'de siyasetin meşruiyet zemini şu şekilde belirlenmiştir: “*Siyaset maslahat üzerine kuruludur.*” (el-Mülk menûtun ale'l-maslaha).”²⁸⁶ Bu anlamda Hanefî *ismet* anlayışına dayalı bir siyaset telakkisi ile doğal hukuk düşüncesinin şekillendirdiği ve evrensel insan haklarına dayalı bir hukuk devletinin ortak bir zeminde buluşması mümkündür. İşte bu ortak zeminde devletler, vatandaşlarının dokunulmaz temel hakları çerçevesinde bir hayat yaşamalarına imkan vermelidirler. Jürgen Habermas'ın şu sözleri, İslam siyaset düşüncesine aykırı görünmemektedir:

“*Devlet-toplum ilişkilerinin ideal bir noktaya ulaşabilmesi için devlet tarafından ihlal edilemeyecek şekilde hukuken güvence altına alınmış, özerk bir alanda bireylerin kendi kaderlerini kendilerinin tayin edebilmelerine imkan veren bir anlayışın hakim kılınması gerekir. Bunun için de, bireylerin yurttaş olma sıfatıyla siyasî karar alma süreçlerini belirlemeleri, yâni öncelik yasamada olmak üzere, yürütme ve yargı da dâhil, devlet yönetimini kendi kamusal belirleyiciliklerine tâbi kılabilmeleri gerekmektedir.*”²⁸⁷

²⁸⁶ Mecelle, 58.

²⁸⁷ Bu görüşlerin ayrıntılı izahı ve temellendirilmesi için bkz. Habermas, Jürgen, *Between Facts and Norms, Contributions to a Discourse Theory of Law and Democracy*, The MIT Pres., Boston 1996.

Aydın'ın da ifade ettiği gibi, ideal bir toplumda devletin görevi, dinî tanımlamak olmamalıdır. O, çeşitli dinî ve felsefî inanışa sahip toplum kesimlerinin birlikte yaşama şartlarını hazırlamak, bu şartların, dolayısıyla temel insan haklarının ihlal edilmemesi için her türlü önlemi almak durumunda olan bir güç ve hakem konumundadır.²⁸⁸

Sonuç olarak diyebiliriz ki, başkalarının temel hak ve özgürlüklerini ihlal etmediği müddetçe bireylerin her türlü tercihlerini hayata geçirebilmelerine imkan veren bir hukukî yapıyı benimseyen her türlü siyasal anlayış, İslam'a uygundur. Zaten Müslümanların yönettiği bir devletin gerekliliği de, Müslümanların dinlerini sağlıklı yaşayabilmelerine yöneliktir. Müslümanların İslam'ın ahkâmını hayatlarına geçirme imkanı bulmaları halinde, İslam devleti ile amaçlanan siyasal zemin yakalanmış olmaktadır. Bu bakımdan, Kanada, İsrail, Endonezya gibi çağdaş örneklerde de görüleceği üzere, inanç özgürlüğünü benimsemiş bir devletin idarecilerinin müslüman olmaları zorunlu görülmemektedir. Buna göre, klasik İslamî zimmet anlayışının öngördüğü gibi, zimmîlerin devlet yönetiminde, yargı sisteminde ve askeri hizmetlerde görev almalarının yasaklanması gerekmez. Dinî doğrudan ilgilendirmeyen her konuda Müslümanlar ile gayrimüslimlerin aynı haklara ve sorumluluklara sahip olduğu söylenebilir. Böyle bir siyasal anlayış, İslamî zimmet anlayışı ile Batılı hukukî çoğulculuk anlayışlarının ortak bir hukukî zeminde buluşmaları için de kaçınılmazdır.

B. Ortak Hukukî Zemin (Hukukî Çoğulculuğun İşleyişi)

Çalışmamızın başında belirttiğimiz gibi, Batılı hukukî çoğulculuk savunucuları, hukuku, ortaya çıktığı toplumun sahip olduğu kültürel değerlerin bir yansıması olarak görürler. Buna göre bir fiilin meşru veya gayrimeşru olarak kabul edilmesinde, kültürü oluşturan unsurların doğrudan veya dolaylı olarak katkısı söz konusudur. Bazı hukuk kurallarının toplumdan topluma farklılık göstermesinin sebebi de bu kültürel unsurlardaki farklılıkta yatmaktadır. Bu durum, daha çok Tönnis'in ayrımında görülen cemaat tarzı toplumlar için geçerlidir. Modernizm öncesi toplumların hakim karakterini oluşturan cemaatçi yapı, kişilerin iyi-kötü, güzel-çirkin, faydalı-zararlı, meşru-gayrimeşru ayrımında en önemli faktördü. Ancak modernizmle birlikte toplumun bu rolünü devletin üstlendiği görülmektedir. Modern devlet anlayışına göre hukuk, devletin

²⁸⁸ Aydın, "Din, Siyaset ve Demokrasi", s. 47.

içteki egemenliğini gösteren en önemli unsurdur. Devletin egemenliğini bir başkasıyla paylaşması düşünülemeyeceğine göre hukuku üretmek ve uygulamak devletin tekelinde olmalıdır. Modern devlet, içteki egemenliğini sağlamak için başvurduğu hukuku ise akla dayandırmıştır. Ancak postmodernizmin ısrarla dile getirdiği üzere aklın ve bilimsel bilginin mutlak ve genel geçer olamayacağı yönündeki söylem hukukun, devleti yönetenlerin anlayışına göre şekillendiğini gündeme getirmiştir. Demokrasilerin bir gereği olarak çoğunluğun iradesine göre şekillenen devlet, hukuku, çoğunluğun aklına göre şekillendirecektir. Bu ise çoğunluğa ait kültürün azınlığa dikte edilmesi anlamına gelmektedir. Diğer bir tabirle bu, çoğunluğun benimsediği bir kimliğin azınlığa kabul ettirilmesi demektir.

Ancak XX. yüzyılın son çeyreğinde çoğulcu demokrasi, katılımcı demokrasi veya radikal demokrasi gibi söylemlere paralel olarak azınlık haklarının gelişmeye başladığı ve uluslararası bir değer haline geldiği görülmektedir.²⁸⁹ İşte bu süreçte çok-kültürlü, çok-kimlikli toplum kavramları öne çıkmaya başlamıştır. Bir toplumda birden fazla kültürel yapının varlığını kabul etmek, aynı zamanda bu kültürel farklılıkların hukukun korunmasını kabul etmek anlamına gelmektedir. Hukukî çoğulculuk savunucuları da özellikle azınlıklara ait kültürel taleplerin hukuk alanında da karşılanması gerektiğini savunurlar. Ancak her türlü talebin karşılanıp karşılanmayacağı, bu talepler arasında bir ayrıma gidilecekse hangi kritere göre bu ayrımın yapılacağı yeni bir problem olarak karşımıza çıkmaktadır. Bazı taleplerin meşru ve makul, bazılarının ise meşruiyet ve makuliyet sınırlarının dışında görülmesi, yine çoğunluğun azınlığa tahakkümüne dönüşmesine nasıl engel olunacaktır?

²⁸⁹ Bu konu uluslararası mahiyette ilk kez 1976 yılında yürürlüğe giren *Uluslararası Medeni ve Siyasî Haklar Sözleşmesi*'nin 27. maddesinde ele alınarak azınlıkların korunması vurgulanmış; etnik, dinsel veya dilsel azınlıkların bulunduğu bir devlette, böyle bir azınlığa mensup bulunan kişilerin grubun diğer üyeleri ile birlikte toplu olarak kendi kültürel haklarını kullanma, kendi dinlerinin gereği ibadetleri yerine getirme ve uygulama veya kendi dillerini kullanma haklarının engellenemeyeceği ifade edilmiştir. Daha sonra 1981 yılında yayımlanan "*Din ya da Kanaate Dayalı Her Türli Hoşgörüsüzlük ve Ayrımcılığın Kaldırılmasına İlişkin Bildirge*", ardından 1993'te *Azınlıkların Korunması ve Ayrımcılığın Önlenmesi Alt Komisyonu*" tarafından yayımlanan bildirge ve son olarak 1995'te Avrupa Konseyi tarafından yayımlanan "*Ulusal Azınlıkların Korunmasına İlişkin Çerçeve Sözleşmesi*" bu konuda büyük merhale katedildiğini göstermektedir. Bildirgelerin ayrıntıları için bkz. Aktan, Coşkun Can, *Haklar ve Özgürlükler Antolojisi* (Ed. Coşkun Can Aktan), Hak-İş Yayınları, Ankara 2000; <http://www.ihd.org.tr/belge/uakics.html> (Erişim 05.04.2007).

Hukuk felsefesinde özellikle hukukun kaynakları, hukuk-adalet veya hukuk-cebir ilişkisi gibi konular etrafında gündeme gelen hukukun meşruiyet problemi, çoğulcu toplumlarda üstesinden gelinmesi daha zor bir problemdir. Çünkü hukukun kaynakları olarak görülen örf-âdetler, ahlakî değerler veya daha önceki yazılı kanunlar, kendini *Öteki* olarak gören azınlıklar için bir meşruiyet zemini oluşturmamaktadır. Öyleyse daha genel bir ilkelere başvurulması gerekmektedir. Biz bu aşamada insan hakları düşüncesinin uygun bir zemin oluşturabileceği kanaatindeyiz.

1) Ortak İnsan Hakları

Bazı Batılı düşünürler, İslam hukuk düşüncesi ile Batılı seküler hukuk anlayışının asla örtüştürülemeyeceğini, bunun kanıtının da Batı'da gelişmiş olan insan hakları anlayışının İslam düşüncesinde gelişmesine imkan vermeyecek dinî bir telakkinin bulunduğunu iddia etmektedirler. Onlara göre İslam hukuk geleneğinde bir yandan kadın-erkek, hür-köle, müslüman-gayrimüslim ayrımına gidilerek her biri için ayrı hukukî düzenlemelerin yapılması, öte yandan bir müslüman için din değiştirmenin cezası ölümken, diğer din mensuplarının din değiştirmelerinin suç olarak görülmemesi, insan hakları düşüncesinin önündeki en büyük engellerdir. Bu anlayışlar, Batılı insan hakları anlayışının İslam düşüncesiyle uyuşturulamayacağını göstermektedir.²⁹⁰

Ancak kanaatimizce İslam hukukundaki kadın-erkek veya hür-köle ayrımı, İslam'ın idealleştirdiği, temel öğretilerini üzerine bina ettiği ayrımlar olmadığı gibi, müslüman-gayrimüslim ayrımı da insani hakların ihlaline yol açacak şekilde işletilmemiştir. Daha önce de üzerinde durduğumuz gibi İslam hukukunun, sosyal ve siyasal gerçekler çerçevesinde değerlendirilmesi halinde, bu hukuk sisteminin temel hedeflerinin, Batılı insan hakları anlayışıyla paralellik gösterdiği görülecektir.

Özgürlük, eşitlik, kültürel değerlerin korunması, azınlık hakları gibi söylemleriyle öne çıkan Batılı hukukî çoğulculuk düşüncesinin, temel bakış açısının Birleşmiş Milletler tarafından yayımlanan uluslararası bildirgelerde öngörülen insan hakları anlayışına uygun olduğu görülmektedir. İslamî zimmet anlayışına gelince bu anlayışın, âyetlere ve Hz. Peygamber'in uygulamalarına dayandığını yukarıda

²⁹⁰ Konuyla ilgili tartışmalar için bkz. Mayer, Ann Elizabeth, *Islam and Human Rights: Tradition and Politics*, Westview Press, Boulder, 1995, s. 2-3.

belirtmiştik. Ancak bu uluslar arası metinlerin doğrudan âyet ve hadislerle karşılaştırılması ayrı çalışmanın konusu olabilir. Bundan dolayı biz bu karşılaştırmayı, İslam hukukunun temel amaçları (makâsıd-ı şerî'a) düzeyinde yürüteceğiz.

Günümüz Batılı hukuk anlayışlarının en temel ilkelerini belirleyen uluslararası metinlerin ilki 1948'de Birleşmiş Milletler tarafından yayımlanan *Evrensel İnsan Hakları Bildirgesi*'dir. Daha sonra yayımlanan diğer bildirelerin²⁹¹ bu bildirgenin açıklayıcısı veya tamamlayıcısı mahiyetinde olduğu söylenebilir. Bildirge 30 maddeden oluşmaktadır. Bildirgenin 1. maddesinde tüm insanların özgür ve haklar bakımından eşit olarak dünyaya geldikleri, akıl ve vicdan sahibi oldukları belirtilmiş ve birbirlerine karşı kardeşlik duyguları içinde davranmaları gereği ifade edilmiştir. 2. maddesinde ise tüm insanların ırk, renk, cins, dil, din, kanaat, ekonomik durum, uyruk vb. hiçbir ayırım yapılmaksızın, bu bildirede belirtilen haklara sahip oldukları ifade edilmektedir.²⁹² Bildirgenin 3, 4 ve 5. maddelerinde bireylerin özgürlük ve güven içinde yaşama haklarının olduğu belirtilmiş, köleliğin ve insan onuru ile uyuşmayan tutum, davranış ve cezaların yasak olduğu belirtilmiştir. 6- 11. maddeler ise herkesin hukukun bir süjesi olduğu, yasalar karşısında ve temel haklar konusunda eşit olduğu, mahkemeye başvurma hakkının bulunduğu ve hiç kimsenin suç sayılmayan bir fiilden dolayı cezalandırılmayacağı ifade edilmiştir. 12. madde, bireyin özel yaşamının olduğunu ve bu konudaki saldırılara maruz kalması halinde yasal korunma hakkının olduğunu belirtmektedir. 13-15. maddelerde ise kişinin vatandaşlık hakkının olduğu, vatandaşı olduğu devletin sınırları içinde serbestçe dolaşabileceği veya yerleşebileceği, kişinin zulüm dolayısıyla bir başka ülkeye iltica edebileceği veya o ülkenin vatandaşlığına geçebileceği karara bağlanmıştır. 16. madde kişinin rızası ile evlenme hakkına sahip olduğunu, 17, 23 ve 24. maddeler, mal ve mülk edinme, çalışarak kendisi ve ailesinin

²⁹¹ “Kadınların Siyasal Haklarına İlişkin Sözleşme” (1953), “Her Türlü Irk Ayrımcılığının Kaldırılmasına İlişkin Uluslararası Sözleşme” (1965), “Medeni ve Siyasal Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme” (1966), “Uluslararası Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Sözleşmesi” (1966), “Din ya da Kanaate Dayalı Her Türlü Hoşgörüsüzlük ve Ayrımcılığın Kaldırılmasına İlişkin Bildirge” (1981).

²⁹² İlk iki maddenin öngördüğü eşitlik anlayışının İslam'ın insan anlayışına ters düşmediği açıktır. Yukarıda da ele aldığımız üzere her insanın beş temel alanda (zarûrât-ı hamse) dokunulmaz (*ismet* vasfını hâiz) olduğunu, hem Hanefiler hem de diğer mezhepler kabul ederler. Ancak diğer mezhepler, gayrimüslimlerin *ismet* vasfını kazanabilmeleri için Müslümanlarla bir anlaşma (zimmet veya eman) yapmaları gerektiğini savunurlar. Dostane ilişkilerin hakim olduğu günümüzde ise, ayrıca bir akde gerek olmadığı açıktır.

ihtiyaçlarını karşılayacak bir gelir elde etme ve çalışma sürelerinin makul sınırlar içinde tutularak dinlenme ve ücretli olarak tatil yapma hakkını düzenlemektedir. 18 ve 19. maddeler ise kişinin düşünce, vicdan ve din özgürlüğüne sahip olduğunu, tek başına veya toplu olarak, açık veya özel biçimde öğretim, uygulama, tapınma ve ayinlerle gösterme imkanına sahip olduğunu ve kişinin istemesi halinde dinini değiştirebileceği²⁹³, başkalarına yayabileceği belirtilmektedir.²⁹⁴

20. madde toplanma ve dernek kurma, 21. madde ise devlet idaresine katılma ve kamu hizmetlerinden eşit biçimde yararlanma hakkının olduğunu belirtir. 22. maddede herkesin sosyal güvenlik hakkının olduğunu, kişinin saygınlığı ve kişiliğinin gelişmesi için gerekli olan ekonomik, sosyal ve kültürel haklara kavuşması gerektiği ifade edilmiştir. 25. madde bireyleri belli bir yaşam standardına ulaştıracak, yiyecek, giyim, konut, tıbbi bakım ve gerekli sosyal hizmetlerden yararlanma hakkı olduğunu, 26. maddede ise, eğitim hakkının temel bir hak olduğunu, eğitimin insan kişiliğinin gelişmesi ve insan hakları ve temel özgürlüklerine saygının güçlendirilmesine hizmet etmesi gerektiği ve çocukların eğitim türünü belirlemede anne-babanın öncelikli hak sahibi olduğu karara bağlanmıştır. 27. madde kişinin, toplumun kültür yaşamına katılma, güzel sanatlar ve onun ürünlerinden istifade etme hakkına sahip olduğunu, bilim, edebiyat ya da sanat yapıtlarından doğan maddi ve manevi çıkarlarını korumada yetkili olduğunu ifade etmiştir. 28. madde herkesin bu bildirmede açıklanan hak ve özgürlüklerin bütünüyle uygulanmasını sağlayacak sosyal ve uluslararası şartlara hakkı

²⁹³ Bu maddenin müzakereleri sırasında Suudi Arabistan delegesi, din değiştirmekle ilgili kısmın metinden tamamen çıkarılmasını önermiştir. Bu önerisini ise misyonerliğin siyâsi mücadelelere alet edildiğine ve kanlı ihtilaflara yol açtığına dayandırmıştır. Ancak Lübnanlı Hıristiyan delegenin ısrarıyla metne konulmuş ve 27 lehte, 5 aleyhte ve 12 çekimser oyla kabul edilmiştir. Yemen'in oylamaya katılmadığı bu maddeye, Suudi Arabistan çekimser oy verirken, Mısır, Irak, Lübnan, Suriye ve Pakistan lehte oy kullanmıştır. Genel kurulda söz alan Pakistan delegesi, İslam dininin de ikna yoluyla yayılmacılık ve yeni mümin kazanma eğilimi taşıdığına dikkat çekerek 18. madde metninin bu dinle çelişmediğini belirtmiştir. Öktem, *a.g.e.*, s. 107-9.

²⁹⁴ Medenî ve Siyasî haklara İlişkin Sözleşmenin 18. maddesi din özgürlüğünü düzenlemektedir: "Herkesin düşünce, vicdan ve din özgürlüğü vardır. Bu hak, kendi tercih ettiği bir din ya da kanaat sahip olmak ve bu din ya da kanaati tek başına ya da toplu olarak, hem kamusal hem de özel alanda öğrenim, ibadet, ayin ve törenler yoluyla izhar etme özgürlüğünü içerir. Kimse kendi seçtiği bir din ya da kanaat sahibi olma ya da benimseme özgürlüğüne hâlel getirecek baskıya tabi tutulamaz. Din ya da kanaatini izhar etme özgürlüğü, ancak kamunun öngörülmüş ve kamu güvenliğinin, düzeninin ve sağlığının ya da ahlakının veya başkalarının temel haklarının korunması için zorunlu sınırlamalara tâbi tutulabilir. İşbu sözleşmeye taraf devletler ebeveynin ve kimi durumlarda kanunî vâsîlerin, çocuklarının dinî ve ahlakî eğitimini kişisel kanaatleri doğrultusunda temin ettirme özgürlüğüne saygı gösterme yükümlülüğünü üstlenirler."

olduğunu, 29. madde ise bireyin kişiliğinin özgürce ve tam olarak gelişebilmesi için bir topluma ihtiyaç duyduğu ve kişinin de bu topluma karşı ödevlerinin olduğunu ifade etmektedir. Ayrıca aynı maddede kişilerin haklarını ve özgürlüklerini kullanırken başkalarının hak ve özgürlüklerini ihlal etmemesi ve toplumun ahlak ve düzenine zarar vermemesi gerektiği vurgulanmıştır. 30. maddede ise bu hak ve özgürlüklerin hiçbir devlet, topluluk ya da birey tarafından, onları yok edecek şekilde yorumlanamayacağı deklare edilmiştir.

Bu bildirmede ifade edilen temel hak ve özgürlüklerin İslam hukuk anlayışına uyup uymadığı hem bu bildirgenin hazırlanışında bulunan Müslüman ülke delegeleri tarafından hem de daha sonra konuyla ilgili çalışma yapan akademisyenler tarafından çok tartışılmıştır. Bu bildirmede sunulan hak ve özgürlüklerin İslam hukuku ile uygunluğunu göstermek amacıyla Avrupa İslam Konseyi tarafından 1981 yılında UNESCO'nun Paris'teki merkezinde "İslam Evrensel İnsan Hakları Bildirgesi" yayımlanmıştır.²⁹⁵ Ancak bu bildirme hem İslam dünyasından hem de Batı dünyasından beklenen ilgiyi görmemiştir. İslam dünyasından destek görememesinin sebebi, kanaatimizce İslamî bakış açısının Batılı değerlere uygunluğunu kanıtlamak amacı güdülerek nasların bütüncül olarak değerlendirilmemesinden kaynaklanmaktadır. Batı dünyasının desteğini alamamasının sebebi ise, doğrudan âyet ve hadislere yer verilen bildirgenin hukukî bir metin hüviyeti taşıması ve din değiştirme, kadın erkek eşitsizliği gibi temel konularda açık bir görüşün yer almamasıdır.²⁹⁶

İslamiyet'e gelince o, insanın yaratılışındaki maksatlara uygun olarak ihtiyaçlarını karşılamayı ve ona zarar verecek şeyleri ortadan kaldırmayı en temel ilke olarak belirlemiştir.²⁹⁷ İnsanların ihtiyaç duyduğu şeyler, farklı farklı olup, bunlardan bazıları temel ihtiyaçlardır (*zarûriyyât*). Bunlar olmaksızın insanın hayatta kalması ya imkansızdır ya da anlamsızdır. Bazı ihtiyaçlar ise hayatın kolaylaştırılması için gereklidir (*hâciyyât*). Diğer bazı ihtiyaçlar ise insana yarar sağlayan, hayatı güzelleştiren

²⁹⁵ Başlangıç bölümünde İslam'ın öngördüğü insan hakları ve din özgürlüğü konusunu geniş bir şekilde ele alan bu bildirme, 13 maddeden oluşmaktadır. İslam'ın daha çok liberal bir yorumu olarak görülen bu bildirmede *ötekine* karşı hoşgörü vurgulanmış ve klasik Zimmî anlayışına uygun olarak müslüman olmayanların kişisel statü (ahvâl-ı şahsiyye) konularında ayrı hukukî düzenlemelere tâbi tutulma haklarının olduğu ifade edilmiştir. Öktem, *a.g.e.*, s. 254-5.

²⁹⁶ Mayer, *a.g.e.*, s. 160-3.

²⁹⁷ Şâtübî, *el-Muvâfakât*, II/8.

şeyler kabilindendir (*tahsîniyyât*).²⁹⁸ Şâtıbî, bu üçlü ayrımın, doğrudan Kur'an ve Sünnet'ten çıkarılmasının mümkün olmadığını, ancak tümevarım (istikrâ) yoluyla elde edilebileceğini belirtir.²⁹⁹

Zarûretin mahiyeti konusunda Mecelle'de “*Hâcet umûmî olsun hususî olsun zarûret menzilesine tenzîl olunur.*”³⁰⁰ denilirken, Şâtıbî zarûriyyâtı şu şekilde tanımlar: “*Onsuz olmayan, din ve dünya işlerinin ayakta durması kendilerine bağlı bulunan hususlardır. Eğer bunlar bulunmayacak olsa, dünya işleri yolundan çıkar, fesâd ve kargaşa doğar, hayat son bulur.*”³⁰¹

İslam hukukçularının genel kabulüne göre *zarûriyyât*, beş unsurdan (*zarûrât-ı hamse*)³⁰² meydana gelmektedir: Dinin korunması, canın korunması, aklın korunması, neslin korunması, malın korunması.³⁰³ Bu unsurlar, dünyaya gelen her insana Allah tarafından verilen haklardır ve kişi normal şartlarda, ölene kadar bu haklara sahiptir. Buna göre, *zarûriyyât*ın bu beş unsurunu, inanma hakkı, yaşama hakkı, eğitim/düşünme/ ifade etme hakkı, evlenme/çocuk sahibi olma hakkı ve mal-mülk edinme/çalışma hakkı olarak da ifade etmek mümkündür.³⁰⁴ Gazzâlî İslam hukukunun asıl amacının bu beş temel hakkı korumak olduğunu, bu beş temel hakkı koruyan her şeyin *maslahat*, bu beş temel hakka zarar veren her şeyin de *mefsedet* olduğunu belirtir. Mefsedetin kaldırılması ve menfaatin sağlanması ise İslam hukukunun en temel ilkesidir.³⁰⁵ Gazzâlî,³⁰⁶ Karâfî³⁰⁷ ve Şâtıbî³⁰⁸ bu beş temel unsurun diğer din ve hukuk

²⁹⁸ Bu üçlü taksimi ilk kez Gazzâlî yapmış ve daha sonraki İslam hukukçuları tarafından büyük ölçüde kullanılmıştır. Bkz. Pekcan, *a.g.e.*, s. 127-30.

²⁹⁹ Şâtıbî'ye göre “*ictihad mertebesine ulaşmış hiçbir kimsenin bu üç esasın şer'an geçerli olduğunda, onları dikkate almanın şâri'ce maksud bulunduğu şüphe etmesi imkansızdır.*” *el-Muvâfakât*, II/37.

³⁰⁰ *Mecelle*, 32.

³⁰¹ Şâtıbî, *el-Muvâfakât*, II/7.

³⁰² Karâfî, Tâcuddin es-Subkî, Tûfî, Şevkânî, İbn Âşûr gibi bazı İslam hukukçuları bu beş unsura ek olarak ırzın korunmasını eklemişlerdir. Gnş. bil. bkz. Pekcan, s. 135-6.

³⁰³ Gazzâlî, *el-Mustasfa*, I/287; İbn Âşûr, Muhammed et-Tâhir (ö. 1394/1973), *Mekâsîdu's-Şer'ati'l-İslâmiyye*, Tunus 1978, s. 79.

³⁰⁴ Hak ile menfaat arasında sıkı bir ilişki vardır. Bazı hukukçular hakkı, hukuk düzenince korunan menfaat olarak tanımlarken, bazıları ise insana, sahibi bulunduğu menfaati korumak üzere tanınmış olan irade kudreti olarak tanımlar. Bkz. Bilge, *a.g.e.*, s. 174-5

³⁰⁵ Gazzâlî, *el-Mustasfa*, I/287.

³⁰⁶ Gazzâlî, *a.g.e.*, I/288.

³⁰⁷ Karâfî'ye göre bu genel amaçlardan biri de ırzdır. Bkz. *el-Furûk*, IV/33.

³⁰⁸ Şâtıbî, *el-İ'tisâm* II/36-49; *el-Muvâfakât fî Usûli's-Şeria*, II/9, 38.

sistemlerinin de genel amacı olduğunu belirtirler. Tevrat'ın meşhur on emri³⁰⁹ ve Hz. İsa'nın bu on emirden bazılarını İncil'de tekrarlaması,³¹⁰ bu temel ilkeleri diğer semavî dinlerin de benimsediğini göstermektedir.³¹¹

Zarûriyyâtı oluşturan unsurların nasıl sıralanması gerektiği konusunda farklı görüşler olsa da,³¹² Gazzâlî'nin yaptığı, İbnü'l-Hümâm ve Tahir b. Âşûr'un da benimsedikleri yukarıdaki sıralama, günümüz İslam hukukçuları tarafından genel olarak kabul görmektedir. Müslümanlar için dünya hayatı ahiret için bir hazırlık olduğundan, dünya ile ahiret (din) arasında bir tercih yapmak gerektiği zaman, ahiretin tercih edilmesi gerekir. Ancak din unsurunun, günümüzde insan onur ve şahsiyetinin bir gereği olarak özelde din gibi bir inancı, genelde de bireylerin kişilik oluşumu için kaçınılmaz olarak görülen kültürü ve onun farklı görünümünü içine alacak genel bir haklar alanını ifade ettiği söylenebilir. Buna göre din unsuru, diğer unsurlarla çakıştığı durumlarda din, tercih edilmelidir. İslam hukuk usûlcüleri, ibadetleri ve dinin diğer görünümünü zarûriyyât olarak kabul etmezler. Buna göre ibadetlerin zarûriyyâtın bir unsuru ile çakışması halinde ibadetler terkedilir veya kazaya bırakılır. Örneğin sel veya vahşi hayvan tehlikesi söz konusu olduğunda cemaatle namazın terk edilmesi, hastalığın nüksetmesi korkusuyla orucun kazaya bırakılması, siyasal kargaşanın olduğu dönemlerde haccın tehir edilmesi bu anlayışın bir gereğidir. Yine benzer olarak Mısır'ın Müslümanlar tarafından fethedilmesinden sonra, vali Amr b. Âs'ın, her yıl bir kızın Nil

³⁰⁹ 1.Karşımda başka ilahların olmayacak. 2.Kendin için oyma put, yukarıda göklerde olanın, yahut aşağıda yerde olanın, yahut yerin altında sularda olanın hiç suretini yapmayacaksın, onlara eğilmeyeceksin ve onlara ibadet etmeyeceksin. 3. Yehova'nın Rab'in ismini boş yere ağza almayacaksın. 4. Sebt gününü takdis etmek için onu hatırında tutacaksın. Altı gün işleyeceksin ve bütün işini yapacaksın, fakat yedinci gün Allah'ın Rab'e Sebtir. Sen ve oğlun ve kızın, kölen ve cariye ve hayvanların ve kapılarında olan garibin hiçbir iş yapmayacaksınız. Çünkü Rab gökleri, yeri ve denizi ve onlarda olan bütün şeyleri altı günde yarattı. 5. Babana ve anana hürmet edeceksin. 6. Katletmeyeceksin. 7. Zina etmeyeceksin. 8. Çalmayacaksın. 9. Komşuna karşı yalan şahadet etmeyeceksin. 10. Komşunun evine tamah etmeyeceksin, komşunun karısına, yahut kölesine, yahut cariyesine, yahut öküzüne, yahut eşeğine, yahut komşunun hiçbir şeyine tamah etmeyeceksin. Bkz. Eski Ahit, Çıkış, Bab/20; Tensiyeye, Bab/5; Levililer, Bab/19; Kitab-ı Mukaddes Şirketi, İstanbul 1969, s. 73-4.

³¹⁰ 1. Babana-anana hürmet edeceksin! 2. Katletmeyeceksin 3. Zina etmeyeceksin! 4. Yalan yere and içmeyeceksin! 5. Komşunu seveceksin..." Matta, Bab/5; Markos, Bab/7.

³¹¹ Semavi bir din olmayan Budizm'de de aynı öğretilere yer verilmiştir: 1. Canlı hiçbir yarattığı öldürmemek 2. Başkalarının malına, canına ve karısına göz dikmemek, 3. Yalan söylememek, 4. Sarhoşluk veren içkilerden sakınmak, 5. Küfür ve dedikodu yapmamak, 6. Şehvî arzulardan vazgeçmek. Tümer, Günay-Küçük Abdurrahman, *Dinler Tarihi*, Ankara 1993, s. 166.

³¹² Zarûrî maslahatların sıralanışı ile ilgili farklı görüşler için bkz. Pekcan, *a.g.e.*, s. 271-4

nehrine atılarak kurban edilme ibadetini yasaklaması, Hindistan'daki müslüman idarecilerin, kocası ölen kadının, kocasının bedeniyle birlikte yakılması uygulamasına imkan vermemeleri, hâciyyât olarak görülen ibadetin, zarûriyyât olan yaşam hakkını ihlal etmesinden kaynaklanmaktadır.³¹³

Bu temel haklar, naslarda açık olarak zikredilmiş, bu hakların ihlali suç ve günah olarak görülmüş ve ihlal edenler için, uhrevî cezaların yanı sıra bir takım dünyevî cezalar belirlenmiştir. Örneğin dinin öğretileri aleyhinde propaganda yapılmasının, haksız yere bir başkasının öldürülmesinin veya bedenine zarar verilmesinin, sarhoş edici şeylerin tüketilmesinin, gayrimeşru cinsel birlikteliklerin ve meşru olmayan yollarla bir başkasının malının alınmasının yasaklanması ve bu suçların her biri için farklı dünyevî cezaların belirlenmesi, zarûriyyatın korunması amacına yöneliktir.

Hâciyyâta gelince, *zarûriyyât* gibi insan hayatı için zorunlu olmamakla birlikte insan hayatını kolaylaştıran unsurları içine alan unsurlardır. İnsan hayatının kolaylaştırılması ise, İslam'ın öngördüğü bir anlayıştır.³¹⁴ Şâtıbî, hâciyyâtı şu şekilde tanımlar: “*Onsuz olmakla birlikte bir genişlik ve kolaylık sağladığı için ihtiyaç duyulan, bulunmadığında ise, genelde sıkıntı ve güçlükler sebepleri olan şeylerdir.*”³¹⁵ İbn Âşûr'a göre ise, “*Gözetilmediği takdirde toplumsal düzen bozulursa da, iyi işlemesine mani olan yararlıdır.*”³¹⁶

Tahsîniyyât ise, *üstün ahlak anlayışına uygun bir davranış göstermeyi, sağduyu sahiplerinin hoş karşılamayacağı hallerden uzaklaşmayı temine yönelik şeyleri ifade eder.*”³¹⁷

Buna göre tahsîniyyat, hâciyyât için, hâciyyât, zarûriyyât için konulmuştur. Bu üçlü tasnifin en temelinde *zarûriyyât*, üstünde *hâciyyât* ve en üstte de *tahsîniyyât* vardır. Bir üstteki altındakini muhafaza ve tamamlamak için konulmuştur. Zarûriyyâtın ihlale uğrayıp ortadan kalkması halinde diğerlerinin bir anlamı kalmayacaktır. Şâtıbî, tahsîniyyat ya da hâcî olan hususların ihlaline cüret gösteren kimsenin, aslında zarûri olanı ihlale

³¹³ Şentürk, a.g.m., s. 59.

³¹⁴ el-Hacc 22/78; el-Mâide 5/6; Buhârî, İman, 29; Nesâî, İman, 28 (5031); Buhârî, Edeb, 80.

³¹⁵ Şâtıbî, *el-Muvâfakât*, II/11.

³¹⁶ İbn Âşûr, a.g.e., s. 82.

³¹⁷ Şâtıbî, *el-Muvâfakât*, II/11.

yöneldiğini belirtir.³¹⁸ Ancak tahsînî olmadığı için hâcî, hâcî olmadığı için de zarûrî terk edilemez. Örneğin satış akdinde malın hazır bulunması satışta tarafların aldanmaması için gereklidir. Ancak kira akdinde olduğu gibi, akde konu olan mal değil de bir menfaat ise, onun akid anında hazır bulunması mümkün değildir. Buna dayanarak kira akdinin yasaklanması doğru olmaz. Benzer şekilde mehrin gerekli görülmesi, neslin korunması için gerekli olan evlilik akdinin tamamlayıcısı durumunda bir hükümdür. Ancak kişinin mehir şartını yerine getirecek imkanının olmaması halinde nikah akdinden vazgeçilmez.³¹⁹

Bazen de tamamlayıcı olan unsurlarla asıl unsur arasında karşıtlık olabilir. Bu durumda aslın esas alınması gerektiği açıktır. Örneğin canın korunması asıl (zarûriyyât)dır. Pis bir şeyin yenilmesi veya içilmesi ise insan onuruna (mürüvvet) aykırıdır. Ancak pis bir şey yenilmesi, içilmesi veya giyilmesi yoluyla hayatta kalılabilecekse, bunun yapılması gereklidir. Bu pis şey dinen pis bir şey olabileceği gibi, insanın yaratılışı gereği pis gördüğü bir şey de olabilir. Örneğin insanın avret yerinin kapalı olması tahsînî bir şeydir. Ancak tedavi amacıyla doktorun avret yerini görmesi mübahtır. Bu nedenle hâcî yararın elde edilmesi için, tahsînî yarardan vazgeçilmez.

Bu genel açıklamadan sonra *zarûrât-ı hamsenin* ilk unsuru olarak ifade edilen dinin, insanın manevî yönünü, yani onu diğer canlılardan ayıran boyutunu ifade ettiği söylenebilir. Din unsuru, İslam hukukçularına göre kişinin hayatı için gerekli olan yeme, içme, barınma gibi maddi ihtiyaçlarından daha önemli bir ihtiyaçtır. Bundan dolayı din konusu, İslam hukuk usûlcüleri tarafından en temel ihtiyaç olarak belirtilmiştir. Bu konu Evrensel İnsan Hakları Beyannamesi'nin 18 ve 19. maddelerinde düzenlenmiştir. Beyannamenin 1-5, 12, 25, ve 27. maddeleri can unsurunu, 22, 26, 27. maddeler akıl unsurunu, 16 ve 26. maddeleri nesil unsurunu, 17, 23, 24 ve 27. maddeleri mal unsurunu, 6- 11, 12-15, 20-22, 28, 29 ve 30. maddeleri ise beş temel alana giren hakların nasıl kullanılacağını ve korunacağını düzenlemektedir.³²⁰

³¹⁸ Şâtıbî, *a.g.e.*, II/17, 22.

³¹⁹ Şâtıbî, *a.g.e.*, II/14-5.

³²⁰ Bazı maddeler birden çok unsuru içine aldığı için, birden fazla yazılmıştır.

Bu temel ilkeler açısından yapılan karşılaştırmadan hareketle, İslam'ın *zarûrat-ı hamse* ile korumayı amaçladığı temel hakların, Evrensel İnsan Hakları Bildirgesi tarafından da güvence altına alındığını söylemek mümkündür. Hanefî ismet anlayışı temel alındığı takdirde İslam hukukunda müslüman-gayrimüslim ikileminin dinî içerikli bir tanımlamadan ibaret olduğu, dünyevi konularda her iki tarafın da aynı hak ve sorumluluklara sahip olduğunu söyleyebiliriz. İslam'daki kadın-erkek ayırımına gelince, bu konuda kadının temel haklarını ihlal eden bir düzenlemenin olmadığını, kadın aleyhine görünen uygulamaların daha büyük ölçekli bir dengenin gereği olarak benimsendiğini söylemek mümkündür. Yerleşik uygulamaların kadının temel haklarına (*zarûriyyât*) veya menfaatlerine (*hâciyyât*) aykırı olması halinde ise, bu kuralların yeniden düzenlenmesi İslam hukukunun özüne daha uygun olacaktır.

2) Ortak Yasama Anlayışı

Ortak hukukî zemin arayışında üzerinde durulması gereken diğer bir konu da ortak bir anlayışın nasıl oluşturulacağı konusudur. İslamî zimmet anlayışı ile Batılı hukukî çoğulculuk teorisi arasında bu konuda bazı temel farklılıkların olduğu görülmektedir. Bu farklılığın asıl sebebi ise, iki anlayışın siyasal ve sosyal açıdan farklı toplumlarda gelişmiş olmasıdır. Zimmet anlayışı, kurumsal yapısı modern devlet anlayışından farklı ve daha çok adem-i merkezî bir anlayışın öne çıktığı siyasal zeminde uygulanmıştır. Öte yandan cemaat tarzı bir sosyal yapının egemen olduğu ve her sosyal grubun kendi iç dengelerine sahip olduğu görülmektedir. Bu siyasal ve sosyal yapılara uygun olarak, gayrimüslimlere verilen hukukî özerklik, devlet dışı bir yasama anlayışının gelişmesine yol açmıştır. Bu anlamda zimmet anlayışının öngördüğü hukukî yapıyı, ikinci bölümde geniş olarak ele aldığımız üzere, *güçlü yapılı* veya *derin hukukî çoğulculuk* olarak tanımlamak mümkündür. Ancak Osmanlı'nın son dönemlerinde yapılan hukukî reformlar, zimmet anlayışının, Batılı hukukî çoğulculukta olduğu gibi, *devlet hukukî çoğulculuğu* veya *zayıf yapılı hukukî çoğulculuk* olarak da uygulanabileceğini göstermiştir.³²¹ Bu tür hukukî çoğulculukta devlet, kendi vatandaşlarının dinî ve kültürel farklılıklarına uygun olarak, bir konuda farklı hukukî düzenlemeler yapmaktadır. Böyle bir anlayışın günümüz devlet toplumlarına daha

³²¹ Bunun en güzel örneği 1917 tarihli Hukuk-ı Âile Kararnamesidir. Kararname, Müslümanlara, Müsevîler'e ve İsevîler'e yönelik ayrı başlıklar halinde düzenlemeler yapmaktadır.

uygun olduğunu söyleyebiliriz. Buna göre Bulaç'ın semt, köy, kasaba, il, bölge veya eyaletlerde oluşturulacak yasama meclisleri yerine³²², Osmanlı veya Kanada örneğinde olduğu gibi, sivil toplum örgütleriyle koordineli olarak devletin yasama faaliyetlerini yürütmesi daha gerçekçi olacaktır.

Zimmet anlayışı, dine dayalı olarak toplumdaki farklı grupların taleplerini karşılamayı amaçlarken, Batılı hukukî çoğulculukta ise dinden daha kapsamlı olarak kültürel talepler merkeze alınır. Zimmet anlayışında dinî içerikli olmayan taleplerin bir anlamı yokken, hukukî çoğulculukta ise kültürel değeri olmayan isteklerin bir anlamı yoktur. Osmanlı örneğinde olduğu gibi, dinî bir grubun devlet tarafından tanınması ve hukukî düzenlemelerde görüşlerine yer verilebilmesi için, belli bir temsil gücüne sahip olması gerekir. Batı'da ise belli bir kültür ile kendilerini tanımlayan ve temsil gücüne sahip sosyal grupların devlet tarafından tanınması ve taleplerinin hukukî bir zeminde cevap bulması mümkündür. Bu anlamda her iki uygulamada da ferdî taleplerin bir anlamının olmadığı görülmektedir.

Her iki uygulamada da, dinî ve kültürel grupların taleplerine göre belirlenen hukuk kuralları bağlayıcı değildir. Bu hukuk kuralları, kişinin isteği halinde yürürlüğe girmektedir. Buna göre kişi, kendi inançları veya kültürel değerlerine göre belirlenmiş hukuk kuralları ile üst/ortak hukuk sistemi arasında serbesttir. Zimmet anlayışında İslam hukuku, Batılı hukukî çoğulculuk anlayışında ise seküler devlet hukuku, üst/ortak hukuk durumundadır. Kişiler, bu üst/ortak hukuka, -Osmanlı örneğinde olduğu gibi- temyiz mahkemesi olarak başvurabildikleri gibi, bir davada tarafların davanın hangi kanuna göre çözüleceği konusunda anlaşamamaları halinde kendiliğinden devreye giren hukuk sistemidir. Yine bu çerçevede kişinin, bir başka dinin veya kültürün öngördüğü hukukî düzenlemeye başvurma hakkı yoktur. Çünkü bunun, zimmet anlayışının veya hukukî çoğulculuk anlayışının amaçladığı inanç özgürlüğü ve kültürel değerlerin korunmasına hizmet edecek bir uygulama olmadığı açıktır.

Ayrıca hem zimmet anlayışı hem de Batılı hukukî çoğulculuk, yukarıda üzerinde durduğumuz ortak insan haklarına aykırı talepleri, din özgürlüğü veya kültürel haklar olarak kabul etmemektedir. Amr b. Âs'ın, her yıl bir kızın Nil nehrine atılarak kurban

³²² Bulaç, a.g.m., s. 13.

edilme ibadetini, yine müslüman idarecilerin, Hindistan'da kocası ölen kadının kocasının bedeniyle birlikte yakılmasını ve İranlı Mecusîlerdeki öz kardeşlerin evlenmelerini yasaklaması bu kabilden uygulamalardır.³²³ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin verdiği kararlarda da bu anlayışın olduğu görülmektedir. Örneğin her türlü kazanın Tanrı'dan geldiği yönündeki inancını öne sürerek, motorlu araçlar için zorunlu olan sigorta sistemine katılmayı reddeden Kalvinist Kilise'ye mensup bir kişi, bu uygulamanın dinî inançlarıyla çeliştiğini belirtmiştir. Ancak mahkeme, “yol kazalarında mağdur olabilecek üçüncü şahısların haklarını ihlal edebileceği gerekçesiyle reddetmiştir.³²⁴ Yine Sih dinine mensup bir mahkumun, üniforma giymenin ve hücrelerini temizlemenin dinî inançlarına aykırı olduğunu ileri sürerek, uluslararası mahkemeye başvurması üzerine mahkeme, diğer mahkumların sağlığına zarar vereceği düşüncesiyle bu talebi reddetmiştir.³²⁵

Buna göre hem zimmet anlayışında hem de Batılı hukukî çoğulculuk düşüncesinde hukukî düzenleme alanına alınacak dinî ve kültürel taleplerin temel insan haklarına aykırı olmaması şartı aranmaktadır. Temel hakları ihlal etmeyen diğer düzenlemelerin farklılık göstermesi ise mümkündür. Bu konuda Yazır'ın el-Mâide suresinin 48. ayetinde³²⁶ geçen *şir'a* ve *minhâc* kavramları etrafında ifade ettiği görüşleri yol göstericidir. Yazır'a göre *şir'a* ve *minhâc* kavramları farklı anlamlarda olup, *şir'a* zaman ve şartlara göre değişebilen ve dinin özüne ilişkin olmayan (fürû) konuları içine alırken *minhâc*, daima sabit, açık ve devamlı olan dinin özüne dönük konuları içine alır. Buna göre her dinin farklı hükümler getirmesi, farklı hukukî düzenlemelerde bulunması *şir'a* çerçevesinde değerlendirilerek mümkün görülebilir. Ancak temel haklar ve ilkeler konusunda farklılık göstermesi mümkün değildir.³²⁷ Her peygambere farklı bir hukuk düzeni (şeriat) verilmesi, adaletin nasıl sağlanacağı veya haksız bir fiilin nasıl cezalandırılacağı konusunda farklı yöntemlerin benimsenmesi bu hukuk sistemlerinin aynı ilkeleri benimsemedikleri anlamına gelmez. Buna göre bir

³²³ Şentürk, a.g.m., s. 59.

³²⁴ Öktem, a.g.e., s. 353.

³²⁵ Öktem, a.g.e., s. 352.

³²⁶ “Sana da önünde bulunan kitapları doğrulayıcı ve onlara bir şahit olmak üzere bu hak kitabı indirdik; onun için sen de aralarında Allah'ın indirdiğiyle hükmet, sana gelen gerçekten ayrılıp da onların arzuları arkasından gitme! Her biriniz için bir kanun (*şir'a*) ve bir metod (*minhâc*) tayin ettik. Allah dileseydi, hepinizi bir tek ümmet yapardı, fakat sizi, her birinize verdiği şeylerde imtihan edecek.”

³²⁷ Yazır, a.g.e., III/1697-8

hukuk sisteminin temel amaçları, İslam hukukununkine paralellik arz ediyorsa İslam hukuku ile aynı toplumda uygulanması da mümkündür.

3) Ortak Yürütme Anlayışı

Yürütme konusu da ortak zemin arayışında üzerinde durulması gereken bir konudur. Yukarıda da belirttiğimiz gibi, her iki hukuk anlayışı da hakim siyasal ve sosyal şartlara göre şekillenmiştir. Zimmet anlayışının ortaya çıkıp geliştiği süreçte, devlet altı grupların kendi iç dengelerinin ve hiyerarşilerinin olduğu görülmektedir. Bu iç denge ve hiyerarşi, her bir dinî grubun kendi davalarını görmelerine ve gerektiğinde cezalarını infaz etmelerine imkan vermekte idi. Örneğin İmam Mâlik, zina eden zimmînin cemaatine teslim edilmesi gerektiğini söylemektedir. Osmanlı örneğinde olduğu gibi, her dinî grubun başkanı, kendi cemaatinin iç düzenini sağlamakta, evlenme, boşanma, miras gibi dinî içerikli hukukî muameleleri gerçekleştirme ve cemaat içi davaları çözebilmekte idi. Suçun mahiyetine göre, cemaatten atma, küreğe vurma, kulebent (kule hapsi) ve kalabent (kale hapsi) yapma gibi cezaları da uygulayabilmekte idi. Ancak toplu isyan veya başkaldırı durumunda ise devletin kolluk güçlerinden yardım talep edebiliyordu. Osmanlı örneğinden hareketle, devletin dinî grupların varlığını sürdürmelerini teşvik ettiğini söyleyebiliriz. Örneğin bazı dönemlerde müslüman din adamlarının gayrimüslimlerin nikahlarını kıymaları yasaklanmıştır. Bu durum, devlet altı grupların bir iç dengeye sahip olduklarını ve yaşamada olduğu gibi yürütme konusunda da belli bir yetkiye sahip olduklarını göstermektedir.

Batılı hukukî çoğulculuk anlayışında ise yürütme konusunda tüm yetkiler devlete verilmiştir. Devletin bazı dinî veya etnik sosyal grupları resmen tanımasına rağmen onların iç dengelerini koruyucu tedbirlerin alınmadığı görülmektedir. Örneğin Yunanistan ve Bulgaristan devletleri aleyhine, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine açılan davada mahkeme, kamu makamlarının, dinî alanda tarafsızlığını koruması gerektiğini, aksi durumda ise inananların dinlerini izhar etme özgürlüklerinin ihlaline yol açacağına hükmetmiştir. Ayrıca bölünmüş bir dinî cemaatin şu veya bu yöneticisini kayıran ya da cemaati, bağlılarının iradesine aykırı olarak, tek bir yönetim altında toplamaya zorlayan devlet tedbirlerinin din özgürlüğüne aykırılık oluşturduğuna karar

vermiştir.³²⁸ Bu ve benzer davalardan hareketle, ferdiyetçi anlayışların öncelendiğini ve yürütmeye asıl yetkili gücün doğrudan devlet olduğunu söyleme imkanı vardır. Öte yandan Batı'daki dinî veya kültürel grupların, müntesipleri üzerinde hukukî bir yaptırım gücü yoktur.

Osmanlı'daki uygulamanın siyasî amaçlara yönelik olduğu açıktır. Zira var olan siyasal düzen sosyal düzene bağlıdır. Sosyal düzenin en önemli unsurlarını oluşturan dinî cemaatlerin korunması ise önemlidir. Ancak günümüzde dinî cemaatlerin böyle bir amaca hizmet etmeleri söz konusu olsa bile yine de bireyler üzerinde bir baskı unsuru haline dönüştürülmesi, bu tür dinî oluşumlara imkan veren din özgürlüğü anlayışına aykırı düşmektedir. Bundan dolayı kişiye bağlı olduğu dinî veya kültürel grupların talebine göre belirlenmiş hukuk kurallarına uyması veya davalarını bu hukuk kurallarına göre çözmesi yönünde bir baskı yapılamaz. Zira üst/ortak hukuk kurallarının yanı sıra hazırlanmış bu tür hukuk kuralları, bireylerin dinî veya kültürel hakların korunması amacına yöneliktir. Bundan dolayı, bu kuralların kişiye dikte edilmesi temel anlayışa ters düşecektir. Sonuç olarak, üst/ortak hukuk kuralları ile dinî/kültürel hukuk kuralları arasında tercih yapma imkanına sahip olan bireye, dinî/kültürel grupların bu konuda herhangi bir şekilde bir yaptırım gücü söz konusu değildir.

4) Ortak Yargı Anlayışı

Yargı konusuna gelince yukarıda belirlediğimiz sosyo-politik şartlar içinde zimmet anlayışında dinî grupların yargı bağımsızlığı söz konusu olup, kişilerin kendi aralarındaki dinî içerikli davalarını kendi mahkemelerinde çözüme kavuşturmaları mümkündür. Ancak davanın taraflarından birinin müslüman olması veya tarafların farklı dinlerden olması halinde İslam mahkemesi yetkili hale gelir. Ayrıca tarafların anlaşarak davalarını İslam mahkemesine götürmeleri de mümkündür. Bu durumda İslam mahkemeleri yanında her dinî grubun kendilerine ait mahkemeleri ve hâkimleri olmaktadır. Ancak Tanzimatla birlikte oluşmaya başlayan modern devlet anlayışına paralel olarak önce gayrimüslimler ile Müslüman tebaa arasındaki hukukî ayırım ve farklı mahkeme uygulamasını kaldırmak amacıyla 1846'da şer'îye mahkemelerinin yanında Nizâmiye mahkemeleri de kurulmuştur. Nizâmiye mahkemeleri Avrupa'dan

³²⁸ Öktem, *a.g.e.*, s. 505-6.

alınan seküler hukuk kurallarını uygularken; şer'îye mahkemeleri dinî içerikli davaları çözmekle yetkili kılınmıştır. Ancak şer'îye mahkemelerinin yetkilerinin zamanla azaltıldığı görülmektedir.³²⁹

Bu yöneliş Batılı hukukî çoğulculuk anlayışına doğru bir dönüşümü göstermektedir. Batı'da dinî içerikli olsun veya olmasın tüm davalar devlet mahkemelerinde çözülmekte ve davaya bakan hâkimlerin hangi inançtan olduğu önemli görülmemektedir. Ancak yukarıda da belirttiğimiz gibi, zimmet anlayışına göre gayrimüslimlerin Müslümanların davalarına bakması câiz görülmediği gibi, müslüman hâkimin İslam hukukunun dışında başka bir hukuka göre bir davayı hükme bağlaması da câiz değildir. Çünkü yargı görevi hâkimin devlet başkanı adına yürüttüğü dinî bir görevdir.³³⁰ Öte yandan davaların İslamî kurallara göre çözülmesi dinî bir emirdir.³³¹ Fakat günümüz İslam hukukçuları, Müslümanların davalarına bakacak hâkimin müslüman olması gerekmediğini³³² ve yine müslüman hâkimin de kişinin dinine göre davayı çözmesinin İslam'a aykırı bir durum teşkil etmediğini söylemektedirler. Karaman'ın da açık bir şekilde ifade ettiği gibi, bir müslüman hâkimin, kişinin isteği üzerine İslam dışı bir kanunla davayı çözmesi mümkündür.³³³ Ancak uygulanacak hukuk kurallarının adaleti tesis etmesi gereklidir. Buna göre temel insan haklarını korumayan veya ihlal edenlere caydırıcı cezalar öngörmeyen hukuk kurallarını uygulamak, adaleti tesis etmeyeceği için doğru değildir.³³⁴

Sonuç olarak kişinin üst/ortak hukuk kurallarına veya kendi inanç ve kültürel değerlerine göre hazırlanmış kanunlara göre hayatını tanzim etme veya davalarını hal

³²⁹ Aydın, "Osmanlı'da Hukuk", s. 384-7.

³³⁰ Cumhura göre kaza yetkisi, aslında dini bir görev olup halife adına kadının yürüttüğü farz-ı kifâye hükmündeki dinî bir emirdir. Bundan dolayı gayrimüslimin hakim olması câiz değildir. Zira gayrimüslimin Müslümanlar üzerinde velayeti söz konusu değildir. Zeydân, *a.g.e.*, s. 572-3, 596; Karaman, *Mukayeseli İslam Hukuku*, III/307-8. Zimmî hakim kendisi gibi Zimmî veya müste'min olan gayrimüslimlerin davalarına bakabilir. Bkz. Mevsîfî, *a.g.e.*, II/83; İbnü'l-Hümâm, *a.g.e.*, V/453; Mâverdî, *Ahkâm*, s. 65-66, 209.

³³¹ el-Mâide 5/44.

³³² Zeydân ve Karaman gibi günümüz İslam hukukçuları gayrimüslimlerin Müslümanlar hakkındaki şahitliğinin caiz olduğundan hareketle dinî olmayan konularda Müslümanların davalarına bakmalarını câiz görmektedirler. Zeydân, *a.g.e.*, s. 595; Karaman, *Mukayeseli İslam Hukuku* III/307-312.

³³³ Karaman, *Mukayeseli İslam Hukuku*, III/ 366.

³³⁴ "Ey iman edenler, Allah için duran (gerekeni yapan) hâkimler, adalet örneği şahitler olun! Sakın bir kavme olan kininiz sizi adaletsizliğe itmesin! Adaletli davranın! Takvaya en yakın olan odur. Allah'tan korkun! Çünkü Allah, bütün yaptıklarınızdan haberdardır. el-Mâide 5/8.

yoluna gitme imkanı vardır. Davaya bakan hâkimin hangi dinden olduğu önemli olmamakla birlikte, dinî içerikli davalar için ayrı mahkemelerin kurulması veya konunun uzmanı, hukukçu din adamlarından yardım alınması yoluyla davaların çözülmesi mümkündür. Ayrıca dava konusunun, boşanmada olduğu gibi, bir başka akitle (nikah) ilgili olması halinde, diğer akdin hangi hukuk sistemine göre yapılmış olması, önceden belirlenmiş hakların korunması açısından dikkate alınmalıdır.

C. Ortak Sosyal Zemin

Zimmet anlayışı ile Batılı hukukî çoğulculuk anlayışının ortak bir zeminde buluşması için bir sosyal zeminin oluşturulması da gereklidir. Böyle bir ortak zeminin oluşturulması için devletin, sosyal grupların ve bireylerin rollerinin belirlenmesi gereklidir. Ferdietçilik anlayışının hâkim olduğu Batı toplumlarında kişinin kendisini tanımlama yetkisi vardır. Bu açıdan İslamî zimmet anlayışına bakılınca, onun da bu anlayışa müsait olduğunu söyleyebiliriz. İdeal bir toplumda devletin görevi, dinî tanımlamak olmamalıdır. Onun görevi, çeşitli dinî ve felsefî inanışa sahip kesimlerin birlikte yaşamaları için gerekli ortamı hazırlamak ve bu ortamın korunması için her türlü önlemi almak olmalıdır. Ayrıca devlet, bir grubu destekleyerek diğerlerini dışlamadan, gruplar arasında bir denge kurmalı, çatışmalı durumlarda bir hakem rolü üstlenmelidir.³³⁵

Öte yandan devlet, kişilerin hangi hukuk kurallarını tercih edecekleri noktasında onları tamamen özgür bırakmalıdır. Kişinin bağlı olduğu din, mezhep, cemaat, etnik grup, kabile, yaşadığı yer veya kişinin bireysel kanaatleri bu tercihte yeterli olmalıdır. Ancak bu tercihin bireyin isteğine göre zamanla değişebilmesi de mümkün olmalıdır. Hukukî kuralın tercih edilmesinde Amerika'daki liberallerle cemaatçiler arasındaki anlayış farklılığı çerçevesinde liberallerin düşünceleri tercihe daha uygundur. Zira liberallere göre, kişi istediği an ve şekilde bağlı bulunduğu dini, mezhebi, cemaati vb. terk ederek onlardan bağımsız hareket edebilir. Cemaatçi bakış açısında ise, kişi isteyerek bağlandıktan sonra cemaat içinde özgür değildir ve ayrılması da yine cemaatin iznine bağlıdır. Bu ise inanç özgürlüğünün kısıtlanması anlamına gelmektedir.³³⁶

³³⁵ Aydın, "Din, Siyaset ve Demokrasi", s. 47.

³³⁶ Gnş. bil. bkz. Tok, *a.g.e.*, s. 93-4, 118-9; Benhabib, *a.g.e.*, s. 26-7.

Kişilerin kendilerini tanımlamaları konusunda devletin bir yetkisi olmamalıdır. Kişi kendini nasıl tanımlıyor ve hangi konuda hangi hukuk kuralının isabetli olduğunu düşünüyorsa, kişi resmen öyle tanınır ve onun tercih ettiği hukukî düzenleme geçerlidir. Bu durum kanaatimizce Kur'an'ın bakış açısına da aykırı düşmemektedir. Çünkü Kur'an'da Allah ve ahiret gününe inanmadıkları vahiyle bildirildiği halde kendilerini Yahudî olarak tanımlayanlar hakkında Kur'an farklı bir tanımlama yoluna gitmemiştir. Yine Hıristiyanlar Hz. İsa'yı, Yahudîler Hz. Üzeyr'i Allah'ın oğlu addederek şirke düşmüş olmalarına rağmen müşrik olarak isimlendirilmemişlerdir. Hatta benzer şekilde gerçek anlamda iman etmedikleri halde kendini müslüman olarak tanımlayanlara (münafıklar), Hz. Peygamber müslüman muamelesi yapmıştır. Bu bağlamda, kendisini müslüman olarak tanımladığı halde, İslamî olmayan kanunları tercih eden kişilerin devlet tarafından İslam dışı sayılması da gerekmez. Bu hukuk anlayışı, İslam'ın öngördüğü şekilde bireylerin özgür bir şekilde tercihlerini yaparak bir hayat yaşamaları için oldukça uygun bir hukukî zemin oluşturacaktır. Nitekim devletin, dinin bir emri bile olsa, kişilere herhangi bir şeyi dayatması sonuç itibarıyla İslam'ın özüne uygun düşmemektedir. Bu durum, dini, hidayet kaynağı olmaktan çıkarıp hâkimiyet kaynağı haline dönüştürmek anlamına gelmektedir. Bu ise dini, içsel saiklerle icabet edilen bir davet olmaktan çok, itaat edilmesi gereken bir devletle özdeş hale getirecektir. Öyleyse devletin, bireysel konular başta olmak üzere kişiler üzerinde herhangi bir baskı kurması ve belli bir din veya dünya görüşünü dikte etmesi doğru değildir. Kişinin her tasarrufunun kendi istek ve arzusuyla olması İslam'a göre zaten esas olmalıdır.³³⁷ Bu anlayışa göre devletin, bir başkasının haklarına doğrudan veya dolaylı olarak zarar vermediği müddetçe kişilerin özel hayatına müdahale etmemesi daha özgürlükçü ve kanaatimizce dinin özüne daha uygun bir anlayıştır.

³³⁷ en-Nahl 16/52; el-Beyyine 98/5.

SONUÇ

1- İlk kez XX. yüzyılın başlarında batılı sosyolog ve antropologlar tarafından geliştirilen hukukî çoğulculuk kavramı, XVIII. yüzyıldan itibaren artan sömürgecilik faaliyetleri sonucu daha yakından tanınma imkanı bulunan sömürge toplumlarındaki sosyo-hukukî yapıyı ifade etmek için kullanılmaktadır. Önceleri kısıtlı bir kullanıma sahip olan bu kavram, 1970'li yıllardan itibaren hukukçuların da literatürüne girmiştir.

2- Bu kavramın yaygınlaşması ve Batı dünyasında taraftar bulmasında, yine bu dönemde ortaya çıkan ve batılı toplumları giderek heterojen hale getiren *küreselleşme* olgusu ve yerleşik batılı anlayışta büyük bir kırılmayı ifade eden *postmodernizm* düşüncesi etkili olmuş ve batılı toplumlar için de ideal bir hukuk anlayışı olarak savunulmaya başlanmıştır.

3- Hukukî çoğulculuk savunucuları düşüncelerini şu görüşlere dayandırır: Hukuk ile kültür arasında sıkı bir ilişki söz konusudur. Hukuk kültürün bir görünümü olduğu gibi, kültür de hukukun desteği ile varlığını sürdürebilir. Buna göre dünya üzerindeki kültürel farklılığın doğal bir sonucu olarak evrensel, genel geçer bir hukuktan söz edilemez. Güçlü kültürlerle dayanan hukuk anlayışlarının kendilerini evrensel olarak sunmaları ve diğer kültürlerin hukuk alanında varlık göstermelerine imkan vermemeleri kabul edilemez. Hukukî çoğulculuk ile bireyler kültürel aidiyetlerinden yoksun bırakılmayarak herhangi bir insan olmak yerine belli bir şahsiyet olma imkânına kavuşmuş olurlar. Bu anlamda kültür, hem kişilik oluşumu için önemlidir hem de özgürlüğün teessüsü için kaçınılmazdır. Zira özgürlük farklı olanlar arasından birini seçebilmektir. Bu anlamda kültür ve başta din olmak üzere onu oluşturan her türlü değer, hukuk alanında da vücut bulmasına imkan verilmelidir. Böylece hukuk, devleti aşan sosyo-kültürel bir gerçeklik haline gelir ve devletin vatandaşlarını disipline etmek ve onlara belli bir kimlik kazandırmak için başvurduğu kurallar bütünü olmaktan çıkar.

4- Hukukî çoğulculuk düşüncesine göre her sosyal yapı, kendi devamını sağlayacak hukukî normları üretme ve uygulama imkânına sahiptir. Bu anlamda bireyin ait olduğu kültürden süzülerek şekillenen kurallara uymasını öngören hukukî çoğulculuk; bir hukuk doktrinine, bir politik sisteme veya bir ideolojiye katılımdan ziyade, sosyo-kültürel bir aidiyeti ifade eder. Hukukî çoğulculuk bir konuda birden

farklı düzenleme yapılmasına imkan veren veya bir davanın farklı şekillerde çözümlenmesini mümkün kılan hukuk anlayışı olarak tanımlanabilir. Hukukî çoğulculuğun varlığında söz etmek için birden fazla hukuk sisteminin bulunması gerekli değildir. Bir hukuk kuralının veya kurallar bütünüünün olması da hukukî çoğulculuğun var olabilmesi için yeterlidir.

5- Hukukî çoğulculuk, başkalarının haklarını ihlal etmeyecek şekilde kültür alanına giren konularda yapılacak hukukî düzenlemede çoğulcu bir yapıdan yanadır. Bu çoğulcu yapının çatışmacı değil, sistemli ve organize bir şekilde bulunması gereklidir. Hukukî çoğulculuğa kaynaklık teşkil eden her bir sosyal birimin (topluluk/cemaat), kendisini toplumun geri kalan kısmından soyutlamaması ve diğerleri için bir tehdit unsuru olarak algılanmaması gereklidir. Ayrıca toplumun güvenliğini, düzenini, sağlığını ya da ahlakını ihlal edecek taleplerde bulunulmamalıdır. Yine bu talepler başkalarının temel haklarını tehdit etmemeli ve evrensel insan haklarına aykırı olmamalıdır.

6- İslam'ın gayrimüslimlere tanıdığı inanç özgürlüğünün bir gereği olarak, İslam tarihi boyunca dinin ilişkili olduğu konularda, kendi dinlerine uygun hukukî düzenlemeler yapılmıştır. *Zimmet* kavramı çerçevesinde şekillenen bu din özgürlüğü anlayışı, Orta Çağ'ın hâkim siyasal ve sosyal yapısına göre şekillenerek, kendi içinde bağımsız bir birim olarak teşekkül eden dinî gruplar eliyle yürütülmüştür. Osmanlı örneğinde en müşahhas şeklini gördüğümüz bu uygulamada, her bir sosyal grup, dinlerini ilgilendiren konularda, devletten bağımsız olarak yasama, yürütme ve yargı erkine sahip olmuştur.

7- Ancak İslamî *zimmet* anlayışı, zamanla değişen siyasal ve sosyal anlayışlara göre kendini yenileme imkânı bulamamıştır. Devletlerarası ilişkilerin temelde savaşa dayandığı, hâkim idare şeklinin saltanat olduğu, sosyal yapının kabilecilik ve cemaatçi toplum yapısına göre şekillendiği ve dinî anlayışın daha çok dışlayıcılık üzerine kurulduğu Orta Çağ'ın inanç özgürlüğü telakkisinin, günümüz gerçeklerine göre yeniden yapılandırılması kaçınılmazdır. Bu yeniden yapılandırma da ise İslam dünyasında hala ağırlığını koruyan Şafîîlerin öncülüğünü yaptığı *ismet* anlayışı yerine, Hanefî anlayışının temel alınması ve günümüz sosyo-politik gerçekliğinin gözönünde bulundurulması gereklidir. Hanefîlerin savunduğu *ismet* anlayışı (el-ismeh bi'l-

âdemiyye), hiçbir din ayrımı yapmaksızın tüm insanların aynı ortak haklara sahip olduğunu ve bu hakların korunmasının dinî bir gereklilik olduğuna dayanır. Buna göre İslam'a ve Müslümanlara karşı fiilî bir saldırıda bulunmadığı müddetçe tüm din mensupları, dini ilgilendirmeyen konularda, aynı hak ve sorumluluklara sahiptirler. Bu anlamda evrensel insan hakları anlayışı ile Hanefîlerin savunduğu *ismet* anlayışına dayalı insan hakları telakkisi birbirine uygun düşmektedir.

8- Siyasal haklar dahil, her türlü konuda bireylerin aynı haklara ve sorumluluklara sahiptir. Kişiler, din ve inanç konularında sosyal düzeni ve bir başkasının temel haklarını ihlal etmediği müddetçe özgür bırakılmalıdır. Buna uygun olarak devlet, kişileri veya sosyal grupları tanımlamak yerine onları, kendilerini tanımladıkları gibi kabul etmelidir. Bir din veya inanç etrafında toplanan ve belli bir temsil gücüne sahip olan toplulukların devlet tarafından tanınması ve onların dinî ve kültürel taleplerinin hukukî bir zeminde cevap bulabilmesi, İslam'ın öngördüğü inanç özgürlüğünün bir gereğidir.

9- Günümüz sosyo-politik gerçekliğine uygun olarak dinî toplulukların taleplerinin dinî veya kültürel değeri olan konularla ilgili olması ve Hanefî ismet anlayışına göre belirlenen insan haklarına aykırı olmamalıdır. Devletin belirlediği üst/ortak hukuk kuralları yanı sıra uygulanan bu dinî/kültürel hukuk kuralları, bireylerin talepleri üzerine yürürlük kazanır. Kişi, üst/ortak hukuk kuralları ile mensup olduğu sosyal grubun taleplerine göre belirlenen dinî/kültürel hukuk kuralları arasında serbersttir. Farklı dinî/kültürel değerlere sahip kişilerin taraf olduğu bir konuda veya davada, üst/ortak hukuk kuralları geçerlidir. Kişi ait olmadığı bir sosyal grubun hukuk kurallarına başvurma hakkına sahip değildir. Tüm vatandaşların her türlü davaları, devlet mahkemelerinde çözülmeli, ancak dinî içerikli konulara bakan hâkimin gerektiğinde konunun uzmanlarına başvurarak davayı çözüme kavuşturmalıdır.

10- Buna göre İslamî zimmet anlayışı, Batılı hukukî çoğulculuk anlayışı ile aynı amaca hizmet edebilecek bir hukukî yapı öngörmekte olup, giderek kozmopolitleşen toplumlarda, farklılıklarına rağmen bireylerin, *Öteki* ile birlikte ve yan yana yaşamalarına imkan verebilecek bir hukuk anlayışının tesis edilmesine olumlu katkıda bulunabilir.

BİBLİYOGRAFYA

- Abadan, Yavuz, *Hukuk Felsefesi Dersleri*, A.Ü.H.F. Yay., Ankara 1954.
- Ahmed Ziya Efendi (ö. 1354/1935), *İslam Hukukunun Genel İlkeleri Kavâid-i Külliye Şerhi*, (Çev: A. Osman Koçkuzu), Esra Yay., Konya 1996.
- Akarsu, Bedia, *Immanuel Kant'ın Ahlak Felsefesi*, İnkılap yay., İstanbul 1996.
- Akay, Ali, "Yapıbozma ve Plastik Sanatlar", *Toplumbilim Dergisi*, Sy. 10 (Jaques Derrida Özel Sayısı), (1999), s. 13-25.
- Akgündüz, Ahmet, *Osmanlı Kanunnameleri ve Hukukî Tahlilleri*, İSOV, İstanbul 1990-1994, (I-VIII).
- Aktan, Coşkun Can, "Değişim Trendleri ve Değişim Dinamikleri", *Moderniteden Postmoderniteye Değişim* içinde, (Editör: Coşkun Can Aktan), Çizgi Kitabevi, Konya 2003.
- _____ *Haklar ve Özgürlükler Antolojisi* (Ed. Coşkun Can Aktan), Hak-İş Yayınları, Ankara 2000.
- Aktaş, Sururi, *Hayek'in Hukuk ve Adalet Teorisi*, Liberte Yay., 2. Baskı, Ankara 2001.
- Akyol, Taha, "Modernleşme İnsanların Dinlerine Göre Değil, Vatandaşlıklarına Göre Hukuk Uygulamaktır." (Söyleşi), *Köprü Dergisi*, Sayı: 61 (Kış 1998), ss. 28-40.
- Akyüz, Vecdi, *Hilâfetin Saltanata Dönüşmesi*, Dergah Yay., İstanbul 1991.
- Algül, Hüseyin, *İslam Tarihi*, Gonca Yay., İstanbul 1991 (I-IV).
- Ali Haydar Efendi (ö. 1936), *Dürrü'l-Hükkâm Şerhu Mecelleti'l-Ahkâm*, İstanbul 1330/1912, XVI/87.
- Altuğ, Yılmaz, *Yabancıların Hukukî Durumu*, 4. Baskı, İÜHF. Yay., No. 361, İstanbul 1971.
- Âmidî, Seyfüddin (ö. 631/1233), *el-İhkâm fî Usûli'l-Ahkâm*, Beyrût 1985.
- Aral, Vecdi, *Hukuk Felsefesinin Temel Sorunları*, Filiz Kitabevi, İstanbul 1984.
- Armağan, Servet, *İslam Hukukunda Temel Hak ve Hürriyetler*, Diyanet İşleri Başkanlığı Yay., Ankara 1987
- Arslan, Ahmet, *İslam, Demokrasi ve İnsan Hakları*, Vadi, Ankara 1999,

- Arslan, Zühtü, “Devletin Hukuku, Hukuk Devleti ve Özgürlük Sarkacı”, *Doğu-Batı*, Sy. 13, (Kasım-Ocak 2000-01), ss. 65-86.
- Atar, Fahrettin, *İslam Adliye Teşkilatı*, Diyanet İşleri Başkanlığı Yay., Ankara 1979.
- Ateş, Süleyman, *Yüce Kur'an'ın Çağdaş Tefsiri*, İstanbul Yeni Ufuklar Neşriyat, İstanbul 1991, (I-XII).
- Aydın, Mahmut, “Küresel Bir Teolojiye Doğru: W. C. Smith’de Dinsel Çoğulculuk”, *İslam ve Öteki: Dinlerin Doğruluk Kurtarıcılık ve Birlikte Yaşama Sorunu* içinde (Edit: Cafer Sadık Yaran), Kaknüs Yay., İstanbul 2001, s. 127-160.
- Aydın, Mehmet “Din, Siyaset ve Demokrasi”, *İslam ve Demokrasi* içinde (Edit. Ali Bardakoğlu vd.) Ensar Neşriyat, İstanbul 2000
- Aydın, Mehmet Akif, *İslam-Osmanlı Aile Hukuku*, M.Ü.İ.F. Yay., İstanbul 1985.
- Aydın, Mehmet Akif, “Anayasa”, *DİA.*, III, İstanbul 1991, ss. 153-164.
- _____ “Osmanlı’da Hukuk”, *Osmanlı Devleti ve Medeniyeti Tarihi* içinde (Edit. Ekmelettin İhsanoğlu), İstanbul 1994, ss. I/375-438.
- _____ *Türk Hukuk Tarihi*, 3. Baskı, Beta Yay., İstanbul 1999.
- Barber, N. W., “Legal Pluralism and the European Union”, *European Law Journal*, Vol. 12, No. 3, (May 2006), ss. 306–329.
- Barry, Norman P., *Modern Siyaset Teorisi* (Çev: Mustafa Erdoğan-Yusuf Şahin), Liberte yay., Ankara 2003.
- Bauman, Zygmunt, “Modernite, Postmodernite ve Etik”, *Doğu-Batı*, Sayı 19 (2002), ss. 52-61.
- _____ *Siyaset Arayışı*, (Çev: Tuncay Birkan), Metis yayınları, İstanbul 2000.
- _____ *Yasa Koyucular ve Yorumcular*, (Çev. Kemal Atakay) Metis Yay., İstanbul 2003.
- Bell, Daniel, *The End of Ideology*, Harvard University Press, New York 1967.
- Benhabib, Şeyla, *Modernite, Birey ve Toplum* (Çev: Mehmet Küçük), Ayrıntı Yay., İstanbul 2002.

- Bezzâzî, Hâfizuddin Muhammed b. Muhammed b. Şihâb, İbnu'l-Bezâz el-Hanefî (ö. 827/1414), *el-Fetavâ'l-Bezzâziyye (el-Câmi'u'l-Vecîz)*, (el-Fetâva'l-Hindiyye'nin IV-VI. Ciltlerinin kenarında), Bulak, 1310 neşrinden ofset baskı, Beyrût 1393/1973.
- Bielefeldt, Heiner, “‘Westren’ versus ‘Islamic’ Human Rights Conceptions?: A Critique of Cultural Essentialism in the Discussion on Human Rights”, *Political Theory*, Vol. 28, No. 1. (Feb., 2000), pp. 90-121
- Bilge, Necip, *Hukuk Başlangıcı*, Turhan Kitabevi, 13. Baskı, Ankara 1999.
- Bilmen, Ömer Nasuhi, *Hukuk-ı İslamiyye ve İstilahât-ı Fıkhiyye Kamusu*, Bilmen Yay., İstanbul 1988, (I-VIII).
- Bostancı, Ahmet, *Kamu Hukuku Açısından Hz. Peygamber'in Gayri Müslimlerle İlişkileri*, Rağbet Yay., İstanbul 2001.
- Bozkurt, Enver, *İnsan Haklarının Korunmasında Uluslararası Hukukun Rolü*, Nobel yay., Ankara 2003.
- Bozkurt, Gülnihal, *Gayrimüslim Osmanlı Vatandaşlarının Hukukî Statüsü*, Türk Tarih Kurumu Yay., Ankara 1989.
- Buhârî, Ebû Abdillâh İsmâil b. İbrâhim el-Buhârî (ö. 256/870), *Sahîhu'l-Buhârî*, Çağrı Yay., İstanbul 1981, (I-VIII).
- Cammack, Mark, “Islamic Law in Indonesia's New Order”, *The International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 38, No. 1. (Jan., 1989), s. 54-55.
- Cangızbay, Kadir, *Çok-hukukluluk, Laiklik ve Laikrasi*, Liberte Yay., Ankara 2002
- Care, Jennifer C. and Zorn, Jean G., “Legislating Pluralism Statutory ‘Developments’ in Melanesian Customary Law”, *Journal of Legal Pluralism* (2001), No. 46.
- Carens, Joseph H., “Dimension of Citizenship and National Identity in Canada”, *The Philosophical Forum*, Vol. 28, No. 1-2, ss. 111-24.
- Cessâs, Ebu Bekr Ahmed b. Ali er-Râzî el-Hanefî (ö. 370/981), *Ahkâmu'l-Kur'an*, İstanbul 1335-8, I-III.
- Chiba, Masaji, “Other Phases of Legal Pluralism in the Contemporary World”, *Ratio Juris*. Vol. 11, No. 3, September, 1998, ss. 228-245.

- Connolly, William E., *Kimlik ve Farklılık, Siyasetin Açmazlarına Dair Demokratik Çözüm Önerileri*, (Çev: Ferma Lekesizalın), Ayrıntı Yay., İstanbul 1995.
- Connor, Steven, *Postmodernist Kültür Çağdaş Olanın Kuramlarına Dair* (Çev: Doğan Şahiner), Yapı Kredi Yay., İstanbul 2001.
- Coombe, Rosemary J., “Contingent Articulations: A Critical Cultural Studies of Law” *Law in Domains of Culture* içinde (Edit. Austin Sarat-Thomas R. Kearnes) The University of Michigan Pres., 1998,
- Cornell, D., *Beyond Accommodation: Ethical Feminist, Deconstruction and the Law*, Routledge, New York and London, 1991.
- Çağıl, Orhan Münir, “Filozof Immanuel Kant’ın Sisteminde Ahlâk ve Hukukun Felsefî Esasları”, *İ.Ü.H.F.M.*, Sayı 23 (1947), s. 1133.
- _____ *Hukuka ve Hukuk İlmine Giriş*, İ.Ü.H.F. Yay., 3. Baskı, İstanbul 1966.
- Çaha, Ömer, “İdeoloji ile Hukuk Arasında Devlet”, *Doğu Batı*, Sy. 13, (Kasım-Ocak 2000-01), ss. 87-116.
- _____ “Bir Kez Daha Sivil Toplum Üzerine”, *Sivil Toplum Dergisi*, Sy. 1. (2003), ss. 21-28.
- Çam, Esat, *Siyaset Bilime Giriş*, Der Yay., İstanbul 2002.
- Çiğdem, Ahmet, “Globalizasyonun Nomosu”, *Postmodernizm ve İslam, Küreselleşme ve Oryantalizm* içinde (Edit. Abdullah Topçuoğlu-Yasin Aktay), Vadi Yay., Ankara 1999.
- De Lange, Roel, “Divergence, Fragmentation, and Pluralism: Notes on Polycentricity and Unity in Law”, *Legal Polycentricity: Consequences of Pluralism of Law* içinde (Edit: Hanne Petersen and Henrik Zahle), Darmouth Publishing, USA 1995.
- Debûsî, Ebu Zeyd Abdullah b. Umer b. İsâ el-Hanefî (ö. 430/1039), *Te’sîsu’n-Nazâr*, Kâhire ts.
- _____ Ebu Zeyd Abdullah b. Umer b. İsa el-Hanefî (ö.430/1039), *el-Esrâr*, Süleymaniye Kütüphanesi, Ayasofya nr. 1021.

- Demir, Halis, *Devlet Gücünün Sınırlanması Raşit Halifeler Dönemi*, İz Yay., İstanbul 2004.
- Dick, Ruth S. Meinzen and Pradhan, Rajendra, “Legal Pluralism and Dynamic Property Rights”, <http://www.capri.cgiar.org/pdf/capriwp22.pdf> (erişim 12.07.2007).
- Doltaş, Dilek, *Postmodernizm ve Eleştirisi*, İnkılap yay., İstanbul 2003.
- Döndüren, Hamdi, *İslamî Ölçülerle Ticaret Rehberi*, Erkam Yay., İstanbul 2002.
- _____ “Mükreh” ŞİA, IV, İstanbul 1991, ss. 339-40.
- Ebû Dâvûd, Süleyman b. el-Eş’as b. İshak el-Ezdî es-Sicistanî (ö. 275/888), *es-Sünen*, Çağrı Yay., İstanbul 1981, (I-V).
- Ebu Ya’la, Muhammed b. El-Huseyn el-Ferrâ el-Hanbelî (458/1066), *el-Ahkamu’s-Sultâniyye*, Kâhire 1356/1938.
- Ebu Yusuf, Yakub b. İbrahim (ö. 182/798), *Kitâbu’l-Harâc*, 5. Baskı, Kâhire 1396.
- Ebu Zehra, Muhammed (ö. 1974), *Ebû Hanife*, (Çev: Osman Keskiöğlü), Diyanet İşleri Başkanlığı Yay., Ankara 1997
- _____ *İmam Şafiî*, Diyanet İşleri Başkanlığı Yay., 3. Baskı, Ankara 1996.
- _____ *Mâlik*, Dârul-Fikri’l-Arabî, 2. Baskı, Beyrût 1952.
- Yazır, Elmalılı Muhammed Hamdi (1942), *Hak Dini Kur’an Dili*, Feza Yay., İstanbul ts. (I-X).
- Ercan, Yavuz, *Osmanlı Yönetiminde Gayrimüslimler: Kuruluştan Tanzimat’a Kadar Sosyal, Ekonomik ve Hukukî Durumları*, Turhan Kitabevi, Ankara 2001.
- Erdoğan, Mustafa, “Hikmet-i Hükümet”, *Doğu Batı*, Sayı 13, No. 1 (2000), ss. 43-50.
- _____ “Hukuk Perspektifinden Küreselleşme ve Türkiye”, (Küreselleşme İslam Dünyası ve Türkiye, Milletler Arası Tartışmalı İlimi Toplantı, İSAV, 09-11 Kasım 2001), Ensar Neşriyat, İstanbul 2002. ss. 315-328.
- _____ “Siyaset ve Hukuk Perspektifinden Küreselleşme”, *Siyasi, Ekonomik ve Kültürel Boyutlarıyla Küreselleşme içinde* (Edit. Cemal Uşak), Ufuk Yay., İstanbul 2002, ss. 27-39.
- Eryılmaz, Bilal, *Osmanlı Devletinde Millet Sistemi*, Ağaç Yay., İstanbul 1992.

- Eş'arî, Ebu'l-Hasen Ali b. İsmâîl (ö. 324/935), *el-İbâne 'an Usûli'd-diyâne*, (thk. Abbâs Sabbâğ), Dâru'n-Nefâis, Beyrût 1994.
- Falk, Richard, *Küreselleşme ve Din*, (Çev: Hasan Tuncay Başoğlu), Küre Yayınları, İstanbul 2003.
- Fendoğlu, Hasan Tahsin, *İslam ve Osmanlı Anayasa Hukukunda Yargı Bağımsızlığı*, Beyan Yay., İstanbul 1996.
- Fazlurrahman, "İslam ve Siyasî Aksiyon: Siyaset Dinin Hizmetinde", *İslam'da Siyaset Düşüncesi* içinde (Der. ve Çev: Kazım Güleçyüz), İnsan Yay., İstanbul 1995, ss. 7-22.
- Ferrari, Silvio, "İslâm ve Din-Devlet İlişkilerinde Batı Avrupa Modeli", (Çev: M. Salih Kumaş), *U.Ü.İ.F. Dergisi*, Cilt: 13, Sayı: 1 (2004), ss. 303-319.
- Fidan, Yusuf, *İslam'da Yabancılar ve Azınlıklar Hukuku*, Ensar Yay., Konya 2005.
- Foucault, Michel, *Toplumunu Savunmak Gerekir*, (Çev: Şehsuvar Aktaş),Yapı Kredi Yayınları, İstanbul 2002.
- Fukuyama, Francis, *Tarihin Sonu mu?*, Vadi Yay., 2. Baskı, Ankara 1999.
- Gazzâlî, Ebû Hamîd Muhammed b. Muhammed (ö. 505/1111), *el-Mustasfâ fî İlmi'l-Usûl*, (Tahkik: Hamza b. Zehir Hâfiz) Medine ts, (I-V).
- Geertz, Clifford, *Local Knowledge: Further Essays in Interpretive Anthropology*, Basic Books, New York 1983.
- Genç, Mehmet, *İnsan Hakları ve Temel Özgürlükleri*, Uludağ Üniversitesi Yay., Bursa 1997.
- Ghandour, Zeina, "Religious Law in a Secular State: The Jurisdiction of the Shari'a Courts of Palestine and Israel", *Arab Law Quarterly*, Vol. 5, No. 1. (Feb., 1990), s. 26.
- Ghanem, As'ad. *The Palestinian-Arab Minority in Israel, 1948-2000*. New York: SUNY Press, 2001.
- Gilissen, John, *Le Pluralisme Juridique*, Université de Bruxelles Press, Brussels 1971.
- Gökberk, Macit, *Felsefe Tarihi*, Remzi Yay., 12. Baskı, İstanbul 2000.
- Gözübüyük, Şeref, *Hukuka Girişi ve Hukukun Temel Kavramları*, S Yay., 3. Baskı, Ankara 1973.

- Griffiths, John, "What is Legal Pluralism?", *Journal of Legal Pluralism and Unofficial Law*, No. 24, 1986, ss. 1-55.
- Gurvitch, Georges, *Sociology of Law*, Routledge and Kegan Paul, London 1947.
- Günay, Mustafa, *Felsefe Tarihinde İnsan Sorunu*, İlya Yayınevi, İzmir 2003.
- Gündüz, Aslan, "Küreselleşmenin Hukukî Boyutları" *Küreselleşme İslam Dünyası ve Türkiye içinde*, Ensar Yayınları, İstanbul 2002, ss. 281-98.
- Güriz, Adnan, *Hukuk Felsefesi*, Siyasal Yayınevi, 5. Baskı, Ankara 1999.
- Habermas, Jurgen, *Küreselleşme ve Milli Devletlerin Akitebi* (Çev: Medeni Beyaztaş), Bakış Yay., İstanbul 2002.
- Hamidullah, Muhammed (ö. 2004), *İslam'ın Hukuk İlmine Yardımları* (Derleyen Salih Tuğ), İstanbul 1962.
- _____ *Mecmû'atu'l-Vesâiki's-Siyâsiyye li 'Ahdi'n-Nebeviyyi ve'l-Hilâfeti'r-Râside*, 5. Baskı, Dâru'n-Nefâis, Beyrût 1405/1985.
- _____ *İslam'da Devlet İdaresi*, (Çev: Hamdi Aktaş), Beyan Yay., İstanbul 1998.
- _____ *İslam Peygamberi*, (Çev: Salih Tuğ), Yeni Şafak Promosyon, Ankara 2003, (I-II)
- Hayek, Friedrich August Von, *Hukuk, Yasama ve Özgürlük: Kurallar ve Düzen*, (Çev. Atilla Yayla), Türkiye İş Bankası Yay., İstanbul 1996.
- Hollinger, Robert, *Postmodernizm ve Sosyal Bilimler*, (Çev: Ahmet Cevizci), Paradigma yay., İstanbul 2005.
- Hooker, M. B., *Legal Pluralism: An Introduction to Colonial and Neo-Colonial Laws*, Clarendon Press, Oxford, 1975.
- İbn Âbidîn, Muhammed Emin b. Ömer b. Abdilaziz ed-Dımeşkî el-Hanefî (ö.1252/1836), *Hâşiyetü Reddi'l-Muhtâr alâ'd-Dürri'l-Muhtâr*, Dâru'l-Kahraman, İstanbul 1984, (I-VIII).
- İbn Âşûr, Muhammed et-Tâhir (ö. 1394/1973), *Mekâsidu's-Şerî'ati'l-İslamiyye*, Tunus 1978.

- İbn Haldûn (ö. 808/1406), Abdurrahman b. Muhammed b. Haldûn, *Mukaddimetu İbni Haldûn*, Dâru'l-Cîl, Beyrût ts.
- İbn Hazm, Ebû Muhammed Ali b. Ahmed (ö. 456/1064), *el-Muhallâ*, Mektebetü'l-Cumhûriyeti'l-Arabiyye, Mısır 1387/1967, (I-XII).
- İbn Hişâm, Ebu Muhammed Abdulmelik b. Hişam el-Himyeri (ö. 218/833), *es-Sîretu'n-Nebeviyye*, Kâhire 1355, (I-IV).
- İbnü'l-Hümâm, Kemalüddin Muhammed b. Abdilvâhid es-Sivâsî el-Hanefî (ö.861/1457), *Fethu'l-Kadîr*, Kâhire 1319, (I-IX).
- İbn Kayyim, Şemsüddin Muhammed b. Ebibekr b. Eyyub el-Hanbelî (ö. 751/1350), *İ'lâmu'l-Muvakki'in*, Beyrût ts. (I-IV).
- İbn Kayyim, Şemsüddin Muhammed b. Ebibekr b. Eyyub el-Hanbelî (ö. 751/1350), *Ahkâmu Ehli'z-Zimme*, (Tahkik: Subhi Sâlih), Dımeşk, 1381/1961, (I-II).
- İbn Kudâme, (Muvaffaku'd-Dîn) Ebu Muhammed Abdullah b. Ahmed b. Muhammed b. Muhammed b. Kudâme el-Hanbelî (ö. 622/1223), *el-Muğnî*, Beyrût 1392/1972, (I-XII).
- İbn Mâce, Ebû Abdillâh Muhammed b. Yezid el-Kazvinî (ö. 273/886), *Sünen*, Çağrı Yay., İstanbul 1981, (I-II).
- İbn Nuceym, Zeynüddin b. İbrahim b. Muhammed el-Mısırî el-Hanefî (ö. 970/1562), *el-Bahru'r-Râik Şerhu Kenzi'd-Dekâik*, Kâhire 1311, (I-VIII).
- İbn Rüşd (el-Hafîd), Ebu'l-Velîd Muhammed b. Ahmed b. Muhammed b. Ahmed b. Rüşd el-Kurtubî el-Mıvâlikî (ö.520/11269), *Bidayetu'l-Muctehid ve Nihâyetu'l-Muktesid*, Kâhire ts. (I-IV).
- İbn Sa'd, Muhammed (ö. 230/844), *et-Tabakâtü'l-Kübrâ*, Dâru Sâdir, Beyrut ts., (I-VIII).
- İbn Teymiyye, Takiyyuddin Ahmed, b. Abdilhalim b. Abdisselam el-Harranî el-Hanbelî, *es-Siyasetu's-Şer'iyye*, Kâhire 1354/1955.
- İbnu'l-Arabî, Ebu Bekr Muhammed b. Abdillâh el-Mâlikî (ö. 543/1147), *Ahkâmu'l-Kur'an*, Beyrût 1392/1972, (I-IV).

- Jones, Richard, "The Internet, Legal Regulation and Legal Pluralism" 13th Annual BILETA Conference: *'The Changing Jurisdiction'* Friday, March 27th & Saturday, March 28th, 1998, Trinity College, Dublin.
- Jorgensen, Stig, *Hukuk ve Toplum*, Donkişot Yay., İstanbul 2001.
- Kale, Nesrin, "Modernizmden Postmodernist Söylemlere Doğru", *Doğu Batı*, Yıl: 5, Sayı: 19 (2002), s. 29.
- Kalkaşandî, Ahmed b. Ali (ö. 821/1418), *Subhu'l-A'shâ fi Sınâati'l-İnşa*, (Tahkik: Muhammed Huseyn Şemsuddin, Dâru'l-Kutubi'l-İlmiyye, Beyrût ts.
- Karabilgin, Eray, "Yasaların Oluşturulması Açısından Kanada Hukukuna Genel Bir Bakış" <http://www.hukuk.gen.tr/dergi/yazilar/Eray001.pdf> (erişim 20.07.2007)
- Karâfi, Şihabuddin Ebi'l-Abbas es-Sanhâcî (ö. 684/1285), *el-Furûk*, Dâru'l-Ma'rife, Beyrût ts. (I-IV).
- Karaman, Hayrettin, *Mukayeseli İslam Hukuku*, Nesil Yay., İstanbul 1991, (I-III).
_____ *İctihâd*, Diyanet İşleri Başkanlığı Yay., Ankara 1985.
- Kardâvî, Yusuf, *Müslümanlar Gayrimüslimlere nasıl Davranırdı? (Gayru'l-Muslimîn fi Muctemei'l-İslamî)*, (Çev: M. Beşir Eryarsoy), İstanbul 1995
- Kaya, Remzi, "Ehl-i Kitab", *DİA*, X, İstanbul 1994, ss. 516-518.
- Kenanoğlu, M. Mâcit, *Osmanlı Millet Sistemi Mit Ve Gerçek*, Klasik Yayınları, İstanbul 2004.
- Keyman, Fuat, "Globalleşme ve Türkiye" *Küreselleşme Sivil Toplum ve İslam* içinde (Edit: Fuat Keyman-Ali Yaşar Sarıbay), Vadi Yay., Ankara 1998.
- Kozalı, Abdurrahim, "*(Kıyas) İstihsan Ve Doğal Hukuk İlişkisi*" (Basılmamış Doktora Tezi), Bursa 2004.
- Köker, Levent, "Seçim Sistemi ve Siyasi Çoğulculuk: Demokratik Meşruluk Açısından Bir Değerlendirme", *Anayasa Yargısı Dergisi*, No. 23 (2006), ss. 195-2001
- Köylü, Mustafa, "Dinsel Dışlayıcılık (Eksklusivizm)", *İslam ve Öteki: Dinlerin Doğruluk Kurtarıcılık ve Birlikte Yaşama Sorunu* içinde (Edit: Cafer Sadık Yaran), Kaknüs Yay., İstanbul 2001, ss. 29-65.
- Kristeva, Julia, Derrida, Jacques, "Göstergebilim ve Gramatoloji", *Toplumbilim Dergisi*, (Jacques Derrida Özel Sayısı), Sayı 10, (1999), ss. 175-187.

- Kurubaş, Erol, “Avrupa Birliği’nin Azınlıklara Yaklaşımı ve Avrupa Bütünleşmesine Etkileri”, *Liberal Düşünce*, Sayı: 23, (2001), s. 120.
- Küçükalp, “Modern Epistemolojik Kriz ve Postmodern Epistemoloji”, *Bilimnâme*, Sy. 2. (2003), ss. 85-95.
- _____ *Nietzsche ve Postmodernizm*, Paradigma Yay., İstanbul 2003.
- _____ “Evrenselcilik”, V, *Felsefe Sözlüğü*, Ebabil Yay., Ankara 2007, ss. 959-964.
- Kymlicka, Will, *Çokkültürlü Yurttaşlık Azınlıkları Haklarının Liberal Teorisi* (Çev: Abdullah Yılmaz), Ayrıntı Yay., İstanbul 1998.
- De Lange, Range, “Divergence, Fragmentation, and Pluralism: Notes on Polycentricity and Unity in Law”, *Legal Polycentricity: Consequences of Pluralism of Law* içinde (Edit: Hanne Petersen and Henrik Zahle), Dartmouth Publishing, USA 1995.
- Lash, Scott, “Modernite mi, Modernizm mi? Weber ve Günümüz Toplumsal Teorisi” (Çev: Mehmet Küçük), *Modernite Versus Postmodernite* içinde (Edit. Mehmet Küçük), Vadi Yayınları, Ankara 1993, s. 47-72.
- Layish, Aharon, *Women and Islamic Law in A Non-Muslim State: A Study Based on Decisions of the Shari’a Courts in Israel*, John Wiley & Sons, New York 1975.
- _____ “Polygamy and the Druze Family in Israel”, *Journal of the American Oriental Society*, Vol. 99, No. 1. (Jan. - Mar., 1979), s. 53-9
- Lewis, Bernard, *İslam Dünyasında Yahudiler* (Çev: Bahadır Sina Şener), İmge Yay., İstanbul 1996.
- Mâverdî, Ebu Hasan Ali b. Muhammed eş-Şafîî (ö. 450/1058), *el-Ahkâmu’s-Sultâniyye ve’l-Vilâyâtu’d-Dîniyye*, 2. Baskı, Kahire 1386/1966.
- Mayer, Ann Elizabeth, *Islam and Human Rights: Tradition and Politics*, Westview Press, Boulder 1995.
- Menekşe, Ömer, “Osmanlı’da Zina Cezası Olarak Recm”, *Marife*, Cilt. 3, Sayı. 2 (2003), ss. 10-17.
- Merğînânî, Burhanuddin Ali b. Ebibekr el-Hanefî (ö. 593/1197), *el-Hidâye Şerhu’l-Bidâye*, el-Mektebetu’l-İslâmiyye, Beyrut, ts. (I-IV).

- Merry, Sally Engle, “Legal Pluralism”, *Law and Society Review*, Vol. 22, No. 5. (1988), s. 872-3.
- Mevsılî, Abdullah b. Mahmud b. Mevdud (ö. 683/1284), *el-İhtiyâr li Ta’lîli’l-Muhtâr*, İstanbul 1987, (I-V).
- Minow, M, *Making All the Difference: Inclusion, Exclusion and American Law*, London 1990.
- Moore, Sally S. F., “Law and Social Change: The Semi-autonomous Field as An Appropriate Field of Study”, *Law and Society Review*, Vol: 7, No: 4 (Summer, 1973), s. 719-746.
- Murphy, John W., *Postmodern Sosyal Analiz ve Postmodern Eleştiri*, (Çev: Hüsamettin Arslan), Paradigma yay., İstanbul 2000.
- Mücahid, Huriye Tefik, *Farabî’den Abduh’a Siyasî Düşünce*, (trc. Vecdî Akyüz) İstanbul 1995.
- Müslim, Ebû’l-Huseyn el-Kuşeyrî (ö. 261-875), *el-Câmi’us’s-Sahîh*, Çağrı Yay., İstanbul 1981, (I-III).
- Nesâî, Ahmed b. Ali b. Şuayb (ö. 303/915), *es-Sünen*, Çağrı Yay., İstanbul 1981 (I-VIII)
- Nietzsche, Friedrich, *Böyle Buyurdu Zerdüşt*, (Çev: Murat Batmankaya), Say Yay., İstanbul 2006.
- Nizâmülmülk, *Siyasetnâme*, (çev: Nurettin Bayburtlugil), Dergah Yay., İstanbul 1997.
- Oder, Bertil Emrah, “Avrupa Birliği’nde Çok-merkezli Anayasacılığın Yapısal Sorunları: Yetki Çatışmaları ve İkincilik İlkesi Işığında Türkiye İçin Karşılaştırmalı Gözlemler”, *Anayasa Dergisi*, Sy. 22.
- Ortaylı, İlber, “Millet Sistemi”*DİA*, XXX, İstanbul (2002). ss. 60-66.
- Otacı, Cengiz, *Hukukun Laikleşme Serüveni*, Birey Yay., İstanbul 2004.
- Ozan, Ebru Deniz, “Sosyal Bilimlerde Gerçekçi-İlişkisel Yaklaşımın Anahatları”, *Praksis*, Yaz, 2001.
- Ökçesiz, Hayrettin, *Hukuk Devleti*, Afa Yay., İstanbul 1998.
- Öke, Mim Kemal, *Küresel Toplum*, ASAM Yay., Ankara 2001.
- Öktem, Akif Emre, *Uluslararası Hukukta İnanç Özgürlüğü*, Liberte Yay., Ankara 2002.
- Özcan, Mehmet Tefik, *Hukuk Sosyolojisine Giriş*, Donkişot Yayınları, İstanbul 2002.

- Özel, Ahmet, *İslam Hukukunda Ülke Kavramı Dârulislam Dârulharb*, İz Yay., İstanbul 1998
- Öztürk, Levent, *İslam Toplumunda Bir Arada Yaşama Tecrübesi*, İstanbul 1995.
- Pekcan, Ali, *İslam Hukukunda Gâye Problemi*, Rağbet Yay., İstanbul 2003.
- Petersen, Hanne, “Reclaiming ‘Juridical Tact’? Observations and Reflections on Customs and Informal Law as (Pluralist) Sources of Polycentric Law” *Legal Polycentricity: Consequences of Pluralism of Law* içinde (Edit: Hanne Petersen and Henrik Zahle), Dartmouth Publishing, USA 1995.
- Pieper, Annemarie, *Etiğe Giriş*, (Çev: Veysel Ataman- Gönül Sezer), Ayrıntı yay., İstanbul 1999.
- Pospisil, Leopold, *Anthropology of Law: A Comparative Theory*, New York, Harper-Row, 1971.
- Râzî, Fahrüddin, Ebû Abdullah Muhammed b. Ömer b. Hüseyin (ö. 606/1209), *Mefâtihu'l-Gâyb*, Kâhire ts., (I-VIII).
- Rawls, John, *Political Liberalism*, Columbia University Press, New York 1996.
- Remlî, Şihâbüddin Ahmed b. Hamza eş-Şafî (ö. 957/1550) *Fetâvâ'r-Remlî*, (İbn Haver el-Heytemî'nin *el-Fetâvâ'l-Kubrâ*'sının kenarında), Kâhire 1392, (I-IV).
- Roberts, Simon, “Against Legal Pluralism” *Journal of Legal Pluralism*, No. 42, (1998), ss. 95-106.
- Robertson, Roland, *Küreselleşme*, (Çev: Ü. Hüsrev Yolsal), Bilim ve Sanat Yay. Ankara 1999.
- Ross, Andrew, “Components of Cultural Justice”, *Law in the Domains of Culture* (Edit. Austin Sarat and Thomas R. Kearnes), University of Michigan Pres. Michigan, 1998.
- Ruth S. Meinzen-Dick and Rajendra Pradhan, “Legal Pluralism and Dynamic Property Rights”, <http://www.capri.cgiar.org/pdf/capriwp22.pdf> (Erişim 05.04.2007).
- Sarıbay, Ali Yaşar, “Global Bir Bakışla Politik Sosyoloji”, Alfa Yay., İstanbul 2000.
- Santos, Boaventura de Sousa, “Law and Community: The Changing Nature of State Power in Late Capitalism”, *International Journal of the Sociology of Law*, Vol. 8, (1980), s. 380

- _____ “Law: A Map of Misreading: Toward a Postmodern Conception of Law”, *Journal of Law and Society*, Vol. 14, No. 3. (Autumn, 1987), s. 279-302.
- _____ *The Postmodern Transition: Law and Politics*, University of Michigan Pres, Michigan 1991.
- _____ *Toward a New Common Sense: Law, Science and Politics in the Paradigmatic Transition*, 1995.
- Sarat, Austin and Kearnes, Thomas R., *Law in Domains of Culture*, The University of Michigan Pres. 1998.
- Sarıbay, Ali Yaşar, “*Global Bir Bakışla Politik Sosyoloji*”, Alfa Yay., İstanbul 2000.
- Sahnûn, İbn Abdisselam (240/854), *el-Müdevvenetu'l-Kubrâ*, Beyrût ts.
- Serahsî, Şemsüleimme Ebû Bekr Muhammed b. Ahmed (ö. 539/1143), *el-Mebsût*, Dâru'l-Ma'rife, Beyrût ts. (I-XXX).
- Sezgin, Yüksel, “A New Theory of Legal Pluralism: The Case of Israeli Religious Courts”, *Association for Israel Studies*, 19th Annual Meeting, April 27-29 2003, San Diego, California, Panel IV-C Religion, Ethnicity, and the Courts in Israel.
- Sinha, Surya Prakash, “Legal Polycentricity”, *Legal Polycentricity, Consequence of Pluralism in Law* içinde, (Edit. Hanne Petersen and Henrik Zahle) USA 1995.
- Smith, M. G. *Corporations and Society*, London, Duckworth, 1974
- Soykan, Tankut T., *Osmanlı İmparatorluğu'nda Gayrimüslimler*, Ütopya Kitapevi Yay., İstanbul 2000.
- Şâfiî, Ebu Abdillâh Muhammed b. İdris (ö. 204/819), *el-Ümm*, Dâru'l-Fikr, Beyrut 1410-1990, (I-V).
- Şâmi, Reşad Abdullah, *Din Devleti İsrail*, İlke Yay., İstanbul 2002, s. 59-60
- Şâtîbî, Ebû İshak İbrahim b. Mûsâ b. Muhammed (ö. 790/1388), *el-İ'tisâm* (nşr. Muhammed Reşid Rızâ), Dâru'l-Ma'rife, Beyrut 1406/1986, (I-II).
- Şâtîbî, Ebû İshak İbrahim b. Mûsâ b. Muhammed (ö. 790/1388), *el-Muvâfakât fi Usûli's-Şerî'a* Beyrût ts., (I-IV).
- Şaylan, Gencay, *Postmodernizm*, İmge Yayınevi, 2. Baskı, Ankara 2002.

- Şebârû, İsmâ Muhammed, *el-Kadâu ve'l-Kudâtu fi'l-İslam "el-'Asru'l-Abbâsî"*, Dâru'nehdati'l-'Arabiyye, Beyrût 1983.
- Şekerci, Osman, *İslam Ülkelerinde Gayri Müslimlerin Temel Hakları*, Nûn Yay., İstanbul 1996.
- Şentürk, Recep, "Evrensel ve cemaatçi yaklaşımlar arasında İslâm'da insan hakları: Sosyolojik bir yaklaşım" (Çev: Şule Akbulut), *İnsan Hakları Araştırmaları Dergisi*, Cilt 3, Sayı 5 (2006). ss. 43-99.
- Şentürk, Recep, "İnsan Hakları", *DİA*, XXII, İstanbul 2000, ss. 327-30.
- Şevkânî, Muhammed b. Ali b. Muhammed (ö. 1250/1834), *Neylü'l-Evtâr*, Kâhire 1972, (I-VIII).
- Taberî, Ebu Ca'fer b. Cerîr (310/923), *Tarihu'r-Rusûl ve'l-Mulûk*, Mısır 1960-8, I-IX.
- Tamanaha, Brian Z., "A Non-Essentialist Version of Legal Pluralism", *Journal of Law and Society*, Vol. 27, No. 2. (Jun., 2000), s. 296-321.
- Tarakçı, Muhammet, *St. Thomas Aquinas*, İz Yayıncılık, İstanbul 2006.
- Taylor, C., "The Politics of Recognition" *Multiculturalism and The Politics of Recognition* içinde (Edit. C. Taylor ve Amy Gutmann), Princeton 1992.
- Tekeli, İlhan, *Modernite Aşılırken Siyaset*, İmge Yayınları, Ankara 1999.
- Thomson, David, *Siyasi Düşünce Tarihi* (Edit: Serdar Taşçı), Metropol yay., İstanbul 2002.
- Thoreau, Henry David, *Sivil İtaatsizlik ve Pasif Direniş* (Çev: Hakan Arslan-Fatma Ünsal), Vadi Yay., Ankara 1997.
- Tie, Warwick, *Legal Pluralism, Toward a Multicultural Conception of Law*, Brookfield 1999.
- Tirmizî, Ebû İsmâ (ö. 279/892), *es-Sünen*, Çağrı Yay., İstanbul 1981, (I-V).
- Tok, Nafiz, *Kültür, Kimlik ve Siyaset*, Ayrıntı Yayınları, İstanbul 2003.
- Tuğ, Salih, *İslam Dünyasında Anayasa Hareketleri*, İrfan Yay., İstanbul 1969
- Turnagil, A. Reşit, *İslamiyet ve Milletler Hukuku*, İstanbul 1977.
- Tümer, Günay-Küçük Abdurrahman, *Dinler Tarihi*, Ankara 1993.
- Uçkan, Özgür, "E-Devlet, E-Demokrasi ve E-Yönetişim Modeli", http://www.stradigma.com/turkce/haziran2003/makale_09.html, (erişim 7.5.2007).

- Ulaş, Sarp Erk, *Felsefe Sözlüğü*, Bilim ve Sanat Yay., Ankara 2002.
- Uludağ, Süleyman, *İslam Siyaset İlişkileri*, Dergah Yay., İstanbul 1998.
- Uzunpostalıcı, Mustafa, “Ebu Hanîfe”, *DİA.*, X, İstanbul 1994, s. 134.
- Van Cott, Donna Lee, “A Political Analysis of Legal Pluralism in Bolivia and Colombia”, *Journal of Latin American Studies*, Vol.32, Feb. 2000.
- Vanderlinden, Jacques, “Return to legal Pluralism: Twenty Years Later”, *Journal of Legal Pluralism and Unofficial Law* (1989), No. 28, s. 153-4.
- von Benda-Beckmann, Franz and von Benda-Beckmann, Keebet, “Project Group: Legal Pluralism”, *Legal Pluralism*, s. 135, Max Planck Institute for Social Anthropology, <http://www.eth.mpg.de/pubs/jb-99-01/jb2001-ii3.pdf> (Erişim 01.05.2007).
- Weber, Alfred, *Felsefe Tarihi* (Çev: H. Vehbi Eralp), Sosyal Yay., 5. Baskı, İstanbul 1993.
- Woodman, Gordon R., “Ideological Combat and Social Observation Recent Debate About Legal Pluralism”, *Journal of Legal Pluralism*, No. 42, (1998), s. 22-9.
- Yaman, Ahmet, *İslam Hukuku'nun Oluşum Süreci ve Sonrasında Siyaset-Hukuk İlişkisi*, Esra Yayınları, Konya 1999.
- Yaran, Cafer Sadık, “Dinsel Kapsayıcılık (İnkülvizm)”, *İslam ve Öteki: Dinlerin Doğruluk Kurtarıcılık ve Birlikte Yaşama Sorunu* içinde (Edit: Cafer Sadık Yaran), Kaknüs Yay., İstanbul 2001, s. 67-82.
- _____ *İslam ve Öteki: Dinlerin Doğruluk Kurtarıcılık ve Birlikte Yaşama Sorunu*, Kaknüs Yay., İstanbul 2001, s. 9-19.
- Yavuz, Yunus Vehbi, *İslam'da Düşünce ve İnanç Özgürlüğü*, Sahhaflar Kitabevi, İstanbul 1994.
- _____ *Hakikatı'l-İcma' ve'l-İstihsân*, Bayrak Yay., İstanbul 2000
- Yayla, Atilla, *Özgürlük Yolu: Hayek'in Sosyal Teorisi*, Liberte Yay., 2. Baskı, Ankara 2000.
- Yazır, Muhammed Hamdi (v. 1942), *Hak Dini Kur'an Dili*, Eser Neşriyat, bs.1979.
- Yüksel, Mehmet, *Modernite, Postmodernite ve Hukuk*, Siyasal Kitabevi, Ankara 2002.
- Yüksel, Murat, *Hukukî Plüralizm*, Beta Yay., İstanbul 2003.

- Zerkâ, Ahmed b. Muhammed, *Şerhu'l-Kavâidi'l-Fıkhiyye*, 2. Baskı, Daru'l-Kalem, Şâm 1989.
- Zeydân, Abdulkerim, *Ahkâmu'z-Zimmiyyîn ve'l-Müste'minîn fi Dâri'l-İslam*, Bağdat by. 1382/1963.
- Zeylâî, Cemaluddin Abdullah b. Yusuf el-Hanefî (ö.762/1361), *Nasbu'r-Râye li Ehâdisi'l-Hidâye*, 2. Baskı, el-Mektebetu'l-İslamiyye, 1393/1973, (I-IV).
<http://countrystudies.us/israel/84.htm> (erişim 28.05.2007).
<http://domino.un.org/UNISPAL.NSF/9a798adbf322aff38525617b006d88d7/a682cabf739febaa052565e8006d907c!OpenDocument> (erişim 28.05.2007).
<http://www.commission-on-legal-pluralism.ch/objectives.htm> (erişim 25.06.2007).
<http://www.felsefe.gen.tr/bilim1.asp> (erişim 05.12.2006).
<http://www.ihd.org.tr/belge/uakics.html> (erişim 05.04.2007).