

Prof. dr. Fikret Karčić
Univerzitet u Sarajevu
Pravni fakultet

RAZUMIJEVANJE PRAVA U DJELU ALIJE IZETBEGOVIĆA

Sažetak

Ovaj rad nastoji da putem analize sadržaja knjige „Islam između Istoka i Zapada“ identifikuje na koji način je Alija Izetbegović razumijevao pravo, izvore na kojima je gradio to razumijevanje, autore koje je kritikovao te kako ga to razumijevanje određuje kao mislioca.

Analiza referenci na koje se poziva Alija Izetbegović pokazuje njegovo prvenstveno pripadanje evropskoj kulturi. On u svom tekstu iskazuje poglede i dileme evropskih mislilaca i pravnika 20. vijeka. Kada govori o pravu, pa i o pravu u islamu, on to čini kroz prizmu evropske misli. Prema svojoj kritici socijalističkog prava on je sličan intelektualcima disidentima od socijalizma iz centralne Evrope, koji su u manjem ili većem intenzitetu dovodili u pitanju službenu ideologiju. Sa njima je dijelio još jednu sličnost: u određenom periodu angažovao se i u politici.

Ključne riječi: Alija Izetbegović, pravo, država, islam, Zapad

Ovaj rad nastoji da putem analize sadržaja knjige *Islam između Istoka i Zapada* identifikuje na koji način je Alija Izetbegović razumijevao pravo, izvore na kojima je gradio to razumijevanje, autore koje je kritikovao te kako ga to razumijevanje određuje kao mislioca.

Pitanjem prava Alija Izetbegović se bavio u glavi IX djela *Islam između Istoka i Zapada* pod karakterističnim naslovom „Islamska priroda svakog prava“. S obzirom na to da ova knjiga ima jedanaest poglavlja, a pravom se bavi samo jedno poglavlje, očigledno je da pravu ne pripada centralno mjesto u ovoj knjizi.

Glavne teme

Poglavlje o pravu podijeljeno je u dva odjeljka: Dualizam prava i Kazna i društvena zaštita. U ova dva odjeljka autor se bavio nekim temama. Najvažnije su:

1. Priroda prava

Autor u prvom pasusu polazi od definicije prava koja kaže da je to „čovjekov interes zaštićen kao pravo“. Zatim navodi da su tada „i religija i socijalizam nepodobni za pravo kao pravni sistem“, jer „religija ne razumije interes, socijalizam ne razumije pravo“ (str. 219). Autor dalje kritikuje socijalističku definiciju prava kao „volju vladajuće klase pretvorenu u zakon“ i kaže da je pravo „pravo slabijeg, jer jačem i ne treba nikakvo pravo“ (str. 220). Navodi da „pravo počinje tada i tamo kada i gdje počinje bilo kakvo ograničavanje vlasti, naravno ne u korist jačega nego u korist slabijega“ (str. 220). Autor ističe da „pravi zakoni u ljudskom društvu su oni koji pored straha od sankcija obavezuju i svijest građana“ (str. 221).

Autor u ovom pitanju uključuje koncept čovjekovog interesa u definisanje prava. Time se pozicionira nasuprot socijalističkoj teoriji prava koja u definiciji govori o interesu klase. Posebno odbacuje socijalističku definiciju prava oličenu u Andreju J. Višinskom, sovjetskom pravniku i javnom tužiocu iz vremena staljinističkih čistki, koja glasi: „Pravo je ukupnost pravila ponašanja koja izražavaju volju vladajuće klase (...). Primjenu tih pravila vrši državna prinudna vlast u svrhu sigurnosti, učvršćenja i razvitka društvenih odnosa i stanja koja su po volji i od koristi vladajućoj klasi“ (str. 220, b. 3). Ovakve i slične definicije prava su se rutinski ponavljale u udžbenicima teorije države i prava u BiH sve do 1990, te je njihova kritika koju je dao Alija Izetbegović bila izraz ne samo teorijskog suprotstavljanja marksističkom pogledu na svijet nego i građanske hrabrosti.

2. Porijeklo prava

Alija Izetbegović kaže da je pravo „fenomen zrelog doba u životu kulture. Ono nastaje u vrijeme ravnoteže religioznih i društveno-političkih težnji u svijesti ljudi“ (str. 222). Slično predstavnicima njemačke historijske pravne škole, Alija Izetbegović prihvata tezu da je svako pravo počelo kao običajno pravo te da u tom periodu nije bilo razlike između običaja i morala. Primjena običajnog prava bila je jednaka primjeni morala. Zato su kasnije vođene debate o odvajanju prava i morala, dok je u moderno doba potrebno dokazivati odvajanje prava i interesa (str. 221, b. 6).

Alija Izetbegović kaže da je kršćanstvo dalo pravu vrijednosti ljudske ličnosti, namjere, pravičnost, neotuđiva prava čovjeka itd. Jevrejstvo je dalo vanjski svijet, interes i silu, tako da „bez kršćanskog pristupa pravo ne bi bilo moguće, bez jevrejskog ne bi bilo potrebno“ (str. 222). Pošto je islam sinteza ovih dvaju pristupa, onda je svako pravo po prirodi islamsko.

Autor daje primjer triju velikih pravnih sistema: rimskog, islamskog i evropskog. Rimsko pravo je postalo veliko kada je spojilo rimsku državnu misao sa stoičkom filozofijom. Tada se rimsko pravo uzdiglo na uzvišeno mjesto i bilo je u stanju dati formulacije kao *Iuris praecepta sunt haec: honeste vivere, alterum non laedere, suum cuique tribuere* (Ovo su propisi prava: pošteno živjeti, drugoga ne vrijeđati, svakome njegovo dati) (str. 223, b. 7). U islamu je došlo do „personalne unije“ prava i teologije. U evropskoj historiji došlo je do razvoja prava istovremeno i zavisno i nezavisno od etike i religije.

3. Pravo u socijalizmu

Autor ističe da se, i pored jasnih teorijskih stavova, u praksi socijalističkih zemalja pokazalo da je nemoguće poistovjetiti pravo sa voljom vlasti te „ostaje uvijek nesavladan razmak, veći ili manji. Pokazalo se da se socijalizam i jedan razvijen, nezavisan i slobodan pravni sistem ne trpe“ (str. 224). „U socijalizmu koji prenosi shvatanja fizike (ili biologije) na društveni život, nema mjesta pravu, jer pravo je upravo suprotno fizici koja ne poznaje 'treba', u kojoj sve 'jeste'“ (str. 224). Socijalizam ima ideološki odnos prema pravu i to ima za posljedicu nizak ugled sudova i advokature u socijalizmu. Govoreći o sudstvu u socijalističkim zemljama, autor kaže: „Trebalo zapaziti kako je u ovim zemljama svugdje princip stalnosti sudija – garancija nezavisnosti sudija i prava građana – zamijenjen suprotnim principom – reizbornošću. Sudije se moraju stalno starati da budu u 'milosti' onih koji odlučuju o njihovom ponovnom izboru. Suvišno je isticati koliko je ova situacija degradirala sudijski poziv“ (str. 224, b. 12).

„Na istoj liniji je i puki formalizam i nepoštivanje vlastitih zakona kao i prekomjerna proizvodnja, inflacija podzakonskih akata“ (str. 225).

Alija Izetbegović je ovdje izvanredno identifikovao glavne karakteristike socijalističke pravne kulture. Ta kultura, prema riječima poznatih komparatista Konrada Zweigerta i Heina Kotza, posjeduje distinktivne karakteristike koje je razlikuju od zapadne pravne kulture. To su: određivanje prava isključivo po njegovoj političkoj funkciji, odbacivanje stava da pravo može da ima za cilj ostvarivanje nezavisnih vrijednosti kao što su božansko prirodno pravo, pravda ili vrijednosti određene kulture te odbacivanje stava da pravo može ograničiti političku akciju garantovanjem pojedinačnim građanima određenih sfera slobode imune na kontrolu države (Zweigert, K., Kotz, H., 1987).

Razumijemo da sintagmu „puki formalizam“ socijalističkog prava autor upotrebljava u smislu „pravne argumentacije u službi nepravde“ (Giovani Tarello), a „nepoštivanje vlastitih zakona“ kao izraz pravnog nihilizma, karakterističan za izvjesne periode u historiji socijalističkih država. Posebno značajno je zapažanje o inflaciji podzakonskih akata u socijalističkim zemljama, što ukazuje na prevlast izvršne nad zakonodavnom vlašću.

4. Kazna i društvena zaštita

U ovom odjeljku autor razmatra dva teorijska pristupa u kriminologiji i krivičnom pravu. Prema individualističkom pristupu, za delikt je kriv čovjek i on za to treba da bude kažnjen. Pozitivisti vjeruju da je krivica na strani društva i da pojedinac treba da se suoči sa mjerama „društvene odbrane“.

Autor dosta prostora posvećuje polemici sa filozofijom društvene odbrane koja je od ranog 20. vijeka zagovarala zaštitu društva od kriminalaca putem njihove neutralizacije i resocijalizacije. Pritom su fiksne kazne stavljene u stranu, u korist individualiziranog kažnjavanja.

Ovu školu osnovao je belgijski pravnik Adolphe Prins i njene postavke iznio u djelu *La defense sociale (Društvena odbrana)*, objavljenom 1965. godine (McLaughlin, E., Muncie, J., 2006).

Historičari navode da se tragovi učenja ove škole mogu naći u drugoj polovini 20. vijeka. Sintagma „društvena odbrana“ bila je predmetom različitih tumačenja i izmjena. Za pozitiviste u kasnom 19. vijeku i početkom 20. vijeka društvena odbrana je zaštita društva od opasnih kriminalaca. S druge strane, italijanski pozitivisti su predlagali da se napusti fokus sa pojedinca i da se usredsrijedi na preventivne mjere koje bi se bavile „opasnim uslovima“ kriminalaca. Istaknuti predstavnik ove škole u drugoj polovini 20. vijeka bio je Marc Ancel, autor djela *La défense sociale nouvelle: un mouvement de politique criminelle humaniste* (Paris: Cujas, 1954). Na ovog autora Alija Izetbegović često se osvrće.

Alija Izetbegović navodi da će „svako individualističko stanovište uvijek uključivati institut kazne kao odmazde, dok će materijalističko gledište uvijek pretpostavljati neke mjere, možda i vrlo surove i teške ali uvijek u principu izvankaznene prirode“ (str. 228). Za autora kazna je moralni pojam, a mjere društvene zaštite su tretman. On zaključuje da je teorija kazne humana i ljudska čak i kad izriče surove kazne, dok je društvena odbrana u osnovi nehumana, čak i kada oslobađa čovjeka i primjenjuje blage kazne. Islam,

prema autoru, kao religija polazi od principa odmazde, ali kao islamizirana religija prihvata element društvene zaštite. To ilustruje primjerom iz literature koji govori o razlikovanju fiksnih kazni u islamskom pravu (hudud) od mjera društvene zaštite (ta'zir).

Koje autore Alija Izetbegović kritikuje?

Alija Izetbegović je u ovom kratkom poglavlju podvrgao kritici brojne autore. Tu spadaju: Karl Marx, zbog diskreditovanja koncepta ljudskih prava; engleski pravnik Jeremy Bentham, zbog preziranja ljudskih prava; njemački marksista Ernest Bloch, zbog negiranja koncepta urođenih prava; Lenjin, zbog teze o pravu kao mjeri politike; sovjetski autor Andrej J. Višinski, zbog teze da je svaka pravna svijest politička svijest; francuski pravnik Marc Ancel, kao protagonist škole društvene odbrane itd.

Na koje autore se Alija Izetbegović poziva?

U osnovnom tekstu i u fusnotama Alija Izetbegović se poziva na sljedeća djela i autore:

Georg Jellinek (1851–1917), poznati njemački pravnik; Toma Akvinski (1225–1274), katolički naučitelj i svetac; Hugo Grotius (1583–1645), otac modernog međunarodnog prava; Paul Barth (1858–1922), njemački filozof i pedagog; Alfred von Kremer (1828–1889), njemački orijentalista i političar; Julius Hermann von Kirchmann (1802–1884), njemački pravnik i političar; Evgenij J. Pašukanis (1891–1937), sovjetski pravni teoretičar; Rudolf Sohm (1841–1917), kanonski pravnik i historičar; R. Van der Made, autor studije o društvenoj odbrani 1949–1950; M. Graven (vjerovatno Jean Graven) (1899–1987), švajcarski profesor krivičnog prava i predstavnik škole društvene odbrane; P. D. H. Holbach (1723–1789), francuski filozof; Walter Benjamin (1892–1940), njemački filozof Frankfurtske škole; Epiklet (u. 138), predstavnik kasnog stoicizma; Marc Ancel (1902–1990), francuski pravnik i predstavnik škole društvene odbrane; Said Moustafa el Said Bey, autor članka „La Notion de responsabilite penale“, *Travaux de la Semaine internationale de droit musulman*, Paris 2-7 juillet 1953, Paris 1953; Louis Milliot (1885–1961), francuski specijalista za islamsko pravo; Kur'an, 33: 5; 75: 38, 23: 16; Novi zavjet (Luka) 12:13–15.

Kako se vidi, autor se poziva na Kur'an tri puta, jednom na muslimanskog autora specijalistu za islamsko pravo i jednom na francuskog specijalistu za islamsko pravo. Novi zavjet citira jednom, a evropske autore 16 puta. To su autori koji pripadaju širokom vremenskom okviru od grčke antike do polovine 20. vijeka.

Kakav je pravni mislilac Alija Izetbegović?

Alija Izetbegović je pravničko obrazovanje stekao na Pravnom fakultetu u Sarajevu, u vrijeme kada je ovaj studij bio prožet učenjima socijalističkog prava. Odatle i njegovo dobro poznavanje ove pravne kulture. Istovremeno, on je prema toj kulturi razvio kritički odnos. U formiranju tog odnosa ključnu ulogu je imala evropska humanistička misao od antičkog vremena do polovine 20. vijeka.

On definiše pravo uključujući „ljudski interes“, prihvata dinamički koncept pravne historije, kritikuje ideološki odnos prema pravu u socijalističkim zemljama, osuđuje pad ugleda sudova i advokature u tom okruženju, kritikuje školu društvene odbrane te zastupa ideje individualista i idealista o zločinu i kazni. Posebno ističe značaj ljudskih prava, vezu između prirodnih prava i religije i razlaz između prirodnih prava i materijalizma. Pri pozivanju na ljudska prava slijedi teoriju prirodnih, urođenih i neotuđivih ljudskih prava i ne teži nekom njihovom partikularnom navođenju.

Alija Izetbegović je imao originalne stavove o islamskom pravu. On navodi da ni kršćanstvo ni jevrejstvo nisu stvorili svoje autentično pravo. Vjerovatno je pritom imao na umu da je kršćansko pravo kristijanizirano rimsko pravo, a da je jevrejsko pravo duboko naslonjeno na pravne kulture starog Istoka. On navodi da je islam stvorio autentično pravo, ali istovremeno smatra da je svako pravo koje objedinjuje unutrašnji (kršćanski) pristup i vanjski (jevrejski) pristup u suštini islamsko pravo. On prihvata stavove Grotiusa prema kome je Bog posljednji izvor prava, te da svako pravo zavisi od religije. Prema ovim shvatanjima Alija Izetbegović ima posebno mjesto među autorima koji se bave pravom u islamu.

Analiza referenci na koje se poziva Alija Izetbegović pokazuje njegovo prvenstveno pripadanje evropskoj kulturi. On u svom tekstu iskazuje poglede i dileme evropskih mislilaca i pravnika 20. vijeka. Kada govori o pravu, pa i o pravu u islamu, on to čini kroz prizmu evropske misli. Prema svojoj kritici socijalističkog prava on je sličan intelektualcima disidentima od socijalizma iz centralne Evrope, koji su u manjem ili većem intenzitetu dovodili u pitanju službenu ideologiju. Sa njima je dijelio još jednu sličnost: u određenom periodu angažovao se i u politici.

Literatura

1. Izetbegović, A. (1995) *Islam između Istoka i Zapada*, Svjetlost i El-kalem, Sarajevo.
2. McLaughlin, E., Muncie, J. (2006) *The Sage Dictionary of Criminology*, Sage, London – New Delhi.
3. Zweigert, K., Kotz, H. (1987) *Introduction to Comparative Law*, vol. I, Clarendon Press, Oxford.

Prof. dr. Fikret Karčić
Saraybosna Üniversitesi
Hukuk Fakültesi

ALİYA İZETBEGOVIÇ'İN ESERİNDE HUKUK ANLAYIŞI

Özet

Bu makale, "Doğu Batı Arasında İslam" adlı kitabın içeriğini analiz ederek Aliya İzetbegoviç'in hukuku nasıl anladığını, bu anlayışını üzerine inşa ettiği kaynakları, eleştiride bulunduğu yazarları ve bu anlayışın onu bir düşünür olarak nasıl konumlandığını saptamaya çalışmaktadır.

Aliya İzetbegoviç'in atıfta bulunduğu kaynaklar, onun ilk sırada Avrupa kültürüne aidiyetini ortaya koymaktadır. O, yazdığı metinlerde 20. yüzyıl Avrupalı düşünür ve hukukçularının görüş ve ikilemlerine yer vermektedir. Hukuktan, hatta islami hukuktan bahsederken dahi, Avrupa felsefesi perspektifinden yaklaşmaktadır. Sosyalist hukuku eleştirirken, resmi ideolojiyi şu veya bu şekilde sorgulamış olan Orta Avrupalı muhalif aydınlarla benzetmektedir. Onlarla başka bir ortak noktaya daha sahiptir; hayatının bir döneminde politikaya dahil olmuştur.

Anahtar kelimeler: *Aliya İzetbegoviç, hukuk, devlet, islam, Batı*

Bu makale, "Doğu Batı Arasında İslam" adlı kitabın içeriğini analiz ederek Aliya İzetbegoviç'in hukuku nasıl anladığını, bu anlayışını üzerine inşa ettiği kaynakları, eleştiride bulunduğu yazarları ve bu anlayışın onu bir düşünür olarak nasıl konumlandığını saptamaya çalışmaktadır.

Aliya İzetbegoviç *Doğu Batı Arasında İslam*¹ adlı eserinin "Hukukun İslami Tabiatı" adlı karakteristik başlığı taşıyan 9. bölümünde hukuk konusunu incelemiştir. Bu kitabın 11 bölümden oluşması ve hukuka yalnızca bir bölümün ayrılmış olması itibarıyla, açıktır ki, hukuk kitapta merkezi bir konuma sahip değildir.

Ana Konular

Hukuk ile ilgili bölüm iki başlık altında toplanmıştır: **Hukunun Dualizmi** ve **Ceza ve Sosyal Koruma**. Bu iki başlık altında yazar birkaç konuya eğilmiştir. Bu konulardan en önemlileri şunlardır:

¹ Bu değerlendirme için kitabın Svjetlost ve El-Kalem yayınevleri tarafından yayınlanan Saraybosna, 1995 tarihli baskısı kullanılmıştır.

1. Hukukun Doğası

Yazar, ilk paragrafta bir tanıma yer verir. Bu tanıma göre "hukuk, insanın hak olarak koruma altında olan çıkarlarıdır". Bu tanıma göre "ne din ne de sosyalizm, bir adalet sistemi olarak hukuka uygun değildir" çünkü "din çıkarı anlamaktan uzaktır, sosyalizm ise hukuku" (s. 219) Yazar sosyalizmin hukuk tanımını da eleştirir. Sosyalizme göre hukuk "iktidar sahibi sınıfın kanuna dönüştürülmüş iradesidir". Aliya buna karşılık, hukukun zayıf olanın hakkı olduğunu savunur. Zira, ona göre "muktedirin hukuka ihtiyacı yoktur" (s. 220). Aliya'ya göre "herhangi bir iktidar sınırlanmasının olduğu yer ve zamanda hukuk başlar ve elbette bu sınırlama gücünün değil zayıfın yararına bir sınırlamadır" (s.220) Ona göre "insan toplumundaki gerçek kanunlar, yaptırım korkusunun yanında vatandaşlık bilincini de içeren kanunlardır" (s.221).

İzetbegoviç, hukukun tanımını yaparken insanın çıkarını da bu tanıma dahil eder. Böylece hukuk tanımında sınıf çıkarlarını gözeten sosyalist hukuk teorilerinin karşısında yer alır. Sovyet hukukçu ve Staljin döneminin devlet savcısı Andrej Vişinski'nin hukuk tanımını kesin bir dille reddeder. Bu tanıma göre "hukuk muktedir sınıfın iradesini ifade eden davranış kurallarının toplamıdır. Muktedir sınıfın iradesi ve çıkarına uygun olarak toplumsal bağların güvenliği, korunması ve geliştirilmesi adına bu kuralların uygulanması devlet yönetimi tarafından yapılır" (str. 220, b.3). Bu tür tanımlar, 1990 yılına kadar Bosna Hersek'te devlet ve hukuk teorileri ile ilgili ders kitaplarında rutin bir şekilde tekrarlanmıştır. Aliya'nın bu tanımları eleştirisi, yalnızca teori düzeyindeki bir meydan okuma değil, aynı zamanda medeni cesaretinin de bir ifadesidir.

2. Hukukun Kökeni

Aliya Izetbegović'e göre "hukuk, kültür hayatının olgunluk döneminin bir olgusudur. Hukuk, insanların bilincinde dini, sosyal ve politik eğilimlerin dengeye oturduğu bir zamanda ortaya çıkar" (s.222). Tıpkı Alman tarihi hukuk ekolünün temsilcileri gibi Izetbegoviç de her hukukun bir örf hukuku olarak başlamış olduğunu ve o dönemde örf ile ahlak arasında bir fark olmadığını kabul eder. Örf hukukunun uygulanması ahlaki uygulamalarla eşdeğerdir. Bu nedenle daha sonraki dönemlerde hukuk ile ahlakın birbirinden ayrılması gerektiği konusunda münazaralar yürütülmüştür. Modern çağda ise hukuk ile çıkarın ayrılması gereğini kanıtlama ihtiyacı doğmuştur (s.221, s.6).

Aliya İzetbegoviç, hristiyanlığın hukukun içine insan haysiyeti, niyet, adaletlilik, esirgenemez haklar gibi bir takım değerleri sokmuş olduğunu belirtir. Yahudilik ise hukuka zahiri dünyayı, çıkar ve gücü bahşetmiştir. Buna göre "hristiyan yaklaşım olmadan hukuk mümkün olmazdı, Yahudi yaklaşım olmadan ise gerekli olmazdı" (s.222). İslam ise bu iki yaklaşımın sentezi olduğu için her hukuk tabiatı itibariyle islamidir.

Yazar, üç büyük hukuk sisteminden örnek vermektedir: Roma, İslam ve Avrupa hukuku. Roma hukuku, Roma devlet anlayışını stoacı felsefe ile birleştirerek büyük bir hukuk sistemi haline gelmiştir. Roma hukuku böylece yüksek konumuna ulaşmış ve şu formülasyonlara imza atmayı bilmiştir: *Iuris praecepta sunt haec: honeste vivere, alterum non laedere, suum cuique tribuete* (Hukuk düzenlemeleri şu şekildedir: ahlaklı yaşa, başkasına zarar verme, herkese ona ait olanı ver) (str.223, b.7).

İslamda, hukuk ile teoloji arasında "kişisel bir birlik" vuku bulmuştur. Avrupa tarihinde hukukun eş zamanlı olarak hem etik ve dinden bağımsız hem de ona bağlı olarak geliştiğine şahitlik etmekteyiz.

3. Sosyalizmde Hukuk

Aliya İzetbegoviç'e göre açık kuramsal savlara rağmen, sosyalist ülkelerde hukukun uygulamada iktidarın iradesi ile özdeşleştirilemeyeceği görülmüştür, Ona göre "ikisi arasındaki küçük veya büyük çaptaki uyumsuzluk hiçbir zaman giderilemeyecektir. Tarih göstermiştir ki sosyalizmin ve gelişmiş, bağımsız ve özgür hukuk sisteminin birbirine tahammülü yoktur" (s.224). "Fizik (veya biyoloji) anlayışını toplumsal hayata uyarlayan sosyalizmde hukuka yer yoktur çünkü fizikte her şey kesinlik olarak addedilirken, hukukta "olmalı" savından yola çıkılmaktadır" (s.224). Sosyalizm, hukuk ile ideolojik bir ilişki içindedir, bu da sosyalizmde mahkemelerin ve avukatlığın saygınlığını sarsmaktadır. Yazar, sosyalist ülkelerdeki mahkemelerden şu şekilde bahsediyor: "Bu ülkelerde hakimlerin devamlılık prensibi (hakimlerin bağımsızlığının ve vatandaşlık haklarının garantisi olan prensip) tam tersi bir prensip olan yeniden seçilme prensibi ile yer değiştirmiştir. Yeniden seçilme prensibi, hakimleri iktidara bağımlı hale getirmektedir. Hakimler, onların yeniden seçilmesi kararını verenleri hoşnut etmek için mütemediyen gayret göstermek durumundadırlar. Bu durumun, hakimlik kurumunu ne derece zedeleyip yozlaştırdığını anlatmaya gerek bile yoktur" (s.224, b.12). "Salt formalizm, öz kanunlarına uymamak ve kanun hükmünde kararnemelerin fazla üretimi yani enflasyonu da aynı düzeydedir. (str.225).

Aliya Izetbegoviç, burada muazzam bir şekilde sosyalist hukuk kültürünün temel özelliklerini saptar. Ünlü karşılaştırmacı yazarlar Konrad Zweigert ve Hein Kotz'a göre, bu kültür, onu Batı hukuk sisteminden farklı kılan ayırıcı özelliklere sahiptir. Bunlar, hukukun yalnızca siyasi işlevselliğine göre belirlenmesi, hukukun, ilahi tabi haklar, adalet veya belli bir kültürün değerleri gibi bağımsız değerleri gerçekleştirme gayesinin olabileceği görüşünün reddedilmesi, devletin gözetimine tabi olmayan kimi özgürlük alanlarının vatandaşlara tanınması suretiyle hukukun kimi politik hareketleri sınırlandırabileceği görüşünün reddidir. (Zweigert, K., Kotz, H., 1987).

İzetbegoviç'in sosyalizm hukukunun 'salt formalizmi' öbeğini "adaletsizliğe hizmet eden hukuki argümantasyon" (Giovani Tarello) olarak anladığı, "öz kanunların çiğnenmesi" formülasyonunu ise sosyalist devletlerin tarihinin kimi dönemlerine has hukuki nihilizmin bir ifadesi olarak algıladığı açıktır. Özellikle, sosyalist ülkelerde kanun hükmünde kararnamelemlerin ölçsüz üretiminin, yürütmenin yargının üzerindeki üstünlüğüne işaret ettiği yönündeki gözlemi son derece değerlidir.

4. Ceza ve Sosyal Koruma

Bu bölümde yazar, kriminoloji ve ceza hukuku ile ilgili iki kuramsal yaklaşımı değerlendirmektedir. Bireyselci yaklaşıma göre kanundışı bir eylemin suçlusu kişidir ve işlediği suça istinaden cezalandırılmalıdır. Pozitivistler, suçun toplum tarafında olduğuna inanır ve buna göre birey "sosyal koruma" önlemlerine göre cezalandırılmalıdır.

Yazar, 20. yüzyılın en erken dönemlerinden beri suçluların etkisiz hale getirilmesi ve yeniden topluma kazandırılması yoluyla toplumu suçlulardan korumayı talep eden sosyal savunma felsefesi ile polemige önemli bir yer ayırmaktadır. Bu itibarla, sabit cezalar, bireysel cezalandırma karşısında arka plana atılmıştır.

Bu ekolün kurucusu Belçikalı hukukçu Adolphe Prins, fikirlerini 1965'te yayınlanan *La defense sociale* (Toplumsal savunma) adlı eserinde dile getirmiştir (McLaughlin, E., Muncie, J., 2006). Tarihçilere göre bu ekolün izlerine 20. yüzyılın ikinci yarısında rastlamak mümkündür. "Toplumsal savunma" tamlaması farklı şekillerde yorumlanmış ve pek çok değişikliğe uğramıştır. 19. yüzyılın son dönemlerinde ve 20. yüzyılın başlarında pozitivistler için toplumsal savunma, toplumu tehlikeli suçlulardan korumak anlamını taşır. Diğer taraftan, İtalyan pozitivistler bireye odaklanmaktan vazgeçilmesini ve suçlular ile ilgili "tehlikeli şartlara" yönelecek caydırıcı

önlemlere odaklanılmasını talep eder. Bu ekolün 20. yüzyıldaki önemli temsilcisi Marc Ancel, *La défense sociale nouvelle: un mouvement de politique criminelle humaniste* (Paris: Cujas, 1954) adlı kitabın yazarıdır. Aliya İzetbegoviç bu yazara sıklıkla atıfta bulunur.

Aliya İzetbegoviç'e göre "her bireyselci yaklaşım kısas prensibiyle ceza makamını ihtiva edecektir. Materyalist bakış açısı ise, belki çok zalim ve ağır, fakat ceza prensibinin dışında bulunan önlemleri içerecektir (s.228) Yazara göre ceza, ahlaki bir kavramdır, sosyal koruma önlemleri ise bir muamele çeşididir. Ona göre, ceza kuramı ağır cezalar verirken bile humanist ve insancıldır, sosyal savunma ise insanı özgür bıraksa ve hafif cezalar verse dahi hümanist değildir. Yazara göre islam bir din olarak kısas prensibinden hareket etmektedir, islamileşmiş bir din olarak ise sosyal koruma unsurunu kabul eder. Bunu, islam hukukunda sabit cezalar (hudud) ile sosyal koruma (ta'zir) önlemlerinin birbirinden ayrılması ile ilgili literatürden örnek vererek açıklamaktadır.

Aliya İzetbegoviç hangi yazarları eleştirmektedir?

Aliya İzetbegoviç, kitabın bu kısa bölümünde çok sayıda yazarın eleştirisini yapmıştır. Bunlar; insan hakları anlayışını hiçe saydığı için Karl Marx, insan haklarını reddettiği için İngiliz hukukçu Jeremy Bentham, tabii haklar konseptini reddettiği için Alman marksist Ernest Bloch, siyasetin ölçüsü olarak hukuku savunduğu için Lenjin, her hukuki bilincin politik bilinç olduğunu savunduğu için Sovyet yazar Andrej J. Vişinski, sosyal savunma ekolünün temsilcisi olduğu için Fransız hukukçu Marc Ancel'dir.

Aliya İzetbegoviç hangi yazarlara gönderme yapmaktadır?

Aliya İzetbegoviç, esas metinde ve dipnotlarda şu eserlere ve yazarlara atıfta bulunmaktadır:

Georg Jellinek (1851-1917), ünlü Alman hukuk yazarı; Ernest Bloch (1885-1977), Alman marksist filozof; Thomas Aquinas (1225-1274), katolik düşünür ve aziz; Hugo Grotius (1583-1645), modern uluslararası hukukun babası; Paul Barth (1858-1922), Alman filozof ve pedagoğ; Alfred von Kremer (1828-1889), Alman oryantalist ve siyasetçi; Julius Hermann v. Kirchmann (1802-1884), Alman hukukçu ve siyasetçi; Evgenij J. Paşukanis (1891-1937), Sovyet hukuk teorisyeni; Rudolf Sohm (1841-1917), kanonik hukukçu ve tarihçi; R. Van der Made (1949-1950), sosyal savunma etütünün yazarı; M. Graven (büyük ihtimalle Jean Graven) (1899-1987), İsviçreli ceza hukuku profesörü ve sosyal savunma ekolünün temsilcisi; P. D. H. Holbach

(1723-1789), Fransız filozof; Walter Benjamin (1892-1940), Frankfurt ekolünün temsilcisi Alman filozof; Epiklet (u.138), geç dönem stoacılığın temsilcisi; Marc Ancel (1902-1990), Fransız hukukçu ve sosyal savunma ekolünün temsilcisi; Said Moustafa el Said Bey, „ La Notion de responsabilite penale“ (*Travaux de la Semaine internationale de droit musulman*, Paris 2-7 juillet 1953, Paris 1953) başlıklı makalenin yazarı.; Louis Milliot (1885-1961), Fransız islam hukuku uzmanı; Kur'an, 33:5; 75:38, 23:16; Yeni Ahit (Luka) 12:13-15.

Görüldüğü gibi yazar, Kur'an'a üç defa, islam hukuku uzmanı müslüman ve Fransız yazarlara birer defa atıf yapar. Yeni Ahit'e bir defa gönderme yaparken Avrupalı yazarlara 16 defa atıfta bulunur. Bu yazarlar, Antik Yunan'dan 20. yüzyılın ilk yarısına kadar büyük bir zaman dilimini kapsar.

Aliya Izetbegoviç nasıl bir hukukçu düşünürdü?

Aliya Izetbegoviç hukuk tahsilini Saraybosna Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nde yapmıştır. O dönemde bu bölüm sosyalist hukuk doktrinlerinin hakimiyeti altındaydı. Bu hukuk kültürü ve bilgisinin kaynağı da buradan gelmektedir. O, bu kültüre karşı eleştirel bir bakış açısı inşa etmiştir. Bu bakış açısının kurulmasında Antik dönemden 20. yüzyılın yarısına kadar devam eden Avrupa hümanist düşüncesinin büyük payı vardır.

İzetbegoviç, "insan çıkarını" dahil ederek bir hukuk tanımı geliştirmekte, hukuk tarihinin dinamik konseptini kabul etmekte, sosyalist ülkelerin hukuka ideolojik yaklaşımlarını eleştirmekte, bu çevrede mahkeme ve avukatlık kurumlarının saygınlığını yitirmesini kesin ifadelerle yargılamakta, sosyal savunma ekolünü eleştirmekte, bireyselcilerin ve idealistlerin suç ve ceza ile ilgili fikirlerini benimsemektedir. Özellikle insan haklarına vurgu yapmakta, tabi haklar ile din arasındaki bağa ve materyalizm ile tabi haklar arasındaki ayrılığa dikkat çekmektedir. İnsan hakları söz konusu olduğunda tabi, insanın doğumuyla birlikte sahip olduğu ve devlet ya da başka bir güç tarafından esirgenemeyecek haklar teorisini benimser ve bu hakların ne olduğunu ayrı ayrı belirtmeyi tercih etmez.

Aliya Izetbegoviç'in islam hukuku ile ilgili özgün fikirleri vardır. Ona göre ne hristiyanlık ne de Yahudilik özgün bir hukuk sistemi oluşturmuş değerlerdir. Bunu iddia ederken sanıyoruz ki hristiyan hukukunun hristiyanlaştırılmış Roma hukuku olduğunu, Yahudi hukukunun ise büyük ölçüde kadim Doğu kültürlerinin hukuki geleneğine yaslandığını dikkate almış olmalıdır. İslam'ın özgün bir hukuk sistemi yaratmış olduğunu iddia etmekle birlikte, batını (hristiyanlık) ve zahiri (Yahudilik) yaklaşımı kendi içinde birleştiren her hukukun özünde islam hukuku olduğunu savunur. Tanrı'nın hukukun

nihai kaynağı olduğu ve her hukukun dine bağlı olduğunu savunan Grotius'un görüşlerini kabul eder. Bu görüşleriyle Aliya zetbegovi islamda hukuk ile uğraşan yazarlar arasında özel bir yere sahiptir.

Aliya zetbegovi'ın atıfta bulunduğu kaynaklar incelendiğinde, onun ilk sırada Avrupa kültürüne aidiyeti ortaya çıkmaktadır. O, yazdığı metinlerde 20. yüzyıl Avrupalı düşünür ve hukukçularının görüş ve ikilemlerine yer vermektedir. Hukuktan, hatta islamda hukuktan bahsederken dahi Avrupa felsefesi perspektifinden yaklaşmaktadır. Sosyalist hukuku eleştirirken, resmi ideolojiyi řu veya bu şekilde sorgulamış olan Orta Avrupalı muhalif aydınlara benzemektedir. Onlarla sahip olduğu başka bir ortak nokta ise hayatının bir döneminde siyasete atılmış olmasıdır.