

ONDOKUZ MAYIS ÜNİVERSİTESİ
İLÂHİYAT FAKÜLTESİ
DERGİSİ

SAYI : 8

Samsun - 1996

HUKUKUN KÖKENİYLE İLGİLİ TEORİLERE GENEL BİR BAKIŞ

Araş.Gör. Ömer Faruk ALTINTAŞ*

GİRİŞ

Hukuk tarihi, hukuk sosyolojisi, hukuk felsefesi ile hukuk tekniği hepsi bir arada hukuk bilimini oluştururlar. Sadece dar anlamda pozitif hukukun veya hukuk tekniğine yönelik bilimin hukuk bilimi olduğunu iddia etmek, hukukî düşünce faaliyetini adeta zorla tek bir odaya mahkum etmeye çalışmaktan başka bir şey değildir. Herhangi bir ülkenin hukuk fakültelerinde sadece hukuk tekniğine veya pozitif hukuka ilişkin dersler veriliyorsa bu durumda hukuk fakültelerinden değil, aksine sadece hukuk tekniği okullarından söz etmek gerekir.¹

Epistemolojik, psikolojik, etik, sosyolojik ve metafizik görüş noktalarına da yer veren hukuk felsefesinin hedefi, hukukun mahiyetini, kökenini kaynaklarını, amacını, uygulanabilme yeteneğini ve geçerliliğini araştırmaktır.²

Ülkemizde şu anda var olan hukukî anlayış ve hukukî kurumların kökenlerini anlamak için prensiplerini bilmek zorunda olduğumuz İslam hukuku,³ günümüzde modern dünyanın büyük hukuk sistemlerinden biri olmayı ve bir milyar civarındaki müslümanın sosyal ilişkilerini

* Ondokuz Mayıs Üniversitesi İlahiyat Fakültesi, T.İ.B., İslam Hukuku Anabilim Dalı.

¹ Rahmi Çobanoğlu, "Fenomen ve İdeal Olarak Hukuk", İ.Ü.H.F.M., C.29, S(1-4), s.677; Orhan Munir Çağıl, "Hukuk Tarihinin Kıymet ve Ehemmiyetine Dair Bazı Düşünceler", İ.Ü.H.F.M., C.22, S(1-4), ss.298-299.

² Orhan Munir Çağıl, "Bir Eser Münasebetiyle Hukuk Mefhumu ve Hukuk İdesine Dair Bazı Düşünceler", İ.Ü.H.F.M., C.24, S(1-4), s.389.

³ Sadri Maksudi Arsal, *Umumi Hukuk Tarihi*, İst.1948, s.3 vd.

düzenlemeyi sürdürmektedir.⁴ Bu büyük hukuk sistemiyle ilgili ülkemizde yapılan araştırmalar, daha çok İslam hukukunun teknik alanında yoğunlaşmış, özellikle İslam hukuk sosyolojisi ve İslam hukuk felsefesinin çalışma konuları ihmal edilip arka plana atılmıştır.

İşte bu notlarla biz, herbirisi ayrı bir çalışma konusu olabilecek, genel olarak hukukta özel olarak da İslam hukukunda hukukun kökeniyle ilgili görüşleri ana hatlarıyla tesbit etmek suretiyle İslam hukukunda hukukun nasıl oluştuğu veya oluşacağı konusunda yapılacak detaylı bir araştırma için genel bir bakış açısı kazandırmayı amaçlamaktayız. Ancak hukukun kökeniyle ilgili teorilere geçmeden önce kaynak-köken ayırımından söz etmek istiyoruz.

Hukukun kökeniyle hukukun kaynaklarını birbirinden ayırmak gerekir. "Hukuk Başlangıcı" ve "Hukuka ve Hukuk Bilimine Giriş" ile ilgili eserlerin hemen hepsinde hukukun kaynağı deyiminden, hukuku doğuran, deyimleyen ve onu gösteren kurum ve kuralların anlaşıldığı belirtilir. Ancak hukuku doğuran kaynaklardan önce onun varlık kazanmasına neden olan çeşitli etkenler vardır. İşte bu faktörler hukukun kökenini oluştururlar.

Hukukun kaynakları genellikle oynadığı roller ve meydana getirdiği etkiler açısından değişik olmak üzere; yaratıcı kaynaklar, biçimsel kaynaklar ve bilgi kaynakları şeklinde üç ana grupta incelenirler.

Yaratıcı kaynak, hukuk kuralı koyma yetkisini ya da doğrudan doğruya bu yetkiye sahip olan makamı açıklar. İdeolojilere veya siyasal rejimlere göre bu makam farklılaşır. Örneğin bu makam monarşide kraldır, parlamenter sistemde parlamento, İslâm hukukunda ise Allah'dır.

Biçimsel kaynaklar, hukukun yürürlüğe geçebilmesi için büründüğü dış görünüm biçimleridir. Kanun, tüzük, yönetmelik gibi. İslâm hukukunun birinci dereceden biçimsel kaynakları, Kitap, Sünnet, İcma ve Kıyas'tır.

Bilgi kaynakları ise, hukukun yaratıcı ve görünüm biçimleri değil; aksine belirli biçimlerde görülen hukuk kurallarının nerelerde bulunacağını, içeriği hakkında nereden, ne gibi belgelerden bilgi edinilebileceğini

⁴ Rene David, Çağdaş Büyük Hukuk Sistemleri, Çev. Dr.Argun Köteli, İst., 1985, s.427.

gösterirler. Örneğin T. C. Devleti tarafından yayınlanan Resmi Gazete gibi. Kur'an-ı Kerim, Hadis Külliyyatı, furua ve usule ilişkin İslam hukukçularının te'lif ettikleri eserler, çeşitli kanunnameler ve fetva kitapları İslâm hukukunun birer bilgi kaynağıdır.

A. GENEL OLARAK HUKUKTA HUKUKUN KÖKENİYLE İLGİLİ GÖRÜŞLER

Daha önce de belirttiğimiz gibi, hukuku doğuran ve deyimleyen kaynaklardan önce onun oluşumuna ve varlık kazanmasına neden olan çeşitli etkenler vardır. İşte bunlar hukukun kökenidirler, başka bir ifade ile onun özüdürler. Hukuk düşüncesi tarihinde, hukukun oluşumu ile ilgili bir çok teori ortaya atılmıştır. Günümüz hukuk felsefesi ve hukuk sosyolojisi çalışmalarını dikkate alarak bu teorileri genel hatlarıyla üç ana başlık altında incelemek mümkündür.

I. HUKUKUN KÖKENİ "SOSYAL OLGUDUR" GÖRÜŞÜ

a) **Dayanışmacı Okul:** Duguit, Durkheim ve G.Scelle gibi düşünürlerce temsil edilen bu akıma göre hukuk, sosyal ilişkilerden doğar.⁵ İnsan toplum içinde yaşar ve toplum olan her yerde hukuk vardır: Ubi societas ibi ius (=Nerede toplum orada hukuk vardır.) Birlikte yaşama gereği, hatta içgüdüsel toplumsal yaşamın gerekliliği bilincini verir. Dayanışmanın kurulması, devamı ve bozulmaması için bir takım kurallar olmalıdır. Ters durumda insanlık yok olur. Böylece hukuk kuralları "toplumsal dayanışma" olgusuna bağlı olarak oluşurlar.⁶ İşte bu kurallardan oluşan örf, ahlak ve hukuk, salt insanların bir arada yaşamaları olayından çıkar. Bunların kökü bizzat sosyal olandır.⁷

Bu akımın en önemli temsilcisi Duguit'e göre bir kuralın hukuk

⁵ Vecdi Aral, "Hukuka İlişkin Değişik Görüşler ve Bunların Değerlendirilmesi ile Birlikte Doğru Görülebilecek Bir Hukuk Anlayışı", İ.Ü.H.F.M., C.39, S(1-4), İst., 1974, s.311; Niyazi Öktem, "Hukuksal Pozitivizm Akımı", İ.Ü.H.F.M., C.43, S(1-4), İst., 1979, s.276.

⁶ Öktem, "Hukuksal Pozitivizm...", s.276.

⁷ Aral, "Hukuka İlişkin...", s.311.

kuralı niteliğini kazanması için onun devlet tarafından formüle edilmiş veya tanınmış olması gerekli değildir. Sosyal dayanışmaya ve toplumu meydana getiren bireylerin vicdanlarında yatan adalet duygusuna uygun olan her kural hukuk kuralıdır.⁸ Hukuk kuralını diğer sosyal kurallardan ayıran fark, ihlal edilmesi halinde uyanan tepkinin şiddetinde kendini gösterir. Bireyler, hukuk kuralını o derece önemli saymışlar ve ona aykırı davranışları sosyal dayanışma bakımından o derece zararlı ve tehlikeli bulmuşlardır ki, buna karşı uyanan tepkiyi sosyal alanda kurumlaştırmak yani bir yaptırıma bağlama gereğini duymuşlardır.⁹

b) ABD Sosyolojik Hukuk Okulu: Kurucusu Roscoe Pound olan bu okula göre hukuka, insanüstü bir aklın yapıtı veya kendi kendine yeterli ahlaksal normlar toplamı olarak değil, insanlararası ilişkilerle ilgili ve insanlar tarafından belirli bir amaca yöneltilen, zaman ve yere göre değişiklik gösteren bir sistem olarak bakılmaktadır. Hukuk, günümüzün maddi manevi çeşitli yarar ve toplumsal çıkarlarını, en alt düzeyde fedakarlık yaparak karşılamakla yükümlü bir kurumdur. Hukuk bilimi ise toplumsal çıkarların değerlendirilip uzlaştırılması konusunda gerekli araçları araştıran ve ortaya koyan sosyal bir mühendisliktir.¹⁰

c) Yarararcı Hukuk Okulu (=Yarararcı Pozitivizm): Ünlü psikolog W.James'in öğretisinden yola çıkan yarararcı pozitivizmin hukuk alanındaki yürütücüsü Jhon Dewey'dir. Dewey'e göre hukuk, somut olaydan, reel olgudan çıkmaktadır. O, tüm, önsel (a priorik) kavramları yadsıyarak toplumsal realite, sosyo-ekonomik ilişkiler, psikolojik insan davranışları, yasa koyucunun tutum ve irade görünümünün boyutları içinde hukuku anlamlandırmıştır.¹¹

Yarararcı hukuk okulunun diğer önemli temsilcileri, İngiliz düşünürler Bentham, J.Stuart Mill ve Alman düşünür Jhering'tir. Bunlardan Jhering hukuku şöyle tanımlamaktadır: "Hukuk, toplumun yaşama koşullarının, devletin zorlayıcı gücüne dayanan garantisiyle

⁸ Z.Fahri Fındıkoğlu, *Hukuk Sosyolojisi*, İst., 1958, s.41.

⁹ Münci Kapani, *Kamu Hürriyetleri*, Ank., 1981, s.255.

¹⁰ Hamide Topçuoğlu, *Hukuk Sosyolojisi Dersleri*, (Teksir), C.1, ss.25-26.

¹¹ Öktem, "Hukuksal Pozitivizm...", s.289.

büründüğü şekildir."¹²

Bu akıma göre, hukukun gerçekleştirilmesi gereken temel amaç, toplumda güvenliğin sağlanmasıdır. Hukuk politikasında izlenmesi gerekli olan temel amaç ise, en büyük sayıda insanın en büyük mutluluğudur.¹³

d) Marxizmde Hukuk: Klasik materyalist düşünce içinde insanın belirli, ayrıcalıklı özel bir yeri yoktur. İnsanın yeryüzüne gelmesi tesadüfe bağlı bir olaydır. Marxist düşünce ise bu görüşü aynen benimsememiş, çalışan bir varlık (=homo faber) olmasından dolayı ona doğa içinde ayrıcalıklı ve üstün bir yer tanımıştır. İnsanı insan yapan, hayvan türlerinden ayıran şey, işi ve çalışmasıdır.

İnsan çalışarak entellektüel gelişimini de sağlar. Düşünme yeteneği, insana üstün bir güç tarafından bahşedilen bir özellik değildir. Bu yetenek sadece emek harcayarak ve çalışarak bir şeyler yaratma olanağının gelişmesidir.

İnsanı ve insan topluluklarını yaratan çalışma ve maddi değerler üretimi, aynı zamanda sosyal evrimin de temelidir. Maddi değerler üretirken insanların doğa ile ve diğer insanlarla ilişkileri söz konusu olur. İnsanların doğa ile ilişkileri "üretim güçleri" ile belirlenir. Üretim süreci içinde insanların karşılıklı ilişkileri ise üretim ilişkilerini oluşturur.

Üretim güçleri iş araçlarıdır. İnsanın kendisi ile iş konusu olan madde arasına koyduğu bu araçlar her şeyden önce makinelerdir. Bunun gibi, bu üretim araçlarını, mesleki bilgileri ve yetenekleri ile harekete geçiren insanlar da üretim güçleri arasında yer alır. Marxizme göre insanlar arasındaki ekonomik ilişkilerin tümü "üretim ilişkileri" olarak tanımlanır.

İnsanların şu ya da bu üretim ilişkisini seçmeleri kendi iradelerine bağlı bir konu değildir. Bu ilişkilerin mahiyeti ve biçimi toplumdaki üretim güçlerinin gelişme düzeyine bağlıdır. Bir feodal bey, serfleri ile büyük bir kapitalist işletme kuramazdı. Aynı şekilde bir kapitalist de kölelik düzenine dönemez. Böylece üretim güçleri ve üretim ilişkileri toplumun üretim biçimini oluşturur. Bir toplumun sosyal yapısını da o toplumun

¹² Fındıkoğlu, a.g.e., s.39; Adnan Güriz, **Hukuk Başlangıcı**, Ankara 1987, s.204.

¹³ Güriz, a.g.e., s.203.

üretim biçimi belirler.

Marxizme göre ekonomik ilişkiler temel yapı ilişkileridir. Toplumun siyasal düzeni, din, hukuk, ahlak, edebiyat, güzel sanatlar ve felsefe gibi kurumlar üst yapı kurumlarıdır. Üst yapı kurumları dayandıkları belli bir temel yapıyı yani ekonomik temeli yansıtırlar. Çeşitli sosyal teoriler, siyasal kurumlar hepsi temeldeki sosyo ekonomik ilişkilerin aynasıdır.

Sonuç olarak Marxizmde hukuk, toplumun temeli olan teknik-ekonomik ilişkilerin deyiminden başka bir şey olarak kabul edilemez. Toplum yasalara dayanmaz; çünkü bu hukuksal bir varsayımdır. Daha çok yasalar topluma dayanmak, o toplumdaki maddi üretim biçiminden ortaya çıkan ihtiyaç ve çıkarların bir deyimini olmak zorundadır. Kısaca ifade etmek gerekirse hukuk da ekonomik düzenin yalnızca bir üst yapısıdır.¹⁴

e) **Tarihçi Hukuk Okulu:** Bu okul 19.yüzyılın başlarında Alman hukukçusu Savigny tarafından kurulmuştur. 1804 Fransız Medeni Kanunu'nun Almanya'ya iktibasını savunan Thibaut'a karşı Savigny, Alman halk ruhuna yabancı bir hukukun Almanya'da uygulamaya konulmasının sakıncaları üzerinde durarak karşı çıkmıştır. Savigny ve yandaşları Roma hukuku incelemelerine önem ve öncelik verirken, Eichorn ve arkadaşları Roma hukuku yerine Cermen hukuku üzerindeki çalışmalara üstünlük vermişlerdir.¹⁵

Tarihçi hukuk okuluna göre hukuk, bir gecenin içinde doğmaz; bilakis hukuk, nesiller boyunca ulusal ruhun derinliklerinden fıskıran bir şeydir. Bu şu demektir: Hukuk, ilk önce örflerden ve teamüllerden sonra da hukuk ilminden doğar. Hukuku doğuran etken, akılla açıklanması mümkün olmayan deruni kuvvetlerdir.¹⁶ Alman tarihçi hukuk okulu, doğal hukuk akımına karşı hukukun evrensel olmadığını buna karşın ulusal,

¹⁴ Ayferi Göze, *Siyasal Düşünceler ve Yöntemler*, İst., 1987, ss.267-311'den özetle; Ayrıca Marxizmle ilgili açıklamalar için bkz. İlhan F.Akın, *Kamu Hukuku*, İst., 1987, ss.223-235; Mete Tunçay, *Batı'da Siyasal Düşünceler Tarihi -3 Yakın Çağ Seçilmiş Yazılar*, Ank., 1986, ss.93-115; Recai G.Okandan, *Umumi Amme Hukuku*, İst., 1968, ss.306-313; Muvaffak Akbay, *Umumi Amme Hukuku Dersleri*, Ank., 1958, C.I, s.247 vd.

¹⁵ Güriz, a.g.e., ss.196-198.

¹⁶ Orhan Munir Çağıl, *Hukuka ve Hukuk İlmine Giriş*, İst., 1971, s.432.

sosyal ve tarihsel bir nitelik taşıdığını ileri sürmüştür.¹⁷

II. HUKUKUN ÖZÜNÜ "NORM" OLARAK KABUL EDEN AKIMLAR

a) **Analitik Pozitivizm (Anglo-Sakson Hukukunda Tahlilci Okul):** Bu okul, Jhon Austin ve Pollock tarafından İngiltere'de kurulmuş ve Fransız yorumcu hukuk okuluyla aynı dönemlerde hayat sürmüştür.

Tahlilci okul mensupları, bütün dikkatlerini yasa maddeleri ve emsal güçteki mahkeme kararlarının yazılı olduğu metinleri tahlilde yoğunlaştırmışlardır. Onlara göre hukuk, devlet tarafından yaratılan ve müeyyidelendirilen normlardan ibarettir. Hukukta şekilsel mükemmellik ve tutarlılık esas amaçtır.¹⁸

Analitik pozitivizmin kurucularından Austin'e göre hukuk, akıl sahibi bir kimsenin yönetilmesi için gerekli kurallar bütünüdür. Bu kurallar, güçlü olan bir akıl sahibince yürütülür. Hukuk temelini etkinlik kavramında bulur. Etkinlik kavramı iki öğeden oluşur: Aktif unsur ve pasif unsur. Aktif unsur egemen gücün eylemi, pasif unsur ise yeni sujenin uymaya yönelik tutumudur. Bu bir tür alışkanlık olup sujeyi, yükümlülüğü kabule götürür.¹⁹

Prof.Topçuoğlu'na göre Tahlilci Okul doğal hukuk akımına karşı, hukuku metafizik kaynaklardan kurtarmak isterken onu gerçek sosyal temelinden ayırmış ve "yasa hukuku"na indirgemıştır. Bunu yaparken de yasa hukukunun, hukukun bizzat kendisi olmayıp sadece onu tesbit şeklinden ibaret olduğunu görememiştir.²⁰

b) **Egzejetik Pozitivizm (=Fransız Yorumcu Hukuk Okulu):** Başlıca temsilcileri Marcade, Demante, Demolembé, Laurent ve Bugnet gibi hukukçular olan bu okul, Fransız Medeni Kanunu'nun

¹⁷ Güriz, a.g.e., s.198.

¹⁸ Topçuoğlu, a.g.e., s.9.

¹⁹ Öktem, "Hukuksal Pozitivizm...", ss.288-289; Güriz, a.g.e., ss.205-206.

²⁰ Topçuoğlu, a.g.e., s.10.

yorumlanması amacıyla ortaya çıkmış ve 1880'li yıllara kadar etkinliğini sürdürmüştür. Yorumcu okula göre büyük kodlar meydana gelmeden önce hukuk yoktur. Hukuk yasanın kendisidir. Yasadan ayrı bir hukuk olamaz.²¹ Eğer yasa koyucunun iradesini anlamakta zorluk çekiliyorsa bu zorluğu aşmada kullanılacak bir takım mantıksal yöntemler vardır. Bunlar; öncelik (=evleviyet=argumentum a fortiori), ters kavram (=mefhumu muhalif=argumentum a contrario) ve en önemli yöntem olarak da kıyastır.²²

Yorumcu okul mensupları, 1789 Fransız devriminin, devrimci sosyal felsefesinden etkilenecek toplumun yeni bir kalıba dökülmesinde hukuk normlarından medet ummuşlardır. Bu nedenle hukukun düzenleyici ve rehberlik edici rolü üzerinde ısrarla durarak hukuku topluma yeni bir yön vermek azminde olan siyasi iktidarın iradesini yansıtacak yasalardan ibaret saymışlardır.²³

c) **Kavramlar Hukukçuluğu:** Alman Medeni kanunu (BGB)'nin 1900 yılında yürürlüğe girmesinden sonra ortaya çıkan bu okul, pozitif normlardaki genel hukuksal kavramların araştırılmasıyla uğraşmıştır. Bu akıma göre hukuk, hukuk bilginlerinin yürürlükte olan hukuk kurallarını işlemek suretiyle meydana getirdikleri sözleşme, sorumluluk, velayet, tüzel kişilik, haksız fiil, ortaklık vb. gibi genel kavramlardan oluşur. Hukuk sistemi her çeşit anlaşmazlık karşısında boşlukları doldururken sadece bu kavramlardan, bunların tanımlanmasından veya dayandığı aksiyomlardan hareket edecektir.²⁴

Kavramlar hukukçuluğu akımı, yeni problemlerin çözümünde toplumun değişen yaşam koşullarına bakmayı yadsıyarak hukukun gelişmesine engel olmuştur.

d) **Normcu Hukuksal Pozitivizm:** Bu akıma göre hukukun yaratılması bir vetire içinde gerçekleşir. Bu vetire aynı zamanda hukuk düzeninin hiyerarşik yapısını oluşturur. Buna göre kademenin en üstünde "temel norm" bulunur. İşte hukukun kökeni budur. Hukuk düzeninin

²¹ Fındıkoğlu, a.g.e., s.33.

²² Öktem, "Hukuksal Pozitivizm...", s.288.

²³ Topçuoğlu, a.g.e., s.6.

²⁴ Öktem, "Hukuksal Pozitivizm...", s.286; Topçuoğlu, a.g.e., ss.7-8.

birliğini sağlamak için kabul edilmiş bulunan temel norm, pozitif bir hukuk kuralı değil, ona tabi normların hukuk ötesi, nihai, mantıksal bir geçerlilik nedeni olduğu için sadece bir hipotezden ibarettir. Bu temel normdan sonra, sadece devletle ilgili bir hukuk düzeni göz önüne alınca, pozitif hukuk bakımından en yüksek kademeyi oluşturan anayasa gelir. Geçerliliğini temel normdan alan Anayasa, genel karakterdeki hukuk normlarını, yasaları koyacak organları gösterir. hiyerarşik normlar piramidinin tehesinde bulunan temel norm, üstün iktidarcı belirlenen ve toplumda genel geçerliliğe sahip bulunan ilke ya da ilkeler topluluğudur. Bu düşünceleri ortaya atan ve savunan hukukçu H.Kelsen'dir.²⁵

e) **İradeci ve Normcu Pozitivizmin Değerlendirilmesi:** Hukuksal pozitivizm, tarih boyunca, kurulu düzenin (statükonun) korunması, devlet otoritesinin sağlamaştırılması amacıyla çeşitli ad ve düşüncelerle her zaman var olmuştur. Felsefi pozitivizmle birlikte, ideojilere bilimsel bir kimlik verilebilme fırsatı çıkmış ve böylece pozitivist sözcüğü benimsenmiştir. Böylece iradeci, devletçi hukuk anlayışı "bilimsellik" kavramının arkasına sığınmıştır.

Bu akımın temsilcilerinden olan Yorumcu Okul ve Kavramlar Hukukçuluğu, Alman ve Fransız Medeni Kanunlarının yürürlüğe girmesinden sonra yaygınlaşmıştır. Burjuva devrimleri tamamlanmış, burjuvazi siyasal ve ekonomik iktidarını yasalarla sağlamaştırabilmek için bunların tartışılmasını sakıncalı görmüştür.²⁶

Hukuksal pozitivizm açısından yaptırım ve etkinlik hukukun özüdür ve hukukun amacını oluşturur.²⁷ Bu akım, sosyo-ekonomik yapı ve değer sorunlarını görmezlikten gelerek hukuku, norma, yasamanın ve kolektivitenin iradesine indirgemiş ve onu hukuk ötesi elemanlardan bağımsız olarak ele almıştır. Hukuk yalnızca "somut olgudur" denmiş, ona kaynaklık eden sosyo-ekonomik ilişkiler savsaklanmış "olması gereken", "adalet", "değer" gibi kavramlar karşısında kayıtsız kalınmıştır.²⁸

²⁵ Normcu Hukuksal Pozitivizm hakkında bkz. Vecdi Aral, Kelsen'in Hukuk Anlayışı, İ.Ü.H.F.M., C.34, S(1-4), ss.513-552.

²⁶ Öktem, "Hukuksal Pozitivizm...", s.283.

²⁷ Niyazi Öktem, Fenomenoloji ve Hukuk (Hukukun Özünü Sorunu), İst., 1982, s.81.

²⁸ Çağıl, Hukuka ve Hukuk İlmine Giriş, s.436; Aral, "Hukukun Anlamı", s.312; Öktem, "Hukuksal Pozitivizm Akımı", s.273.

Hukuksal pozitivizmin en büyük yanlığı ve tehlikesi normatif bir gerçeklik olan hukuku, donmuş pozitif hukuk kuralları biçiminde ele almakla onu öz kimliği içinde kavramaktan yoksun bırakmış oluşudur.²⁹

İradeci hukuksal pozitivizm bilim ve ahlak dışıdır. İradeci anlayış, totaliter ve otoriter siyasal sistemlere gerekçe hazırlar. Nitekim ırkçı-toplumcu faşist düşünceye kaynaklık eden hukukların ve hukukçuların büyük bir çoğunluğu hukuksal pozitivisttirler.³⁰

Pozitivizmle ilgili açıklamalarımızı bitirirken son olarak bir noktaya daha değinmek istiyoruz. Bu nokta, Osmanlı hukuku ile Türkiye Cumhuriyeti hukukunun pozitivizm bakımından değerlendirilmesidir. Prof.Dr. Adnan Güriz'e göre Osmanlı hukuk sistemi temelde iradeci pozitivist bir hukuk görüşünü yansıtmıştır. Cumhuriyet hukuku ise iradeci pozitivizm yerine normcu pozitivist görüşü benimsemiştir (Bkz. 1924 Anayasası 103. md., 1961 Anayasası 8. md., 1982 Anayasası 11. md.).

Cumhuriyet hukuku, yasaların Anayasaya uygun olması yanında tüzüklerin yasalara ve yönetmeliklerin de hem yasalara hem de tüzüklere uygun olmasını yani normlar açısından normlar arasında bir hiyerarşi bulunmasını öngörmüştür. 1961 Anayasası ile yasaların Anayasaya uygunluğunu denetleyen bir organ olarak Anayasa Mahkemesinin hukuk yaşamına girmesi ve bu sistemin 1982 Anayasasında da devam ettirilmesi Anayasaya uygun bir normlar hiyerarşisi oluşturmak isteğinin bir ifadesi olarak değerlendirilmek gerekir.³¹

III. HUKUKUN KÖKENİNİ ETİK DEĞER OLARAK GÖREN ANLAYIŞ: DOĞAL HUKUK AKIMI

Doğal hukuk, bütün insanlar ve toplumlar tarafından bağlayıcılığı kabul edilen hukuk ilkeleri anlamında kullanıldığı gibi; pozitif hukukun karşıtı olan, insanın aklıyla bulduğu, bağlayıcılığını devletten almayan,

²⁹ Tark Özbilgen, "Hukuk Sosyolojisinin Etiko-Filolojik Temelleri", İ.Ü.H.F.M., C.39, S(1-4), İst., 1974, s.260.

³⁰ Öktem, "Hukuksal Pozitivizm..", s.294.

³¹ Güriz, a.g.e., s.210.

devlet hukukunun değerlendirilmesinde yararlanılan adalet esasları olarak da açıklanır.³²

İnsan, gerek yürürlük ve gerekse değer bakımından pozitif hukuk düzenini aşan, ondan daha üstün bir değere sahip hukuk düzenini, bir ideal hukuku, adil hukuk idesini daima aramıştır. Bu düşünce teorik ifadesini Doğal hukuk akımında bulmuştur.³³ İnsanoğlunun aramış olduğu pozitif hukukun üzerinde bulunan bu değer ölçüsüne halk dilinde "adalet" denir. Hukuk bilimi ve hukuk felsefesi pozitif hukukun üzerindeki bu değer ölçüsüne "Doğal hukuk" demektedir.³⁴

Doğal hukuk düşüncesine göre çeşitli ülkelerde yürürlükte bulunan hukuk, gittikçe doğal hukuka yaklaşacak ve böylece aradaki değişiklikler ortadan kalkacaktır. Nitekim Fransa Medeni Kanunu yapıldığı zaman onun baş tarafında "Bütün yasaların kaynağını oluşturan evrensel ve değişmez bir hukuk vardır ki, yeryüzündeki bütün insanları o hukuk yani akl-ı selim idare eder" cümlesi yazılmıştır.³⁵

Tarih içerisinde doğal hukuk anlayışlarını şu şekilde özetleyebiliriz:

Stoacı düşünürler, doğal hukuku akıl yoluyla bulunan ve insanlığın ortak değerlerini belirten bir esaslar topluluğu olarak görmüşlerdir.³⁶

Orta Çağ Avrupasında doğal hukuk ilahi hukukla eş anlamlı sayılmış ve bu yaklaşım Kilise hukukunun, diğer bir deyimle Kanonik hukukun oluşumunda önemli bir rol oynamıştır. Bu anlayışa göre hukuk, tüm varlıklar gibi Tanrı tarafından yaratılmıştır ve O'nun bir armağanıdır. Dini ve teolojik dünya görüşü zaviyesinden hareket eden doğal hukuk anlayışında hukukun nihai kaynağı daha doğrusu kökeni Tanrı'dır.³⁷ Bu nedenle hukukun çiğnenmesi, onun kurallarına aykırı davranılması Tanrı'ya karşı işlenmiş bir suçtur.

Orta Çağ Avrupasının doğal hukuk anlayışı, hiyerarşik bir düzen

³² Güriz, a.g.e., s.34.

³³ Çağıl, *Hukuka ve Hukuk İlimine Giriş*, s.396.

³⁴ Çağıl, *Hukuka ve Hukuk İlimine Giriş*, s.402.

³⁵ Esat Arsebük, *Medeni Hukuk*, Ank., 1938, s.23.

³⁶ Güriz, a.g.e., s.191.

³⁷ Orhan Munir Çağıl, "İnsan Hakları ve Tabii Hukuk, İ.Ü.H.F.M., C.50, S(1-4), s.82.

içerisinde yasa türlerine varır:

Lex Aeterna (=Sonsuz Yasa): Yaratacı ve yönetici olan Tanrı'nın iradesinden, onun kurduğu düzenden ibarettir. Kimse hakkında hiç bir şey bilemez. Ancak varlığına inanılabilir, inanılması gerekir.³⁸

Lex Naturalis (=Doğal Yasa): Sonsuz yasanın içeriğine aykırı olmamak ve onun hizmetinde bulunmak üzere var olan yasadır. Bu, Tanrısal yasanın insan aklına yansıyan bölümünü biçimlendirir. İyilik yapmak ve kötülükten kaçınmak gibi tek bir ilkeye indirgenebilecek olan bu yasa, insanlara iyi ile kötü arasında bir ayırım yapabilmeyi öğretir, onları Tanrısal yasaya yaklaştırır; çünkü ilk insan ilk günahla zayıflamış, fakat iyiyi bilmek ve onu gerçekleştirmek yolundaki ilahi güçlerini tamamen yitirmemiştir.

Lex Humana: İnsanlar tarafından yapılan ve doğal yasaya uygun olması gereken yasadır. Bunlar, toplumun yararına insanların davranışlarını düzenleyen, yer ve zamana göre değişiklik gösterebilen yasalardır.³⁹

Lex Divina: Lex aeterna, lex naturalis ve lex humananın yanında Saint Thomas d'Aquin'e göre bir de Lex Divina yani İlahi Yasa vardır. Tanrı bize, ebedi mutluluk gibi yüksek bir ideali hedef olarak göstermiştir. Bu ideali gerçekleştirebilmenin yolunu ancak O gösterebilir. Çünkü ne kadar insan varsa o kadar da kanaat vardır. Yasalar arasında bu derece ayrılığın olması da bu yüzdendir. Binaenaleyh yapılması gereken iyilik ve kaçınılması gereken kötülük konusunda hiç bir şüphemizin kalmaması için, bizi, yukarıdan şaşmazlığına güvenebileceğimiz ilahi bir yasanın aydınlatması gerekir. İşte bu yasa Lex Divina'dır. Kökenini doğrudan doğruya Tanrı'nın iradesinde bulan bu yasalar, gerçekte, yine içeriği bakımından Tanrı'nın iradesinden ibaret bulunan lex aeternanın belli kimselere, ruhani şahıslara vahiy yoluyla bildirilen esaslardan, dini prensiplerden meydana gelmektedir. İlahi yasanın temel işlevi, lex naturalisi ve lex humanayı arayan insanlara rehberlik etmektedir.⁴⁰

³⁸ Aral, "Hukuka İlişkin...", s.316.

³⁹ Aral, "Hukuka İlişkin...", s.317.

⁴⁰ Ch. Crozat, "Thomas D'Aquin'in Hukuk ve Devlet Nazariyesi", Çev. R.G.Okandan, İ.Ü.H.F.M., s.586 vd; Muvaffak Akbay, **Umumi Amme Hukuku Dersleri**, Ankara

Rönesans ve reform hareketleri ile doğal hukuk, orta çağda kazanmış olduğu dinsel nitelikten çıkarak laikleşmeye başlamıştır. Protestanlar, kilisenin Tanrı hukukunu yorumlama konusundaki yetkisini reddetmişler ve akla dayanan bir doğal hukuk görüşünün giderek etkinlik kazanmasında önemli rol oynamışlardır.⁴¹ Doğal hukuku teokratik elbisesinden çıkartıp, laiklik prensibinin felsefi temelini atan hukukçu ve felsefeci Hugo Grotius'tur.⁴²

Rasyonalist doğal hukuk anlayışına göre hukukun gerçek kaynağı, daha doğrusu kökeni insan aklıdır. İnsan aklı, pozitif hukukun regulatif prensibi, rehberi ve ölçütüdür.⁴³

Rasyonalist doğal hukuk, bireyci ve yararcıdır. Hukuk ve devlet gibi kurumlar bireylerin refah ve mutluluğunu sağlamak amacıyla var olmuşlardır.⁴⁴ Çağıl'a göre Rasyonalist doğal hukuk dünyevileştirilmiş olduğu için ruhsuzdur. Bu yüzden çabuk çökmüş ve düşünce aleminden göçüp gitmiştir.⁴⁵

20. yüzyılda hukuki gelişmenin belirli değerlere dayanması gereği, bir zorunluluk olarak savunulmuştur. Dünya savaşlarının olumsuz etkileri, insanlar arasındaki güvensizlik duygusunun giderek artması ve ahlaki değerler konusundaki belirsizlik, doğal hukukun ortaya attığı görüşlere yeniden dönebilecek bir ortam meydana getirmiştir.⁴⁶

1958, C.I, s.141; Recai G.Okandan, *Umumi Amme Hukuku*, İst., 1968, s.371.

⁴¹ Güriz, a.g.e., s.192.

⁴² Okandan, *Umumi Amme Hukuku*, s.95 vd.

⁴³ Ersin Çamoğlu, "Aklıyeci Tabii Hukuk Açısından Büyük Fransız İhtilali", *İ.Ü.H.F.M.*, C.29, S(1-2), s.301; Çağıl, "İnsan Hakları...", s.82; Aral, "Hukuka İlişkin...", s.314.

⁴⁴ Çamoğlu, a.g.e., s.55.

⁴⁵ Orhan Munir Çağıl, "Hukuk Mefhumu ve Hukuk İdesine Dair Bazı Düşünceler", *İ.Ü.H.F.M.*, C.23, S(1-4), s.402.

⁴⁶ Güriz, a.g.e., s.193.

B. İSLAM HUKUKUNDA HUKUKUN KÖKENİYLE İLGİLİ GÖRÜŞLER

İslam hukuk metodolojisinin yararlandığı ve bağlantılı olduğu bilim dallarından birisi de "kelam"dır.⁴⁷ "Bu dünyada övgüyü ya da yergiyi hakeden veya duruma göre, hem bu dünyada hem de ahirette ödül ya da cezayı gerektiren hüsn (=güzellik) ve kubh (=çirkin)in kaynağı" ile ilgili olarak geleneksel kelam biliminde yapılan tartışmaları, "İslam hukukunda hukukun kökeni nedir?" probleminde taşıdığımızda, muhtemelen şu iki görüş ileri sürülebilir:

Birinci görüşe göre, iyi ve kötü ancak vahy yoluyla bilinebilir. Özellikle Eşariler tarafından savunulan bu tezde, şeriat tarafından emredilen şey iyi, yasaklanan şey ise kötüdür. Şeriat, iyi kabul edilen bir şeyi kötüye, kötü kabul edilen bir şeyi de iyiye dönüştürebilir. Eylemler, kendi başlarına ne iyidir ne de kötüdürler; kendilerinde, onları cezaya ya da ödüle muhatab kılacak herhangi bir şey yoktur. Eylemleri cezalandırılabilir ya da ödüllendirilebilir hale getiren nakil veya şeriatır.⁴⁸

Görüldüğü gibi Eşariler, Allah tarafından şeriat aracılığıyla bildirilmeden önce, iyi ve kötünün akılla bilinmeyeceğini savunmaktadırlar. Bu düşüncenin temelinde, Allah'ın mutlak kudret ve hakimiyetini ileri sürerek vahy gelmeden önce akla hiç bir etkinlik alanı tanımama çabası yatmaktadır. Sonuç olarak Eşarilere göre, İslam hukukunda hukukun kökeninin vahy olduğunu söyleyebiliriz.

İkinci bir anlayışa göre, nesnelere ve eylemler kendi özlerinde iyidir ya da kötüdürler. Mu'tezile tarafından savunulan bu düşüncede, iyilik ya da kötülük, varlıkların ve eylemlerin özlerinde bulunur.⁴⁹

Bu anlayışta, şeriatın emir ve yasaklarının, bütün düzenlemelerinin gerekçesi, varlıkların ve eylemlerin iyiliği ya da kötülüğüdür. Utanılacak davranışlar veya yanlış eylemler, doğaları gereği kötüdürler. Bu nedenle Allah bunları işlemeyi yasaklamıştır.⁵⁰

⁴⁷ Taha Cabir Alvanî, *Fıkıh Usulü*, Çev. M.Erdoğan, İst., 1992, s.2.

⁴⁸ İmamü'l-Harameyn Abdulmeâlî Abdülmelik el-Cüveynî, *Kitabü'l-İrşad*, Beyrut 1985, s.228.

⁴⁹ İbn Ahmed b.Abdulcebbar, *Şerhu Usulü'l-Hamse*, Kahire 1965, s.309.

⁵⁰ Cüveynî, a.g.e., s.228; Kadı Abdulcebbar, a.g.e., s.309.

Mu'tezileye göre vahy ya da şeriat, eylemlerin akılla bilinebilecek özelliklerini ortaya çıkarır, te'kit eder. Nitekim, "Allah, adaleti, iyilik yapmayı, akrabaya vermeyi emreder; edepsizlikten, fenalıktan ve azgınlıktan meneder. Öğüt almanız için size böyle öğüt verir."⁵¹ mealindeki ayet, hem adalet ve iyiliğin, hem de kötülük ve çirkinliğin, Allah tarafından emr ve yasak edilmeden önce de eylemlerde var olan gerçek özellikler olduğunu göstermektedir.⁵²

Ebu Hanife, Allah'ın akıl yoluyla bilinebileceği konusunda, Mu'tezile ile aynı düşüncede olup şöyle demektedir: "Göklerdeki ve yerdeki yaratılışı gördükten sonra, hiç kimse yaratıcısını bilmeme konusunda özürlü sayılamaz. Bu nedenle eğer Allah, insanlara herhangi bir peygamber göndermeseydi onların akıllarıyla Allah'ı bilmeleri gerekirdi."⁵³ Ebu Hanife'ye göre akıl, bazı şeylerin iyiliğini ve kötülüğünü genel olarak bilebilir. Buna karşın Mu'tezilede akıl, her şeyin iyi ve kötü olanını bütün ayrıntılarıyla bilebilir.⁵⁴

Sonuç olarak Mu'tezile, bağımsız akılla doğru ve gerekli olan bir çok şeyi bilebileceğimiz konusunda ısrar etmekte, iyi ve kötüyü eşyanın doğasına bağlamaktadır. Bu anlayışa göre, İslam hukukunda hukukun kökeninin "iyi veya yararlı olanı yapma, kötü veya zararlı olandan kaçınma" prensibi olduğunu söyleyebiliriz. Bu prensibin İslam literatüründeki ifadesi, "Emr bi'l-Ma'ruf ve Nehy ani'l-Münker"dir. Ma'ruf, insan doğasının, insan fitratının tanıdığı ve kabullendiği şey, münker ise insan doğasının, insan fitratının tanımadığı ve kabullenmediği şeydir. Bu anlayışta eşyanın iyi ve kötü oluşu, Allah'ın iradesinin kitap ve peygamberler aracılığıyla şeriat anlamında onlara yönelmesinden önce gelir. Allah'ın iradesinin vahy ya da insan fitratı (=doğal din, akl-ı selim) aracılığıyla iyi ve güzel olan şeyleri emretme, kötü ve güzel olan şeyleri de yasaklama şeklindeki yönelimiyle hukuk kuralı doğar. Bu görüşe göre, İslam hukukunda hukukun kökeninin, salt nakil veya şeriat olduğu söylenemez. Kitap ve peygamberler olmasa bile insan aklı, bütün iyiliklerin ve güzelliklerin kaynağı olan Allah'ın varlığı ve birliği bilgisine

⁵¹ Nahl, 16/90

⁵² Kadı Abdulcebbar, a.g.e., s.564.

⁵³ M.M.Şerif, *İslam Düşünce Tarihi*, İst. 1990, C.I, ss.284-285.

⁵⁴ İsa Doğan, *Murcie ve Ebu Hanife*, Samsun 1992, s.100.

ulaşabiliyorsa, adam öldürmenin ve hırsızlık yapmanın kötü bir şey olduğu, yolda kalmışa ve yetime yardım etmenin de güzel bir şey olduğu gibi cüzî iyilere evleviyetle (=öncelikle) ulaşır. Nitekim Kur'an-ı Keim'e göre, kendi lehine ve aleyhine olan şeylerin neler olduğunu görmek, yaratılıştta, insana bahşedilen bir niteliktir: "Kişiye ve onu şekillendirene, sonra da ona kötülük ve iyiliğinin ne olduğunu ilham edene and olsun ki, kendini arıtan kurtulmuş ve onu örtüp saklayan ise yıkıma uğramıştır."⁵⁵

SONUÇ

Bugün din, hukuk, ahlak gibi kurumların bireysel bilinçlerden bağımsız olarak nesnel bir gerçeğe bağlı olduklarını hemen herkes kabul etmektedir. Ancak bu toplumsal kurumlar bireysel bilinçler olmadıkça var olamazlar.⁵⁶ Yani bu kurumlarla bireysel bilinçler birbirlerinin sine qua non (=onsuz olmaz) unsurudurlar.

Hukuk, bir taraftan bilincimizde doğuştan mevcut bir ide olarak diğer taraftan da tarihsel ve pozitif bir olgu olarak, kendisini iki yönden gösterir.⁵⁷ Olaylar olmasalardı hukuk da olmazdı. Ancak bu, olayların dışında hukukun varolamayacağını içermez. Evet hukuk, olaylarla vardır, fakat olaylardan çıkmamaktadır.⁵⁸

Hukukun kökeni ne sadece iradede, ne sadece akılda, ne de sadece duygudadır. Aksine hukuk iradede, akılda ve duyguda aynı zamanda kendini belli eder, tek kelimeyle insan ruhunda belirir. Kökeni ise tüm evreni kapsamakla kalmayıp onu da aşan sonsuz varlığın mükemmelliğinde, varlığın en yüksek ve en reel boyutunu vücuda getiren ideal hakikatte aranması gereken bir ide, bir kıymet ve bir prensiptir.⁵⁹

İnsan, sadece tabii ve manevi bir varlık değil, aynı zamanda belli

⁵⁵ Şems, 91/7-10

⁵⁶ N.Şazi Kösemihal, *Sosyoloji Tarihi*, İst., 1984, s.255.

⁵⁷ Rahmi Çobanoğlu, "Fenomen ve İdeal Olarak Hukuk", s.68.

⁵⁸ Tarık Özbilgen, "Hukukun Anlamı", *İ.Ü.H.F.M.*, C.29, S(1-4), İst.1969, s.680.

⁵⁹ Çağıl, *Hukuka ve Hukuk İlmine Giriş*, s.21.

bir kavme mensup⁶⁰ olarak belli bir zaman dilimi içinde yaşayan,⁶¹ gelişen ve aşama kaydeden⁶² bir varlıktır. Tarihsel deneyim ve sosyal realitenin gösterdiği bütün değişikliklere rağmen hukukta daima sürekli kalan ebedi bir taraf vardır.⁶³ Hayat, herkesin kendi keyfine ve seçimine göre bir hukuka izin vermediği gibi, bütün zaman ve uluslar için yürürlükte olan değişmez muhtevalı bir hukuku da hedef olarak göstermez.⁶⁴

Hukukun kısmen insan tabiatına, kısmen de doğal, sosyal ve tarihsel yaşamın durum ve koşullarına dayanması,⁶⁵ yani hukukun bir taraftan fenomen, diğer taraftan da ideal oluşu, hukukta değişen ve değişmeyen unsurların varlığını gerektirir.⁶⁶

İnsan ruhunda hukuk kurallarının doğmasına neden olan temel itilerin, hiç değilse çoğunluğu bakımından aynı ve devamlı olduklarında şüphe yoktur. Yine muhakkaktır ki, aynı bir neden, birbirinden çok farklı formüllerle ifade edilebilir ve tamamen değişik koşullarda uygulanması gerektiği zaman bir antitez halinde ortaya çıkacak dereceye varabilir. Örneğin birey yaşamının korunması, devlet öncesi dönemlerde aile grubunun (kabilenin) uyguladığı şahsi ölçü usulleri ile sağlanmıştır. O dönemde şahsi öce izin verilmiş, hatta bu zorunlu görülmüştür. Halbuki devlet bu himayeyi üzerine aldığı zaman, şahsi ölçü, bir suç halini alır, ancak amac aynıdır.⁶⁷

Sonuç olarak hukukun olumusunda insanın tabiatı sabit etken, bunun dışında kalan doğal, sosyal ve tarihsel realiteler ise değişen etkenler olarak kabul edilmek gerekir.⁶⁸ İnsan şuurunun öyle bir ritmi, zihinsel hayatımızda değişmeyen, daima baki kalan öyle bir anı mevcuttur ki, işte bu, hukukun kökünü, en esaslı nedenini, Vico'nun deyişiyle onun

⁶⁰ Hucurat, 49/13

⁶¹ Araf, 7/34; Yunus, 10/9

⁶² Nuh, 71/14; İnşikak, 84/9; Mearic, 70/3

⁶³ Çobanoğlu, a.g.e., s.679.

⁶⁴ Maide, 5/48

⁶⁵ Çağıl, **Hukuka ve Hukuk İlmine Giriş**, s.80.

⁶⁶ Çobanoğlu, a.g.e., s.679; Çağıl, a.g.e., s.81; Maide, 5/48; Şura, 42/13

⁶⁷ Çobanoğlu, a.g.e., s.687.

⁶⁸ Çağıl, a.g.e., s.81.

ebedi tohumunu oluşturur.⁶⁹

Son söz olarak; İslam hukukunda hukukun kökeniyle ilgili yapılacak detaylı bir çalışmanın bize göre hareket noktalarını Kalam disiplininden "Hüsn-Kubh", "Nübüvvet", "Salah-Aslah" ile "Ta'dil-Tecvir" konuları; Fıkıh Usulünün "Şer'u men kablena (=bizden öncekilerin şeriatları)" ile "Hüküm-Hakim" bahisleri, hüküm bildiren ayet ve hadislerin ortaya çıkış evreleri ve nedenleri (ayetlerin Mekkî ya da Medeniliği ile Esbab-ı Nuzulu, hadislerin Esbab-ı Vurudu) ve hem Tefsir Usulünün hem de Fıkıh Usulünün ilgi alanına giren "Nesh nazariyesi" oluşturabilir diye düşünüyoruz.

⁶⁹ Çobanoğlu, a.g.e., s.672.