

HUKUKUN TEMELİ İLE İLGİLİ YAKLAŞIMLAR

Ahmet ÜNSAL*

Özet

Hukukun Temeli ile İlgili Yaklaşımlar

Hukukî yapıların meydana gelmesinde düşünce olarak etkili olan faktörlerin neler olduğu hukuk felsefesinin temel konularından birini teşkil etmektedir. Bazıları hukukun kendiliğinden oluşabileceği düşüncesini taşıırken çoğunluk hukukun bilinçli bir iradenin ürünü olduğunu kabul etmektedir. Bu görüşü taşıyanların önemli bir bölümü söz konusu "bilinçli irade"nin metafizik bir kaynaktan sâdır olduğunu ve özellikle semavî dinlerin, hukuk sistemlerinin şekillenmesinde oldukça etkili oldukları fikrini taşımaktadır. Bazıları ise hukukun kaynağının fiilen gücü elinde bulunduran dünyevi otoriteler olduğunu ifade etmektedir. Çalışmamızda ana hatlarıyla bu düşünceler ele alınıp çeşitli değerlendirmeler yapılmıştır.

Anahtar kelimeler: Hukukun kaynağı, dinî hukuk, laiklik, hukuk-din ilişkisi.

Abstract

Approaches to the Basis of Law

The question of which intellectual factors have impact on the formation of legal institutions constitutes one of the basic subjects of legal philosophy. While some of the legal theoreticians argue that law may come into existence by itself, the majority believes that it is the product of a conscious will. A considerable section of the latter holds that this conscious will is derived from a metaphysical source and the revealed religions in particular played an effective role in forming the legal systems. Still some others suggest that the sources of legal systems are the secular authorities who hold political power *de facto*. This study aims at a general discussion and evaluation of these arguments.

Key words: Source of law, religious law, secularism, law-religion relationship.

1. Giriş

Sosyal yaşamın vazgeçilmez unsurlarından biri olan hukuk kurallarının ve bu kuralların uygulanmasındaki en büyük destek olan yaptırım gücünün birlikteliğiyle meydana gelen hukukî yapının temelini oluşturan faktörün ne olduğu

* Doç. Dr., Ankara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi

hukuk felsefesinin en temel konularından birini oluşturmaktadır.

Kimi yazarlarca hukukun maddî kaynakları başlığı altında ele alınan bu hususu ana hatlarıyla incelerken ağırlıklı üzerinde duracağımız husus, hukukun kaynağı olması itibarıyla dinî düşünceleri ve özellikle semavî dinlerin hukuka bakışlarını ana hatlarıyla ortaya koyabilmektir. Bunu yaparken konunun bütünü ile ilgili teori ve yaklaşımları da çok kısa olarak belirtmeye çalışacağız ve konuya genellikle hukuk felsefesi zaviyesinden bakacağız. Bu çalışmanın daha sonra konu ile ilgili yapılacak olan detaylı çalışmalar için bir hazırlık mahiyetinde olduğunu ifade etmek isteriz.

Hukukun temeli hakkındaki görüşler iki başlık altında incelenebilir. Bunlar “hukuku bilinçli irade ürünü” sayan görüşler ve hukuku “irade dışı” sayan görüşlerdir. Şimdi bunları sırayla ele alalım.

2. Hukuk Bilinçli Bir İradenin Ürünüdür

Temelde bu düşünceye sahip olanlara göre hukuk bilinçli bir iradenin ürünüdür. Ancak bu iradenin niteliği hakkında çeşitli görüşler öne sürülmüştür. Bunları dört başlık altında zikretmek mümkündür.

2.1. Hukukun Kaynağı Dindir

Bu teoriye göre hukukun esasî mukaddes niteliklidir ve hiçbir tartışmayı kabul etmez. Devlet otoritesini ilâhî iradede alır ve sonuç olarak kendisi de mukaddes bir niteliğe bürünür. Bu dünya öteki dünyaya hazırlık evresidir. Devletin görev, amaç ve işlevi, uygun ortamı hazırlamaktır. Bu hazırlıkta devlet güçlerine din adamları yardımcı olmalıdır çünkü Tanrı buyruğunu en iyi onlar anlar ve onlar yorumlar. Bir başka ifadeyle teorik alandaki teolojinin siyasî alandaki karşılığı teokrasidir.¹

Hukuku ilâhî iradeye dayandırma girişimi iki farklı şekilde ortaya çıkmıştır. Birincisi, “basit teolojizm”dir. Bu doktrine göre hukuk sadece ilâhî iradeye yani yüce bir varlığın emrine dayanmaktadır. Bu yaklaşıma göre “Tanrı tarafından istenilen şey âdil ve haklıdır.” “Rasyonel teolojizm” adı verilen diğer yaklaşıma göre ise adalet, ilâhî iradenin keyfî olarak emrettiği şey değil emretmek mecburiyetinde olduğu şeydir ve ilâhî irade bu mecburiyetten beri olmaz. Bir başka ifadeyle basit teolojizme göre Tanrının emrettiği şey kutsal ve

1 Giorgio Del Vecchio, *Hukuk Felsefesi Dersleri*, çev.: Sahir Erman, Sermet Matbaası, İstanbul 1952, s. 447; Niyazi Öktem, *Devlet ve Hukuk Felsefesi Akımları*, Eren Ofset, İstanbul 1995, s. 222.

azizdir; rasyonel teolojizme göre ise kutsal ve aziz olan şey bu niteliklerinden ötürü Tanrı tarafından emredilmiştir (yani kutsiyet emirden önce gelmektedir).²

Âdil ve haklının Tanrı tarafından emredilmiş olmasında bu niteliklerin Tanrı bu şekilde emrettiği için mi âdil ve haklı oldukları yoksa bizatihi âdil ve haklı oluşları sebebiyle mi Tanrı tarafından emredildikleri İslâm düşünce tarihinde de Husûn-Kubuh konusu kapsamında Eş'arî ve Mu'tezile ekolleri arasında tartışma konusu olmuştur.

Eş'arî kelâmcıları birinci alternatifi seçmiş ve "bir şey Allah emrettiği için iyidir" görüşünü savunmuşlardır. Onlara göre "iyi" ve "kötü" kavramları Allah'ın hitabıyla belirlenir.³ Meselâ "yalan söylemek, Allah yalanı kötülediği için kötüdür. Şayet yalan söylemeyi iyi olarak nitelendirseydi yalan söylemek iyi olurdu ve buna da itiraz edilmezdi."⁴ demektedirler. Dolayısıyla Eş'arîler objektif bir değer teorisini kabul etmenin ilâhî gücü sınırlandırmak demek olacağını öne sürmektedirler.

Mu'tezile ise "iyi" ve "kötü" nün eşyanın tabiatından kaynaklandığını ve insan aklının vahiyden bağımsız olarak ahlâkî ilkelerin bilgisine sahip olabileceğini kabul etmektedirler.⁵ Vahyin fonksiyonu ise, akıl tarafından bilinen iyi ve kötünün yükümlülüğe dönüştürülerek sevap ve ceza ile desteklenmesidir.⁶ Dolayısıyla bir şey Allah tarafından emredildiği için iyi değil, aksine iyi olduğu için Allah tarafından emredilmiştir. Bu takdirde Allah'a, aklen iyi olarak kabul edilen şeyleri emretmesi ve kötü olan şeyleri yasaklaması zorunlu olur.⁷

Genel olarak Eş'arîler ile Mu'tezile arasında orta bir konumda olan Mâtürîdîlerin, bu hususta daha çok Mu'tezileye yakın bir görüşe sahip oldukları bilinmektedir.⁸ Asıl inceleme konumuz bu olmadığı için tartışmaları bir tara-

2 Del Vecchio, *Hukuk Felsefesi*, s. 448.

3 Ebû Bekir Muhammed b. Tayyib el-Bâkılânî, *et-Temhîd fi'r-red alê'l-Mülhideti'l-Muattıla ve'r-Râfıza ve'l- Havâric ve'l-Mu'tezile*, neşr.: Mahmûd M. Haydarî, M. Abdülhâdî Ebû Rîde, Matbaatu Lecneti't-Te'lîf ve't- Terceme ve'n-Neşr, Kahire 1366/1947, s. 103.

4 Ebû'l-Hasan Ali b. İsmâil el-Eş'arî, *Kitâbü'l-Lüma'*, el-Matbaatü'l-Katolikiyye, Beyrut 1952, s. 71.

5 Kâdî Abdülcebbar, Ebû'l-Hasan Kâdî Abdülcebbar b. Ahmed el-Hemedânî, *el-Mugnî fi ebvâbi't-tevhîd ve'l-adl*, neşr.: Tâhâ Hüseyin-İbrâhim Medkûr ve diğerleri, Matbaatu Mısır, Kahire 1962, c. VI, s. 46.

6 Kâdî Abdülcebbar, *el-Mugnî*, c. VI, s. 187; c. XIV, s. 23.

7 Mehmet Şerefeddin [Yaltkaya], "Mu'tezile ve Husun Kubuh", *Dâru'l-Fünûn İlahiyat Fakültesi Mecmuası*, İstanbul 1926, c. II, s. 115.

8 Geniş bilgi için bk. [Mehmed] Seyyid Bey, *Usûl-i Fıkıh Dersleri Mebâhisinden İrâde Kazâ ve Kader*, Âsitane Kitabevi, İstanbul, ts., ss. 213-230.

fa bırakıp konumuzu ele almaya devam edelim.

Hukukun kaynağının din olduğu, hukukî emirlerin ilâhî iradenin tezahürü olduğu yönündeki düşüncenin temelleri oldukça eskidir. İnsanlık tarihinin ilk dönemlerinde bütün hukuk dinî bir mahiyette, din adamları da toplumlarının siyasi liderleri konumunda idi. Doğal olarak da hukukî hükümlerle dinî hükümler bir arada bulunmaktaydı. Örneğin Roma hukukunun ilk dönemlerinde, hukukla uğraşan ve onu uygulayan kişiler “Pontif” denilen din adamlarıydı. Eski Türklerde de Şamanlar yalnız din adamı değil, aynı zamanda hukuk adamı idiler. Yeni Zelanda’nın yerli kabilelerinin, Amerika’nın, Peru’nun, Sümerlerin, Hititlerin, İsrailoğullarının, Mısırlıların eski dönemlerinde hep aynı durum söz konusuydu.⁹

Teokratik devlet düşüncesi özellikle tek Tanrılı dinlerin yayılmaya başlaması ve devlete egemen olmasıyla daha çok belirgin hale gelmiştir. İ.Ö. XII. ve ya XIII. yüzyıllarda doğduğu sanılan Yahudilikte devlet adamları, her şeye kâdir olan tek bir Tanrının emirlerini yerine getirmekle yükümlü kılınmışlardı. Hukuk kuralları doğrudan doğruya Tanrının emirlerinden ibaretti.¹⁰

Musevîliğin XX. Yüzyıl yorumları da tümüyle teokratik devleti benimsemektedir.¹¹ Nitekim 1948’de kurulan İsrail Devletinin Anayasasının giriş kısmında “Biz İsrail milleti, Yüce Tanrı’ya bizi sürgünün sıkıntısından kurtardığı ve eski vatanımıza kavuşturduğu için tevazu ile teşekkür eder... Ülkemizi İsrail Peygamberlerinin barış ve adalet ideallerine uygun olarak yeniden inşa... azmetmiş olarak aşağıdaki yazılı anayasayı kabul ederiz” denilmekte, 77. Madde ise ilham kaynaklarını şu şekilde açıklamaktadırlar: “İsrail’de gelecekte kabul edilecek kanunlar Yahudi Hukukunun temel prensiplerinden ilham alacaktır”¹²

Günümüzde olduğu gibi tarih boyunca da Yahudi devletlerinde din devamlı olarak devlet çatısı içinde yer almış, resmî tatillerden devletin her türlü kurumuna kadar dinsel motifler ön plana çıkmıştır. Zaten vaat edilen topraklarda, Kenan ülkesinde Tanrı buyruğuna uygun bir site kurmak bu dinin ana hedefini oluşturmaktadır.¹³

9 Sadri Maksudî Aarsal, “Teokratik Devlet ve Laik Devlet”, *Tanzimat*, Maârif Matbaası, İstanbul 1940, s. 61; Necip Bilge, *Hukuk Başlangıcı*, Adalet Matbaacılık, Ankara 1992, s. 26.

10 Ernest Hirsch, *Hukuk Felsefesi ve Hukuk Sosyolojisi Dersleri*, Adalet Matbaacılık, Ankara 1996, s. 111.

11 Öktem, *Devlet ve Hukuk*, s. 223.

12 Bekir Berk, *Dünya Anayasalarında Din*, Doğan Güneş Yayınları, İstanbul 1961, ss. 19-20.

13 Öktem, *Devlet ve Hukuk*, s. 242. Geniş bilgi için bk. *age*, ss. 242-247; *Tevrat*, Tesniye, XVII, 14-

Doğuda tek Tanrı inancına dayanmakla birlikte, belirli bir kavme hitap eden Musevîlikten sonra, tek Tanrıya bağlanan ve evrensellik iddiasında bulunan Hristiyanlığın bir kolu olan “Ortodoks Kilisesi”, devletle Tanrı arasında bir ilişki kurmuştur. Devlet doğrudan doğruya Tanrının emrindedir. Devletin emri gerçekte, Tanrıdan gelen bir emrin, insanlara devlet tarafından bildirilmesini içermektedir. Böylece devlet yalnızca bir aracı, Tanrısal emri bildirmek, yerine getirmekle yükümlü bir organ durumundadır.¹⁴

XX. yüzyıla gelindiğinde bile bu düşüncenin izlerini görmek mümkündür. Nitekim 1 Ocak 1952 tarihinde kabul edilen Yunan anayasası şu cümle ile başlamaktadır: “Kutsal, aynı cevherlerden gelme ve taksim edilemez (Trinite) adına Helenler Parlamentosu şu hususları kararlaştırır: Madde 1. Yunanistan’ın müesses dini İsa’nın Doğu Ortodoks Kilisesi dinidir”.¹⁵

Batıya baktığımızda İsa’dan sonraki ilk dönemlerdeki Hristiyan topluluğu, uzun zaman kendisini tanımayan bir devletin baskısı altında yaşamak, kendini devlete karşı korumak zorunda kaldığından doğuya göre farklı bir tutum sergilemek zorunda kalmıştır. Zira Tanrı, Hristiyanlığı emretmekte, devlet ise tanımamaktadır. Nitekim Sezar’a vergi vermenin kutsal yasaya uygun olup olmadığını soranlara Hz. İsa: “Sezar’ın hakkını Sezar’a, Tanrının hakkını da Tanrıya verin”¹⁶ demek suretiyle devlet işlerinden uzak durmayı tercih etmiş görünmektedir. Ancak daha sonra Pavlus: “Herkes, altında bulunduğu yönetime bağlı olsun. Çünkü Tanrıdan olmayan yönetim yoktur. Var olanlar Tanrı tarafından kurulmuştur. Bu nedenle, yönetime karşı direnen, Tanrının düzenlediğine karşı gelmiş olur. Karşı gelenler yargılanır. Yöneticiler Tanrının gayretle çalışan hizmetkârlarıdır”¹⁷ demek suretiyle bir yandan yönetimle iyi geçinme çabası içine girerken, öte yandan devlet idarecilerinin Tanrının emrindeki hizmetkârlar olduğunu ifade etmekle teokratik yönetim düşüncesinin sinyallerini vermektedir.

Dördüncü asrın başlarında Roma İmparatorlarından Konstantinus’un Hristiyanlığı Roma devletinin resmî dini olarak ilan etmesi ve Hristiyanlığa karşı gösterdiği hoşgörü ve yardım karşılığında, Hristiyanlık da dünyevî devlet hakkındaki düşüncelerini değiştirmeye başlamıştı; devleti artık dünya işlerinde

17; Yusuf Besales, “İsrail”, *Yahudilik Ansiklopedisi*, Tiglat Matbaacılık, İstanbul 2001, c. I, s. 258 vd.

14 Hırş, *Hukuk Felsefesi*, s. 112.

15 Berk, *Dünya Anayasaları*, s. 12.

16 Markos, XII, 14-17.

17 Pavlus’un Romalılara Mektubu, XIII, 1-7.

Tanrısal iradenin yerine getirilmesi ile görevli bir organ olarak görüyor, ancak kilisenin kendi ilkelerine bağlı kalmasını istiyordu, çünkü devlet, Tanrısal iradenin ne olduğunu yalnız kiliseden öğrenebilirdi.¹⁸

Bir süre ne imparatorluk Papalığa ne de Papalık imparatorluğa müdahale etti. O zamanın siyasî ve sosyal şartlarının gereği olarak bu iki kuvvet sulh içinde yaşamaya ve birbirlerini tanımaya mecbur oldular. Hristiyanlığı devlet dini olarak tanımış olan imparatorlar, kendi egemenliklerine hizmet etmesi şartıyla, Papalıkla iyi ilişkiler içindeydiler. Roma papaları da bu dönemde imparatorlarla mücadele edecek durumda değildi. Fakat IV. asrın ortalarından itibaren Hristiyan din adamları papaların ruhanî liderliklerinin dünyevî hâkimiyetten yüksek olduğuna dair fikirler neşretmeye başladılar. Bu düşünceyi öne sürenlerden biri Saint Augustin'dir (354-430). St. Augustin "Rabbânî Devlet" (Civitas Dei) adlı eserinde iki türlü devletin mevcut olduğunu, bunlardan birinin rabbânî, diğersinin ise günah ve masiyetten doğmuş ve menşei şeytanî olan dünya devleti olduğunu belirtmektedir. Dünya devletinin meşruiyeti ancak rabbânî devlete ulaşmak için bir vasıta olması halinde söz konusudur.¹⁹ Hukuk Tanrının iradesinin ifadesi olan ebedî bir kanundur. Dolayısıyla hukuk dinden ibarettir. Dinsizler ve dinin yolundan sapanlar cezalandırılmalıdır.²⁰ Bu düşüncelere sahip olan St. Augustin, hem hukuku ilahî iradenin eseri olarak görenler kategorisine girmekte hem de "Dinî Tabîî Hukuk" düşüncesinin savunucusu olarak kabul edilmektedir.²¹ Bir başka ifadeyle ortaçağda din menşeli bir hukukî yapının savunucuları hem ilahî irade teorisyenleri hem de tabîî hukuk temsilcileri olarak değerlendirilmişlerdir.

"Dinî Tabîî Hukuk" genel olarak "Tabîî Hukuk" düşüncesinin özellikle ortaçağdaki büründüğü karakterdir. Tabîî hukuk ifadesi ad olarak yüzyıllardır değişmeyen fakat muhteva olarak ilkçağdan itibaren her dönemde farklı anlamlar ifade eden bir kavramdır. İlkçağda insan tabiatı, ortaçağda ilahî irade, yeniçağda insan aklı, yirminci yüzyılda ise toplumun genel yararı ve kişi hayatı ile ilgili birkaç prensip ve de değişik kapsamlı adalet fikirlerini içeren bir mahiyete bürünmüştür.

Ortaçağ Tabîî hukukçularının hukuk anlayışı az önce de ifade ettiğimiz gibi dinî niteliklidir. İşte bu akımın en önemli temsilcilerinden birisi az önce ifade

18 Arsal, *Teokratik Devlet*, ss. 63-64; Hirsch, *Hukuk Felsefesi*, ss. 112-113.

19 Arsal, *age*, s. 64.

20 Kemal Gözler, *Hukuka Giriş*, Motif Matbaası, Bursa 1988, ss. 196-197.

21 Bilge, *Hukuk Başlangıcı*, s. 182.

ettiğimiz Saint Augustinus diğeri ise Summa Theologica (teoloji özeti) adlı eserin sahibi olan Thomas Aquinas'tır (1226-1274). Aquinolu St. Thomas diye de anılan bu din adamına göre insanî kanunlar, ebedî ve ilâhî kanunlara uymalıdır. Ona göre ebedi kanunlar, evreni yaratan ve yöneten kanunlardır. Bu kanunlar ilâhî irade ile ifade edilirler. Dolayısıyla hukukun temelinde ilâhî irade vardır.²²

Ortaçağda din adamlarının savunuculuğunu yaptığı Tabîî hukuk, ebedî (ilâhî) aklın, akıllı mahlûkla birleşmesinden başka bir şey değildir. Dolayısıyla Tabîî hukukun, insanlarca akıl yoluyla doğrudan doğruya bilinebilir bir mahiyette olduğu kabul edilmektedir.²³ Bu düşünce yukarıda da belirttiğimiz gibi Mutezilî anlayışın Husûn-Kubuh meselesine yaklaşımına benzemektedir.

Beşerî hukuk Tabîî veya ilâhî hukuka aykırı olursa ona itaat gerekir mi? Tomist doktrine göre sosyal düzenin korunması için, kamu yararına aykırı bir sonuç doğursa bile devletin kanunlarına itaat etmek gerekir. Ancak devletin kanunu ilâhî kanunu ihlâl edecek olursa artık ona itaat etme zorunluluğu yoktur. Kiliseye karşı gelen bir devlet meşru değildir. İlâhî kudretin temsilcisi olarak Papa, hükümdarı cezalandırabilir.²⁴

Ortaçağdaki Tabîî hukuk düşüncesini kısaca bu şekilde ifade ettikten sonra asıl üzerinde durduğumuz kilise-devlet ilişkilerini aktarmaya devam edelim.

Papalığın, Roma devleti ve bu devletin yıkılmasından sonra kurulan Fransız ve Alman devletleriyle ilişkileri X. Asırda Avrupa'nın feodalleşmesine kadar belirli bir uyum halinde devam etmiştir. Feodalleşme sürecinde Fransa, İtalya ve Almanya birçok küçük beylik ve krallıklara bölündü. Fakat Alman imparatoru bütün Almanya ve İtalya beylerinin hükümdarı olarak kabul ediliyordu. Bu dönemde Avrupa'da iki yüksek otorite vardı. Biri, bütün Hristiyanların ruhanî lideri kabul edilen ve ortaçağ boyunca manevi otoritesi oldukça artan Roma'daki Papa, diğeri ise Alman imparatoru. Bu iki kuvvet uzun süre sulh içinde yaşayamadılar. Aralarında mücadele başladı.²⁵

Papalığın elinde pek çok gayrimenkul servet birikmişti. Bunun sonucu olarak XI. Asırda bütün Hristiyan kralları ve hatta Alman imparatorunu mutlak surette papaya itaat ettirerek Avrupa'da büyük bir teokratik devlet kurma temayülü baş gösterdi. Bu gayeye ulaşmak için papalar, dünyevî devletler üze-

22 Gözler, *Hukuka Giriş*, ss. 196-197.

23 Del Vecchio, *Hukuk Felsefesi*, s. 63.

24 Aynı eser, s. 64, ss. 479-580.

25 Arsal, *Teokratik Devlet*, s. 64.

rinde hâkimiyet hakkına sahip olduklarına dair fikirleri ısrarla ileri sürmeye başladılar. Bu bağlamda Allah'ın Hristiyanlığı savunmak için papalara iki kılıç bahsettiğini, bunlardan birisinin manevi kılıç yani ruhani liderlik, diğersinin ise maddi kılıç yani dünyevi hâkimiyet olduğunu ve her iki kılıcın Allah tarafından Saint Pierre'in varisi olan papalara verilmiş olduğunu öne sürdüler.²⁶

Bu teori sonucunda XI. Asırdan itibaren Almanya imparatoru ile papalar arasında mücadele başladı. Bu mücadelenin en şiddetlisi Alman İmparatoru IV. Hanri (1050–1106) ile papa VII. Greguvar arasında yaşanmıştır. IV. Hanri, VII. Greguvar'ın papalık makamından düşürülmüş olduğunu, Papa da imparatorun Hristiyan toplumundan kovulduğunu karşılıklı olarak ilan ettiler. Sonuçta imparator halkın kendisinden uzaklaşacağı korkusuyla İtalya'ya gitti. Birçok hakaretimiz muameleye maruz kaldıktan sonra Papa tarafından kabul olundu. Papanın ayaklarına kapandı ve af diledi. Bundan sonra itaat edeceğine söz verdi (1077). Fakat bu itaat çok sürmedi. 1080 senesinde yeniden İtalya'ya yürüdü, Roma'yı aldı, VII. Greguvar'ı papalık makamından indirerek yerine III. Clemen'i papa olarak ilan etti; yeni papa da kendisini törenle Kayser ilan etti. Bütün bu mücadelelere rağmen papalar Avrupa hükümdarlarına dünyevi hâkimiyetlerini kabul ettiremedilerse de İtalya'nın bazı bölgelerinde küçük birkaç devlet kurmaya muvaffak oldular.²⁷

Tarihi süreçte devam eden bu mücadeleler çerçevesinde, kilisenin hâkimiyetine başkaldıran krallara karşı, kilise feodal yapı içinde senyörleri desteklemiş ve tekelleşmiş, güçlü siyasal iktidarların oluşmasına engel olmuştur. Bu gücüyle kilise kendi ahlak, inanç ve kültürünü zorla kabul ettirme yollarını aramış, engizisyon dönemi en bağnaz türünden teokrasiyi dünya tarihine yazdırmıştır.²⁸

Feodalitenin sona ermesinden sonra Avrupa'da kurulan devletlerin başında bulunan krallar, dünyevî hâkimiyetleriyle yetinmeyip, bu hâkimiyete bir nevi dinî ve kutsî bir mahiyet atfetmek istemişlerdir. Örneğin Fransa kralı XIV. Lui, krallığın kendisine Allah tarafından bahşedilmiş olduğunu iddia etmiştir.²⁹ Bu süreç içinde bütün Avrupa ülkeleri yarı teokratik devletler haline geldi. İşte bu dönem Avrupa'da yavaş yavaş aydınlanmanın başladığı dönemdir.³⁰

26 Arsal, *Teokratik Devlet*, ss. 64-65.

27 Aynı eser, s. 66.

28 [http://www.gunlukgazetesi.net/haber.asp?haberid=98523\(30.07.2010\)](http://www.gunlukgazetesi.net/haber.asp?haberid=98523(30.07.2010)).

29 Arsal, *Teokratik Devlet*, s. 67.

30 Aynı eser, s. 84.

Bu dönemde kralların hâkimiyetlerini ilâhi bir mahiyete büründürme çabalarının sebebi, fikren gelişme göstermeye başlayan halkların günün birinde toplumların egemenliği için krallarla mücadele edeceği endişesiydi. Bu mücadelede halkın egemenliğine karşı ilâhî egemenliği koymak istiyorlardı. İlâhî egemenlik teorisinin bütün demokratik akımları durduracağını düşünüyorlardı. Buna mukabil papalık da krallar üzerinde hâkimiyet hakları olduğu iddiasından vazgeçmemiştir.³¹

Gelişen burjuvazi, serveti sermayeye çevirmeye yönelip, kapitalistleşme süreci başladığında, doğal olarak emek gereksinimi de belirecekti. Burjuvazinin amacına ulaşması, toprağa bağlı olan emekçiye yani işçi sınıfını özgür kılmasına ve bu nedenle feodal düzeni çökertmesine bağlıydı. Feodalite kilisenin koruyucu kanatları altında yaşama savaşı verirken, burjuvazi doğal olarak kilise ile çatışacaktı. Feodal beylere karşı, meşruti monarşiden yana çıkan burjuvazi, monarşik yapıyı güçlendirmek ve kendi öz yapısına kavuşturmak açısından, siyasal iktidarın kaynağını 'ulus' kavramına dayandırmak, böylece siyasal iktidarı 'laik'leştirmek zorundaydı.³²

Kısmen şekli bir laikleşme sürecine giren, fakat din ile devlet işlerinin ayrışması anlamındaki 'laiklik'i, tam olarak hiçbir zaman yürürlüğe sokmayan Avrupa devletleri karşısında iddia ve mücadelesinden vazgeçmeyen Kilise, Vatikan Din Devleti olarak 1929 tarihli Latran Antlaşmasıyla uluslararası sahada hâkimiyetini hukuken de kabul ettirmiştir.³³

Bununla yetinmeyen Kilisenin yeni oluşan siyasal biçime ve laik yapıya tepkisi, önce bu değişimlere karşı direnmek biçiminde olmuştur. Direniş, dinsizliğe varan akımların tepkisiyle sindirildiğinde ise, kilise tüm yaşamla ilişkisini kesmek, suskunlaşmak ve kabuğuna çekilmek yolunu yeğlemiştir. Bu süreç sonucunda Papalık, siyasal yaşamda Katolikliğin etkinliğini yasaklasa da bu tavrını uzunca bir süre koruyamamış ve bir Katolik hareketinin yaratılmasını öngörmüştür. Bu görüş, Hristiyan demokrat partilerin Hristiyan hareketi olarak siyasal yaşamda etkin olma yollarını açmıştır.³⁴

Neotomist³⁵ bir yaklaşımla devlete hâkim olma düşüncesini yaymakta olan

31 Arsal, *Teokratik Devlet*, s. 68

32 [http://www.gunlukgazetesi.net/haber.asp?haberid=98523\(30.07.2010\)](http://www.gunlukgazetesi.net/haber.asp?haberid=98523(30.07.2010)).

33 Berk, *Dünya Anayasaları*, s. 18.

34 [http://www.gunlukgazetesi.net/haber.asp?haberid=98523\(30.07.2010\)](http://www.gunlukgazetesi.net/haber.asp?haberid=98523(30.07.2010)).

35 13. yüzyıl Hristiyan filozofu ve kilise papazı Saint Thomas d'Aquin'in 20. yüzyıldaki takipçilerine verilen ad. Onlara göre doğruluk sadece Katolik kilisesindedir. Modern insan naturalist inançlardan kurtulmalı ve orta çağın ruh birliğine dönmelidir. Geniş bilgi için bkz. S. Hayri

tüm Hristiyan demokrat partiler Saint Thomas d'Aquin ve onun XX. yüzyıl yorumcusu Jacques Maritain'in izinden gitmektedirler. Bu partiler iktidara geldikçe, imkânları ölçüsünde görüşlerini uygulamaya sokmak isterler. Bu bağlamda Hristiyan demokrat partiler açık ya da örtülü laikliğin karşısında yer almaktadırlar.³⁶

Katolik eğilim St. Thomas'ın yolunu izlerken protestan ağırlıklı A.B.D.'de özellikle Calvin'ci görüşlerle Mormonluk gibi Hristiyan sapmalar koyu bir bağnazlık içinde açıkça teokratik devleti savunmaktadırlar. Baptist, Church of Christ gibi koyu tutucu kiliseler A.B.D.'de sosyal ve siyasal yaşamı önemli boyutlar içerisinde etkilemektedirler.³⁷

Son semavî din olan İslâm'ın hukuka bakışına gelince, Kur'ân-ı Kerîm hukukun birçok alanı ile ilgili hükümler içermekte ve bu hükümlerin gereğince davranmanın iman gereği olduğunu açıkça ifade etmektedir.³⁸

Hiz. Muhammed hem İslâm dinini insanlara anlatmakla görevli bir peygamber hem de Müslümanların kurduğu devletin başkanıydı. Yasamanın kaynağı Kur'ân ve Sünnet, yürütme ve yargının başı ise Hiz. Peygamberin bizzat kendisiydi.

İslâmî hukuk sistemi hicrî ikinci yüzyıldan itibaren fıkıh adı altında orijinal bir ilmî disiplin olarak ortaya çıkmış, bu disiplin "şer'î-amelî hükümlerin bilgisi"ni içeren bir ilim olarak tanımlanmıştır.³⁹ Bu tanımda sözü edilen "şer'î-amelî hüküm" ise şâri'in mükelleflerin fiillerine yönelik hitabı olarak açıklanmaktadır ki, şâri' Cenâb-ı Hak'tır. Bununla birlikte Hiz. Peygambere de Allah tarafından hükümleri insanlara tebliğ etmekle görevli olması itibarıyla şâri' denilmektedir.⁴⁰ Şu halde İslâm dininde hukukun kaynağı Kur'ân ve onu açıklayan Sünnet'tir.

Kur'an-ı Kerîm'de hem kişinin yaratıcısına yönelik ödevleri hem de toplumu oluşturan diğer fertlerle olan münasebetleri düzenlenmekte, bu bağlamda hukukun çeşitli alanlarına yönelik hükümler yer almakta ve bunlara uyulması gerektiği açıkça ifade edilmektedir. Genel bir yaklaşıma göre Aile Hukuku ile

Bolay, *Felsefî Doktrinler Sözlüğü*, Kuşak Ofset Tesisleri, İstanbul 1984, ss. 284-286.

36 Öktem, *Devlet ve Hukuk*, s. 222. Geniş bilgi için bk. *age*, ss. 234-240.

37 Öktem, *Devlet ve Hukuk*, s. 223.

38 el-Mâide, 5/44.

39 Sadru'sh-Şerî'a Ubeydullah b. Mes'ûd b. Mahmûd, *et-Tavdîh fî halli gavâmudî't-Tenkîh* (Teftâzânî, *el-Telvîh* ile birlikte) Mekteb-i Sanâyi' Matbaası, İstanbul 1310, c. I, s. 22.

40 Ali Haydar (Efendi), Hoca Emin Efendizâde, *Dürrü'l-Hükkâm şerhü Mecelleti'l-ahkâm, Şerhü'l-kavâidi'l-küllîye*, Matbaa-i Tevsî-i Tîbâat, İstanbul 1330, s. 15.

ilgili 70, Borçlar Hukuku ile ilgili 70, Muhakeme Hukuku ile ilgili 13, Ceza Hukuku ile ilgili 30, İdare Hukuku ile ilgili 10, Devletler Hukuku ile ilgili 25 ve İktisatla ilgili 10 âyet olmak üzere toplam 228 âyet doğrudan hukuki saha ile ilgilidir.

Bunlarla insanlar arasındaki münasebetler belli bir ölçü ve düzene kavuşacaktır. Çünkü her insan kendine uygun olduğunu düşündüğü her şeyi elde etmeye çalıştığı gibi, kendisini sıkıntıya sokan her şeyden de rahatsız olur ve farklı boyutlarda tepki gösterir. Bu durumda da zulüm meydana gelir, sosyal düzen zarar görür. İşte bütün bunlara istinaden hukuk vazolunmuştur.⁴¹ İslâm'ın kabul etmiş olduğu hukuk sisteminin oluşumunda -hiyerarşik düzen gözetilmek şartıyla (önce Kur'ân ve sonra Sünnet dikkate alınmak suretiyle)- Müslümanlar da içtihat faaliyetiyle etkili olmuşlardır. Dolayısıyla İslâm'ın öngördüğü hukukî yapının tam teokratik bir yapı olduğu tartışmaya açıktır. Hatta batılı anlamda asla teokratik olmadığı ifade edilebilir.

Değerlendirme

Dini emirlerin cebrî müeyyideye bağlandığı hukuk düzenine “mutlak teokratik hukuk düzeni” adı verilebilir. Mutlak teokratik hukuk düzeni hukuk haline gelmiş dindir. Böyle bir düzenin tersinde “mutlak laik hukuk düzeni” yer alır. Bu düzen tamamı itibarıyla dinî kökenli olmayan hukuk kurallarından oluşan düzen olarak tanımlanabilir. Böyle bir düzende hukuk kuralı haline dönüşmüş din kuralı yoktur.⁴² Ancak hemen belirtelim ki, mutlak laik hukuk düzeninin kurulması mümkün değildir. Laik oldukları iddia edilen hukuk sistemlerinde dahi dinî kaynaklı kurallar vardır ve olacaktır. Dahası, bir hukuk kuralının konulması safhasında her zaman bir din kuralından esinlenilebilir. Bu esinlenme psişik bir vakiadır ve bilinemez. Kısacası tamamen laik hukuk bir fantezidir ve pratikte ancak “belirli” bir ölçüde gerçekleşebilir.⁴³

Örneğin dinî bayramların resmî tatil olması, hafta sonu tatillerinin dinî kaynaklı olması hukukun dinden etkilendiğinin açık bir örneğidir. Bir başka örnek evlenme engelleriyle ilgilidir. Evlenme engellerinden bir tanesi “hısımlık”tır. Türk Medenî Kanunun 129. maddesine göre aşağıdaki kimseler arasında

41 Teftâzânî, Sadeddin Mes'ûd b. Ömer et-Teftâzânî, *et-Teloîh fî keşfi hakâiki't-Tenkîh, Mekteb-i Sanâyi'* Matbaası, İstanbul 1310, c. II, s. 692; Molla Hüsrev, Muhammed b. Ferâmuş b. Ali, *Mir'atü'l-usûl fî şerhi Mirkâtî'l-vusûl*, Matbaayı Osmâniye, İstanbul 1312, s. 554.

42 Gözler, *Hukuka Giriş*, ss. 44-45.

43 Aynı eser, s. 45.

evlenme yasaktır.

1. Üstsoy ile altsoy arasında; kardeşler arasında; amca, dayı, hala ve teyze ile yeğenleri arasında,
2. Kayın hısımlığı meydana getirmiş olan evlilik sona ermiş olsa bile, eşlerden biri ile diğerinin üstsoyu veya altsoyu arasında,
3. Evlat edinen ile evlatlığın veya bunlardan biri ile diğerinin altsoyu ve eşi arasında.

Bütün bu yasaklamaların kaynağı nedir? Her ne kadar yakın hısımlık ve akraba arasındaki evliliklerin sağlıksız, özürlü, anormal çocuklar doğmasına sebep olduğu düşünülse de öte yandan kurulabilecek bu tür evlilikler, dolayısıyla cinsel yönden de birleşmeler, ahlâkî ve dinî düşüncelere de aykırı kabul edilmiştir. Dolayısıyla bu manevî değerler göz önünde bulundurulmuştur.⁴⁴

Manevî değerlerin dikkate alındığı bir diğer nokta boşanma sebepleri arasında ifade edilmekte (TMK Madde 149-150), öte yandan aynı cinsten kimselelerin evlenmelerine (madde 134 gereğince) izin verilmemektedir. Bütün bunların altında yatan sebep manevî değerlerdir. Çünkü hukuk için ahlâk, ahlâk için ise dinî temel, vazgeçilmez öneme sahiptir.

Şu halde sosyal düzen kurallarının oluşumunda rol oynayan son ve önemli bir kuvvet de maneviyattır. İnsan hayvanlar gibi sadece ihtiyaç duyan ve pratik zekâsıyla ihtiyaçlarını gidermeye çalışan bir varlık değildir. İnsan aynı zamanda, gönlünde temiz duygular, yüksek emel ve idealler besleyen ve gerektiğinde bunlar uğruna maddî ihtiyaçlarını untabilen, hatta hayatını bile feda edebilen manevî bir benliktir. İnsanı tam olarak tarif etmek için: “duyan, bilen, dileyen ve inanan mahlûktur” demek gerekir. Bu dört unsurdan sadece insana mahsus olanı ise inançtır. Bir başka ifadeyle bu dört unsurdan en yükseği en insanîsi olan inanç, toplum hayatının da en derin temelidir.⁴⁵

Burada şunu da belirtmek gerekir ki öte dünyaya ait cezalarla desteklenmiş olan hukuk sisteminin, yaptırım gücü itibarıyla laik sistemden daha üstün olduğu öne sürülmektedir. Zira teokratik sistemi benimsemiş olan birisi için dünyevî yaptırımlardan kurtulmak, dünyevî kaza makamlarından kaçmak mümkündür; ama her şeyi bilen Tanrıdan gizlenmek imkânsızdır; öte dünyaya ait yaptırımlarla doğrulanan bir emrin ihlâli cezasız kalmaz.⁴⁶

44 Aydın Zevkliler, *Medenî Hukuk- Aile Hukuku*, Baran Ofset, Ankara 1992, s. 690.

45 Ali Fuat Başgil, “Devlet Nizamı ve Hukuk”, *İÜHF*, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul 1950, c. XVI, sayı: 1-2, ss. 42-43.

46 Hırş, *Hukuk Felsefesi*, ss. 115-116.

Rousseau'nun şu düşüncelerini aktararak konuyu sonlandırıp diğer teorilere kısaca temas edelim.

"Milletlere uygun gelecek en iyi toplum kurallarını bulup çıkarmak için öyle yüksek bir zekâya lüzum vardır ki, insanların bütün ihtiraslarını bildiği halde hiçbirine kapılmasın; insan tabiatını hakkıyla tanıdığı halde onunla hiçbir münasebeti olmasın. Öyle bir zekâ ki saadeti bizimkine bağlı olmamakla beraber, saadetimiz için çalışmayı istesin ve zamanın seyri içinde, kendisi için uzak olan bir şerefle yetinsin, bir asırda çalışıp öteki asırda bundan faydalanabilsin. İnsanlara kanunlar vermek için tanrılar gerek."⁴⁷

2.2. Hukukun Kaynağı En Güçlü Olanın İradesidir

Bu anlayışa göre de hukuk, bir iradeden ileri gelmektedir. Fakat bu irade Tanrının değil, bu dünyada yaşayan insanların ya da belirli bir topluluğun en güçlüsünün iradesidir. Sözü geçen hukuk anlayışında "en güçlü" kavramı, ancak siyaset alanında en güçlü olanıdır. Çünkü hukuk bir düzendir. Bu düzenin korunması siyaset demektir. Hukukta da en güçlü demek, belirli bir insan topluluğunda, belirli bir ülkede, belirli bir zamanda siyaset alanında en güçlü olan kişi demektir.⁴⁸

Hukukun en güçlü olanın iradesi demek olduğunu Pascal şu cümleleriyle ifade etmektedir: "Hukuk dediğimiz şey kuvvetin ifadesidir. Devlet, yalnız cebir ile devam ettirilen medenî bir müessesedir. Bütün beşerî toplumlar bencilliğe, riyaya ve kuvvete dayanır, kuvvetli olan hükümler olur. Nitekim adalet münakaşa, kuvvet tasdik edilir. Kuvvet adaleti nakzeder; âdil kuvvetli kılınmadığı için kuvvetli âdil kılınmıştır."⁴⁹

Görüldüğü gibi bu teori, hukuku siyasal iktidara sahip olanların iradesine dayandırmaktadır. Bu irade bir tek şahsın iradesi olabileceği gibi, birkaç veya birçok insanın birleşmiş iradesi olarak da kabul edilebilir. Gerçekte siyasal iktidar, maddesel kuvvete veya çoğunluk kudretine dayanır. O halde bu sistemin

47 John Jackques Rousseau, *Toplum Anlaşması*, çev.: Vedat Günyol, Milli Eğitim Basımevi, İstanbul 1997, ss. 52-53.

48 Hırş, *Hukuk Felsefesi*, ss. 116,117. Konu hakkında geniş bilgi için ayrıca bk. Hırş, *Hukuk Felsefesi*, ss. 118, 119; Niccolo Machiavelli, *Hükümdar*, çev.: Mehmet Özyay, Ketenci Ofset, İstanbul 1999, s. 42, 79, 104, 105, 138; Ernst von Aster, *Felsefe Tarihi Dersleri I*, çev.: Macit Gökberk, İstanbul 1943, ss. 86-89; Del Vecchio, *Hukuk Felsefesi*, ss. 36-37, s. 443; Abdülhak Kemal Yörük, *Hukuk Felsefesi Dersleri*, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1958, s. 67; Yavuz Abadan, *Hukuk Felsefesi Dersleri*, Güzel Sanatlar Matbaası, Ankara 1954, ss. 57, 84, 85, 157; Cahit Can, *Hukuk Sosyolojisinin Gelişim Yönü*, Ankara 1996, s. 114.

49 Yörük, *Hukuk Felsefesi*, s. 73.

mantıksal sonucu olarak hukukun kuvvete dayandığı ifade olunabilir. Nitekim Bismarck gibi bazı devlet adamları “kuvvet haktır” şeklinde bir düstura dayandıklarını açıkça belirtmekten çekinmemişlerdir.⁵⁰

Hukukun kaynağını İlâhî irade olarak kabul eden düşünceler hariç tutulursa, hukuku en güçlüünün iradesi olarak ifade olan görüş ideal olan görüş olmamakla birlikte realiteyi en doğru şekilde yansıtan görüştür. Mesela herhangi bir ulus devletin hukukî yapısına bakacak olursak bu iddianın doğruluğu ortaya çıkacaktır. Şöyle ki, küçük kurumların yasaları sayılan yönetmelikler, tüzüklere, tüzükler, kanun hükmünde kararnamelere, sonuncular yasalara, yasalar da Anayasa’ya aykırı olamaz, onunla çelişemez. Yapılacak yeni bir anayasanın da devletin kuruluş felsefesinde yer alan temel ilkelere aykırı olmaması gerekir. İşte bu noktaya kadar hukuk konuşur. Bundan sonraki aşamada devleti kuran, egemenliği temsil eden iradenin cebir gücü devreye girer. Sonuç olarak hukukun, cebir gücünü elinde bulunduranların kolektif iradelerine rağmen şekil alması, değişikliğe uğraması hak kavramıyla değil, daha üstün bir güce boyun eğmesiyle mümkün hale gelebilir. Dolayısıyla gücü elinde bulunduran merci her halükarda hukukun temelini oluşturmuş olur. Yaptırım gücü olmayan hukuk sistemleri ise teorik alandan öteye gidemezler.

2.3. Hukukun Kaynağı Toplumun Genel İradesidir

Bu düşünceye göre hukuk ne Tanrının ne de en güçlü olanın iradesidir. Hukuk milletin genel iradesidir. Fertler yalnız hukukun konusu değil, yani hukuk kurallarına muhatap olan değil, aynı zamanda hukuk kurallarını belirleyen kimselerdir. Fertler yalnız hukuka, kanunlara tâbi olmayacak, kanunları da fertlerin iradesi meydana getirecektir.⁵¹ Bu düşünce bir önceki “Hukukun Kaynağı

50 Bilge, *Hukuk Başlangıcı*, s. 182. Değerlendirmeler için ayrıca bk. Bilge, *Hukuk Başlangıcı*, s. 183; Rousseau, *Toplum Anlaşması*, ss. 54–55; Del Vecchio, *Hukuk Felsefesi*, s. 443; Niyazi Öktem, *Hukuk Felsefesi*, Tasvir Gazetecilik ve Matbaacılık, İstanbul 1983, s. 23; Öktem, *Devlet ve Hukuk*, s. 325.

51 Hırş, *Hukuk Felsefesi*, ss. 120, 121, 176, 177. Ayrıca bk. Charles de Secondat de la Brède Baron de Montesquieu, *Rûhu'l-Kavânîn*, çev.: Hüseyin Nazım, Matbaayı Âmire, İstanbul 1339, c. I, s. 13, 352; Rousseau, *Toplum Anlaşması*, s. 136; Arsal, *Hukuk Felsefesi Tarihi*, s. 251; Walter Burckhardt, “Vakia Olarak ve Postulat Olarak Hukuk”, çev.: Orhan Münir Çağlı, *İÜHF*, c. XVI, sayı: 1-2, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul 1950, ss. 361–362; Hâlide Topçuoğlu, *Hukuk Sosyolojisi (Sosyoloji Açısından Hukuk) I*, Cezaevi Matbaası, İstanbul 1969, c. I, s. 378; Hâlide Topçuoğlu, Ülker Gürkan’ın “*Sosyolojik Hukuk İlmi*” adlı eserine yazılan Önsöz, Ajans Türk Matbaası, Ankara 1961, s. V; Can, *Hukuk Sosyolojisinin Gelişim Yönü*, s. 111; Gözler, *Hukuka Giriş*, ss. 192–194; Elisabeth Noelle-Neumann, *Kamuoyu Suskunluk Sarmalının Keşfi*, çev.: Murat Özkök, Pelin Ofset, Ankara 1988, ss. 105-106; Vecdi Aral, *Toplum ve Adaletli Yaşam*, Bayrak Matbaacılık, İstanbul 1988, ss. 24, 26.

En Güçlü Olanın İradesidir” düşüncesine nisbetle olanı değil olması gerekeni, temenni edileni dile getirmektedir. Yasaların hazırlanmasında en güçlüünün her zaman bir kota koyduğu inkâr edilemez bir gerçektir.

2.4. Hukukun Kaynağı Pozitivist Düşüncedir

Pozitivist teoriler denilince akla gelen ilk isim Auguste Comte’dur (1798–1857). Fizikötesi teorileri kabul etmeyen bu düşüncenin belirgin özelliği yasa metninin olağanüstü yüceltilerek “hukuk” ile eşdeğer görülmesi, daha doğrusu yasanın hukukun yerine geçirilmesidir. Hukukçunun tek ilgi alanı “pozitif hukuk” olmalıdır. Hatta hukuk ve özellikle de Medenî hukuk okutulurken, doğrudan doğruya yasa metni ele alınmalı ve o öğretilmelidir.⁵²

Eski ve yeni birçok düşünür tarafından öne sürülen bu doktrin, tabîî hukukçulara göre, adaleti kanunilikle, emirle aynı şey olarak kabul etmektedir. Oysa bütün dönemlerdeki bütün insanlar âdil ile gayrı âdili, hak ile haksızlığı ayırt etme ihtiyacını hissetmişlerdir. Yasalarla hukukun aynı şey olduğu, aynı değerde tutulması gerektiği tarzındaki düşüncenin gerek toplumun ve gerekse bireyin gelişmesindeki ilkel safhalara özgü olduğu kolaylıkla belirtilebilir. Çocuklar gibi, ancak ilkel topluluklardır ki, emredilmiş bir şeyi haklı olan bir şeyden, yapılmış olanı yapılması gerekenden ayıramazlar. Fakat gerek birey ve gerekse toplum hayatında, çok geçmeden eleştiri hissi uyanır.⁵³

3. Hukuk İrade Dışı Oluşmuştur

Bu görüşü savunanlara göre hukuk bilinçli bir iradenin ürünü değildir. Bir başka ifadeyle hiçbir irade hukuku yaratamaz. Zira hukuk kendi kendisine yeten bir kavramdır ve insan dışında gizli bir halde zaten mevcut bulunmaktadır. Onu bir davranış düsturu biçiminde ifade eden insan iradesi, tabiat veya toplumda daha önceden zaten mevcut olanı açıklamaktan başka bir şey yapmış olamaz.⁵⁴ Bu grupta başlıca üç teori vardır:

52 Çağlı, *Hukuk Başlangıcı*, s. 311; Can, *Hukuk Sosyolojisinin Gelişim Yönü*, ss. 102–103, s. 113. Ayrıca bkz. Gözler, *Hukuka Giriş*, ss. 189–192.

53 Del Vecchio, *Hukuk Felsefesi*, ss. 443–444. Ayrıca bk. *age.*, s. 196; Rahmi Çobanoğlu, *Hukukta Gaye Problemi*, Sermet Matbaası, İstanbul 1964, ss. 117–118; Aral, *Adaletli Yaşam*, s. 77, 202.

54 Bilge, *Hukuk Başlangıcı*, s. 183.

3.1. Tabîî Hukuk Teorisi

Daha önce de ifade ettiğimiz gibi, tabîî hukukun adı yüzyıllardır değişmediği halde, tabiattan kastedilen şeyin çağlara göre değiştiği gözlemlenmektedir. İlk çağda bu tabiattan insan tabiatı anlaşılmıştır. Ortaçağda ise tabiatı yarattığı düşünülen “Tanrısal irade” ve dolayısıyla ilahî düzen, açıkçası din anlaşılmıştır. Yeniçağda ise insan aklından kaynaklanan hukuk anlaşılmıştır.⁵⁵ Görüldüğü gibi hukuk tarihi tabîî hukuk teorilerinin zengin bir çeşitliliğini gösterir. Bu farklı doktrinlerin belki de yegâne ortak noktası hukukî pozitivizme karşı oluşlarıdır.⁵⁶

3.2. Tarihçi Hukuk Teorisi

Rasyonalist doktrinlere karşı tarihçilik adı altında ortaya çıkan birçok sistem vardır. Örneğin, Frederik Schelling (1775-1854) ve George Hegel’in (1770-1831) felsefî tarihçiliği,⁵⁷ Restorasyon filozoflarından L. De Bonald (1754-1840), Giuseppe De Maistre (1753-1821), C. L. von Haller (1768-1848) ve diğerlerinin siyasî tarihçiliği⁵⁸ ve konumuzla ilgili olan Alman hukukçular Gustav Hugo (1764-1884), Friedrich Carl von Savigny (1779-1861), George Puchta (1798-1864) ve diğerlerinin hukukî tarihçiliği.⁵⁹

Hukuk felsefesi tarihinde Tabîî hukuk akımına karşı bir reaksiyon olarak doğmuş olan tarihçi hukuk ekolü, felsefî ve siyasî amaçlardan tamamen uzak olarak, sırf hukuk ilmini ilgilendiren bir dava halinde ortaya çıkmıştır. Tabîî hukukun olan ve olması gereken şeklindeki dualist metoduna karşın tarihî hukuk ekolü monisttir ve tabîî hukukun individüalist düşünce tarzına da karşıdır. Tarihçi Hukuk ekolüne göre her hukuk sistemi ait olduğu toplumun bir ürünüdür ve o topluma ait tecrübelerle gelişme gösterir.⁶⁰

55 Gözler, *Hukuka Giriş*, s. 195.

56 Norman P. Barry, *Modern Siyaset Teorisi*, çev.: Mustafa Erdoğan-Yusuf Şahin, Liberte Yayınları, Ankara 2003, s. 36, 37. Tabîî Hukuk hakkında geniş bilgi ve değerlendirmeler için bkz. Del Vecchio, *Hukuk Felsefesi*, ss. 59, 74, 442, 447; Abadan, *Hukuk Felsefesi*, s. 136; Topçuoğlu, *Hukuk Sosyolojisi*, c. I, ss. 394-395, s. 401, 408; Rahmi Çobanoğlu, “XVIII ve XIX. Asırların Sosyal Felsefesi Üzerinde Bacon Natürizminin Tesirleri”, *Ord. Prof. Dr. Ernst E. Hirsch’e Armağan*, Ajans Türk Matbaası, Ankara 1964, s. 185; Bilge, *Hukuk Başlangıcı*, s. 186; Gözler, *Hukuka Giriş*, ss. 196-198.

57 Felsefî Tarihçilik hakkında geniş bilgi için bk. Del Vecchio, *Hukuk Felsefesi*, ss. 140-145.

58 Siyasî Tarihçilik hakkında geniş bilgi için bk. Del Vecchio, *age*, ss. 138-140.

59 Del Vecchio, *age*, s. 446.

60 Abadan, *Hukuk Felsefesi*, ss. 258-259, 264. Tarihçi Hukuk Ekolü hakkında geniş bilgi ve değer-

3.3. Sosyolojik Hukuk Teorisi

Sosyolojik hukuk akımı olarak ifade edilen bu düşünceye göre, hukukun kaynağını, doğrudan doğruya toplumun içerisinde yaşayan ilişkilerde, özetle toplumsal olgularda aramak gerekir. Bu görüşe göre hukukun kaynağı “toplumsal gerçeklik”tir.⁶¹ Bazı müelliflerce Sosyolojik Pozitivizm olarak ifade edilen⁶² bu düşüncede toplumun içindeki hukuk, devletin koyduğu hukuktan daha eskidir. Çünkü devletten önce de toplumsal düzen vardı. Kurallar toplumsal olay ve kurumlardan önce değildir. Bu akım, hukukun akıl yoluyla düşünülüp yaratıldığını reddeder. Hukuk toplum hayatının kendiliğinden ortaya çıkan bir üründür. Devletin yaptığı şey, ortaya çıkan bu hukuku tespit etmekten ibarettir.⁶³

4. Hukukun Temeli Ahlâktır

Hukukî kuralların ahlâkî değerlerden esinlenmesi gerektiği hemen hemen genel kabul görmüş bir düşüncedir.⁶⁴ Ancak hukuka yön verecek olan bu ahlâkî değerlerin kaynağı ne olacaktır? Hangi ahlâk anlayışı kriterimiz olacaktır? Herkesin üzerinde anlaşma sağladığı bir ahlâkî değerler sistemi var mıdır? Bir başka ifadeyle ahlâkın temeli vicdan mıdır? Duygu mudur? Yoksa din midir?

Felsefe tarihi boyunca ahlâk için “din” ve “din dışı” farklı temellendirmeler yapılmıştır. Ancak ahlâkın temellendirilmesi bağlamında dine dayalı temellendirmenin, diğer temellendirme arayışlarına nazaran daha tutarlı olduğu anlaşılmaktadır.⁶⁵

lendirmeler için bk. Del Vecchio, *Hukuk Felsefesi*, ss. 146–150; Başgil, “Devlet Nizamı ve Hukuk”, ss. 39–40; Orhan Münir Çağıl, “Jhering’in Hukuk Nazariyesinin Anahatları”, *İÜHF*, c. XI, sayı: 3-4, Kenan Matbaası, İstanbul 1945, ss. 279–280; Topçuoğlu, *Hukuk Sosyolojisi*, c. I, ss. 19-25; Hırş, *Hukuk Felsefesi*, ss. 88–89, s. 91; Ülker Gürkan, *Sosyolojik Hukuk İlmi*, Ajans Türk Matbaası, Ankara 1961, s. 4; Güriz, *Hukuk Felsefesi*, ss. 228–229; Aral, *Adaletli Yaşam*, s. 201; Can, *Oluşum Süreci İçerisindeki Hukuk Sosyolojisi*, s. 39; Gözler, *Hukuka Giriş*, s. 200.

61 Gözler, *Hukuka Giriş*, s. 200.

62 Bilge, *Hukuk Başlangıcı*, s. 185.

63 Gözler, *Hukuka Giriş*, ss. 200–201. Geniş bilgi için bk. Del Vecchio, *Hukuk Felsefesi*, s. 138; Topçuoğlu, *Hukuk Sosyolojisi*, c. I, ss. 72-73; Yörük, *Hukuk Felsefesi*, s. 51, ss. 253-254; Gürkan, *Sosyolojik Hukuk İlmi*, s. 97; Bilge, *Hukuk Başlangıcı*, ss. 185-186; Güriz, *Hukuk Felsefesi*, ss. 327–328.

64 Başgil, “Devlet Nizamı ve Hukuk”, ss. 42-43, 49-50; Orhan Münir Çağıl, Walter Burckhardt’ın “Vakıa Olarak ve Postulat Olarak Hukuk” başlıklı makalesinin çevirisine düşülen not, *İÜHF*, c. XVI, sayı: 1-2, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul 1950, ss. 379-380; Bilge, ss. 29-30; Aral, *Adaletli Yaşam*, ss. 95-96; Can, *Hukuk Sosyolojisinin Gelişim Yönü*, ss. 165-166.

65 Ahlâkın Temellendirilmesi hakkında bk. Recep Kılıç, *Ahlâkın Dinî Temeli*, Türkiye Diyanet

5. Sonuç

Hukukun meydana gelişinde üç temel unsur göz ardı edilemez. Bunlar norm, sosyal realite ve ahlâktır. Normun ne olduğu konusunda iki farklı görüş vardır. Birincisi; yazılı kanun metninin bizzat kendisidir. Bu kanun metninin kaynağı ise son tahlilde “kurucu iktidar”dır. Bir başka ifadeyle en güçlü olanın iradesidir ve bu tür bir hukuk sistemi dayatmacı niteliktedir. Hukuku ilahî irade ürünü sayanlara göre ise normun kaynağı Allah’tır. Normun mahiyeti hakkındaki diğer görüş ise, norm mevcut yasaların üstünde olan ve yasaların bir kıtası niteliğindeki “olması gereken” dir. Bu görüş Yeniçağ ve XX. yüzyıl Tabîî hukukçularının görüşüdür. Pozitif hukuk bu görüşlerden birincisini kabul etmektedir.

Hukukun ikinci temel unsuru ise sosyal realitedir. Hiçbir hukuk sistemi sosyal realiteyi göz ardı edemez, etmemelidir. Bu sosyal realite içine halkın ihtiyaçları, örf ve âdetleri ve de inançları girmektedir. Günümüz dünyasındaki belli başlı hukuk sistemlerinden birisi olan Anglosakson hukuk sistemi bu düşünceye dayalı bir hukuk sistemidir. Hazırlanan Avrupa Birliği Anayasasında da bu düşünce ön plana çıkmaktadır. Bu açıdan baktığımızda, İslâm hukuku da sosyal realiteyi göz ardı etmemekte ve reformcu değil tekâmülcü bir karakter sergilemektedir.

Hukukun üçüncü temel unsuru da az önce belirttiğimiz gibi ahlâktır. Ahlâkın temellendirilmesi bağlamında ise dine dayalı temellendirmenin, diğer temellendirme arayışlarına nazaran daha tutarlı ve sağlam esaslara dayandığını ifade etmek mümkündür.

Kaynakça

- Abadan, Yavuz, *Hukuk Felsefesi Dersleri*, Güzel Sanatlar Matbaası, Ankara 1954.
- Ali Haydar (Efendi), Hoca Emin Efendizâde, *Dürrü’l-Hükkâm şerhü Mecelleti’l-ahkâm, Şerhü’l-kavâidi’l-küllîye*, Matbaa-i Tevsî-i Tıbâat, İstanbul 1330.
- Aral, Vecdi, *Toplum ve Adaletli Yaşam*, Bayrak Matbaacılık, İstanbul 1988.
- Arsal, Sadri Maksudî, “Teokratik Devlet ve Laik Devlet”, *Tanzimat*, Maârif Matbaası, İstanbul 1940.
- Aster, Ernst von, *Felsefe Tarihi Dersleri I*, çev.: Macit Gökberk, Ahmed İhsan Matbaası, İstanbul 1943.
- el-Bâkîllânî, Ebû Bekir Muhammed b. Tayyib, *et-Temhîd fi’r-red alê’l-Mülhîdeti’l-Muattıla ve’r-Râfıza ve’l-Havâric ve’l-Mu’tezile*, neşr.: Mahmûd M. Haydarî, M. Abdülhâdî Ebû Rîde, Matbaatu Lecneti’t-Te’lif ve’t-Terceme ve’n-Neşr, Kahire 1366/1947.
- Barry, Norman P., *Modern Siyaset Teorisi*, çev.: Mustafa Erdoğan, Yusuf Şahin, Liberte Yayınları, Ankara 2003.
- Başgil, Ali Fuat, “Devlet Nizamı ve Hukuk”, *İÜHFEM*, XVI/1-2, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul 1950.

Vakfı Yay., Ankara 1991.

- Berk, Bekir, *Dünya Anayasalarında Din*, Doğan Güneş Yayınları, İstanbul 1961.
- Besales, Yusuf, "İsrail", *Yahudilik Ansiklopedisi*, Tıglat Matbaacılık, İstanbul 2001.
- Bilge, Necip, *Hukuk Başlangıcı*, Adalet Matbaacılık, Ankara 1992.
- Bolay, Süleyman Hayri, *Felsefi Doktrinler Sözlüğü*, Kuşak Ofset Tesisleri, İstanbul 1984.
- Burckhardt, Walter, "Vakıa Olarak ve Postulat Olarak Hukuk", çev.: Orhan Münir Çağıl, *İÜHF*, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul 1950, c. XVI, sayı: 1-2.
- Can, Cahit, *Hukuk Sosyolojisinin Gelişim Yönü*, Adalet Matbaacılık, Ankara 1996.
- Çağıl, Orhan Münir, "Jhering'in Hukuk Nazariyesinin Anahatları", *İÜHF*, Kenan Matbaası, İstanbul 1945, c. XI, sayı: 3-4.
- Çobanoğlu, Rahmi, *Hukukta Gaye Problemi*, Sermet Matbaası, İstanbul 1964.
- , "XVIII ve XIX. Asırların Sosyal Felsefesi Üzerinde Bacon Natürizminin Tesirleri", *Ord. Prof. Dr. Ernst E. Hirsch'e Armağan*, Ajans Türk Matbaası, Ankara 1964.
- Del Vecchio, Giorgio, *Hukuk Felsefesi Dersleri* çev.: Sahir Erman, Sermet Matbaası, İstanbul 1952.
- el-Eş'arî, Ebü'l-Hasan Ali b. İsmâil, *Kitâbü'l-Lüma'*, el-Matbaatü'l-Katolikiyye, Beyrut 1952.
- Gözler, Kemal, *Hukuka Giriş*, Motif Matbaası, Bursa 1988.
- Gürkan, Ülker, *Sosyolojik Hukuk İlmi*, Ajans Türk Matbaası, Ankara 1961.
- Hirş, Ernest, *Hukuk Felsefesi ve Hukuk Sosyolojisi Dersleri*, Adalet Matbaacılık, Ankara 1996.
- Kâdî Abdülcebbar, Ebü'l-Hasan Kâdî Abdülcebbar b. Ahmed el-Hemedânî, *el-Mugnî fi ebvâbi't-tevhîd ve'l-adl*, neşr.: Tâhâ Hüseyin-İbrâhim Medkûr ve diğerleri, Matbaatu Mısır, Kahire 1962.
- Kılıç, Recep, *Ahlâkın Dinî Temeli*, Türkiye Diyanet Vakfı Yay., Ankara 1991.
- Machiavelli, Niccolo, *Hükümdar*, çev.: Mehmet Özyay, Ketenci Ofset, İstanbul 1999.
- Mehmet Şerefeddin [Yaltkaya], "Mu'tezile ve Husun Kubuh", *Dâru'l-Fünûn İlahiyat Fakültesi Mecmuası*, İstanbul 1926, sayı: II.
- Molla Hüsrev, Muhammed b. Ferâmuz b. Ali, *Mir'atü'l-usûl fi şerhi Mirkâtî'l-vusûl*, Matbaayı Osmâniye, İstanbul 1312.
- Montesquieu, Charles de Secondat de la Brède Baron, *Rûhu'l-Kavânîn*, çev.: Hüseyin Nazım, Matbaayı Âmire, İstanbul 1339.
- Noelle-Neumann, Elisabeth, *Kamuoyu Suskunluk Sarmalının Keşfi*, çev.: Murat Özkök, Pelin Ofset, Ankara 1988.
- Rousseau, John Jackques, *Toplum Anlaşması*, çev.: Vedat Günyol, Milli Eğitim Basımevi, İstanbul 1997.
- Sadru'Şerîa, Ubeydullah b. Mes'ûd b. Mahmûd, *et-Tavdîh fi halli gavâmudî't-Tenkîh* (Teftâzânî, *el-Telvîh* ile birlikte) Mekteb-i Sanâiyî Matbaası, İstanbul 1310.
- Seyyid Bey, [Mehmed], *Usûl-i Fıkıh Dersleri Mebâhisinden İrâde Kazâ ve Kader*, Âsitane Kitabevi, İstanbul, ts.
- Öktem, Niyazi, *Devlet ve Hukuk Felsefesi Akımları*, Eren Ofset, İstanbul 1995.
- , *Hukuk Felsefesi*, Tasvir Gazetecilik ve Matbaacılık İşletmesi, İstanbul 1983.
- Teftâzânî, Sadeddin Mes'ûd b. Ömer et-Teftâzânî, *et-Telvîh fi keşfi hakâiki't-Tenkîh*, *Mekteb-i Sanâiyî* Matbaası, İstanbul 1310.
- Topçuoğlu, Hâmede, *Hukuk Sosyolojisi (Sosyoloji Açısından Hukuk) I*, Cezaevi Matbaası, İstanbul 1969.
- , Ülker Gürkan'ın "Sosyolojik Hukuk İlmi" adlı eserine yazılan Önsöz, Ajans Türk Matbaası, Ankara 1961.
- Yörük, Abdülhak Kemal, *Hukuk Felsefesi Dersleri*, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1958.
- Zevkililer, Aydın, *Medenî Hukuk-Aile Hukuku*, Baran Ofset, Ankara 1992.