

## POZİTİF HUKUKUN KAYNAĞI İLE İLGİLİ YAKLAŞIMLAR

Ош Мамлекеттик Университети  
ТЕОЛОГИЯ ФАКУЛЬТЕТИНИН  
ИЛИМИЙ ЖУРНАЛЫ  
9-10- саны, 2006  
83-96- бб.

Ahmet ÜNSAL\*

### Abstract

#### Debates On The Source Of Positive Law

Social and cultural factors which are the essentials of legal codes are called the material sources of law. These are the basics of law, as well. There have been many theories with regard to the sources of law in the history of Philosophy of Law. These can be classified under two headings as those who consider law as 'voluntary' and 'involuntary' code. In this paper the view which considers law as the outcome of a voluntary will and regards religion as the source of law are outlined in detail.

**Key words:** Source of law, divine law, natural law, positive law.

### I. GİRİŞ

Hukukta "kaynak" kavramı çeşitli anlamlarda kullanılmaktadır. Bilgi kaynağı, organsal kaynak, şekli kaynak, aslı kaynak, yardımcı kaynak gibi. Bilgi kaynağı pozitif hukuk kurallarının bulunacağı yerleri; organsal kaynak sosyal bir normu hukuk kuralı haline getiren organı; maddi kaynak hukuk kurallarının oluşmasına neden olan her türlü toplumsal ve düşünceye dayalı verileri; aslı ve yardımcı olmak üzere şekli kaynak ise hukukun ortaya çıkış şeklini ifade eder.

Biz burada hukukun maddi kaynağı ile ilgili yaklaşımları ana hatlarıyla ele alacağız. Bu çerçevede hukukun maddi kaynakları; tarihsel, toplumsal, ahlâkî, dinî, ideolojik, ekonomik, kültürel, teknik her türlü kökenden oluşabilmektedir.<sup>1</sup> Bizim ağırlıkla üzerinde duracağımız husus, hukukun kaynağı olma itibarıyla dini düşünce ve özellikle semavî dinlerin hukuka bakışlarını ana hatlarıyla imkan nispetinde kısaca incelemektir. 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.

Maddi kaynaklara hukukun temeli demek de mümkündür. Hukukun temeli hakkındaki görüşler iki başlık altında incelenebilir. Bunlar "hukuku

\* Dr. Ankara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi İslâm Hukuku Anabilim Dalı Araştırma Görevlisi

<sup>1</sup> Kemal Gözler, *Hukuka Giriş*, Motif Matbaası, Bursa 1988, s. 153.

bilinçli irade ürünü" sayan görüşler ve hukuku "irade dışı" sayan görüşlerdir. Şimdi bunları sırayla ele alalım.

## II. HUKUK BİLİNÇLİ BİR İRADENİN 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.

### A. Hukukun Kaynağı Dindir

Bu teoriye göre hukukun esası mukaddes niteliklidir ve hiçbir tartışmayı kabul etmez. Devlet otoritesini ilâhî iradedden 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.<sup>2</sup>

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 olamaz. Bir başka ifadeyle basit teolojizme göre, Tanrının emrettiği şey kutsal ve azizdir; rasyonel teolojizme göre ise kutsal ve aziz olan şey bu niteliklerinden ötürü Tanrı tarafından emredilmiştir (yani kutsiyet emirden önce gelmektedir).<sup>3</sup>

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.<sup>4</sup> Meselâ "yalan söylemek, Allah yalanı kötülediği için kötüdür. Şayet yalan söylemeyi iyi olarak nitelendirseydi yalan söylemek iyi olurdu ve buna da itiraz edilmezdi."<sup>5</sup> demektedirler. Dolayısıyla

<sup>2</sup> Giorgio Del Vecchio, *Hukuk Felsefesi Dersleri* (trc. Sahir Erman), Sermet Matbaası, İstanbul 1952, s. 447; Niyazi Öktem, *Devlet ve Hukuk Felsefesi Akımları*, Eren Ofset, İstanbul 1995, s. 222.

<sup>3</sup> Del Vecchio, s. 448.

<sup>4</sup> Ebû Bekir Muhammed b. Tayyib el-Bâkîlânî, *et-Temhîd fi'r-red alê'l-Mülhideti'l-Muattıla ve'r-Râfıza ve'l-Havâric ve'l-Mu'tezile* (nşr. Mahmûd M. Haydarî-M. Abdülhâdî Ebû Ride), Matbaatu Lecneti't-Te'lîf ve't- Terceme ve'n-Neşr, Kahire 1366/1947, s. 103.

<sup>5</sup> Ebû'l-Hasan Ali b. İsmâil el-Eş'arî, *Kitâbü'l-Lüma'*, el-Matbaatü'l-Katolikiyye, Beyrut 1952, s. 71.

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.<sup>6</sup> Vahyin fonksiyonu ise, akıl tarafından bilinen iyi ve kötünün yükümlülüğe dönüştürülerek sevap ve ceza ile desteklenmesidir.<sup>7</sup> 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.<sup>8</sup> Asıl inceleme konumuz bu olmadığı için tartışmaları bir tarafa 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, Amerikanın, Peru'nun, Sümerlerin, Hititlerin, İsrailoğullarının, Mısırlıların eski dönemlerinde hep aynı durum söz konusuydu.<sup>9</sup>

Teokratik devlet düşüncesi özellikle tek Tanrılı dinlerin yayılmaya başlaması ve devlete egemen olmasıyla daha çok belirgin hale gelmiştir. İ.Ö. XII. veya 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.<sup>10</sup>

Musevîliğin XX. Yüzyıl yorumları da tümüyle teokratik devleti benimsemektedir.<sup>11</sup> Tarih boyunca Yahudî 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,

<sup>6</sup> Kâdî Abdülcebâr, Ebû'l-Hasan Kâdî Abdülcebâr b. Ahmed el-Hemedânî, *el-Mugnî fî ebvâbi't-tevhîd ve'l- adl* (nşr. Tâhâ Hüseyin-İbrâhim Medkûr v.dğr.), Matbaatu Mısır, Kahire 1962, VI, 46.

<sup>7</sup> Kâdî Abdülcebâr, VI, 187; XIV, 23.

<sup>8</sup> Mehmet Şerefeddin [Yaltkaya], "Mu'tezile ve Husun Kubuh", *Dâru'l-Fünûn İlahiyat Fakültesi Mecmuası*, II, İstanbul 1926, s. 115.

<sup>9</sup> Sadri Maksudî Arsal, "Teokratik Devlet ve Laik Devlet", *Tanzimat*, Maârif Matbaası, İstanbul 1940, s. 61; Necip Bilge, *Hukuk Başlangıcı*, Adalet Matbaacılık, Ankara 1992, s. 26.

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

<sup>11</sup> Öktem, *Devlet ve Hukuk*, s. 223.

Kenan ülkesinde Tanrı buyruğuna uygun bir site kurmak bu dinin ana hedefini oluşturmaktadır.<sup>12</sup>

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.<sup>13</sup>

Batıda ise 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"<sup>14</sup> 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"<sup>15</sup> 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 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.<sup>16</sup>

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

<sup>12</sup> Öktem, Devlet ve Hukuk, s. 242. Geniş bilgi için bkz. Aynı eser, s. 242-247; Tevrat, Tesniye, XVII, 14-17; Yusuf Besales, "İsrail", *Yahudilik Ansiklopedisi*, Tılgat Matbaacılık, İstanbul 2001, I, 258 vd.

<sup>13</sup> Hırş, s. 112.

<sup>14</sup> Markos, XII, 14-17.

<sup>15</sup> Pavlus'un Romalılara Mektubu, XIII, 1-7.

<sup>16</sup> Arsal, s. 63-64; Hırş, s. 112-113.

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 rabbanî, diğerinin ise günah ve masiyetten doğmuş ve menşei şeytanî olan dünya devleti olduğunu belirtmektedir. Dünya devletinin meşruiyeti ancak rabbanî devlete ulaşmak için bir vasita olması halinde söz konusudur.<sup>17</sup> Hukuk Tanrının iradesinin ifadesi olan ebedî bir kanundur. Dolayısıyla hukuk dinden ibarettir. Dinsizler ve dinin yolundan sapanlar cezalandırılmalıdır.<sup>18</sup> 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.<sup>19</sup> 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 haysiyeti 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 ettiğimiz Saint Augustinus diğeri ise Summa Theologica (teoloji özeti) adlı eserin sahibi olan Thomas Aquinas (1226-1274) tır. Aquinolu St. Thomas diye de anılan bu din adamına göre insani kanunlar, ebedî ve ilahî kanunlara uymalıdır. Ona göre ebedi kanunlar, evreni yaratan ve yöneten kanunlardır. Bu kanunlar ilahî irade ile ifade edilirler. Dolayısıyla hukukun kaynağı ilahî iradedir.<sup>20</sup>

Ortaçağda din adamlarının savunuculuğunu yaptığı Tabîî hukuk, ebedî (ilâhî) aklın, akıllı mahlûkla birleşmesinden başka bir şey değildir. Dolayısıyla Tabîî hukuk insanlarca akıl yoluyla doğrudan doğruya bilinebilir.<sup>21</sup>

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

<sup>17</sup> Arsal, s. 64.

<sup>18</sup> Gözler, s. 196-197.

<sup>19</sup> Bilge, s. 182.

<sup>20</sup> Gözler, s. 196-197.

<sup>21</sup> Del Vecchio, s. 63.

kudretin temsilcisi olarak Papa, hükümdarı cezalandırabilir.<sup>22</sup> 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 edilirdi. 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. 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, dünyevi devletler üzerinde 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, diğerrinin ise maddi kılıç yani dünyevi hâkimiyet olduğunu ve her iki kılıcın Allah tarafından Saint Pierre'in varisi olan papalara verilmiş olduğunu öne sürdüler.<sup>23</sup>

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 kovulduğu 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.<sup>24</sup>

Feodalitenin sona ermesinden sonra Avrupa'da kurulan devletlerin başında bulunan krallar, dünyevî hâkimiyetleriyle yetinmeyip, bu hâkimiyete bir nevi dinî ve kutsî bir mahiyet atfetmek istediler. Örneğin Fransa kralı XIV. Lui, krallığın kendisine Allah tarafından bahşedilmiş olduğunu iddia

<sup>22</sup> Del Vecchio, s. 64, 479-580.

<sup>23</sup> Arsal, s. 64-65.

<sup>24</sup> Arsal, s. 66.

etti.<sup>25</sup> Bu süreç içinde bütün Avrupa ülkeleri yarı teokratik devletler haline geldi. İşte bu dönem Avrupa'da yavaş yavaş aydınlanmanın başladığı dönemdir.<sup>26</sup>

Bu dönemde kralların hâkimiyetlerini ilâhî 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 olduğunu iddiasından vazgeçmemişlerdi. XX. yüzyıla girerken şartlar tamamen değişmiş olmasına rağmen, papalık bu düşüncesinde ısrar etmiş ve sonuç olarak, kendisine destek sağlamak amacıyla Mussolini, Vatikan'da birkaç yüz dönüm arazi üzerinde Papaya siyasi hâkimiyet hakkı tanımıştır.<sup>27</sup>

Hiristiyan filozofların çoğu, bugün dahi neotomist<sup>28</sup> bir yaklaşımla devlete hâkim olma düşüncesini yaymaktadırlar. Dünyadaki tüm Hiristiyan 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 Hiristiyan demokrat partiler açık ya da örtülü laikliğin karşısında yer almaktadırlar.<sup>29</sup>

Katolik eğilim St. Thomas'ın yolunu izlerken, protestan ağırlıklı A.B.D.'de özellikle Calvin'ci görüşlerle Mormonluk gibi Hiristiyan 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.<sup>30</sup>

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.<sup>31</sup>

Hz. 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 Hz. Peygamberin bizzat kendisiydi.

<sup>25</sup> Aarsal, s. 67.

<sup>26</sup> Aarsal, s. 84.

<sup>27</sup> Aarsal, s. 68-69.

<sup>28</sup> XIII. yüzyıl Hiristiyan filozofu ve kilise papazı Saint Thomas d'Aquin'in XX. 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 Bolay, Felsefî Doktrinler Sözlüğü, Kuşak Ofset Tesisleri, İstanbul 1984, s. 284-286.

<sup>29</sup> Öktem, Devlet ve Hukuk, s. 222. Geniş bilgi için bkz. Aynı eser, s. 234-240.

<sup>30</sup> Öktem, Devlet ve Hukuk, s. 223.

<sup>31</sup> 5. Mâide, 44.

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.<sup>32</sup> Bu tanımda sözü edilen "şer'î-amelî hüküm" ise şârî'in hitabı olarak açıklanmaktadır ki, şârî' Cenâb-ı Hak'tır. Bununla birlikte Hz. Peygamber de Allah tarafından hükümleri insanlara tebliğ etmekle görevli olması itibarıyla ona da şârî' denilmektedir.<sup>33</sup> Şu halde İslâm dininde hukukun kaynağı Kur'ân ve onu açıklayan Sünnet'tir.

İlâhî irade "kıyamet" adı verilen belirlenmiş zaman dilimine kadar insan neslinin yeryüzünde toplum olarak yaşamasını istemektedir. Toplumsal yaşamın devam edebilmesi ise fertler arasında mübadele, evlilik ve benzerleri gibi karşılıklı olarak ihtiyaçların giderilmesini sağlayan kuralların vazedilmesini gerektirmiştir. Bu sebeple Allah teâlâ aile hukuku, borçlar hukuku vb. gibi hukukun çeşitli alanları ile ilgili hükümler vazetmiştir. 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 şeye de hiddetlenir. Bu durumda da zulüm meydana gelir, sosyal düzen zarar görür. İşte bütün bunlara istinaden hukuk vazolunmuştur.<sup>34</sup> İslâm'ın kabul etmiş olduğu hukuk sisteminde hiyerarşik düzen gözetilmek şartıyla (önce Kur'ân ve sonra Sünnet dikkate alınmak suretiyle) Müslümanlar da içtihat faaliyetiyle yer almışlardır. Dolayısıyla İslâm'ın öngördüğü hukukî yapının tam teokratik bir yapı olduğu tartışmaya açıktır.

### Değerlendirme

Dini emirlerin cibrî 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.<sup>35</sup> 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.<sup>36</sup>

<sup>32</sup> Sadru's-Ser'â, Ubeydullah b. Mes'ûd b. Mahmûd, *et-Tavdîh fî halli gavâmıdî't-Tenkîh* (Teftâzânî, *el-Telvîh* ile birlikte) Mekteb-i Sanâyi' Matbaası, İstanbul 1310, I, 22.

<sup>33</sup> Ali Haydar (Efendi), Hoca Emin Efendizâde, *Dürrü'l-Hükkâm şerhü Mecelleti'l-ahkâm, Şerhü'l-kavâidi'l-küllîye*, Matbaa-i Tevsî-i Tıbbât, İstanbul 1330, s. 15.

<sup>34</sup> Teftâzânî, Sadeddin Mes'ûd b. Ömer et-Teftâzânî, *et-Telvîh fî keşfi hakâiki't-Tenkîh, Mekteb-i Sanâyi'* Matbaası, İstanbul 1310, II, 692; Molla Hüsrev, Muhammed b. Ferâmuz b. Ali, *Mir'atü'l-usûl fî şerhi Mirkâtî'l-vusûl*, Matbaayı Osmâniye, İstanbul 1312, s. 554.

<sup>35</sup> Gözler, s. 44-45.

<sup>36</sup> Gözler, s. 45.

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 evlenme yasaktır.

Üstsoy ile altsoy arasında; kardeşler arasında; amca, dayı, hala ve teyze ile yeğenleri arasında,

Kayın hısımlığı meydana getirmiş olan evlilik sona ermiş olsa bile, eşlerden biri ile diğerinin üstsoyu veya altsoyu arasında,

Evlât 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.<sup>37</sup>

Manevî değerlerin dikkate alındığı bir diğer nokta boşanma sebepleri arasında ifade edilmekte (TMK. md.149-150), öte yandan aynı cinsten kimselerin evlenmelerine (md. 134 gereğince) izin verilmemektedir. Bütün bunların altında yatan sebep manevî değerlerdir. Çünkü ahlâksız hukuku, dinî temelden yoksun ahlâkî tasavvur etmek imkânsızdır.

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 unutabilen, 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.<sup>38</sup>

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.<sup>39</sup>

<sup>37</sup> Aydın Zevkliler, *Medenî Hukuk, Aile Hukuku*, Baran Ofset, Ankara 1992, s. 690.

<sup>38</sup> Ali Fuat Başgil, "Devlet Nizamı ve Hukuk", *İÜHF*, XVI/1-2, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul 1950, s. 42-43.

<sup>39</sup> Hırş, s. 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 zekâyâ 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." <sup>40</sup>

### B. 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 olandır. 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. <sup>41</sup>

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." <sup>42</sup>

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 mantıksal sonucu olarak hukukun kuvvete dayandığı ifade olunabilir. Nitekim Bismarck gibi bazı devlet adamları "kuvvet haktır" şeklinde bir düstura dayandıklarını açıkça belirtmekten çekinmemişlerdir. <sup>43</sup>

<sup>40</sup> John Jackques Rousseau, *Toplum Anlaşması* (trc. Vedat Günyol), Milli Eğitim Basımevi, İstanbul 1997, s. 52-53.

<sup>41</sup> Hırş, s. 116,117. Konu hakkında geniş bilgi için ayrıca bkz. Hırş, s. 118,119; Niccolo Machiavelli, *Hükümdar*, Çev. Mehmet Özey, Ketenci Ofset, İstanbul 1999, s. 42, 79, 104, 105, 138; Ernst von Aster, *Felsefe Tarihi Dersleri I*, Çev. Macit Gökberk, Ahmed İhsan Matbaası Ltd. Ş., İstanbul 1943, s. 86-89; Del Vecchio, s. 36-37, 443; Abdülhak Kemal Yörük, *Hukuk Felsefesi Dersleri*, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1958, s. 67; Yavuz Abadan, *Hukuk Felsefesi Dersleri*, Güzel Sanatlar Matbaası, Ankara 1954, s. 57, 84, 85, 157; Cahit Can, *Hukuk Sosyolojisinin Gelişim Yönü*, Adalet Matbaacılık Ltd. Şti., Ankara 1996, s. 114.

<sup>42</sup> Yörük, s. 73.

<sup>43</sup> Bilge, s. 182. Değerlendirmeler için ayrıca bkz. Bilge, s. 183; Rousseau, s. 54-55; Del Vecchio, s. 443; Niyazi Öktem, *Hukuk Felsefesi*, Tasvir Gazetecilik ve Matbaacılık İşletmesi, İstanbul 1983, s. 23; Öktem, *Devlet ve Hukuk*, s. 325.

### C. 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.<sup>44</sup>

### D. 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.<sup>45</sup>

Eski ve yeni birçok düşünür tarafından öne sürülen bu doktrin, tabii hukukçulara göre, adaleti kanunîlikle, emirle aynı şey olarak kabul etmektedir. Oysa bütün dönemlerdeki bütün insanlar âdil ile gayri âdili, hak ile haksızlığı ayırt etme ihtiyacını hissetmişlerdir. Bu düşünce tarzının 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.<sup>46</sup>

### III. HUKUK İRADE DIŞI 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.<sup>47</sup> Bu grupta başlıca üç teori vardır:

<sup>44</sup> Hırş, s. 120,121, 176, 177. Ayrıca bkz. Charles de Secondat de la Bréde Baron de Montesquieu, *Rûhu'l-Kavânîn*, Ter. Hüseyin Nazım, Matbaayı Âmire, İstanbul 1339, I, 13, 352; Rousseau, s.136; Arsal, *Hukuk Felsefesi Tarihi*, s. 251. Walter Burckhardt, "Vakia Olarak ve Postulat Olarak Hukuk" (Trc. Orhan Münir Çağıl), *İÜHF.*, XVI/1-2, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul 1950, 361-362; Hâmid Topçuoğlu, *Hukuk Sosyolojisi (Sosyoloji Açısından Hukuk) I*, Cezaevi Matbaası, İstanbul 1969, I, 378; Hâmid 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, s. 192-194; Elisabeth Noelle-Neumann, *Kamuoyu Suskunluk Sarmalının Keşfi*, Çev. Murat Özkök, Pelin Ofset, Ankara 1988, s. 105-106; Vecdi Aral, *Toplum ve Adaletli Yaşam*, Bayrak Matbaacılık, İstanbul 1988, s. 24, 26.

<sup>45</sup> Çağıl, *Hukuk Başlangıcı*, s. 311; Can, *Hukuk Sosyolojisinin Gelişim Yönü*, s. 102-103, 113. Ayrıca bkz. Gözler, 189-192.

<sup>46</sup> Del Vecchio, s. 443-444. Ayrıca bkz. age., s. 196; Rahmi Çobanoğlu, *Hukukta Gaye Problemi*, Sermet Matbaası, İstanbul 1964, s. 117-118; Aral, *Adaletli Yaşam*, s. 77, 202.

<sup>47</sup> Bilge, s. 183.

### A. Tabîî Hukuk Teorisi

Daha önce de ifade ettiğimiz gibi, tabîî hukukun adı yüzyıllardır değişmediği halde, tabiattan kastedilen şeyin çağlara göre değiştiği gözlemlenmektedir. İlkçağda 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.<sup>48</sup> Görüldüğü gibi hukuk tarihi tabîî hukuk teorilerinin zengin bir çeşitliliğini gösterir. Bu farklı doktrinlerin belki de yegâne ortak noktası hukukî pozitivizme karşı oluşlarıdır.<sup>49</sup>

### B. 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,<sup>50</sup> Restorasyon filozoflarından L. De Bonald (1754-1840), Giuseppe De Maistre (1753-1821), C. L. von Haller (1768-1848) vd.nin siyasî tarihçiliği<sup>51</sup> ve konumuzla ilgili olan Alman hukukçular Gustav Hugo (1764-1884), Friedrich Carl von Savigny (1779-1861), George Puchta (1798-1864) vd.nin hukukî tarihçiliği.<sup>52</sup>

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.<sup>53</sup>

### C. 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.<sup>54</sup> Bazı müelliflerce Sosyolojik

<sup>48</sup> Gözler, s. 195.

<sup>49</sup> Norman P. Barry, *Modern Siyaset Teorisi* (trc. Mustafa Erdoğan-Yusuf Şahin), Liberte Yayınları, Ankara 2003, s. 36, 37. Tabîî Hukuk hakkında geniş bilgi ve değerlendirmeler için bkz. Del Vecchio, s. 59, 74, 442, 447; Abadan, s. 136; Topçuoğlu, *Hukuk Sosyolojisi*, I, 394-395, 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, s. 186; Gözler, s. 196-198.

<sup>50</sup> Felsefî Tarihçilik hakkında geniş bilgi için bkz. Del Vecchio, age., s. 140-145.

<sup>51</sup> Siyasî Tarihçilik hakkında geniş bilgi için bkz., Del Vecchio, age., s. 138-140.

<sup>52</sup> Del Vecchio, s. 446.

<sup>53</sup> Abadan, s. 258-259, 264. Tarihçi Hukuk Ekolü hakkında geniş bilgi ve değerlendirmeler için bkz. Del Vecchio, s. 146-150; Başgil, *Devlet Nizamı*, s. 39-40; Orhan Münir Çağıl, "Jhering'in Hukuk Nazariyesinin Anahatları", *İÜHF*, XI/3-4, Kenan Matbaası, İstanbul 1945, s. 279-280; Topçuoğlu, *Hukuk Sosyolojisi*, I, 19-25; Hırş, s. 88-89, 91; Ülker Gürkan, *Sosyolojik Hukuk İlmî*, Ajans Türk Matbaası, Ankara 1961, s. 4; Güriz, *Hukuk Felsefesi*, s. 228-229; Aral, *Adaletli Yaşam*, s. 201; Can, *Oluşum Süreci İçerisindeki Hukuk Sosyolojisi*, s.39; Gözler, s. 200.

<sup>54</sup> Gözler, s. 200.

Pozitivizm olarak ifade edilen<sup>55</sup> 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 düşünüldüğünü reddeder. Hukuk toplum hayatının kendiliğinden ortaya çıkan bir üründür. Devletin yaptığı şey, ortaya çıkan bu hukuku tespit etmekten ibarettir.<sup>56</sup>

#### IV. HUKUKUN TEMELİ AHLÂKTIR

Hukukî kuralların ahlâkî değerlerden esinlenmesi gerektiği hemen hemen genel kabul görmüş bir düşüncedir.<sup>57</sup> 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 dini temelden yoksun ahlâk anlayışlarının zorlama birer teori olmaktan öteye gidemedikleri anlaşılmaktadır.<sup>58</sup>

#### SONUÇ

Hukuk üç temel unsurdan oluşmaktadır. 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,

<sup>55</sup> Bilge, s. 185.

<sup>56</sup> Gözler, s. 200-201. Geniş bilgi için bkz. Del Vecchio, s. 138; Topçuoğlu, Hukuk Sosyolojisi, I, 72-73; Yörük, s. 51, 253-254; Gürkan, Sosyolojik Hukuk İlmi, s. 97; Bilge, s. 185-186; Güriz, Hukuk Felsefesi, s. 327-328.

<sup>57</sup> Başgil, Devlet Nizamı; 42-43, 49-50; Orhan Münir Çağıl, Walter Burckhardt'ın , "Vakıa Olarak ve Postulat Olarak Hukuk" başlıklı makalesinin çevirisine düşülen not, İÜHF., C. XVI/1-2, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul 1950, s. 379-380; Bilge, s. 29-30; Aral, Adaletli Yaşam, s. 95-96; Can, Hukuk Sosyolojisinin Gelişim Yönü, s. 165-166.

<sup>58</sup> Ahlâkın Temellendirilmesi hakkında bkz. Recep Kılıç, *Ahlâkın Dinî Temeli*, Türkiye Diyanet Vakfı Yayın Matbaacılık ve Ticaret İşletmesi, Ankara 1991.

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 din dışındaki temellerinin ise tutarlı bir yönünün olmadığı izahtan varestedir.