

# HUKUKUN KÖKENİNE KARŞILAŞTIRMALI BAKIŞ

**Burak ASLANER**

## A. GİRİŞ

Uygarlık, bir ülkenin, bir toplumun maddi ve manevi varlıklarının, fikir, sanat çalışmalarıyla ilgili niteliklerin tümü olarak tanımlanmaktadır.<sup>1</sup> Kavaid yani kurallar şeklinde ortaya çıkan hukuk da bu değerlerden biridir.<sup>2</sup>

Hukukun bir uygarlık ürünü olarak ortaya çıktığının kabulü, hukukun kaynağı veya kökeni tartışmasını da beraberinde getirmektedir.<sup>3</sup>

Hafizoğulları da “*Bir Kültür Ürünü Olarak Hukuk Düzeni*” adlı makalesinde, hukukun kökeni/kaynağı tartışmasına girmektedir. Ele aldığı tartışmada hukukun kaynağına ilişkin çeşitli ayrımlar yaparak maddi hukukun kaynağının modern dünyada insanlığın görmezden gelemeyeceği bir şekilde rasyonalizm, beşeri irade yani laiklik/sekülerizm olduğunu ortaya koymaktadır.

Hukukun kökeni ve kaynağı en karmaşık konulardan biridir.<sup>4</sup> Bu makalede hukukun kaynağı/kökenini tartışmasını mukayeseli hukuk düzleminde ele alarak, gerek modern hukuk gerekse İslam Hukuku açısından hukukun kaynağı/kökeni tartışmalarına yer verilecektir.

## B. HUKUKUN KÖKENİ VE KAYNAĞI AYRIMI

Hafizoğulları, hukukun kökeni ve ayrımına gitmeden hukukun kaynağı altında şekli ve maddi ayrımı yaparak, hukuku üreten iradeden bahsetmiştir. Ancak doktrinde hukukun kökeni hukukun kaynağından ayrı tutularak hukuku üreten iradenin ne olduğu tartışılmaktadır.

---

<sup>1</sup> Türk Dil Kurumu Sözlüğü, Uygarlık Kelimesi, <https://sozluk.gov.tr/> (s.e.t 10.10.2019).

<sup>2</sup> Zeki HAFIZOĞULLARI, *Bir Kültür Ürünü Olarak Hukuk Düzeni*, Ankara Barosu Dergisi, 1997, Sayı:3 s. 1, <http://www.baskent.edu.tr/~zekih/ogrenci/Hukuk%20Duzeni.doc> (s.e.t. 10.10.2019).

<sup>3</sup> HAFIZOĞULLARI, a.g.m., s.1.

<sup>4</sup> Tevhit AYENGİN, *İslam Hukukunun Kaynakları Üzerine Bazı Düşünceler*. Usul İslam Araştırmaları 4, 2005, <https://dergipark.org.tr/tr/pub/usul/issue/16725/173928> (s.e.t 10.10.2019) s. 1.

“Hukukun kökeni” kavramı ile hukuku oluşturan alt yapı, gerekçeler, hukuki inanç, hukuki idrak, hukuk idesi, kısaca hukuku yaratan kaynaklar; “Hukukun kaynakları” ifadesiyle de pozitif hukukun ortaya çıkış şekilleri ve onun biçimsel dayanakları anlaşılmaktadır.<sup>5</sup> Daha çok çalışma konumuz, hukuku oluşturduğu ve varlık kazanmasını sağladığı<sup>6</sup> kabul edilen hukukun kökeni olacaktır.

## C- MODERN HUKUKUN KÖKENİNE İLİŞKİN GÖRÜŞLER

### 1- “Sosyal Olguya” Görüşü

Sosyal olguya dayanarak hukukun kökenini açıklayan bu görüşlerin ortak hareket noktası, insanların birbiriyle olan münasebetleri yani sosyal ilişkileri olmuştur. Sosyalleşmenin zorunlu bir gereği olarak hukukun ortaya çıktığını, dolayısıyla da hukukun toplumdan topluma değişkenlik göstereceği ve her toplumun kendine has hukuk sisteminin olacağını genel olarak iddia etmişlerdir.

#### a- Sosyolojik Okul

Aklın rolünü ihmal etmeyen Saint Simon ve Auguste Comte tarafından kurulan sosyolojik okul, hukukun yaratılmasında sosyal olguya ağırlık vermektedir.<sup>7</sup> Bu akıma göre hukuk halk eğilimlerine bakılmak suretiyle yaratılır ve sosyolojinin kurucuları olan Saint-Simon ve Auguste Comte’a göre bilimsel alanda metafizik ve dinin yeri yoktur. Bunlara göre sosyal bilimlerde ve hukukta tıpkı doğal olaylarda olduğu gibi, sorunları objektif olarak ele almak gerekir. Dinsel ve metafizik yaklaşımlar olaylara önyargılarla eğildiklerinden objektif olamazlar. Dolayısıyla hukuka bilimsel yaklaşım, pozitif bakış içinde gerçekleşebilir. Hakların doğal olması da söz konusu değildir, hak, toplum tarafından tanınmışsa vardır.<sup>8</sup>

Saint Simon, çağının tarihçilerinin aksine, Orta Çağ düzenini bir karmaşa, kaos olarak görmez. Zira ona göre Orta Çağ’da dini dogma hâkim olduğundan iyi veya kötü, görevini

---

<sup>5</sup> AYENGİN, a.g.m., s. 2.

<sup>6</sup> Ömer Faruk ALTUNTAŞ, *Hukukun Kökeniyle İlgili Teorilere Genel Bir Bakış*, Ondokuz Mayıs Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Yayınları Sayı: 8 s. 222, [http://isamveri.org/pdfdrq/D00095/1996\\_8/1996\\_8\\_ALTINTASOF.pdf](http://isamveri.org/pdfdrq/D00095/1996_8/1996_8_ALTINTASOF.pdf) (s.e.t: 13.10.2019).

<sup>7</sup> Niyazi ÖKTEM & Ahmet Ulvi TÜRKBAĞ, *FELSEFE SOSYOLOJİ, HUKUK VE DEVLET*, Der Yayınları, 2014, İstanbul, s. 328.

<sup>8</sup> ÖKTEM & TÜRKBAĞ, a.g.e., s. 329.

yapmıştır. Toplum bu aşamadan geçmiş ve dinin görevi de bitmiştir. Şimdi de sıra toplumda dinin yerini alacak bir kavram bulmaya gelmiştir.<sup>9</sup>

Auguste Comte'un hukuk anlayışı Öktem ve Türkbağ tarafından kısaca şöyle açıklanmıştır:

*“Doğal hukuk metafizik dönemin yeniden yaşatılmasıdır. Bu tür hukukçular da kendi soyut düşüncelerini tepeden inme uygulayarak bir kast oluşturan insanlardır. Toplumun düzeltilmesi ancak “pozitif toplum” bilimiyle mümkündür. Bu hususta ne ilahi hukuktan ne de doğal hukuk kuramlarından yardım beklenebilir. Topluma verilecek son biçimi “gelişme kanunları” tayin eder.*

*Bütün bu araştırmaları sosyoloji yapacaktır. Sosyoloji, toplumu hem durgun hem de hareket halinde inceler. Tüm bu araştırmalara hâkim olan yöntem: gözlem, deney, karşılaştırma ve tarihsel incelemedir.”<sup>10</sup>*

## **b- Dayanımcı Okul**

Duguit, Durkheim ve Georges Scelle gibi düşünürlerce temsil edilen bu akıma göre hukuk, sosyal ilişkilerden doğar. 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. Dayanımcının kurulması, devamı ve bozulmaması için bir takım kurallar olmalıdır. Böylece hukuk kuralları “toplumsal dayanışma” olgusuna bağlı olarak oluşur.<sup>11</sup>

Bu anlayışa göre; belirli bir toplum içinde yaşayan bireylerde kültür düzeyine göre olay ve olgular çeşitli kalıplara bürünür. Aynı kültür düzeyindeki insanlar bazı ortak kavramlarda birleşirler. O topluluk “kolektif tasavvur” dediğimiz ortak kavramları yaratır. Toplumda çeşitli kolektif tasavvurlara bağlı “manevi çevreler” vardır. Bu çevreler bizi sarar, biz onların adeta buyruğu altına gireriz. Çevremizin bize öğrettiği “yapış tarzları” (muaşeret, giyinme, konuşma, terbiye, ahlak, din vd.) bizleri baskı altına sokar. Bunlar, birbirini izleyen kuşaklar boyunca sürüp giden, ortak inanç ve duygulardır. Ortak duygu ve inançların bütününe “kolektif bilinç” denmektedir.<sup>12</sup>

<sup>9</sup> ÖKTEM & TÜRKBAĞ, a.g.e., s. 329.

<sup>10</sup> ÖKTEM & TÜRKBAĞ, a.g.e., s. 332.

<sup>11</sup> ALTUNTAŞ, a.g.m., s. 223.

<sup>12</sup> ÖKTEM & TÜRKBAĞ, a.g.e., s. 336 vd.

Bireysel kişiliğin tezahürü olan ve bireysel amaca yönelen bireysel bilinç “BEN” ve toplumsal amaca göre davranan, toplumu oluşturan, “BİZ” kavramını yaratan iki tür kolektif bilinç vardır. “BİZ”i oluşturan benzeyiş dolayısıyla olan dayanışma; birleşme normlarını, örf ve adet, din, ahlak ve hukuk kurallarını yaratır. Bu normlara uymak zorunludur, aksi halde birleşme ortadan kalkar. Sosyal ilişkilerin temeli de birleşmedir ki Durkheim buna “dayanışma” adını vermektedir. Dayanışma ahlaksal bir olay değildir, somut zorunluluğa dayanır.<sup>13</sup>

### **c- Yararcı (Faydacı- Ütilitarist) Okul**

Bu okul, hukuku ve onun kurumu olan devleti ebedi adalet idesine bağlamak yerine toplumda yaşayan bireylerin yararına uygun hukuk anlayışını yerleştirmek amacını gütmektedir.<sup>14</sup> Yararcı ahlak anlayışına göre, “insan, doğası gereği haz veren şeyleri ister ve acıdan kaçınır”. Haz veren şeyler insanı memnun ettiğinden “iyi”, ızdırap veren şeyler acı doğurduklarından “kötü” olarak kabul ederiz. Buradan yola çıkarak iyi olanlar doğru ve haklı, kötü olanlar yanlış ve haksızdır.<sup>15</sup>

Bu görüşün hukuka yansımaları “menfaatlerin ortak yarara” göre dengelenmesi formülüyle açıklamamız mümkündür. Hukuk ve devletin gerçek ödevi, toplumda en büyük mutluluğu sağlamaktır. Soyut adalet idesinin yerini, ortak menfaat dengesi almaktadır.<sup>16</sup>

Epikür (M.Ö. 341-270), Jeremy Bentham (1748-1832), John Stuart Mill (1806-1873), Rudolf von Jhering (1818- 1892) bu akımın önemli temsilcileri arasında yer almıştır. 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.<sup>17</sup>

### **d- Marksist Okul**

Karl Marx ve Friederich Engels tarafından kurulan Marksist hukuk, maddeci felsefe ve maddeci sosyo-ekonomik temellere oturmaktadır. Marx ve Engels’in hukuk üzerine yazdıkları, tüm eserleri içinde çok az bir yer tutar.<sup>18</sup>

---

<sup>13</sup> ÖKTEM & TÜRKBAĞ, ag.e., s. 337.

<sup>14</sup> ÖKTEM & TÜRKBAĞ a.g.e., s. 354.

<sup>15</sup> Adnan GÜRİZ, *FAYDACI TEORİYE GÖRE AHLAK VE HUKUK*, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları No:184, Ankara, 1963, s. 2.

<sup>16</sup> ÖKTEM & TÜRKBAĞ a.g.e., s. 355.

<sup>17</sup> ALTUNTAŞ, a.g.m., s. 224.

<sup>18</sup> ÖKTEM & TÜRKBAĞ, a.g.e., s. 366.

Bu görüşe göre insanı insan yapan, işi ve çalışmasıdır. İnsan çalışarak gelişimini sağlar. Düşünme yeteneği, insana üstün bir güç tarafından bahşedilen bir özellik değildir. Bu yetenek sadece emek harcayarak ve çalışarak bir şeyler yaratma olanağının gelişmesidir.<sup>19</sup> İnsan 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.

İnsan, doğada olduğu kadar toplum içindedir. İnsan, tarihin hem yaratıcısı hem de ürünüdür. Bu anlayışa göre insan, doğayı dizgin altına alabileceği gibi toplumu da dizgin altına alıp onun efendisi olabilir.<sup>20</sup> Doğaya egemen olan diyalektik, praxis, zorunluluk ilkeleri toplumsal yaşamı da içine alır. Marx'a göre topluma egemen olan temel kurallar, diyalektik, tarihsel maddecilik ve sınıf mücadelesidir. Toplumsal gelişmelerde, alt yapısal üretim biçimiyle onun yansıması olan hukuk ve ahlak üst yapı kurumları arasında zorunlu bir ilişki mevcuttur. Üretim araçlarını ellerinde bulunduran kişiler, kendi üretim biçimleri doğrultusunda hukuk ve ahlakı düzenler. Örneğin; liberal mülkiyet anlayışı içinde olan kentsoylu sınıfı, siyasal iktidarı elinde tutarak, kendi çıkarı doğrultusunda hukuk yapar.<sup>21</sup>

#### **e- Tarihi Okul**

Bu okul 19. yüzyılın başlarında Alman hukukçusu Friedrich Carl von 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, Eichom ve arkadaşları Roma Hukuku yerine Cermen hukuku üzerindeki çalışmalarına üstünlük vermişlerdir.<sup>22</sup>

Millet, nesillerin birbirini takip ettiği bir bütündür. Bu bütünlük, bugünü, düne ve yarına bağlar. Hukuku muhafaza eden gelenek, nesillerin birbirine devamlı olarak geçirdikleri bir mirastır. Bu görüşe göre hukuku yazılı hale getirip dondurmak da, doğru değildir. Bu düşünce dar anlamda, hukuk ile tarih birikimini bağdaştırır. Buna göre; her hukuk metninin mutlaka dayandığı, o milletin ve milletin değerlerinin ortak paydaları vardır. Dolayısıyla, hukuk tarihi birikimi, hukuk sisteminden başka bir şey değildir. Bu düşünceye göre dışarıdan

---

<sup>19</sup> ALTUNTAŞ, a.g.m., s. 225.

<sup>20</sup> ÖKTEM & TÜRKBAĞ, a.g.e., s. 368.

<sup>21</sup> ÖKTEM & TÜRKBAĞ, a.g.e., s. 371.

<sup>22</sup> ALTUNTAŞ, a.g.m., s. 226.

hukuk sistemi alıp tatbik etmek, mümkün değildir. Zira her ülkenin ve milletin şartları farklıdır.<sup>23</sup>

Savigny'in bir görüşü şöyledir:

“Kodifikasyon (yasalaşma hareketleri) gereksizdir, çünkü hukuk tarihsel süreç içerisinde kendiliğinden meydana gelmektedir. Yasalaştırma gelişme dinamiğine ters düşer. Nitekim Roma Hukuku Justinianus Kodifikasyonu'na kadar mükemmeldi; daha sonra statikleşti. Savigny genel olarak görüşlerinde üç aşama ön görür: birinci aşamada, hukuk halkın ruhundan doğar, örf ve adet kuralları halinde kendini belirler. İkinci aşamada toplumlar gelişir ve hukukçular zümresi ortaya çıkar, hukukun oluşumuna katkıda bulunur, bu aşamada hukuk, basit halden bilimsel hale dönüşür. Üçüncü aşamada artık kodifikasyon yapılabilir, çünkü dinamik halk ruhu olgusu ve teknik bilim katkısı “volksgeist, volkrecht” (milli kimlik, halk ruhu) haline dönüştürme aşamasına gelmiştir.”<sup>24</sup>

#### **f- İbn-i Haldun (1332- 1404)**

İbn-i Haldun sosyal olgunun mahiyetini göçebe-yerleşik toplum yapısına bağlayan görüşün öncülüğünü yapan düşünürdür. İbn-i Haldun'un İslam düşüncesi içinde özgünlüğü her türlü dinsel dogmalardan uzak, realist bir yaklaşımla toplum sorunlarını ele almasından kaynaklanmaktadır. Bilimsel bir zihniyete sahip olduğu için bilimle inanç arasındaki çizgiyi çizip objektif açıklamaları yeğlemiştir. Tüm bilimsel hakikatin kökeninin Tanrı'da olduğuna inanmış; ancak evrenin yasa ve kurallarını araştırmada inancın bir yöntem olamayacağını; maddi, somut, deneysel yöntemlerle hakikate ulaşılabileceğini keşfetmiştir.<sup>25</sup>

Sosyoloji tarihsel olaylara da bakmak suretiyle, “geçen çağlarda yaşamış kavimlerin hal ve yaşayışlarında meydana gelen değişiklikler, bunların idareyi ve memleketi ele geçirme sebepleri (...) toplumların şehir ve ülkelerde yerleşik veya göçebe hayat sürmelerine bağlı olarak göç ve hareketle güç kazanmaları veya kaybetmeleri, çoğalma ve azalmaları: bilim ve sanat, ticaretle uğraşmalarına bağlı olarak göçebe hayatı bırakıp yerleşik hayata geçmeleri gibi durumları inceleyip” sonuçlara ulaşmalıdır. Sosyoloji siyasetin temelidir. Ancak sosyal verilere bağlı hukuk toplumları esenliğe ulaştırır.<sup>26</sup>

---

<sup>23</sup> M. Refik KORKUSUZ, *HUKUK BAŞLANGICI*, İstanbul Yeni Yüzyıl Üniversitesi Yayınları No: 3, İstanbul, 2014 s. 60.

<sup>24</sup> ÖKTEM & TÜRKBAĞ, a.g.e., s. 381.

<sup>25</sup> ÖKTEM & TÜRKBAĞ, a.g.e., s. 384.

<sup>26</sup> ÖKTEM & TÜRKBAĞ, a.g.e., s. 386.

Devleti gerçek sosyal yapısı ile ele alan İbn-i Haldun, “ortak hayrı sağlama” amacı ile kurulmuş bir topluluk olarak tanımlamakla yetinmemiştir. Ona göre devletin gerisinde çeşitli olaylar ve olgular vardır. Toplular arası rekabet, savaş, iktidar hırsı, korunma arzusu vs. Devletin kurulma nedenlerinden birini veya birkaçını oluşturmaktadır. İşte devletin ortak hayrı gerçekleştirme görevi bu sayılan nedenlerden birinin veya birkaçının etkisi ile kurulduktan sonra başlamaktadır.<sup>27</sup>

### **g- Sosyal Olgunun Mahiyetini İklim, Coğrafya ve Doğal Koşullara Bağlayan**

#### **Görüş: Montesquie**

Bu görüş, hukuku, eşyanın doğasından kaynaklanan zorunlu ilişkiler olarak tanımlamaktadır. Eşyanın doğası da coğrafya ve iklim koşullarının zorunlu sonucudur. Devlet, hukuku üretirken coğrafya ve iklim koşullarını göz önünde bulundurmamak zorundadır.

Montesquieu sosyal olaylara objektif açıdan bakmaya çalışmış, hukuk ve ahlak gibi konulara somut bir bakış açısı getirmiştir. Gözleme dayalı tümevarım yöntemiyle sosyal olayları ele alan düşünür, doğa bilimlerinin sosyal bilimlerde de kullanılmasının gerektiğini savunmuştur. Montesquieu, adalet anlayışının ülkeden ülkeye değişen sosyal gerçeklik koşullarıyla açıklamıştır. Mademki hukuk kuralları yere ve zamana göre değişmektedir, o halde sosyal faktörlerle bunların sonuçları olan hukuk kuralları arasında değişmez bir ilişki bulunmaktadır. “Onun bütün merakı bu alakanın keşfidir ki bu da, bugün anladığımız manada hukuk sahasında sosyolojik genellemelerin araştırılmasından başka bir şey değildir.”<sup>28</sup>

Maddeye ve davranışa ilişkin temel yasalar hukuk olayının meydana gelişinde ilk, temel ve belirleyici etmenlerdir. Ancak tüm insanlar için ortaklaşa olan bu özelliklere rağmen hukuk kuralları değişik toplumlarda değişik biçimlerde ortaya çıkmaktadırlar. Montesquieu’ye göre bunun nedeni değişik coğrafya ve iklim koşullarının, değişik bölgelerde değişik görünüşler içinde olmasıdır; yasa koyucu bu değişikliklere bağlı olarak değişik yasalar yapmaktadır.<sup>29</sup>

Görülmektedir ki Montesquieu iklim koşulları üzerinde titizlikle durmaktadır. İklim ona göre insanların bio-psikolojik varlığına dolayısıyla karakterine önemli etkilerde bulunur. Örneğin, soğuk, insan bedeni üzerine hareketlilik özelliği getirir; buna karşılık duygu ve hayal gücünü azaltır. Bunun sonucu olarak soğuk bölge halkları hareketli, faal, soğukkanlı,

<sup>27</sup> ÖKTEM & TÜRKBAĞ, a.g.e., s. 393.

<sup>28</sup> ÖKTEM & TÜRKBAĞ, a.g.e., s. 395.

<sup>29</sup> ÖKTEM & TÜRKBAĞ, a.g.e., s. 397.

akıl ögesi duygu ve heyecanlarına gelip, özgürlüğüne düşkün, cinsi arzuları ölçülü, dengeli bir davranış içindedirler. Bu özellikleri olan insanlar için dâhiyane düzenlenmiş hukuk kurallarına ihtiyaç yoktur. Akıl onları yönlendirir ve aşırı heyecanlardan, tembellikten, şehvetten uzaklaştırır. Bu ülkelerde kurnazlığa yönelen suçlara az rastlanır.

Oysa sıcak bölgede yaşayan insanlarda bedensel fonksiyonlar yavaş işler. Sıcakta hareket zevkli değildir, çalışma yerine hayal gücü gelişir; şehvet ve duygusal davranışların ağırlık taşıdığı özellikler ortaya çıkar. Güneyli insan tembel, kurnaz, zevk ve şehvete düşkün, ahlaksız davranışlara eğimli olan biridir. Özgürlük duygusu bu insanlarda daha az gelişir, yönetim, siyaset konuları onu pek fazla ilgilendirmez. Dolayısıyla iklimden doğan farklılıklar ülkelerin hukuk ve kurumlarına da yansır. İklimle birlikte coğrafi koşullar da siyaset ve hukuk üzerinde önemli etkiler oluşturur.<sup>30</sup>

#### **h- Sosyal Olgunun Mahiyetini Toplum ve Bireyi Anlamaya Dayandıran Görüş:**

##### **Max Weber**

Weber'e göre sosyal olgu bireyin dış belirleyici determinantı değildir; bireysel aksiyonlarda sosyal olaylar oluşur ve sosyal olgulara dönüşür. Sosyal olay, bireyin bir aksiyonuna diğer bireyin karşılık vermesiyle oluşur. O halde sosyolojinin öncelikli inceleme alanı insan aksiyonunu anlamaktır. Bu nedendir ki Weber'in sosyolojisine "anlayış sosyolojisi" denmektedir. Birey incelenir ve tüm yaşam boyutları anlaşılmaya çalışılır.<sup>31</sup>

Ticari topluma geçiş, Weber'e göre yeni kültürel değerler yaratır ve eskilerini yok eder. Başka bir anlatımla toprağa bağlı tarım toplumlarından mal alışverişinin yoğunlaştığı toplumsal yapılara geçişte kültürel değerlerde büyük değişiklikler oluşur. Anlayış sosyolojisinin somut yanı ekonomik ilişkilerin gözlenmesidir. Soyut ve analize olanak sağlayan yanı ise ahlak, kültür, din ideoloji gibi olgu ve inançların verileriyle sonuca ulaşmaktır. Ekonomik çıkarların gündeme geldiği her yerde bir ideoloji veya din felsefesi çıkar gruplarınca kendilerine gerekçe haline getirilmiştir. Örneğin burjuva sınıfının ideolojisi "Doğal Hukuk" doktrini'dir. Çoğu zaman ideoloji pek önem taşımaz, o sadece "irrasyonel bir menfaat sürecine rasyonel bir kalkan" vazifesi görmektedir. Din, Alman ve ABD halkı için kapitalist üretim ilişkileri üzerinde ideolojik bir kalkan işlevini yürütmüştür.<sup>32</sup>

<sup>30</sup> ÖKTEM & TÜRKBAĞ, a.g.e., s. 399.

<sup>31</sup> ÖKTEM & TÜRKBAĞ, a.g.e., s. 402.

<sup>32</sup> ÖKTEM & TÜRKBAĞ, a.g.e., s. 409.



Weber'e göre sosyolog, tarihsel süreç içerisinde dağılan sosyal olayları ele alır; kaotik olayları rasyonalize eder, anlaşılır hale getirir ve veri olarak devlet ve hukukun emrine verir. Bu anlayışa göre hukuk da bir rasyonalize etme olayıdır ve Weber'in rasyonalize süreci Öktem ve Türkbağ tarafından şöyle anlatılmaktadır:

*i- İlkel toplumlarda hukuk ilahi bir görünüm içindeydi; büyücü, falcı ve peygamber kökenliydi. Derinde ise ilahi güç yatmaktaydı. Hukuku büyücü, falcı peygamber gibi toplum üzerinde güç ve etkisi olan karizmalar ifade etmekteydi. Yaptırım, Tanrı'nın kesin ve kaçınılmaz buyruğuydu. Bu ilkel dönemlerin karizmatik hukuku irrasyoneldi, keyfilik ağırlık taşımaktaydı ve biçim yanı fazlaydı. Törenler, biçim hukuku öz ve esasıyla özdeşleşmiş, hatta ön plana geçmişti. Tanrı'nın buyruklarına biçimsel olarak uymak zorunluydu.*

*ii- Zamanla bu tür hukuk yaratıcıları kendilerine bir danışman buldular. Tepkileri ortadan kaldırmak, toplumlardaki örf ve adetleri iyi kavramak için danışman zorunlu hale gelmişti. Bu ilk rasyonalizasyon hareketidir. Danışmanlar o toplum içinde yaşayan bilge kişilerdi.*

*iii- Üçüncü aşamada yöneticiler ekonomik, sosyal ve etik dengeyi toplum içinde yerleştirme maksadıyla uzman kişi ve grupları devreye soktular. Hukuka ölçütler arandı. Orta Çağ'daki ölçüt Hıristiyan ilkeler, daha sonra ise doğal hukuk, yani adalet değeri idi. Bu da bir rasyonalizasyon aşamasıydı.*

*iiii- Son aşamada hukuk uzmanlar aracılığıyla gerçekleştirilen ve belli bir sistemi ortaya koyan kurallar biçiminde görünüm kazandı. Bu profesyonel uzmanlar maddi gerçeklikle, hukuk mantığı arasında uyum kurma ortamını araştırırlar. Bu son dördüncü aşamaya 18. yüzyılda gelinmiştir, ancak henüz tam bir denge sağlanamamıştır. Amaç sosyal dengeyi, çıkarlar dengesini korumaktır.<sup>33</sup>*

Hukuk sosyolojisinin görevi, bir yandan sosyal realite gözlemlenecek, öte yandan adil bir uzlaşma düzleminin nasıl olacağı hususunda devlete veriler sağlamaktır. Weber'e göre hukuk sosyolojisi, hukuk biliminin odak noktası olup, maddi sosyal verilerle, toplumdaki adalet duygusu arasındaki iletişimi inceleyip, devlete hukuksal veri kaynağı olma işlevini yerine getirmektedir.<sup>34</sup>

<sup>33</sup> ÖKTEM & TÜRKBAĞ, a.g.e., s.419.

<sup>34</sup> ÖKTEM & TÜRKBAĞ, a.g.e., s. 420.

## 2- Norm Olarak Kabul Edilen Görüş/ler (Pozitivist Hukuk Akımı)

Bazı yazarlar hukuku, felsefe açısından değil pozitif bilim açısından ele almak gerektiği düşüncesi ile doğal hukuk ve tarihçi hukuk okullarının görüşlerini reddetmektedirler. Bunlara göre özellikle doğal hukuk düşüncesi fizik ötesi bir kavramdır. Hukuk böyle fizik ötesi bir kavramla izahta isabet edemez. Pozitivist görüşe göre hukuku pozitif hukuk ve doğal hukuk diye ikiye ayırmaya, arada ikilik yaratmaya gerek yoktur. Hukuk tektir ve ancak pozitif gerçeklerden ibarettir.<sup>35</sup>

Pozitif Hukuk; belli bir ülkede ve belli bir zamanda yürürlükte olan hukuka pozitif hukuk veya müspet hukuk denir. Bu anlamda hukuka bazen “ yürürlükteki hukuk”, “mevzu hukuk” veya kısaca mevzuat denmektedir.<sup>36</sup>

Hukuksal pozitivism kuram olarak XIX. yüzyılda ortaya çıkmış ve yüzyılımızın ilk yarısından sonlarına dek etkinliğini sürdürmüştür. Çıkış nedenlerini iki açıdan incelemek olanaklıdır; bilimsel neden ve politik neden.

Bilimsel neden felsefi pozitivism kökenlidir. Doğa bilimlerinin gelişerek felsefe ve teolojiden ayrılıp bağımsız bilim dalları haline dönüşmesi, olgulara bakarak evreni açıklama çaba ve başarıları toplum bilimlerine yansımış, bu alanda da felsefe ve teolojiden bağımsız bilim dalları kurulmak istenmiştir. Gözlemlenebilir olandan yol alarak genel yasalara gidilme yöntemi, toplumsal bilimlere de uygulanmak olanaklıdır.<sup>37</sup>

Bu akımın XIX. yüzyıldaki ilk temsilcilerinden Egzejetik Okul Napoleon Yasasının, Kavramlar Hukukçuluğu ise Alman Medeni Yasasının yürürlüğe girmesinden sonra yaygınlaşmıştır. Burjuva devrimleri tamamlanmış, burjuvazi siyasal ve ekonomik iktidarını yasalarla sağlamlaştırmıştır. Bu yasaların tartışılması devlet açısından sakıncalıydı. Doğal hukukun, toplumsal gerçek ve gelişme adına devlet otoritesinin saygınlığını sarsması söz konusu olamazdı. Esasen burjuvazi doğal hukuk esaslarına göre devrim yapmıştır. Hukuksal pozitivism tarih boyunca aslında kurulu düzenin korunması, devlet otoritesinin sağlamlaştırılması amacıyla çeşitli ad ve düşüncelerle ortaya çıkmıştır. Devlet iradesinin üstünlüğü, içte ve dışta herhangi bir güçle sınırlanmayan egemen devlet anlayışı çağlar boyunca tarih sahnesinde görülmüştür.<sup>38</sup>

---

<sup>35</sup> KORKUSUZ, a.g.e., s. 61.

<sup>36</sup> KORKUSUZ, a.g.e., s. 61.

<sup>37</sup> ÖKTEM & TÜRKBAĞ, a.g.e., s. 436.

<sup>38</sup> ÖKTEM & TÜRKBAĞ, a.g.e., s. 436.

Adnan Güriz'e göre Osmanlı hukuk sistemi temelde iradeci pozitivist bir hukuk görüşünü yansıtmıştır. Cumhuriyet hukuku ise iradeci pozitivism yerine normcu pozitivist görüşü benimsemiştir.<sup>39</sup>

#### **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 müeyyidilendirilen normlardan ibarettir. Hukukta şekilsel mükemmellik ve tutarlılık esas amaçtır.<sup>40</sup>

Hamide Topçuoğlu'na göre Tahlilci Okul hukuk akımına karşı, hukuku metafizik kaynaklardan kurtarmak isterken, onu gerçek sosyal temelinden ayırmış ve "yasa hukuku"na indirgemıştır. Bunun yaparken de yasa hukukunun, hukukun bizzat kendisi olmayıp sadece onu tespit şekliyle ibaret olduğunu görememiştir.<sup>41</sup>

#### **b- Egzejetik Pozitivizm (Fransız Yorumcu Hukuk Okulu)**

Bu okul, Fransız Medeni Kanunu'nun 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. Eğer yasa koyucunun iradesini anlamakta zorluk çekiliyorsa bu zorluğu aşmakta kullanılacak bir takım mantıksal yöntemler vardır. Bunlar; öncelik (evleviyet), ters kavram (mefhumu muhalif) ve en önemli yöntem olarak da kıyastır.<sup>42</sup>

#### **c- Kavramlar Hukukçuluğu**

Alman Medeni Kanununun 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

---

<sup>39</sup> ALTUNTAŞ, a.g.m., s. 230.

<sup>40</sup> ALTUNTAŞ, a.g.m., s. 227.

<sup>41</sup> Hamide TOPÇUOĞLU, *HUKUK SOSYOLOJİSİ*, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları No: 17, İstanbul, 1969, s. 25.

<sup>42</sup> ALTUNTAŞ, a.g.m., s. 228.

kavramlardan oluşur. Hukuk sistemi her çeşit anlaşmazlık karşısında boşlukları doldururken sadece bu kavramlardan, bunların tanımlanmasından veya dayandığı aksiyomlardan hareket edecektir.<sup>43</sup>

#### **d- Normcu Hukuksal Pozitivizm**

Bu akıma göre hukukun yaratılması bir süreç içinde gerçekleşir. Bu süreç aynı zamanda hukuk düzeninin hiyerarşik yapısını oluşturur. Buna göre kademenin en üstünde “temel norm” olup bu da saf formal bir şeydir. Bu form ise türünün ne olduğunun önemi olmayan yani herhangi hâkim otoritenin hukuken bağlayıcı olan irade beyanlarının yürürlüğe girmesidir. Yani en temelde egemenlik hukukun kökenini olarak ifade edilmektedir.<sup>44</sup>

Hukuk düzeninin birliğini sağlamak için kabul edilmiş bulunan temel norm, pozitif bir hukuk kuralı değil, ona tabi normların hukuk ötesi, nihai, mantıksal bir gerçeklik nedeni olduğu için sadece bir hipotezden ibarettir. Bu temel normdan sonra, sadece devletle ilgili bir hukuk düzeni göz önüne alınınca, pozitif hukuk bakımından en yüksek kademeyi oluşturan anayasa gelir. Dolayısıyla Hans Kelsen’e göre tüm normlar temel normlardan hareketle meydana gelir ve meşruiyetini temel normdan alır. Geçerliliğini temel normdan alan anayasa, genel karakterdeki hukuk normlarını, yasaları koyacak organları gösterir. Hiyerarşik normlar piramidinin tepesinde bulunan temel norm, üstün iktidarca belirlenen ve toplumda genel geçerliliğe sahip bulunan ilke ya da ilkeler topluluğudur.<sup>45</sup>

### **3- Etik Değer Olarak Kabul Eden Görüş (Doğal Hukuk Akımı)**

Doğal hukuk, bütün insanlar ve toplumlar tarafından bağlayıcılığı kabul edilen hukuk ilkeleri anlamında kullanıldığı; pozitif hukukun karşıtı olan, insanın aklıyla bulduğu, bağlayıcılığını devletten almayan, devlet hukukunun değerlendirilmesinde yararlanılan adalet esasları olarak da açıklanır.<sup>46</sup>

Doğanın bu düzenini kimi yazarlar dinsel ya da metafizik temellere oturtmak suretiyle, doğal hukuk kuralları kutsal bir iradenin varlığından oluşmuştur. Doğal hukuk, yürürlükteki kanunlardan çıkan değil, doğadan kaynaklanan hukuk demektir. Bu aslında “olan” değil,

---

<sup>43</sup> ALTUNTAŞ, a.g.m., s. 228.

<sup>44</sup> Vecdi ARAL, *KELSEN'İN SAF HUKUK TEORİSİNİN METODU VE DEĞERİ*, İstanbul Üniversitesi Yayınları No: 2471, s. 27.

<sup>45</sup> ALTUNTAŞ, a.g.m., s. 229.

<sup>46</sup> ALTUNTAŞ, a.g.m., s. 230.

“olması gereken” hukuktur. Ayrıca bu anlayışta “hukuk” kavramı, “adalet” kavramıyla özdeşdir. Hukuka aykırı demek, adalete aykırı demektir.<sup>47</sup>

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.<sup>48</sup>

Kökene bakımından eski Yunan sofistlerine kadar dayanan bu kuramı bilimsel bir şekilde, Hollanda hukukçularından Hugo Grotius (1583- 1645) ifade etmiştir. Grotius’a göre, doğal hukuk, toplumdan bağımsız olarak mevcuttur. Toplum, onun ancak bekçisidir. İşte, bu doğal hukuk, devletlerin pozitif hukukunun kaynağını teşkil etmiştir. Pozitif hukuk, doğal hukuktan ayrılmamalı, ona uymalıdır. Doğal hukuk, devletten önce mevcut olduğuna göre, insanın da, yine toplumdan önce doğal hakları mevcuttur. Gerçekten, matematiksel gerçekler, fizik kanunları insandan ve onun deneyimlerinden bağımsız olarak mevcut oldukları gibi, hukuk kuralları ve haklar da, değişmediğine göre, bu tabiattan doğan hukuk da zamana ve mekâna göre değişmez; o ezeli ve ebedidir. Düşünen insan, doğal hukuk kurallarını akli ile bulur, ifade eder ve yayar. Müspet hukuk, işte topluluk halinden önce mevcut olan bu doğal hukuku gerçekleştirmek, ona ulaşmak zorundadır. Bir memleketin müspet hukuku, doğal hukuk ilkelerine uyduğu nispette mükemmelleşir.<sup>49</sup>

Rönesans ve reform hareketleri ile doğal hukuk, orta çağda kazanmış olduğu dinsel nitelikten çıkararak laikleşmeye başlamıştır. Protestanlar, kilisenin Tanrı hukukunu yorumlama konusundaki yetkisini reddetmişler ve akla dayanan bir doğal hukuk görüşünün giderek etkinlik kazanmasında rol oynamışlardır. Doğal hukuku teokratik elbisesinden çıkartıp, laiklik prensibinin felsefi temelini atan hukukçu ve felsefeci Hugo Grotius’tur.<sup>50</sup>

Rasyonalist doğal hukuk anlayışına göre hukukun gerçek kaynağı, daha doğrusu kökeni insan aklıdır. İnsan akli, pozitif hukukun regülatif prensibi, rehberi ve ölçütüdür. Rasyonalist doğal hukuk, bireyci ve yararcıdır. Hukuk ve devlet gibi kurumlar bireylerin refah ve

---

<sup>47</sup> KORKUSUZ, a.g.e., s. 59.

<sup>48</sup> ALTUNTAŞ, a.g.m., s. 231.

<sup>49</sup> KORKUSUZ, a.g.e., s. 59.

<sup>50</sup> ALTUNTAŞ, a.g.m., s. 232.

mutluluğunu sağlamak amacıyla var olmuşlardır. Rasyonalist doğal hukuk dünyevileştirilmiş olduğu için ruhsuzdur. Bu yüzden çabuk çökmüş ve düşünce âleminden göçüp gitmiştir.<sup>51</sup>

20. yüzyılda hukuki gelişmenin belirli değerlere dayanması gereği, bir zorunluluk olarak savunulmuştur.<sup>52</sup> 20. yüzyıldaki doğal hukuk akımı, toplumun ortak çıkarı ve kişi haysiyeti bakımından gerekli birkaç prensipten veya zamana ve mekâna göre değişik kapsamlı adalet fikrinden hareketle, ayrıntıların düzenlenmesini pozitif hukuka bırakmayı kabul etmektedir. Bu durumda, hak ve adalet fikri daima mevcut olmakla beraber, halin icaplarına göre kapsam değiştirmekte ve böylece, doğal hukuk; arkasından koşulan ve hemen hiçbir zaman erişilemeyen adalet ideali olarak gözükmektedir.<sup>53</sup>

#### **4- Diğer Görüşler**

##### **a- Feminist Hukuk Görüşü**

Bu görüş; feminist dünya görüşünün yaygınlık kazandığı 20. yüzyılda gündeme gelmiştir. Bu görüşe göre; erkek egemen kültürde, erkek entelektüel, kadın sezgici, erkek duygularını göstermeyen, kadın duygusal, erkek egemen, kadın itaatkâr olarak nitelendirilmiştir.

Bu düşünce, kadının yasalarca daha çok korunmasını, herkesin ahlaki hayatına saygı gösterilmesini, şiddetin reddedilmesini, hukukun erkeksi niteliğinin terk edilmesi ve hukukun daha insani hale getirilmesi için çaba harcanmasını önermektedir. Bu arada kadının hayatı ile ilgili tehlikelerin ve değerlerin de hukuk doktrininde yer bulması için çaba gösterilmesini feminizm yanlıları kabul etmektedir. Bu kabulün içeriğini özellikle şu başlıklar doldurur; Eşit işe eşit ücretin verilmesi, kadınların da sosyal yaşamın her alanına katılma haklarının varlığı, bunun sağlanabilmesi için gerekirse kadınlar lehine pozitif ayrımcılığın yapılabilmesi ve kadının ikinci sınıf vatandaş statüsünden kurtarılması, kısaca kadınlar aleyhine her türlü ayrımcılığın ortadan kaldırılması gerekir.<sup>54</sup>

Feminist hukuk akımı; tabii hukuka karşı çıkmakta ve pozitivist hukuk geleneğini de reddetmektedir. Buna göre, gözlem ve ölçme yoluyla hukukun aradığı gerçek tespit edilemez. Yapılması gereken, hâkimin yorum yetkisini azami ölçüde genişletmektir.

---

<sup>51</sup> ALTUNTAŞ, a.g.m., s. 232.

<sup>52</sup> ALTUNTAŞ, a.g.m., s. 233.

<sup>53</sup> KORKUSUZ, a.g.e., s. 63.

<sup>54</sup> Yasemin IŞIKTAÇ, *HUKUK FELSEFESİ*, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2006, s. 432.

Değişik dünya görüşlerinin harmanlandığı “Feminist Hukuk Görüşü” şimdiye değin sistemli ve tutarlı bir hukuk teorisi oluşturmuş değildir. Sadece kadınla ilgili somut sorunlar üzerinde durmakta ve bu somut sorunlara geçerli çözümler bulmaya çalışmaktadır.<sup>55</sup>

### **b- Postmodern Hukuk Görüşü/ Plüralist(Çoğulculuk) Hukuk Görüşü**

Bu görüş özellikle 1980’lerden sonra ortaya çıkmıştır. Bu anlayışa göre; modernitenin özünde evrensellik, homojenlik ve açıklık gibi nitelikler dikkati çekmektedir. Modern toplumda bireyciliğin yanında işbirliği ve dayanışma ilkeleri de öne çıkmıştır. Ferdietçi liberal hukuk görüşünün yanında sosyal devlet, sosyal adalet ve sosyal hukuk görüşü de aynı şekilde modernizmin ürünü olarak nitelendirilir.

Bu öğretinin temel görüşü; görecelik olarak kendini göstermektedir. Bu yaklaşıma göre bütün bilgiler görecelidir. Genel geçerliliğe sahip ahlaki değerler de olamaz. Bütün değerler, zamana, topluma, kişiye, kültür durumuna ve yaşama biçimine göre değişir. Bu yaklaşıma göre, gerçek de tek olamaz. Herkesin gerçeği, kendine göredir.

Postmodern görüş; plüralizm ilkesini, çok kültürlülük ilkesini, her kültürün değerini olduğunu benimsemektedir. Çok kültürlülük ile yakından bağlantılı diğer bir durum küreselleşme olarak karşımıza çıkmaktadır. Postmodernizmin başka bir özelliği köy ile veya köy hayatı ile değil, şehirle ilgili olmasıdır. Başka bir deyişle, postmodernizm köyde değil şehirde genişleme ve yayılma alanı bulmaya çalışmaktadır. Postmodernizmde, bilgiden deneyime, teoriden pratiğe, ruhtan bedene bir geçiş söz konusu olmaktadır. Ayrıca, hukukta öngörülen ve yerleşmiş bulunan hiyerarşileri yıkmak amacını takip etmektedir. Başka bir ifade ile merkezi hükümetin yerel yönetimler, erkeklerin kadınlar üzerindeki hâkimiyeti bertaraf edilmek istenmektedir. Bu görüş eski ilişkileri yıkmak ve bunların yerine farklılıkların egemen olmasını sağlamak amacını gütmektedir. Dolayısıyla postmodern yaklaşım bir direniş, bir karşı koyma anlamını taşımaktadır. Hukuk iki yönlü bir süreç olacaktır. Hukuk sosyal realiteye yaklaşacak, sosyal realite de hukuka yaklaşacaktır.

---

<sup>55</sup> KORKUSUZ, a.g.e., s. 64.

## D. İSLAM'DA HUKUKUNUN KÖKENİNE İLİŞKİN GÖRÜŞLER

İslam dininde temel olarak hukukun kökenine ilişkin iki önemli kelam mezhebi tarafından görüşler dile getirilmiştir.

### 1- Eşariyye Mezhebi ve Hukukun Kökeni

İmam Eş'ari Hicri 260 tarihinde Basra'da doğmuş, kırk yaşına kadar Mutezile mezhebine bağlı kalmış, sonra üç kardeş meselesi diye bilinen bir meselede hocası Ebu Ali el- Cübbai ile tartışmış ve tartışmada onu yenince Mu'tezile'den ayrılarak Eş'ariliği kurmuştur. İmam Eş'ari, eserlerinde Mu'tezile ve diğer bid'at mezheplerini reddetmiştir. Allah Teâlâ'nın ezeli sıfatları bulunduğunu kabul etmiş, itikadi konularda akla değer vererek, ayet ve hadislerin yanında akli deliller de kullanmıştır.

Eş'arilik daha çok Mu'tezile'ye bir karşı tez olarak doğmuş, felsefeye karşı tez olarak devam etmiştir. Eş'ari âlimleri zamanla te'vile çok fazla yer vermişlerdir. Zaman zaman da kelamda yenilikler ve değişiklikler yapmışlar, kelam ilmini felsefe ile rekabet edebilecek bir güce kavuşmuşlardır.<sup>56</sup>

Eşari'ye göre iyi ve kötü ancak vahiy yoluyla bilinebilir. Şeriat tarafından emredilen şey iyi, yasaklanan şey ise kötüdür. Şeriat, iyi kabul edilen bir şeyi kötüye, kötü kabul edilen bir şeyi de iyiye dönüştürebilir.<sup>57</sup> Eylemler, kendi başlarına ne iyidir ne de kötüdürler; kendilerinde, onları cezaya ya da ödüle muhatap kılacak herhangi bir şey yoktur. Eylemler, cezalandırılabilir ya da ödüllendirilebilir hale getiren nakil ve veya şeriattır.<sup>58</sup>

Sonuç olarak bu anlayışa göre İslam hukukunda, hukukun kökeni vahiy olduğunu söyleyebiliriz. Yani vahiy gelmeden önce akılla bir şeyin iyi veya kötü olduğu bilinemez ancak vahiy ile iyi ve kötünün ne olduğu belirlenebilir.

### 2- Mutezile Mezhebi ve Hukukun Kökeni

Ayrılanlar, uzaklaşanlar, bir tarafa çekilenler anlamına gelen Mu'tezile<sup>59</sup>, büyük günah işleyen kişinin, küfür ile iman arasında bir mertebede olduğunu söyleyerek Hasan-ı Basri'nin dersini terk eden Vasıl b. Ata ile ona uyanların oluşturduğu mezhebin adıdır. Mu'tezile akılcı bir mezheptir. Bu sebeple mantık kaideleri ile çelişir gördüğü ayet ve hadisleri başka

<sup>56</sup> A. Saim KILAVUZ, *İSLAM AKAİDİ VE KELAM'A GİRİŞ*, Neşe Basım-Yayın, İstanbul, 2013, s. 447.

<sup>57</sup> ALTUNTAŞ, a.g.m., s. 234.

<sup>58</sup> ALTUNTAŞ, a.g.m., s. 234.

<sup>59</sup> Mu'tezile, İslam Ansiklopedisi, Türkiye Diyanet Vakfı, 31.C, s. 391-401, <https://islamansiklopedisi.org.tr/mutezile> (s.e.t, 14.10.2019).



anlamlara yorumlar. Yani akla öncelik verir. Kalam ilmi ilkin Mu'tezile'nin elinde doğmuştur. Mu'tezile Abbasiler döneminde en parlak zamanını yaşamıştır. Me'mun (v.218/883), Mu'tasım (v.227/841) ve Vasık (v. 232/847) zamanında devletin resmi mezhebi olmuştur. Daha sonra bu parlak dönem sona ermiş, tarih sahnesinden silinmeye başlamıştır. Günümüzde Mu'tezile, başlı başına bir mezhep olarak mevcut değildir. Ancak görüşleri başta Şia olmak üzere bazı mezheplerde yaşamaktadır.

Mutezile, İslam akılcılığını temsil eder. Mutezile anlayışına göre Allah, evrenin yaratıcısıdır. Allah evreni ve maddeyi yarattığı gibi manevi kavramları da yaratmıştır.<sup>60</sup> Bu düşüncede, iyilik ya da kötülük, varlıkların ve eylemlerin özlerinde bulunur. Şeriatın yani hukukun emir ve yasaklarının altında yatan gerekçe, varlıkların ve eylemlerin iyiliği ya da kötülüğüdür.<sup>61</sup>

Allah, insana belirli bir yaşam vermiştir; kendi yarattığı maddi evrene onu yollamış, kitaplar da göndererek neyin iyi, neyin kötü olduğunu peygamberlerin yaşamlarındaki örneklerle belirtmiştir. İrade ve bilinç sahibi insan, iyi ve kötü arasında tercihler yapacak; iyiyi seçerse cennetle ödüllendirilecek; kötüyü seçerse cehennem azabı onu bekleyecektir. Allah, insanın seçimlerine müdahale etmez. Eğer müdahale etseydi, onu sorumlu tutamazdı; seçim Allah'ın olurdu ki sorumluluk da onu ilgilendirirdi. Oysa insan özgürdür, çünkü sorumludur.<sup>62</sup>

Sonuç olarak mutezile, bağımsız akılla doğru ve gerekli olan birçok şeyi bilebileceğimiz konusunda ısrar etmekte, iyi ve kötüyü eşyanın doğasına bağlamaktadır. Bu anlayışa göre, İslam hukukunda hukukun kökenin “iyi ve yararlı olanı yapma, kötü ve zararlı olanı kaçınma” prensibi olduğunu söyleyebiliriz. Bu prensibin İslam literatüründeki ifadesi, “Emr-i bi'l-Mar'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 veya kötü oluşu, Allah'ın iradesinin kitap ve peygamberler aracılığıyla şeriat anlamında onlara yönelmesinden önce gelir. Allah'ın iradesinin vahiy ya da insan fitratı aracılığıyla iyi ve güzel olan şeyleri emretme, kötü ve çirkin olan şeyleri de yasaklama şeklindeki yönelimiyle hukuk kuralı doğar. Bu görüşe göre, İslam hukukunda hukukun kökeninin, salt nakil veya şeriat olduğu söylenemez. Kitap ve

---

<sup>60</sup> ÖKTEM & TÜRKBAĞ, a.g.e., s. 222.

<sup>61</sup> ALTUNTAŞ, a.g.m., s. 235.

<sup>62</sup> ÖKTEM & TÜRKBAĞ, a.g.e., s. 222.

peygamberler olmasa bile insan aklı, bütün iyiliklerin ve güzelliklerin kaynağı olan Allah'ın varlığı ve birliği bilgisine ulaşır.<sup>63</sup>

Mutezilenin devlet anlayışı da özgürlükçü doğrudur. Allah evrenin temelidir, ama insan yaşamına karışmadığı gibi devletin işleyiş biçimine de karışmaz. Yöneticiler, İslam'ın esasları olan iyiye, güzele, adile, ahlaklıya, doğruya uygun hareket ediyorlarsa cennet onları beklemektedir ve sorumlulukları bireyseldir. Devlet işi, Allah'ı doğrudan ilgilendirmemektedir, dolayısıyla laik devlet mutezile felsefesine uygundur.<sup>64</sup>

## **E. LİBERAL-DEMOKRATİK TOPLUM MODELİ**

Doğal hukuk görüşüne önem veren J. Locke (1632- 1714) yalnız yaşadığı devrin değil, daha sonraki dönemlerin, özellikle 18. yüzyıl Liberal Okulu'nun bayraktarı olmuş, halkın egemenliği ve tabii haklar üzerinde duran 18. yüzyıl filozoflarının hemen hemen hepsi Locke'dan esinlenmiş veya onun etkisinde kalmıştır.<sup>65</sup> Dolayısıyla liberal toplum modelinden bahsederken J. Locke'un hukukun kökenine ilişkin görüşlerinden ve toplum modelinden bahsetmek yerinde olacaktır.

Doğal hukukun Eski Mısır'a ve Antik Yunan'a kadar inen uzun ve onurlu bir geleneği vardır. Eski Mısır'da, tabii hukuk fikrinin temeli olan, egemenin ihlal edemeyeceği, egemeni de bağlayan kuralların mevcudiyeti fikri vardı. Bu fikir Antik Yunan'da Stoacı felsefeyle daha da gelişti. Stoacı felsefe, Roma hukuk düşüncesi ve Hıristiyanlık dini ve felsefesi Locke'un tevarüs ettiği doğal hukuk fikrinin temelinde yatan başlıca kaynaklardır. Doğal hukuk teorileri genel olarak bir tabiat hali ve insan tabiatı varsayımından hareket ederek işe başlar.

Ancak, genel olarak, tabii hukukçular, “tabii” veya “ tabiat” deyince, bu kelimelerin lisandaki mutad kullanılış tarzının aksine, “tabii bir akli kanuniyet”i kastetmektedirler. Akıldan kaynaklanan tabii hukuk “ebedi ve değiştirilmez”dir. Doğal hukuk pozitif hukuka her zaman üstündür. Hatta pozitif hukukun “hukuk” adını kullanmayı hak edebilmesi için doğal hukukun esaslarına uygun olması gerekir.

Akıl doğal hukukun özünü teşkil ediyorsa, doğal hukuk teorileri rasyonalist bir teori olmak durumundadır. Bu teoriler, insan aklının bütün sosyal, siyasi ve ekonomik ilişkilere

---

<sup>63</sup> ALTUNTAŞ, a.g.m., s. 235.

<sup>64</sup> ÖKTEM & TÜRKBAĞ, a.g.e., s. 222.

<sup>65</sup> Atilla YAYLA, *LİBERALİZM*, Liberte Yayınları, Ankara, 1998, s. 37.

hâkim olabilecek, evrensel geçerlilikte ahlaki prensipler tayin etmeye muktedir olduğu varsayımına dayanır. Güriz'e göre bilgi teorisinde empirisist olan Locke, hukuk teorisinde ise rasyonalist fikir adamı izlenimi vermektedir.<sup>66</sup>

Bütün doğal hukukçu düşünürler gibi Locke da teorisini kurmaya bir doğal durum varsayımından hareket ederek başlamaktadır. Bilindiği gibi, Locke'un doğal durumunda insanlar, Hobbes'un kinde olduğu gibi birbirlerini "parçalama" peşinde koşan kurtlar değildir. Tabiat halinde insanlar tam bir hürriyet içinde yaşar, herkes aynı hürriyet ve haklara sahip olduğu için de bir eşitlik durumu vardır. Doğa durumunu yöneten ve herkesi bağlayan bir doğa yasası vardır, bu yasadan başka bir şey olmayan akıl, ona danışan tüm insanlığa, eşit ve özgür olduklarından, kimsenin başkasının yaşamına, sağlığına, özgürlüğüne ve mallarına zarar vermemesi gerektiğini öğretir.<sup>67</sup>

Locke'un doğa halinde tasvir ettiği "topluluk" veya insanlar "uygar toplum" öncesi durumu temsil etmektedir. Locke'a göre, insanlar hayatlarını, özgürlüklerini ve mallarını karşılıklı olarak korumak için doğa durumundan uygar topluma geçerler. Locke bu durumu şöyle izah eder; devlet öncesi dönemde insanlar özgür ve eşit halde yaşamaktadır. Doğa yasası toplumu düzenlemekte ve insanların çerçevesi çizilmiş sınırlı bir özgürlük alanı mevcuttur. Doğa yasası akla uygun hareket etmeyi buyurmaktadır ve akla aykırı her hareket doğa yasasına yani düzene aykırıdır. Doğa yasasına aykırı hareket eden bireyler zararlı ve tehlikeli hale gelir. Devletin olmadığı bir toplumda suç işleyen cezalandırmak için bir otorite bulunmadığından bireyler kendi mağduriyetlerini gidermek için kendi yargıçları olurlar. Bu halde bireyler birbirlerine karşı ölçsüz cezalar vermelerine sebep olur ve bu durumda insanlığı savaşa sürükler.<sup>68</sup>

İşte bu nedenlerle, doğa halindeki insanlar uygar topluma geçmeye yönelirler. Bunun için herkes sahip olduğu kendini ve başkalarını koruma ve yasaya karşı işlenmiş suçları cezalandırma yetkilerini, birincisini kısmen, ikincisini bütünüyle olmak üzere bırakır. Siyasi iktidara bu yetkilerin devri, siyasi iktidarla insanlar arasında bir sözleşmenin yapılmasıyla gerçekleştirilir. Ancak, insanların bu sözleşmeyi yapması, temel haklarından ebediyen vazgeçmeleri demek değildir. Temel hakların sahipleri bireylerdir ve devletin yegâne görevi bu hakları korumaktır. İnsanlar devlete sadece bu hakları kendi adlarına korumak üzere yetki

---

<sup>66</sup> YAYLA, a.g.e., s. 41

<sup>67</sup> YAYLA, a.g.e., s. 42

<sup>68</sup> Oktay UYGUN, *DEVLET TEORİSİ*, XII Levha, İstanbul, 2014, s. 221.

vermişlerdir. Temel hakların varlığı ve niteliği, siyasal otoritenin meşruiyetinin, varlığını ve alacağı biçimin ana belirleyicisidir.<sup>69</sup>

Doğa durumundan uygar topluma geçmek için, insanlar, bir sosyal mukavele yaparak, doğa durumunda sahip oldukları iki temel haklarını otoriteye devrederler. Kendilerini koruma hakkını kendisinin ve toplumun korunmasının gerektirdiği oranda, kendilerine zarar vereni bizzat cezalandırma hakkını ise bütünüyle bırakırlar. Böylece siyasal güç doğar.<sup>70</sup>

Hafizoğulları'nın bahse konu makalesinde ele aldığı toplum düzeni akademik anlamda J. Locke'un temeli attığı liberal toplum modelidir. Bu toplumda Hafizoğulları'nın dediği gibi laiklik/sekülerizm yani akıl, toplum düzenini ve hukuk düzenini inşa etmektedir. Dolayısıyla hukuk akıl ile üretilmekte ve hukukun kaynağı/kökene akıldır.

## SONUÇ

Yukarıda yapılan anlatı bize göstermektedir ki, yeryüzünde onlarca medeniyet kurulmuş ve o medeniyetler içerisinde birçok toplum ve toplum modeli hayat bulmuştur. İnsanlığın ilk dönemlerinde vahiy temelli hukuk veya kurallar, toplumu inşa etmiş, düzene sokmuştur. Birçok düşünür hukukun kökenine ilişkin yaklaşım ortaya koymuş ve bunların bir kısmı o dönem hâkim olan üstün beşeri otorite tarafından yani devlet tarafından benimsenmiş ve uygulanmıştır.

Düşünce tarihinde yaşanan gelişmeler, fenni bilimleri etkilediği gibi beşeri bilimleri de etkilemiştir. Özellikle Orta Çağ aydınlanma felsefesi bu anlamda önemli bir dönüm noktası olmuştur. Aydınlanma döneminin ana gayesi insanın doğaya hükmetmesi ve doğayı kontrol edebilmesidir. Yani doğanın veya Tanrı'nın merkez olmaktan çıkıp, insanın merkez haline getirilmesidir. Toplum düzenlerinin buna bağlı olarak hukukun ve hukuk düzeninin üretimi ve inşası da insan aklı üzerinden gerçekleştirilmesi bu anlayışın bir sonucudur.

Modern toplum yapısı da bilimsel gelişmelere paralel olarak hukukun ve hukuk düzeninin ortaya çıkarılmasında insan aklı esas alınmıştır. Her ne kadar insanların doğuştan var olan haklarının varlığı kabul edilse de bunların nasıl kullanılacağı, nasıl ortaya çıkarılacağı yine insan aklıyla ve insanın lütfuyla ancak mümkündür. Bugün insanlığın geldiği noktada insan aklını esas alan hukuk düzenleri rağbet görmektedir. Oysa insanlığın acı tecrübeleri

---

<sup>69</sup> YAYLA, a.g.e., s. 46.

<sup>70</sup> YAYLA, a.g.e., s. 53.

göstermektedir ki, insanlığın doğuştan hakları ve hukuku vardır. Bunlar birilerinin tanınması veya tanınmaması inisiyatifine bırakılmayacak kadar kıymetlidir.

İnsanlığın yüzyıllar boyu süren sosyal bilim serüveni yarın veya gelecekte nasıl bir noktaya evrileceğini ve ne şekilde yol alacağını bugün kesin bir hükümle kestirmek mümkün değildir. Hafizoğulları'nın dile getirdiği gibi, uygar olmak seküler laik olmayı da beraberinde getirir ve bu gerçek kaçınılmaz, görmezden gelinemeyecek kadar önemlidir, şeklindeki yaklaşımı bilimi ve dolayısıyla hukuk üretimini ve inşasını kısırlaştıracağı ve durağanlaştıracığı açıkça ortadadır.

## **KAYNAKÇA**

ALTUNTAŞ Ömer Faruk, *HUKUKUN KÖKENİYLE İLGİLİ TEORİLERE GENEL BİR BAKIŞ*, Ondokuz Mayıs Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Yayınları Sayı: 8.

ARAL Vecdi, *KELSEN'İN SAF HUKUK TEORİSİNİN METODU VE DEĞERİ*, İstanbul Üniversitesi Yayınları No: 2471.

AYENGİN Tevhit, *İslam Hukukunun Kaynakları Üzerine Bazı Düşünceler*. Usul İslam Araştırmaları 4, 2005.

GÜRİZ Adnan, *FAYDACI TEORİYE GÖRE AHLAK VE HUKUK*, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları No: 184, Ankara, 1963.

HAFIZOĞULLARI Zeki, *Bir Kültür Ürünü Olarak Hukuk Düzeni*, Ankara Barosu Dergisi, 1997.

IŞIKTAÇ Yasemin, *HUKUK FELSEFESİ*, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2006.

KILAVUZ Ahmet Saim, *ANAHATLARIYLA İSLAM AKAİDİ VE KELAM'A GİRİŞ*, Neşe Basım-Yayın, İstanbul, 2013.

KORKUSUZ M Refik, *HUKUK BAŞLANGICI*, İstanbul Yeni Yüzyıl Üniversitesi Yayınları No:3, İstanbul, 2014

ÖKTEM Niyazi & Ahmet Ulvi TÜRKBAĞ, *FELSEFE SOSYOLOJİ HUKUK VE ADALET*, Der Yayınları, İstanbul, 2014

TOPÇUOĞLU Hamide, *HUKUK SOSYOLOJİSİ*, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları No: 17, İstanbul, 1969.

UYGUN Oktay, DEVLET TEORİSİ, XII Levha Yay., İstanbul, 2014.

YAYLA Atilla, *LİBERALİZM*, Liberte Yayınları, Ankara, 1998.

Mu'tezile, İSLAM ANSİKLOPEDİSİ, Türkiye Diyanet Vakfı, 31.C, s. 391-401.

### **ELEKTRONİK KAYNAKÇA**

<http://www.baskent.edu.tr/~zekih/ogrenci/Hukuk%20Duzeni.doc> (s.e.t 10.10.2019).

<https://dergipark.org.tr/tr/pub/usul/issue/16725/173928> (s.e.t 10.10.2019).

<https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/188703> (s.e.t 14.10.2019).

<http://usuldergisi.com/img/USL2005204-TAyengin.pdf> (s.e.t 14.10.2019).

<https://islamansiklopedisi.org.tr/mutezile> (s.e.t, 14.10.2019).