



NKÜ HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ

ARAŞTIRMA MAKALESİ / RESEARCH ARTICLE

HUKUKTA İYİNİN VE KÖTÜNÜN KAYNAĞI NEDİR?

*Berat KUMSEL **

ÖZ

Tabiat belirli bir düzen içerisinde işlemektedir ve insan bu düzene tabi bir şekilde yaşamaktadır. İnsan bu tabii yaşam içerisinde eylemleri ile var olmaktadır. İnsanın eylemliliğindeki veyahut eylemsizliğindeki belirleyici iradesinin kaynağını tespit etmek gerekmektedir. Bu iradeyi oluşturan ve yapma veya yapmama iradesini şekillendiren kaynaklardan birisi hukuktur. Hukuk kavramından kastımız akla ilk geldiği şekilde yasalar manzumesi değildir. Hukuk, geçmişte olduğu gibi günümüzde de insanın bir şekilde iradesini belirleyen veya yönelten bazen vahiy ile bazen akılla belirlenen, kimi zaman zihinde kimi zaman metinde kimi zamanda hayatın tam içerisinde vücut bulan kurallardır.

Hukuk kurallarının oluşumunda doğruyu ve yanlış neyin belirlediği ve hukuk nizamı içerisinde iyinin ve kötünün kaynağının neler olduğunun tespiti çalışmamızın ana gayesini oluşturmaktadır. Bu çalışmada din ve hukuk kavramlarının, ana gayemize yönelik, tanımlarını verip din ve hukuk ilişkisi bağlamında hukukta iyinin ve kötünün kaynağını tespite çalışacağız.

Anahtar Kelimeler: İyi ve Kötü, Hukukun Kökeni, Tabii Hukuk, İlahi İrade, Teonomi

* Kamu Hukuku Yüksek Lisans Öğrencisi, Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, berat.kumsel@student.asbu.edu.tr, ORCID 0009-0002-8245-7292.



WHAT IS THE SOURCE OF GOOD AND EVIL IN LAW?

*Berat KUMSEL***

ABSTRACT

Nature operates in a specific order, and humans live in accordance with this order. Within this natural life, humans exist through their actions. It is necessary to identify the source of the determining will in human action or inaction. One of the sources that forms and shapes this will, the will to act or not to act, is law. By law, we do not mean merely a set of statutes as first comes to mind. Law, both in the past and today, is a set of rules that in some way determine or guide human will—sometimes dictated by revelation, sometimes by reason, sometimes manifest in the mind, sometimes in text, and sometimes right within life itself.

The primary aim of our study is to determine what defines right and wrong in the formation of legal rules and what the sources of good and evil are within the legal order. In this study, we will define the concepts of religion and law in relation to our main goal and attempt to identify the sources of good and evil in law within the context of the relationship between religion and law.

Keywords: Good and Evil, Origin of Law, Natural Law, Divine Will, Theonom

* Department of Public Law Graduate Student, Social Sciences University of Ankara, Institute of Social Sciences, berat.kumsel@student.asbu.edu.tr, ORCID 0009-0002-8245-7292.

Extended Summary

Living collectively has brought about the need for daily life to be regulated by certain rules. Every community maintains its existence within the framework of specific written or oral rules. The rules that guide individuals towards performing or refraining from an action, and that prescribe commands and prohibitions, are based on certain principles. The main issue we are interested in is determining what makes an action legal or illegal within the realm of law. We believe that at the core of this collection of rules, and partially within universal values, lie spiritual values.

For law, ethics, and for ethics, religion holds an indispensable importance. Therefore, spirituality and religion play a significant role in the formation of societal norms and especially legal rules. Therefore, as previously mentioned in our work, we aim to substantiate the claim that 'religion is the source of good and evil in law' to the best of our ability.

When defining the concept of law, it is necessary to delve as much as possible into its foundation. There are differences in the definition between those who argue that law is the product of a conscious will and those who argue that it emerges involuntarily. Some argue that law is produced by a specific will. According to this view, law is a product of consciousness. However, there are disagreements about what or who this conscious will is. Accordingly, law is described by some authors as a commandment of God, by others as the commandment of the sovereign or sovereigns, and by others as collectively produced by society based on a social contract.

The oldest among these three views is the belief that law is a commandment of God. According to this view, law is created by God, it is divine. The continuity of law's existence, like its presence, is also dependent on the will of God. According to this theory, the foundation of law carries a sacred quality and is not open to any debate.

Another view is that law is the commandment of the sovereign or sovereigns. Here, the authority to make law rests with the sovereign, and it is a human will, not a divine one. Law is considered something "established" by human will.

Finally, the definition of law based on the social contract is that "law is the consensus of the wills of individuals who must live within the same society." According to this view, law is the product of this general will that emerges from the agreement of individuals living in the same society.

The view that carries law as beyond will argues that law does not arise from a conscious will. According to these definitions, law simply exists, much like the discovery of gravity, where existing phenomena need to be recognized, explained, and solidified. In this context, among the views that consider law as beyond will, the definition of natural law stands out. Natural law is the law possessing universal qualities that exist in nature, society, or within human beings.

The definition of natural law varies in each era. Defining natural law in the ancient era is not difficult because, as the name suggests, law is inherent in nature itself. However, in the Middle Ages, natural law scholars argued that law was shaped by a divine nature. Accordingly, law was considered as part of divine order, and efforts were made to base law on religion accordingly.

In the modern era, the concept of natural law evolved towards the idea that law is a product of human reason. The natural law scholars of this period secularized natural law and changed its content. The divine and religious attributes of natural law were abandoned, and instead, the concept of "human reason" was introduced. The concept of human reason focused not on individual human minds but rather on the "nature of reason" as a whole. This view of natural law in the modern era is referred to as "rationalist natural law."

In our study, the definitions of religion we will provide will mostly correspond to definitions found in the sociology of religion. This is because we believe that the most important point where law and religion intersect is in the social structure. Definitions of religion typically address the sacred, divine, and supernatural aspects of religion. These definitions are intrinsic definitions of religion and reduce religion only to spiritual powers, God, and the sacred, excluding the social and cultural aspects of religion. Therefore, they are very narrow definitions. Religion is defined by those who base their definitions on functional aspects, considering its psychological and social effects on society and individuals.

Law is an entity built upon religious foundations. The alignment of concepts such as good and bad, legal and illegal, orders and prohibitions serves as proof of this. When religion is ignored, only the rigid rules of law remain, which do not lead to justice. On the contrary, injustice and oppression can be perpetrated through the law, which is the real problem. This approach puts distance between the individual and God, disregarding legal issues that could easily be resolved through more rational thinking.

It is impossible to conceive of a law that is isolated from ethics and, consequently, from religion. Both religion and law have similar objectives in regulating social life and human behavior, as reflected in their definitions. Therefore, it is undeniable that the concept of good and evil in law originates from religion, and the regulatory and guiding influence of religions on society plays a significant role in the formation of law.

GİRİŞ

İnsan, sosyal bir şekilde yaşamak mecburiyetindedir. Bu mecburiyet kimi zaman beslenme, barınma ve güvenlik gibi temel ihtiyaçlardan kaynaklanırken kimi zaman da üreme, sosyal ilişki kurma ve kendini gerçekleştirme arzusu gibi ikincil ihtiyaçlardan mütevellittir. Toplum içerisinde yaşamak ve o toplumun gereklerini yerine getirmek insana birtakım haklar ve sorumluluklar yüklemiştir.¹ Bahsettiğimiz toplum; en ilkel zamanlarda aile kurumu olarak karşımıza çıkarken zamanın akıp geçmesi ve insanın medeniyet çizgisinde yol almasıyla günümüzde devlet ve hatta devletler üstü kurumlar olarak ortaya çıkmıştır.

Toplu bir şekilde yaşama, beraberinde günlük hayatın belirli kurallarla düzenlenmesi ihtiyacını da getirmiştir.² Öyle ki; her topluluk sözlü veya sözsüz, kodifiye edilmiş olsun veya olmasın belirli kurallar çerçevesinde varlık sürdürmektedir. Bir kuralın yazılı olması modern hukuk algımıza göre gayet olağandır. Yine modern hukukta yazısız kurallarda -örf, anane, ahlak, din vb.- kimi zaman hukuk sistemlerince kabul edilmektedir.³ Bunlara ek olarak bir de sözsüz kurallar vardır. Bu kurallar asla dile getirilmeyen, dile getirilmeye ihtiyaç duyulmayan, sorgulanmayan, herkesçe istisnasız uyulan ve hatta uyulmamasının zihinlerde karşılığının olmadığı kurallardır. Bu kuralların o toplumun insanları tarafından tespiti mümkün değildir. Yalnızca dışarıdan bir göz bu kuralları fark edebilir. Bazen bu kuralların, toplum içerisinde yaşayan kimselerce fark edilmediği durumlar dahi olmaktadır. Kural kendiliğinden ortaya çıkar

¹ Vecdi Aral, *Hukuk Felsefesinin Temel Sorunları* (3. Baskı, On İki Levha Yayıncılık 2012) 91

² Saffet Köse, 'Hukuk mu Ahlâk mı? İslâm Nokta-i Nazarından Din-Ahlâk-Hukuk İlişkisi Bağlamında Bir İnceleme' [2011] *İslam Hukuku Araştırmaları Dergisi* 15, 17

³ Türk hukuk sisteminde örf ve adet de bir hukuk kuralı teşkil etmektedir. Bu durum 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun 1. maddesinde "*Kanunda uygulanabilir bir hüküm yoksa, hâkim, örf ve âdet hukukuna göre, bu da yoksa kendisi kanun koyucu olsaydı nasıl bir kural koyacak idiyse ona göre karar verir.*" şeklinde açıkça hükme bağlanmıştır. Süleyman Yılmaz ve Abdulkerim Yıldırım, *Medeni Hukuk – I (Başlangıç Hükümleri – Kişiler Hukuku – Aile Hukuku)*, 4. Baskı (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2023), 55

ve herkesçe ortak bir zihinsel kabulde uygulamaya konulur. Yalnız o topluluğa dışarıdan dahil olan bir kimse bunu fark edebilir.

İnsanı bir eylemi gerçekleştirmeye veya gerçekleştirmemeye yönlendiren, emir ve yasaklar salık veren kurallar belirli temellere dayanmaktadır. Bu noktadan hareketle hukuk felsefesinde hukukun temeli ile ilgili çeşitli teoriler bulunmaktadır. Bizim ilgilendiğimiz ana mesele ise bir eylemi hukuk içerisinde legal veya illegal yapan şeyin ne olduğudur. İleride daha detaylı bir şekilde farklı görüş ve yaklaşımları inceleyeceğimiz üzere hukuk dediğimiz bütün bu kurallar manzumesinin ve kısmen evrensel olan değerlerin temelinde manevi değerler olduğu kanaatindeyiz. Buna insan öldürme suçunu örnek verebiliriz.⁴ Her kim ki bir insanı öldürürse hukuk düzeni içerisinde cezalandırılır; meğerki bu insan öldürme fiili aynı hukuk düzeni içerisindeki bir başka norm tarafından istisna tutulsun. Buna göre insan öldürmek kural olarak cezalandırılması gereken bir eylemdir. Ancak cezasızlık hâli de hukuk düzenleri içerisinde öngörülmüştür. Bir kimseyi haksız yere öldürmek her dinde katile vebal iken, bir celladın ölüm cezasını infaz etmesi onun sorumluluğudur. Nitekim cellat sırf infaz işlemini yerine getirdiği için katil sıfatını almaz.

Hukuk için ahlak, ahlak için de din vazgeçilmez bir öneme sahiptir. İnsan, hukuk aracılığıyla bir düzen kurarken kendine kaynak aldığı değerlerden yola çıkmaktadır. Bu değerlerin temelinde ise adalet duygusu yatmaktadır.⁵ Adalet, insanı haklı olana yönelten ve hakkı yerine getirmeye teşvik eden ahlaki bir değerdir.⁶ Hukukun buyurgan yapısının zihinlerde ve toplumda işlerlik kazanması için yalnızca daha önce örnek verdiğimiz şekilde “olan” bir müeyyide yeterli olmayacaktır. Hukuku uygulamakta insanı teşvik edecek manevi bir kuvvet gerekmektedir. Hukuka uyan bir kişi, bir zorunluluğa veya zorlamaya boyun eğmiş olmaz; aksine, bu ödevi iç doğruluğu ve geçerliliğinden dolayı benimseyerek, aslında kendine uymuş olur.⁷

Ahlaka dayanmayan bir hukukun varlığı tasavvur edilemez; ahlâk, toplumsal düzenin temelini ve dayanağını oluşturur. Ahlaki değerler ve onlara olan inanç olmadan ne bireysel yaşam ne de onun bir uzantısı olan toplumsal yaşam insani bir kimliğe bürünebilir; bu durumda

⁴ Köse (n 4) 20

⁵ Biz her ne kadar adalete uygunluğu bir hukuk kuralının sıfat olarak iyi addedilmesine sebep sayıyorsak da hukuki pozitivizm görüşü bunun tam tersini savunmaktadır. Bu görüşe göre bir hukuk kuralının var olması ile onun iyi veya kötü olarak sıfatlandırılması başka şeylerdir. Hukuki pozitivizm görüşüne göre adil olmayan hukuk kuralları da geçerlidir ve hukukun bir parçasıdır.

⁶ Aral (n 3) 93

⁷ ibid 92

yaşam, sadece amaçsız ve idealsiz bir hayvansal varoluş olarak kalır.⁸ Bu nedenle toplumsal normların ve hukuk kurallarının oluşumunda ahlak ve maneviyat önemli bir rol üstlenmektedir.⁹

Bizim burada kastettiğimiz yalnızca ilahi dinler değildir. Söz konusu dinin ilahi olup olmaması, sistemli veya sistemsiz olması ve hatta kaç kişi tarafından takip edildiği önemli değildir. Bu dinin mensuplarının inandıkları öğretiyi bir din olarak tanımlayıp tanımlamaması da bizi ilgilendirmektedir. Dinin özsel, işlevsel, kişisel veya sosyal tanımlarından herhangi birisine dahil olan her inanış ve yaşam şekli, hukukta iyinin ve kötünün kaynağının tespit edilmesi açısından bizim için büyük bir öneme sahiptir.

Çalışmamızda daha önce belirtildiği üzere “*hukukta iyinin ve kötünün kaynağı olarak; din*” savını elimizden geldiğince inceleme niyetindeyiz. Bunun için önce ilgili kavramların halihazırda yapılmış olan tanımlarını derleyeceğiz. Ardından bu tanımlar ışığında din ve hukuk kavramlarının kesiştiği ve çatıştığı noktalardan yola çıkarak hukukun temelinde var olduğunu düşündüğümüz yaratılıştan gelen manevi değerleri ortaya koymaya çalışacağız. Arzumuz odur ki pozitif hukuk – tabii hukuk tartışmalarında din olgusunun varlık sahasını genişletmekte ufak da olsa bir katkı sağlayabilelim.

I. TANIMLAR

Çalışmamızın ana konusunu oluşturan din ve hukuk kavramlarının tanımlanması meselesi bu kavramların ortaya çıkışından itibaren esaslı bir sorun teşkil etmektedir. Bu kavramların net bir şekilde tanımlanamaması ve yapılmaya çalışılan her tanımın diğer tanımlardan bambaşka mahiyette olması çalışmanın üretim sürecinde bizi azami ölçüde zorlamıştır. Tanımlama faaliyetinin zorluğuyla birlikte bambaşka kaynaklarda ve apayrı disiplinlerdeki tanımların dağınıklığı da işimizi kolaylaştırmamıştır. Tüm bu zorluklara rağmen çalışmamıza faydalı olacağını düşündüğümüz yeterli sayıda tanımı verip savımıza destek verecek tanımlardan yana ağırlığımızı koyacağız. İki kavramın tanımını yaparken aralarındaki öncelik ve sonralık ilişkisine dikkat çekmek isteriz.

⁸ ibid 93–94

⁹ Ahmet Ünsal, ‘Hukukun Temeli ile İlgili Yaklaşımlar’ (2010) 9 Hitit Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi 5, 6

A. HUKUKU TANIMLAMAK

Bir kavramı tanımlarken ve ona mana verirken dilbilimciler “lügatte ve ıstılahta” olmak üzere iki şekilde anlam verirler. Bir kavramın sözcük anlamını lügatten öğrenirken, kavramı kullananların o kavramdan ne anladıklarını ve ne anlattıklarını ıstilah manasından öğreniriz. Lügate göre; hukuk kavramı Arapça kökenli bir kelime olup “hak” kelimesinin çoğuludur, “haklar” anlamına gelmektedir. İstilahta ise hukuk kavramı; gerçek, doğruluk, sıhhat, mülkiyet, hak, münasip durum, aslına uygun, makul, doğru ve sahih manalarına gelen ve gerçek olmak, doğru olmak, hatalı, yanlış olmamak, zorunlu ve kaçınılmaz olmak manasına gelmektedir.¹⁰

Hukuk kavramının tanımını yaparken bu kavramın temeline olabildiğince değinmek gerekmektedir. Hukukun bilinçli bir iradenin ürünü olduğunu savunanlar ile irade dışı ortaya çıktığını savunanlar arasında tanımlama noktasında farklılıklar bulunmaktadır.¹¹ Bu nedenle ele alacağımız tanımları da bu temellendirmeye ilişkin başlıklar altında tasnif etmek uygun olacaktır.

1. Hukuku Bilinçli İrade Sayan Tanımlar

Hukukun belirli bir irade tarafından üretildiğini savunan görüşler vardır. Buna göre hukuk, bilincin bir ürünüdür. Ancak bu bilinçli iradenin ne veya kim olduğu noktasında ihtilaflar vardır. Buna göre hukuk; kimi yazara göre Tanrı buyruğu iken, kimi yazara göre egemenin veya egemenlerin buyruğudur, kimine göre de toplumun sosyal sözleşmeye dayanarak kolektif bir şekilde ürettiğidir.¹²

Sayılan bu üç görüş arasından en eskisi hukukun Tanrı buyruğu olduğuna ilişkin görüştür.¹³ Buna göre hukuk Tanrı tarafından yaratılmıştır, mahluktur.¹⁴ Hukukun varlığı gibi süreğenliği de yine Tanrı'nın iradesine bağlıdır. Bu görüşe göre Tanrı asli kanun koyucudur ve biriciktir. Bu teoriye göre hukukun temeli kutsal bir nitelik taşır ve herhangi bir tartışmaya kapalıdır. Devlet otoritesini ilahi iradeye dayandırır ve bu nedenle kendisi de kutsal bir karaktere sahip olur.¹⁵ İnsanın veya bir başka iradenin hukuk yapması, devlet dolayısıyla,

¹⁰ Aydın Kudat, 'Hak ve Hukuk Kavramları Üzerinde Bir Değerlendirme' (2014) 4 Adam Akademi Sosyal Bilimler Dergisi 87, 97

¹¹ Ünsal (n 11) 6

¹² Kemal Gözler, *Hukuka Giriş* (9. Baskı, Ekin Yayınevi 2012) 206 vd.

¹³ Ünsal (n 11) 8

¹⁴ Şevki Özbilen, *Hukukun Temel Kavramları* (1. Baskı, Seçkin Yayıncılık 2013) 49

¹⁵ Ünsal (n 11) 6

Tanrı'nın otoritesine bir başkaldırı iddiası içermektedir ve müeyyideye tabii tutulmalıdır. Nitekim bu görüşe göre, Tanrı tarafından istenen şey adildir ve haklıdır.

Gözler, Tanrısal iradenin metafizik unsurlar içerdiğinden dolayı buna dayalı bir tanımın yapılmasını doğru bulmadığını bunun yalnızca tarihi bir argüman olarak ele alınması gerektiğini savunmaktadır.¹⁶

Bir diğer görüş ise hukukun egemenin veya egemenlerin buyruğu olduğudur. Burada hukuku yapma yetkisi egemen eliyle beşerî iradededir, ilahi iradenin herhangi bir yetkisi yoktur. Hukuk beşerî irade tarafından “konulan” şeydir.¹⁷ Burada beşerî iradenin kim veya ne olduğu ile ilgili düşünce birliği bulunmamaktadır. Devlet mi yoksa bir kişi veya bir zümre mi egemendir? Sonuçta her ihtimalde iradeyi ortaya koyan egemenin beşerî yapısı değişmediğinden kimin veya neyin egemen olduğu çok fazla önem arz etmemektedir. Bu görüşü destekleyecek en keskin hukuk tanımını Thomas Hobbes, Leviathan'da “hakikat değil, güç kanun yapar” şeklinde yapmıştır. Burada mutlak egemenin arzusu hukuktur. Son olarak da egemeni tanımlayacak olursak, Austin egemeni “siyasi bağımsızlığa sahip bir toplumda, herkesin kendisine itaat ettiği ama kendisinin hiç kimseye itaat etmediği kişidir” şeklinde tanımlamaktadır.¹⁸

Kısaca John Austin'in de hukuk tanımına değinmek gereklidir. John Austin'e göre “bir hukuk tikeli, akli bir varlığın yönlendirilmesi için, ondan daha güçlü olan akli bir varlık tarafından koyulan bir kuraldır.” Bu tanım, iki alt kategoriye içerir: ilahi hukuk ve pozitif hukuk. Bir pozitif hukuk, bir eylemi yapma veya yapmama konusunda zorlayan, siyaseten üst bir konumda bulunan bir monark veya daha fazla kişiden oluşan bir egemenin doğrudan veya dolaylı emridir.¹⁹

Son olarak toplumsal sözleşmeyi esas alan hukuk tanımını ise “hukuk, aynı toplum içerisinde yaşamak zorunda olan insanların iradelerinin birbiriyle uzlaşmasıdır”.²⁰ Buna göre hukuk ortaya çıkan bu genel iradenin ürünüdür.²¹

¹⁶ Gözler (n 14) 207

¹⁷ Özbilen (n 16) 50

¹⁸ Gözler (n 14) 208

¹⁹ Michael D Bayles, ‘Hukuk Felsefesi Neye Dairdir? Hukuk Kuramları, Tanımları, Kavramları Ya Da Kavrayışları Mı?’ (2015) 73 İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası 393, 396

²⁰ Özbilen (n 16) 50

²¹ Gözler (n 14) 213

2. *Hukuku İrade Dışı Sayan Tanımlar*

Bu başlık altında yapılacak tanımlara göre hukuk bilinçli bir iradeden doğmamaktadır. Yani hukuk bir otorite tarafından önceden kurgulanmış bir şey değildir.²² Bu tanımlara göre hukuk yalnızca vardır, aynı yerçekiminin keşfedilmesi gibi, hali hazırda var olanın fark edilip açıklanması ve bir sabiteye bağlanması gereklidir. Nasıl ki yerçekimi, Newton tarafından bir elmanın düşmesiyle fark edilmiş, açıklanmış ve Newton'un ölümünden tam 71 yıl sonra Henry Cavendish tarafından "G" sabitine bağlanmış ise hukuk da aynı şekilde fark edilip, açıklanmalı ve bir sabiteye bağlanmalıdır. Bu noktada hukuku irade dışı sayan görüşler arasında tabii hukuk tanımı öne çıkmaktadır.

Tabii hukuk; tabiiatta, toplumda veya insanın içinde var olan evrensel niteliğe haiz hukuktur.²³ Bu varoluş ezeli ve ebedidir.²⁴

Fransız hukukçu Louis Le Fur hukuku insan iradesinin dışında görerek tabii hukuku ahlak ile bağdaştırmıştır. Ona göre insan hem fiziksel hem de ahlaki bir boyuta sahip bir varlık olduğundan hem fiziksel hem de ahlaki yasalara tabidir. Ancak, ahlaki yasalar sadece insanlar için geçerli olup hukuk, tüm varlıkları içerse de özellikle insanları hedef alır. Bu nedenle, hukukun temelini fiziksel değil, ahlaki alanda aramak gerekir. Le Fur'e göre hukuk asla irade bildirimine indirgenemez.²⁵ Le Fur'e göre, eğer tek bir gerçekliğin varlığı söz konusu olsaydı, bunu bir tek kişi de bulabilirdi. Çoğunlukçu görüş ise gerçekliği sadece çoğunluk bulabilir değil ve fakat çoğunluk ne derse gerçeklik odur, iddiasındadır.²⁶ Le Fur'e göre yukarıda metaforlaştırdığımız Newton - Cavendish meselesindeki gibi hukuk tek asıldan türemiştir ve çoğunluk onu benimsese de benimsemese de o tek varlığını koruyacaktır. Ayrıca çoğunluğun yapısının değişip değişmemesi de hukukun yapısını etkilemeyecektir.

Tabii hukukun tanımlanması esnasında baktığımız perspektifin içinde çağın hangi çağ olduğu önem kazanmaktadır. Tabii hukukun görünümü ilk çağda başka, orta çağda başka, yeni çağda bambaşkadır.²⁷

²² ibid 214

²³ Yusuf Karakoç, 'Hukukun Anlamı' (2008) 10 Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 1, 11

²⁴ Özbilen (n 16) 50; Gözler (n 14) 214

²⁵ Tarık Özbilgen, 'Louis Le Fur'ün Hukuk Görüşü' (1969) 35 İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası 352, 355

²⁶ ibid 356

²⁷ Çağıl (n 7) 81

İlk çağda tabii hukuku tanımlamak pek güç değildir. Çünkü adı üzerinde hukuk tabiatın ta kendisidir. Tabiatın düzeni, hukuk düzeninin de kaynağıydı. İnsanın fiziki ve biyolojik yapısı hukukun işleyişinde önemli role sahipti. Aristo “*Tabii hukuk, tabiatın bütün hayvanlara öğrettiği hukuktur. Tabii hukuk sadece insan cinsine has değildir; denizde ve karada yaşayan bütün hayvanlar ve keza kuşlar için de geçerlidir*” diyerek tabii hukukun ilk çağdaki tanımını ortaya koymuştur.²⁸ Bu dönemde “büyük balık, küçük balığı yer” minvalindeki yalnızca tabiatı gözlemekle çıkarabilecek kurallar hukuku oluşturuyordu. Buna göre hukuk gücünü tabiattan alıyordu.²⁹

Orta çağa gelindiğindeyse tabii hukukçular, hukukun tanrısal bir tabiat üzerinde şekillendiğini öne sürmüşlerdir.³⁰ Buna göre hukuk ilahi düzenin bir parçası olarak addedilmiş, buna uygun olarak da hukuku din ile temellendirilmeye çalışmışlardır. Orta çağ perspektifine yönelik yapılan tabii hukuk tanımı “dini tabii hukuk” şeklinde de adlandırılmaktadır.³¹

Çalışmamız din ve hukuk kavramları ekseninde ilerlediği için “dini tabii hukuk” tanımını biraz daha açmak lüzumu duyuyoruz.

Dini tabii hukuk denince akla Aziz Augustinus ve Aquinas’lı Thomas gelmektedir.

Aziz Augustinus’a göre hukuk “Tanrı’nın ifadesi olan ebedi bir kanun” olarak tanımlanmıştır. Aziz Augustinus iki tür devletin var olduğunu belirtir: biri ilahi, diğeri ise günah ve isyan kökenli ve şeytani olan dünya devleti. Dünya devletinin meşruiyeti sadece ilahi devlete ulaşmanın bir aracı olarak kabul edilir. Hukuk, Tanrı’nın iradesinin ifadesidir ve ebedi bir kuraldır. Bu nedenle, hukuk dini içerir. Dinsizler ve dinden sapmış olanlar cezalandırılmalıdır.³² Bu tanıma göre hukuk yalnızca dinden ibarettir.

Aquinas’lı Thomas ise hukukun kaynağının beşerî akıl değil yalnızca ilahi irade olduğunu savunmaktadır. Aquinas’lı Thomas’ın hukuku “müşterek iyiye yönelen, toplumu önemseyen bir kişi tarafından çıkarılan ve ilân edilen, aklın bir buyruğu” şeklinde tanımlamaktadır.³³ Ona göre ebedi kanunlar, evreni yaratan ve yöneten kanunlardır.³⁴

²⁸ Kemal Gözler, ‘Tabii Hukuk ve Hukuki Pozitivizme Göre Adalet Kavramı’ (2008) 4 Muhafazakar Düşünce Dergisi 77, 80

²⁹ Gözler (n 14) 215

³⁰ Ünsal (n 11) 10

³¹ Gözler (n 14) 215

³² Ünsal (n 11) 10

³³ Bayles (n 21) 395

³⁴ Ünsal (n 11) 11; Gözler (n 14) 216

Yeni çağda tabii hukuk düşüncesi; hukukun, insan aklının ürünü olduğuna doğru evrilmiştir. Bu dönemin tabii hukukçuları tabii hukuku laikleştirerek içeriğini değiştirmiştir.³⁵ Tabii hukukun akla ilk gelen ilahi ve dini sıfatları terkedilmiş yerine “beşerî akıl” kavramı yerleştirilmiştir. Beşerî akıl kavramı, şahıslara bağlı bir şekilde somut insan aklını değil bilakis “akıl tabiatını” dikkate alarak öne sürülmüştür. Yeni çağdaki bu tabii hukuk görüşüne “rasyonalist tabii hukuk” denmektedir.³⁶

Rasyonalist tabii hukukun en önemli temsilcisi Hugo Grotius’dur. Grotius’a göre insanlar akli dikkate alarak yaşamaya meyillidirler.³⁷ Bu temayül hukuka kaynaklık etmektedir. Tüm beşeriyette kendini gösteren ve kabul edilen hukuk kuralları vardır. Bu kurallar aklın tabiatından mütevellittir. Buna göre iyiyi ve kötüyü ayırt edebilen insan akli hukuka kaynaklık etmektedir.

Grotius’un insan aklının doğasından kaynaklandığını söylediği tabii kurallara verdiği örnek; “*herkes kendi kusurundan kaynaklı zararı ödemelidir, herkes başkasına ait şeyi geri vermelidir, herkes hak ettiği cezayı almalıdır*” şeklindedir. Bunlar ve benzeri kurallar insan aklına uygun oldukları ve aklın doğası ile çelişmediği için geçerlidir.

Yapılan açıklamalardan sonra çalışmamızdaki savı temellendirecek, bizim de kabul ettiğimiz, hukuk tanımı Orhan Münir Çağıl’ın tabii hukuk tanımıdır. Bu tanım tam olarak şu şekildedir; “... tabii hukuk başka bir zemin üzerinde bulunmaktadır. Meselâ, dinî veyahut teolojik dünya görüşü zaviyesinden, tabii hukukun nihaî kaynağı, daha doğrusu menşei: Allah’tır. Varlığa veya kâinata filozofik zaviyeden bakacak olursak, akıl, tabii hukukun menşei ve bu suretle müspet hukukun da nâzım (regülatif) prensipi, rehberi ve ölçüsüdür. Tabii hukuk ebedîdir ve değiştirilemez; bağlayıcı bir norm olarak, tarihin seyri içinde doğmuş ve gelişmiş olan müspet hukukun fevkındadır. Müspet hukuk, bu tabii hukuka göre ayarlanmalıdır. Tabii hukuk idesinden istidlâl edilen (çıkarılan) haklar, menşeleri dolayısıyla, her türlü dünyevî maddî cebrin dışındadır ve devredilemez mahiyettedir.”³⁸

³⁵ Ünsal (n 11) 13

³⁶ Gözler (n 14) 216

³⁷ Gözler (n 30) 82

³⁸ Çağıl (n 7) 82

B. DİNİ TANIMLAMAK

Dini tanımlama faaliyeti aynı hukuku tanımlamak kadar meşakkatlidir.³⁹ Din tanımlarken dinden neyin kastedildiğinin belirlenmesi esas meseleyi oluşturmaktadır. Dini işlevsel bir şekilde tanımlamak, dinin bireye ve topluma sağladığı kabul edilen faydaları ortaya koymak ve dinin ne işe yaradığını tespit etmektir. Dine özsel bir tanım yapmak ise daha çok dinin içeriğiyle, özüyle ilgilidir ve dinin ne olduğuna yöneliktir. İşlevsel tanımlar dinin daha çok psikolojik ve sosyal tarafına eğilirken; özsel tanımlar ise kutsal, ilahi ve doğaüstü karakteri ele alır.⁴⁰

Her iki tanım türü de aslında birbirini dışlayıcıdır. Bu yüzden her iki tanım yöntemini de buluşturacak ve aralarındaki tartışmaya son vermek için çok yönlü (politetik) ve kapsayıcı bir tanımlama çabası da mevcuttur.⁴¹

Çalışmamızda vereceğimiz din tanımları çoğunlukla din sosyolojisinde karşılık bulan tanımlar olacaktır. Çünkü hukuk ve dinin kesiştiği en önemli noktanın sosyal yapıda olduğu kanaatindeyiz. Nitekim din bir kimsenin iç dünyasında kendine yer bulabilirken, hukukun böyle bir imkânı hemen hemen yoktur. Bu nedenle her iki kavramda sosyal yaşamda karşı karşıya gelir ya kesişir ya temas etmez ya da çakışır.

1. Dinin Özsel Tanımları

Dinin içeriğine yönelik kutsal olanı, ilahi olanı ve doğaüstü olanı ele alan tanımlar dinin özsel tanımlarıdır. Bu tanımlara göre din, tamamıyla özle alakalıdır. Kutsal olanı kabul edip inanan ve hatta iman eden kişiye göre din vardır; iman etmeyen kimse için ise yoktur.

Alman din bilimcisi Rudolf Otto (1869-1937) din kavramını “Din kutsalın tecrübesidir” şeklinde tanımlamaktadır.⁴² Buna göre dinin özsel tanımlarından birini kabul etmek için en başta Tanrı, kutsal veya aşkın üst bir varlığın varlığını kabul etmek gerekir. Bu bakış açısına

³⁹ Osman Doğru and Atilla Nalbant, *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi Açıklama ve Önemli Kararlar*, vol 2. Cilt (Avrupa Konseyi 2013) 123. Her iki kavramı tanımlamanın güçlüğü bu iki olgunun birbirlerini tanımlamasında da ortaya çıkmıştır. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Avrupa İnsan Hakları Komisyonu din kavramını tanımlamayı gerekli görmemiş sadece bu kavramı belirlemenin güçlüğüne dikkat çekmiştir.

⁴⁰ Abdurrahman Kurt, ‘Sosyolojik Din Tanımları ve Dine Teolojik Bakış Sorunu’ (2008) 17 Uludağ Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi 73, 73

⁴¹ ibid 75

⁴² Hilal Fil, ‘Rudolf Otto’da Din, Kutsallık ve Mistik Tecrübe’ (2017) 6 Recep Tayyip Erdoğan Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi 349, 351

göre din tamamen insanın kendi dünyasından bir parça olup sosyal hayattan bağımsız bir olgudur.⁴³

Özsel tanımlar dini yalnızca manevi güçlere, Tanrı'ya ve kutsala indirgeyip, dinin toplumsal ve kültürel yönlerini tanımın dışında bırakırlar. Bu nedenle son derece dar tanımlardır. Dinin tam olarak tanımlanması için öncelikle kutsal olanın tecrübesi gerekmektedir ancak bu sübjektif olması nedeniyle yeterli değildir. Bu tecrübenin insanın çevresiyle girdiği etkileşime göre nesnelleşmesi ve somut dünyada karşılık bulmaması kaçınılmazdır. Zaten gerçekte insanın edindiği her tecrübe, duyumsadığı her his, insan ruhunda bir nebze dahi olsa etki bırakan her ne olursa olsun, somut dünyada da o insan eliyle bir iz bırakır. İşte bu nedenle insan ruhunun ve duygularını bu kadar derinden etkileyen din kavramının yalnızca insanın zihninde ve kalbinde hapis kalması mümkün değildir. Nasıl ki hüznün ağlatır, neşe güldürür, korku titretir ise tüm bu duyguları farklı farklı harekete geçirme kudretine sahip din kavramının somut dünyaya aksetmeyeceğini söylemek abesle iştigal olacaktır.

John Hick'in inanç tanımı da bizi destekler niteliktedir. Hick'e göre bir dini inanç, eylemsellik kazandığında sosyal hayatın bir unsuru haline gelir. Bununla beraber din, öze ilişkin yapısıyla insana tüm hayatında yol gösterici bir yapıya bürünür.⁴⁴

İşte dış dünyada nesnelleşen ve objektif bir boyut kazanan din için özsel tanımlar yetersiz kalmaktadır. Çalışmamızın konusunu oluşturan din ve hukuk kavramlarının sosyal yapıları ve toplumun işleyişini ve düzenini belirlemekte üstlendikleri görevleri nedeniyle dinin özsel tanımlarını kabul edemiyoruz.

2. Dinin İşlevsel Tanımları

Din, işlevsel tanımları temel alan kimseler tarafından, toplum ve insan üzerindeki psikolojik ve sosyal etkilerine göre tanımlanır. İnanç sistemi, kişinin hem psikolojik hem de toplumsal yaşantısında önemli bir etkiye sahipse o bir dindir. Buna dayanarak din, toplumu birleştiren yahut ölüme duyulan korkuyu dindiren bir araçtır da denebilir. Bir başka deyişle din, kutsalın yahut tanrısallığın bir bölümünü paylaşmaktan ziyade bir güvenlik sistemidir. Eğer din kişilerin sosyallik kazanmalarına yardımcı oluyor ve saldırgan dürtülerinin önüne geçiyorsa siyasal iktidarlar tarafından dindar olmak istenilen bir durum olabilir ve buna yönelik politikalar ortaya çıkarılabilir.

⁴³ Kurt (n 42) 76.

⁴⁴ ibid 77

İşlevselci görüşe göre din, yaşamı açıklamaktan daha çok duygusal ve psikolojik açıdan desteleyerek ve toplumsal anlamda bizleri birbirimize bağlayarak yaşamımızı sürdürmeye destek olmak için vardır. Örneğin ritüeller ve ibadetler bizleri topluluk olarak bir araya toplamak veya kargaşa durumunda ruh ve akıl sağlığımızı korumak adına yapılır. Dini, faydacı fonksiyonları açısından değerlendiren bu yaklaşıma göre din, kutsalın veya tanrısallığın bir bölümünü paylaşmak yahut onlara katılmaktan ziyade toplum ve kişi için fonksiyonel bir kurtarıcı; gerilimi azaltma yahut toplumsal dayanışmayı sağlama aracıdır. Sosyolojinin ortaya çıkış dönemlerinde birçok sosyolog dine karşı faydacı bir tutum benimsemişlerdir. Durkheim ve Comte da bu sosyologlardandır. Şayet din bir güven sağlıyorsa, yaşam için faydalıysa, insan yaşamına destek olan bir mekanizmayla din ve dinin değeri gerçektir. Din, kişilere sağladığı psikolojik desteğe ek olarak toplumun birliğine, devamlılığına ve nizamına destek olduğu için bir değer bildirmektedir. Sosyal antropologlardan Montesquieu ve Condorcet dinin birçok yönden faydalı sosyal fonksiyona sahip olabileceğini; medeniyetin gelişiminde önemli bir paya sahip olduğunu söylemişlerdir.⁴⁵

Durkheim'ın işlevsel din tanımı “Sosyal olgular ancak sosyal olgularla açıklanabilir” şeklindedir. Buna dayanarak Durkheim'ın dini bütünüyle sosyal bir olgu olarak gördüğünü, materyalistik rasyonel ve teolojik din açıklamalarından farklı bir açıklamayla dini açıkladığını söyleyebiliriz. Teolojik bakış açısı dini doğüstü sınıflandırmalarına göre; materyalistik rasyonel ise algı ve düşüncenin bir yanılması şeklinde açıklamaktaydı. Teolojik yaklaşım dini bilimsel gözlemin dışında kalmış görürken materyalistik rasyonel yaklaşım dini incelemeye değer bulmamış gibidir. Durkheim dinin, bilim alanının dışında kalmayacak kadar kuvvetli bir kültür formu olduğunu düşünmesi sebebiyle dinî olguya oldukça farklı sosyolojik bir tanım getirmiştir. “Din, kutsal şeylerle ilgili –emredilmiş ve yasaklanmış- bir inançlar ve pratikler manzumesidir. Bu inanç ve pratikler, onları kabul eden kimseleri kilise denen manevi bir topluluk halinde bir araya getirir. Din fikri, kilise fikrinden ayrılamaz”.⁴⁶

Weber, Durkheim'den farklı olarak dini, “insani anlamlandırmayla ilgili bir eylem” ve “ruhun kurtuluşu için bir girişim” olarak tanımlamıştır. Durkheim dinin, kişileri kilisede bir araya getiren bir dayanışma şekli olduğunu vurgulamıştır. Burada kilise kelimesiyle kastedilen onun yalnızca bir mekân olmaması, inananlardan oluşan cemaati temsil etmesidir. İnananlarını

⁴⁵ ibid 78

⁴⁶ ibid 79

bir araya getiremeyen bir din düşünülemez. Durkheim'ın bu fikrinin arka planında ırk ve dini bir tutan İbranî düşüncenin yattığı düşünülmektedir.

Durkheim dinin fonksiyonelliğinin üzerinde durması nedeniyle dinin daha özel parçaları olan ibadet ve inanca yalnızca sosyal bir olgu olarak bakmıştır. Durkheim, totemizm kavramını dinin kaynağına açıklık getirmek üzere kullanmıştır. Totem, bazı ilkel klan ve kabilelerden, onların atası sayılan hayvan veya bitkiye verilen isimdir. Grubun kendi gelenek ve varlığının bir bayrağı vardır. Durkheim toteme olduğu gibi topluma da kutsallık atfeder. “Kutsal” ile “kutsal olmayan” aynı düzeydeki tecrübelerdir ve birbirinden ayıramayacak şekilde iç içe geçmişlerdir.

Sonuç olarak din insanları bir arada birleştirerek onlara kimliklerini dile getirebilecekleri bir referans kaynağı ve ortak bir zemin sağlar. “Ortak bilinç” olan din, parçalanmış olanları bir araya toplar. Bu bağlamda din temel bir bütünleştirici faktördür. Kısacası dinin fonksiyonel açıklaması, dine dışarıdan bakanların fikirlerini yansıtırken dinin içerisinde olan kimselerin fikirlerini görmezden gelir. Dinin yalnızca bireyleri sosyalleştirici, toplumları birleştirici, kaygıyı azaltıcı bir unsur olarak görülmesi, dini yeterince anlatmaz.

II. İYİ VE KÖTÜ, LEGAL VE İLLEGAL, EMİR VE YASAK

Kâinata her şey zıddı ile kaimdir. İyi ve kötü. Bir tarafta hayır, bir tarafta şer. Bir tarafta legal, diğer tarafta illegal. Kâinata var olan bu zıtlık birini diğerinin varlık sebebi haline getirmektedir. Hayatın her alanında bu zıt kavramların mücadelesini görmek mümkündür.⁴⁷ Bu mücadele bu kavramların varlık sebebidir. Nitekim biri olmadan diğeri anlamsızlaşır ve varlık gösteremez. Karanlığın içine doğan bir bebek gözlerini açıp aydınlığı bilene kadar karanlık nedir bilemez. Aydınlık bilinmeden karanlığın izahı mümkün olamaz. Bu durumun aksi de aynı izahatı yapmaya elverişlidir. İşte bu zıtlık hukukta kendini legal ve illegal olarak gösterirken, dinde karşılığını emir ve yasak (helal-haram) kavramları ile bulmaktadır.⁴⁸

İnsan iyi ile kötüyü, doğru ile yanlış birbirinden ayırma kuvvetine sahiptir. Bu kuvvet aynı zamanda insanı bu ayrımı yapmaya mükellef kılar.⁴⁹ İnsanda bulunan akıl ve vicdan fonksiyonu bu kuvvete temel oluşturur. Bu nedenle insan, din ve hukuk alanlarında da bu

⁴⁷ Orhan Münir Çağıl, ‘Ebedi Bir Problem Olarak Hayır ve Şer Tezadı Ruhun Ebediliği (Ölmezliği) ve Hukuk İdesi’ (1958) 23 İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası 381, 398

⁴⁸ Köse (n 4) 48

⁴⁹ Çağıl (n 49) 430

kuvvet ile iyiyi kötüyü, legalı illegalı tespit etmek ve buna göre eyleme geçmek veya hareketsiz kalmak mecburiyetindedir.

Din ve hukuk alanlarındaki sayılan kavramların bu benzerliğine örnek vermek gerekirse en kolay örneği suçlar ve cezalar arasında bulabiliriz. İbrahimi dinlere göre dünyada işlenmiş olan ilk suç, insan öldürme fiili, en berrak örnektir buna.⁵⁰ İnsan öldürme yalnız İbrahimi dinlerde değil dünya üzerinde yaygın bir şekilde bulunan neredeyse tüm dinlerde suç olarak tavsif edilmiş ve işlenmesi halinde bir müeyyideye bağlanmıştır. Bunun sebebi insanın diğer tüm canlılardan ayrı bir varlık olmasıdır. İnsanın yaratılış (veya varoluş, ortaya çıkış) hikayesinde hangi teoriyi benimserseniz benimserseniz insan bugün itibarıyla yaşayan ve hatta bilinen evrende varlık gösteren mümtaz varlıktır. İnsanın bu seçkin hali varlığının ortadan kaldırılmasını yasaklamaktadır. Bu yasağın ihlali yalnız dinlerde değil bilinen tüm hukuk düzenlerinde bir müeyyideye bağlanmış bulunmaktadır. Bu yasağın temellendirilmesinde pek çok görüş olmasına rağmen en belirgin olanı din üzerine inşa edilendir.

Din, insanı hem dıştan hem de içten kuşatan, duygularıyla, sezgileriyle, inançlarıyla ve düşünceleriyle bir bütün halinde kuşatan ve yönlendiren bir kurumdur. Bu nedenle, en sıkı düzenlerden ve kanunlardan daha etkili bir kontrol sağlar. Dinin gücü, hukukun erişemediği alanlardaki ihlallerde kendisini gösterir. Çünkü inanç değerleri güçlü olmayan ve ahlaki otokontrol mekanizmaları gelişmemiş kimseler, bu durumda ya gizliliğe sığınarak doğrudan ya da hukuk normlarının arkasına gizlenerek, başka bir deyişle fiillerini zahiren hukuka uydurarak ya kanuna karşı hile ya da hak veya yetkinin kötüye kullanılması şeklinde dolaylı ihlal yaparlar. Bu nedenle ahlaki oluşturulmadan konulan bir kural, zayıfları hile yapmaya, güçlüleri ise doğrudan ihlale teşvik eder.⁵¹

Hukuk, dini temeller üzerine bina edilmiş bir vakıdır. İyi kötü, legal illegal, emir yasak kavramlarının örtüşmesi bunu kanıtlar niteliktedir. Her ne kadar günümüz hukuku din kavramından arındırılıp pozitivist bir yapıya bürünse de bu ilk kaynağını içerisindeki benzerliklerden dolayı görmemizi engellemez. Dini, sosyal antropolojiden bir cüz veya kültürel zenginliklerden bir zenginlik gibi görmek ile hukuka olan etkisini yadsımak ancak fanatik bir hukuki pozitivistin ürünüdür.⁵² Din göz ardı edildiğinde, sadece hukukun katı kuralları kalır ve bu, adalete ulaşmayı sağlamaz. Aksine, hukuk yoluyla haksızlık ve zulüm yapılabilir ki asıl

⁵⁰ Şahban Yıldırım, 'Tabii Hukuk Teorisi Bağlamında Hukukun Etik Karakteri ve Etik (Meriyeti) Geçerliliği' (2015) 73 İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası 249, 251

⁵¹ Köse (n 4) 19

⁵² Çağıl (n 49) 383

sorun da buradadır.⁵³ Bu tutum birey ile Tanrı'nın arasına mesafe koyarak, kolaylıkla çözüme kavuşturulabilecek hukuki sorunların daha akılcı düşünmek uğruna yok sayılmasıdır.

Dünyadaki yaygın dinler kendi içlerinde bir adalet algısı barındırmaktadır. Söz konusu dinin ne olduğu fark etmeksizin o dinin yaygın olduğu ülkede türetilen hukuk pek tabii o dinin kurallarına kayıtsız kalamayacaktır. Burada değerlendirilmesi gereken nokta dinin adalet algısı ile uygulanmakta olan hukukun ulaşmaya çalıştığı adalet kavramı ile benzeşip benzeşmemesidir. Haliyle olan hukuk o ülkedeki kimseler tarafından cari kılınmış ve onların zihinlerdeki dünya görüşlerinden ve dinsel anlayışlarından meydana gelmiştir. Bu nedenle toplum içerisinde çoğunluk görüşü benimseyen dinin adalet algısının hukuk yoluyla reel hayata sirayet etmemesi kaçınılmazdır.

Adalet kavramı her ne kadar toplumsal yaşam için büyük bir öneme sahip olsa da ulaşılması gereken en yüce değer olarak kabul edilemez. Adalet, ahlaki talepler içerisinde olması gereken asgari düzeyi ifade eder. Bu noktada adalet kavramı içerisinde haksızlık yapmamak, kimseye zarar vermemek gibi negatif yükümlülükleri barındırır. Oysa dinin ahlaki talebi olan “iyilik sever olmak” ise adalet kavramından daha yücedir.⁵⁴ İyi olandan yana olmak hukukun sağladığı asgari adalet imkanın da ötesinde pozitif yükümlülükler getirir. Böylelikle din, hukukun ahlaki alt sınırını “adalet” kavramı ile çizirken ulaşması gereken hedefi de ortaya koyar.

Din, iyiyi ve kötüyü belirlerken, ahlak bu değerleri yaşam tarzına dönüştürerek davranış bilincini şekillendirir, hukuk ise koruyucu mekanizmalarıyla ihlalleri engeller. Dinin müeyyidesi genellikle uhrevi şekildedir.⁵⁵ Ahlakın yaptırımını ise bireyin ve toplumun vicdanında bulunduğu yerde ortaya çıkar, bu da bireyin kendisini veya toplumun bireyi kınaması, ayıplaması, yadırgaması veya dışlaması şeklinde olabilir. Hukukun müeyyidesi ise zorlayıcıdır ve genellikle maddi cezalardan oluşur. Dinen haram olan bir şeyin hukuken meşru veya ahlaken iyi olması kabul edilebilir değildir. Bu üç kavramın aralarındaki çelişki insan zihninde ve toplumda ciddi bir çelişki meydana getirecek ve bu çelişki kuralın etkisini kaybetmesine yol

⁵³ Köse (n 4) 27

⁵⁴ Aral (n 3) 116–117

⁵⁵ Din, koyduğu kurallara ilişkin bir ihlali müeyyidelendirirken bu noktada göz önünde bulundurduğu asıl gaye inananın uhrevi bir müeyyide ile karşılaşmasını engellemektedir. Öyle ki dinin koruduğu ve kutsal saydığı değerleri ihlal eden bir fiile uygulanacak dünyevi bir ceza uhrevi cezayı ortadan kaldırmak için vardır. Dinde mükafatlar ve mücazatlar uhrevi hayata ilişkindir.

açacaktır.⁵⁶ Çünkü insan zihni aynı anda birbiriyle çelişen kavramları taşımakta zorlanır ve herhangi birini tercih etmek yerine onu yok saymayı yeğler.

III. MER'İ HUKUK, İDE HUKUK

Hukuk, mekan ve zaman sürekliliğinde hem ide ve normatif yönlerle hem de fiili olaylarla etkileşim halindedir.⁵⁷ Bu etkileşim, hukukun manevi - normatif yönü ile fiili vakalar arasında gerçekleşir. Fiili vakalar, hayatın doğal gerçekliklerini temsil ederken, hukukun normatif ve manevi boyutu ise değerler ve amaçlarla ilişkilidir. Bu ikisinin arasındaki düalizm, birleşme ve entegrasyon gerektiren bir zıtlık oluşturur. Hukuk kavramı ve mer'i hukuk, nihai olarak hukuk idesine yönelmelidir, bu da aralarındaki ilişkinin teleolojik⁵⁸ olduğunu gösterir. Bu amaç, hukukun ampirik dünyadaki hedeflerinden başlayarak nihai hedef olan hukuk idesine kadar uzanır. Belirli bir sıra dahilinde, hukuki amaçlar hukuk kavramını belirler ve düzenler. Hukuki kavramların yapısı ve organizasyonu, hukuk idesine uzanan teleolojik bir yapı ve organizasyondur. Buna uygun olarak, hukuki kavramlar, hayatın doğal gerçekliklerini hukuk idesine bağlayan veya bağlaması gereken bir köprüdür.⁵⁹

Mer'i (olan) hukukun adil olup olmadığını tespit etmek için bir önceki başlıkta bahsettiğimiz kavramlar -olan hukuk ile olması gereken hukuk-⁶⁰ arasındaki örtüşmeyi dikkate almamız gerekmektedir. Legal olanın, helal olanla, iyi olanla örtüşmesi gerekmektedir. İlegal olanın ise aynı doğrultuda haram olanla, kötü olanla örtüşmesi gerekmektedir. Ancak bu örtüşme olması gerekenin (idenin), olana hakimiyeti şeklinde olmalıdır.⁶¹ Bu örtüşme sağlandığı takdirde mer'i hukukun adil olduğundan söz edebiliriz. Açıkça ifade etmek gerekir ki hukuk yalnızca adil olmakla gerçek kimliğine kavuşabilir. Çünkü hukuk yalnızca teorik akıl ve bilgi mantığımızı hitap etmez; aynı zamanda manevi akıl ve irademizin mantığı ile de ilgilidir.⁶²

⁵⁶ Köse (n 4) 48

⁵⁷ Aral (n 3) 90

⁵⁸ Teleoloji, yaşamı ve evreni ereklerle temellendiren ve açıklayan düşünce biçimidir. "Türk Dil Kurumu | Sözlük", erişim 04 Mart 2024, <https://sozluk.gov.tr/>.

⁵⁹ Çağıl (n 49) 432

⁶⁰ Hukuk, hukuk yapıcının zihnindeki "olması gereken" in normatif bir yansımasıdır. Aslında "olan hukuk" un bir zamanlar "olması gereken" olduğunu söyleyebiliriz

⁶¹ Çağıl (n 49) 433

⁶² ibid 437

Hukuk, her ne kadar olan hukuk ve olması gereken hukuk olarak ayrılrsa da pratikte bu ayrımı yapacak olan yasa koyucular veya uygulayıcı yargı mensupları değildir. Çünkü adalet ve vicdan gibi taşıması pek güç hasletleri yasa yapıcıya veya yargı mensuplarına yüklersek ciddi bir çöküşü kurgulamış oluruz.⁶³ Adalet ve vicdan yükünü yüklenecek olanlar hukuk entelijansiyası olmalı, adil hukuk düzenini kurgulayacak ve yasa yapıcı ile uygulayıcı bu yükü kaldıracabilecek seviyeye getirmelidir.⁶⁴ Hukuk öğretimi bu yükü kaldıracabilecek şekilde üç sac ayağına oturmalıdır. Bunlardan birincisi hukukun tekniği ve sistematığının öğretilmesidir. İkincisi hukuk tarihi ve hukuk sosyolojisinin öğretilmesi, üçüncüsü ise tüm bu hukuk mefhumlarıyla ide hukuku göz önüne alarak gelecekte kamil bir hukukun ortaya konulmasının gayretinin gösterilmesidir.⁶⁵

IV. OTONOMİ, HETERONOMİ VE TEONOMİ

Modern zamanlarda din ile hukuk arasında zorunlu bir ayrılık meydana gelmiştir. Dini hakikat ile beşerî aklın mücadelesi sonucunda gerçekleşen bu ayrışma beşerî aklın hukuk alanı üzerindeki zaferiyle sonuçlanmış ve din kavramı hukuk yapısından kısmen dışlanmışır.

Burada karşımıza çıkan üç kavramdan bahsetmek gerekiyor; otonomi, heteronomi ve teonomi.⁶⁶

Otonomi, insanın aklın yasalarına itaat etmesi anlamını taşımaktadır. Otonomide birey kendisini akılcı bir varlık olarak addetmektedir. Otonom kelimesi, oto (autos, benlik), nomos (yasa) kelimelerinden meydana gelmektedir. Otonom akıl, kendi kendisini doğrular. İnsanın, insanı, kendisi hakkında karar alıcı yapması anlamına gelmektedir.

Heteronomi, bireyin kendi rasyonel durumundan ziyade dışsal bir otorite veya doğal yasalardan türetilen ahlaki bir sistemle ilişkilendirildiği durumu ifade eder. Bu tür bir ahlaki sistemde, kişisel çıkarlar veya duygular ahlaki zorunluluğun temelini oluşturmaz. Metafizik veya teoloji tamamen bu alanın dışında kalmaktadır.

⁶³ Şahban Yıldırım, "Tabii Hukuk Teorisi Bağlamında Hukukun Etik Karakteri ve Etik (Meriyeti) Geçerliliği", *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası* 73, sy 1 (2015): 250. Diğer bir görüş için bkz.

⁶⁴ Çağıl (n 49) 436

⁶⁵ ibid 437

⁶⁶ Vecdi Aral, *Hukuk ve Hukuk Bilimi Üzerine* (7. Baskı, On İki Levha Yayınları 2021) 73–75; Aliye Çınar, 'Paul Tillich'de Din-Sembol İlişkisi' (Doktora Tezi, Uludağ Üniversitesi 2004) 40 vd.; Ridade Fidan, 'Paul Tillich'in Dini Tecrübe Anlayışı ve Sinemadaki Yansımaları' (Doktora Tezi, Marmara Üniversitesi 2012) 88 vd. Otonomi, heteronomi ve teonomi kavramları için daha detaylı bilgi için bkz.

Otonom nedende, insan evrensel nedenin ve mantığın üreticisi ve aktarıcısıdır. Heteronomide bu yasalar Tanrı tarafından üretilmiştir. İnsan Tanrı'nın yasalarına uygun hareket etmek zorundadır. Buna göre her türlü tabiat bilimi ve sosyal bilimde bu yasaların hegemonyası altında bulunmak durumundadır.

Teonomi, "Tanrı'nın yasası" anlamına gelen Yunanca bir kelimedir.⁶⁷ Teonomi ilahi yasaya uygun olarak insanı ve insanın dışındaki her şeyi anlama ve açıklama çabasıdır. Ancak teonomi, heteronomi ile karıştırılmamalıdır. Heteronomi, insana Tanrı tarafından verilen aklın ve tabiatın yasalarını yok saydığı için mecburi olarak aklın ve tabiatın yasaları otonom nedenle açıklanmasıdır. Teonomi sâyesinde ise ilahi yasaların gerçek mahiyeti anlaşılabilir. Teonomi, üstün yasanın aynı zamanda insanın içindeki fitrat yasası olduğunun bir ifadesidir. Bu yasanın kökeni ilahi zemindir ki bu da insanın asli zeminidir; bu, insanın kendisinde var olan aşkın insanın hayatının yasasıdır. Bu yasa her türlü mevcudiyetin temelinde mevcut olan yasadır.⁶⁸

Günümüzde dini saiklerle yapılan hukukun teonom hukuk olduğunu söylemekte güçlük çekmekteyiz. Çünkü her ne kadar kendilerini "Tanrı'nın yasası" şeklinde addeden teokratik hukuk sistemleri pozitivist bir yaklaşımla uyguladıklarında teonom kimliklerini kaybetmektedirler. Din yürürlük kaynağını içten alır, hukuk ise dıştan.⁶⁹ Teonom hukukun ise yürürlük kaynağını içten alması gerekmektedir. Din tarafından kutsal kabul edilen ve korunan değerlere uygun bir hukuk düzeni teonom insan tarafından uygulanma imkanı bulmazsa bu teonom özelliğini kaybedecektir.

Yapılan bu açıklamalarla otonom değil teonom bir insan ve beraberinde teonom bir hukuk olması gerektiği kanaatindeyiz. Hukukun temelinin ve dolayısıyla legal ve illegalin teonom bir temelle temellendirilmesi gerekmektedir ki otonom bir aşırılıkta savrulmasın. Hukukun varlığında beşeri aklın ölçüsüz, sınırsız ve savruk düşünce değil manevi düşünce ve ebedi bir varlıkla kökleşen düşünce bulunmalıdır.⁷⁰

⁶⁷ Paul Tillich, 'Sistematik Teolog İçin Dinler Tarihinin Önemi' (2003) 44 Ankara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi 337, 344; Fidan (n 68) 93; Çınar (n 68) 41

⁶⁸ Çınar (n 68) 42

⁶⁹ Aral (n 68) 73

⁷⁰ Çağıl (n 49) 396

SONUÇ

Akılcılık fikrinin ortaya çıkmasından itibaren insan aklının kudreti ilahlaştırılmış ve iyiyi ve kötüyü belirleme ve hatta düzen kurma yalnızca insan aklına nispet edilmiştir. Her kavramı ve hatta kutsal olanı dahi akıl ile açıklama çabası, insanı iç aleminin manevi zenginliğinden uzaklaştırmıştır. Bu uzaklaşma hukuk yapımında da gözler önüne serilmektedir.

Toplumsal hayatta düzeni ve dengeyi tesis etmek için hukuk kurallarının yeterli olmadığı bilinen bir gerçektir. Çünkü insanın dış dünyasının yanında bir de iç dünyası bulunmakta ve bu içsel dürtüler de onun davranışlarını etkilemektedir. Bu nedenle, insanın doğru yönde ilerlemesini sağlamak için öncelikle iç dünyasında etkin olmak gereklidir. Bunun için de hukukun dışında başka mekanizmaların devreye girmesi gerekmektedir. İşte burada da din ile hukukun iyi ve kötü kavramları çakıştırılmalı ve insan tarafından yadırganmayacak bir hukuk ortaya konulmalıdır. Çünkü din, hukuka manevi müeyyide sağlar. Buna göre hukuk, dinin ilkelerine dayandığı ölçüde güç kazanır.⁷¹

Ahlaktan ve dolayısıyla dinden tecrit edilmiş bir hukuk düşünmek imkansızdır. Her ne kadar hukuki pozitivizm, laiklik, sekülerizm ve akılcılık uğruna hukuk kavramı dini argümanlardan ve söylemlerden uzaklaştırılsa da aralarındaki benzeşme dikkatli gözlerden kaçmamaktadır. Hem dinin hem de hukukun sosyal hayatı ve insan davranışlarını düzenleme amaçları ve bunu göz önüne alarak yapılan tanımları birçok noktada benzerlik göstermektedir. Buna göre hukukta iyinin ve kötünün kaynağının din kavramı olduğu ve dinlerin toplumu düzenleyici ve yönlendirici etkisinin hukukun oluşturulmasında önemli rol oynadığı yadsınamaz.⁷²

⁷¹ Köse (n 4) 24

⁷² Mehmet Akif Ersoy, Safahat (5. Baskı, Akçağ Yayınları 2007) 322. Mehmet Akif Ersoy'un aşağıdaki şu mısraları çalışmamızın özünü ifade etmektedir; Ne irfandır veren ahlâka yükseklik, ne vicandır; Fazîlet hissi insanlarda Allah korkusundandır.

KAYNAKÇA

- Aral V, *Hukuk Felsefesinin Temel Sorunları* (3. Baskı, On İki Levha Yayıncılık 2012)
- , *Hukuk ve Hukuk Bilimi Üzerine* (7. Baskı, On İki Levha Yayınları 2021)
- Bayles MD, ‘Hukuk Felsefesi Neye Dairdir? Hukuk Kuramları, Tanımları, Kavramları ya da Kavrayışları Mı?’ (2015) 73 İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası 393-408
- Çağıl OM, ‘Ebedi Bir Problem Olarak Hayır ve Şer Tezadı Ruhun Ebediliği (Ölmezliği) ve Hukuk İdesi’ (1958) 23 İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası 381-440
- Çağıl OM, ‘İnsan Hakları ve Tabii Hukuk’ (1984) 50 İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası 69-115
- Çınar A, ‘Paul Tillich’de Din-Sembol İlişkisi’ (Doktora Tezi, Uludağ Üniversitesi 2004)
- Doğru O and Nalbant A, *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi Açıklama ve Önemli Kararlar*, vol 2. Cilt (Avrupa Konseyi 2013)
- Ersoy MA, *Safahat* (5. Baskı, Akçağ Yayınları 2007)
- Fidan R, ‘Paul Tillich’in Dini Tecrübe Anlayışı ve Sinemadaki Yansımaları’ (Doktora Tezi, Marmara Üniversitesi 2012)
- Fil H, ‘Rudolf Otto’da Din, Kutsallık ve Mistik Tecrübe’ (2017) 6 Recep Tayyip Erdoğan Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi 349-353
- Gözler K, ‘Tabii Hukuk ve Hukuki Pozitivizme Göre Adalet Kavramı’ (2008) 4 Muhafazakar Düşünce Dergisi 77-90
- Gözler K, *Hukuka Giriş* (9. Baskı, Ekin Yayınevi 2012)
- Karakoç Y, ‘Hukukun Anlamı’ (2008) 10 Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 1-12
- Köse S, ‘Hukuk mu Ahlâk mı? İslâm Nokta-i Nazarından Din-Ahlâk-Hukuk İlişkisi Bağlamında Bir İnceleme’ [2011] İslam Hukuku Araştırmaları Dergisi 15-50
- Kudat A, ‘Hak ve Hukuk Kavramları Üzerinde Bir Değerlendirme’ (2014) 4 Adam Akademi Sosyal Bilimler Dergisi 87-106
- Kurt A, ‘Sosyolojik Din Tanımları ve Dine Teolojik Bakış Sorunu’ (2008) 17 Uludağ Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi 73-93
- Özbilen Ş, *Hukukun Temel Kavramları* (1. Baskı, Seçkin Yayıncılık 2013)
- Özbilgen T, ‘Louis Le Fur’ün Hukuk Görüşü’ (1969) 35 İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası 352-383

Tillich P, 'Sistemik Teolog İçin Dinler Tarihinin Önemi' (2003) 44 Ankara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi 337-346

'Türk Dil Kurumu' <<https://sozluk.gov.tr/>> erişim tarihi 4 Mart 2024

Ünsal A, 'Hukukun Temeli ile İlgili Yaklaşımlar' (2010) 9 Hitit Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi 5-23

Yıldırım Ş, 'Tabii Hukuk Teorisi Bağlamında Hukukun Etik Karakteri ve Etik (Meriyeti) Geçerliliği' (2015) 73 İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası 249-258

Yılmaz S and Yıldırım A, *Medeni Hukuk – I (Başlangıç Hükümleri – Kişiler Hukuku – Aile Hukuku)* (4. Baskı, Seçkin Yayıncılık 2023)