

TABÎ HUKUKUN TABÎ NETİCESİ

ya da

LÂİK HUKUKUN KÖKLERİ

Cengiz OTACI*

Tabi hukuk, antik çağdan beri bilinen, farklı düşünce disiplinleri içinde farklı şekillerde ifade edilen bir kavramdır. Tabi hukuk kavramı, geçirdiği düşünsel evrimle zaman içinde hukukun laikleşmesine hizmet etmiştir. Bu çalışmamızda kısaca tabi hukuk kavramının hukukun laikleşme serüvenine katkıları ele alınacaktır. Konunun eksenini tabi hukuk olduğundan ister istemez tabi hukuk kavramı çalışmanın her tarafına dağılmıştır.

I- TABÎ HUKUKUN ONTOLOJİK DAYANAĞI

Tabî hukuk, diğer hukuk okullarından farklı olarak ontolojik bir alana vurgu yaparak doğmuş, gelişmiş ve sistemleşmiştir. Antik Yunan'da başlayan *arke* sorunu ile tabiat düzeni; sosyal-hukuki alana taşınması sayesinde ilkin hukukun kaynağı daha sonraları hukuku denetleyici üst norm olarak kabul edilmeye başlanmıştır. Bu süreçte bizzat tabiatın okunma şekli, Hıristiyanlığın hukuk anlayışı ve Roma Hukuku, laik hukukun meşruiyetini kazandığı kaynakları oluşturmuştur.

Politeist tanrı anlayışının egemen olduğu eski Yunan mitolojisinde tanrılar, Aristo'nun anlayışının tersine dünyayla iç içe, dünyaya ve insanlara müdahil, onların zayıf kalması için elinden geleni ardına koymayan tanrılardı. Tanrılar, insanları kıskanmakta, insanlar hürriyetleri ve dünyaya hakimiyetleri için tanrılarla savaşmaktaydı. Tanrılardan ateşi çalan Prometheus, bu kavgaın ve çekişmenin en sembolik örneğidir.

Mitolojinin çizdiği tanrı-insan çekişmesi mantık düzleminde pek manalı olmasa bile temelde, mitolojinin, insanı yaşadığı ortamda tabiata ve varlık alemine adapte etmesi ve doğrudan anlatamadığı gerçekleri sembolize etmesi yönüyle önemli ip uçları taşır. Yunan toplumu tabiatla oldukça içli-dışlıdır. O kadar ki tanrılar tam manasıyla natüralist olarak algılanır ve deniz, ırmak, yer, yağmur, fizik güç, ekonomik bolluk, mevsim, fırtına, deprem, hastalık vs gibi "tabiat" kuralları bizatihi tanrı olarak algılanmaktadır.

* Beytüşşebap Hakimi

Bu düşünce/inanç ortamında tabî hukukun natüralist anlayışa dayanması kaçınılmazdır. Antik dönem hukuk anlayışının ‘doğal hukuk’ yerine ‘doğacı hukuk’ tabiriyle anlatılması da bundandır¹. Dönemin anlayışına göre tabiat kurallarının işleyişinde akıllara hayranlık veren, matematik düzlemde ifade edilebilecek sabit kuralları vardı. Tabiat yanılmaz, atlamalar yapmaz. Her şey tabiatın çıkar ve yine ona döner. İnsan da tabiatın mahsulüdür ve tabiatla içkindir. Şu halde tabiatın kurallarına tâbî olunmalıdır. Yağmur, rüzgar nasıl tabiat kuralı ise, insanların yaptığı kanunlar da tabiat kuralları gibi olmalıdır. Yani hukuk kuralları hakikatte, tabiat nizamının bir parçasıdır. Ulpianus'a göre tabî hukuk, tabiatın bütün canlılara öğrettiği şeydir ki sadece insanları değil, yaşayan her canlıyı bağlar².

II- TABÎ HUKUKUN TARİHİ SEYRİ

1- Hıristiyanlık Öncesi Tabi Hukuk

Yunanlılar için kanun, polis (kent devleti) düzenini diğer toplumların örgütleniş biçimlerinden ayıran en önemli öğedir. Polis düzenini belirleyen kanunlar, ilk zamanlarda aristokratik içerikli sözlü kanunlardı. Kökenleri bilinmeyen bu kanunlara *thesmoi* deniyordu ve Yunanlılar bunları tanrıların koyduğu kutsal kurallar olarak kabul ediyordu. Gelişen ve değişen toplumsal yapı karşısında yeni sözlü kanunlar yapıldı ve bunlar yazılı hale getirildi. *Thesmoi* denilen kanunların yazılı hale getirilerek herkesçe bilinir kılınması, soyluların keyiflerine göre yorum yapmasını engelliyordu ama yinede yorumlama hakkının yalnızca soylular tarafından kullanılmasına sosyal yapı gereği mani olunamadı. Meydana gelen toplumsal hoşnutsuzlukla, *Thesmoi*'den sonra *nomoi* denilen insan yapısı kanunların ortaya çıkma zamanı geldi³. *Nomoi*, ünlü kanun koyucu Solon'la birlikte *thesmoi*'ye karşı zafer kazanarak toplumun çeşitli alanlarının insan mamulü yasalarla düzenlenebileceği, kutsal, mutlak, değiştirilemez, sonsuz kanun olamayacağı fikrini verdi. Bir bakıma ilahî olmayan kanun, temelinde toplumsal uzlaşma ve sözleşme ürünü olma gibi bir dinamik taşıyordu. Bu nedenle değişime açıktı⁴.

¹ Öktem, Niyazi-Türkbağ, Ahmet Ulvi, Felsefe, Sosyoloji, Hukuk ve Devlet, İstanbul 1999, Der Yayınları, s. 105.

² Aral Vecdi, Toplum ve Adaletli Yaşam İstanbul 1988 s. 199,. Ulpianus, Digestanın üçte ikisine eserleriyle kaynaklık eden kişidir. Hıristiyanlık, Hukukunu Ulpianus'un eserleri üzerine kurmuştur. Hirsch Ernst E, Hukuk Felsefesi ve Hukuk Sosyolojisi Dersleri, Ankara 1949, s. 106

³ Ağaoğulları, Mehmet Ali, Kent Devletinden İmparatorluğa, Ankara 1994, s. 26

⁴ Ağaoğulları, s. 28.

Tanrısal iradeye dayanan sözlü kanunların, yerini insan iradesine dayalı olan yazılı kanunlara terk etmesi, aynı zamanda Yunanda tabiat felsefesinin de başlama yıllarıdır. Gerçektende tabiat felsefesi ile uğraşan ilk filozoflar, tabiat olaylarını açıklamada kurgusal akıl yürütme yollarını kullanarak tanrıları tümüyle hesap dışı bırakmak gibi bir adım atarak, kosmosun yönetici gücü olarak tanrıların yerine tabiat yasalarını koydular⁵. Bu noktada tanrıya ve tabiata biçilen paye de önemliydi. Tabiat felsefesi ile uğraşan filozoflar, panteist bir anlayışa sahipti. Aristo'nun naklettiğine göre Thales, “her şey tanrılarla dolu” diyerek maddenin kendi yaratıcı gücü sahip olduğunu kastediyordu. Aristo'ya göre tanrı, kosmosun yaratıcısı değildi. Tanrı, sadece ezelden beri ham malzeme olarak var olan kosmosu harekete geçirmekle onu var kılmış, ona sadece dış formunu vermişti. Tanrı kainatla ilgilenmez, orada ne olup bittiğini bilmez ve müdahale de etmezdi⁶. Tabiat ise bir yönüyle tanrıyla, daha doğrusu tanrısal güçlerle içkendi, bir yönüyle de tanrıdan bağımsız bir alan olarak, ebedi, değişmez ve insanlığa örnek olacak bir düzenin temsilcisiydi.

Tabiat felsefesi ile uğraşan filozoflar, felsefi malzeme olarak kullandıkları tabiatı, insandan ve toplumdaki kopuk soyut bir tabiat olarak algılamadılar. Onlara göre tabiat, ilkel, düzenli ve belli kurallara göre işleyen bir sistemdi. *Polis*de uygulandığı için sürekli düzeni çağrıştıran “kanun” a yabancı olmayan bu filozoflar, ihtimal ki *polis* düzenini tabiata uyarlayarak işe başladılar. *Polis*de uygulanan sürekli ve soyut kanunlar gibi tabiat düzenini de işleten soyut bir kanun olamaz mıydı? *Polis*deki “kanun” dan yola çıkarak tabiat kanunlarını bulmayı hedefleyen filozoflar, zamanla tabiat kanunlarını, polis kanunlarına veri olabilecek ölçekte görmeye başladılar. “Aynı ırmağa iki kere giremeyiz” diyerek evrende durmak bilmeyen bir sürekliliği, değişimi, uyumu vurgulayan Herakleitos, değişimin ve sürekliliğin belli bir kurala göre olduğunu, bu kuralında evrende egemen olan kanun ve evrensel akıl olduğunu söylüyordu. *Logos* adını verdiği evrensel/tanrısal akıl, tabiatdaki harikulade işleyişi belli bir kurala göre gerçekleştiriyordu. *Logos*'u bilmek, tanımak Herakleitos'a göre aklın görevidi. *Logos*'u tanıyıp bilen kimse de tabiatdaki bu akıl kanununu kendi davranışına uydurmak zorundaydı. *Logos*'a uyum, insanları “genel” e, topluma bağlayacaktı. *Logos*, insanlarda ortaklaşa olana ve ortaklaşa olana uyulması gerekirdi⁷.

⁵ Ağaoğulları, s. 51. Benzer yaklaşım için Bkz. Gökberk, Macit, Felsefe Tarihi, İstanbul 1990, s. 12.

⁶ Hocaoğlu, Durmuş, Laizizmden Milli Sekülerizme, Ankara 1995, s. 67, Aydın, Mehmet, Din Felsefesi, Ankara 1994, s. 173, Gökberk, s. 84.

⁷ Ağaoğulları, s. 58 vd, Gökberk, s. 25 vd.

Herakleitos'un bu yaklaşımlarından *Polis* de tabiatın bir parçası olduğuna göre buradaki kanunlar da *Logos*'a uymalıdır şeklinde bir mantikî sonuç çıkarabiliriz.

Felsefe tarihindeki ilk ciddi karşıtlık, *Herakleitos* öğretilerine karşı kurulan *Elea* okulundan geldi. Bu okulun önemli bir temsilcisi olan Parmenides düşüncesinde duyu ile aklın, fizik ile metafizikin araları uzlaşmaz biçimde açıldı⁸. Descartes ile zirveye çıkacak olan bu düalizm, mekanik fiziğin de etkileriyle ruh-beden, bu dünya-öbür dünya, fizik-metafizik alanlarında derinleşecek, Kant ile kutsal olanın ayrı, bilinemez, anlaşılamaz olarak kabul edilmesini netice verecekti.

İnsan yapısı kanunların uygulaması ağırlık kazanınca bazı sorunlarda baş göstermeye başladı. İkinci kuşak sofistler (Antiphon, Euthydemos, Kallikles, Kritias, Thrasymakhos), tabiattan olan (*physis*) ile insandan olan (*nomos*) arasındaki uyumsuzluğa, hatta çatışmaya dikkat çektiler. *Physis-nomos* arasındaki çatışmayı en keskin biçimde dillendiren Antiphon'a göre insanların koymuş oldukları kanunlar isteklere göredir, fakat tabiattan olanlar zorunludur. Kanuna göre haklı olan şeylerin çoğu tabiatla karşıtlık içerir. Örnek olarak aklın düşünme yetisi bile kanunlarla sınırlanabilmekte, ifade kısıtlanabilmekte, neyin düşünülmeceğine, neyin ifade edilmeyeceğine kanun karar vermektedir. Tabiat ile uyum içinde olmayan kanunların adaleti ifade etmediği bellidir. Antiphon'a göre İnsanlar, insan yapısı kanunlara cezadan kaçmak için uyarlar. İkinci kuşak sofistler *Physis-Nomos* çelişkisi üzerine kurulu görüşleri ile tabiatın, evrene ve insan tabiatına sinmiş bir adaleti temsil ettiğini, pozitif kanunların (Nomos) üstünde olan evrensel, ahlâk içerikli, mutlak normu temsil eden tabiat kurallarının (*Physis*) adil yaşamı sağlama adına referans olabileceğini, bu referans sayesinde izafi olan *nomos* ile mutlak ve değişmez olan *physis*'in uzlaştırılabileceğini savundular⁹.

Sokrates, kanunları yazılı olan ve olmayan diye ikiye ayırmış yazılı olanları devletin koyduğu kurallar, yazılı olmayanları ise bütün ülkeler ve zamanlar için geçerli genel ahlak ilkeleri şeklinde tanımlamıştı. Sokrates, yazılı olmayan kanunların ilahi iradenin ifadesi olduğunu söylüyor, insan yapısı olan pozitif kanunlar adaletsiz bile olsa mutlaka uyulması gereğine işaret ediyordu¹⁰.

⁸ Gökberk, s. 26, Ağaoğulları, s. 66.

⁹ Ağaoğulları, s. 93 vd. İkinci sofistlerin *physis-nomos* çatışmasında vardıkları ürkütücü sonuçlarda yok değildir. Kallikles, tabiat yasasını "orman kanunu" şeklinde yorumlamakta, gücünün üstünlüğünü savunmaktadır. Tabiat, güçlüye hâkim olma hakkı vermektedir. Kritias ve Thrasymakhos'da aynı sonuçlara varır. Bkz s. 95 vd.; Ayrıca Bkz, Öktem-Türkbağ, s. 106.

¹⁰ Güriz, Adnan, Hukuk Felsefesi, Ankara 1987, s. 161, Ağaoğulları, s. 145. Ölümüne mahkum edildiğinde Sokrates'in, haksız da olsa mahkemenin kararına saygı duyup kendisini kaçırmak

Platon, ideal olarak tasarladığı devletin yönetimini filozoflara verdiği gibi kanunların yapımını da bu filozoflara veriyordu. Bu tasarlama göre devlet, gücünü kanunlardan değil, yönetici kesimin bilgeliğinden, erdeminden alıyordu. Platon'un devleti gibi kanunları da idealdir ve devletin ideal olma aşamasına kadar düzenli, belli bir sisteme bağlı kanunları olamaz. Devlet ideal olarak var olunca filozof kanun koyucu tarafından vaz' edilmemiş olan bir kısım kanunlarda kendiliğinden var olur. İdeal kanunlar, aklın kendini dışa vurmasıdır. Kanun, meşruiyetini, aklın evrensel söyleminin ifadesi olmasından alır. Platon bu görüşleri ile, bazı düşüncelerini tadil etme ihtiyacı duyduğu yaşlılık zamanında bile kanunun devlet, dolayısıyla bilge-filozof kişilerce yapılmasından yanadır. Platon'da kanun, kısaca aklın, bilgeliğin ürünüdür¹¹.

Aristo, *Retorik* isimli eserinde pozitif hukuku tabî hukuktan ayırt ederek tabî hukuku evrensel ve genel geçer kabul eder. Aristo, erkek kardeşinin cesedini Creon'un pozitif hukukunun yasaklamasına rağmen gömen Antigone'un tabî hukuku ihlal etmediğini belirterek, hukukun gerçek amacının yazılı hukukça değil tabî hukuk tarafından belirlendiğini ileri sürer. Bundan başka Aristo bilgili ve erdemli kişilerin tabî hukuku pozitif hukuka tercih edeceklerini de söyleyerek, davalarda taraf olanların çıkarlarına göre bazen tabî hukuka bazen de pozitif hukuka taraftar olabilmelerini uygun bulur¹².

Klasik felsefe dönemi, Yunan ordularının Makedonya kralı II. Philippos'a yenilmesine kadar devam etti ve bundan sonra Helenistik felsefe dönemine geçildi. Epikürosçu okul ve Stoa okulu, Helenistik felsefenin iki önemli okuludur. Helenistik felsefe, polislerin yıkılması, bağımsızlıklarını kaybetmesinin ardından, toplumsal sorunlar yerine bireysel sorunlarla ilgilenmeye başladı. Bu dönem içinde ele alınan felsefe konuları genelde birey eksenliydi. Kendinden önceki felsefi birikimi de kullanan bu akım, özgün düşünceler üretmeyi bilmiş, bu açıdan kendinden sonra kurulacak yeni akımları etkileyebilme gücüne sahip olmuştur. Helenistik felsefenin en önemli yönü, klasik Yunan felsefesi ile Hıristiyan felsefesi arasında köprü kurmuş olmasıdır¹³.

Epiküros, bütün insanlar için geçerli olan bir tabî hukukun varlığını reddeder. Epiküros'a göre hukuk, herhangi bir yerde ve herhangi bir zamanda,

isteyen arkadaşlarının teklifini kabul etmemesinden mevcut kanunlara ve mahkeme kararlarına uymanın lüzumunu anlattığını da ifade etmek isteriz.

¹¹ Platon'un kanun ve hukuk anlayışı için Bkz., Ağaogulları, s. 246-268.

¹² Güriz, s. 175.

¹³ Ağaogulları, s. 364.

toplum içinde, kötülük etmemek ve kötülük görmemek için yapılmış bir anlaşmadan başka bir şey değildir. Hukuk, yine insanların karşılıklı anlaşma ile oluşturdukları devlet tarafından, tabiat halinin verdiği acılardan, ızdıraplardan kurtulmak maksadıyla oluşturulur¹⁴.

Stoacılar hukuk konusunda Epiküros okulundan ayrılır. Stoacılar, kuramsal temellere oturttukları panteist anlayışları ile tanrıyı tabiatla içkin görürler. Tanrı ile tabiat aynı şeydir. Evrene can veren, evreni yöneten tanrısal akıl, bir kanun görünümü altında, tabiattaki bütün nesnelere, bütün varlıkları birbirine bağlı kılar ve her şeyi, her davranışı kesin olarak önceden belirler. Tabiata uygun yaşam ile akla uygun yaşam aynı şey olduğundan, insanın davranışlarını evrensel tabiata uygun kılması, tabiatı yöneten kanunlara boyun eğmesi, aklın gereğidir. İnsan da tabiatın bir parçasıdır. Tabiatta geçerli olan evrensel aklın kanunlarına karşı çıkmak, beyhude bir uğraştır. Bütün insanlar evrensel akıldan (logos) pay almışlardır ve aldıkları bu pay sayesinde tabiat kanunlarına bağlıdırlar. Tabiat kanunları, doğru ile yanlışın ölçülerini ortaya koyar. İnsanın tabiatı gereği yapılması ve yapılmaması gerekenleri söyler¹⁵.

Stoa felsefesinin en ünlü Romalı temsilcisi olan Cicero'ya göre tabî hukuk, doğuştan getirdiğimiz bir meleke ile tanınır. Tabî hukuk kuralları içimizde mündemiç olduğundan bunları tanımakta zorluk çekmeyiz. Gerçek hukuk insan aklında belirir. Bu hukuk evrensel, değişmez ve ebedidir. Doğal hukuk denilen bu hukuku ne senato nede halk, hiç kimse değiştiremez ve değiştirmeye de teşebbüs etmemelidir. Hatta bu teşebbüs cezalandırılmalıdır. Tabî hukuk devletin varlığından öncede vardır. Devletin görevi insan aklının gereği olan bu değişmez prensipleri tespit etmekten ibaret olmalıdır. İnsan vicdanında duyulan tabî hukuk dünyanın her yanında aynıdır. Atina'da ayrı Roma'da ayrı tabî hukuk olamaz¹⁶.

Helenistik felsefenin Antik Yunan ile Hıristiyanlık arasında köprü vazifesini gördüğünden yukarda bahsetmiştik. Helenistik felsefenin özellikle stoacı kolunun Roma'da yaygınlaşması, stoa felsefesinin getirdiği disiplin anlayışının Roma devletince askeri amaçlı olarak kullanılmasıyla mümkün olmuştu. Gerçektende azla yetinmeyi öğütleyen, disiplinli bir yaşam sürülmesine taraftar olan stoa felsefesi, Roma'da devlet tarafından desteklendi. Stoa

¹⁴ Ağaogulları, s. 378.

¹⁵ Ağaogulları, s. 394-399.

¹⁶ Antik çağ tabî hukukuna dair geniş açıklamalar için Bkz, Güriz s. 157-180, Yörük, Abdülhak Kemâl, Hukuk Felsefesi Dersleri, İstanbul 1985, s. 81. Ayrıca Bkz Çağıl, Orhan Münir, Hukuk ve Hukuk İlmine Giriş, İstanbul 1971, s. 407 vd.

felsefesinin yayılması, hukuk konusundaki fikirlerinin de kabul görmesine yol açtı. Roma Hukukunun tabî hukuk etkisinde şekillendiğini söylemek güç görünse bile *Digesta*'nın üçte ikisine eserleriyle kaynaklık eden Ulpianus, Çiçero, Caracalla gibi hukukçuların, tabî hukuk ilkesini pozitif hukuka taşıdığı söylenebilir¹⁷. Roma Hukuku, daha ziyade Pontifex denilen rahip-hukukçuların tesirinden kurtularak lâik kökenli bir sistem kurmuştur.

Roma İmparatorluğunda Cumhuriyet devrinin sonlarında yaşayan Cicero, bu dönemin başından itibaren laikleşmeye başlayan hukuk çizgisine uygun fikirleri ile kendinden sonra da Roma Hukuku'nun laikleşmesini hızlandırmıştır. Cumhuriyet devrinden sonra akıl, kanun yapımında eskisine oranla daha faaldir. Fakat hemen ifade etmek gerekir ki bu akıl sadece imparatorun, senatonun ve hukukçular zümresinin aklıdır. Cumhuriyet döneminin ardından gelen Principatus döneminde Cumhuriyet döneminden farklı olarak hukukun kaynaklarında değişme olmuştur. Adet hukuku etkilerini devam ettirmiştir fakat bununla birlikte imparatorun artan nüfuz ve kuvveti oranında yasama yetkisi artmış, Senatonun aldığı kararlar (Senatus Consultum) ve imparatorun aldığı kararlar (Constitutio) hukukun yeni kaynakları sayılmıştır¹⁸

2- Hıristiyanlığın Hukuk Anlayışı ve Tabî Hukuk

Hıristiyanlığın, Roma İmparatorluğunun ve stoa felsefesinin egemen olduğu topraklarda doğduğunu vurgulamak gerekir. Hıristiyan ilahiyatının şekillenmesinde Stoa felsefesinin pantesit din anlayışına gösterilen tepki, tabiatın da reddedilmesini netice vermiştir. Hemen ifade etmek gerekir ki tabiatın reddedilişi, büyük oranda inanç dünyasına münhasır kalmış, Roma Hukukunun Hıristiyanlarca kabulü, paradoksal şekilde tabî hukuk anlayışının din ekseninde devamını doğurmuştur.

Eski Yunan'da ve stoa felsefesinde tabiata gömülü din anlayışı, Hıristiyanlığın Aristo felsefesiyle tanışmasından sonra aşırı tepkisel bir tavırla reddedildi. Eski Yunandan intikal eden tanrı-tabiat anlayışı, tanrının tabiata içkin kabul edilmesi, inanca dair parametrelerinin dünyaya ve tabiata aşırı düşkünlüğü, tabiatın, Hıristiyanlara tanrının temaşa edilmesine engel bir perde olarak görünmesine neden oldu. Bu ortamda Hıristiyanlık tabiat üstüyle tabiat arasına kalın bir çizgi çekerek natüralizme karşı çıktı. Hıristiyanlık, çektiği bu çizginin sınırlarını o kadar geniş tuttu ki, her şeyin içinde soluk alıp veren deruni ruhunu

¹⁷ Tabî hukukun Roma Hukukuna etkileri için Bkz., Güriz, s. 179.

¹⁸ Oğuzoğlu, s. 33.

boğacak kadar ileri gitti. İnsanlığın ruhunu kurtarayım derken, tabiatın teolojik ve manevi yönünü görmezden gelmek, unutmak, yada en azından küçümsemek zorunda kaldı. Olumlu anlamda "Cennet" ve "Yabanıl ortam" tabirleri bile sadece Kilise ve daha sonraları da ayrı kurumlar olarak manastır ve üniversiteler için kullanıldı¹⁹.

İlk Hıristiyanlığın asli kaynaklarından olan Eski Ahitte, tabiatın dini hayatta önemli bir yer tuttuğuna dair bilgiler, hatta "bakir tabiat" yada "yabanıl ortam"ın, bir imtihan ve ceza yeri olduğu kadar, bir sığınak bir tefekkür alanı yada cennetin bir yansıması olarak görülmesine, İncil'de de çeşitli yerlerde dini gerçekliklerin anlatılmasında tabiattaki durumlara dair teşbihler yapılmasına²⁰ rağmen Hıristiyanlık, Antik Yunan düşüncesine tepki sadedinde tabiatı, zamanla tümüyle reddetti²¹. Doğru olduğuna inandığı bir teolojyi koruyabilmek için Hıristiyanlık, Greklerin "kozmetik dini"ne karşı koyarak tabiata lanetlenmiş nazarıyla baktı. Grek düşüncesi kosmosun kutsal niteliğinden, insanın kainatı bilmesini sağlayan aklın (intellect) tabiat üstü oluşundan söz ediyor, buna karşı Hıristiyanlık, ruhun kurtuluşunu öneriyor ve bilginin böylesine vurgulanmasına karşı çıkararak sevgiyi öneriyordu²².

Hıristiyan düşüncesine göre tabiata bakışı en güzel St Augustin özetlemektedir. St Augustin'e göre tabiat, insana Tanrıyla ilgili hiç bir şey öğretmez, bu yüzden teolojiyle ve metafizikle bir ilgisi de yoktur. St. Augustin "*Tanrı Sitesi*"nde tabiatı "düşük" ve "henüz kurtarılmamış" olarak vasıflandırır²³.

Katolik Kilise'nin tabiatı dışlaması, metafiziğin ilgi sahasının dışına çıkarması, "düşük" kabul etmesi, tabiatın laikleştirilmesi manasına geliyordu. Tabiat temelde tanrıdan gelmiş, "yaratılmış"tı. Tabiatın laikleştirilmesinde, Kilisenin akıldan bahsederken kullandığı, aklın sadece bilme melekesi (bilimsel bilgi) oluşu önemli bir argümandı. Hıristiyanlıkta, ayrıca araştırmaya gerek olmadan "hakikat"ın verildiği, bu nedenle bilimsel faaliyetlere gerek olmadığı

¹⁹ Nasr, Seyyid Hüseyin, *İnsan ve Tabiat*, (Terc Nabi Avcı), İstanbul 1993, s. 95, Atlas, S. Nakip İslâm ve Laisizm, İstanbul 1994, (Terc Selahattin Ayaz), s. 54.

²⁰ Matta 13/1-9 (Tohum benzetmesi), 13/24-30 (Deliceler benzetmesi), 13/31-43 (Hardal tanesi ve maya benzetmesi), 20/1-16 (Bağcı benzetmesi); Markos 4/1-9 (Tohum benzetmesi), 4/26-33 (Filizlenen tohum), 11/20-27 (İncir ağacından alınacak ders), 13/28-32 (İncir ağacından alınacak ders); Luka 6/43-49 (Ağaç ve meyvesi), 8/4-15 (Tohum benzetmesi), 13/18-21(Hardal tanesi ve maya); Yuhanna 15/1-8 (asma ile çubuklar)

²¹ Nasr, s. 94.

²² Nasr, s. 51.

²³ Nasr, s. 95

şeklindeki görüş, zaten maneviyatı olmayan tabiatın, -her ne kadar sâfir aralarında maddi yönü vurgulansa da- araştırmaya kapalı kalmasını doğurdu. Bu paradoksal durum, manevi yönü olmadığı iddia edilen tabiatın, bilginin objesi olmasının önüne geçti.

Hıristiyanlık, Stoa felsefesinin tabiata gömülü tanrı anlayışını reddetme sadedinde tabiatı reddetse de, aynı felsefenin işlediği tabiatın maddi düzeninin, ona sinmiş olan evrensel akıl (*logos*) sayesinde işlediği ve herkesin, her şeyin bu düzenden pay sahibi olduğu düşüncesini reddetmedi. Bu düşüncenin etkisiyle oluşturulan ve Tabî hukuk St Augustin ve Aquinolu Thomas tarafından, Hıristiyan ilahiyatına da uygun olarak kabul edildi. Tabiatın manevi derinliğine inilmeden, sadece maddi işleyişinin ardındaki harikuladeliğin, sosyal düzende de "hukuki bir bütünlüğe işaret eder yönünün olduğu" kabulü, Kilise Hukukuna "İlahî" olarak hiçbir şey katmayacaktı. Aksine Antikiteden alınarak taşınan bu kavram, ilerde hukukun laikleşmesi için psikolojik bir öge olarak kullanılacaktı. Çünkü tabî hukukun varlığını kabul ve bunu pozitif hukuka ithal etme çabaları, tabî hukukun pozitif hukuk haline getirilmesinde herhangi bir yöntemin varlığını da zaruri kılacaktı. Bu "herhangi bir yöntem" de şüphesiz ki akıldan başka bir şey olmayacaktı.

Bu noktada tabî hukukun varlığını kabul, Roma'nın mirasına konan Kilisenin devraldığı tereke içinden çıkan ve aslında neye yaradığı bilinmeyen bir kavramın, entellektüel ifadesi olabileceği gibi, aslında pratiğinin olması mümkün olamayan bu kavramın, maneviyattan sıyrılmış tabiat içinde, Kilise hukukunun da dayanağı olan Roma hukukunun meşrulaştırılmasına hizmet amacına yönelik olduğu da düşünülebilir. Gerçekten de Antik Yunan'dan beri ifade edilen tabî hukuk kavramı, Çiçeron'da, Ulpianus'ta, Caracalla'da kuvvetli bir şekilde savunuluyor, Roma hukukunun dayanaklarından sayılıyordu. Tanrının kutsal yasası dururken pagan²⁴ kültürün kanunlarını meşrulaştırmak, böylesi bir argüman kullanmadan kolay olmasa gerekti.

Hıristiyanlık, İslam gibi kökenini vahyedilmiş metinlerden alan bir hukuk sistemi kurmadı. Daha doğru bir ifade ile İsa peygamberin havarilerine anlattığı prensiplerden ve İncil metinlerinden sistematik bir hukuk kuramı oluşturmak mümkün değildi²⁵.

²⁴ "Köylü" manasında gelen pagan kelimesi, zamanla putperest olarak da kullanılmıştır.

²⁵ Hıristiyanlığın vahyedilmiş metinlere dayalı bir hukuk sistemi oluşturamayışının değişik nedenleri vardır. Bu nedenler kısaca ve özetle şu şekilde sıralanabilir.

Roma imparatorluğu sınırlarında doğan ve zamanla devletin resmi dini olan Hıristiyanlık, devletle barışma sürecinde oldukça eski ve köklü olan Roma bürokrasisinden ve hukukundan etkilendi. Roma bürokrasisi kilise kurumunun, Roma Hukuku ise Kanonik hukukun (Ius canonicium) oluşumunda önemli rol oynadı.

Stoa felsefesinin Antik Yunan'dan getirdiği tabî hukuka dayalı temel hukuk görüşleri, Paulus'un yorumları ile birlikte artık Hıristiyanlığın da malı sayılıyordu. Kilise'nin büyüklerinden olan St Augustin'in kanun nazariyesi, Stoa Felsefesinin temel parametreleriyle Çiçeron'un etkisi altında şekillenmişti. Saint Augustin, kanun hakkında Çiçeron'dan mülhem görüşleriyle, hakkın tabiattan geldiğini, onu doğuran kaynağın akıl olmadığını, batını bir kuvvet olarak insanın içine perçinlendiğini söylüyordu. Albert Le Grande ve Alexandre de Hales de

a) İsa Peygamber, Kur'an (Maide 5/47) ve İncil'e (Matta 5/17) göre bağımsız bir din getirmemiş Yahudiliğin ıslahı için gelmiştir. Bu nedenle hukuki konularda Tevrat'a atıflar yapmıştır (Örnek olarak Bkz Romalılara 2/17. Matta 5/17-18, 14/4, 6/9 . Luka 2/22 . Yuhanna 7/19)

b) Hukuki konularda Tevrat'a yapılan atıflar, Hıristiyanlığın, müntesiplerince Yahudilikten ayrı bir din olarak kabulü sonrasında farklı yorumlara tabi tutulmuştur. -Bu yoruma, hıristiyanlığın Akdeniz toplumlarından Avrupa toplumlarına aktarılmasının etkisi ayrı bir araştırmanın konusu olmakla birlikte- Metinleri Paulus'a ait olduğu bilinen mektuplarda bir Hıristiyanın kurtuluşu için iman, "kutsal yasa" olarak adlandırılan hukuki kurallardan öncelikli olduğu vurgulanmıştır. (Bkz Galatyalılar 2/15 vd, 3/10-15, Romalılar 3/20, 3/28, 3/31)

c) Hukuk, bir dinin toplumda kabul görmesinin ardından oluşturulacak alt yapı olduğuna göre dinin kurucusunun öncelikli olarak dine ait temel inancı sistemleştirmesi gerekmektedir. İsa Peygamberin peygamberlik süresi Matta, Markos ve Luka'ya göre 1 yıl Yuhanna'ya göre 2 yıldan fazla sürmüştür. Bu süre hukuk sistemi oluşturmak şöyle dursun, bir dinin imanla ilgili kısmını anlatmaya dahi tam olarak yetmez.

d) Hıristiyanlığın inanç sisteminin omurgasını oluşturan Paulus Stoa felsefesinin güçlü bir okulunun bulunduğu Kilikya'nın Tarsus şehrinde doğmuş, büyümüştü. Paulus şehir ve inançları bakımından şarklı, fikir hayatı bakımından Yunanlı sayılırdı. Bu durumda Roma Hukukundan etkilenmiş olması kuvvetle muhtemeldir.

e) Roma, omurgası oldukça sağlam bir hukuk sistemine sahipti ve bu hukuk sistemi, imparatorun meşruiyet kaynaklarından en önemli olanıydı. Bu nedenle imparator, Hıristiyanlığı resmen tanımış olsa bile meşruiyet kaynağı olan yasama yetkisinin kaynağını bu dine devretmedi. Kanonik hukukun etki alanını genişletmesine kadar hukuk, laik olma özelliğini korudu. Kanonik hukukun etki alanının genişlediği zamanlarda bile kamusal alana dair yasama yetkisi imparator tarafından kullanıldı. Kamusal alana ait yasama yetkisinin olduğu, daha sonradan kilise tarafından güçlü iktidarların olmadığı feodal dönemde iki kılıç kuramı ile ileri sürüldü. Bu kuram, yine Roma hukukunun imparatora verdiği otorite (auctoritas) ve iktidar (potestas) kavramları ile bertaraf edilecekti.

hukuku tabî ve kanuni olmak üzere ikiye ayırıyor, insanlarda tabî hukuk kurallarının zaten var olduğunu savunuyor, Çiçeron'dan gelen fikirleri tekrar ediyordu²⁶.

Augustin'e göre kanunun üç vasfı vardır.

a) Kanun ezeldir, alemde önce vardır, bütün devirler boyunca mer'idir.

b) Sabit ve müstakardır, fikirlerdeki, örflerdeki gelişme ve değişmelere rağmen özü aynıdır.

c) Alemşümuldür, bütün insanları, eşyayı ve hadiseyi hakimiyeti altında tutarak düzene bağlar. İnsan bu kanun vicdanında mevcut olarak doğar. Hak tabiattan gelir. Onu doğuran fikir değildir. Saint Augustin'de açık olarak natüralist manada tabî hukukun etkisi görülmektedir. Antik Yunan'dan bir farkla ki, artık tabî hukuk ilahilik düşüncesi adı altında savunulmaktadır.

Aquino'lu Saint Thomas, tabî hukuk konusunda Augustin gibi düşünmektedir. Thomas, insan hareketlerinin, bütün ahlaki ve manevi hayatının esasını tabî hukuk olarak görüyor ve buna göre tanzim edilmesi gerektiğini söylüyordu. Thomas hukuk kuralları arasında hiyerarşi olduğunu söylüyor ve üç çeşit hukuk kuralını şu şekilde sıralıyordu²⁷.

a) Ezeli kanun (Lex Aeterna): Kısaca kainatın işleyişine ait sabit kurallardır. Bu kuralları herkes bilemez. Ancak Tanrı ve O'nun bildirdiği kişiler bilir.

b) Tabî kanun, (Lex Naturalis): Tabî kanun kısaca tabiatın işleyişinde görülen kanundur. Varlıkların istidatları, davranışları bize bu kanun hakkında fikir verir. Tabî kanun fiil ve hareketlerde takip edilecek istikameti tayin eder. Tabî kanunla ezeli kanun arasında benzerlikler vardır. Birisi ilahi iradenin yansıması cihetiyle asıl, diğeri yansımanın kendisi cihetiyle fer' dir.

c) Beşeri kanun, (Lex Humana): Adından da açıkça anlaşıldığı gibi insanların yaptığı kanunlardır. Bu kanunlar Ezeli hukuka, Tabî hukuka ve toplumun yerleşik örf, adet ve geleneklerine uygun olmalıdır. Bunlar zaman içinde ihtiyaçlara göre değiştirilebilir.

²⁶ Yörük, s. 82.

²⁷ Öktem, yukarıda saydığımız üç yasaya ilaveten Thomas'ın bir de lex Divina (İlahi Yasalar) ayrımı yaptığından bahsetmektedir. Thomas'a göre Lex Divina, lex Aeterna'nın bu dünyaya yansımasıdır. Lex Humana'nın Lex Divina'ya aykırı olması durumunda aktif direnme söz konusu olacaktır. Bkz Öktem, Niyazi, Dinler ve Lâiklik, Cogito. Aylık Düşünce Dergisi. Sayı 1, s. 42.

Bu kanunlar içinde sıralamaya da uygun olarak Ezeli kanunlar en üstün olanlardır. Bunlar Tanrının iradesinden sadır olmuştur. Zaten her kanun, sahibinin iradesinden sadır olur²⁸.

Saint Augustin ve Aquinolu Thomas'ın, hukuk anlayışları temelde akla dayanmaktadır. Sezgicilik temelinden hareketle, Tanrının kendi tabî düzleminde ele alınması durumunda aklın aydınlanacağı, aydınlanmış aklın kavrayacağı şaşmaz hakikatın ölümsüz yasayı ortaya koyacağına inanılır²⁹.

Kilise babalarının açıklamalarında, pozitif hukuk kuralı olarak beşeri kanunlara yer verilmesi, diğerlerinin soyut olması, uygulama açısından yürürlük imkanlarını ortadan kaldırmıştır. Tabiattan kanun istihraç ederken ve ezeli kanunları anlamaya çalışırken insan, yine kendi aklını kullanacak, iradesi ile kanun koyacaktır. Zaten Aquinolu Thomas bu açmazı fark etmiş olacak ki, Ezeli ve Tabii kanunlara aykırı olan beşeri kanunlara, itaat etmek gerektiğini, "ilahî kanun hükmünü ihlal etmesi hali müstesna" itirazi kaydıyla söyleyecekti³⁰. Ortaçağ Hıristiyan dünyası parçalanırken, St Thomas, bu hukuka ilahilik unvanı verdi. Hukuk konusunda Kilise Babalarının bazı görüşleri vardı elbette. Ne var ki bu görüşler doktriner görüşler olup hukuka ilahilik vasfı veremezdi. Vahyedilmiş hukukla, doktriner hukuk aynı şey değildi³¹.

3- 17.yy Sonrasında Tabî Hukuk: Tabî Hukuktan Laik Hukuka Geçiş

Rönesansta oluşmaya başlayan hür aklın ilgi sahasının "bu dünya" olması ve bilimsel bilginin gittikçe gelişerek "bu dünya"yı çözmeye başlaması, geleneksel tabiat anlayışının değişmesine yol açtı. Filolojik alanda başlayan araştırmalar, arkhe sorununu yeniden gündeme taşıdı. Bu noktada tabiat, Antik dönemde olduğu gibi yeniden bilginin objesi haline geldi. Bugünkü anlayışta laikliğin, bilimin güncel kaynağı olan tabiattan doğduğunu söylemek doğru bir tespit olsa gerek. Tabiatın insana açtığı laik alanın yeni bir dine (*Tabî din*) ve hukuka (*tabî hukuk*) kaynaklık ettiği düşünülürse tabiatın çözülmesiyle ortaya çıkan laik alanın önemi kendiliğinden anlaşılır.

Rönesansla başlayan fizik dünyayla barışma süreci bu alanı kendisine asıl veri olarak kabul etti. Bacon, yüksek sesle Descartes akılcılığından farklı olarak,

²⁸ St Augustin ve Thomas'ın fikirleri için Bkz., Yörük, s. 81, 85 vd, Hırş, s. 160.

²⁹ Bkz, Akın, İlhan F, Kamu Hukuku, İstanbul, s. 48, 54.

³⁰ Yörük, s. 88.

³¹ Nasr, 131.

bilimin objesinin fizik dünya, metodunun ise deney olduğunu söyledi. Artık tabiat, bilimlerin ilerlemesi sayesinde insan aklıyla çözülen bir maddi saha olarak algılanmaya başlıyordu. Tamda bu zamanda Aristo'nun atıl tanrısı (deizm) gündeme gelerek, tabiatın kutsal bir tarafı olmadığı, zaten tanrının tabiata müdahale etmediği, insanın üzerinde rahatça çalışabileceği "laik" bir alan olduğu ileri sürüldü. Artık bilim, hem Kilisenin asırlarca baş tacı ettiği, fakat anlayamadığı "Kiliseyle uyuşan düşünürün" (Aristo) fikirleriyle hem de yine kilisenin kutsal saymadığı tabiatın kendisiyle kiliseyi köşeye sıkıştırıyor, kilisenin açtığı bu laik alanı büyüterek, materyalizm, pozitivizm, başta olmak üzere yeni felsefi akımları besliyordu.

Rönesans ve sonrası dönemlerde tabî hukukun seyri antikite ile kurulan ilgi nedeniyle farklı rotalara kaymaya başlamıştır. Avrupa'da, Roma Hukuku'nun stoa felsefecileri etkisi altında kaldıkları ilk imparatorluk dönemindekine benzer bir laikleşme hareketi gözlenmeye başlamıştır.

16. yy'dan itibaren Avrupa'da hızlı bir şekilde başlayan hukukta laikleşme seyri, şüphesiz tabî hukuku sistemli ve etkili olarak laik hukuk düzleminde kullanarak, teoloji kaynaklı hukuku devre dışı bırakacak adımları atan Hugo Grotius'a (1583-1645) çok şey borçludur.

Luther'in bıraktığı teolojik karışıklıkların ardından çıkan Otuz yıl Savaşları'nın en çok etkilediği ülkelerden birisinin de Grotius'un memleketi olan Hollanda olması ilahi kökenli hukuku savunmasına olarak mani oluyordu. Bunun yanında devrin entellektüel havasına hakim olan Kartezyen felsefe de Grotius'u derinden etkilemişti. Fizikteki gelişmelerin sosyal bilimlere taşınması düşüncesi ve "artık bilimde kullanılan matematik ifade netliği, soyutluk, genel geçerlik, hukukta da olmalı" fikri Grotius'un çıkış noktasıdır.

Kartezyen felsefede ön plana çıkan "bilen, kavrayan akıl" Grotius'da hukukun kaynağı oluyordu. Bu akıl, Kilise hukukuna etkili olan "keşfeden akıldan" elbetteki farklıydı. Grotius'a göre hukuk aslında insan tabiatında, her türlü tecrübeden arı olarak, mahiyetinde mündemiç olan bir hakikatti. O kadar ki tabî hukukun bu bağımsızlığı, aşıkırlığı ve insan tabiatından sudur edişi ilahi iradeye dahi şamildi. Nasıl ki Tanrı (Newton'un saatçi Tanrısı) kainatın seyri mutadına müdahil değildi ve olamazdı, o halde bu seyri mutadın yansıması olan ve aklın faaliyetleriyle gün yüzüne çıkan kurallara da uymalıydı. Grotius'a göre her varlık evrensel ve değişmez özlerini ifade eden bir "tabiata" sahipti. Varlıklar arasında cereyan eden ilişkiler ise, "şeylerin tabiatından" gelen zorunlu ilişkilerdi. Daha da ötesinde Grotius'a göre tabî hukuk ilahi hukukun da ötesinde kıymet

ifade etmekteydi. Çünkü ilahi hukuk yalnızca vahye nail olanlar için hüküm ve mana ifade ediyordu ve dinlerin değişmesiyle inanç esasları da değişiyordu. Şu halde ilahi hukuk kısmî mer'iyete mazhar olduğu halde insanda mündemiç olan tabî hukuk her yerde aynı olup değişme kabul etmemesi cihetiyle evrensel bir geçerliliğe mazhardı³². Bu düşünceleriyle Grotius, Kilisenin fikirlerini tersine çeviriyor, tabir caizse Tanrıyı yarattığı düzenle bağlıyordu.

Grotius'un, hukukun kaynağına "insan tabiatı" derken kastettiği "doğru aklın vazı'ı kanun olması" (*recta ratio*) düşüncesi, sosyal sözleşme ile tamamlanıyordu. Sosyal sözleşmeyi tarihi bir gerçek olarak kabul eden Grotius, hukuku laikleştirecek monarşilere destek veriyor Kiliseye karşı mücadelelerinde halkın da monarşilerin yanında almalarını sağlamak için "siz bir yöneticiye biat ettiniz, bu tarihi bir hakikattir, şimdi biatınıza sadık kalın. Velew ki idareciniz zalim olsun. İdare yetkisini tek taraflı devrettikten sonra bundan da vazgeçemezsiniz³³" diyordu. Zaten O'nun hukuk fikrinin temelini de "akitlere riayet" (*pacta sunt servanda*) oluşturuyordu. Acaba bu bir tesadüf müydü? Ve Kilisenin Beşeri hukuka (*Lex humana*) itaati tavsiye eden fikirleri bu söyleme tesirli olmuş muydu?

Tabî hukukun ontolojik dayanağı olan tabiatın yaratıcısının tanrı olmasından yola çıkılarak Grotius'a kadar ki tabî hukuk anlayışlarında tabî hukukun ilahiliği vurgulanmıştır. Grotius, tabî hukuku tanrı fikriyle yan yana işlemiş fakat, tabî hukukun ilahi iradeye dayanan hukuktan farklı ve bağımsız ve kaynak itibariyle ilahi iradeden beslenmeyen bir hukuk sistemi olduğunu söyleyerek tabî hukuku dünyevileştirmiştir (*secularization*)³⁴.

Grotius'un tabî hukuk fikrini işlerken muasırı Hobbes gibi devletin menfaatlerini gözettiği kesindir. Grotius'un tabî hukukla ilintilendirerek ortaya koyduğu devletler hukuku fikirlerinin zıddını İngiliz hukukçu Seldan "*Kapalı Deniz*" isimli eseriyle reddediyordu. Seldan'da fikirlerini ne gariptir ki Grotius gibi tabî hukuka dayandırıyor³⁵. Nasıl oluyordu da her iki hukukçu aynı "tabî hukuk"u kullanarak birbirinden farklı hatta zıt neticeler elde ediyorlardı?

³² Abadan, Yavuz, Hukuk Felsefesi, Ankara 1994, s. 137, Güriz, s. 191, Ağaogulları, Mehmet Ali-Akal, Cemal Bâli-Köker, Levent, Kral Devlet yada Ölümlü Tanrı, Ankara 1994, s. 86 vd.

³³ Güriz, s. 193

³⁴ Ağaogulları-Köker-Akal, s. 87 vd.

³⁵ Güriz, s. 193.

Grotius her ne kadar hukuku akla dayasa da O'na göre kişi değil ancak sosyal hadiseler hukuku meydana getirebilir³⁶. Yani kişi ancak toplum halinde olursa hukuki kıymeti haizdir. Pratik olarak da ilk elden düzenleyici sıfatına sahip olarak devlet hukukun yapıcısıdır. Zaten iyi de olsa kötü de olsa devlet, emirlerine, icraatlarına uyulmakla mükellef olunan bir üst kurumdur. Şu halde dolaylı ifadelerle Grotius, Kilise'nin hukuki görüşlerinin tesirinden tam olarak kurtulamamış olmakla beraber ilk adımları atıyor ve Hobbes gibi düşünörlere hukuku tamamen ilahilikten arındırmak için gerekli alt yapıyı hazırlıyordu. Hobbes daha açık ve net ifadelerle hukuku devlete bağıyor ve “devletin olmadığı yerde hukuk da olmaz” diyordu.

Hobbes'a göre fert tabî hukuku yorumlamak hakkına sahip değildir. Tabî hukuk ile devletin vaz ettiği hukuk arasında bir çelişki olursa pozitif hukuka riayet gereklidir. Devletin tasvîp etmediğı tabî hukuk, tabî hukuk olamaz³⁷. Ateist olan Hobbes, Grotius ile sadece ilahi hukuku kabul etmemek noktasında birleşmekle kalmıyor³⁸ laik hukuku tesis edecek tek merci olması sıfatıyla monarşilerin desteklenmesi, sosyal sözleşmenin varlığını kabul (Hobbes bunu fiktif olarak kabul eder) ve son tahlilde bütün bunlarla sağlanacak amaçta da birleşiyordu.

Grotius'un açtığı çığırdada kendinden sonra gelen tabî hukuk savunucuları S.Puffendorf (1632-1649), C.Thomasius (1655-1728), C.Wolf (1679-1754), J.Locke, J.J.Rousseau ondan ve yaydığı fikirlerinden aldıkları ilhamlarla Avrupa'da hukukun laikleşmesine hizmet ettiler.

Uzun uzun zikretmeye gerek yoktur ki Locke ve Rousseau'da tabî hukuk ve sosyal sözleşme konularında üç aşağı beş yukarı benzer düşöncelere sahiptir³⁹. Bir farkla ki Rousseau da tabî hukuk fikri siyasi bir kimlik kazanmıştır.

Hobbes'de Grotius gibi “doğru aklın tabiat kanunu” olarak adlandırıldığını, tanrının akıl yoluyla insanlara bu kanunları gönderdiğini söyler. Hemen ifade etmek gerekir ki “tanrının göndermesi”, tabî hukukun vahyi kökenlere inilerek açığa çıkarılması manasına gelmez. Tabî kanunlar, akıl yürütme sürecinin rasyonel verileridir. İnsan hayatını düzenleyen kurallar ancak akıl yürütme yoluyla bulunur.

³⁶ Abadan, s. 138.

³⁷ Güriz, s. 197.

³⁸ Krş, Abadan, s. 156.

³⁹ Bkz, Abadan, s. 156, Güriz s. 201, İzveren Adil, Hukuk Felsefesi. Ankara 1988, s. 42.

Tabî kanunlar Hobbes'e göre sonsuz, evrensel, değişmez ve yazılı olmayan kurallardır. Bu kurallar, bağlayıcı ve zorlayıcı özelliklere sahip olmadıkları için gerçekte "kanun" olamazlar. Tabî kanunlar, ancak ahlaki kurallar bütünü olarak kabul edildiğinde manalandırılabilir⁴⁰.

Batı dünyası hukuk kültürünün büyük bir dönüşüm geçirerek aslına dönmesinde, tabî hukuk anlayışının büyük bir rolü vardır. Tabî hukuk, batı kültürel coğrafyasında Rönesans'dan beri başlayan dünyevileşmenin en önemli motor gücü olarak değişik kesimlerce desteklenmiştir. Coğrafi keşiflerle ve Merkantalizmle ekonomik yönden güçlenen burjuva, Katolik kiliseye karşı egemenlik mücadelesi veren monarşiler, milliyetçilik anlayışıyla dinde bile millileşme eğilimine giren halklar ve Rönesans'ın getirdikleriyle değer yargılarındaki kırılmalar... Bütün bunlar tabî hukukun desteklenmesinde önemli etkenlerdi. Özellikle Batı'da siyasi görünümün değişmeye başlamasıyla, monarşilerin, Luther'in Roma Katolik kilisesine karşı görüşlerinin desteklenmesi kabilinden egemenliklerine kuvvet verecek ve halka karşı tek yetkili olduklarını hatırlatacak hukuk gibi önemli bir kuruma olan ihtiyaçları. Tabî hukuk, hukukun kaynağına dair görüşleriyle, kanun yapma yetkisini fiilen yerel iktidarlara vermesi açısından önemliydi. Monarşilerin, kilisenin tekelinde olan ve Tabî hukukun bu tekeli kırarak kendilerine verdiği "kanun yapma ve hukukun pratikte olmasa bile fiilen kaynağı olma" yetkisine ihtiyaçları vardı. Monarşiler, XII. yy'dan beri dünyevi güç kavgasında kiliseye karşı galip çıkmak amacıyla Roma Hukukunda yer alan temel argümanları kullanıyordu⁴¹. Tabî hukuk sayesinde Roma hukukunda yer alan argümalardaki dolaylı çıkarımlar yerine doğrudan doğruya egemenliklerini fiilen kullanma şansını elde ettiler. Nede olsa hukuk, egemenlik mücadelesinin en etkin silahıydı.

Gerçektende herkesin içinde kendince bir şeyler bulduğu, düşüncelerine rahatlıkla temel yapabildiği, isteyenin istediği tarafa çekebildiği tabî hukuk nedir? Neden birden bire revaç bulmuş ve hemen peşinden akılcı hukuk akımını doğurmuştur?

Tabî hukukun köklerine inildiğinde, natüralist yapısından, bahsedildiği gibi herkesin saygılı olmak zorunda olduğu, değiştirilemeyecek, haklardan müteşekkil bir düzenin çıkması mümkün değildir. Natüralist anlayışlı Tabî

⁴⁰ Ağaogulları-Köker-Akal s. 205 vd.

⁴¹ Roma Hukukundaki temel argümanların monarşilerin egemenliklerine olan katkıları için Bkz, Ağaogulları, Mehmet Ali-Köker Levent, Tanrı Devletinden Kral Devlete, Ankara 1997, s. 18 vd.

hukuktan çıksa çıksa düzen yerine kaos ve hak yerine haksızlık çıkar. Burada uzun boylu insanın tabiat düzenindeki işleyişi örnek olarak kendi sosyal düzeni için gerekli hukukunu tanzim etmesinin imkansızlığından bahsetmeyi düşünmüyoruz. Fakat şu bir gerçektir ki tabî hukuk natüralist manada bir anlayışla çıkmak zorundaydı. Tıpkı sosyal sözleşmede olduğu gibi fiksiyona dayanan bu düşünceler, devletin zulmünden, kafasına estiği gibi kural koyan devlet adamlarının aşırılığından, kilisenin tahakkümünden korunmak için icat edilmiş yada sınımlanmış kavramlardı.

Tabî hukuk savunucularına göre hukuk, dıştan gelme veya tepeden inme bir şey değildir. İnsan halkının kendisinin de içinde bulunduğu evrene, tabiata bakarak ortaya çıkardığı genel normlardan meydana gelir. Tabiat belirli bir düzen içerisinde, belirli yasalara ve ilkelere uyarak sürüp gitmektedir. İnsan da temelde tabî bir varlık olarak tabî çevrenin yasalarına, bir başka deyimle tabî hukuka uymak zorundadır. Toplumsal düzenlerin, insanların getirdikleri sistemlerin yetersizlikleri bunu doğrulamaktadır⁴².

İlerleyen zamanlarda Tabî hukukun natüralist tarzda, tabiata sinmiş hukuk olarak anlaşılması terkedilmiştir. Ne olarak anlaşılmıştır sorusu ise bir çırpıda cevaplandırılmayacak kadar çeşitli ve karmaşıktır. Abadan, Tabî hukukun anlaşılması aşağıdaki şekilde kategorize etmiştir.

1. Tabî hukuk, insanı bilvasıta yani müsbet hukuk delaletiyle muayyen bir hareketin ifasına mükellef kılan bir lüzum hükmünün ifadesidir. Böylece Tabî hukuk mer'iyetini müsbet hukuktan almaktadır. Müsbet hukukun kökü ve meşruiyet sebebi, kendisinin üstündeki hukuk düşüncesinde ve yüksek prensiplerde, bir tek kelime ile tabî hukuk fikir ve cevherindedir. Şu halde tabî hukuk fertleri değil, kanun koyucuyu bağlar.

2. Tabî hukuk, müsbet hukukun yanında veya ona aykırı bir surette insanı, doğrudan doğruya muayyen bir hareketin ifasıyla mükellef kılan lüzum hükmü manasına kullanılır. Müsbet hukukça tanınmaya ihtiyaç duymaksızın mer'iyet iddiasında bulunan hukuk hükümlerinin hepsi, bu manadaki tabî hukuk içerisine girer. Bu türlü hukuk hükümlerinin kaynağı ya ilahi iradeye, ya herhangi bir hak prensip veya fikrine yahutta ferdi akla irca edilmektedir.

3. Tabî hukuk cari bulunan yada meydana getirilecek olan hukuk nizamının hüküm ve taktirine esas ölçü manasına kullanılır. Bu durumda tabî hukuk bir kıymet ölçüsüdür. Fakat bu ölçü kıymetin ne olduğu sorusuyla yakinen

⁴² Çeçen, Anıl, Adalet Kavramı, İstanbul 1981, s. 145 vd.

alakalı olduğundan değişime tabidir. Ölçü alınacak kıymet devrine göre kamu menfaati, insanlık, adalet, (ya da muasır medeniyet seviyesine çıkmak vs.) olabilir.

4. Tabî hukuk sosyoloji ve siyaset bilimi açısından hususi bir metot manasına da kullanılmaktadır. Diğer dört anlayışa 17. yy'a kadar az çok rastlanılırken tabî hukukun sosyolojik ve siyasal ifadesi Rousseau ile gündeme gelmiştir⁴³.

Görüldüğü gibi tabî hukuk listesi natüralist hukuk anlayışından pozitif hukukun -nasıllığı ayrı bir tartışma konusu olan- ifade zorunluluğuna, oradan pozitif hukukun değer ölçüsü olma iddiasından siyasal mevzulara zemin olmaya kadar geniştir. Bütün bunlar tabî hukukun muhtevasının hepsini birden doğurmaya müsait mahiyette olduğu gibi safça bir neticeyi anlamamıza meydan vermemelidir. Kanaatimizce tabî hukukun, hukuk hastası bünyeye geniş pektrumlu ilaç gibi verilmesi tamamen psikolojik bir durumdur.

Orta çağın Tanrı anlayışından kaynaklanan teolojik inançlar her türlü kavramın içine girmişti. Hukuk dahi bu teolojiden kaynaklanan bir anlayışla besleniyordu. Kendi icat ettiği Tanrının bizzat koruyuculuğunu üstlenen Kilisenin karşısına çıkıp, teolojisinden kaynaklanan hukuka zıt bir kaynak teklif etmek devrin ortamına oldukça tersti.

Rönesansla Antikiteden akıp gelen pagan düşüncesi, hukuka kaynak olarak yada başka bir ifade ile metafizik temel olarak tabiatı, insanı ve aklını gösteriyordu. Natüralist manada tabiatın hukuka metafizik kök olarak gösterilmesi, Hıristiyanlığın tabiata bakışı açısından değerlendirilince gerçekten dahiyanedir. Çünkü tabiat, yukarda da açıklandığı gibi Hıristiyanlığın lâik olarak kabul ettiği bir alandı. Hukuka kaynak olarak bu alanın seçilmesi, Kilisenin de sonuçlarını hesap etmeden bilmeyerek kullandığı bir kavrama, *Lex Naturalis*'e dayanması, hukuku ilahi olan kaynaktan uzaklaştıracak, lâik bir alana dayandıracaktı. Gerçekten de tabî hukuk, kilisenin kabul ettiği bir kavramdı. Tabî hukukun ilkin natüralist zemin üzerine oturtulması, kilisenin tanrıyla ilişkilendirmediği bir alana dayandırılması manasına geliyordu. Tanrının ilgilenmediği bir alana dayanan hukuk, böylece lâik bir zemin üzerinde kavramsallaşma imkanı buluyordu. Kilisenin de kabul ettiği tabî hukuk içindeki aklın yapıcı rolü, tanrının müdahil olmadığı bir alanda serbestçe faaliyet gösterebilecekti.

⁴³ Abadan, s. 149 vd,

Tek kelime ile tabî hukuk, mevcut pozitif hukuka “laik” bir kaynak arama mücadelesinin ifadesidir. Çağıl'ın belirttiği gibi insanlar iki sebepten dolayı müspet hukuk nizamının üzerinde bulunan başka bir ideal hukuk ararlar. İlki pratik bir ihtiyaçtır ki müspet hukukun eksiklerini tamamlama, boşluklarını doldurma gibi ihtiyaçlardan doğar. İkincisi ise metafizik bir sebeptir ki bununla insan tâbî olduğu hukukun yürürlük nedenini merak eder, nereden geldiğini araştırır⁴⁴.

İlahi kökenli tabî hukuk fikrinden ilahiliği uzaklaştırarak Tabî hukuka laik karakter büründürme çalışmaları, Hıristiyan dünyasının Protestan kesiminde daha açık görülüyordu. Çünkü bu hukukçuları destekleyenler arasında, Kilise'nin gücünü zayıflatmak isteyen hükümdarlar ve sarraflık ve bankerlik gibi işlerine daha rahat bakabilmek isteyen çevreler vardı⁴⁵.

Hukuk felsefesi geçen yüzyılın başına kadar tabî hukuk görüşü ve ilkeleri doğrultusunda gelişme göstermiştir. İnsanın tabiatı ve onun toplumsal karakteri değişmediğine göre, tabiattan çıkan hukukta yer ve zamanda ki değişme ile beraber değişiklik göstermez. Akıl asıl olduğuna göre düşünen insan hukuk kurallarını aklı ile bulur. Tabî hukuk, ontolojik olarak tabiata göndermeler yapsa da hukuk, son tahlilde insan aklı ile şekillenen ve keşfedilen kurallar manzumesi olmaktan öteye gidememiştir. Bu noktada hukuku kurgulamak akla düşmektedir ki, tabî hukuk din kaynaklı hukuku saf dışı ettikten sonra Batı'da akılcı hukuk okulu doğmuştur. Aklın felsefi işlevleri, türevleri, bileceği-bilemeyeceği, kavrayacağı-kavrayamayacağı konular hakkında Batı'da epeyce yol alındığı söylenebilir. Alınan yolda akıl, tam istiklale kavuşmuş, kendisini kayıtlayacak her türlü dış etkilerden soyutlanmıştır. Artık hukukta referans olarak “tabiat” gibi bir “dış” kavrama ihtiyaç yoktur. Akıl, insanı ilgilendiren her konuda tam yetkilidir. Hukuk da insanı ilgilendiren en önemli bir müessese olduğundan, akıldan başka bir referansa müracaat doğru değildir.

Avrupa kültür haritasında hukukun, tabî hukuk sayesinde laikleşme çizgisini yakaladığı zamanlarda, o güne kadar tabî hukuka yapılmayan itirazlar yapılmış, hukukun sadece akıldan, tarihten, sosyal hayattan kaynaklandığını söyleyen görüşler ortaya atılmıştır. Kanaatimizce hukukun Kilisenin elinden alınmasına kadar geçen zaman içinde el birliği ile tabî hukuka müracaat edilmiş, akabinde bu "can simidi" düşünceler terk edilerek, yeni tartışmalara başlanmıştır.

⁴⁴ Bkz, Çağıl, s. 402.

⁴⁵ Hatemi, Hüseyin, İnsan Hakları Öğretisi, İstanbul 1988, s. 185.

Tabî hukukun Antik dönemden bu yana ifade ettiği bir en önemli mana, pozitif hukukun üzerinde, onu denetleyecek bir normun insan vicdanında aranıyor oluşudur. Bu değişmez, bütünüyle adaleti tesise yönelik, herkesi bağlayan, üzerinde ikinci bir norm olmayan temel bir norm arayışı, insanlık tarihinin vicdani isteğini dile getirmektedir. Gerçekten de hukuk gibi, cebir yoluyla uygulanan ve toplumsal değişime ön ayak olan bir kurumun sabitelerle denetlenmesi gerekmektedir. Kanaatimizce Hristiyanlık, İnsanlık tarihinin vicdani isteği olan adaleti temin edecek sabiteleri tesis ve kullanma açısından tarihi bir fırsatı kaçırmıştır. Elindeki ilahi metinleri insanlığın faydasına kullanamamış, orijinal hukuk sistemi üretmek yerine pagan kültürünün verileri ile yetinmiştir.

III – SONUÇ

Tabî hukuk, natüralist düşüncenin hakim olduğu antik çağda tabiat düzeni ile eş anlamlı olarak kullanıldı. Hristiyanlık öncesinde Roma hukuku, pontifexlerin etkisinden kurtulmaya başladığında önemli düşünürleri ve hukukçularının yardımıyla hukuku insan aklına ve devlet egemenliğine dayamaya başladı. Roma’da hukuk, egemenliğin önemli bir vurgusu oldu. Feodal dönemde kilisenin natüralizme tepkisi, tabiat ile bağı olan kavramların bu bağı zayıflatsa da koparamadı. Kilisenin de egemenliği kullanmaya başlaması, hukuk üzerindeki etkilerini artırdı. Feodalizmin etkilerinin azaldığı, monarşilerin kurulduğu zamanlardan başlayarak idarede, ekonomide söz sahibi olmak isteyen burjuva sınıfı, merkantalist ekonomi anlayışı, burjuvanın uzak deniz seferleri ve yurt dışı kolonilerde hami araması, reformun yol açtığı din anlayışındaki kırılmalar, Luther’in “kilisenin müstakil hukuku olamaz” şeklindeki ‘içerden’ itirazı, protestan hareketin dünyayı ibra eden yaklaşımları, kartezyen düşüncenin insan aklını merkeze koyması, felsefenin yaygınlaşarak tabana yayılması, bilimsel gelişmelerin kainatın işleyişini izah denemeleri ve en önemlisi de yerel devletlerin kurulması ile hukukun buyurucu gücünün devlet olmanın temel özelliği olarak görülmesi hukukun laikleşmesine büyük hizmetler etti.

Antik çağdan beri süregelen tabî hukuk düşüncesi ile aslında aranan, hukukun teorik kaynağının ne olduğu ve yine pratiğini denetleyecek bir üst normdur. Semavi dinlerin tesirlerinin pek bilinmediği Yunan’da putperest anlayışa uygun olarak hukukun, ahlak, gelenek ve tabiata dayandırılması normaldir. Dikkat edilirse Roma’nın ilk kurulduğu yıllarda hukukun tekelinde olduğu din adamları zümresi (pontifex) arasında tabî hukuk meselesi pek bilinmemektedir. Çünkü hukukun kaynağı bellidir ve bu tâbî olunan dindir. Tabî

hukuk meselesinin ortaçağ boyunca sembolik bir kavram olarak bir kenarda beklemesi, kullanıldığı kavramsallaştırma içinde ilahi hükümlerin ardında değerlendirilmesi yine hukukun kaynağı nedir sorusunun az-çok cevaplandırılmış olmasındandır. Rönesansla birlikte Kiliseye duyulan tepkiler ve onun teklif ettiklerinin reddedilmesi, hukuka yeni kaynak aramayı da gündeme getirmiştir. Maziye müracaatla tabî hukuk fikri imdada çağırılmış, hukukun laikleşmesi için gerekli meşru köprü böylece kurulmuştur. Tabî hukuk, Rönesanstan sonra laik hukuka geçiş için ara kavram olarak kullanılmıştır.

Kilise teolojik temellerini kurarken Antik çağın argümanlarını kullandığından, orada yer alan tabî hukuk fikrini de almış, işlemiş ve benimsemiştir. Kilisenin, İslam'da olduğu şekliyle hukuk anlayışı olsaydı, hukukun kaynağı açısından tabî hukuk fikrini işlemesine gerek kalmazdı. İlahi hukukun (*Lex aeterna*), ancak Kilise mensuplarınca bilinebilen bir sır olarak kabul edilmesi, bunun yanında insan tabiatında mündemiç olduğu bizzat Kilise tarafından ifade edilen tabî hukukun (*Lex naturalis*) varlığının kabulü ve hatta bunun ilahi hukukla ayniyetinin ifade edilmesi, beşeri hukukun (*Lex humana*) itaat edilmesi gereken bir hukuk olarak ilan edilmesi ve buna sınır olarak aslı sır olan ilahi hukukun gösterilmesi, Hıristiyan hukukunun başından beri laik karakter taşıdığına göstergeleridir.

Antik çağdaki tabî hukuk anlayışı ile Hıristiyanlıktan sonraki tabî hukuk anlayışı arasında bir hayli fark varken Hıristiyan teologlar antikitenin etkisiyle oradan aldıkları bu kavramı lüzumsuz yere kullanmışlardır. Antik çağda tabî hukuk panteist bir anlayışla kavranıyordu. Yani “adalet” ve “tabî hukuk”, objektif ve külli bir akıldan istidlal ediliyordu. Bu külli akıl kainatta mekni idi. Halbuki Hıristiyanlıkta Tanrı mütealdi (aşkındı). Yunan'ın külli aklın mekni olduğunu söylediği tabiat, Tanrının yarattığı bir mahluktu⁴⁶. Aristo, tabiat kavramını Tanrıdan kopartmış, onu kendi başına bir değer olarak ilan etmişti. Gerçi Hıristiyanlığın tabiata bakışı da bu görüşten etkilenmiş, tabiatı kutsaldan arındırma yoluna gitmişti. Yukarıda bahsettiğimiz gibi panteist anlayışa karşı çıkan Hıristiyanlık, tabî hukuku, tabiatın tabî hali olarak sadece kavramsal anlamıyla muhafaza etti. Kavramın Hıristiyan dini açısından lüzumsuzluğu ve çelişkisi bir yana Rönesans'tan sonraki gelişmeler açısından hukukun laikleşmesi sürecinde Kilise, kelimenin tam manasıyla "laik"lere kavram taşıyıcılığı yapmıştı. Grotius, Hobbes, J.J Rousseau ve onlar gibi düşünürler, şüphesiz ki tabî hukuk fikrine kilisenin anladığından daha farklı manalar yüklediler. Bu düşünürlerin en bariz

⁴⁶ Çağıl, s. 409

farkı, kanun koyma yetkisini tamıyla devlete vermeleri idi. Felsefi ve teorik açıdan hukukun/kanunun kaynağı her ne olursa olsun, pratikte yapıcısı, uygulayıcısı devletti. Devlet, kilise karşısında verdiği güç savaşında hukuka dayanıyor, kilisenin iki kılıç kuramına Roma Hukukundan devşirdiği iktidar (potestas) ve otorite (auctoritas) kavramlarıyla karşı çıkıyordu.

Tabiat, Antik Yunan'da arkhe sorunu ile üzerinde rahat araştırmalar, gözlemler yapmak maksadıyla tanrının tasarrufundan soyutlaştırılıp laikleştirilirken, Hıristiyanlık'ta araştırmaya, incelemeye değer bulunmadığı gerekçesiyle kutsal olmayan (profan), kutsal çağrıştırmayan, ilahi olanla bağlantısı kesik bir alan olarak kabul edildi. Tabî hukukun üzerinde yükseldiği ontolojik sahanın profanlığı, üst norm yada kaynak olması hasebiyle alt normların yada kaynaktan çıkarılanların da meyvelerini profan hale getirecekti. Bundan daha tabî bir şey olamazdı. Başka bir deyişle lâik hukuk, bu gelişim çizgisinde tâbî hukukun tâbî neticesiydi.

KAYNAKLAR

- Abadan, Yavuz, **Hukuk Felsefesi**, Ankara 1994.
- Ağaoğulları, Mehmet Ali, **Kent Devletinden İmparatorluğa**, Ankara 1994.
- Ağaoğulları, Mehmet Ali-Akal, Cemal Bâli-Köker, Levent, **Kral Devlet ya da Ölümlü Tanrı**, Ankara 1994.
- Ağaoğulları, Mehmet Ali-Köker, Levent, **Tanrı Devletinden Kral Devlete**, Ankara 1997.
- Akın, İlhan F, **Kamu Hukuku**, İstanbul.
- Aral, Vecdi, **Toplum ve Adaletli Yaşam**, İstanbul 1988.
- Attas, S. Nakip, **İslâm ve Laisizm**, (Terc.: Selahattin Ayaz), İstanbul 1994.
- Aydın, Mehmet, **Din Felsefesi**, Ankara 1994.
- Çağıl, Orhan Münir, **Hukuk ve Hukuk İlmine Giriş**, İstanbul 1971.
- Çeçen Anıl, **Adalet Kavramı**, İstanbul 1981.
- Gökberk, Macit, **Felsefe Tarihi**, İstanbul 1990.
- Güriz, Adnan, **Hukuk Felsefesi**, Ankara 1987.
- Hatemi, Hüseyin, **İnsan Hakları Öğretisi**, İstanbul 1982.
- Hocaoğlu, Durmuş, **Laisizmden Milli Sekülerizme**, Ankara 1995.
- İzveren, Adil, **Hukuk Felsefesi**, Ankara 1988.
- Nasr, Seyyid Hüseyin, **İnsan ve Tabiat**, (Terc.: Nabi Avcı), İstanbul 1993.
- Oğuzoğlu, Cahit, **Roma Hukuku**, Ankara 1952.
- Öktem, Niyazi, **Dinler ve Lâiklik, Cogito**. Aylık Düşünce Dergisi. Sayı 1.
- Öktem, Niyazi-Türkbağ, Ahmet Ulvi, **Felsefe, Sosyoloji, Hukuk ve Devlet**, İstanbul 1999.
- Yörük, Abdülhak Kemâl, **Hukuk Felsefesi Dersleri**, İstanbul 1985.