

OSMANLI HUKUKUNUN ROMANİZASYONUNUN FELSEFİ ve SOSYOLOJİK ALT YAPISI-I (KITA AVRUPASINDAKİ GELİŞMELER)

*Cengiz OTACI**

GİRİŞ

Avrupa hukukunun bugünkü kazanımlarına ulaşması, yüzyılların birikiminin sonucudur. Bu kazanımlara ulaşmada kutsal metinlerin yorumu, bilimsel tecrübe, felsefi/sosyolojik anlayış farklılaşması, siyasal tercihler, iktisadi değişim önemli ölçüde etkili olmuştur. Fen bilimleri ile desteklenen sosyal bilimlerin lineer tarih anlayışı ve sosyolojik çözümlenmeleri, 19. yy doğulu toplumların elitlerini 'bilimsel' yollarla ikna ederken, Batıda oluşan "yeni modernite"nin, askeri, siyasal ve ekonomik merkezi güç olması, mevzuatın da batılılaşması yönünde yönetici sınıfı zorlamıştır.

Özellikle Tanzimat Fermanı sonrasında Osmanlı Devleti mevzuatında belirgin şekilde Batı kanunlarının etkisi görülür. Bunun çeşitli nedenleri vardır. Bu etki, Cumhuriyete kadar artan bir ivme ile de devam etmiştir. Laiklik yada sekülerlik "dini alan" ile "dünyevi alan" arasında bilinçli/siyasal bir tercih olduğundan Osmanlı hukukunun batılılaşmasına "Osmanlı hukukunun romanizasyonu" denilmesinin daha uygun olacağını düşünüyoruz.

İncelememizde önce kıta Avrupasında hukukun laikleşmesi yolunda yaşanan tarihi ve felsefi/sosyolojik tecrübe, sonra da bu tecrübenin Osmanlı hukukuna yansımaları üzerinde durmaya çalışacağız.

1- Antik Yunan, Roma ve Hıristiyanlıkta Hukuk Anlayışı: Laik/Seküler Hukukun Kavramsal Tarihi Temelleri

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 deniliyordu ve Yunanlılar bunları tanrıların koyduğu kutsal kurallar olarak kabul ediyordu. Gelişen ve değişen top-

* Hakim.

lumsal 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. Hemen belirtmek gerekir ki yorum hakkının sadece soylulara ait olması, sosyal yapı gereği yine de engellenemedi. Meydana gelen sosyal hoşnutsuzlukla *thesmoiden* sonra *nomoi* denilen insan yapısı kanunların ortaya çıkma zamanı geldi¹. *Nomoi*, ünlü kanun koyucu Solan ile birlikte *thesmoi*'ye karşı zafer kazanarak toplumun değişik alanlarındaki ihtiyaçların insan yapısı kanunlarla düzenlenebileceği, kutsal, mutlak, değişmez, değiştirilemez, sonsuz kanun olmayacağı fikrini verdi. Bir bakıma ilahi olmayan kanun, temelinde toplumsal uzlaşma ve sözleşme ürünü olma gibi bir dinamik taşıyordu. Bu nedenle değişime ve gelişime açıktı².

Tanrısal iradeye dayanan sözlü kanunların, yerini insan iradesine dayalı olan yazılı kanunlara terk etmesi, aynı zamanda Yunanda tabiat felsefesinin de başlama yıllarıydı. Gerçekten de tabiat felsefesi ile uğraşan ilk filozoflar, tabiat olaylarını açıklamada kurgusal akıl yürütme yollarını kullanarak tanrıları tümüyle hesap dışına çıkarmak gibi bir adım attılar. Kozmosun yönetici gücü olarak tanrılar yerine tabiat yasalarını koydular³. Bu noktada tanrıya ve tabiata biçilen paye de önemlidir. Tabiat felsefi ile uğraşan filozoflar panteist bir anlayışa sahipti. Aristo'nun naklettiğine göre Thales, "her şey tanrılarla dolu" diyerek maddenin kendi yaratıcı güce sahip olduğunu vurguluyordu. Aristo'nun düşüncesine göre tanrı alemin yaratıcısı değildir. O sadece ilk muharriktir. Yani ezelden beri ham malzeme olarak var olan kozmosu harekete geçirmekle onu var kılmıştır. Yaptığı sadece maddeye dış formunu vermekten ibarettir. Tanrı kozmosa bu ilk hareketi verirken, kozmosla anlık bir ilişkiye girmiş, ona dokunmamış, sadece dış formuna hareket vermiştir. Tanrı kainatın yaratıcısı olmadığından onunla ilgilenmez, idare etmez, orada nelerin olup bittiğini bilmez, oraya müdahil de değildir⁴.

Plâtonda ise tanrı anlayışı politeisttir. İlksiz bir tanrı vardır ve bu ilksiz tanrı, ara tanrılar yaratmıştır. Tanrı ile dışındaki her şey arasında ara tanrılar vardır. İlksiz olan tanrı diğer tanrıları hem yaratır hem de denetler. Fakat ilk tanrı da mutlak değildir Yaratırken ezeli ve ebediye bakar, onu eserine örnek

¹ Ağaoğulları, Mehmet Ali, Kent Devletinden İmparatorluğa, Ankara 1994, s. 26.

² Ağaoğulları, s. 28.

³ Ağaoğulları, s. 51 ; Benzer yaklaşım için bkz Gökberk, Macit, Felsefe Tarihi İstanbul, 1990, s. 12.

⁴ Hocaoğlu, Durmuş, Laisizmden Milli Sekülerizme, Ankara 1995, s. 67 ; Aydın, Mehmet, Din Felsefesi, Ankara 1994, s.173; Gökberk, s.84.

alır. Ezeli ve ebedi olan ide olduğuna göre tanrı ideye bağlıdır. Başka bir ifade ile Platon'un tanrısı iyinin mutlak idesidir⁵.

Rönesansın başlangıç zamanlarında Aristo'nun tanrısı oldukça popüler oldu ve taraftar topladı⁶. Aristo'nun tanrısının taraftar bulması iki yönden önem taşıyordu. Bunlardan ilki insana kainatı serbestçe ve hiç bir engelle karşılaşmadan inşa etme yetkisi vermesi ikincisi ise yüzyıllarca kilise ile uyuşan filozof olarak takdim edilen⁷ kişinin düşünceleri ile kilisenin köşeye sıkıştırılması ve böylece Hıristiyanlığın kendi silahı ile vurulması.

Tabiat felsefesi ile uğraşan filozoflar, felsefi malzeme olarak kullandıkları tabiatı insandan ve toplumdan kopuk soyut bir varlık olarak algılamadılar. Onlara göre tabiat, ilkeli, düzenli ve belli kurallara göre işleyen bir sistemdi. *Poliste* uygulandığı için sürekli düzeni çağrıştıran “kanun” a yabancı olmayan bu filozoflar büyük bir ihtimalle polis düzenini tabiata uyarlayarak işe başladılar. *Poliste* uygulanan sürekli ve soyut kanunlar gibi tabiat düzenini de işleten soyut kanunlar olamaz mıydı ? *Polisteki* “kanun” dan yola çıkarak tabiat kurallarını bulmayı hedefleyen filozoflar zamanla tabiat kurallarını polis kanunlarına veri olacak ölçekte gördüler. “Aynı ırmağa iki kere giremeyiz” diyen Herakleitos, değişimin ve sürekliliğin belli bir kural istikametinde devam ettiğini, bu kuralın evrende egemen olan kanun ve evrensel akıl olduğunu söylüyordu. Logos adını verdiği evrensel tanrısal akıl, tabiattaki harikulade işleyişi belli bir kurala göre gerçekleştiriyordu. Logos’u bilmek, tanımak Herakleitos’a göre aklın görevidi ve herkes davranışlarını bu kanuna uydurmak zorundaydı. Logosa uyum, insanı “genel” e yani topluma bağlayacaktı⁸.

İnsan yapısı kanunların uygulanması ağırlık kazanınca ikinci kuşak sofistler (Antiphon, Euthydemos, Kallikles, Kritias, Thrasymakhos) tabiatın 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 olduğu kanunlar isteklere göredir fakat tabiatın 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 kanunlar karar vermektedir.

⁵ Weber, Alfred, *Felsefe Tarihi*(Terc. Vehbi Eralp) İstanbul 1995, s.57 ; Hocaoğlu, s. 69.

⁶ Aydın, s.173.

⁷ Gökberk, s. 186 vd .

⁸ Ağaoğulları, s. 58 ; Gökberk s. 25.

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, ahlak 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 olan hukuku devletin vaz' ettiği kurallar olarak tanımlamış, yazılı olmayan kuralları ise bütün ülkeler ve zamanlar için geçerli genel ahlak ilkeleri şeklinde tanımlamıştır. Sokrates yazılı olmayan kanunun ilahi iradenin ifadesi olduğunu söylemiştir. Sokrates'e göre insan yapısı olan pozitif kanunlar adaletsiz bile olsa mutlaka uyulmalıdır¹⁰.

Platon, idel olarak tasarladığı devletin yönetimini filozoflara verdiği gibi kanunların yapımını da bu filozoflara, dolayısıyla yönetim erkini kullanana verir. Devlet gücünü kanunlardan değil, yöneticilerin bilgeliğinden, erdeminden alır. Platon'un ideal devletindeki kanunlar da idealdir. İdeal devlete ulaşmaya kadar kanunlarda düzenlilik olmayabilir. İdeal kanunlar aklın kendini dışa vurmasıdır. Kanun meşruiyetini, aklın evrensel söyleminin ifadesi olmaktan alır. Platon'da kanun kısaca aklın ve 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 sürmektedir. 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 bulur.

Klasik felsefe dönemi Yunan ordularının Makedonya kralı II. Philippos'a yenilmesi sonucu kapandı ve böylece Helenistik felsefe dönemi-

⁹ Ağaoğulları, s. 93 vd. İkinci sofistlerin physis-nomos çatışmasında vardıkları ürkütücü sonuçlar da yok değildir. Kallikles, tabiat kanununu orman kanunu şeklinde yorumlamakta, güçlünün üstünlüğünü savunmaktadır. Tabiat güçlüye hakim olma hakkı vermektedir. Kritias ve Thrasymakhos da aynı sonuçlara varır. Bkz Ağaoğulları, s. 95 vd.

¹⁰ Güriz, Adnan, Hukuk Felsefesi, Ankara 1987, s. 161 ; Ağaoğulları, s. 146 ; Ölüme mahkum edildiğinde Sokrates'in haksız da olsa mahkemenin kararına saygı duyup, kendisini kaçırmak isteyen arkadaşlarının teklifini kabul etmemesinden mevcut kanunlara ve mahkeme kararına uymanın lüzumunu anlattığını ifade etmek isteriz.

¹¹ Platon'un hukuk anlayışı için bkz Ağaoğulları, s. 246-268.

ne geçildi. Epiküros ve Stoa, Helenistik felsefenin iki önemli okuludur. Helenistik felsefe polislerin yıkılması, bağımsızlıklarını kaybetmesinin ardından toplumsal sorunlar yerine bireysel sorunlarla ilgilenmeye başladı. Helenistik felsefenin en önemli yönü, klasik Yunan felsefesi ile Hıristiyan felsefesi arasında köprü kurmuş olmasıdır¹².

Epiküros bütün insanlar için geçerli olan bir tabii hukukun varlığını reddeder. Epiküros'a göre hukuk, herhangi bir yerde ve herhangi bir zamanda, 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, ıstıraplardan kurtulmak maksadıyla oluşturulmuştur¹³.

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 almıştır. Tabiat kanunları doğru ile yanlışın ölçülerini ortaya koyar. İnsana tabiatı gereği yapılması ve yapılmaması gerekenleri söyler¹⁴.

Cicero (M.Ö 106-43) Roma stoacıları arasında en belirgin olanıdır. Cicero'ya göre tabii hukuk doğuştan getirdiğimiz bir meleke ile tanınır. Tabii 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. Tabii hukuk devletin varlığından önce de vardır. Devletin görevi insan aklının gereği olan bu değişmez prensipleri tespit etmekten

¹² Ağaogulları, s. 364.

¹³ Ağaogulları, s. 378.

¹⁴ Ağaogulları, s. 394-399.

ibaret olmalıdır. İnsan vicdanında duyulan tabî hukuk dünyanın her yanında aynıdır. Atina'da ayrı Roma'da ayrı tabî hukuk olamaz¹⁵.

Roma Hukuku'nun ilk teşekkül yıllarında hukukun kaynağı örf, adet, gelenek gibi yerleşik yerel unsurlardı. Kralın koyduğu kurallar sonraları bu örf-adet hukukuna yön vermiştir.

Roma'da din adamları (Pontifex) yüzyıllar boyunca hukuk sahasında faaliyet göstermiştir. Romalı rahipler eski çağ din adamlarının genel yapısına uygun olarak toplumun en bilgili, geleneklerini en iyi bilen kişileri oluşları yönüyle hukuk üzerinde söz sahibi olmuşlardır. Roma'da rahipler Patricius'lardan oluşan soylular sınıfına mensuptu. Her yıl rahipler topluluğunun bir üyesi halkın hukuki işlerini yönetmek için atanırdı. Bunun için hukuk, bir dönem boyunca halk için erişilmez olmuştur.

Rahiplerin hukuki faaliyetleri net olarak tespit edilememiş olmakla birlikte üç önemli fonksiyonları olduğu saptanmıştır.

1-Geçerli olan hukuk kurallarını açıklamak, yorumlamak (Interpretare).

2-Yaptıkları yorumlara dayanarak çeşitli hukuki işlemleri biçimlendirmek, geliştirmek (Cavere).

3-Kendilerine sorulan hukuki sorular karşısında cevap vermek görüş bildirmek (Respondere)¹⁶.

Pontifex sınıfının tekelinde olan hukuk, zamanla avam halka geçmeye ve dini karakterden uzaklaşmaya başlamış, böylece Roma Devletinde hukukta lâikleşme süreci başlamıştır¹⁷. Roma'nın siyasi dönemlerinden Krallık dönemine (M.Ö. 753 M.Ö 510) tekabül eden hukukun din adamlarının tekelinde oluşu, Cumhuriyet döneminde (M.Ö 510 M.Ö 27) kırılmıştır¹⁸.

Roma İmparatorluğunda Cumhuriyet devrinin sonlarında yaşayan Cicero, bu dönemin başından itibaren lâikleşmeye başlayan hukuk çizgisine uygun fikirleri ile kendinden sonrada Roma Hukuku'nun lâikleşmesini hızlandırmıştır. Cumhuriyet devrinden sonra akıl, kanun teşriinde eskisine oran-

¹⁵ 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 İlimine Giriş, İstanbul 1971, s. 407 vd.

¹⁶ Karadeniz-Çelebican, Özcan, Roma Hukuku, Ankara 1989, s.58 vd ; Schwarz, Andreas, B., Roma Hukuku Dersleri (Terc Türkan Rado), İstanbul 1958, s.109 ; Oğuzoğlu, Cahit, Roma Hukuku, Ankara 1952, s.19.

¹⁷ Özek'e göre Roma Hukuku, hukuku rahiplerin yarattığı dönemde bile lâik olmuştur(Özek, Çetin, Devlet ve Din, Tarihsiz. s.30).

¹⁸ Özek'e göre Pontifex sınıfı sadece Krallık döneminde değil, Cumhuriyet döneminde de hukuku oluşturmaya devam etmiştir(Özek, s.26).

la 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) yeni hukuk kaynakları sayılmıştır¹⁹.

Roma İmparatorluğunun Hıristiyanlığı tanınması ve onu resmi din ilan etmesinden sonra Hıristiyanlarda bu kültüre karşı bir yumuşama başladı²⁰. "Benim devletim göklerde" prensibine sahip bir din için devletle barışık olmak büyük bir nimetti. Katolik Kilise bir devletin himayesinde olmalıydı. Kendisi devlet kuramayan bir din olan Hıristiyanlık, kendisine kucak açan Roma İmparatorluğunun himayesine sığındı. Devletin elini tutan Kilise buna mukabil devlete tabi olmak zorunda kaldı. Daha dördüncü asrın başında askerden kaçanları aforoz etme kararı aldı. Halbuki oldukça yakın bir geçmişte asker olanlar aforoz ediliyordu. Bunun arkasından devlete karşı gelmeleri suç olarak kabul etti. Demek bir asır öncesine kadar devleti kabul edenleri aforoz eden Kilise, şimdi devleti tanımayanları aforoz ediyordu²¹.

Kilise devlet içine girince bir eksikliğini fark etti. Bu eksiklik hukuktu. Ne özel nede kamu hukuku alanında bir fikri, teklifi, çalışması yoktu. Bu güne kadar sevgiyi ve imanı esas aldığından hukuk gibi hayati bir müesseseye önem vermemişti. Hıristiyan dininde hukuk kaideleri yoktu. Yapılacak en güzel iş mevcut olan Roma Hukuku'nu kabul etmektir. Roma Hukuku'nu kendisine intibak ettirdi. Kendi rahip sınıfını bu hukuk sisteminin dışında tutarak ona ayrı bir nizam verdi ve Kilise Hukuku'nu yaptı²².

Doğuda ve Batıda Kilise devlet ilişkileri farklı seyirler takip etmişti. Batı'da Roma İmparatorluğunun zayıflamasıyla meydana gelen boşluk Kilise

¹⁹ Oğuzoğlu, s.33.

²⁰ Saint Augustin " edebi tetkikler için kendilerine başvuran putperest ediplerin cehennemden kurtulmalarını arzu ve ümit etmek gerektiğini, çünkü onların taklit ve takip edilmeye değer kimseler olduğunu söylüyordu. Milano başpiskoposu, bir Hıristiyanın Kiliseye karşı vazifelerini kaleme alırken Cicero'nun De Officiis isimli eserini model seçiyordu(Umur, Ziya, Türk Hukuk Tarihi Dersleri, C. I, Ankara 1984, (Hukuk) s. 97).

²¹ Umur, Hukuk, s.111.

²² Umur, Hukuk, s.110. "Hukuki uygulamadan çıkarılabildiği kadarıyla, Roma Hukuku'nun eğitimi bile imparatorluğun çöküşüyle birlikte tamamen ortadan kaybolmadı. Roma Hukuku eğitimi, eski kültürün diğer kalıntılarıyla birlikte ve özellikle de o günlerin eğitim görmüş sınıflarının -Kiliseye ve manastıra mensup sınıfların- aracılığından geçerek, bir dereceye kadar ayakta kaldı." Vinogradoff, Paul, Ortaçağ Avrupasında Roma Hukuku(Terc. Komisyon), İstanbul 1997, s. 39.

tarafından dolduruldu. Böylelikle Kilise, daha önce dini, ahlaki -ve hukuki-bakımdan Roma'nın varisi olduğu gibi, bu defa da idari ve siyasi bakımdan O'nun varisi oluyordu²³.

Kilise'nin büyüklerinden olan Saint Augustin'in kanun nazariyesi Stoa Felsefesinin temel parametreleriyle Çiçeron'un etkisi altında şekillenmişti. Augustin'e göre kanunun üç vasfı vardır.

a) Kanun ezeldir, alemden 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 Jan bir farkla ki, artık tabî hukuk ilahilik düşüncesi adı altında savunulmaktadır.

Aquinolu 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 sıralıyordu²⁴.

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

b) Tabi kanun, (Lex Naturalis): Tabi kanun kısaca tabiatın işleyişinde görülen kanundur. Varlıkların istidatları, davranışları bize bu kanun hakkında fikir verir. Tabii kanun fiil ve hareketlerde takip edilecek istikameti tayin eder. Tabi 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.

²³ Yıldırım, Suat, Mevcut Kaynaklara Göre Hıristiyanlık, İzmir 1996, s.111.

²⁴ Öktem, yukarıda saydığımız üç yasaya ilaveten Thomas'ın bir de lex Divina (İlahi Yasalar) ayırımı yaptığından bahsetmektedir. Thomas'a göre Lex Divina, lex Aeterna'nın bu dünyaya yansımasıdır. Lex Humana'nın lex Divina'ya aykırı olması durumunda aktif deneme söz konusu olacaktır. Bkz Öktem, Niyazi, Dinler ve Laiklik, Cogito, Aylık Düşünce Dergisi, S.I, s.42.

Bu kanunlar içinde sıralamaya da uygun olarak Ezeli kanunlar en üstün olandır. Bunlar Tanrının iradesinden sadır olmuştur. Zaten her kanun sahibinin iradesinden sadır olur²⁵.

Saint Augustin ve Aquinolu Thomas'ın, hukuk anlayışları temelde akla dayanmaktadır. Sezgicilik temelinden hareketle, Tanrının kendi tabi düzleminde ele alınması durumunda aklın aydınlanacağı, aydınlanmış aklın kavrayacağı şaşmaz hakikatın ölümsüz yasayı ortaya koyacağına inanılır²⁶.

Kilise babalarının açıklamalarında, pozitif hukuk kuralı olarak beşeri kanunlara yer verilmesi, diğerlerinin kahir ekseriyetinin nazari olması, uygulama açısından yürürlük imkanlarını ortadan kaldırmıştır. Tabiatın kanun istihraç ederken ve Ezeli kanunları anlamaya çalışırken beşer, yine kendi aklını kullanacak, iradesi ile kanun vaz' edecektir. Zaten 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 söyleyecekti²⁷.

Şüphesiz Roma Hukuku, -laik karakterli olsa bile- Roma içinde dini bir renk kazanmıştı ve "ilahî Sezar"ın görevi de bu hukuk vasıtasıyla yeryüzünde düzeni kurmaktı. Fakat Hıristiyanlık bakış açısından, vahyin kutsallaştırıcı otoritesi dışında harici bir birleştiren söz konusuydu. Hıristiyan batıda hukuk böylece ta başından beri, zamanın ihtiyaç ve şartlarına göre düzenlenmesi, yeniden gözden geçirilmesi gereken beşeri bir şey olarak algılandı. Batının hukuk karşısındaki tavrı, bütünüyle, Hıristiyanlık'ın temelde kendine mahsus vahyedilmiş bir hukuk getirememiş bulunan manevi bir yol oluşuyla belirlenmiştir²⁸.

Ortaçağ Hıristiyan dünyası parçalanırken, Saint Thomas, bu hukuka ilahilik unvanı verdi. Hukuk konusunda Kilise Babalarının bazı görüşleri vardı elbette, fakat bunlar doktriner görüşler olup hukuka ilahilik vasfı vermezdi. Vahyedilmiş hukukla, doktriner hukuk aynı şey değildi²⁹.

2- Rönesans ve Hukuk: Laik Hukukun Kurumlaşmaya Başlaması

Rönesans, Hocaoglu'nun tespitleriyle birlikte beş temel konuda somut tezahür değişikliği getirmekteydi. İlk olarak zihniyet değişmesi ile inanan

25 St Augustin ve Thomas'ın fikirleri için bkz. Yörük s. 81 vd.

26 Akın, İlhan F, Kamu Hukuku, İstanbul 1987, s.48, 54.

27 Yörük, s. 88.

28 Nasr, Seyyid Hüseyin, İslâm İdealler ve Gerçekler(Terc. Ahmet Özel), İstanbul 1996, s. 119 vd.

29 Nasr, Seyyid Hüseyin, İnsan ve Tabiat(Terc Nabi Avcı), İstanbul 1993, s. 131.

akıldan anlayan akla geçişle aklın fonksiyonundaki değişme, rasyonalizm ve emprizm ile düşüncenin metodundaki değişme, meta-fizik alanda fizik alana geçişle düşüncenin, tefekkürün objesinde değişme. İkinci olarak somut insanın ortaya çıkması ile insana dair değişme üçüncü olarak hür akla tanınan meşruiyet ile Kilise nasları karşısında bağlı olmayan akılla aklın bağlı olduğu kaynakta değişme, dördüncü olarak Kilise akaidinden kaynaklanan dış dünya ile barışıklık, eşyanın ibrasında yapılan değişiklik, beşinci ve son olarak dünyevileşmeye giden yolun açılmasıdır³⁰.

Rönesans'ın, otoritelerden, kendini kayıtlayacak kurumlardan bağımsız olmayı isteyen ferdi, iki önemli şeyi öğrenmişti ki bunun altının çizilmesi gerekmektedir. Bunlardan ilki insanın aklının anlama, kavrama, tanımlama, kurgulama ve otoritelerden -ki özellikle Kiliseden- bağımsız olarak ortaya bir eser koyma konusunda kendine olan özgüvenini kazanma, diğeri de bu güvenin verdiği tesirle ve aynı zamanda Rönesans'ın özünde olan Kiliseye tepki düşüncesiyle dünya ile barışma, Kilisenin yasaklamalarına rağmen eşyanın mübahlığını ilan etmeydi.

Hukukun lâikleşme süreci açısından İtalya'nın ve Rönesans'ın önemi büyüktür. Batı dünyası Hıristiyanlığın etkin olduğu dönemlerde bile Roma hukuku ile alakasını hiç kesmemişti. 11. yy sonu ve 12. yy başlarında Roma hukukuna olan ilgi yeniden arttı. Bunun görünen nedeni İtalya'nın Pisa şehri kitaplığında 6. yy ait bir elyazması *Digesta*³¹ metninin bulunmasıydı³². Ancak gerçek neden bu çağlarda Avrupa'da başlayan siyasal, ticari ve sosyal canlanmalardı. Yeni yaşam olanakları için yeni ticaret yollarının aranması, hacli seferlerine olan teşebbüsler, değişik etnik grupların birbirleri ile teması, yeni hukuk kurallarına ihtiyaç göstermişti. *Digesta* metninin böyle bir ortamda ortaya çıkması ilgi çekmesine neden oldu³³.

Digesta metninin bulunması ile *Glossator*'ların *digesta* üzerine yaptıkları şerhler, izahlar, Roma Hukukunu Avrupa gündemine soktu. 12. yy da *Glossator*lar ve 13. yy'dan başlayıp 16. yy'a kadar etkisini sürdüren *Postglossator*'lar, nazari ve yeterince açıklanmış, izah edilmiş bir *digesta* bıraktılar. Külli manada ilk defa Almanya'nın yapacağı Roma Hukukunun resepsiyonu, *Postglossator*'ların açtığı çığırta olmuştur.

³⁰ Hocaoglu, s.105 vd.

³¹ *Digesta*, klasik devir Hukukçularının eserlerinden alınmış parçaları yan yana koymak sureti ile imparator Iustinianus'un yaptırdığı *jus civile*'yi-Roma yurttaşları Hukuku- ve *praetor* Hukukunu ihtiva eden büyük toplama eser... Umur, Ziya, Roma Hukuku Lugatı, İstanbul 1975 (Lugat) *Digesta* md.

³² Karadeniz-Çelebican, s. 75 ; Çağıl, s. 369.

³³ Karadeniz-Çelebican, s. 76.

Rönesans'ın merkezi olması hasebiyle İtalya, aynı zamanda Roma hukukunun da canlandığı merkezdi. Yaklaşık iki yüzyıl öncesinden başlayarak Postglossatorlar, Glossatorlardan devraldıkları nazari, güncel olmayan, hayattan kopuk bir hukuk sistemini hayata adapte etme çabası verdiler ve bunda da başarılı oldular. Rönesans'ın getirdiği düşünceler İtalya'dan dünyaya yayılırken, Bologna hukuk mektebine akın eden binlerce Avrupalı öğrenci, Roma Hukuku'nun Avrupa'nın temel hukuku olduğu bilinciyle memleketlerine döndü. Sadece İtalya ile öğrencisi sınırlı olmayan Bologna mektebi, Katolikliğin merkezinde lâik hukuku savunuyor, yerel hukukla çatışmadığı müddetçe Roma Hukuku'nun uygulanması gerektiğine inanıyordu. Şüphesiz hukuk tahsil eden genç hukukçular, ülkelerinde, Roma Hukukunun yerel hukuklara üstün olduğu fikrini ve bu hukukun uygulanmasına dair pratik bilgilerini süratle hayata taşıyacaktı. Roma Hukuku'nun en gelişmiş hukuk sistemi olduğu, ondan başka bir hukukun uygulanmasının mümkün olmadığı fikri, Rönesans'ın dini otoritelerin kontrolünden çıkmış eğitim kurumlarıyla Kıt'a Avrupa'sına süratle yayılıyordu.

3- Siyasal Yapının Değişimi: Laik Hukukun Devletleşmesi

Batı Roma İmparatorluğunun yıkılışı Batı'da, sonradan "feodalite" adıyla anılacak yeni bir toplumsal-siyasal örgütlenme ortaya çıkaracaktı. Büyük bir örgütlenme olan Roma imparatorluğu yıkılışıyla ardında kocaman bir boşluk bıraktı. Bu boşluk, Roma'nın mirasına sahip çıkmak isteyen Cermen krallıkları, Doğu Roma (Bizans) ve Kilise arasında çekişmelere sahne olacaktı.

Cermenler kır kökenli ve savaşçı özellikler taşıyan, kabile türü örgütlenmeye sahip topluluklardı. Eski Yunan ve Roma medeniyetinin sanatsal, felsefi, edebi ve bilimsel gelişmişlik düzeyinin oldukça gerisindeydi. Yok olmanın eşiğindeki Yunan-Roma kültürüne canlılık kazandıracak durumda değillerdi. Cermenler'in belirtilen hususlar dışında bir özellikleri daha vardı, Bu özellik gerçekten de Avrupa siyasal yapısı içinde tutunmalarını engelliyordu ki bu, Yunan-Roma medeniyetlerinin bir özelliği olan yazılı hukuk anlayışını garipsemekte. Cermen hukuku, yazılı olmayan kabile geleneklerine dayanıyordu. Bu durum, devletlerinin sınırları içinde yaşayan herkese uygulanacak yazılı hukuk kurallarının olmaması manasına geliyordu.

Cermenlerin kurmaya çalıştıkları merkezi iktidar projesinin gerçekleşmesinin imkansızlığından sonra Avrupa'da merkezi iktidarın yok olduğu, karışıklıkların ve güvensizlik ortamının adeta yerleştiği, ticaretin neredeyse durduğu, kent yaşamının önemini yitirdiği bir ortam oluştu.

Feodal sistem işte bahsedilen bu belirsiz ortamın oluşturduğu siyasal-toplumsal bir örgütlenme biçimidir. Roma imparatorluğundan bu yana belli

bir mecrada gelişen Kilise-devlet ilişkileri, feodal yapının istikrar kazandığı X-XII. yy'da, eskisinden farklı bir hal almaya başladı.

X. yy'a gelindiğinde Kilise, Batı Avrupa'nın ekonomik bakımdan güçlü kurumlarından biri olmuştu. İtalya topraklarının çoğunu elinde tutan Kilise, diğer ülkelerde de büyük topraklara ve mülklere sahipti. Bu duruma karşılık Roma İmparatorluğu döneminde ilk ortaya çıkışından başlayarak gelişen konumuna siyasal iktidar açısından bakıldığında ekonomik gücüyle orantılı bir yerde olmadığı görülmektedir.

Papa VII. Gregorius (Hildebrand)'a göre Papa, dünya üzerinde bir Hıristiyan toplumu kurmakla yükümlüdür. Papanın egemenlik alanı Kilise ile sınırlı değildir. Krallar yada dünyevi iktidar sahipleri, iktidarlarını Hıristiyanlığın amaçları doğrultusunda kullanmakla yükümlüdürler ve bu nedenle onlar da Papa'nın otoritesine, direktiflerine hatta emirlerine bağlı olmak durumundadırlar. İktidarların idarecilere tanrı tarafından verilmiş olması da bunu doğrular.

Hildebrand, manevi alanda tek yetkili makamın papalık olduğunu göstermesi açısından, ahlaki yönden buldukları görevi hak etmeyen din adamlarının ayin yapmasını yasakladı, senyörlerle ilişkisi olan rahipleri de aforoz etti³⁴.

Papa VII. Gregorius'un halefleri, O'nun başlattığı Papalığın çıkarlarını koruma ve siyasal açıdan güçlendirme politikasını devam ettirdiler. 1122 tarihinde Kilise ile V. Henri arasında yapılan bir anlaşma ile Kilisenin psikopos atamasında tek yetkili kurum olduğu kabul edildi.

XI. yy'ın sonlarından itibaren girişilen Haçlı Seferleri, Kilisenin dünyevi iktidarını pekiştirici bir rol oynadı. Gerçektende VII. Gregorius'un "dünya üzerinde Hıristiyan bir toplum kurma" çabaları Haçlı Seferleriyle fiilen ortaya konuyor, gerektiğinde Kilisenin dünyevi kararlar alabileceği hatta bu uğurda kan da dökülebileceği gösteriliyordu. Kilisenin dünyevi iktidar kurma çabalarıyla eş zamanlı gelişen bu olay, Kilisenin iddia ettiği siyasal konumunu güçlendirmeye yaramıştı.

Papa I. Gelasius'un, (492-496) ruhani otorite (auctoritas sacerdotium) ile dünyevi iktidar (regalis potestatis) ayrımı çerçevesine oturduğu, "Kilise ile devletin birbirinden ayrı alanlarda dünyayı, kendi amaçları doğrultusunda

³⁴ Hildebrand'ın radikal yöntemlerle yapmaya çalıştığı aslında Ortaçağ'da kriz halini almış "atama" sorununu çözmeye yönelikti. Zengin mülklere sahip oluşlarından dolayı kiliseler ve bunların idarecileri, senyörler tarafından kullanılmak isteniyordu. Yerel kiliselere ve manastırlara psikopos ve baş rahip atama yetkisi elinde olan senyörler bunu kendi lehlerine kullanıyor, bu durumda kilisenin iktidarını baltalıyordu. Bkz Ağaoğulları Mehmet Ali-Köker Levent, İmparatorluktan Tanrı Devletine Ankara 1996, (İmparatorluk) s.167.

yönettikleri düşüncesi”, X. yy sonrası yerini “İki Kılıç Kuramı”na bırakıyordu. İncilde yer alan “her türlü iktidara boyun eğme” şeklindeki görüşler, yeni bir yoruma tâbi tutularak, dünyevi iktidar sahiplerinin “hizmetkâr” oldukları şekliyle ifade ediliyordu. Aslında bu yorum zekice bir yorumdu. Çünkü yapılan krala/preNSE itaat edilmeyip direnmenin mümkün olduğunu göstermek değil, kral yada prensin, tanrının, dolayısıyla Kilisenin hizmetkârı olduğunun vurgulanmasıydı.

İki Kılıç Kuramı Kiliseye, hem dünya işlerini idare etme, düzeni ve adaleti sağlama hem de ruhsal alanı yönetme güçlerini kendi elinde bulundurduğunu, dünya işlerini idare etmeye yarayan maddi kılıcı kralların eline verdiği, kralların bu kılıcı Kilisenin buyruklarına uygun olarak kullanmak zorunda olduklarını ileri sürme olanağı sağlamıştı³⁵. Bu tezlerin zaman içinde etkili olduğunu söyleyebiliriz. Etkili olmasını, kralların kendi ülkelerinde tam iktidarlarını sağlamak amacıyla papalığa karşı mücadeleye girmelerinden çıkartabiliriz.

Orta çağın sonlarına doğru Kilisenin her iki iktidar alanında söz sahibi olması tezi büyük tepkiler çekmeye başladı. Gerek imparatorlar gerekse ulusal krallar, iktidarlarını papalardan bağımsız kılma amacıyla Roma Kilisesine karşı çetin bir mücadeleye giriştiler. Ortaçağın, başlangıçtaki siyasal-sosyal kurumu olan feodalite, çağın sonlarına doğru yerini güçlerini sağlam ve sürekli temellere (yani kurumlara ve uluslara) dayayan devletlere bırakıyordu.

Kralların ortaçağın sonlarına doğru ülkelerinde egemen olmaya başlamaları, krala bağlı bir bürokratik yapının şekillenmesi, sürekli iç harplerde senyörlerin kral gibi güçlü bir merkeze kendilerini bağlamak ihtiyacı duymaları, lâik düşünceli fikir adamlarının artan kentleşme sürecinde toplulukları etkilemeye başlamaları, deniz aşırı seferlere çıkan tüccarların güçlü ve bağımsız merkezi idare yönünde etkilerinin olması papalığın dünyevi iktidar gücünü kıran unsurlardı.

Bütün bu sayılan unsurlar, krala bağımsızlığını kazanması açısından yardım etmesine rağmen içteki bölünmüş siyasal manzara aşılması gereken çetin bir sorundu. İçteki siyasal mücadeleden galip çıkmanın yolu ise dışa karşı bağımsız olmaktan geçiyordu. Krallar, Kilisenin üzerlerinde sürdürdükleri otorite sayesinde “belirli bir toprak üzerinde sıradan bir idareci” mesabesinde kalıyorlardı. Kilise, yüzyılların birikimiyle hem ekonomik açıdan hem de ruhani alanın kullanımının sağladığı siyasal açıdan oldukça güçlüydü. Bu

³⁵ Ağaogulları-Köker, İmparatorluk, s.167-175 ; Hocaoglu, s.139.

güce aforoz etme gibi bir yetkinin de ilave edilmesi durumunda Kilisenin sahip olduğu imkanların boyutu daha net anlaşılmaktadır³⁶.

Yerel iktidarlar Roma Kilisesine karşı giriştikleri mücadelede iki entellektüel silaha sahiptiler. Roma Hukuku ve Aristoculuk. İlginçtir ki bunların ikisi de Kilisenin adeta kendi öz malıydı.

XII. yy'da Roma Hukukunun yeniden gündeme getirilmesinin ardında yatan siyasi amaç, Kilise ile rekabet halinde olan imparatorlara, dünyevi üstünlüklerini kabul ettirebilmeleri için gerekli hukuki ispatı sağlamaktı. İddialarını bu hukuka dayayan Roma-Cermen imparatoru I. Friedrich (Barbarossa) ile II. Friedrich, Roma imparatorunun ardılları olduklarını ileri sürdüler. İmparatorların işine yarayan Roma Hukukunun kaçınılmaz olarak kendi çıkarlarına ters düştüğü kanısına kapılan krallar, ilk baştan Roma Hukukuna karşı çıkararak ülkelerinde okutulmasını yasakladılar. Roma-Cermen imparatorluğunun zayıflamasının ardından krallar, hukukçularının da yardımıyla, Roma Hukukunun kendilerine ne denli yararlı olacağını farkına vardılar. Bu meyanda İngiltere'de I. Edward'ın ve Fransa'da IV. Philippe'nin hukukçuları, Roma Hukukunu inceliklerle yorumlayarak krallarının iktidarlarının pekişmesinde hizmet ettiler.

Roma Hukukunun krala verdiği ilk hizmet, feodal güçlere karşı verdiği mücadelede ona destek sağlayarak, içerdeki iktidarını güçlendirme yönünde oldu. Roma Hukuku, feodalizme içkin, iktidarı parçalayıp kamusal ile özel alanları birbiriyle karıştıran anlayışın karşısına, "kamusal alan" ve "kamusal güç" kavramlarını dikiyordu. Bu kavramlar, ülkede sadece tek bir kamusal gücün olduğunu, bu gücü de tek bir kişinin (kralın) kullanacağını ifade ediyordu. Tek bir kamusal gücün sağlanması için feodaliteye karşı verilecek mücadele, bu bağlamda kralı haklı kılıyordu.

Roma Hukukunun krala verdiği ikinci hizmet, imparatorların "dünyevi hegemonya" iddialarını çürütmeye katkıda bulunmasıydı. Gerçekte krallık hukukçuları, Roma Hukukunu evirip çevirerek "kral ülkesinde imparator" formülünü ortaya çıkarmışlardı. Bu formül, kralın kendi toprakları içinde bağımsız olduğu, öte yandan kralın Roma hukukunun imparatora verdiği tüm yetkilere sahip olduğu anlamına geliyordu. Bir taraftan krallar imparatorlara karşı bağımsız hale geliyor, öbür taraftan iktidarını sınırlayan ortaçağ iktidar kurumlarını reddetme işlevi görüyordu.

³⁶ Örneğin aforoz edilen imparator IV. Henry, 1077 yılında Papa VII. Gregorius'ta af dilemek zorunda kalmış, Papa, ince günah çıkarma giysileri içindeki imparatoru üç gün boyunca soğukta sarayın kapısında beklettikten sonra huzuruna kabul etmiş ve bağışlamıştı.

İmparatorların sahip olduğu tüm yetkilere sahip olduğu kanısına varan krallar, imparatorluğun devre dışı kalmasından sonra bu yetkiyi kullanarak, bağımsızlıklarını Papaya karşı ileri sürme yoluna gittiler. Roma Hukuku, tam da bu noktada krallara papalıktan bağımsız olmak için gerekli olan hukuksal ve felsefi silahı sağladı. İşin ilginç yönü, kralın böyle bir girişimde bulunabilmesinin yolunun Papalık tarafından açılmış olmasıydı. Gerçektende Papalık, imparatorlukla mücadelesi döneminde sırf imparatoru zayıflatmak amacıyla Fransız monarşisinin belli ölçüde bağımsızlık isteklerini destekleme yoluna gitmişti. 1202’de Papa III. İnnocentius, Fransa kralının üzerinde bir başka dünyevi gücün bulunmadığını açıklamış, ardından Papa IV. İnnocentius, Fransa kralının imparatora bağlı olmadığını ilan etmişti. İşte “kendi ülkesinde imparator” olan kral, imparatorun başka Papaya da bağlı olmadığını ileri sürdü. Krallık hukukçuları, Papayı devre dışı bırakmak amacıyla Roma Hukukunun temel taşlarından biri olan “imperium³⁷”un halktan kaynaklandığı ilkesine de yeniden canlılık kazandırdılar. Her türlü iktidarın Tanrıdan geldiği ilkesi, “kralın kutsal hakkı” öğretisi şekline sokularak, iki kılıçtan biri olan dünyasal kılıcın, doğrudan doğruya Tanrıdan krala indiğini, Kilisenin burada aracı vazifesi görmediğini, bu nedenle üstünlük iddiasında bulunamayacağını ileri sürdüler. Siyasal iktidarın kaynağına halkın yerleştirilmesi, Papalığın tezlerine ciddi manada darbe vuruyordu.

Orta Çağ siyasal iktidar anlayışının değişikliğe uğratılmasında, Roma Hukuku kadar olmasa da en az onun kadar etkili olan diğer bir yenilik Aristoculuğun yeniden doğuşuydu. Aristocu yaklaşım, Albertus Magnus ile Aquinolu Thomas’ın katkılarıyla, Kilisenin kabul edeceği sınırlar içinde Hıristiyanlığa girmiş bulunuyordu. Thomas, toplumun (ve devletin) tabî olduğunu savunmuş, fakat düşüncelerini mantıksal sonuçlarına kadar götürmemişti. Devletin ve toplumun oluşumu tabî ise, kaçınılmaz olarak onun oluşumunda etkisi olmayan harici bir otoritenin (Kilise otoritesinin) egemenliği altında bulunmasının akla aykırı olduğu sonucuna varılmalıydı. Aquinolu Thomas bu sonuca varmasa bile Orta Çağ sonlarına doğru eksik bıraktığı mantıki sonuçlar, gözden kaçmayacaktı. Dahası devletin kendi kendine yeterli yetkin bir birim olduğu, üyelerinin yalnızca maddi değil ahlaki gereksinimlerini de karşıladığından ötürü, herhangi harici bir manevi otoriteye bağlı olmasına gerek olmadığı şeklinde bir sonuçta çıkarılmıştı.

Aristo’nun fikirlerini İbn-i Rüş’ten (1126-1198) öğrenen dünyevi iktidar savunucuları bu düşünürden kendi tezlerini kuvvetlendiren önemli malzemeler devşirdiler. -Devşirdikleri düşüncelerin İbn-i Rüş’tle ne kadar alakası

37 Devlet iktidarının fiilen kullanılması konusunda bkz. Umur, *Lugat Imperium* md.

olduğu ayrı bir çalışma konusu olmakla birlikte- din ile dünyanın iki ayrı alan olduğu, dinin dünya işleriyle hiç bir ilgisi olmadığı, dinin kişiye ait bir inanç sorunu olduğu vurgulanmaya başladı. İbn-i Rüş'tün fikirlerinin siyasal yorumları o dereceye vardı ki, Kilisenin dünyevi bir kurum olması cihetiyle devlete tâbî olması dahi -cılız seslerle de olsa- savunulmaya başlandı.

Aristoçuluk ve Roma Hukuku yaklaşımları şeklinde iki koldan gelen bu etki, meyvelerini ilk önce Fransa Kralı IV. Philippe (Güzel Philippe) ile Papa VIII. Bonafacius arasında yaşanan çatışma döneminde verdi. Çatışma, Güzel Philippe'nin topraklarında bulunan din adamlarını vergilendirmesiyle ortaya çıktı. Bonafacius'un sert tepkisine ve aforoz tehditlerine kulak asmayan Philippe, İngiltere Kralı I. Edward dahil olmak üzere, Kilisenin zenginlik tutkusundan, sömürsünden, baskısından rahatsız olan kitleler tarafından, Papaya karşı yürüttüğü mücadelesinde destek gördü.

Güzel Philippe, Bonafacius ile arasında süregelen çatışmalarda³⁸ her seferinde kârlı çıktı ve bağımsızlığını sağlama konusunda ciddi adımlar attı. Kilisenin malları ve mülkleri sebebiyle patlak veren bu tartışma ve çatışma ortamında kaleme sarılan düşünürler, siyasal düşünceye dair zengin eserler verdi. Ortaya konan eserler, Kilisenin zenginlikle bağdaşıp bağdaşmayacağı sorunu üzerinde de durmakla beraber, asıl olarak ruhani iktidar ve dünyevi iktidarın yetkilerinin, bu yetkilerin kaynaklarının, sınırlarının ve kullanım şeklinin belirginleştirilmesine yönelik yapılan tartışmalar üzerinde yoğunlaşmaktaydı.

Bu dönemde Avrupa, sadece ateşli tartışmalara sahne olmakla kalmıyor, Papalık yanlıları ile kral yanlılarının kanlı savaşlarına da sahne oluyordu. Bu savaşlara bizzat taraf olarak katılmış bulunan ve kral yanlısı olan Dante (1265-1321), Aristo gibi devletin oluşumunu tâbî bir süreç olduğunu ifade ederek, De Monarchia isimli eserinde papalık yanlılarının fikirlerini tenkit ettikten sonra, iki iktidar alanının birbirinden ayrılması gerektiğini ileri sürüyordu. Dante toplumun, din dışı kurallara, yasalara sahip olduğunu vurgulamakla beraber, devletin Kiliseye "büyük oğlun babaya saygı duyması gerektiği gibi saygı duyması gerektiğini" de söylüyordu İfade etmek gerekir ki Dante Papaya, salt manevi yönünden dolayı bir üstünlük vermekten de geri durmadı.

Dante gibi barış ortamının özlemini çeken Povada'lı Marsilius (1275/1280-1343), Dante'den farklı olarak, Kilisenin, siyasal iktidarın boyunduruğu altına sokulması fikrini savunmuştur. Marsilius'a göre Papalığın

³⁸ Ayrıntılar için bkz Ağaogulları, Mehmet Ali-Köker Levent, Tanrı Devletinden Kral Devlete, Ankara 1997, (Tanrı) s.18.

iki iktidarın birden sahibi olduğu görüşünde ısrar etmesi, barışı imkansız kılmaktadır. İktidar yalnızca devlete aittir. Kilisenin ruhani iktidarından dahi söz edilemez. Çünkü iktidar, zorlayıcı yargı gücüne sahip otorite demektir. Oysa dini törenlerin yönetilmesi bir yana din adamları, ancak öğüt verebilir, günah işlemenin zararlarını anlatabilir, fakat asla günah işleyeni cezalandıramaz. Bunu yapmaya ne yetkileri vardır nede güçleri. Maddi ve manevi zorlama yapma gücü devletin elindedir. Şu durumda ruhani-dünyevi iktidar ayırımı yapmak yersizdir. Tek bir iktidar vardır o da devlettir.

Marsilius'a göre, yasa yapma yetkisi halka ait bir yetkidir. Halk yasa yapma işini bir yada birkaç kişiye vermeli, halkın temsilcisi olan bu kişiler yine halkın iradesini tam anlamıyla yasaya yansıtmalıdır. Yapılacak yasaların geçerli olması için kral/prens de zor kullanma gücüyle bunları desteklemelidir. Yasanın kaynağının halk olması durumunda Kilisenin yasama gücü ortadan kalkacak, kral/prens de yasaların uygulayıcısı olduğundan meşruiyetini halktan almış olacaktır.

Ockham'lı William (1290-1350), Marsilius'un düşüncelerini daha ılımlı bir dille ifade etmektedir. William'a göre dünyevi iktidar halka dayanmaktadır. Dünyevi iktidar ve ruhani iktidarların her ikisinde de sınırlama olmalıdır.

William, yeryüzünde insanın karşılaştığı sorunları tanrıya başvurmadan yine kendisinin aklıyla çözebileceği kanaatinde. William'a göre Yaradılan düzen, Tanrının akli bakımından mutlak bir temele sahip değildir, tanrı istediği zaman onu değiştirebilir. Bu nedenle tabî hukuk, -bunu aklıyla kavrayan insan için mutlak bir değere sahip olmasına karşın, ebedi değil fakat "yaratılmış kanun"dur. William buradan ahlaki ilkeleri içeren tabî hukukun katı buyrukları dışında kalan geniş bir alan olduğu sonucuna varır. Bu, ahlakın ilgilenmediği, fakat insanların kendilerinin yaptıkları hukuki kurallarla düzenlenen alandır. Demek ki tanrısal istencin, yada tabî hukukun işin içine karışmadığı insani kaynaklı bir hukuk ortaya çıkıyor. Pozitif kanunları tabii hukukun uygulanışı olarak algılayan Aquinolu Thomas'a karşı William pozitif hukuku, insan iradesinden türetmektedir. Pozitif hukukun bu şekilde lâik bir niteliğe büründürülmesinin ulaşacağı sonuç ise Kilisenin sivil toplumdaki ayrılması, yani ruhani alan-dünyevi alan ayırımının yapılmasıdır³⁹.

Reforma gelene kadar Avrupa'da ortaya çıkan bu gelişmeler, Kiliseye karşı verilen iktidar savaşında Roma hukukundan alınan destek sayesinde

³⁹ Konu başlığından beri anlatılanlar Ağaogulları-Köker'den özetle ve bazı ufak değişikliklerle alınmıştır. Bkz. Ağaogulları-Köker Tanrı s.11-84 ; Ayrıca Dante için bkz. Akın, s. 60 ; William için s.68 ; Povada'lı Marsilius için bkz. Atalay, Ahmet Haluk, Uluslararası Hukukun Oluşumu, İlk Küreselleşme Dönemi, İstanbul 1997, s. 44.

belli bir kıvama gelmişti. Hukukun verdiği itici güç, devleti Kiliseden bağımsız kılma yolunda yine hukukun Kiliseden ayrık görülmesi neticesini doğuracaktı. Devlet, Kiliseden bağımsız olarak iktidarı tek başına kullanırken hukuku da kendisi yapmak isteyecektir. Dünyevi İktidarın devletlerce ruhani iktidardan bağımsız olarak kullanılması, “içerden” birinden, daha açık ifadeyle Luther tarafından seslendirilince, reforma kadar yaşana sürecin katlanarak gelişmesini sağladı.

Luther, 1517 de Wittenberg'de bir Kilisenin duvarına astığı 95 maddelik bildirgesi öncelikli olarak siyasi yönüyle ardından teolojik yönüyle devletin ve halkın desteğine mazhar oldu. Luther papalığın savunduğu iki kılıç doktrinini reddetti. Manevi ve dünyevi yönlerle yaratılan insan, dünyevi yönü itibarıyla, yani bedeniyle devlete bağlıydı. İşte burası Kilisenin karışmayaacağı bir alandı. İnsanın beden yönünün idaresi kılıçla temsil edilmişti. Tanrı iki kılıçtan biri olan dünyevi kılıcı kendi adına günahları cezalandırsın, adaleti sağlasın, sulhu temin etsin diye dünyevi yöneticilere ve magistra (sulh) hakimlerine vermişti⁴⁰.

Luther'in Kiliseye karşı çıkışı⁴¹ ve Kilisenin toplum içinde hem ruhani işlerde hem de dünyevi alanda hiç bir gücün sahibi olamayacağını belirtmesi, ortaya bir “iktidar boşluğu” çıkartacak nitelikteydi. Kilise, sadece tanrı-insan işlerini düzenlemekle kalmıyor, aynı zamanda dünyevi alanda da ağırlıklı yerini koruyordu. Luther, Kiliseyi reddetmekle açtığı iktidar boşluğunu, dünyevi iktidara teslim ediyor, Kilisenin de dünyevi bir kurum olduğundan bahisle, dünyevi iktidara tâbi olması gerektiğini söylüyordu⁴².

Luther, Pavlus'un “Herkes üzerindeki yönetimlere tâbi olsun” anlamındaki görtüşüne sadık kalarak, kralın/prensin iktidarının tanrı tarafından verildiğini belirtir. 95 maddelik tezinde “Kilisenin ayrıca hukuku olamayacağını” da beyan eden Luther, bu yönüyle “içerden biri” olarak hem Kilisenin dünyevi iktidarına karşı çıkar hem de bir iktidarın eli kolu olan kanun yapma yetkisini Kilisenin elinden alarak devlete verir⁴³.

Kilise ile üstünlük mücadelesi içinde olan ulusal devletler, aslında pek de orijinal olmayan bu fikirlere Luther'in tahmin ettiğinden çok daha fazla

40 Thomson David, Siyasi Düşünce Tarihi(Terc Komisyon), İstanbul 1996, s.40 ; Hocaoğlu, s.141.

41 Luther'in kiliseye karşı çıkışı aslında “netlik” arz etmemektedir. İlk anlamda kurum olarak kiliseyi reddettiği düşünülebilir. Fakat Luther'in ortaya attığı “gerçek Kilise” kavramı, kendi kuracağı kilisenin meşruluk temeli olacaktır Luther'in Kilise konusunda fikirlerinin karışık olduğu söylenebilir.

42 Ağaoğulları-Köker, Tanrı, s. 110 vd.

43 Ağaoğulları-Köker, Tanrı, s.111 ; Hocaoğlu, s.143.

ilgi gösterdiler. İlginin odağı, ulusal devletlerin düşüncelerini “içerden birinin” seslendirmesinden kaynaklanıyordu. Bu meyanda Katolik Kiliseye karşı teoloji sahasında başlayan itirazlar sonradan siyasi bir hal mayaya başladı. Proptestanlığın, ulusal devletlerce desteklenmediği yerlerde kabul görmemesi, bu hareketin ne kadar siyasi bir kimliğe büründüğünün açık kanıtıdır.

Ulusal devletlerin belki de Luther’i desteklemesinden kaynaklanan bir ilişkiyle Luther, kelimenin tam manasıyla “kurulu düzen yanlısı” bir din adamı olmuştu. Soylularla kurduğu ilişkiler sonucunda Luther, adeta onların çıkarlarına hizmet eden biri haline geldi. Kendisinin Kiliseye karşı olarak beyan ettiği fikirlerinden etkilenerek 1525 yılı başlarında ayaklanan köylülere yatıştırılmaya çalışmış, bunu başaramayınca da “Katil ve Hırsız Köylü Sü-rülerine Karşı” adını taşıyan risalesinde, öteden beri ilişkide bulunduğu Alman soylularına şöyle seslenmişti : “ Gizlice ve herkesin gözü önünde kudurmuş köpekleri gebertir gibi asi köylüleri parça parça etmeli, boğmalı, boğazlarını kesmeli. İşte bunun için aziz efendilerim, onların kafalarını kopartın...Bu mücadelede ölmeniz de bundan daha kutsal bir ölüm olamaz...”⁴⁴

İsviçre’de reform hareketini başlatan Zwingli (1448-1531), iki tür adalet olduğu görüşündedir. İnsanın ruhsal yönüne ilişkin bir merhamet veya yardım severlik mesajı olarak tanrısal adalet ve topluma zarar verici eylemlerle ilgili olan, bu nedenle de insana harici ve maddi alana ilişkin bulunan insani veya dünyevi adalet. Zwingli’ye göre doğru ve hakiki adalet, insanın ruhsal yönüne denk düşen Tanrısal adalettir. Bu adaletin kuralları, ahlaki kurallardır. Buna karşılık insana içkin olmayan, tanrısal adaletle karşılaştırıldığı zaman aslında “adalet” adını hak etmeyen “dünyevi adalet”, insanların koyduğu hukuk kuralları ile yerine getirilir. Dünyevi adaletin kaynağı da tanrıdır. Tanrısal adaletin öğreticisi “iman”dır. Buna karşılık dünyevi adaleti bilen ve uygulayan ise “devlet iktidarı”dır. Zwingli de Luther gibi idarecilerin tanrının hizmetkarı olduğu görüşündedir.

Orleans ve Bourges üniversitelerinde hukuk eğitimi gören Calvin (1509-1564) de yasa yapma ve bunları uygulama yetkisinin dünyevi iktidarların yetkisinde olduğunu kabul eder. Calvin’e göre yasalar, tanrının yaratmış olduğu doğa tarafından herkesin zihnine yerleştirilmiş bulunan adalet duygusunun ürünleridir. Yasalarda biçim farklılıkları olsa bile, özde birbirleriyle

⁴⁴ Ağaoğulları-Köker, Tanrı, s.100, 115. Thomas Münzer, baştan Luther’in fikirlerini benimsemişken sonra ondan ayrılmış, Luther için iki reddiye kaleme almış, O’ndan, “Dr. yalancı” ve “kendini prenslere adamış bir dalkavuk” olarak söz etmiştir. s.122.

aynıdırlar. Bu nedenle yasalara da yöneticilere olduğu gibi, farklılıkları göz önüne alınmadan itaat edilmelidir⁴⁵.

“Reform” adı altında Avrupa’da meydana gelen değişimler, hakkında ortak genellemeler yapılmayacak kadar çeşitlilik arz etmektedir. Luther, Calvin, Münzer, Zwingli’nin görüş farklılıkları bir yana, Avrupa ölçeğinde bir yayılma gösteren reform hareketlerinin içinde olduğu toplumsal bağlamların da farklı olması, bir çok açıdan reform hakkında genellemeler yapmayı zorlaştıran başlıca nedenlerdir. Ancak bahsedilen zorluklara rağmen reform hareketinin öne çıkan bazı özellikleri de yok değildir. Ezcümle;

a) Reform hareketinin en bariz etkisi, Avrupa ölçeğinde “evrensel” bir örgütlenme olan Roma Kilisesi’ni ve bu Kilisenin hiyerarşik örgütlenişinin parçalanmasıdır. Bu parçalanma, başlangıcı XII. yy’a dek giden bir rahatsızlığın, Rönesans’la uyanan milli duyguların ve ekonomik gelişmelerin hazırladığı arka planın sonucudur.

b) Reform hareketinin “Protestanlık” bağlamındaki ürünü siyasal iktidar ile ruhani otorite ayırımını “ulusal” bir temele oturtmak değil, ruhani otoriteyi siyasal iktidara tâbî kılmak olmuştur. Parçalanmış Kilise hiyerarşisinden arta kalan dünyevi boşluğun, “dünyevi” milli devletlerce doldurulmaya başlanması da, Reformun öne çıkan bir özelliğidir.

Eski Roma’dan beri süregelen “yönetim ilkesi” olarak “otorite” (auctoritas) ile, “yönetimin uygulanması” anlamında “iktidar” (potestas) arasındaki anlam kaybolmuş, Tanrısal “prens”te “iktidar”ın çıplak (otorite kılıfından soyulmuş olarak) bir nitelik, doğrudan bir “zor kullanma tekeli” olarak anlaşılmıştır. İktidarın bu anlamda çıplaklaşması, modern toplumsal örgütlenmenin temel özelliği olan en üstün, bölünmez, devredilmez ve “tek” güç olarak “egemenlik” kavramının de temeli olmuştur. Üstelik, bu “çıplak iktidar” (veya dünyevi zor kullanma gücü), “dinsel olan”ı da kendi içinde eritmiş bir “millilik” bağlamına sahiptir⁴⁶.

Güçlü monarşiler kurulması arifesinde Avrupa siyasal dokusunda, Kili-se-devlet ilişkilerinin gelişimi bağlamında hukukun aldığı zihniyet değişimi gayet açıktır. Devlet, Kiliseden özerkleştikçe hukuk da lâikleşmektedir. Mezkur bağlamda hukukun lâikleşme evrimi, devletin lâikleşme evrimi ile doğru orantılı bir gelişim göstermektedir. Monarşilerin varlıklarını pekiştirmeleri, “auctoritas-potestas” kavramlarındaki anlam kayması, kent yaşamının artması, ticari faaliyetlerin eskiye nazaran şekil değiştirerek hız kazanması, okur-yazar oranında görülen artış ve diğer bazı etkenlerinde yardımcı-

⁴⁵ Ağaoğulları-Köker, Tanrı, s.118-132.

⁴⁶ Ağaoğulları-Köker, Tanrı, s.134 vd.

la hukuku kendi tekellerine almalarını netice verecek, Kilise, siyasal alanda kaybetmeye başladığı etkisini hukuki alanda da kaybedecektir.

Niccolo Machiavelli Kilise'nin İtalya'yı böldüğünden ve bu bölünmüşlükten yarar sağladığından söz ederek Hıristiyanlığa karşı olumsuz tavır sergilemektedir. Machiavelli "Prens"inde, amacının İtalya'da birliği sağlamak, ulusal ordusu ile güçlü bir devlet kurmak olduğunu söyler. Güçlü devlet elbette ki hukukunu da yapan devlet olacaktır. Hemen ifade etmek gerekir ki bu eser yazıldığı zaman ilgi çekmemiştir. Prens'in ilgi çektiği yılların reform hareketi sonrasında yaşanan din-devlet tartışmasının hararetlendiği yıllar olması ilginçtir. Bu ortamda Papa IV. Paul, Prens'in yazarının "iğrenç" bir kişi olduğunu, Katolik Kilisesi büyükleri ise kitabın "şeytan" tarafından yazıldığını söylemekte gecikmezler⁴⁷.

Hukukçu olan Jean Bodin, devletin, "mutlak ve sürekli iktidarı, yani en büyük emretme gücü"nü temsil ettiği kanaatindedir. Bodin'e göre devlet, o kadar hakim tek güçtür ki, "Tanrıdan sonra kendinden daha büyüğünü" tanımaz. Devletin sahip olduğu kesin ve mutlak hakimiyetinin iki tehditçisi vardır, Kilise ve İmparatorluk. Kanun yapmak devletin sahip olduğu hakimiyet hakkının özüdür. Devletin kanun yapma faaliyeti içinde bulunması, Orta Çağ geleneğinden inkılapçı bir kopmayı gösterir⁴⁸. Devlet yasa yaparken, değiştirirken, kaldırırken ne kendinden üstün ne kendine eşit nede herhangi bir gücün onayına ihtiyacı yoktur. İhtiyacı olursa bu onun "egemen" olamadığını, "uyruk" olduğunu gösterir. Örf, adet, gelenek yada başka bir şey, devletin yasama faaliyetini engelleyemez ve sınırlayamaz. O kadar ki devlet kendinden önce yapılmış yasalarla bağlı olmadığı gibi kendi yaptığı yasalarla da bağlı değildir⁴⁹.

Thomas Hobbes (1588-1679)'un savunuculuğunu yaptığı tabiat durumu, hukukun olmadığı bir durumdur. Çünkü tabiat halinde insanları korkutacak, onları zararlı hareketleri yapmaktan alıkoyacak bir kuvvet yoktur. Hukuku kuracak bir kamu kudretinin bulunmadığı yerde hukuk var olamaz. Şu durumda hukuk devletten sonra gelmektedir ve varlığını devlete borçludur. Devlet kendi ürettiği bu eser üzerinde istediği gibi tasarrufta bulunabilir. Pozitif hukuka uymak, tabî hukukun gerektirdiği bir zorunluluktur. Her iki hukukun çatıştığı yerde pozitif hukuk tercih edilir.

47 Ağaoğulları-Köker, Tanrı, s. 182 ; Göze, Ayferi, Siyasal Düşünceler ve Yönetimler, İstanbul 1995, s. 111.

48 Ebenstem William, Siyasi Felsefenin Büyük Düşünürleri(Terc. İsmet Özel), İstanbul 1996, s.157 vd.

49 Göze, s.122.

Bütün dini kurumlar devletin pozitif kanunlarına tabiidir. Papalığın devlete karşı üstünlük iddiası temelsiz olduğu kadar zararlıdır da. Kilise kanunlarının devletin koyduğu kanunlara üstün olması söz konusu değildir⁵⁰. Hobbes de hukuk konusunda Bodin gibi düşünmekte kanunu yapanın, değiştirenin kaldırmanın devlet olacağını söylemektedir. Hobbes'e göre hukukun biricik kaynağı vardır o da devlettir⁵¹.

Fransa'ya hakimler yetiştiren bir aileden gelen J. B. Bossuet, kral idaresini kutsal ve otoritesini mutlak olarak görür. İnsan yapısı kanunlar, doğru akıldan ve doğal hakkaniyetten kaynaklanır. Kanunlar ilahi ve insanlar arası tüm ilişkileri düzenler. Kanunlar kutsaldır. Kanun yapma yetkisi devlete aittir. Kral kanunları toplumun en bilge kişilerinin yardımıyla yapar⁵².

Yasama gücünü "toplumun ve toplumda yaşayanların varlıklarının korunması için, devlet güçlerinin nasıl kullanılması gerektiğini belirleyen iktidar" olarak tanımlayan John Locke, yasama hakkında devrine göre oldukça ileri fikirler beyan etmiştir. Tabî yaşam döneminde insanlar yaptıkları bir anlaşmayla aralarındaki uyuşmazlıkları çözümlenecek, suçluları cezalandıracak bir otorite, iktidar kurmuşlar, böylece "siyasal toplum"u oluşturmuşlardır. İnsanlar Tabî yaşam döneminden çıkmak istemelerinin tek nedeni "güvenlik"dir. Yasama kutsal, üstün ve egemen bir güçtür. Siyasal toplum kurulurken bu yetki kime verilmişse onu kullanma yetkisi de onundur. Yasama hakkının sahibi temelde toplumdur. Yasa koyucu gücünü toplumdandır ve koyduğu kurallar hem toplumu hem de devleti bağlar. Yasama iktidarı sınırsız ve keyfi değildir. Yasama gücü, insanların siyasal toplumu oluştururken sahip oldukları hak ve yetkilerle sınırlıdır. Hiç kimse sahip olduğundan fazlasını devredemez. Tabî yaşama döneminde hiç kimsenin başkasının canı, malı ve özgürlükleri üzerinde keyfi bir iktidarı yoktur. Bu yüzden insanlar sahip olduklarından daha fazlasını devretmemişlerdir. Yasama gücü yapısı ve görevi nedeniyle toplumun iyiliği sınırında kalmak zorundadır. İnsanlar tabî yaşam döneminden güvenlik nedeniyle ayrıldıkları için kanunlar bu dönemde sahip olunan hakları bertaraf edemez. Ancak daha fazla güvence vererek beklenilene yerine getirir. Kanunlar toplumdaki insanlar arasında ayırım yapmadan herkese uygulanacaktır⁵³.

50 Güriz, s.195 vd ; Akın, s.103 ; Ayrıca bkz. Abadan, Yavuz, Hukuk Felsefesi, Ankara 1994, s.154 ; Ebenstein s. 162.

51 Göze, s.137.

52 Göze, s.147.

53 Göze, s.155 vd ; Akın, s.130.

Locke, yasama yetkisini açıkça devlete vermemiş, bilakis toplumun sahibi olduğu ve bir/birkaç kişiye devrettiği bu yetkinin, devredilenler tarafından kullanılması sonucu ortaya çıkacak kanunlarla devletin dahi bağlı olacağını söylemiştir.

Newton'un mekanik fizik anlayışından etkilenecek insani olaylara baktığını belirten Montesquieu (1689-1755), evrenin değişmez kanunları olduğu gibi insanlığın da değişmez kanunları olduğunu söylemektedir. Kanun, genel olarak aklın ürünüdür. Kanunlar, her ülkenin şartlarına göre bu akıl tarafından yapılır. Bu açıdan her ülkenin kanunları birbirinden ayrıdır. Ülkelerin iklimleri, örf-adetleri, dini inançları, siyasal yapıları, gelir düzeyleri, yaşam biçimlerine göre değişir ve değişmelidir. Montesquieu, açıklamalarına uygun olarak kanunu, "eşyanın tabiatından doğan zorunlu ilişkiler" olarak tanımlar⁵⁴.

Hukuk tahsili yapan François Marie Voltaire'ye göre Hıristiyanların efsanelerine, doğmalarına inanılmamalıdır. Hıristiyanlık bir yalanlar ve saçmalar dokumasıdır. Hıristiyanlık bu dünyada "ilahî budalalık"ı sürdürebilmekle ancak kendi varlığını koruyabilir⁵⁵. Voltaire'ye göre devletin salt onayı olmadan Kilise yasalarının hiçbir zaman gücü olmamalıdır. Yurttaşların evlerinde lalalar ne ise, devlet içinde de papazlar hemen hemen odur. Öğrenmek, dua etmek, örnek olmak için yaratılmış insanlardır. Evin efendileri üzerinde onların hiçbir egemenlik hakları olamaz⁵⁶.

J.J Rousseau (1712-1778) kanun yapma yetkisinin halka ait olduğunu gördüğündedir. Kanunları kaleme alma işi, olağanüstü yeteneklere ve üstün bilgiye sahip bir kimsenin görevi olmalıdır. Hemen belirtmek gerekir ki bu faaliyet, kanunları kaleme alan kişiye kanun yapma yetkisini kesinlikle vermez. Kanun yapma işi topluma ait olup yapılan sadece "kaleme" alma işidir⁵⁷.

17.yy, başta Fransa ve İngiltere olmak üzere Avrupa'da monarşi denemelerinin yapıldığı, teoride mutlakiyetçi görüşlerin savunulduğu bir yüzyıl olmuştur. 18. yy teoride savunulan mutlakiyet rejimlerinin kurulduğu yüzyıldır. Feodal yapının parçaladığı siyasal alan, tekelci güçlü iktidarlarca birleştirilmiştir. Mutlakiyet yönetimi sınıflar arası mücadeleyi doğurmuş, bu da siyasal ve sosyal yapının eskiye oranla değişmesini netice vermiştir. Sınıflar arası mücadeleler, din savaşları, merkantalist anlayış, istikrarlı ve barış or-

⁵⁴ Göze, s.170, 172.

⁵⁵ Cresson, Andre, Voltaire(Terc Suat Erginer), İstanbul 1962, s.32.

⁵⁶ Bulaç, Ali, İsiâm ve Modern Zamanlarda Din-Devlet İlişkisi, Cogito, Üç Aylık Düşünce Dergisi, S.I, s.71.

⁵⁷ Göze, s.201 ; Akın, s.165.

tamı sağlayacak güçlü iktidarları gerekli kılmıştır. Bilimsel gelişmeler, insan aklına olan güveni artırmış, yeni keşifler tabiat kurallarını insanın anlaması ve lehine kullanmasını sağlamıştır. İktidarların güçlenmesi ve insanın aklına olan güveninin artması, Kiliseye karşı tepkilerin çoğalması hukukun tanrı ile ilişkisini keserek teoloji-siyaset ayırımı belirginleşmiştir. Yavaş yavaş ama istikrarlı bir seyir izleyen bu gelişmeler sayesinde tabî hukuk anlayışı tanrısal kökeninden uzaklaşarak lâik bir hal almıştır. Kapitalizmin bahsedilen gelişmeye destek olması, değişen tabî hukuk anlayışının da gelişen kapitalizme teorik destek sağlamasını zorunlu kılmıştır⁵⁸.

Kilise-yerel iktidar çatışması ile başlayan siyasal değişim, sonuçta hukukunda lâikleşmesini sağlamış, bu durum güçlenen iktidarlara ganimet bilinmiştir. Bu konuda teorik olarak siyaset bilimine dair görüş serdeden düşünürlerin şüphesiz büyük payı vardır.

4- İktisadi Faaliyetlerdeki Değişim

Coğrafi keşiflerle kabuklarını kıran Avrupalılar, ilkin haclı seferleri ile gördükleri ama elde edemedikleri zengin bir dünyanın farklı, bakir ve değişik bir versiyonunu bu sefer elde edebilecekleri bir vasatta buldular. Yeni kıtalardan Avrupa'ya akan altın, gümüş gibi değerli madenler, iktisadi hayatta yaklaşık üç yüzyıl sürecek olan merkantalist dönemi açtı.

Merkantalizm ; ekonomik faaliyet olarak ticareti esas alan bir sistemdir. İlk yıllarında paraya fazlaca değer vermiş, zenginliğin, servetin asıl kaynağını kıymetli madenlerde görmüştü. Paranın değerli madenlerden oluşu, banka sisteminin henüz gelişmemesi, merkantalizmi kıymetli madenlere sahip olmanın zenginliğin sebebi olduğu fikrine götürmüştü. Merkantalist'lerin dış ticaret politikaları ihracatı teşvik ve ithalatı azaltmaktı⁵⁹. Böylece ülkedeki değerli madenler yurt dışına kaçmamış olacak, ülke içinde kalarak milli serveti artıracaktı.

Merkantalizm'in üç yüzyıl sürmesi elbette ki çeşitli nedenlere dayanmaktadır. Bunların en önemli nedeni monarşilerin merkantalist anlayışa sahip çıkarak bizzat devlet eliyle merkantalist doktrini yürütmesidir. Gerçektende pek çok devlet merkantalist anlayışı, devlet politikası haline getirmiş, bu meyanda ithalata kotalar koymuş, ihracatı teşvik etmiş, değerli maden iddihar etmiştir.

⁵⁸ Göze, s.124.

⁵⁹ Kumbaracıbaşı, Onur, Ekonomik Doktrinler ve Ekonomik Düşüncenin Evrimi, Ankara 1976, s. 28 vd

16. yy'ın sonunda feodalite ile idare edilen pek çok ülkede mutlak monarşilere geçiş vardı. Monarşik devletlerin varlığı, iktisadi politikanın tek elden yürütülmesine olanak veriyordu ve bu siyasi kutuplaşma, merkantalizmi savunan tüccarların da işine geliyordu. Ortaçağ boyunca iki efendiden biri olan Kilisenin, dünyayı kazançla elde etmek, insan eşya münasebeti ve ticaret ile ilgili görüşleri belli idi. Şu durumda, gayri meşru saydığı faaliyetleri elbette Kilise desteklemezdi. Bunun daha da ötesinde tüccarlar, rekabet halindeki dış ticareti destekleyecek, rakiplerine karşı kendilerini koruyacak kuvvetli bir efendiye ihtiyaç duyuluyordu ki bu olsa olsa ikinci efendi yani monarşik devletler olurdu. Merkantalist tüccarlar, karlarının ulusal çıkarla özdeş olduğunu, servet sayesinde sahip oldukları gücün aynı zamanda ülkenin de gücünü teşkil ettiğini savunuyordu. Monarşik devletler ise Kilise ile iktidar yarışında olduklarından güce, itibara önem veriyordu. Derebeylerle olan savaşlarında besledikleri ordu ve diğer masrafları için ihtiyaç duyulan para, merkantalist iktisat anlayışıyla elde ediliyordu. Merkantalistlerin ülkeye getirdikleri para, dış ülkelerde ve sömürgelerde kurdukları iktidar, ve genişlettikleri hakimiyet alanı, monarşik devletlerin işine geliyordu. Tüccar ile devletlerin örtüşen çıkarlarından Kilise, varlık arz ettiği coğrafyada güç ve itibar kaybediyordu.

Avrupa'da ortaya çıkan ekonomik değişiklikler, siyasi coğrafyada da değişiklik meydana getirdi. Devlet bizzat kendisi merkantalist anlayışı savunuyor, tüccarları koruyordu. Aslında böylece ilk elden ekonomiyi düzenleyerek iktisadi hayata müdahale ediyor, çıkarlarını koruduğu yeni zengin kitleyi memnun etmekle birlikte varlığını da fiilen kanıtlamış olup böylece hem feodal düzeni hem de Kiliseyi saf dışı bırakmış oluyordu. Dış ticaret kumpanyaları düzenleyen tüccarlar, devleti kendilerine muhatap olarak kabul ettiklerinde karmaşık hukuki ilişkilerini düzenleme yetkisini de devlete veriyordu. Yani Kilise, kendi haricinde ve izinsiz büyüyen ekonomik ilişkileri düzenleyemiyor, müdahale alanına alamıyordu. Erken kapitalizm yada ticari kapitalizm denilen merkantalizm, tüccarların menfaatlerinin monarşilerle uyuşması nedeniyle yaklaşık üç yüzyıl varlığını sürdürdü⁶⁰.

Merkantalist düşünce istese de Kilise ile uyuşmazdı. Kilisenin ortaya koyduğu tanrı, dünya, insan ilişkileri, insanı öylesine içinde yaşadığımız fizik dünyanın dışına çıkarıyordu ki bu plâformda insanı eşya ile barıştırmamanın imkanı yoktu. Bir Hıristiyan bu dünya ile öbür dünya arasında seçim yapmaya mecburdu. Her iki dünya birlikte sahip olunabilecek yerler değildi.

⁶⁰ Kumbaracıbaşı, s. 28 vd ; Kazgan, Gülten, İktisadi Düşünce veya Politik İktisadın Evrimi, İstanbul 1984, s. 26 vd.

Merkantalist düşüncenin getirdiği ticari kapitalizm yerini yavaş yavaş sınıai kapitalizme bıraktı. Siyaset sahasında yaşanan liberalleşme eğilimleri ekonomiye de yansdı. Merkantalizm'den liberalizme geçişi hazırlayan düşünce doğa haliydi. Daha doğrusu fizikte yaşanan kainattaki sabitelerin bulunuşunun sosyal bilimler sahasına taşınmasının verdiği heyecanla daha başka sabitelerin ve genel geçer kuralların iktisat ve ekonomide de olduğu fikriydi. Newton fiziği, cisimlerin tâbî olduğu sabit kuralları bulmuştu. Kainata sabit kurallar koyarak artık orayla ilgilenmeyen müdahale etmeyen iyi ve akılcı tanrı (bu noktada Aristo'nun Tanrısı hatırlanmalı), toplumların ekonomik yapısını da elbette ki sabit kurallara bağlamıştı. İktisadi liberalizm, var olduğu iddia edilen sabit kuralları bulma peşindeydi.

İktisadi liberalizm, Fransa ve İngiltere'de ticari kapitalizmin iktisadi düşüncesi olan merkantalizme tepki olarak ve yeni doğan sınıai kapitalizmin sözcüsü olmak maksadıyla ortaya çıktı. Liberal öğretisi fizyokratlar, klasikler ve neo-klasikler olarak üçe ayrılmaktaydı.

Merkantalizme ilk tepki fizyokratlardan geldi. Fransa'da ortaya çıkan bu hareket ilginçtir ki 22 yıl kadar sürdü. Fransa'da merkantalizmin tümüyle devlet eliyle düzenlenişi tarımın ihmalini netice vermişti. Para arzının çokluğunun doğurduğu enflasyonla iyice ezilen çiftçi kesimi, ansiklopedistlerin de kışkırtıcılığı ile 1789 ihtilalini gerçekleştirecekti. Sanıldığı aksine Fransız ihtilali eşitlik, özgürlük, adalet isteyen halkın ayaklanması değildi. Merkantalist uygulamalarla ihmal edilen ve merkantalizmin yol açtığı enflasyonla bunalan köylülerin kendilerini ihmal eden idareyi devirmeleri idi. Dolayısıyla İhtilal, burjuvanın ihtilaliydi, halkın ihtilali değildi. İhtilal eşitlik, adalet, hürriyet, hak gibi kavramlarla halka mal olmuş olsaydı, peşinden Bonapart'ın despot yönetimini doğurmazdı. Burjuva, devrimle eski yönetimin tüm mirasını zimmetine geçirmiş, ve ihtilalin öz çocuğu Napolyon Bonapart bu zihniyetin ilhamları ile XVI. Louis'ten daha baskıcı bir rejim kurmuştur⁶¹.

Fizyokratlar ömürlerinin kısa sürmesine rağmen tabiat hali anlayışları ile kendilerinden sonra gelenleri etkiledi. O kadar ki liberallerin yanında Marks dahi bundan etkilendi. Fizyokratlar üretimin kaynağının toprak olduğunu savunuyordu. İhmal edilen tarım kesimi gelirlerini artıramamış, buna rağmen ağır vergiler altında kalmıştı. Köylüler Kiliseye ve halen yaşayan feodal beylere vergi veriyordu. Kilisenin vergiden bağışık oluşu da düşünülürse fizyokratların Kiliseye ve devlete isyan ettikleri söylenebilir.

⁶¹ Kılıçbay, Mehmet Ali, Fransız Devrimini Yeniden Anlamak, Türkiye Günlüğü, 1989, S.IV, s. 56.

Fizyokratlar insan toplumlarının tabî kanunlarla yönetilmesini istiyordu. Bu düşüncelerini iktisat anlayışları ile birleştirdiler. Fizyokraziye eni yi tercüman olan Quesnay, "Tabî Kanun" isimli eserinde şunları söylüyordu.

-Tabî kanunlar ideal bir hukuk düzeninde uygulandığında toplumda maksimum refahı sağlar

-Akılcı bireyler, kendi tatminini uzun dönemde maksimumlaştırmak amacıyla davranır

-Eğer bu ikisine herkes boyun eğerse toplumsal-iktisadi süreç düzenli birtakım kurallara göre işler. Devlet hukuk düzenini tabî kanunların temel ilkelerini göz önüne alarak hazırlamalıdır

Quesnay'ın ideal hukuk düzeni olarak anladığı elbetteki Kilise Hukuku değildi. Şayet böyle olsaydı bunu söylerdi. Aksine fikirlerinde, rahatlıkla tabî hukuk, tabiat hali gibi kavramların etkisi hissedilmektedir. Merkantalistler gibi Fizyokratlarda hukuk konusunda devrin hakim görüşü olan tabî hukuk fikrine bağlıydılar. Quesnay açıkça "hukuku devlet yapmalıdır ve tabî kanunlar baz alınmalıdır" demektedir.

Tabî hukukun burjuva için ifade ettiği özel bir anlam vardı. Tabî hukuk toplumsal ilerleme ve değişme sürecinde kentleşme olgusu ile birlikte gündeme gelmişti. Kentlerde oluşmaya başlayan burjuva sınıfı, feodal yapıya karşı açtığı savaşta tabî hukuka sığınyordu. Bir bakıma tabî hukuk, burjuvanın isyan bayrağı oluyordu. Feodal düzenin baskı ve haksızlıklarına karşı, tabî hukuk kavramı, eski rejimin hukuki kurumlarını gözden düşüreceği ve üzerine kendi kavramlarını oturtacağı yeni bir ideolojik temeldi⁶². Bu açıdan tabî hukukun burjuva sınıfı ile başlaması ve sınıf mücadelesinde burjuvanın yerini garantilemesine kadar sürmesi dikkat çekicidir.

Burjuva sınıfının, toplumsal yapı içerisinde kendine yer açma çabası, tabî hukukun "doğuştan gelen, herkesin sahip olduğu, devredilmeyen, eşyanın tabiatında var olan" şeklindeki argümanlarıyla örtüşüyordu. Burjuva tarafından, statü artırımı ve sosyal mevkiini muhafaza amaçlı kullanılan tabî hukuk, zamanla bu sınıf tarafından terk edilerek, yerini menfaatlerin daha fazla korunabildiği hukuk akımlarına bırakacaktı⁶³.

İktisadi liberalizm ile yeni oluşan kapitalist girişimciler, kendi faaliyetlerini sınırlayacak bütün kayıtlara karşıydı. Merkantalizmden gelen tekellere, kamu denetimine, ayrıcalıklara, soyluların toprak mülkiyetinden doğan gü-

⁶² Çeçen, Anıl, Adalet Kavramı, İstanbul 1981, s. 223 ; Weyl, Monigue-Roland, Gerçekte ve Eylemde Hukukun Payı, Merksist-Leninist Yaklaşım (Terc. Şiar Yalçın), İstanbul 1974, s. 23.

⁶³ Weyl, s. 24.

cüne karşı gelerek, kendi çıkarı için özgürlük, bireysel girişim ve bireysel denetim istiyordu. Bu süreç kendisiyle beraber olacak, kendi dünya görüşünü haklı gösterecek yeni bir felsefenin doğmasına yol açtı. Yeni dünya görüşü iktisadi liberalizm politikası ise "laisser-faire" oldu.

17. yy ikinci yarısından itibaren ticari kapitalizmden sınai kapitalizme geçişin şartları oluşmaya başlıyordu. 18. yy da devam eden fiyat artışları kapitalist sınıf lehine kar elde etmek şeklinde değişmiş, bu sınıfın tasarruf gücünü artırmıştı. İkinci olarak makine gücünün teknik buluşların üretim maksatlı kullanılışı, ev sanayiinden fabrika sanayiine geçişi hazırlamıştı. Üçüncüsü yapılan yatırımları pazarlamak için gerek yurt içinde gerek yurt dışında pazarlar mevcuttu. Artan üretimle birlikte pazarlama sorunu yoktu. Dördüncü olarak Feodalizmin yıkılması, Kilisenin elinden geniş toprakların alınması ile ve üretim girdileri piyasasının oluşması, hammadde ve emeğin rahatlıkla satın alınabilmesini netice veriyordu.

Henüz üretim teknikleri piyasada tekel ve kartel oluşturacak çapta değildi, ama gidişatın bu yönde olduğu görülmüyordu.

Klasik doktrinin kurucusu da sayılan A. Smith, "birey kendini sevmek, özgür olmak, geleneklere uymak, çalışmak, duygusallık ve mübadele gibi altı davranış ilkesiyle sınırlıdır" diyerek adeta iktisada psikolojik bir çehre veriyor, kapitalizmin insan tabiatına uygunluğunu temellendirmeye çalışıyordu. Smith, yaptığı izahlarda tıpkı bir sanayici-girişimci ağzı kullanıyor, kapitalistleri haklı gösteriyordu. Daha da ötesinde kapitalistlerin karlarının topluma faydalı olduğunu ve bencilce olmadığını söylüyordu. Elbette ki bu düşüncelerden kapitalistler memnundu.

Bentham, "İnsan davranışlarında haz almak ve elemenden kaçmak gibi iki temel öge vardır" diyerek, bireylerin mutluluklarını maksimumlaştırmak için çaba sarf ettiklerini söylüyordu. İktisadi faaliyetlerde Bentham'a göre çıkarıcı, bencil faaliyetler halini alıyordu.

Konumuz itibarıyla ne klasiklerin nede neo-klasiklerin iktisadi düşüncelerine fazlaca yer verecek değiliz. Görünen odur ki merkantalizm'le başlayan iktisadi gelişme trendinde ne Hıristiyanlık nede Kilise vardır. Tam aksine merkantalizmle başlayan süreçle Kilise, gelişen kapitalizm ile birlikte kamu hayatının dışına atılmıştır. Merkantalistlerin monarşilerle işbirliği yapmaları ve Fransız ihtilali ile lâikleşme sürecini burjuvanın desteklemesi, Avrupa'da oluşan "Homo economus" diye tanımlanan insanın artık Kiliseyi, kendini tanımladığı şekliyle kabul etmediğini göstermektedir.

Şüphesiz burada ki Kilise Katolik Kilisedir. Reformla başlayan süreçte Protestan Kilisesi, kapitalizmin gelişmesini hızlandırmış, ticari kapitalizmden sınai kapitalizme geçişte, psikik bir etki meydana getirmiş, dünyayı ve

eşyayı meşrulaştırarak, Katolik değerler aksine eşyayı, tabiatı, kazancı meşrulaştırmış, yeni bir ahlaki anlayış meydana getirmiştir.

Avrupa'da, Reform hareketleri ile meydana gelen zihniyet değişikliği, sömürgecilik ve köle ticareti ile aynı zamana denk gelmiş, tarihi süreçte yaşanan bu kırılma, Protestanlığın fikirleri ile birleşince, dini kavram ve inançlara gündelik insanın anlayışından oldukça farklı manalar yüklenmiştir. Protestanlık, yeni zihniyetle donanan Avrupalıya lojistik destek sağlamak açısından büyük bir rol oynamış, Tanrı-Sezar ikileminde, burjuvanın düşüncelerine olanca gücüyle hizmet etmiştir. Protestanlığın lojistik desteğinin "dini" olmasının, Katolik Kilisesinin düşüncelerini kabul etmek istemeyenlere psişik bir rahatlık sağladığı da kesindir.

Gerçekten de Protestanlar'a göre meslek ve çalışma, Tanrı tarafından insanlara verilmiş bir ödev olarak algılanmış, Katoliklerden farklı olarak, çalışma ve meslek edinme kavramlarına ilahi manalar yüklenmiştir. Luther, İncil'in metninden olmayan fakat kendi tercümesinden kaynaklanan bu fikirleri ile çalışmayı ibadet saymış, dünyevi ödevleri yerine getirmeyi, Tanrıyı hoşnut kılan tek yaşama biçimi olarak taktim etmiştir⁶⁴.

Kapitalist ruh, elbetteki Reform'la birlikte çıkan bir durum değildi. Bunun evveliyatı da vardı. Fakat niteliksel ve niceliksel yönden gözle görülecek kadar bir artış, tarihin bu noktasından sonra başlamıştır. Protestanlık, Kalvinizm, Prütanizm, kapitalistleşme yönünden ticari faaliyetleri etkilemiştir.

Batının toplumsal düzeyde lâikleşmesini sağlayan, bu yöndeki gelişmelerin hızlanmasına neden olan sınıf kuşkusuz burjuva sınıfıdır. Köken olarak "asil"lerden olmayan, hırsız, hapisane kaçkını, gangster ruhlu, açgözlü ve muhteris bu "sonradan zenginler" kendilerini yüzyıllardır sömüren Kiliseye olarak itaat etmek istemeyecekti. Ticaret ile zenginleşip Avrupa'nın kültürel görünümünde değişiklik yapan bu yeni sınıf, kapitalistlerin ilk örneğini oluşturuyordu. Kapitalizmin ortaya çıkış nedenleri tartışmalı olsa da bunun Avrupa dışı etkenlere dayandığı kesindir. Sömürgecilik ve köle ticareti gibi iki temel mobilitelere sahip kapitalizm, Avrupa'nın köklü düşünce değişimi zamanına denk gelmekle mevcut konjektürü kendi yönünde etkilemişti.

Batı toplumlarını kapalı ekonomilerden sıyrılarak açık ve bölgesel mübadeleye dayalı ekonomiye geçişi, ticaretin gelişmesi, üretim biçiminin değişmesi ve nihayet sanayi devrimi ile toplumların yapıları da büyük bir değişme ve dönüşme geçirdi. Kilisenin müttefiki Aristokrasi gerilerken, giderek güçlenen burjuva sınıfı, hayatın bütün alanlarına nüfuz etti. Ekonomi bu

⁶⁴ Weber, Max, *Protestan Ahlakı ve Kapitalizmin Ruhu*, İstanbul 1997, s. 69 vd.

yeni sınıfın kontrolüne girerken siyasal ve kültürel alanların burjuva tesirinden uzak kalması mümkün değildi. Batıda toplumsal çapta lâikleşme, burjuva sınıfının toplumsal alanlara egemen olmasıyla başlamıştır denilebilir. Burjuvanın yönetimindeki kentlerle Kilise adamları arasında, feodal çağın sonlarından itibaren başlayan mücadele bir bakıma kelimenin tam manasıyla lâik olanlarla olmayanlar arasındaki mücadeleye dönüşmüştü. Kuzey Fransa, İtalya ve Almanya'da burjuvazinin yönetimindeki kentlerin Kiliselere karşı giderek güçlenmeleri, toplumsal planda lâik düşüncenin örgütlendiği ve iktidarı ele geçirdikleri yerler oldu. Bu kentlerde Kilise otoritesi, feodal prenslerin otoritesinin gerisinde kaldı ve toplumsal hayatı yönlendirme konusunda, dinsel olmayan değerler öne geçti. Kilisenin otoritesinin gerilemesi, toplumun hemen her sahasında etkisini göstermeye başladı. Mesela Kilise mahkemelerinin işlevleri azaldı, sadece evlenme ile ilgili işlere münhasır kaldı. Bunun yerini dinsel kurallara göre işlemeyen lâik mahkemeler aldı⁶⁵.

16. yy'dan itibaren hızla gelişen iktisadi faaliyetlerin açtığı geniş saha, elbetteki yeni hukuki düzenlemeler istiyordu. Yeni oluşan kurumlar, yeni kavramlar, hukuki yönden temellendirilmeliydi. Bunun yanında yeni hukuk dalları da oluşuyordu. Her ne kadar kökleri geçmişte olsa da deniz hukuku, iş hukuku, sigorta hukuku, bankacılık hukuku yeni sayılırdı. Avrupa'da yüzyıllardır uygulanan Kilise hukuku, karşısındaki sorunları çözemezdi. Kilise elindeki hukuki malzemelerle yeni oluşan hukuk sahalarına yön vermek şöyle dursun mevcut hukuk sistemini dahi kontrol etmekten acizdi.

Ticari kapitalizmden sınıai kapitalizme geçiş, Rönesans'dan beri kendi özerk alanını inşa çabasında olan insana yepyeni alanlar ve ufuklar açmaya başladı. Bu zamana kadar ruhani kürede olan iktisadi hayat, ruhani kürenin inşasını lüzumsuz, hatta tehlikeli gördüğü maddi alanı inşaaya başlamıştı. Birim başına üretkenlik artışı sağlama ve belirsiz bir tüketici topluluğu için üretim yapma gibi iki temel özelliğe sahip kapitalizm, maddi hayat alanını genişleten, daha da önemlisi bu alanın insan iradesi dahilinde, insan tarafından denetlenebilir, olduğunu kanıtlayan yegane ekonomik ilişkiler ağıydı. Bu açıdan kapitalizmi, "ruhani kürenin aleyhine dünyevi küreyi genişleten insanın tarihi" olarak okumak mümkündür. Dini küreden kopan ilk bilimlerin iktisat ve siyaset olmaları şaşırtıcı olmamalıdır. Gerçektende ilk iktisat risalelerinin merkantalist dönemde, ilk esaslı siyaset çalışmalarının Rönesans'da ortaya çıkmıştır. Başta bu bilimlerin olmak üzere onların açtıkları

⁶⁵ Dursun, Davut, Lâiklik, Siyaset ve Değişim, İstanbul 1995, s. 34 vd.

dünyevi alanda palazlanan diğer sosyal ve fen bilimleri, dünyevi küreyi inşa koyulmuşlardır⁶⁶.

Toplumların, fizikte olduğu gibi değişmez evrensel kuralları olduğu fikri, metafizikten, kutsaldan aldığı temel referansları, dünyaya mal etme eğilimiyle iktisadi sahada hızlı bir lâikleşme süreci başlattı. İnsan tabiatı, tabî olduğu için her yerde aynıysa toplum kanunları da tabî, dolayısı ile her yerde aynı olmalıydı. O halde hiç kimse bu tabiiliği müdahaleleri ile bozmamalıydı. Ne devlet ne Kilise. Kilisenin müdahale etmesine meydan vermemek bir yana, dini argümanlar kullanılarak lâikleşme süreci meşrulaştırılıyordu.

İnanç bütünüyle hayatın dışına atılamazdı. 18. yy da zirveleşen ateizm cereyanı bile bunu başaramamıştı. Dinin, toplumlar için vazgeçilmez değerler oluşu, ona karşı takınılan tavır ne olursa olsun bütünüyle reddedilemez olduğu gerçeğini ortaya koyuyordu. Ne vardı ki Kilise, mevcut haliyle kabul edilemez bir müesseseydi. Bu meyanda Katolik Kilisenin hayata müdahale etmemek şartıyla hayatını devam ettirebileceği kabul edildi. Protestanlık ise yapısı itibarıyla kapitalizme uygundu. Weber'in ifadesiyle protestanlık kapitalist ahlakıydı. (Kalvenizm ve Prutanismi de bu cümleden mütalaa edebiliriz). Kapitalizmin geç girdiği ülkelere bu mezheplerinde geç girmesi rastlantı değildir.

Prutanisme göre mutlu kişi tanrının sevgilisi demektir. Yoksul ise mutlu olamazdı. Tanrı yoksulun bir suçuna binaen onu yoksul yaratmıştı. O halde yoksula yardım etmek kötülüğe, suçluluğa yardım etmek demektir. Halbuki çalışmak, kazanmak, biriktirmek ibadet sayılırdı. Tanrı sevgili kulunu başarıyla yükseltirdi. Zenginlik ise tanrının kulunu yükselttiğinin, dolayısıyla sevdiğinin işaretiydi⁶⁷.

Mevcut konjektürde, toplumun her kesimde yer alan kapitalist anlayış, dini argümanlarla desteklenirken, kapitalizmin getirdiği yeni değerlerde din dışı kurullarla temellendiriliyordu. Ulus devlet ve onun buyuruculuğunun en bariz göstergesi olan hukuk, bu temellendirmede önemli bir yere sahipti. Monarşik devletlerin, var olabilmek için Kilise ile girdikleri rekabet, modern ulus devlete inkılap ettiklerinde de devam etmiş, maziden gelen rekabette gücü eline alan devlet, toplumun her kesiminden Kiliseyi ve etkilerini salt inanç ve inanca dönük faaliyetleri müstesna olmak üzere silmeye başlamıştı.

Avrupa'da lâik düşünce ve toplum düzeninin biçimlenişi, büyük ölçüde hukukçuların yaptıkları düzenlemelerle tamamlandı. Tarımın ve

⁶⁶ Kılıçbay Mehmet Ali, *Lâiklik Ya da Bu Dünyayı Yaşayabilmek*, Cogito, S. I, s.15, (Lâiklik).

⁶⁷ Alsan, Necip, *Çağımızı Hazırlayan Düşünce*, Ankara 1967, s. 19.

manifaktürün geliştiği, şehirlerin zenginleştiği ve milli Pazar ilişkilerinin yoğunlaştığı Avrupa hayatında ilişkileri düzenlemek hukukçu metoduyla mümkündür. Bu nedenle 13-15. yüzyıllar boyunca Avrupa dünyasında lâik hareketin başını hukukçular çekti⁶⁸.

5- Hukuka Felsefi Yaklaşımın Değişimi : Tabî Hukuk Anlayışı, Akılcı ve Tarihçi Hukuk Ekolleri

Tabî hukuk düşüncesinin savunucularına göre hukuk, aklın belli referanslara bağlı kalınarak elde edilebilen verilerdir. Bu referanslar gerek natüralist gerekse fiktif olarak tabiattır. Akıl, artık bu referanslardan daha rasyo-nel referanslara doğru kaymaya başladı.

Hukuk kavramının tabiatın değil insan aklının gereği olduğu düşünce-sinden hareket eden akılcı hukuk düşüncesine hukuk felsefesinde "akıl hukuku" (Vernunftrecht) denir. David Hume (1711-1776) ,Immanuel Kant, J. G. Fichte (1762-1814) ve Hegel (1770-1814) bu okulun önde gelen isimleri arasındadır⁶⁹.

Hume düşüncenin üretici gücünü algılarla edinilen malzemeleri birleş-tirmek, değiştirmek veya daraltabilmekten ileriye gidemeyeceği kanaatinde-dir. Zira düşüncenin tüm bilgilerini dış deney ile iç deney sağlar. Akıl ise sadece bu bilgileri değişik formlara sokarak ondan istifade eder. Var olma ve algılanma aynı şeylerdir. Doğruluk ise ancak algılar arasında bağlantıların doğru kuruluşuyla mümkün olabilir. Bağlantılar ise çağrışım yasalarına göre kurulur⁷⁰. Hume, çok da net olmayan bu fikirleri ile eşyanın ancak akıl düz-leminde kurgulanabileceğini ve bu kurgunun sonsuz sayıda olduğunu ifade ediyordu. Bu açıdan bakıldığında hukukta "ratio" ya tabî bir düzlem olma keyfiyetiyle kurgulanma selahiyeti akla aitti. Herşey bu kadar kendi düzle-mine indiriliyor, fert olarak ele alınıyor, diğerlerinden bağımsız görülüyordu. Hume tabir caizse varlığı ontolojik boyutundan sıyırıp onu çocukların yap-boz oyuncaklarına çeviriyordu. Bu bağlamda hukukun da yapılıp bozulabile-

⁶⁸ Ortaylı, İber, İmparatorluğun En Uzun Yüzyılı, İstanbul 2000, s. 173.

⁶⁹ Hemen belirtmek gerekir ki bu düşünürleri Akılcı Hukuk okulundan saymayıp başka okullara dahil eden araştırmacılarda vardır. Haddizatında bazı eserlerde Akılcı Okul is-minde bir okula bile yer verilmez. Güriz Hume'yi faydacı okuldan, Kant'ı tabî hukuk okulundan sayarak Fichte'ye yer vermez ve Hegel'i felsefi idealizm bölümünde inceler. Abadan ise Fichte'yi ve Kant'ı tabî hukuk içinde Hegel'i ise objektif idealizm içinde mü-talaa etmiş ve Hume'den bahsetmemiştir. İzveren'de Kant'ı Tabî hukuk Okulu içinde ka-bul etmiş fakat Akılcı Hukuk'u tabî hukuktan ayıracak düşünceleri nedeniyle O'nu akılcı Hukuk içinde saymıştır.

⁷⁰ İzveren, Adil, Hukuk Felsefesi, Ankara 1988, s. 45 (Felsefe).

cek, aklın keyfine göre şekillenebilecek sonsuz şekillerden bir şekil olduğunu söylersek yanlış olmaz kanaatindeyiz.

18.yy da Avrupa ortamına hakim olan inkarcılık düşüncesi Kiliseyi yıpratmıştı. Rasyonalizme karşı ciddi tenkitler vardı. Özellikle Fransız materyalist ve ateistleri metafiziğe hücumlarda bulunmuşlardır. Kant bütün bunlara tepki sadedinde Tanrı inancını ve metafiziği ihya amacıyla felsefesini sistemleştirmiştir. Kant aklın yapısını inceleyerek, neyi bilip neyi bilemeyeceğimizi tespit edecek, materyalistlerin ateistlerin bilgi iddiasında buldukları kavramların aslında bilinemezliğini göstererek tenkitlerini hedefsiz kılacaktır⁷¹.

Kant'a göre bir yandan duyulan fenomenler dünyasına öte yandan sadece düşünülebilen numen dünyasına bağlı bir yaratık olan insanın yaşantısındaki gereklilik denen olgu, bir çeşit zorunluluk anlamına yasadır⁷². Kant'a göre insandaki bilgi kabiliyeti idrak, anlayış ve akıldan ibarettir. İdrak duyular sahasında çalışır ve hiç bir şekilde bu sahaya aşamaz ve bu unsur bilgide malzeme hazırlayıcısı durumundadır. Kant tecrübe ve müşahede altına girmeyen ve bu sahaya ait olan objelerin varlığını ispat etmenin veya onları bilmenin imkansız olduğunu kabul eder. Tanrı, hürriyet, ölümsüzlük ispat edilemez. Çünkü bu gibi ideler pratik aklın postülalarıdır. Biz bunların ne olduklarını bilemeyiz. İdeler bilgimizin hududunu aşan kavramlardır. Başka bir deyişle tecrübe alanını aşan transcendental objelerdir⁷³.

Kant'a göre hukuk tabî ve pozitif olarak iki yönlüdür. Pozitif hukuk kuralları değişebilir fakat tabî hukuk kuralları değişmez niteliktedir⁷⁴. Esas itibariyle hukuku yapmak ve korumak devletin amacı ve görevidir⁷⁵. Devlet, hukuku yaparken tabî hukukun yol göstericiliğinden yararlanır⁷⁶.

Kant bütün bunları söylerken hukukun kurucusunun insan aklı olduğunu söylüyordu. Tanrı olamazdı. Çünkü O'nu bilmemiz mümkün değildi. Hukuk gibi önemli bir müesseseyi varlığından şüphe edemesek de, bilemediğimiz bir varlığa teslim edemezdik. Şu halde Kant'a göre hukuk, mahiyeti tam olarak bilinmeyen Tanrıya teslim edilmek yerine, bilinebilen bir iradeye, devlete teslim edilmelidir.

71 Baykan, Fehmi, *Aydınlanma Üzerine Bir Derkenar*, Ankara 1996, s.171 vd.

72 İzveren, *Felsefe*, s. 47.

73 Taylan, Necip, *İlim-Din İlişkileri, Sahaları, Sınırları*, İstanbul 1979, s. 331.

74 İzveren, *Felsefe*, s. 47.

75 Güriz, s. 223 ; İzveren, *Felsefe*, s. 47.

76 Güriz, s. 222.

Tabî hukuk okulu, Kant ile Akılcı hukuk Okulu olarak şekillenmiş, Fichte ile en yüksek düzeyine ulaşmıştı⁷⁷. Fichte 'ye göre tek gerçek bilinçli varlık "ben" dir. Fichte'nin bilinçli varlık olarak düşüncelerini ekseni yaptığı ben kendisinin dış koşullar tarafından tayin edildiğini algıladığı takdirde bilen bir varlık olarak ortaya çıkmakta, fakat kendisinin dış dünyayı dış dünyayı tayin ettiğini düşünmesi durumunda bilgi faili olarak görünmektedir.

Kant, bilginin iki unsuru bulunduğunu, bunların duyma ve düşünme olduğunu söyleyerek insanın bilgilerinin sınırına dikkat çekiyordu. Hegel bunları reddetti. Hegel'e göre insan akının bilme yeteneği tamdı⁷⁸.

Hegel'e göre kainatı mutlak fikrin, yani idenin açılımı ve inkişaf sahnesi saymak gerekir. Bu ide akıldır. Şu halde kainat aklın ifadesi ve tezahürüdür. Dünyayı yaratan akıl elbette insan aklı değildir. Alemin yaratılışında ve hadiselerin cereyanında tecelli eden objektif akıldır. Bu objektif akıl tecelli eden dünya gibi sürekli gelişim halindedir⁷⁹. Hukukta bir değişmeye tabidir ve hukukun doğruluğu değişen objektif akılla tutarlı ve uyumlu olduğu müddetçe geçerlidir. Hukuk, bizzat hukuk idesinin etrafa yayılmasından, müşahhas bir organizm haline geçmesinden başka bir şey değildir. Hegel'e göre müsbet hukuku doğuran, O'nu bünyesinden çıkararak hukuk idesidir. Böylece hukuk kendi kendini mer'i kılama özelliğini kaybederek objektif akla tâbî olduğu müddetçe geçerli oluyor. Hegel devamla düşüncelerini şöyle anlatıyor. "İnsan aklı, yalnız şahsımızda ve kendimizde kaldığını düşündüğümüz müddetçe beşeri ve ferdidir ve öylece kalır. Fakat onu ferdi muhit haricinde insanların hayatında ve kainatın tekamülünde takip edersek ilahi akıl haline geçer." Bundan sonra Hegel'in sözü nereye getireceği bellidir. İlahi akıl haline gelen insan aklını tezahür ettirecek olan kurum ise devlettir⁸⁰.

Fichte de bencilleşen hukuk, Hegel'de birden devletin eline geçmiştir. Hemde o seviyededir ki devletin kanunları ilahi kanunlar oluvermiştir. Hegel devlet felsefesine uygun olarak hukuku devletin emrine vermekle hukuk tarihinde emsali görülmeyen bir şekilde ilahiliği de devlete vermiştir.

Tepkiler tarihi olan felsefede, akılcı hukuk okuluna tepki, tarihçi okuldan gelmiştir. Akılcı hukuk okulu düşünürleri akla dayanan düşünce sistemlerinde "a priori" ilkelere ve varsayımlara dayanarak "Rasyonalizm" dene akılcı yöntemle hukukun özünün ve niteliğinin ne olduğuna ilişkin araştırmalarında deneysel yöntemle münferit tarihi olayların gözlemlenmesiyle elde edilen "a

77 İzveren, Felsefe, s. 47.

78 Güriz, s. 237.

79 Abadan, s. 284.

80 Abadan, s. 288.

posteriori" bilgiden yararlanmayı düşünmemişlerdi. Akılcı hukuk okulunun bu boşluğunu ise tarihçi hukuk okulu doldurdu⁸¹.

Savigny (1779-1861), Burke (1729-1797) ve Puchta (1798-1846) bu okulun belli başlı temsilcileridir.

Tarihçi okul hukukun kaynağının halk bilincinde (Volkgeist'de)⁸² aranması ve hukukun tekamülünü tarihi bir olgu olarak inceleme konusu yapması, ulusların antropolojik ve bölgesel koşullar açısından toplumsal yaşantılarının hukukun kökeni ve gelişimi üzerinde yapılan araştırmalarda göz önünde bulundurulması gerektiğinin vurgulanması bakımından hukuk felsefesinde genellikle atılmış önemli bir adım kabul edilir⁸³.

Kıta Avrupası hukuk sistemi içinde olan ülkelerde devam eden bu tartışmalar ve tabî hukuka tepkilerden kaynaklanan düşünceler İngiltere'de farklı bir şekilde cereyan ediyordu. İngiliz felsefe sisteminin teorik olmaktan çok pratiğe dönüklüğü, Rasyonalizmden kaynaklanan ideal hukuk arama cehdine dönük Kıta Avrupası hukuk sisteminin aksine hukuku Rölativizme yöneltmiştir⁸⁴.

Tabî hukuka, Akılcı hukuk okulu ile birlikte Kıta Avrupasından, İngiltere'den Faydacı hukuk okulundan tepkiler geldi. Eski Yunan'dan beri bilinen hazcı (hedonist) ve faydacı (utilitarian) düşünceler İngiliz düşünürlerce 18.yy ortalarından itibaren etkin bir şekilde savunuldu. j. S. Mill (1806-1873), J. Bentham (1748-1832), ve bazı tartışmalı isimler bu akımın temsilcilerindendir.

Faydacı hukuk okuluna göre tabî hukuk ilkeleri sadece bir düştür. Hukuk hiç bir zaman tabiattan gelmez. Her zaman devlet eliyle yapılagelmiştir. Hukuk düzeni kararlı ve sürekli olmalıdır. Tabî hukuk belirgin değildir, ve bu haliyle boş bir kalıptan öteye geçmez. Devlet ile insan ilişkilerini en gerçekçi biçimde açıklayan ilke fayda ilkesidir. Devlet insanların ve toplumun yararı için vardır⁸⁵.

Tabî hukuk anlayışının revaç bulmasından bu yana tüm okullar hukukun kaynağının ne olduğunda tartışmalar bile ilahi olmadığında ittifak halindedir-

81 İzveren, Felsefe, s. 51.

82 Almanca "Volkgeist" tabiri, Türkçe'de halk ruhu tabirine denk düşer. Savigny'nin kullandığı zamanlarda bu kelime, umumi manada halkın ruhunu değil, fakat hususi ve mahalli topluluğunkini ifade ediyordu. Bkz. Hirsch Ernst, E., Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Dersleri, Ankara 1949, s.124.

83 İzveren, Felsefe, s. 52 ; Tarihçi okul için bkz. Güriz, s. 227 ; Abadan, s. 258.

84 Güriz, s.255.

85 Çeçen, s.154.

ler. Grotius'la başlayan hukukta lâiklik ne gariptir ki metafiziği savunmak için felsefesini sistemleştiren Kant'ta dahi devam eder. Ateizme karşı Tanrıyı müdafaa etme niyetinde olan Kant O'nu bilemez ilan etmiştir. Locke, Berkeley gibi düşünürler ise Tanrıyı tamamen şahsi algılara hapsederek dinlerin ortak görüşü olan Tanrının vahiyle bilinebileceği gerçeğini reddetmişlerdir. Bunu bilerek yapsınlar yada yapmasınlar, ortada bir gerçek var ki oda artık Avrupa'da hukukun lâik kimliğiyle Tanrı için çalışan ve O'nun ispatını düşünen düşünürlerce dahi kabul görmesidir.

Tarihçi okulunda hukukun kaynağını lâikleştirme açısından diğerlerinden farkı yoktur. Ötünde bazı tatbikat zorlukları olsa bile akılcı okuldan daha insafılı olduğu meydandadır. Faydacı okul, hukuku devlete vermekle belki bir gerçeği ifade ediyordu fakat tabî hukuk nasıl a priori kabullere dayanıyorsa onunki de bir başka a priori bir kabulden öteye gidememektedir. Devletin her zaman halkın yararına çalıştığı ne kadar doğrudur. Mill, sadece bu a priori düşüncesinden dolayı yasalar kötude olsa insanlar buna karşı gelmemeli⁸⁶ demiyor mu ?

Akılcı ve tarihçi okuldan sonrada hukuk felsefesi sahasında tartışmalar olmuştur. Hemen hepsinde dikkat çeken nokta hukuk kavramını din dışına dayamadır. Dikkat çeken bir başka nokta ise bunun yanında Kilisenin de sinmişlik psikolojisi ile olup bitenleri izlediğidir.

Machiavelli'den süregelen, Hobbes'le devam eden ve Hegel'le zirveye ulaşan devlet teorikte ne olursa olsun pratikte hukuku şekillendirmiş ve bu sahaya başka bir kudretin müdahalesine asla müsaade etmemiştir.

Roma devletinin ilk yıllarında din kaynaklı olan hukuk, devletin gelişmesi büyümesine oranla özellikle imparator emirnameleriyle lâikleşmeye başladı. Müstakil hukukçular sınıfının olması ve bunların hukuk üzerinde yaptıkları ciddi ve dikkatli çalışmalarla hukuk, Roma'da özel bir yere sahip oldu. Roma'da hukuk o kadar köklü ve saygındı ki Hıristiyanlık dahi bunu hemen hemen olduğu gibi kabul etti. Ortaçağ boyunca hukuk Kilise tekelinde olsa dahi temeli Roma Hukuku'ndan gelmedir. Kilise hukukunun temelini teşkil eden Roma Hukuku' Avrupa'da unutulmamıştır. Glossatorlar ve postglossatorlar'ın çalışmalarıyla Roma Hukuku Avrupa'ya yayıldı. Rönesans'la başlayan Antikiteye dönüş Roma Hukuku'nun yeniden canlanmasını netice verdi. O tarihlerde Hıristiyanlığa karşı başlayan muhalefet hareketi pek Tabî ki hukuka da yansdı. Yerel devletlerin hukuku tekellerine alma istekleri, monarşileri destekleyen düşünürler, iktisadi gelişmeler karşısında Kilisenin hukuk ve iktisat anlayışının yetmezliği, yeni kurulan devletlerin

86 Çeçen, s.156.

Kilise topraklarına göz dikmesiyle de perçinlenen Kilisenin nüfuzunu kırma girişimleri, bilimsel gelişmelerle yüzyıllık inançların sarsılması, kırk yamalı bohçaya dönen Hıristiyan akidesiyle artık yürümesi mümkün olmayan dünya hayatı...

Kilise başından hata yapmış Tanrıyı, insanı ve tabiatı yanlış tanımlamıştı. Bu yanlış tanımlar, sahip olduğu pek çok imkanın elinden alınması ile sonuçlanacaktı.

