



ARAŞTIRMA MAKALESİ / RESEARCH ARTICLE

İnsan Haklarının Felsefi Krizi: İslâmî Bir Perspektif*

The Philosophical Crisis of Human Rights: An Islamic Approach

Asım Cüneyd KÖKSAL**

Öz: Hanefî usûlünün kurucu isimlerinden Ebû Zeyd ed-Debûsî (ö. 430/1039), dünya hukuk tarihinde ilk defa temel ve devredilemez insan haklarından bahseden hukukçudur. İnsanın hukuki ve ahlâkî kapasitesini “ehliyet” başlığı altında fıkıh usûlünün önemli bir bahsi hâline getiren Debûsî olduğu gibi, ehliyeti ilk defa “vücub ehliyeti” ve “edâ ehliyeti” şeklinde iki kategoriye ayıran da kendisidir. Bu ayrım kendisinden sonra Hanefî geleneğinde yaygın bir kabul görmüştür. Bu gelenek vücub ehliyetinin zemininde “zimmet”in, yani modern anlamıyla hukuki kişiliğin bulunduğunu kabul etmiş ve fakat modern yaklaşımlardan farklı olarak ehliyet ve zimmeti “emanet” ile, yani Yüce Yaratıcı’ya gönüllü kulluk edebilme sorumluluk ve kabiliyetiyle ve insanog-lunun ezelde Yüce Allah ile yaptığı “İlk Sözleşme” ile irtibatlandırmıştır. Debûsî ilâhî hitabı anlamının ilkesi olarak akli, kişinin hukuki ve ahlâkî yükümlülükler altına girmesinin zemini olarak da zimmeti tespit ettikten sonra, akıl ve zimmetin işlev görebilmesi için insanın üç temel ve devredilemez hak ile, yani ismet, hürriyet ve mâlikiyet ile donatıldığını ifade etmiştir. Akıl ve zimmet insana Allah tarafından verili olduğu gibi, bu üç temel hak da O’nun tarafından ve emaneti yüklenen insanın insanlık vazifesini yerine getirebilmesi için bahşedilmiştir. Böylelikle temel ve devredilemez haklar teorisi dünya tarihinde ilk defa İslâm-Hanefî hukuk teorisi içerisinde dile getirilmiş olmaktadır.

Batı’da *ius naturale* ibaresi hem kadim bir tarihe sahip olan “doğal hukuk”, hem de “doğal haklar”ı kapsar. Objektif doğal hak/klasik doğal hukuk geleneği ödev ve yükümlülük merkezliken, sübjektif doğal hak/modern doğal hukuk anlayışı bireysel özgürlük ve bireyin egemenliği fikri üzerinde temellenmektedir. Klasik doğal hukuk anlayışı, şeylerin düzeni ve amaçlılık (her varlığın kendisine mahsus bir amaca yönelmişliği) fikirleriyle elele yürür. Böylece kâinat bütün unsurlarıyla amaçlı ve ahlâkî bir düzen olmuş olur. Bazı müellifler modern doğal hakların, klasik doğal hukukun bir devamı olduğunu savunurken, bazıları ise modern doğal haklar anlayışının doğal hukuktan bir kopuşu temsil ettiği kanaatindedir. Leo Strauss’a göre Hobbes ve Locke ile başlayan bu dönüşüm, ikisini farklı doktrinler olarak görmemizi gerektiren esasa ilişkin bir dönüşümdür. Michel Villey modern sübjektif doğal hak anlayışını Ockhamlı William ile başlatırken, Brian Tierney söz konusu anlayışın kökenlerini William’dan epeyce önce, 12. ve 13. yüzyılda yaşayan kanon (kilise hukuku) hukukçularının çalışmalarıyla başlatır. Fakat hiçbir araştırmacı, sübjektif doğal haklar ile 11. yüzyılın ilk yarısında vefat eden Debûsî’nin üç temel hakkı arasında bir bağlantı kurmamıştır.

* Bu makalenin yazımındaki çok değerli katkılarından dolayı, kıymetli hocam Prof. Dr. Ahmet Ayhan Çiti ile müteşekkirim.

** Prof. Dr., Marmara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi İslâm Hukuku Anabilim Dalı, akoksal@marmara.edu.tr
Orcid No: 0000-0002-9840-274X

Doğal insan hakları anlayışının Batı'ya mahsus bir icat olduğunu söyleyen ve bu anlayışın kökenlerini en erken 12 ve 13. yüzyıl Orta Çağ Hristiyan hukuk düşüncesinde bulan yaklaşımların yanı sıra, doğal insan hakları anlayışının yine Batı icadı olduğunu kabul etmekle birlikte bu anlayışın aynı zamanda modern bir icat olduğunu savunular da vardır. Modernitenin özne merkezli kavrayışına yönelik eleştirilerde bu düşünce ortaya çıkar ve bu yaklaşımda doğal insan hakları anlayışı, öznel bireyciliğin ayrılmaz bir unsuru olarak kavrandığı için kabul edilmeyen bir fikir olarak görülür. Haklar ancak bağımsız birer birey olarak kavranabilen fertler için söz konusu olabileceğine göre, toplumu esas alan sosyalist ve komüniteryan düşünceler de doğal insan hakları düşüncesini liberalizmin karakteristik bir unsuru olarak görüp reddetmişlerdir. Böyle yaklaşımlar için haklar değil vazifeler esastır. Hukuki pozitivistler ise hak kavramını, metafizik yüklü olduğu gerekçesiyle devre dışı bırakmışlardır.

Batı düşüncesinde John Locke'un (ö. 1704) ifade ettiği ve Debûsî'nin listesiyle aynı olan üç temel hak, zamanla modern insan hakları anlayışının çekirdek fikrini oluşturmuştur. John Locke, siyasi toplumun meydana gelmesinden önceki doğa durumunda her insanın hayat, hürriyet ve mülkiyet haklarına eşit olarak ve ellerinden alınamaz bir biçimde sahip olduklarını ifade eder. Öyle anlaşılıyor ki ilk defa Debûsî'nin dile getirdiği ve sonradan Hanefilerin müşterek anlayışı hâline gelen ehliyet ve doğal haklar teorisi Locke tarafından -doğrudan veya Orta Çağ hukukçuları aracılığıyla dolaylı olarak- kendi liberal haklar anlayışı içerisine kısmen sekülerize edilmek suretiyle adapte edilmiş, sonrasında ise bu anlayış daha da sekülerleştirilerek (Tanrı ile alakası tamamen kesilerek) bugün bildiğimiz temel insan hakları anlayışının nüvesini oluşturmuştur. Müslüman toplumlarda toplumsal ve siyasi hayat esas olduğu için, Hobbes ve Locke gibi düşünürlerin tasavvur ettiği türden muhayyel bir doğal durum (tabiat hâli: *status naturae*) anlayışına ihtiyaç duyulmamıştır.

Doğal insan hakları düşüncesi 18. yüzyıldaki büyük devrimlere ilham kaynağı olmuştur. 1776 tarihli Amerikan Bağımsızlık Bildirisi'nde (*Declaration of Independence*) Bütün insanların eşit yaratıldıkları ve Tanrı tarafından kendilerine devredilemez bazı haklar verildiği ifade edilir. Bu tarihten 13 yıl sonra, Fransız İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirisi'nde (*Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen*) ise doğal haklar anlayışı kendinde apaçık bir hakikat imiş gibi kabul edilmekle birlikte bu hakların kaynağına, yani Tanrı'ya herhangi bir atıf yapılmaz.

Doğal insan hakları anlayışı 19. yüzyılda hukuki pozitivistizmin hâkimiyeti nedeniyle metafizik bir bakiye olarak görüldüğü için gözden düşmüş, 20. yüzyılın ilk yarısında ise, iki dünya savaşının oluşturduğu fiili zorunluluklar sebebiyle tekrar Batı hukuk ve siyaset düşüncesinin gündemine girmiştir. Fakat artık doğal hakların dayandığı metafizik zemin kalmamıştır, bu sebeple günümüzde doğal insan hakları felsefi açıdan bir köken krizi içindedir.

Anahtar kelimeler: İnsan hakları, doğal hukuk, doğal haklar, doğal durum, hürriyet, mülkiyet, ismet

Abstract: Abū Zayd al-Dabūsī (d. 430/1039), one of the leading figures in Hanafite *uṣūl al-fiqh*, is the first who mentioned the basic and inalienable human rights in the history of jurisprudence. Al-Dabūsī, was the first scholar to introduce the concept of “*ahliyya*” i.e. the legal and moral capacity of men, as an important issue of *uṣūl al-fiqh* (the philosophy and methodology of Islamic jurisprudence), as well, he was the first to divide the *ahliyya* into two categories. This distinction was widely accepted in the Hanafi tradition after him. This tradition acknowledged that the “*dhimma*”, that is, the legal personality in the modern sense, is the basis of the *ahliyyat al-wujub*, but unlike modern

approaches, they have established a firm relationship between the legal/moral capacity of men and the duties of human beings towards the Supreme Creator. Al-Dabūsî determined the reason/intellect as the principle of understanding the divine speech, and he identified the *dhimma* as the basis for a person to be under legal and moral obligations. After that he stated that human beings are equipped with three basic and inalienable rights, namely *‘iṣma* (immunity of life and property), liberty and property, in order for reason and *dhimma* to function. Just as reason and *dhimma* were bestowed on the human being by God, these three basic rights were also bestowed by Him so that man can fulfill his duty towards humanity. Thus, the theory of basic and inalienable rights was expressed for the first time in world history by the Islamic-Hanafi legal theory.

The Latin phrase *ius naturale* covers both “natural law” –which has an ancient history– and “natural rights” in Western legal history. While objective natural rights/classical natural law tradition is centered on duty and obligation, the concept of subjective natural rights/ modern natural law is based on the idea of individual freedom and the sovereignty of the individual. The classical understanding of natural law goes hand in hand with the idea of order of things and the teleological conception of universe. Thus, the universe becomes a purposeful and moral order with all its elements. While some authors argue that modern natural rights are a continuation of classical natural law, others believe that the conception of modern natural rights represents a break with natural law. According to Leo Strauss, this transformation that started with Hobbes and Locke is a fundamental one that requires us to see the two as different doctrines. While Michel Villey started the modern understanding of subjective natural rights with William of Ockham, Brian Tierney started her origins with the works of canon lawyers, who lived during the 12th and 13th centuries, well before William. However, no researcher has established a link between subjective natural rights and the three fundamental rights of al-Dabūsî, who died in the first half of the 11th century.

There are approaches that admit the conception of natural human rights is a Western invention, and seek the origins of this understanding in the thought of the 12th and the 13th century medieval Christian law. However, there are also approaches that although admitting that the concept of natural human rights originates from the West, argue that this conception is a modern invention. In the criticism towards the subject-centered conception of modernity, this idea emerges, and in this approach, the understanding of natural human rights is seen as an unacceptable idea as it is perceived as an integral element of subjective individualism. Since rights can only be an issue for individuals who can be conceived as independent individuals, socialist and communitarian thoughts have also seen the natural human rights thought as a characteristic element of liberalism and rejected them. Duties, not rights, are essential for such approaches. Legal positivists, on the other hand, undermined the concept of rights on the grounds that it was loaded with metaphysics.

Three basic rights expressed by John Locke (d. 1704) in the Western thought which were the same as the list of al-Dabūsî became in time the core notion of the modern understanding of human rights. John Locke says that in the state of nature before the occurrence of political society, every person has the right to life, liberty and property, equally and inalienably.

It seems that the legal-moral capacity (*ahliyya*) and natural rights theory, which al-Dabūsî expressed for the first time, and which later became the common understanding of Hanafis, was partially secularized and adapted by Locke into his own understanding of liberal rights, whether directly by him or indirectly through medieval lawyers. After him this conception was completely secularized and formed the core of the basic

understanding of human rights we know today. Since social and political life is essential in Muslim societies, there is no need for an imaginative state of nature (*status naturae*) conceived by thinkers such as Hobbes and Locke.

The idea of natural rights inspired the great revolutions in the 18th century. In the American Declaration of Independence of 1776, it is stated that all people are created equally and given some inalienable rights by God. In the French Declaration of Human and Citizens' Rights (*Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen*), thirteen years after this date, the natural rights understanding is accepted as a clear truth in itself, but no reference are made again to the source of these rights, that is, God. The idea of natural rights fell into disarray in the 19th century due to the dominance of legal positivism, but returned to the agenda of Western legal and political thought in the 20th century due to actual necessities that emerged from the two world wars. Still, there is no longer a metaphysical ground on which natural rights are based, so today, natural human rights are in a philosophical crisis of origin.

Key words: Human rights, natural law, natural rights, state of nature, liberty, property, *işma* (immunity of life and property)

Giriş

Temel ve devredilemez insan hakları anlayışının açık ifadesi, tespitlerimize göre hukuk tarihinde ilk defa Hanefî-İslâm hukuk bilginlerine, daha belirgin olarak söylemek gerekirse de Ebû Zeyd ed-Debûsî'ye (ö. 430/1039) aittir. Debûsî meseleyi ehliyet, yani fertlerin hukuki kapasitesi bağlamında inceler. Ehliyet onun sistemine göre zimmet, akıl ve emanet kavramlarıyla sıkı biçimde irtibatlıdır ve bu kavramların oluşturduğu anlam haritası içerisinde temel ve devredilemez insan hakları anlamlı hâle gelir. Batı hukuk ve siyaset düşüncesi tarihinde ise -kadim bir tarihi olan- doğal hukuk düşüncesinden doğal haklar anlayışına doğru bir dönüşüm gerçekleşmiş ve her insanın doğuştan gelen temel birtakım haklara sahip olduğu anlayışı, bilhassa John Locke'un (ö. 1704) ifade ettiği ve Debûsî'nin listesiyle aynı olan üç temel hak, modern dünyada insan hakları anlayışının çekirdek fikrini oluşturmuştur. Sözü edilen dönüşümü açıklamaya çalışan bazı teoriler bulunmakla birlikte, akademik çalışmalarda Hanefî geleneğinin temel haklar anlayışı ile Locke'un temsil ettiği liberal doğal haklar anlayışı arasında bağlantı kurulmamıştır. Bu makalede bu iki anlayış arasındaki benzerliklere işaret edilecek, sonrasında 19. yüzyılda hukuk düşüncesi tarihine intikal etmiş olan ve 20. yüzyıldan itibaren yeniden ihya edilen doğal insan hakları anlayışının felsefi zeminsizliği tartışılacaktır. 19. yüzyılda hukuki pozitivizmin hâkimiyeti altına giren ve belirli bir hukuk sistemini önceleyen doğal haklar anlayışını terk eden Batı hukuk ve siyaset düşüncesinin, 20. yüzyılda iki dünya savaşının meydana getirdiği fiilî zorunluluklar sebebiyle doğal insan hakları anlayışına dönmeye mecbur kaldığı, fakat bunu yaparken bu düşüncenin metafizik kökenlerini tamamen gözardı ettiği için doğal insan hakları düşüncesinin felsefi temellendirmesinin başarısız kaldığı tezi işlenecektir. Bu ana fikir Douzinas ve Arendt'in yanı sıra çeşitli hukuk ve siyaset felsefecilerinin de vurgu yaptıkları insan haklarının siyasi bir tahakküm aracı olarak kullanılması ihtimali veya tehlikesi ile irtibatlı biçimde ele alınacaktır. Makalenin temel tezi, herhangi bir hukuk sistemini önceleyen doğal insan hakları düşüncesinin tutarlı bir felsefi temellendirmesinin post-metafizik ve seküler bir bağlamda yapılamayacağı, bunun ancak dinî-metafizik bir düşünce bağlamında mümkün olabileceğidir.

1. Hanefî Teorinin Zemini: Emanet, Ehliyet ve Zimmet¹

Ehliyet, Orta Asyalı Hanefî hukukçular tarafından, insanın dinî ve hukuki bakımdan muhatap kabul edilmeye elverişli ve yeterli oluşunu ifade eden bir fikhî terim olarak geliştirilmiştir. Hanefî fıkıh usûlü kaynaklarında ehliyet insanın lehindeki ve aleyhindeki hakların kendisi hakkında vücûbuna (bir başka ifadeyle hak ve vazifelerin bağlayıcılığına) salâhiyeti olarak açıklanır.² Ehliyetin fıkıh usûlü disiplininin değişmez başlıkları arasına girmesini sağ-

1 Makalenin bu birinci başlığının muhtevası, büyük ölçüde şu makaleme dayanmaktadır: "Hanefî Fıkıh Düşüncesinde Vücûb-Eda Ehliyeti Ayırımı ve Bu Ayırımla İlişkili İki Mesele", s. 105-122

2 Buhârî, *Keşfü'l-Esrâr*, IV, 393; Bâbertî, *et-Takrîr*, VII, 373.

layan Debûsî olduğu gibi, ehliyeti ilk defa “vücûb ehliyeti” ve “edâ ehliyeti” şeklinde iki kategoriye ayıran da kendisidir. Bu ayırım kendisinden sonra yaygın bir kabul görmüştür. Kısaca ifade etmek gerekirse, vücûb ehliyeti insanın şer’î hak ve vazifelere muhatap, vecibeler yüklenmeye ve başkalarını borçlandırmaya salâhiyet sahibi olması, eda ehliyeti ise işlediği fiillerin şer’an itibara alınabilir, yani bunlara dinî-hukuki sonuç bağlanabilir nitelikte oluşuna elverişli olması demektir.³ Fakihler vücûb ehliyetini “zimmet”e, eda ehliyetini ise akıl ve kudrete dayandırmışlardır.

Debûsî vücûb ehliyetini “şer’an belirlenmiş hakların kendi üzerine vacib olmasına insanın ehliyeti”⁴ şeklinde açıklar ve bu ehliyet türünü “ve bu, insanın yüklendiği emanettir” demek suretiyle Kur’an’da zikredilen⁵ “emanet” ile özdeşleştirir.⁶ Buna göre göklerin, yerin ve dağların kabulden imtina ettikleri ve insanın yüklendiği emanet; ilâhî buyruklara muhatap, mükellef ve sorumlu olma, Yaratıcı’ya gönüllü olarak kulluk edebilme kabiliyet ve kapasitesine sahip olmaktır. Böyle bir sorumluluk temelini akıl ve zimmette bulur. Ancak insanın kendisine bahşedilen akıl ve zimmetle sorumlu ve mükellef olabilmesi, üstlendiği emaneti hakkıyla taşıyabilmesi için yeterli değildir. Böyle bir emaneti taşıyabilmek için bunun sorumluluklarını yerine getirebilmeye yeterli bir hürriyetin, yol ayrımalarında farklı şıkları tercih etmeye imkân verecek bir irade özgürlüğünün de insanın tabiatında bulunması gerekir. Ayrıca insanın üstlendiği vecibeleri ifa edebilmesi için yaşadığı dünya içerisindeki eşya üzerinde tasarruf edebilme, yani ihtiyaç duyduğu nesnelere ile arasında belirli bir ihtisas biçiminin, mülkiyet ilişkisinin kurulabilme imkânının da meşru kabul edilmesi lazımdır. Bütün bunları koruyup tamamlaması ve devamlılığını sağlaması bakımından da insanın maddi varlığı, hürriyeti ve mülkiyet hakkı diğerlerine karşı korunmalı ve güveneye alınmalıdır. Bu bakımdan Debûsî vücûb ehliyeti ile hürriyet, mülkiyet ve dokunulmazlık (*ismet*) arasında, birbirlerinden ayrılmaları tasavvur edilemeyecek bir bütünlük olduğunu düşünmektedir.

Vücûb ehliyetinin temelinde yer alan zimmet, kişilerin borçlanmasını ve karşı tarafı borçlandırmasını sağlayan bir vasıf olup büyük ölçüde günümüz hukuk dilindeki “hukuki şahsiyet”e tekabül eder. Fukaha zimmeti vücûb ehliyetinin mahalli, yani içinde yer tuttuğu muhayyel bir mekân, bir zarf olarak kabul etmişlerdir.⁷ Debûsî’nin ifadesiyle “Âdemoğlu zimmet sayesinde *vücûb aleyh* ehlidir ve dolayısıyla vücûbun mahalli zimmettir. ‘Onun zimmetinde falan şey sabit oldu’ denilir ve vücûb başka bir şeye izafe edilmez.”⁸ Âdemoğlu zimmetiyle birlikte yaratıldığı için, vücûb ehliyeti de insanın varoluşuyla birlikte varlık kazanır. İnsanoğlunu, kendisine bir sorumluluk yüklenmesine, kendisini bir şeyle mükellef kılınmasına

3 Molla Fenârî, *Fusûlü’l-bedâyi*, I, 283.

4 *ehliyyetü’l-âdemî li-vücûbî’l-hukûk el-meşrû’a aleyh*

5 33/el-Ahzâb: 72.

6 Debûsî, *Takvîmü’l-edille*, 417.

7 Tefâtânî, *Telvîh*, II, 348-9.

8 Debûsî, *Takvîmü’l-edille*, s. 417.

elverişli, lâıyk ve sâlih kılan vasıf işte bu zimmettir. Bundan dolayı da vücûb başka bir şeye değil, ancak zimmete izafe edilir ve canlılar arasında yalnız insanda zimmet bulunduğu için de vücûb sadece insan hakkında söz konusu olur.⁹ Debûsî'nin akıl ile zimmeti birbirinden ayırmasından da anlaşılacağı üzere Hanefî fukahasına göre insanı diğer canlılardan ayırt eden hususiyet yalnız düşünmek ve bilmekten ibaret değildir, dolayısıyla insanın mümeyyiz vasfı sadece akıldır denilemez. İnsan diğer canlılardan aynı zamanda sorumlu olması, lehinde ve aleyhinde yükümlülükler ihdas edebilmesi, hak ve vazifelere ehil olmasıyla ayrılır. İnsanı bu manada sorumlu bir varlık kılan hususiyeti ise zimmettir. Buna göre zimmet olmadan aklın var olduğu farz edilecek, mesela insan dışında bir canlıya akıl nakledilebilecek (veya kendi kendine karar verebilen bir yapay zekâ geliştirecek) olsa, o varlık hak ve vazifelere muhatap ve bunlarla sorumlu olamayacaktır. Bundan dolayı da zimmet ehliyetin sebebi, akıl ise şartı konumundadır.¹⁰

Debûsî vücûb ehliyetinin dayanağı olan zimmetin metafizik kökenini Kur'an'da Allah ile insan arasında gerçekleştiği anlatılan İlk Ahit'e¹¹ dayandırır.¹² Zira bu âyette Allah, insanları kendi hitabına layık kılmış, onları muhatap olarak kabul etmiştir. İnsanlar kendi aleyhlerine şahit kılınmış, Allah Teâlâ'nın birliğini ve O'nun kulları üstündeki haklarını ikrar etmişlerdir. "Şu hâlde onlarda öyle bir vasıf mevcut olmalıdır ki o vasıf sayesinde kendilerine herhangi bir şeyin vacip olması mümkün olabilsin."¹³ Müslüman geleneğinde "Bezm-i Elest" diye bilinen bu sözleşme, yine Kur'an'da insana yüklendiği bildirilen emaneti, insanoglunun kabul edip ona riayet edeceği manasını da içermektedir. Buna göre insanoglunun hemcinsiyle gerçekleştirdiği bütün ahitleşmelerin, yani her türlü hukuki muamele ve sözleşmelerin nihai meşruiyeti, onun Yaratıcı ile yaptığı ve kendisinde borçlu olma ve borçlu kılma kabiliyetinin var olduğunu ispat ve ilan eden bu ilk sözleşmeye dayanır.

2. Üç Temel İnsan Hakkı: İsmet, Hürriyet ve Mâlikiyet

Debûsî, kendisinden sonra Hanefî teorinin standart ifadesi hâline gelecek olan açıklamasında, insan fertlerini dinî-hukuki sorumluluğun muhatabı, modern ifadesiyle birer hukuki kişi hâline getiren zimmet ve akli, insanın temel ve devredilemez haklarının, yani dokunulmazlık (*ismet*), özgürlük (*hürriyet*) ve mülkiyetin (*mâlikiyet*) zeminine yerleştirmekte ve bütün bunları da emanetle birbirinden ayrılmaz biçimde irtibatlandırmaktadır:

9 Serahsî, *Usûl*, II, 333; Buhârî, *Keşfü'l-esrâr*, IV, 394.

10 Teftâzânî, *Telvîh*, II, 348; Kuhistânî, *Câmiu'r-rumûz*, II, 109; İbn Emîr el-Hâc, *et-Takrîr ve't-tahbîr*, II, 164; Tehânevî, *Keşşâf*, I, 826; Leknevî, *Umdetü'r-riâye*, V, 320; Nigerî, *Düstûru'l-ulemâ*, II, 125; Büyük Haydar Efendi, *Usûl-i Fıkh Dersleri*, s. 505.

11 7/el-Arâf: 172.

12 Debûsî, *Takvimü'l-edille*, 417; Serahsî, *Usûl*, II, 333; Pezdevî, *Kenz*, IV, 394-5.

13 Sadruşşeria, *Tavzîh*, II, 348-9.

Yüce Allah emanetini taşıması için insanı yarattığı zaman ona akıl ve zimmet bahşedip insan da bu zimmet sayesinde hakların ve yükümlülüklerin bağlayıcı kılınmasına¹⁴ ehil hâle gelince, insan için ismet, hürriyet ve malikiyet hakkı sabit olmuştur. Böylelikle haklarını taşıması ve -Allah'ın "emanet" diye isimlendirmiş olduğu- Allah haklarının (*hukûkullah*) kendisi hakkında sabit olması mümkün oldu. Tıpkı kâfirlerle ahitleşip onlara zimmet verdiğimizde dünyada Müslümanların haklarına ve yükümlülüklerine sahip oldukları gibi.

Âdemî (insan) ancak bu ahit ve zimmetle birlikte ve dolayısıyla şeriatın kendisiyle ilgili yükümlülüklerini üstlenmeye ehil olarak yaratılır, tıpkı ancak hür ve haklarına mâlik olarak yaratıldığı gibi. Bütün bu kerametler [insanı değerli bir varlık hâline getiren özellikler], yalnızca zimmete dayalı olarak ve Allah'ın haklarını yüklenmiş olduğu için kendisi hakkında sabit olmuştur.¹⁵

Debûsî'nin bu çok önemli cümleleri, başta Serahsî (ö. 483/1090) olmak üzere sonraki Hanefî geleneği tarafından hemen hemen aynı ifadelerle tekrar edilmiştir.¹⁶ Hanefî teoride insanın hür oluşunun zemini ve gerekçesi olan vücûb ehliyetinin temel bir hususiyeti, kişinin irade ve ihtiyarına bağlı olmaması, yani "cebrî" olmasıdır. İnsanın dinî-hukuki sorumluluğa ehil, borçlanmaya ve borçlandırmaya kabiliyetli bir biçimde yaratılmış olmasının bir sonucu olan bu durum, zimmete bağlı olan hakları da kapsar. Yani insanın hür, mülkiyet hakkına sahip ve dokunulmaz bir varlık olması da kendi tercihine bırakılmış hususlar değildir. Debûsî bu durumu şöyle ifade eder:

Âdemoğlunu buluştan sonra bağlayan bütün bu şer'î haklar, ihtiyarına bağlı olmaksızın cebrî olarak -istesin veya istemesin- kendisi için zorunludur (*vâcib*). Aleyhindeki zorunluluk/vücûb ona ihtiyarı ve temyizi sebebiyle taalluk etmeyince, vücûbun akıl veya temyiz kudretine ihtiyaç duymadığı ortaya çıkar.¹⁷

Serahsî bu noktayı biraz daha açık biçimde şöyle dile getirir:

İşte bu hürriyet, ismet ve mâlikiyet kişi dünyaya geldiği andan itibaren sabittir, bu hususta mümeyyiz olanla olmayan eşittir. Aynı şekilde kendisine bağlı hakların bağlayıcı olmasını sağlayan zimmet de hem mümeyyiz hem de gayri mümeyyiz kişiler için eşit biçimde doğumdan itibaren sabittir.¹⁸

14 Debûsî burada "vücûb" kelimesini kullanır. Hakların (*hukûk leh*) bağlayıcılığı karşı tarafa, yükümlülüklerin (*hukûk aleyh*) bağlayıcılığı ise bizzat bu hakların sahibi olan özneye aittir. İnsan bir hukuk kişisi hâline geldikten sonra, sözlü ve fiilî tasarrufları sayesinde bazen sadece kendisi, kimi zaman sadece karşı taraf, bazı durumlarda da her iki taraf açısından birtakım hususları bağlayıcı hâle getirebilme kapasitesine sahip olmaktadır.

15 Debûsî, *Takvîm*, s. 417.

16 Serahsî, *Usûl*, II, 334.

17 Debûsî, *Takvîm*, s. 417; Serahsî, *Usûl*, II, 334.

18 Serahsî, *Usûl*, II, 334.

Böylelikle, emaneti yüklenen insan, bu emanetin hakkını verebilmek için akıl ve zimmetle donatılmış, ayrıca sorumluluğunu yerine getirebilmesi için devredilemez nitelikteki üç tane temel hak ile birlikte dünyaya gelmiştir.

Hanefî teorinin insan haklarını temellendirişinde en fazla dikkat edilmesi gereken nokta, üç temel ve devredilemez hakkın herhangi bir hukuk sistemini önceliyor oluşudur. İnsan herhangi bir devletin vatandaşı veya herhangi bir hukuk sistemine tabi oluşu sebebiyle değil, yalnızca insan olması dolayısıyla ve doğrudan doğruya Allah tarafından bahşedilen hakların sahibidir. Şer'î hukuk sistemi ise bu hakların içerdiği güvenceleri sağlamakta, yani kendisini önceleyen bu hakları himaye etmektedir. Özellikle ismet ve mâlikiyet haklarının sağlıklı biçimde işletilebilmesi için hukuk düzeninin bunları himaye etmesi gereklidir.

Hanefî fakihlerin üzerinde durduğu bu üç temel hakkın zemininde hayat hakkı vardır: İnsan yaşamak için doğar. Seyyid Bey (ö. 1925) bu noktaya dikkat çekerek, fakihlere “İnsan için her yönden sabit ve ona mahsus olan şey nedir?” diye sorulduğunda, “Her şeyden önce hayattır, yaşamaktır” cevabını vereceklerini söyler. Böylece hayat hakkı hürriyeti ve doğal olarak diğer iki hakkı da öncelemektedir. Yüce kudret insanı yaşamak için vücuda getirmiş ve yaşaması için gerekli sebep ve araçları da ona bahşetmiştir. İşte, insanın yaşamak için dünyaya geldiği önermesi kabul edilince bunun neticesi olarak ismet, hürriyet ve mâlikiyet haklarının kabul edilmesi de gerekecektir. Buna göre insan ile bu hayat hakkı arasında her yönden sabit tam bir ihtisas bulunduğu, yani bu ikisi arasında karşılıklı olarak birbirini gerektirme ve birbirine mahsus olma ilişkisi bulunduğu, söz konusu ilişkiyi sabit kılanın da ilâhî bir vergi olan insan mahiyeti, yani insanın değişmez doğası olduğu anlaşılıyor. Doğal haklar anlayışını kabul eden Rousseau ve Kant gibi filozofların doğal haklardan maksadının bu olduğunu söyleyen Seyyid Bey, onların fakihlerden farklı olarak meseleyi irade ve hürriyetten kavradıklarını ifade eder. Onlara göre hakların esası iradedir, hürriyettir. Fakihler ise öncelikle hayat hakkını tespit ettikten sonra hayatın zorunlu unsurlarından olan diğer üç hakkı hayat hakkı üzerine bina ederler:

Bu daha sağlam bir esastır. Ferdçiler [individualistler] insan hür olarak doğar diyorlar. Biz insan yaşamak için doğar diyoruz. Maahazâ bunların ikisi de bir yere varır. Tabirler başka başka ise de maksad birdir. Çünkü hayat, yaşamak hakkı insan için fitrî ve cibillî bir zaruret olunca onun netâyic ve levâzımından olan şeyler de birer zaruret olur. Binâ-naleyh yaşamak için zarûrî olan, onun mevkûfun ‘aleyhi olan şeyler de insanın, ferdin fitrî ve zarûrî hükûdudur. Hukûk-ı tabî'ye demek de bu demektir.¹⁹

Debûsî'nin ilk olarak zikrettiği “ismet” bir hukuk terimi olarak her şeyden önce can ve mal dokunulmazlığını ifade eder. Fertler hem diğer fertlerin hem devlet yetkililerinin hukuka aykırı taarruzlarından korunmuştur. Buna göre ismet, içerisinde iki temel hakkı barındıran bir üst kavram olmaktadır. Can ve mal dokunulmazlığını sağlayan unsurun ne olduğu

19 Seyyid Bey, *Konferans*, s. 18-9, 37-8.

fakihlerce tartışılmıştır. Hanefî hukukçular, can ve mal dokunulmazlığının temelinde “insanlık” (*âdemoiyyet*) sıfatının olduğunu söylerler: “Dokunulmazlığın temelinde insanlık vardır” (*el-‘ismetu bi’l-âdemoiyye*)²⁰. Hanefîler dışındaki fakihler ise, dokunulmazlığın, dârü-lâmda yaşayan Müslüman ve gayrimüslim “vatandaş”ların hakkı olduğunu savunmuşlardır. Buna göre “dokunulmazlığın temelinde ya iman veya eman (anlaşma) vardır.” Şentürk, Hanefî yaklaşımını “evrenselcilik”, cumhurun yaklaşımını ise “cemaatçilik” şeklinde nitelendirir.²¹ Hanefî teorinin anahtar kavramı olan “âdemoiyyet”, erkek ve kadın, Müslüman ve gayrimüslim, Hz. Âdem’in soyundan gelmesi bakımından tüm insanları ifade eden bir soyutlamadır. “İnsan haklarının dayandırıldığı evrensel bir kategori olarak ‘âdemoiyyet’, Hanefî düşüncesinin bir özelliğidir.”²² Hanefî hukukçulara göre âdemoiyyet mülk sahibi olmayı, nikâhlanarak aile kurmayı ve başkalarıyla anlaşma yapmayı mümkün kılan temel niteliklerdir.²³

Temel hakların korunması ve dokunulmazlık kavramı milletlerarası düzlemde, özellikle de hasmane ilişkilerin hâkim olduğu dönemlerde ayrı bir önem taşır. Can ve mal dokunulmazlığının insan olmakla mı, İslâm’a girmekle ya da eman ve zimmetle mi kazanılacağı fakihler arasında önemli bir tartışma konusu olmuştur. Şâfiîler’in başı çektiği bir grup âlim Hz. Peygamber’in, “Allah’tan başka ilâh yoktur demelerine kadar insanlarla savaşmakla emrolundum; kim Allah’tan başka ilâh yoktur derse malını ve canını benden korumuş olur” (Buhârî, “İ’tişâm”, 2, “Cihâd”, 102; Müslim, “İmân”, 32-33) sözünden hareketle bu dokunulmazlığın İslâm’a girmekle veya Müslümanların himayesini kabul etmekle (eman, zimmet) kazanılacağı, aksi halde can ve malın mubah ve dolayısıyla savaşın meşruiyetine bizzat küfrün sebep olduğu görüşündedir. Daha çok dönemlerindeki sürekli savaş hâlini ölçü alan ve ona uygun bir teori geliştiren bu fakihlere karşı Hanefîler’le bir grup Mâlikî ve Hanbelî fakihî ise din ve inancına bakılmaksızın insanın ilke olarak mâsum ve ismet sebebinin de insan olma vasfı olduğu, ancak Müslümanlara savaş açılması ve haklarına tecavüz edilmesi durumunda bu dokunulmazlığın kalktığı, savaşın meşruiyet sebebinin küfür değil Müslümanlara yönelik savaş olduğu görüşünü savunur.²⁴

Hanefîlerin temsil ettiği bu görüşe göre, yüklendiği sorumluluğu yerine getirebilmeleri için insanlar, salt insan olmaları sebebiyle ismet sıfatıyla donanmış şekilde yaratılmışlardır. Böylelikle dokunulmazlık insanlığın ayrılmaz bir gereği olarak düşünülür. Dokunulmazlığın düşmesi ise inanç farklılığı sebebiyle değil, Müslümanların can ve mallarına karşı tecavüz suçu sebebiyle gerçekleşir.²⁵

20 Merginânî’nin *el-Hidâye*’sinden naklen Şentürk, *İnsan Hakları ve İslâm*, s. 36.

21 Şentürk, *İnsan Hakları ve İslâm*, s. 36.

22 Şentürk, *İnsan Hakları ve İslâm*, s. 39.

23 Şentürk, *İnsan Hakları ve İslâm*, s. 40.

24 Şentürk, “İsmet”, *DİA*, XXIII, 137.

25 Şentürk, “İsmet”, *DİA*, XXIII, 137.

Görüldüğü üzere Hanefî hukukunda ismet kavramı insan olmaya dayalı olup diğer iki temel hak gibi insana verilir. Bununla birlikte dokunulmazlığın hukuki açıdan korunabilmesi için fiilî bir şart olarak velâyet (otorite)²⁶ gereklidir. Bu sebeple ismetin “mukavvime” ve “müessime” olmak üzere iki türünden bahsedilir. Hanefilere göre ismet-i müessime her yerde geçerli iken, ismet-i mukavvime dârüislâm'da ikamet etmeye bağlıdır. İsmet-i müessime, günaha sebep olan bir suç olarak kabul edildiği için müeyyidesi ahlaki ve dinîdir. İsmet-i mukavvime ise aynı zamanda hukuki müeyyideye sahip olup cezalandırılabilen ihlalleri ifade eder. Dârülharbde ismetin ihlali, Müslüman yönetimin cezalandırabilme yetkisinin ötesinde olduğu için, suçlunun yalnız kefaret vermesi gerekir. Şâfiîler ise ismet-i mukavvimenin belirli bir alanla sınırlı olmadığını, dârüislâm olsun olmasın Müslümanların her yerde ismet-i mukavvimedan yararlandığını savunurlar. Fakat Müslümanların kontrolü dışında yaşayanların dokunulmazlığının nasıl sağlanacağı meselesi, Şâfiîler açısından bir problemdir. Bu fiilî durum sebebiyle Hanefîler ismet-i mukavvimeyi dârülharbde geçerli görmez. “Hanefîler, insan haklarının evrenselliğine inandıkları hâlde yasal ve siyasi olarak onu müeyyide ile uygulayacak kurumsal düzenlemelerin eksikliği onları, dârüislâm dışındaki insan haklarının korunmasını ahlaki ve dinî bir sorumluluk olarak nitelemeye zorlamıştır.”²⁷ Bu yaklaşım, devletin sınırları dışındaki vatandaşlarını korumakla sorumlu olmadığı anlamına gelir. Hanefîlerin bu yaklaşımının gerçekçi bir bakış açısına dayandığını söylemek mümkündür. İnsan hakkı ihlallerinde uygulanacak yasal yaptırımların ancak devlet sınırları dâhilinde mümkün olup dışarıdaki ihlallere yasal yaptırım uygulanamayışının kabulü, devletlerin hâkimiyet sahası dışındaki ihlallere müdahale edebilmelerinin hukuki zemininin günümüzde bile oldukça belirsiz ve problemli olduğu düşünülürse rasyonel bir çözüm kabul edilebilir. Diğer taraftan ismet-i müessimenin her yerde geçerli oluşu, hak ihlallerine karşı ahlaki bir tedbir olarak görülebilir.²⁸

İsmet süreyle sınırlı olup olmamasına göre de “muvakkat” ve “müebbed” şeklinde ikiye ayrılır. İsmet-i muvakkate, İslâm ülkesine geçici bir süre için emanla giren yabancı (tebaa olmayan) gayrimüslim (müste'men) için, akitle belirlenmiş geçici bir himayeyi ifade eder. Başka bir devletin tebaası olan müste'mene geçici bir ikamet izni verilmiştir, bu süre zarfında can ve mal dokunulmazlığı vardır. Şu hâlde ismet-i muvakkata ile ilişkili olan hukuki himaye, ismet-i müebbede ile olandan zaman açısından daha sınırlıdır. Zamanla sınırlı olmayan mutlak ve müebbed ismet ise din mensubiyeti fark etmeksizin dârüislâmın egemenlik alanında ikamet eden hür kişilerin hakkıdır. Müebbed ismetin, ayrıca ceza (*ukûbât*) hükümlerinin tam olarak uygulanması açısından da mutlak olduğu görülür. Nitekim Hanefî mezhebinde İslâm devletinin gayrimüslim tebaası olan zimmînin Müslümana karşı kısas hakkı vardır. Zira zimmîler de tıpkı Müslümanlar gibi süresiz olan hukuki bağdan istifade ederler.²⁹

26 Johansen, hukuki bir metinde velâyet ile ismet bağlantısının ilk defa net bir şekilde Ebû Yûsuf tarafından ifade edildiğini söyler (“Der Isma-Begriff im Hanafitischen Recht”, s. 244) (Johansen'in ismet kavramına tahsis ettiği bu makalesini benim için Almanca'dan tercüme eden değerli öğrencim Meryem Bektaş'a müteşekkirim).

27 Şentürk, *İnsan Hakları ve İslâm*, s. 46, 57-8.

28 Birsin, *İnsan Hakları Kuramı*, s. 205.

29 Johansen, “Der Isma-Begriff im Hanafitischen Recht”, s. 248-51.

Baber Johansen Hanefî hukukçularınca ismetin, devlete bağlılık anlamını ifade eden bir akit olarak tasavvur edildiğini ileri sürer. Muvakkat hukuki himayeye sahip olan müste'menler ile sürekli himayeye sahip olan zimmiler söz konusu olduğunda bu akdin âşikâr olduğunu, o hâlde Müslümanların devlete bağlılıklarının da bir akde dayanması gerektiğini iddia edip Kâsânî'nin "İslâm akdi" tabirini hatırlatır.³⁰ Ancak ismetin tazammun ettiği fiilî himayenin somut şartları ile bu himaye fikrinin dayandığı fikrî ve felsefi zemini birbirinden ayırmamız gerekir. Johansen çalışmasında fûrû kitaplarına dayalı olarak himayenin fiilî tezahürleri üzerinde durmuş, usûl kitaplarında ifadesini bulan temeli dikkate almamıştır. Hâlbuki Debûsî ve onu takip eden Hanefî âlimlerin usûl kitaplarında ismetin her türlü dünyevi akdi önceleyecek tarzda, insan oluş keyfiyetine bağlandığı açıkça görülmektedir.

"Hürriyet" terimi İslâm hukukunda hukuki özgürlük anlamına gelir. Tam bir hukuki kişiliğe sahip insanın kendi iradesiyle eylemde bulunabilmesi, yaptıklarından sorumlu olabilmesi, hak ve vazifelere muhatap olabilmesi hürriyetin temel bazı unsurları arasında sayılabilir. Bununla birlikte akıl ve beden sağlığını, dolayısıyla da eda ehliyetini etkileyen ve Hanefî usul kitaplarında "ehliyet ârizaları" denilen durumlardan kölelik dışındakiler, hürriyete zarar vermez. Bu anlamda hürriyet, köleliğin zıddıdır. Fakihler insan için asıl olanın hürriyet olup, köleliğin ârizî (asli olmayıp sonradan) ve geçici olduğunu vurgularlar. Bu anlamda kölelik kişisel anlamda ârizî ve genellikle geçici, uluslararası anlamda ise mütekalibiyet esasına dayalı olduğu için yine ârizî bir statü olup, bu mütekalibiyet durumu ortadan kalktığı için de tarihte kalmış bir müessesedir.³¹

Fukahânın sözünü ettiği hürriyetin, siyasi özgürlük olmadığına dikkat çekmek gerekir. Siyasi özgürlük, Batı tarihinde geliştirilen bir kavram olup 16. ve bilhassa 17. yüzyılda gelişen mutlakiyetçi (*absolutist*) yönetim anlayışına, devletin mutlak tahakkümüne karşı fertlerin (bilhassa mülk sahiplerinin) özgürlüğünü teminat almak üzere uzun siyasi mücadeleler sonucunda kazanılmış bir özgürlüktür. Fransız İhtilali'nin üç ilkesinden biri olan "liberté" bu anlamdaki özgürlüğü ifade eder. Osmanlılar Fransız İhtilali'nin libertésini 1774 Küçük Kaynarca Anlaşması'nın tercümesinde "hürriyet" ile değil, "serbestî" ve "serbestiyet" ile karşılamışlardır.

Bernard Lewis (ö. 2018) "hürriyet" in klasik devirde hukuki özgürlüğü ifade edişine şöyle temas eder:

İslâm'da *özgür* teriminin karşılığı, 18. yüzyıla kadar, en çok hukuksal, zaman zaman da toplumsal bir anlam taşımış ve hukuk açısından bu terim bir köleyi değil, özgür insanı ifade etmiştir. Siyasal bir bağlamla *özgür* teriminin de, *köle* teriminin de kullanılmadığı

30 Johansen, "Der 'Isma-Begriff im Hanafitischen Recht", s. 258 vd. Johansen'in Kâsânî'den aktardığı (s. 245) "عقد الذمة في إفادة العصمة كالخلف عن عقد الإسلام لا يصح إلا مؤبدا فهذا عقد الذمة" ifadesinde geçen "akdü'l-İslâm" ifadesini, devletle yapılan bir akit olarak değil, kişinin kendisini İslâm'ın hükümleriyle bağlayan kararlılığı tarzında anlamak doğrudur.

31 Ahmet Hamdi Tanpınar, bir fikir adamı ve sanatçı duyarlılığıyla "Fıkıh insanın hürriyeti üzerinde ısrar ediyor. (...) "Şarkta, bilhassa Müslüman şarkta cemiyet bu hürriyet fikri üzerinde kurulur" derken son derece haklıdır (*Huzur*, s. 342).

ve yurttaşların hakları için *özgürlük* eğretilmesinin, baskıcı yönetimler içinse *kölelik* eğretilmesinin bulunmadığı klasik İslâm siyasal söyleminde iyi yönetim, kötü yönetim konusunda pek çok tartışmalar yapılmışsa da bu tartışmalarda konunun üzerinde durulan boyutu özgürlük değil, adalet olmuştur.³²

“Mâlikiyet” İslâm hukuku açısından merkezî terimlerden biridir. Mergînânî (ö. 593/1197), mülk sahibi olmanın insanlığın (*âdemîyyet*) gerektirdiği bir onur (*keramet*) olduğunu söyler.³³ Serahsî de “İnsan aslen mâlik olmak üzere yaratılmıştır. Böyle olunca, memlûkiyet (başkasının mülkü olma) vasfı insanda sonradan (ârız) olup kaldırılması mümkün bir niteliktir. Kaldırıldığında da asli hüviyetine dönerek mâlik olabilir hâle gelir” der.³⁴ Şu hâlde mâlikiyet ile hürriyet vasıfları birbiriyle yakından ilişkilidir. Mâlik olmaya engel olup kişinin kendisini memlûk hâle getiren kölelik insanın asli bir sıfatı değildir. Serahsî diğer bir yerde de insanın aslen memlûk değil mâlik olarak yaratıldığını söyleyip memlûkiyet vasfının insanda ancak mâlikiyet vasfını ortadan kaldırmak suretiyle mevcut olabileceğini belirtir.³⁵ İnsanın yaratılış itibarıyla eşya üzerinde mâlik olma vasfı taşıdığı vurgulanması ve böylece mülk edinme kapasitesinin sonradan, mesela doğal bir durum sonrasında fertlerin siyasi bir topluluk oluşturmalarıyla birlikte meydana gelmiş olduğunun kabul edilmemesi önemlidir. Bu aynı zamanda İslâm hukukunun iktisadi bakış açısının da temel unsurlarından biridir.³⁶ Fakat İslâm hukukçuları, insanın hem de özüne ait bir vasıf olarak gördükleri mâlikiyeti, liberal (sonradan liberteryen) teoride olduğu gibi insanın kendi bedenine teşmil etmezler: Beden insanın mülkü değildir.³⁷ Genel olarak söylemek gerekirse de insan bedeni, insanın saygınlığı (kerâmet ve ihtiram) sebebiyle mülkiyetin konusu olamayacak kadar kıymetlidir. Fıkıh kitaplarında insan bedeninin parçaları, satıma konu olup olmaması bakımından ele alınır ve mesela insanın kemiklerini ve kıllarını satmanın caiz olmadığı belirtilir. Bunun gerekçesi, insan bedeninin bu kısımlarının necis sayılması değildir -çünkü bunlar temizdir-, fakat böyle bir satımın yasak olması, insana duyulan saygıdır (*ihiram*).³⁸ Satmak, satıma konu olan nesneyi metalaştırdığı, şeyleştirdiği için bir anlamda onu küçümsemek, onun kadrini düşürmek demektir. İnsan bedenine ait parçalar ise böyle bir muameleye tabi tutulamazlar.³⁹ Serahsî, insan bedeninden çıkan süt gibi maddelerin mal olmadığını ifade

32 Lewis, *İslâm'ın Siyasal Söylemi*, s. 100.

33 (ولأنَّ صفة المالكية كرامة والأدمية مستدعية لها) Mergînânî, *el-Hidâye*, II, 537.

34 Serahsî, *el-Mebsût*, XII, 30.

35 Serahsî, *el-Mebsût*, X, 53.

36 Diğer temel unsurun da infak olduğunu ifade edelim.

37 Fahşeliğin ve böbrek gibi organların satımının legalize edilmesi hakkındaki liberteryen argümanlar için bk. Brennan, *Liberteryenizm*, s. 144-7.

38 Kâsânî, *Bedâyi'*, VI, 555.

39 İnsan bedeninin parçalarını herhangi bir akdin konusu yapmanın yasak oluşunun sebebi, bu parçaların necaseti değil, aksine kerametidir. Sadrüşşeria, taharet bahsinde insan etinin ve beden dışına çıkmamış kanının haramlığının sebebinin necaset değil (çünkü bunlar temiz sayılır), insanın saygınlık ve onurunu ifade eden keramet olduğunu söyler (*Şerhu'l-Vikâye*, I, 31). Bir şeyi kullanmanın haramlığının sebebi ya necaset ya da keramet olup ikisini birden örneklediren bir misal şudur: Tabaklanmış deriden mamul kaplardan abdest almak genel kural olarak caizdir, fakat bunun iki istisnası olup insan derisinden ve domuz derisinden yapılmış kaplardan abdest almak caiz değildir. Domuz

ederken, malın insan ihtiyaçları için yaratılan ve insan dışındaki nesnelere ibaret olduğuna dikkat çeker. “İnsan ise mala mâlik olmak üzere yaratılmış olup, onun mal olması ile mâlik olması arasında uyumsuzluk vardır.”⁴⁰ Kişinin kendi bedeni üzerindeki tasarruf hakkı ise “milki'l-intifâ'” terimiyle ifade edilmiştir. Buna göre insan bedeni Allah'a ait olup insanlar bedenlerinin ve organlarının yalnız kullanım hakkına sahiptir.⁴¹ Kölelik söz konusu olduğunda da mâlik kölenin bedeninin sahibi olmayıp bedeninin menfaati üzerinde tasarruf sahibi sayılmaktadır. Bu sebeple diğer mülkiyetlerden farklı olarak kölenin mülkiyeti tam bir aynı hak doğurmaz ve efendi kölenin bedenine zarar veremez.⁴² Hanefilere göre kölesini öldüren efendi kısas edilir.

Bilhassa Hanefî ekolünde mülkiyete yapılan vurgu sebebiyle Johansen Hanefî fıkında hukuki kişiliğin prototipini, zimmetten ayrı düşünülmesi mümkün olmayan, ancak yine de mefhum itibarıyla zimmetten farklı olan mâlikiyette bulur:

Hanefî hukukunu biçimlendirip geliştiren fukahanın birçoğu Irak'ın, Maveraünnehr'in ve Suriye'nin kasaba ve şehirlerinden çıkan tüccar ve zanaatkarlardı. Bunlar kendi hukuk sistemlerini geliştirirken, sadece vahyedilen metinde değil, aynı zamanda etraflarındaki sosyal ve ekonomik hayatta da tezahür eden şahsî sorumluluk ilkesinden hareket etmişlerdi. Hanefî hukukunun oluşumu, özel mülkiyetin ayrıt edici bir rol oynadığı bir toplumda vuku bulmuştur. (...) Hemen herşey özel mülkiyete konu olabileceği gibi, mâlik de Hanefî hukukunda hukuk şahsiyetin prototipi olmuştur.⁴³

“İslâm hukukunda mülkiyet sebepleri mubah malı istilâ, mülkiyet nakledici akitler ve halefiyet şeklinde üç ana başlık altında toplanabilir.”⁴⁴ Satım ve hibe ikinci, miras ve vasiyet

derisinden mamul kapla abdest alınmamasının sebebi, bu hayvanın derisinin tabaklanmakla giderilemeyecek olan aynı necasetidir (bizatihi necis oluşu). İnsan derisinden abdest almanın yasaklığının sebebi ise, tam tersi olarak keramet-i ilahiyedir (Allah'ın insanlara bahşettiği zâtî saygınlık) (Meydânî, *el-Lübâb*, s 28).

40 Serahsî, *el-Mebsût*, XV, 125.

41 30 Temmuz 1996 tarihinde Cakarta'da gerçekleştirilen bir toplantıda, insanın kendi bedeni üzerindeki tasarrufunun niteliğinin, mutlak mülkiyet ifade eden milk-i rakabe veya satım dışındaki tasarrufları içine alan milk-i menfaa değil, yalnız mutasarrıfın kullanımına açık olan milk-i intifâ' olduğu ittifakla kabul edilmiştir (Özdemir, *Beden Üzerinde Tasarruf ve Organ Nakli*, s. 74).

42 Özdemir, *Beden Üzerinde Tasarruf ve Organ Nakli*, s. 76-7.

43 Johansen, “Secular and Religious Elements in Hanafite Law”, s. 190-1.

44 Bardakoğlu, “İstilâ”, *DİA*, XXIII, 359. Mecelle'nin 1248. maddesi şöyledir: “Esbâb-ı temellük üçtür. Birincisi bey' ve hibe gibi mülkü bir mâlikten diğer mâlike nakildir. İkincisi irs gibi bir kimsenin diğere halef olmasıdır. Üçüncüsü mâlik olmayan bir mubah şeyi ele geçirmektir. Bu dahi ya hakikîdir ki ol şeye hakikâten vaz'-ı yed eylemektir. Yahut hükmidir ki yağmur suyu biriktirmek için bir kap koymak ve av için tuzak kurmak gibi sebebinin tehye ile olur.” İhrâzın yukarıdaki Mecelle maddesinde ifadesini bulan hakikî ve hükmi şeklinde iki kısımda ele alınmasının da niyet ve bazı hukuki sonuçlar açısından önemi vardır: “İhrâz av hayvanını yakalamak, nehirden su almak, otu biçmek, odunu toplamak gibi mubah mala bilfiil el koymak şeklinde olabileceği gibi yağmur suyu biriktirmek için havuz yapmak, av için tuzak hazırlamak, avcı kuş ve köpeği salmak şeklinde de olabilir. Fakihler birinci türe hakiki, ikincisine hükmi ihrâz adını verirler (...). Hakiki ihrâzda fiil kasıt yerine geçtiğinden fiilin tamamlanmasıyla mubah mal da mülkiyete geçmiş olur. Hükmi ihrâzda ise mülkiyetin geçişi için niyet ve kasıt aranır. Ayrıca hükmi ihrâzın, hakiki ihrâz gerçekleşinceye kadarki safhada mubah mal üzerinde zayıf bir mülkiyet hakkı doğurduğu da ifade edilir (...). Bu son ayrımı av hayvanının kaçması, suya başkası tarafından el konulması gibi durumlarda mülkiyet ihtilâfını çözmeye yarar” (Aktan, “İhrâz”, *DİA*, XXI, 543).

üçüncü grubun örnekleridir. Mubah mal, malın henüz mülkiyet altına girmeden önceki asli durumunu ifade eder. Av hayvanları, kaynak ve yağmur suları, sahihsiz yerde kendiliğinden biten otlar, meyve ve ağaçlar menkul mubah malın, tarım yapılmayan (*mevât*) arazi de gayrimenkul mubah malın en bilinen örnekleridir. “İstîlâ”, bu tür malların mülkiyet altına alınması sürecinin başlangıcını ifade eden terimdir.⁴⁵ Fıkıh kitaplarında “ihrâz”, “hiyâze”, “yed” ve “vaz‘u‘l-yed” gibi terimler de istîlâ ile eşanlamlı veya çok yakın anlama gelecek şekilde kullanılmıştır. İstîlâ güç kullanımına dayalı olarak sahihsiz malın ilk işgali, ihrâz ise mubah menkul malların belli bir emek ve usulle korunup bu mallar üzerinde mülkiyetin kazanılmasının son safhasını teşkil eden fiilî hâkimiyet anlamında kullanıldığında, bu iki terim mubah malı mülkiyete geçirme işleminin iki safhasına işaret etmiş olmaktadır. “İstîlâ” ve “ihrâz” ile ifade edilen ilkten mülk edinme yolları arasında avlanma, kimseye ait olmayan ve mevât arazinin ihyası (toprağın sınırının belirlenip temizlenmesi, tarıma elverişli hâle getirilip işlenmesi), maden ve define bulmak, yağmur ve kaynak sularını biriktirmek, ot ve odun toplamak gibi hususlar sayılabilir.⁴⁶

İslâm hukukunun mülkiyet anlayışı ile modern liberal mülkiyet teorisi çeşitli açılardan karşılaştırılmaya elverişlidir. Locke’un modern liberal anlayışın temelinde yer alan mülkiyet nazariyesi, mülkiyetin temelini, insanın kendi varlığı ve bedeni üzerindeki mülkiyet hakkına bağlamaktadır. Buna göre insan bedenine tam anlamıyla mâlik olup bedeninin emeğine de bu yolla mâlik olmaktadır. Emek-değer teorisi olarak bilinen ve iktisat bilimini derinden etkileyen bu teoriye göre, bir kişi bir şeye emeğini kattığında ona mâlik olma hakkını edinmektedir. Böylece doğal durumda ortak mülkiyetin nesnesi olan yeryüzü, bedenin bir uzantısı olarak emek sayesinde kişisel mülkiyete dönüştürülmektedir:

Yeryüzü ve diğer bütün ast Yaratıklar İnsanların tümüne ortaklaşa ait olmasına rağmen her insan yine de kendi *Kişisi* üzerinde bir *Mülkiyete* sahiptir. Bunda kişinin kendisinden başka hiç Kimsenin Hakkı yoktur. Kişinin Bedeninin *Emeği* ve Ellerin *İşi* diyebiliriz ki tam anlamıyla kendisindedir. Doğanın sağladığı ve içinde muhafaza ettiği şeylerden, İnsan, Emeğini kattığı ve kendi özüne ait olan bir şeyleri birleştirdiği bu Durumun dışına çekip çıkarır ve bu yolla bu şeyi *Mülkiyeti* hâline getirir.⁴⁷

45 Bardakoğlu, “İstîlâ”, *DİA*, XXIII, 359.

46 Bardakoğlu, “İstîlâ”, *DİA*, XXIII, 359; Aktan, “İhrâz”, *DİA*, XXI, 543. İslâm’da insan haklarının çeşitli yönlerine dair ayrıntılı bilgi için bk. Mehmet Birsin’in *İslâm Hukukunda İnsan Hakları Kuramı* (İstanbul: Düşün Yayıncılık, 2012).

47 Locke, *Yönetim Üzerine İkinci İnceleme*, s. 24. “Though the Earth, and all inferior Creatures be common to all Men, yet every Man has a *Property* in his own *Person*. This no Body has any Right to but himself. The *Labour* of his Body, and the *Work* of his Hands, we may see, are properly his. Whatsoever than he removes out of the State that Nature hath provided, and left in it, he hath mixed his *Labour* with, and joynted to it something that is his own, and thereby makes it his *Property*” (*Two Treatises of Government*, s. 287-8) (imla Locke’un kendi tercihidir, büyük harfli kelimelere özel bir vurgu yapmaktadır). Kişinin kendi bedeni üzerindeki mülkiyet hakkının, yaşamı üzerinde keyfi bir hakka yol açmadığını ilave etmek gerekir. Yani Locke’a göre kişi kendi yaşamı üzerinde keyfi bir iktidara sahip olmadığı için, mesela yaşamını sonlandırma içerikli bir sözleşmeyle yaşam hakkını bir başkasına devredemez veya kendisini başkasının kölesi yapamaz (*Yönetim Üzerine İkinci İnceleme*, s. 21-2, 113-4).

Locke'un bu teorisi bizim açımızdan bilhassa, mülkiyeti beden üzerindeki mülkiyete dayandırması ve mülkiyetin doğası hakkındaki tasavvuru bakımından önemlidir. Felsefi akımlardan emprizmin de kurucusu olan Locke'un emeği bedenle irtibatına bağlamasının felsefi bir ehemmiyeti vardır. Şöyle ki, Descartes'ın zihin ve beden düalizmi ve bu keskin ayırım ile irtibatlı olarak zihne tanıdığı birtakım ayrıcalıkları (doğuştan gelen fikirler, Tanrı'nın bile müdahale edemeyeceği kesin bilgiler gibi), Locke bir deneyci olarak bedene ve beden inhisarlarına (duyum) atfeder. Onun nazarında zihin bir *tabula rasa* olduğu için doğuştan gelen bilgiler yoktur, her türlü bilgi tecrübe ile edinilir. Tecrübe de duyularımızdan edinildiği ve duyu bilgisi bedene bağımlı olduğu için, Locke açısından beden inhisarlı bir konumu bulunmaktadır.⁴⁸ Locke'un mülkiyet nazariyesi, İslâm hukukunun "istîlâ" ve "ihraz" terimleriyle ifadesini bulan aslen iktisap anlayışına önemli ölçüde benzer. "İmam Şafii özel mülkiyetin temelinde insan emek ve amelinin yer aldığını, bilhassa mubahlar üzerindeki mülkiyetten elde edilecek faydanın bunların elde edilmesi için verilecek emekle orantılı olması gerektiği düşüncesini en açık bir şekilde savunarak mülkiyetle emek arasında doğrudan bir ilişki kurar. İbn Haldun (ö. 808/1406) da daha çok iktisadî mülahazalarla mülkiyeti emekle irtibatlandırıp gerek bir sanat ve beceri yoluyla gerekse hayvanlardan, bitkilerden ve madenlerden faydalanma yoluyla üretilen her kazanç ve malın insanın gücü ve emeği sayesinde elde edileceğini belirtir. Ona göre emek harcanmadan bir şey elde edilmez ve faydalanmak imkânı ortaya çıkmaz."⁴⁹ Şâfiî (ö. 204/820) ve İbn Haldun gibi âlimlerin emekle mülkiyet arasında kurdukları doğrudan ilişki, İslâm hukukunun mülkiyetin temelini açıklarken emeğin temel kavram hâline gelmesini sağlamamış, fıkıh kaynaklarında ve fakihlerin ifadelerinde emek anlamına gelecek bir kavram üzerinde vurgu yapılmamış olmakla birlikte, "istîlâ" ve "ihraz" terimleri emek anlamını da genellikle tazammun etmektedir.⁵⁰ Ancak Locke'un mülkiyet teorisinin önemli bazı tazammunları daha vardır. Locke'un bu nazariye ile burjuvanın emekle meydana getirdiği sermayenin meşruiyetini ve buradan hareketle burjuvanın yönetme hakkını aristokrasiye karşı müdafaa etmekte olduğu gibi, Avrupa'nın sömürgecilik hareketlerine de meşruiyet sağlamakta olduğu ifade edilmektedir.⁵¹

48 Locke'un bilgi teorisinin ayrıntıları için *An Essay Concerning Human Understanding* adlı eserinin birinci kitabına bakılabilir (Locke'ta bedenin önceliğinin emprizme bağlantısına dikkatimi çeken değerli hocam Ayhan Çitile müteşekkirim).

49 Hacak, "İslâm Hukuk Düşüncesinde Özel Mülkiyet Anlayışı", s. 112. Hacak, Şâfiî'nin *el-Ümm* (Bulak 1321-26, III, 265, 266) ve İbn Haldun'un *el-Mukaddime* (İstanbul 1989, II, 332) isimli eserlerine atıf yapmaktadır.

50 Özdemir, Locke'un mülkiyet nazariyesinin İslâm hukukunun aslen iktisap anlayışına benzerliğine dikkat çekip onun bu görüşlerini temellendirmek için İslâm hukukunun temel kaynaklarından yararlanıp yararlanmadığı sorusunu gündeme getirir. Fakat fukahânın mülkiyetin iktisabını ihraz ile açıklamasının, emekle açıklamaya nazaran daha objektif olduğunu da ilave eder. Zira "mülkiyetin iktisabının emekle açıklanması emeksiz elde edilen nesnelerin mülkiyetini tartışmalı hâle getirir" (*İslâm Hukukunda Mülkiyet*, s. 36-7).

51 Locke *İnsanın Anlama Yetisi Üzerine bir Deneme* (*An Essay Concerning Human Understanding*) isimli eserinin Tözlerin Adlarına Dair ("Of the Names of Substances") başlığında, "insan" kavramının sabit bir özü bulunmadığını, "insan" ve "hayvan" kelimelerinin, birbirinden keskin sınırlarla ayrılmış özlere işaret etmediğini ileri sürer. Kitabının çeşitli yerlerinde insanı insan yapan şeyin ne olduğu hususunda belirsiz bir dil kullanır, bir yerde bir İngiliz çocuğun, İngiltere'de tek bir deri renginin (beyaz) mevcut olmasından ötürü zencilerin insan olmadığını ispatlayabileceğini söyler (*İnsanın Anlama Yetisi Üzerine Bir Deneme*, II, 304-5 [IV. vii. 16]). Kendisinin bu argümana katılmadığı

3. Batı'da Doğal Hukuk ve Doğal Haklar

Batı'da hem “doğal hukuk” (ki kadim bir tarihi vardır), hem “doğal haklar” terimlerinin kökeni, Roma hukukundaki *ius naturale* ifadesine dayanır. Bazı müellifler bu iki terim yerine “klasik doğal hukuk” ve “modern doğal hukuk” demeyi tercih etmekte, bazıları da “objektif doğal hak” ve “subjektif doğal hak” ifadelerini kullanmaktadır. Bu iki kavramın ilişkisi konusunda iki temel görüş vardır. İlkine göre doğal haklar (subjektif doğal hak), klasik doğal hukukun sekülerleşmiş bir devamından ibarettir: “Modernizmle birlikte daha önceleri doğal hukuk denen şeye doğal haklar denmeye başlanmıştır. Bu, ilkede veya esasta bir dönüşüm değil, bir vurgu değişikliğidir.”⁵² İkinci görüşe göre ise ikinci yaklaşım birincinin bir devamı olmayıp ikisi arasında radikal bir kopuş vardır. Hobbes (ö. 1679) ve Locke ile başlayan bu dönüşüm, ikisini farklı doktrinler olarak görmemizi gerektiren esasa ilişkin bir dönüşümdür.

anlaşıyor ise de bunun niçin yanlış olduğunu açıkla(ya)maz. Başka bir yerde ise budalaların, zekâ geriliği ile malûl kişilerin (*changelings*) insan ve hayvandan farklı bir tür olduğunu söyleyerek “insan” kümesini belirsiz hâle getirir (*İnsanın Anlama Yetisi Üzerine Bir Deneme*, II, 250-1 [IV. kitap, iv, 13]). Robert Bernasconi, Locke'un insan anlayışına dair yazdığı makalede (*İrk Kavramını Kim İcat Etti?*, s. 26), filozofun dili ikili bir biçimde kullanarak, fiilen pratiğinde bulunduğu Atlantik köleliği uygulaması ile insanın mahiyetine dair teorisi arasında ilginç ilişkiler kurmaktadır. Locke “insanlar sözcüklerinin konuştukları diğer insanların zihinlerinde yer alan idelerin de işaretleri olduklarını varsayarlar” demektedir (*İnsanın Anlama Yetisi Üzerine Bir Deneme*, II, 18 [III. kitap, ii, 4]). “Ortak kullanım sessiz bir uzlaşmayla işler; bu sayede bazı sesler bazı fikirlere uygun hâle gelir (...) Herhangi bir konuşmada konuşan kişi felsefi, yani mükemmel bir iletişimi mümkün kılacak bir şekilde, tanımlanmış bir dil ile konuşmadıkça, ‘iki dil’le birden konuşmuş olur.” Bernasconi ilgili makalesinde, Locke'un felsefi yapıtından birçok referanslarla bu süreci ustalıkla biçimde tasvir ve analiz eder. Locke'un Afrikalı köle ticaretini organize eden Royal African Company'de hisseleri vardı, ayrıca kendisi 37 yaşında iken, Carolina Anayasası'nın kaleme alınmasında katkıda bulunmuştu. Bu anayasada yer alan bir maddede şöyle deniliyordu: “Her özgür Carolinalı, sahibi olduğu Zenci köleler üzerinde, söz konusu köleler hangi fikre sahip veya dine vb. mensup olursa olsun, mutlak iktidar ve otorite sahibi olacaktır.” Mutlak iktidar, yaşam ve ölümü kapsayan en güçlü iktidarı ifade ediyordu. Bu madde, Hıristiyanları köleleştirmenin yanlış olduğu şeklindeki kanaatin vücuda getirdiği belirsizliği gidermeyi sağladı, böylelikle sahiplerinin köleleri üzerindeki hâkimiyetinin kölelerin inancından bağımsız olarak mutlaklaştırılması temin edilmiş oldu (*İrk Kavramını Kim İcat Etti?*, s. 13-4). Locke'un, Amerikan yerlilerinden uygar toplumlardan eksik taraflarını demirin yokluğuna bağladığı bağlamlarda aynı açıklamayı Afrika halkları hakkında yapmayıp sessiz kalması, “insan” kavramı hakkında yukarıda bir kısmı aktarılan problemleri ara alanlar dikkat çekicidir. Bernasconi'ye göre Locke insanın tanımında belirsizlikler bırakması ve *İkinci İnceleme*'nin başında kimlerin özgür olarak dünyaya geldiğini net biçimde tasvir etmemiş olması sayesinde böyle bir tasvirin içine tüm dünya halklarının girmesi engellenmiş ve böylelikle kendisinin de dâhil olduğu köle ticaretinin çelişkileri görünür kılınmamıştır. *İki İnceleme*'nin Locke ile okuyucuları arasında sessiz bir anlaşmaya dayandığını söyleyen yazar, şöyle devam ediyor: “Kitapta İngilizlere hitap edilmişti. Esas olarak onların özgürlüklerini güvence altına almaya yönelik bir çabaydı. ‘İnsan’ denildiğinde ‘İngiliz’ anlaşılıyordu” (*İrk Kavramını Kim İcat Etti?*, s. 29). Locke'un profesinin siyasi etkisi Amerikan Bağımsızlık Bildirgesi'ne kadar uzanacak ve dilin bu muğlak kullanımı sayesinde bu belgede söz konusu edilen hakların sahibi olan halklara kimlerin dâhil olacağı belirsiz kalacaktır. Locke'un *İkinci İnceleme*'de tasvip ettiği kölelik anlayışı ile bilfiil içinde bulunduğu kölelik uygulaması arasındaki bir uyumsuzluk vardır. Locke köleliği doğal hukukla meşrulaştırmış fakat bunu Aristoteles'ten farklı bir tarzda yapmıştır. Ona göre meşru bir savaşın fatihleri esirlerini köleleştirme hakkına sahiptir. Kişi haksız bir savaşa girerek akılla değil öfkeyle hareket ederse, insandan ziyade bir hayvan gibi davranırsa yaşama hakkını kaybedip kendini köle olmaya uygun hâle getirir. Şu hâlde kölelik esasen bir hakkın iskâtî niteliğindedir (*Yönetim Üzerine İkinci İnceleme*, s. 22, 119). Hakkı veya haksız bir savaş içinde bulunmak sıvî toplumların niteliği olduğuna göre, doğal hâlde yaşayan veya kendilerince bir sivil toplum kurmuş olup Avrupalı halkların saldırısına uğrayan yerli halkların köleleştirilmesi bu teoriye göre meşru olmamalıdır. Bernasconi, Locke'un bu uyumsuzluğu, yukarıda tasvir edilen dilin ikili kullanımıyla aşmaya çalıştığını gösterir. Locke'un teorisinin sömürgeci tazammunları için ayrıca bk. Sunar, “Modern Zamana Geçerken Bedenleşen İnsan”.

52 Uslu, *Doğal Hukuk ve Doğal Haklar*, s. 39.

Objektif doğal hak/klasik doğal hukuk geleneği ödev ve yükümlülük merkezliyen, sübjektif doğal hak/modern doğal hukuk anlayışı bireysel özgürlük ve bireyin egemenliği fikri üzerinde temellenmektedir.⁵³

Klasik doğal hukuk anlayışı, şeylerin düzeni fikriyle el ele yürür. Eski Yunan'dan beri var olduğu bilinen bu anlayış, evrendeki canlı ve cansız her varlığın, kendi varoluşunun gayesine erişmesi anlamında bir amaçlılık ve kemâle erme fikrini ihtiva eder. Böylece kâinat bütün unsurlarıyla amaçlı ve ahlaki bir düzen olmuş olur. Böyle bir dünya içinde yaşayan insan da kendini ancak şehir büyüklüğünde bir topluluk içerisinde gerçekleştirir, bütün erdemlerini kuvveden fiil hâline çıkarabilir.

Ne var ki tüm bunlar modernite ile birlikte kökten değişti. Gelenek, tarih ve toplumdan arınmış birey, sosyal-siyasal örgütlenmenin temeli ve ilkesi hâline geldi. Antik dünyanın doğal hiyerarşisinin yerini, Marx'ın isabetli 'katı olan her şey buharlaşıyor' ifadesinde olduğu gibi, devingen ve dinamik bir toplumsal düzen aldı. Ödevin yerini bireysel haklar aldı, iyi ahlakilikten ayrıldı. Antik dünya önce iyi olanı tanımlayıp sonrasında bu tanımdan ahlaki ve hukuki ödevleri türetirken, modernler için iyi olan hak anlamına gelir. Hak sahibi olmanın anlamı, kişisel çıkar peşinde –ahlâk, hukuk- yasasına itaat ederek özgürce hareket etmektir. Buharlaşmayı motive eden şey bireysel arzudur. Modernite, sadece bireyi taçlandırmak değildir; özgür irade hükümdarlığının ve onun karanlık refakatçisinin, arzusunun çağıdır.⁵⁴

Klasik doğal hukukun 20. yüzyıldaki önemli savunucularından Leo Strauss (ö. 1973) modern doğal hukuk anlayışının Hobbes ve Locke ile başladığını ve klasik anlayıştan radikal bir kopuşu temsil ettiğini savunur. Hobbes'a göre: "Adaletin ne insanüstü, ne de doğal bir dayanağı vardır. İnsani olan her şey, değişmez adalet ilkelerine tabi kılınamayacak ölçüde değişkendir."⁵⁵

O, doğal yasayı insanın kendi varlığını koruma arzusundan çıkarır. O hâlde ona göre hukukun temelinde vazife değil, hak vardır:

O halde, doğal yasayı kendi varlığını koruma arzusundan çıkartmak gerekiyorsa; başka bir deyişle, bu arzu tüm adaletin ve ahlakın temelini oluşturmaktaysa, temel ahlaki olgu bir ödev değil, bir haktır. Tüm ödevler, temel ve vazgeçilmez olan kendi varlığını koruma hakkından kaynaklanır. Bu yüzden de, mutlak ya da koşulsuz herhangi bir ödev yoktur. Ödevler, ancak yerine getirilmeleri hayatımızı tehlikeye atmıyorsa bağlayıcıdır. Sadece kendi varlığını koruma hakkı, kayıtsız şartsız ya da mutlaktır. Doğa gereği, bir tek noksansız hak vardır; buna karşılık, hiç bir ödev noksansız değildir. İnsanın doğal ödevlerini belirleyen doğa yasası gerçek anlamda bir yasa değildir. Temel ve mutlak

53 Uslu, *Doğal Hukuk ve Doğal Haklar*, s. 38-40, 50.

54 Douzinas, *İnsan Hakları ve İmparatorluk*, s. 37.

55 Strauss, *Doğal Hak ve Tarih*, s. 210.

ahlaki olgu bir ödev değil, bir hak olduğu için, sivil toplumun sınırları kadar işlevi de insanın doğal ödevine göre değil, doğal hakkına göre tanımlanmalıdır. Devletin işlevi erdemli bir hayat yaratmak ya da böyle bir hayatı teşvik etmek değil, herkesin doğal hakkını korumaktır. Ve devlet iktidarı mutlak sınırını, başka herhangi bir ahlaki olguda değil, bu doğal hakta bulur. Eğer insanın ödevlerini değil de haklarını temel siyasi olgu olarak kabul eden ve devletin işlevini bu hakları korumak ya da himaye etmek olarak saptayan siyasi öğretiyi liberalizm olarak adlandırırıyorsa, Hobbes'un liberalizmin kurucusu olduğunu da söylememiz gerekmektedir.⁵⁶

Bunlardan çıkarılacak sonuç ise Hobbes'un modern doğal hukuk öğretisinin kurucusu oluşudur:

Doğal ödevlerden doğal haklara doğru gerçekleşen bu değişim en açık ve en etkili ifadesini, Hobbes'un, hiç dolambaca kaçmadan, kayıtsız şartsız bir doğal hakkı [kendi varlığını koruma hakkı]nı tüm doğal ödevlerin kaynağı hâline getiren ve sadece ödevleri koşula bağlayan öğretisinde bulur. Hobbes, hususi bir biçimde modern olan doğal hukuk öğretisinin kurucusu ve klasik sözcüsüdür.⁵⁷

Fransız hukukçu Michel Villey (ö. 1988) ise, Batı hukuk düşüncesi tarihinde, subjektif doğal hak anlayışının Ockhamlı William tarafından kurulduğu ve bu anlayışın klasik doğal hukuk anlayışından bir sapma olduğu kanaatindedir:

Roma hukukunda hakları konu edindiği ve 1962'de yayınlanan makalelerinde *objektif* ve *subjektif doğal hak* ayrımını ilk yapan kişi Michel Villey'dir (...). Villey'in çalışmalarındaki ana tema doğal hukuk ile doğal hakların birbiriyle uyumadığının tarihsel kanıtlarla sergilenmesidir. Villey, modern *subjektif doğal haklar* fikri ile klasik *objektif doğal hak* geleneğini karşılaştırır ve bunların birbirleriyle bağdaşamayacak kadar ayrı şeyler olduğunu ileri sürer. Villey, Latin *ius naturale* tabirinin geleneksel olarak 'doğal olarak âdil/doğru olan şey' (just) ya da doğal hukuk/yasa anlamına geldiğini belirtir. Romalı hukukçular *ius*'u kullandıklarında her zaman objektif bir şeyi kastetmişlerdir. *Ius* basitçe hakkı işaret etmez ve *ius*'un hak (subjektif hak) olarak çevrilmesi anlamı vermekte başarısız kalır. *Objektif doğal hak* (objective natural right) bireyin kişisel tercihlerinin üstünde ve ötesinde Tanrı, doğa veya yasa gibi bir kaynağın evrensel adâlet ve hakkaniyet iddialarıdır. *Subjektif doğal hak* (subjective natural right) ise tamamen farklı bir şeydir. *Subjektif doğal hak* eylemde bulunmak için 'bir yeti (faculty), bir kabiliyet (ability), bir özgürlüktür. *Subjektif doğal hak* özel olarak bireyin bir gücü/yetkisidir (power). Bireyin tercih özgürlüğüne ve kendi çıkarlarının önceliğine işaret eder. Villey yasa ya da objektif hak olarak anlaşılan *ius*'un kişinin yetkisinin (power) üzerinde bir kısıtlama olduğunu belirtir. Villey'e göre bu iki kavram birbiri ile kökten uyumayan zıt kavramlardır ve Romalılar *subjektif hak* kavramına sahip değillerdir (...)

56 Strauss, *Doğal Hak ve Tarih*, s. 212-3.

57 Strauss, *Doğal Hak ve Tarih*, s. 213-4.

Villey subjektif doğal haklar kavramının ilk formülasyonu[nu] Orta Çağ sonlarında nominalist felsefede bulmaktadır. Villey, 14. yüzyıl Franciscan filozofu Ockhamlı William'ı (1300-1349) subjektif doğal hakların ilk kurucusu olarak kabul eder. William semantik bir devrim yapmıştır. *Ius* ve *potestas* yani hak/yasa (right/law) ve yetki/iktidar (power/faculty) kavramlarını birleştirmiştir. Villey'e göre Ockhamlı William'ın hak anlayışında *objektif doğal hak* veya hukuka hiç yer yoktur. William haklar sistemini bireyin kendi keyfine göre kullanılacak yetkileri etrafında oluşturmuştur. Böylece, objektif hakkın boşalttığı alan, subjektif birey haklarıyla doldurulmuş olmaktadır. Villey'e göre, Ockhamlı William hukuki düzenin tamamının Tanrı'nın iradesinden türediğini ve Tanrı'nın insanlara mülkiyet (property) elde etme ve yöneticilerini seçme hakkı verdiğini düşünüyordu. İnsanlara Tanrı'nın verdiği bu yetki subjektif hakkın kaynağı olarak görülmektedir. Villey bunu tahlisiz bir sapma olarak görmekte ve kendisi eski kavramı tercih etmektedir.⁵⁸

Villey'e göre William *ius*'u subjektif hak şeklinde tanımlamak suretiyle semantik bir devrim yapmıştı. Villey onun bu yaklaşımının nominalist metafiziğiyle uyum içinde olduğunu düşünüyordu. Ancak Villey'in bu yaklaşımı Brian Tierney tarafından eleştirilmiştir. Doğal hukuk ile doğal haklar arasında gerçek bir çatışmayı kabul etmeyen Tierney'e göre, Tanrı'nın mutlak iradesini önceleyen bir voluntarist ve bir nominalist olan William ile aynı metafizik öncülleri kabul eden Hobbes, hukuk ve siyaset sahasında çok daha farklı sonuçlara ulaşmıştır. William hukukla ilgili yazılarında kendi metafizik öncüllerine değil, Kutsal Kitab'a ve kilise hukukuna referans yapmıştır. Ayrıca son zamanlardaki araştırmalarda, kilise hukukuna ait daha erken yazılarda *ius*'un yaygın şekilde subjektif bir güç şeklinde kavrandığı ortaya çıkmıştır. Bunlardan başka, William'ın hukuk ve siyaset düşüncesi, taraf olduğu tartışmalar tarafından şekillendirilmiştir. Mensubu olduğu Fransisken tarikatının, sahip oldukları her şeyden ve tüm haklardan feragat edip mutlak yoksulluk içinde yaşamak gerektiği, hatta Hz. İsa ve havarilerin de böyle mutlak yoksulluk içinde yaşadıkları iddialarını Papa XXII. John reddetmiş, Hz. İsa ve havarilerin hiçbir hakka sahip olmadan yaşadıkları iddialarının sapkın olduğunu ilan etmiştir. Papanın emirnamelerini çoğu Fransisken mecburen kabul etmekle birlikte, Ockhamlı William kabul etmeyenler safında yer almış ve hakkın doğası üzerine düşünerek, nesnelere üzerinde tasarruf etmek bakımından pozitif ve doğal haklar olmak üzere iki tür hak olduğunu ileri sürmüştür. Pozitif haklar mahkemelerde ileri sürülebilen, dava açılabilen türden haklardır. Keşiflerin terk ettikleri haklar pozitif haklar olup doğal haklar ise devredilemez niteliktedir. Ockham ayrıca papalığın mutlakiyetçi ilâhî hak iddialarına karşı çıkmıştır. Papalık, ilâhî ve doğal hukuk tarafından açıkça yasaklanmamış her şeyin, Tanrı'nın naibi olarak papanın tasarrufunda olduğunu ileri sürüyordu. Hıristiyan halkı papalık karşısında kölelik derekesine indirgeyen bu türden bir mutlakiyetçiliği kesin bir dille reddederken yine doğal haklardan yola çıkar.⁵⁹

58 Uslu, *Doğal Hukuk ve Doğal Haklar*, s. 51-3.

59 Tierney, "Ockham and Natural Rights", s. 325-8. Tierney, Villey'in ilgili görüşlerini daha kapsamlı olarak şu eserinde eleştirir: *The Idea of Natural Rights*, s. 13-43.

Brian Tierney *The Idea of Natural Rights* isimli eserinde, doğal haklar anlayışının kökenlerini William'dan epeyce önce, 12. ve 13. yüzyılda yaşayan kanon (kilise hukuku) hukukçularının çalışmalarına kadar takip eder. 1039 yılında vefat eden Debûsi ve onu takip eden Hanefî hukukçuların doğal insan hakları öğretisi ile kanon hukukçularında belirmeye başlayan haklar öğretisi arasında Tierney veya bir başkası tarafından şimdiye kadar herhangi bir alaka kurulabilmiş değildir. Her hâlükârda, Tierney “doğal haklar teorilerinin, belirgin bir biçimde Batı icadı olduğu görülmektedir”⁶⁰ dedikten sonra, bu teorilerin Batı kültürünün her zaman ve mekânda ayırt edici bir karakteristiği olmadığını söyler. Antik Yunanlılarda bir doğal haklar anlayışı bulunmadığı gibi, Stoacılar da ve klasik Roma hukukunda da yoktur. Roma hukukçuları da Stoacı filozoflar gibi, ahlaki karakterli ve insan aklı tarafından erişilebilir doğal bir hukuk kabul ediyorlar ve fakat bundan bir doğal haklar doktrini çıkarmıyorlardı. Tierney cevaplanması gereken iki önemli soruya dikkat çeker: 1. *ius naturale* ibaresi -ki geleneksel olarak kozmik âhenk, objektif adalet ve doğal ahlaki hukuk anlamına gelmektedir- ne zamandan itibaren -geleneksel anlamının yanı sıra- sübjektif doğal hukuk anlamına da gelmeye başlamıştır? 2. Hangi kültürel bağlam, ne tür tarihî olumsal (*contingent*) şartlar böyle bir anlam kaymasını mümkün ve kabul edilebilir kılmıştır?⁶¹ Yazar bu sorulara cevap ararken İslâm hukuk düşüncesini dikkate almaksızın araştırmasını 12. yüzyıl Hıristiyan Batı dünyasından başlatmaktadır.

Johan Galtung, insan haklarına dair önemli kitabında “Batılı” kavramını Yahudilik, Hıristiyanlık ve İslâm kültürlerini kuşatacak biçimde kullanır ve “insanlığın kendini gerçekleştirmesinin en önce Batıda bir billurlaşma noktası bulduğu yolundaki temel varsayım varlığını hâlâ sürdürmektedir” der.⁶² İnsan hakları kavrayışının kökenlerine dair bir açıklama denemesi sunar. Buna göre karşılıklı haklar ve yükümlülükler sistemi insanlık tarihi kadar eski olmalıdır. *Lex talionis* (kısas ilkesi) anlayışıyla birlikte

Ben'e referans, Başkası'na yönelik davranışın dayandığı noktadır. Etik hesaplaşmanın son kertesi nihayetinde neyin benim yararına olacağıdır; bir başka deyişle üst-norm ben-merkezlidir: “Başkalarının sana nasıl davranmasını istiyorsan, sen de onlara öyle davran” ya da “Sana yapılmasını istemediğin şeyi başkalarına yapma.”⁶³

Galtung haklar ve yükümlülüklerin temelinde *lex talionis* anlayışı kadar evrensel olan Tanrı merkezli bir başka referans olduğunu ileri sürer, fakat *lex talionis*'i Tanrı merkezli referansın mukabiline koyan şeyin ne olduğunu açıklamaz, yani *lex talionis*'in dinî geleneklerin dışında geliştiği fikrine dair bir gerekçe ileri sürmez. Esasında başkasına bana davranılmasını istediğim gibi davranma yükümlülüğü Ben'i temel almaktan ziyade, Başkası'nı Ben'den farklı görmemek gerektiği kavrayışıyla ilgili olmalıdır. Başkası'nı Ben'den ayırmamayı gerektiren

60 Tierney, *The Idea of Natural Rights*, s. 45.

61 Tierney, *The Idea of Natural Rights*, s. 45-7.

62 Galtung, *İnsan Hakları*, s. 13.

63 Galtung, *İnsan Hakları*, s. 17.

kurucu ilke ise doğa değil din kökenlidir. Yazar, Tanrı merkezli referansta Tanrı tasavvurunun içkin olduğu uzak Doğu gelenekleriyle aşkın olduğu İbrâhimî gelenekleri karşı karşıya getirir:

İçkin tanrı örneğinde, Başkası'nın hakları ve Ben'in ödevleri insanların birliğine, aynı zamanda da Başkası'nın kutsallığına dayandırılır; Başkası'nı incitmenin Ben'i de incitmek olduğu varsayımıyla, örtük bir biçimde *lex talionis* de bu anlayışa dâhil edilir. Aşkın tanrı örneğinde, örneğin Yahudi-Hıristiyan kültürüne ait On Emir'de açıklandığı gibi (...) Başkası'nın hakları ve Ben'in ödevleri aşkın bir tanrıya karşı ödevlerden türer. Burada hâlâ yatay karşılıklılık vardır, ama insan davranışı için kullanışlı, iyice sınılanmış bir hareket kuralı değildir bu. Böyle olmamasının bir nedeni de, yaşamın birliği kavramının ortakyaşam anlamına gelmesidir. Yatay, içkin bir etiğe karşı dikey, aşkın bir etik olan On Emir, Tanrı'ya karşı ödevlerimizdir.⁶⁴

Galtung'un eleştirisi yeterince vâzih olmamakla birlikte, onun Tanrı'ya karşı ödevler anlayışının Hıristiyanlıktaki tarihini dikkate aldığı ve meselenin İslâm dünyasındaki tarihini bilmediği söylenebilir. Tanrı'ya karşı ödevlerin Hıristiyanlıkta kiliseye karşı ödevlere dönüştüğünü, Tanrı-Hıristiyan ilişkisinin modern dönem ise devlet-yurttaş ilişkisine evrildiğini birkaç sayfada özetleyerek insan haklarını modern problemlerine geçer.⁶⁵

Tierney doğal insan hakları anlayışının Batı'ya mahsus bir icat olduğunu ileri sürüyor ve bu anlayışın kökenlerini 12 ve 13. yüzyıl Orta Çağ Hıristiyan hukuk düşüncesinde buluyordu. Günümüzün bazı düşünürleri doğal insan hakları anlayışının yine Batı icadı olduğunu ileri sürmekle birlikte bu anlayışın aynı zamanda modern bir icat olduğunu da savunurlar. Modernitenin özne merkezli kavrayışına ("öznellik metafiziği") yönelik Heideggerci eleştirilerde bu düşünce ortaya çıkar ve bu yaklaşımda doğal insan hakları anlayışı, öznel bireyciliğin ayrılmaz bir unsuru olarak kavrandığı için kabul edilmeyen bir fikir olarak görülür: "İnsan hakları bütünüyle modern bir buluştur ve özneliğin temel konum'a yükseltilmesiyle ilgilidir (ki Eski Yunan evreninde bunun ufak bir izine bile rastlanmaz)"⁶⁶ Leo Strauss'un Hobbes ve Locke ile başlattığı ve klasik doğal hukuktan bir sapma olarak gördüğü doğal haklar anlayışı bu yaklaşıma bir örnektir. Haklar ancak bağımsız birer birey olarak kavranabilen fertler için söz konusu olabileceğine göre, toplumu esas alan düşünceler de doğal insan hakları düşüncesine karşı çıkmışlardır. Alasdair McIntyre'in -biraz aşağıda temas edeceğimiz- komüniteryan düşüncesi de bunun bir örneğidir. McIntyre için hak anlayışı liberal bireyciliği temsil ettiği için ve ettiği ölçüde reddedilmesi gereken bir düşüncedir. Yine aynı şekilde sosyalist/toplumcu düşünceler için de doğal haklar anlayışı liberalizmin karakteristik bir unsuru olarak görülüp reddedilir. Böyle yaklaşımlar için haklar değil vazifeler esastır. 20. yüzyılın önemli hukuk düşünürlerinden Hans Kelsen (ö. 1973), modern/sübjektif

64 Galtung, *İnsan Hakları*, s. 17.

65 Galtung, *İnsan Hakları*, s. 18-21.

66 Ferry – Renault, *Siyaset Felsefesi*, s. 44.

doğal hak anlayışının ideolojik karakterine vurgu yapar. Kelsen'in geliştirdiği Saf Hukuk Kuramı, "sözde sübjektif anlamdaki hukuku objektif hukukun bir tür şekillenışı veya kişiselleşmesi olarak anlamak"⁶⁷ suretiyle, sübjektif-objektif hukuk ayrımını kabul etmez. Ona göre hukuki ilişkilerin hukuki özne-hukuki nesne (kişi veya şey) arasında olup olmamasına göre ayrılması, bu objektif hukuk-sübjektif hak düalizminin devam ettirilmesiyle mümkün olup bu anlayış, özel mülkiyet hakkını devlet gücüne karşı güvence altına almak isteyen "kapitalist hukuk sistemi"⁶⁸ne aittir.

Maddi hukuki ilişki -tam anlamıyla hukuki bağlantı- mülkiyettir ve maddi ve kişisel hukuki ilişkiler arasındaki ayrım onu örnek alır. Mülkiyet, kişinin eşya üzerindeki münhasır kontrolü olarak tanımlanır ve böylece kişisel hukuki ilişkileri tam olarak ihdas eden talep etme haklarından köklü şekilde farklılaşır. Medeni hukukun sistemleştirilmesinde önemli olan bu ayrım, aynı zamanda açıkça ideolojik karakterdedir. Buna karşı tekrar tekrar ileri sürülen itiraz şudur: Kişinin eşya üzerindeki hukuki kontrolü basitçe öznenin diğer öznelerle -yani başka kişilerin, malikin eşya üzerinde tasarrufta bulunma imkânına müdahale etmeme yükümlülüğünde, başka deyişle taraflardan birinin, diğer bütün tarafları eşya üzerinde tasarrufta bulunmaktan men edebilmesi yönündeki hukuki olasılık çerçevesinde- olan hukuki ilişkisine karşılık gelir. Eğer maddi hukuki ilişki ayrımı bu itiraza rağmen devam ettirilirse, bunun nedeni açıkça, mülkiyetin kişi ile eşya arasındaki ilişki olarak tanımının mülkiyetin tartışmasız sosyo-ekonomik işlevini, (doğru olsun olmasın) sosyalist teoride 'sömürü' olarak nitelenen işlevi, gizlemesidir. Bu her halükârda malikin, mülkiyetinde olan eşyaya erişimi engellenmiş ve objektif hukuk tarafından malikin mülkü üzerindeki münhasır tasarruf yetkisine saygı duymakla yükümlü kılınmış bütün diğer öznelerle bağlantısında varlığını devam ettiren bir işlevdir. Fakat geleneksel hukuk kuramının, sübjektif hakkın -bir öznenin hukuki hakkının- sadece başka bir öznenin hukuki yükümlülüğüne verilen bir tepki olduğunu inkâr ederken cesaretle reddettiği şey tam da budur. Kuramın temsilcileri tekrar tekrar ve büyük bir güçle hukuki hakkın asli karakterini vurgular. Esasında hukuki hakkı, doğrudan hukukla -sübjektif anlamdaki hukukla- özdeşleştirirler.⁶⁹

Kelsen sübjektif hakka yapılan bu vurgunun mukabilinde hukuki yükümlülüğün genel hukuk kuramınca açık bir ilgisizliğe terk edildiğine dikkat çeker. "Bazen yükümlülüğün hukuki bir kavram bile olmadığı, hukuki yükümlülüklerin var olmadığı, sadece ahlaki yükümlülüklerden bahsedilebileceği ve dolayısıyla hukukta sadece sübjektif hakların bulunduğu dahi söylenir. Ne var ki bir sistemin, özellikle de hukuk gibi bir cebri sistemin asli işlevi, sadece söz konusu özneleri sisteme normatif bir şekilde bağlamak olabilir; ve bu normatif bağ sadece 'yükümlülük' sözcüğüyle nitelenebilir."⁷⁰

67 Kelsen, *Saf Hukuk Kuramı*, s. 64.

68 Kelsen, *Saf Hukuk Kuramı*, s. 53.

69 Kelsen, *Saf Hukuk Kuramı*, s. 49-50.

70 Kelsen, *Saf Hukuk Kuramı*, s. 50.

Kelsen, ortaya koyduğu “Saf Hukuk Kuramı”nda, kendi zamanına kadar gelen genel kabul görmüş yaklaşımı eleştirerek, hukuki yükümlülük kavramını öne çıkarır. Bunu yaparken de -mensup olduğu hukuki pozitivizm geleneği gereğince- hukuki yükümlülüğü ahlaki yükümlülüğünden ayırmaya özen gösterir. Hukuki yükümlülük objektif hukukun yegâne asli işlevidir. Her norm bir yükümlülük ihdas eder, aynı zamanda bir hak da ihdas edebilir.⁷¹

4. Doğa Durumu ve Toplumsal Hayat

Debûsî'den ve onu takip eden Hanefî âlimlerden asırlar sonra, siyasal liberalizmin fikir babası kabul edilen Locke, siyasî toplumun meydana gelmesinden önceki doğa durumunda her insanın hayat, hürriyet ve mülkiyet haklarına eşit olarak ve ellerinden alınamaz bir biçimde sahip olduklarını ifade eder⁷² ve böylelikle doğal haklar kuramının en etkili versiyonunu ortaya koyarken, yukarıda açıkladığımız Hanefî kuramından haberdar olup olmadığını veyahut Orta Çağ Hıristiyan hukuk düşüncesi aracılığıyla bu teoriden etkilenmiş olup olmadığını kesin olarak bilemiyoruz. Fakat bu noktada Locke'un Arapça öğrendiği kaydedilmelidir.⁷³

1789 tarihli Fransız Evrensel İnsan ve Yurttaş Hakları bildirgesi'nin 2. maddesi şöyle der: “Her bir siyasî topluluğun amacı, insanın doğal ve iptal edilmesi mümkün olmayan haklarını korumaktır. Bu haklar; hürriyet, mâlikiyet, emniyet ve baskıya karşı direnmedir (*la liberté, la propriété, la sûreté, et la résistance à l'oppression*).” Burada dört doğal hak sayılmakta olup ilk üçü tanındıktır. Sonuncusu ise diğer üç hakkı teminat altına almak için geliştirilmiş, siyasi özgürlüğün bir gereği olarak, ilk üç hakkı tanımayan bir yönetime karşı direnme hakkı olup Locke'un siyaset düşüncesinde önemli bir yer tutar.⁷⁴ Öyle anlaşılıyor ki, ilk defa Debûsî'nin dile getirdiği ve sonradan Hanefîlerin müşterek anlayışı hâline gelen ehliyet ve doğal haklar teorisi Locke tarafından -doğrudan veya dolaylı olarak- kendi liberal haklar anlayışı içerisine kısmen sekülerize edilmek suretiyle adapte edilmiş, sonrasında bu anlayış daha da sekülerleştirilerek (Tanrı ile alâkası tamamen kesilerek) bugün bildiğimiz temel insan hakları anlayışının nüvesini oluşturmuştur. Ancak bu noktada, Debûsî'den sonra bu düşüncenin İslâm

71 Kelsen, *Saf Hukuk Kuramı*, s. 51-2.

72 Locke, *Yönetim Üzerine İkinci İnceleme*, s. 9-11, 21, 23-4, 40; ayrıca bk. Uslu, *Doğal Hukuk ve Doğal Haklar*, s. 144-56.

73 Locke, Westminster School ve Oxford Üniversitesi'ndeki öğrenimi sırasında Arapça öğrenmiş, meşhur oryantalistlerden ve Oxford Üniversitesi'nin ilk kadrolu Arapça hocası Edward Pococke'un (ö. 1691) öğrencisi ve yakın arkadaşı olmuş, Pococke'un aynı ismi taşıyan oğluna da hocalık yapmıştır (bk. Aravamudan, *Enlightenment Orientalism*, s. 16; Bentley, “Europeanization of the World or Globalization of Europe?”, s. 111). Locke'un şahsi kitaplığında Pococke'un üç adet kitabı bulunmaktadır (Harrison – Laslett, *The Library of John Locke*, s. 212). Locke'un 3197 kitaptan oluşan kitaplığında İslâm'a dair bazı eserler bulunmakla birlikte doğrudan fıkıh ilmine dair bir eser göremedik. Fakat o devirde Bodleian gibi Oxford Üniversitesi bünyesindeki ve ayrıca yakın çevredeki kütüphanelerde, İslâm hukuk doktrinlerini içeren birincil ve ikincil kaynakların mevcut olması kuvvetle muhtemeldir (Türkiye kütüphanelerinde bulamadığım bu kitabın ilgili bölümlerinin görsellerini bana İngiltere'den gönderen Hilal Çıbık Hanımefendi'ye müteşekkirim).

74 Locke'un, meşruyetini yitiren yönetimlere karşı direnme ve isyan hakkına dair görüşleri için bk. *Two Treatises of Government*, s. 406 vd.; Ağaogulları – Zabcı – Ergün, *Kral-Devletten Ulus-Devlete*, s. 216-9.

hukuk teorisi içerisinde bir çekirdek fikir olarak kalıp fazla geliştirilmediğini, mesela üç temel hak ile bağlantılı ikincil hakların da dâhil olduğu hukuk-siyaset bağlamının daha geniş bir teorik çerçeve içerisinde ifadeye kavuşturulamadığını, Batı hukuk düşüncesi içerisinde ise, metafizik kökenleriyle irtibatı kesilmiş olmakla birlikte, kendi bağlamı içerisinde işlenip gelişmiş bir fikir hâline getirildiğini vurgulamak gerekir.

Müslüman toplumlarda toplumsal ve siyasi hayat esas olduğu için, Hobbes ve Locke gibi düşünürlerin tasavvur ettiği türden muhayyel bir doğal durum veya (tabiat hâli: *status naturae*) anlayışına ihtiyaç duyulmamıştır. İbn Haldun gibi simalar, Aristoteles gibi toplumsal-siyasi hayatı doğal kabul eden düşünürlerle birlikte “*el-İnsan medeniyûn bi’t-tab*” demekte tereddüt etmezler: Yani insan doğası gereği toplumsal bir canlıdır. İnsanlar için en doğal hayat, nizam içinde bir içtima ve temeddün hâlidir. Şu hâlde toplumsallığın üst formu olarak “devlet”⁷⁵ şeklinde örgütlenmiş siyasi yaşam da insan doğasına uygun olmalıdır. İslâm hukukçuları, bu sebeplerle yatay bir sosyal sözleşme yerine, dikey bir sözleşmeyi, Yaratıcı ile insanlar arasındaki sözleşmeyi (İlk Ahit) esas almışlardır.

Fıkıh açısından doğal durum ile mukayese edilebilecek durum, din gelmeden önceki, “şeriat öncesi” durumdur. Bununla da, tarihî bir olgu olarak Hz. Peygamber öncesi fetret devri kastedildiği gibi, kimi zaman da -hüsn-kubh gibi bağlamlarda- farazî bir düşünce olarak dinî bildirim gelmemiş olduğu varsayımı kastedilir. Batıda sosyal sözleşme ve dolayısıyla doğal durum anlayışının kökenleri Marsilio da Padova’nın (ö. 1342) eserlerine kadar götürülebilse de⁷⁶ Leo Strauss, Hobbes’un elinde dönüştürülen doğal durum nazariyesinin kökeninin Hıristiyan teolojisinde bulunan bir ayırım olduğuna dikkat çeker:

Felsefi doğal hukuk doktrini ancak Hobbes’tan beridir aslen bir doğa durumu doktrini olmuştur. Hobbes’tan önce, “doğa durumu” terimi, siyaset felsefesinden çok Hıristiyan teolojisinde kullanılmaktaydı. Bu öğretiyi çerçevesinde, doğa durumu, bilhassa Tanrı’nın inayeti ve merhameti altında bulunulan durumdan (*state of grace*) ayırt edilmiş ve saf doğa durumu (*state of pure nature*) ve günahkâr doğa durumu (*state of fallen nature*) olarak iki bölüme ayrılmıştır. Hobbes bu alt bölümleri ortadan kaldırmış, inayet durumunun yerine de sivil toplum durumunu koymuştur.⁷⁷

Elmalılı M. Hamdi Yazır (ö. 1942), insanların toplum hâlinde yaşamalarını izah eden iki temel yaklaşım olduğunu belirtir. Medeniyetin zorunlu olduğunu ileri süren Aristoteles’e mukabil, J. J. Rousseau insanların medenî topluluklar hâlinde yaşamasının ihtiyarî olduğunu savunmaktadır. Sosyal sözleşme görüşünün sonucu olarak medeniyet, insanların özgür iradeleriyle yaptıkları sözleşmenin sonucudur ve parlamentolar, seçimler, kanuna dayalı akitler hep o ilk genel sözleşmenin dalları sayılır. Rousseau’nun görüşünün doğal sonucu, beşer iradesinin medeniyeti yok edebilme potansiyeline sahip oluşudur. Bu yaklaşımı beşeri iradenin

75 Burada devlet teriminin modern devlet öncesi siyasi organizasyonları ifade ettiği dikkate alınmalıdır.

76 Del Vecchio, *Hukuk Felsefesi Dersleri*, s. 68.

77 Strauss, *Doğal Hak ve Tarih*, s. 215.

âmilinin ne olduğunu açıklayamaması bakımından yetersiz bulan Elmalılı, bu âmilin tabiat-tan başka bir şey olmadığı kabul edildiği takdirde de medeniyetin tabii olduğu şeklindeki birinci görüşün ağırlık kazanacağına dikkat çeker. Fakat medeniyetin tabii olduğu kabul edilecek olursa da bu takdirde insanların hürriyet haklarını teslim etmemek, insanları fitraten toplumsal bağlara esir saymak gerekecektir. Böyle bir sonuç ise beşer tabiatına muhalif olduğu için kendi içinde bir çelişki taşımaktadır.

Medeniyetin kökeni hakkındaki bu iki temel görüşü yetersiz bulan Elmalılı, fıkıhın medeniyet anlayışını ortaya koymaya girişir. Buna göre fıkıh, beşer fitratının medeniyete yalnız istidadını kabul ettikten sonra bu medeniyetin tahakkukunu ihtiyârî telâkkî etmiş, fakat medeniyetin gerçekleşmesi için gereken irade ve ihtiyarda insan tabiatından başka bir âmil de gözetmiştir. Medeniyet fikrinin insan fitratının doğuştan getirdiği fikirlerden olduğunu düşünen Elmalılı, insanlığın ilk ebeveyninin medeniyet idrakine istidatlı olarak yaratıldığı, en basit bir surette bile olsa medeniyet fikrinin kendilerine vahiy ve ilham olunduğu, fakat bu fikrin geliştirilip gerçekleştirilmesinin müktesep olup peyderpey evlatlarında yerleşip kökleştiği kanaatindeydi. Böylelikle insanlar ne medeniyet fikrinden uzak bir zaman geçirmiş, ne de medeniyet yolunu tutmaları bir içgüdü kabilinden zorunlu olmuştur.⁷⁸

Şu hâlde kökeninde vahiy bulunan medeniyetin (toplumsal hayatın) tahakkuku insanın irade ve kesbine bağlıdır. Böyle olunca bütün bir içtimai düzen, ilimler ve sanatlar, medeniyet ve kültür, “kesb” ile vuku bulur. Kesb ise, insanın ihtiyârî fiilinin sonucunda elde ettiği şeydir. Bu yüzden dünyayı tanzim etme istidadı değilse de dünyada şu veya bu şekilde gerçekleşen her türlü düzen “mümkün” (*contingent*) kategorisine ait birer varoluşsal formdur.⁷⁹ Bu sebeptir ki kelâm ilminde son derece mühim bir terim olan “kesb”, fıkıh açısından da dünyanın imarını mümkün kılan temel insânî etkinlik olarak görülmüş ve insanın çalışmasının önemi, “kitâbü'l-kesb” veya “iktisab” adı verilen eserlerde ele alınmıştır.

Sosyal sözleşmecî teorisyenlerden Hobbes gibi bazıları, bu teoriyi fertlerin bütün haklarını devlete devrettiğini ifade etmek ve devletin mutlak gücünü tebarüz ettirmek için kullanırken, Locke gibi kimileri de fertlerin temel haklarını güvenceye almak amacıyla ileri sürmüşlerdir. Eserlerini modern devlet öncesinde yazan klasik devir fakihleri ise, “devlet” gibi soyut kavramlar kullanmamışlar, yaptıklarından şahsen sorumlu olan devlet başkanının (imam/halife) ve onun tayin ettiği kamu görevlilerinin eylemleri (vazifeleri) üzerinde odaklanmışlardır. Fertlerin yukarıda ifade edilen temel hakları, hukuki bir gerekçe olmadıkça herkes ve bu meyanda da kamu yöneticileri tarafından dokunulmazdır. İslâmî bir yönetimin –buradaki “İslâmî” sıfatının hakikatle sahici bir ilişkisi olduğu sürece– totaliter bir karaktere bürünmesi bu anlamda mümkün değildir. Klasik dönemde şer‘î hukuk, devletin vaz’ ettiği ve devletle kaim bir hukuk olmayıp, devletler üstü ve devleti önceleyen bir hukuktur.

78 Yazır, *Osmanlı Anayasasına Dair*, s. 75-76.

79 Hususi sohbetlerimizde, toplumsal düzenin “kesb” olduğuna yaptığı vurgu sebebiyle değerli hocam Prof. Dr. Tahsin Görgüne müteşekkirim.

Fıkıh ilminin konu edindiği şer'î ilkeler bütün klasik Müslüman siyasî teşekküller tarafından bağlayıcı kabul edilmiştir. Bu tarz bir hukuk ve yönetim anlayışı “nomokrasi” (yani yasalardan hâkimiyeti) şeklinde isimlendirilmektedir. Lewis İslâm siyasal düşüncesi ve İslâm'ın devlet anlayışı hakkında (Batı'da) çok yaygın iki temel yanılgıdan birinin İslâm devlet anlayışının teokratik, diğerinin de despotik (hatta diktacı) olması olduğunu söylerken⁸⁰ gayet haklıdır. Zira teokrasi ancak Tanrı adına konuştuğu iddiasında olan, yanılmaz bir otoriteyi (kilise gibi) temsil eden bir kuruma sahip dinin yönetim şekli olabilir. Katolik düşünür Louis Gardet'in (ö. 1986) İslâm'ın teokrasi olmaktan ziyade nomokrasi olduğuna vurgu yapması⁸¹ da önemlidir. George Makdisi de (ö. 2002) şöyle der: “İslâm tarihi incelendiğinde bir şeyin apaçık ortaya çıktığı görülecektir. İslâm, her şeyden önce bir nomokrasidir. İslâm'ın özgün karakterinin en üst düzeyde ifade edildiği alan fıkıhtır ve bu özgünlüğün ifade edildiği diğer alanlar meşruiyetini fıkıhtan almaktadırlar.”⁸² Şerif Mardin (ö. 2017) de nomokrasinin, İslâm'da hukukun devletten önce geldiğini belirtmek için kullanıldığını ve sosyal uyuma yön veren prensibi oluşturduğuna dikkat çeker.⁸³ Lewis'in şu tespitleri de gayet önemlidir:

Geleneksel İslâm görüşünde devlet, hukuku yaratamaz; devletin bizzat kendisi hukukun yarattığı ve varlığını sürdürmesine izin verdiği bir olgudur. Bu hukuk da Allah'tan kaynaklanır ve yorumlanması bu işler için gerekli bilgi ve yetileri kazanmış kimselere düşen bir iştir. Sıradan bir insan kadar hükümdarın da bu hukuk karşısında boynu kıldan incedir; onun görevi hukuku korumak, hâkim kılmak, uygulamak ve sürdürmektir.⁸⁴

Bütün bu söylenenler, klasik İslâmî anlayışta hakların kaynağının devlet değil doğrudan Allah olduğunu açıklıkla ortaya koyar. Hakların devlete devredilmesi gibi bir durum söz konusu olmadığı için, devletin hakları belirlemesi de söz konusu değildir. Bu tarz bir hukuk anlayışı, hukukun üstünlüğü kavramının otantik bağlamını da aşikâr kılar.

5. İnsan Haklarının Krizi

Günümüzde insan haklarına bu denli vurgu yapılmasına, neredeyse her şeyin bir insan hakkı hâline getirme temayülüne bakıldığında, bu anlayışın uluslararası toplum tarafından epey uzun zamandır, büyük devrimlerin yaşanmasından bu tarafa hiç olmazsa iki buçuk asırdır genel kabul görmüş bir mefhum olduğuna ikna olmak kolaydır. Ne var ki durum pek de öyle değildir.

80 Lewis, *İslâm'ın Siyasal Söylemi*, s. 51. Lewis şöyle der: “Müslüman ülkelerin çoğunda din adamlarının, bir meslek kesimi olarak, iktidarı ellerine alması gibi bir uygulama olmamıştır. İslâm'da Papalık devleti gibi diye bir devlet olmadığı gibi, İslâm tarihinde bir Kardinal Richelieu, Wolsey, Mazarin ya da Alberoni de olmamıştır. Bu bakımdan da günümüzün İran'ındaki mollalar yönetimi İslâmî teamülden radikal bir kopmadır” (s. 52-3).

81 Gardet, *Müslüman Site*, s. 51 (dp.) ve 150.

82 Makdisi, *Ortaçağ'da Yüksek Öğretim*, s. 46. Bu kavram hakkında ayrıca bk. Köksal, *Fıkıh ve Siyaset*, s. 147.

83 Mardin, *Yeni Osmanlı Düşüncesinin Doğuşu*, s. 97.

84 Lewis, *İslâm'ın Siyasal Söylemi*, s. 53.

Modern dönemde, 19. yüzyıl ile 20. yüzyılın ilk yarısına kadar doğal hakları yahut genel olarak hak kavramını reddetme tutumunun yaygın bir tavır hâline geldiği söylenebilir. 1776 tarihli Amerikan Bağımsızlık Bildirisi'nde (*Declaration of Independence*) şöyle deniyordu:

Biz şu gerçeklerin kendiliğinden apaçık olduğu görüşündeyiz: Bütün insanlar eşit yaratılmışlardır, onları yaratan Tanrı kendilerine devredilemez bazı haklar vermiştir. Bu haklar arasında yaşama, özgürlük ve mutluluğu arama hakları yer alır. Bu hakları güvence altına almak için insanlar arasında meşru, iktidar hak ve yetkilerini yönetilenin rızasından alan hükümetler kurulmuştur.

Bu tarihten 13 yıl sonra, Fransız İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirisi'nde (*Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen*) ise doğal haklar anlayışı kendinde apaçık bir hakikat imiş gibi kabul edilmekle birlikte bu hakların kaynağına, yani Tanrı'ya herhangi bir atıf yoktur:

İnsanlar, özgür ve eşit haklarla doğar ve yaşarlar. Sosyal farklılıklar ancak kamu yararına dayandırılabilir. Her bir siyasi topluluğun amacı, insanın doğal ve iptal edilmesi mümkün olmayan haklarını korumaktır. Bu haklar; hürriyet, mülkiyet, emniyet ve baskıya karşı direnmedir (1. ve 2. madde).⁸⁵

Böylelikle 18. yüzyılın ikinci yarısındaki büyük devrimlere ilham kaynağı olan doğal haklar öğretisi 19. yüzyılda etki ve itibarını kaybetmiştir. Seyyid Bey, zamanındaki Avrupalı filozofların büyük bölümünün hak kavramını inkâr ettiklerine dikkat çeker. Onlara göre bir gerçekliği öğrenmenin yolu tabiata bakmaktır. Tabiatı ise doğal haklar mevcut olmayıp güçler mücadelesinden başka bir şey yoktur. Tabiatı hükümler olan hak değil, kuvvettir. Hak, adalet, fazilet gibi kavramlar boş, mevhum, manasız şeylerdir.⁸⁶ Douzinas, 18. yüzyıl devrimlerine ilham kaynağı olmuş doğal haklar anlayışının 19. yüzyılda ortadan kalkışını şöyle anlatıyor:

Büyük burjuva devrimleriyle ortaya çıkan merkezleşmiş Batılı devletler, devrimden hemen sonra doğal haklar kuramını terk edip suçlu çıkardı ve hukuki pozitivizm öğretisini benimsedi. Pozitivistler açısından, adına yaraşır tek hukuk, devletin koyduğu yasadır. Otoritenin gözünde hukuku ahlâktan ayıran açık farklılığın ve daha üstün bir yasaya, haklara yahut vicdanın buyruklarına başvurmanın herhangi bir geçerliliği yoktur. 19. yüzyıl, merkez devletlerde sosyal mühendislik, periferide imparatorluk-inşası ve sömürgecilik çağıydı. Hukuk, hükümetlerin, kurum geliştiricilerinin ve reformcularının elinde bir araç olarak görüldü; üstün ilkelere veya bireysel haklara başvuran bir hukuk, ilerlemenin önünde gerici bir engeldi.⁸⁷

85 Amerikan ve Fransız insan hakları beyannamelerinin ait oldukları farklı siyasi bağlamların mukayesesi için bk. Ferry – Renault, *Siyaset Felsefesi*, s. 480-8.

86 Seyyid Bey, *Konferans*, s. 8-9.

87 Douzinas, *İnsan Hakları ve İmparatorluk*, s. 21-2.

Çağdaş araştırmacılarından Martti Koskenniemi, *The Gentle Civilizer of Nations: The Rise and Fall of International Law (1870-1960)* adlı kapsamlı eserinde uluslararası hukuk disiplininin geçen yüzyıldaki serüvenini anlatır. Hukukçuların politik gücün kullanımının sınırlandırılması yönündeki çabalarına ve uluslararası hukuk disiplininin geliştirilmesinde bu amacın da etkili olmasına rağmen, bu disiplinin tam da bu amacın zıddına, büyük güçlerin bazı emperyal ve kolonyal amaçları için kullanıldığına, hukukçuların istemeyerek de olsa “modernitenin tarihindeki en fena bazı adaletsizlikleri meşrulaştırdıklarına” dikkat çeker.⁸⁸ 2. Dünya Savaşı’ndan sonra, bir zamanlar uluslararası hukuk disiplininin gördüğü meşrulaştırıcı işlevin evrensel insan hakları disipliniyle sürdürüldüğüne yönelik iddialar dikkat çekicidir. Tony Evans’ın *The Politics of Human Rights* isimli kitabının teması da budur. Kitabında “küreselleşme” terimine hususi bir vurgu yapan Evans’a göre insan hakları, neoliberal konsensüsün çıkarlarını destekleyen sosyal aktivitenin belirli biçimleri için meşruiyet temin etmektedir.⁸⁹

Jeremy Bentham, Duguit ve Kelsen gibi düşünürlerle Amerikan Realizmi akımı mensupları hak kavramını reddederler.⁹⁰ Hakkı tamamen reddetme tutumunun arkasında, bu kavramın metafizik değer yüklü olduğu ve metafizik içerikli kavramların tamamının bilim dışı kalması gerektiği şeklindeki felsefi pozitivist yaklaşım ile, toplumcu bir dünya görüşü yer alır. Toplumcu yaklaşım için yalnız vazife vardır, hak diye bir şey yoktur. Hukuki pozitvizmin kurucu simalarından Bentham doğal hakları inkâr etmekle birlikte, belirli bir hukuk sisteminin tanıdığı haklar olarak hukuki hakları kabul eder. Fransız İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirisi’nden çok kısa bir süre sonra, buradaki insan hakları anlayışını eleştirmek için 1791-2 yıllarında kaleme aldığı *Anarchical Fallacies*’de bu tarz iddiaları kökten reddeder.⁹¹ Onun ifadeleriyle “Doğal hak bir saçmalaktır; doğal ve yok edilemez haklar boş laftır; saçmalığın dik âlâsıdır”,⁹² doğal haklardan söz etmek “cadılara veya tek boynuzlu atlara inanmak kadar saçmadır, iki ayak üzerindeki safsatadır, zira yürürlükten kaldırılması toplumun menfaatine olduğunda, kaldırılmaması gereken hiçbir yasa/hak yoktur.”⁹³

Geçen yüzyılın etkili kamu hukukçularından Léon Duguit’nin (ö. 1928) hak kavramına yönelik tutumu dikkat çekicidir. Auguste Comte (ö. 1857)⁹⁴ felsefesinin hukukta sürdürücüsü olan Duguit hak kavramının metafizik bir kavram olduğunu ve tamamen reddedilmesi gerektiğini söyler. Ona göre,

88 Koskenniemi, *The Gentle Civilizer of Nations*, s. 109-10; Beitz, *The Idea of Human Rights*, s. 202-3.

89 Evans, *The Politics of Human Rights*, s. 118.

90 Güriz, *Hukuk Felsefesi*, s. 134-42; Işıktaç, *Hukuk Felsefesi*, s. 460.

91 Sen, “Elements of a Theory of Human Rights”, s. 316.

92 Beysan, *Hak Kavramı*, s. 164.

93 Douzinas, *İnsan Hakları ve İmparatorluk*, s. 22.

94 Pozitivizmin kurucusu Comte’un hak kavramına bakışını kendi ifadeleriyle aktaralım: “Gerçek felsefe lisanında *sebe* kelimesinden ne kadar çekinilmeli ise, gerçek siyaset lisanında *hak* kelimesinden de o kadar çekinilmelidir. Metafizik ve teolojik nitelikte olan bu iki kavramdan biri (hak), artık ahlak dışı ve anarşik olduğu gibi diğeri de (sebe) irrasyoneldir ve sofistçedir” (Comte, *Système de politique positive*’den naklen Duguit, *Hak Kavramı*, s. 27).

sübjektif hakların niteliği, nihayet bir irade kudretinden (...) ibarettir. Bu kabulden de anlaşılacağı üzere sübjektif hakların varlığı, bazı iradelerin, diğerlerine kendiliğinden üstün olmalarını, özel bir niteliği olmalarını gerektirmektedir. Mesela *kamu gücü* [fr. *puissance publique*] ya da mülkiyet sübjektif haktır dendiğinde, ya bu sözün hiç anlamı yoktur ya da bu “mülkiyet hakkını veya kamu gücünü haiz olan kişinin iradesi, bu haklara riayet ile yükümlü olan kişilerin iradelerine tabiatı gereği üstündür” demektir. Burada, sübjektif hak kavramının nasıl metafizik ve skolastik olduğu hemen görülür. Günah ve ruh gibi bütün değersiz düşünceler yeniden gün yüzüne çıkar. Auguste Comte, sübjektif hak kavramının, sadece bu hususta yetkiyi üzerine almış *dünya-üstü* [fr. *supra-terrestrial*] bir kuvvetin kabulüyle var olup insan toplumlarının genel evriminin pozitif aşamasında yerini koruyamayacağını söylemekte çok haklıdır.⁹⁵

Duguit hak kavramının günümüze kadar varlığını sürdürmesinin sebebinin, Roma hukukçularının geliştirdiği iki etkili kavram olduğunu düşünür. Roma hukukçuları, bireylere karşı en büyük kuvvet kullanma iktidarının, topluma veya temsilcilerine aidiyeti hâlinde kamu gücü veya *imperium*, bireylere aidiyeti hâlinde ise mülkiyet yahut *dominium* şeklinde iki sübjektif hak tesis ettiler. Imperium konusu emretmek olan bölünemez, kendinden menkul bir hak olarak uyulması zorunlu kamu gücünü temsil eder. Dominium ise bir ferden belirli bir mülkiyet konusu olan eşya üzerindeki tasarruf hakkı olup her ferde karşı ileri sürebileceği mutlak bir haktır. Feodal dönemde bu haklar sınırlandırılmış olsa da, 18. yüzyılın sonunda bu yapı daha güçlü bir şekilde yeniden kurulmuştur. Tamamen *a priori* bir kabule dayanan bu iki tür sübjektif haktan biri olan kamu gücü iki farklı şekilde meşrulaştırılmıştır: Tanrısal hukuk ile millet egemenliği. Duguit Tanrısal hukuktan bahsetmeye bile değmeyeceği kanaatinde. Millet egemenliği kavramını da reddeden Duguit, kavramın referans kaynağı olan Rousseau’ya ait *Toplumsal Sözleşme*’nin ilgili bölümlerini tenkit eder. Duguit’e göre bireysel psikoloji alanında “ruh” kavramı nasıl terkedilmiş eski bir anlayışsa, kolektif bir ruh ön kabulüne dayalı millet egemenliği tarzı telakkiler de öylece yanlıştır. Comte’un üç hâl yasası gereğince teolojik ve metafizik aşamaları geride bırakan insanlık, içinde bulunduğu pozitif çağda diğer bilimlere olduğu gibi hukuku da olgulara dayalı olarak yeniden inşa edecektir. Sonuçta Duguit hem tek tek bireylerin, hem de tüzel kişi olarak devletin hakları olduğu fikrini tamamen reddeder ve “bireyin hakkı değil ödevi vardır” şeklinde özetlenebilecek bir anlayışı savunur.⁹⁶ Görüldüğü gibi onun bu tutumunda metafizik karşıtlığıyla birlikte toplumcu anlayış birliktedir. Felsefi açıdan oldukça zayıf ve yavan olmakla birlikte, Duguit’in hakkı reddetme tutumu esasen varlığın, bilginin ve eylemin ilkesinin kendisinden kaynaklandığı yüce bir yaratıcıyı ve dünya ötesi bir âlemi inkâr etme tavrıyla tutarlıdır (bu hüküm genel olarak doğal hakları inkâr etme yaklaşımı hakkında söylenebilir).

Bilhassa doğal haklar söz konusu olduğunda, bu hakların asli kaynağına giden dikey boyut ihmal edilip doğal haklar yalnız yatay boyut ekseninde açıklanmaya çalışıldığında, felsefi

95 Duguit, *Hak Kavramı*, s. 29.

96 Duguit, *Hak Kavramı*; bk. birinci konferans ve yayına hazırlayanın girişi.

bir çıkmazla yüzleşmek kaçınılmazdır: İnsanın sırf rasyonel bir varlık olduğu için doğuştan ve devredilemez birtakım haklarla dünyaya geldiği iddiası, ispatlanması gereken bir hususun tartışılmadan kabul edilmesi gerektiği gibi bir argümantasyon problemi içermektedir. Jack Donnelly, Christian Bay'e ait "ihtiyaçlar insan haklarının temelidir" görüşünü, bu üzerinde durmaya değmeyecek denli temelsiz görüşü eleştirdikten sonra, kendi görüşü olarak "insan haklarının kaynağı, insanın *ahlaki* doğasıdır" önermesini ileri sürer. İnsanın ahlaki doğası dediği şeyin ise, bilimsel temelli ve ihtiyaçlara dayalı insan doğası ile ilişkisi çok zayıftır. "İnsan haklarına hayat için değil, fakat onurlu bir hayat için 'ihtiyaç' duyulur. Uluslararası İnsan Hakları Sözleşmelerinde belirtildiği gibi, insan hakları 'insan kişinin özündeki onur'dan kaynaklanır. İnsan hakları ihlalleri bir kimsenin *insanlığını* inkâr ederler, yoksa kişinin ihtiyaçlarını tatmin etmesini her zaman engellemezler."⁹⁷ Yazar, insanın ahlaki doğasının, ihtiyaçlarla belirlenen bilimsel insan doğasından farklı olduğunu ve bu farklılığın temelinde de insanın özündeki onurun bulunduğunu söylemektedir. Fakat bu onur nedir ve insan niçin onurlu bir varlıktır? Donnelly insan haklarına temel oluşturan insan doğasının "ahlaki bir postüla", "insan olarak varolabilmeye ilişkin ahlaki bir görüş" olduğunu iddia etmektedir. Dolayısıyla yazara göre insanın onurlu ve haklara sahip bir doğaya sahip olması, ispatlanması gerekmeyecek kadar açıktır. Ayrıca insan hakları diğer sosyal pratikler gibi insan faaliyetinden kaynaklanır, "bunlar insana Tanrı, Doğa veya hayatın fizikî gerçekleri tarafından verilmiş değildir". İnsan doğası esas olarak "toplumsal bir proje"dir. İnsan türü asıl doğasını toplum aracılığıyla kendinden türetir. İnsan doğası, insan hakları ve siyasal toplum arasındaki ilişki diyalektiktir, bunlar birbirini sürekli biçimlendirip durur.⁹⁸ Bu yaklaşımın sonucu da, ne insan doğasının ne de insan haklarının sabit bir özü olmadığıdır. Görüldüğü gibi insanın "özü"nde niçin onur bulunduğu, insanın birtakım haklara niçin ehil olduğu soruları cevaplandırılmamış olarak kalmaktadır. İnsan doğası toplumsal bir proje ise ve "siyasal toplum insanları biçimlendiriyor"sa, insanın sabit bir özü yok demektir. İnsanı haklara ehil kılan doğanın ahlaki bir postüla olduğunu söylemek, açıklanıp ispatlanması gereken esas mesele hakkında "bu çok açık, çünkü öyle" demekten ibarettir.

Sık sık başvurulan bu tarz "âşîkarlık" argümanları zayıf ve temelsizdir. İnsanların eşit, doğuştan gelen ve devredilemez birtakım haklara sahip oluşunu bunların tartışmasız ve âşîkâr hakikatler olduğu iddiasına bağlayan yaklaşım, dediğimiz gibi ispatlanması gereken bir hususu ispatlanmış gibi takdim etme hatasına düşmektedir. Çağımızın etkili düşünürlerinden Alasdair MacIntyre bu apaçıklık iddialarına haklı olarak karşı çıkar, fakat bunu insan haklarının mevcut olmadığını temellendirmek için kullanır. Liberal düşüncenin amansız eleştirmenlerinden ve komüniteryan yaklaşımın savunucularından olan MacIntyre'in talihsiz iddialarından biri, hiçbir klasik dilde modern zamanlara kadar "hak" kavramını ifade eden bir kelimenin bulunmadığı yönündedir:

97 Donnelly, *İnsan Hakları*, s. 27.

98 Donnelly, *İnsan Hakları*, s. 28-30.

Antik veya Orta Çağ dillerinin hiçbirisinde, Orta Çağın sonlarına gelinceye kadar, bizdeki ‘a right’ (‘bir hak’) ifadesini tam olarak karşılayacak herhangi bir ifadenin var olmadığı olgusunun ışığında (...) kavram, Eski İngilizce ve Japonca’da en azından ondokuzuncu yüzyılın ortalarına kadar, ki bu bir yana, klasik veya Orta Çağ İbranice, Yunanca, Latince veya Arapça dillerinde 1400’lü yıllara kadar, herhangi bir ifade aracından yoktur. (...) hakikat ortada: Bu tür haklar yoktur, bunların varlığına inanmak, büyücülerin veya tek boynuzlu atların varlığına inanmakla birdir.⁹⁹

Arapça’daki “hak” kelimesinin İslâm’ın en erken dönemlerinden itibaren sahip olduğu hukuki ve felsefi içerik, son derece açık ve zengindir.¹⁰⁰ MacIntyre liberalizmin dayandığı hak kavrayışını eleştirmek için hakkı kökünden yok sayar. Onun insan haklarını reddetme tarzındaki Benthamcı yaklaşımı, Bentham’ın hukuk anlayışını şiddetle eleştirmesiyle yan yana durur. Anlaşılan MacIntyre’in bu yaklaşımı, Aristoteles’in toplumsal bir varlık olarak insan anlayışıyla irtibatlıdır. Eğer toplum öncesinde -kelimenin gerçek anlamıyla ve kendini yetkinleştirmiş olarak- “insan” yoksa, ayrıca insan ve topluma ilişkin bütün temellendirmelerimizi yatay düzlemde gerçekleştireceksek, doğuştan ve verili insan hakları diye bir şeyi kabul etmemek “tutarlı” sayılabilir. “Çünkü söz konusu [Aristoteles’in de dâhil olduğu] geleneğe göre bir insan olmak, her biri kendine özgü anlam ve amaca sahip bir roller bütününe yerine getirmek demektir: bir aile ferdi, bir yurttaş, bir asker, bir filozof ya da bir din görevlisi olmak demektir. İşte, insan, ancak bütün bu rollerden ayrı ve onlardan önce gelen bir birey olarak düşünüldüğü an ‘insan’ işlevsel bir kavram olmaktan çıkar.”¹⁰¹ Hâlbuki İslâm geleneğinde insan bütün bu sosyal rollerinden önce Allah karşısında bir kuldur ve kendi başına anlamı olan bir birey, bir cevher olarak “var”dır. İnsanoğlunun Cenâb-ı Hak karşısındaki ontolojik statüsü kulluktur. “Fakat bu metafizik kulluk yeryüzündeki mutlak hürriyetin bekçisi ve koruyucusudur.”¹⁰² Bireyler arasındaki eşitliğin, insanların birbirlerine nazaran özgür olmalarının ve doğuştan devredilemez birtakım haklara sahip olmasının teminatı, herkesin Hakk’ın kulu olmaklıktaki eşitliğidir. İnsanı böyle düşünmek onu sosyal, toplumsal ve ahlaki işlevlerinden ayırmayı da gerektirmez ve tarihî tecrübeye de bireycilik tarzı bir oluşum gözlenmemiştir.

“Bugün bile, pek çok kişi, siyasetçi ve yazar için insanların doğuştan gelen haklara sahip olduğunun aşıkârlığı hiç de açık değildir” diyen Uslu, Locke’un insan haklarını ancak Tanrı tarafından verilmiş olmasıyla açıklayabildiğini şöyle anlatır:

99 MacIntyre, *Erdem Peşinde*, s. 111.

100 Hak kavramı hakkında bk. Râğıb, *el-Müfredât* “Hak” maddesi; İbn Sina, *Kitâbü’ş-Şifâ*, I, 46; İbn Manzûr, *Lisânü’l-Arab*, II, 122-3; Mütercim Asım Efendi, *el-Okyanûsu’l-Muhit*, II, 884. Kavramın İslâm hukukundaki geniş analizi için bk. Hacak, *İslâm Hukukunun Klasik Kaynaklarında Hak Kavramının Analizi* (doktora tezi, 2000) Marmara Üniversitesi SBE.

101 MacIntyre, *Erdem Peşinde*, s. 96.

102 Ülken, *İslâm Düşüncesi*, s. 71.

Locke, *Hükümet Üzerine İkinci İnceleme*'de insanların eşit şekilde haklara sahip olduğu ve kimsenin diğerlerinin haklarına müdahale etmemesi gerektiğine ilişkin kuralın apaçık ve *âşikâr* olduğunu sık sık söyler (...) Ancak, Locke bunu söylemenin yeterli olmadığını farkındadır ve doğal yasanın nihai temeli olarak Tanrı'nın varlığına başvurur. Doğal haklar ve diğerlerine zarar vermeme ödevi bütün yaratılmışların nihai sahibi olan Tanrı'nın varlığıyla haklaştırılır.¹⁰³

Kanadalı akademisyen ve eski siyasetçi Michael Ignatieff, “insan haklarının manevî krizi” diye adlandırdığı durumun, insan haklarının nihai metafizik zemininin yokluğuyla ilgili olduğunu söyler

Her şeyden önce, insanlar neden haklara sahiptir? İnsan türünü ve insan fertlerini haklara salahiyyetli kılan şey nedir? Şayet insanla ilgili özel bir şey (onu haklara ehil kılan bir hususiyet) varsa, neden bu dokunulmazlık, riayetle değil de bu denli sık biçimde ihlâl ile onurlandırılıyor? Eğer insanlar özelse, niçin birbirimize bu kadar kötü davranıyoruz?

İnsan hakları seküler bir inanç nesnesi hâline gelmiştir. Ancak bu inancın metafizik dayanağı net değildir. Evrensel Beyanname'nin 1. maddesi, her türden gerekçelendirmenin önünü keser ve yalnızca şunu söyler: “Bütün insanlar hür, haysiyet ve haklar bakımından eşit doğarlar. Akıl ve vicdana sahiptirler ve birbirlerine karşı kardeşlik zihniyeti ile hareket etmelidirler.” Evrensel Beyanname hakları beyan ve ilan eder, ama insanların niçin onlara sahip olduğunu açıklamaz.¹⁰⁴

Ignatieff bu noktada, 1948 tarihli Evrensel Beyanname'nin hazırlık sürecine dair bir anekdot paylaşır. Komisyonun başkanı Eleanor Roosevelt Şubat 1947'de, beyannamenin ilk taslak komitesini bir araya getirdiğinde, Çinli bir Konfüçyen ile Lübnanlı bir Thomist beyannamenin felsefi ve metafizik temelleri hakkında inatçı bir tartışmaya girişirler. Bayan Roosevelt ise, Doğu ile Batı'nın önündeki tek yolun, anlaşmazlık üzerinde anlaşmak olduğunu söyleyerek tartışmaya son verecektir.¹⁰⁵

Doğal insan hakları konusunda dikey boyut ihmal edildiği, yani bu hakların insana, insanı aşan bir kaynaktan verili olduğu dikkate alınmadığı takdirde, insanın doğuştan ve devredilemez birtakım haklarla dünyaya geldiği iddiasının hakkıyla temellendirilmesinin mümkün olmadığını söyledik. Bu meseleye farklı bir noktadan dikkat çekmek amacıyla Amerikalı filozof Richard Rorty'nin (ö. 2007) “liberal ironist” kavramına başvurabiliriz. Rorty bireysel kendini gerçekleştirme ve toplumsal adalet projeleri arasındaki gerilimi incelediği eserinde şöyle diyor:

103 Uslu, *Doğal Hukuk ve Doğal Haklar*, s. 168-9.

104 Ignatieff, *Human Rights as Politics and Idolatry*, s. 337.

105 Ignatieff, *Human Rights*, s. 337. Mehmet Birsin, “Bildirgenin felsefesinin tartışılmamış olması, arka planda mevcut olan felsefenin ortaya çıkmasını önleme çabası olarak görülmüş olmalıdır” der (*İslâm Hukukunda İnsan Hakları Kuramı*, s. 28). Bu tutumun, arka planda tutarlı ve derinlikli bir felsefe bulunmadığını gizleme amaçlı olması daha muhtemeldir.

Burada kullandığım “liberal” tanımını, yaptığımız en kötü şeyin zalimlik olduğunu düşünen insanları liberal olarak tarif eden Judith Shklar’dan ödünç alıyorum. “İronist” terimini ise, kendisinin en merkezi inançlarının ve arzularının olumsuzluğuyla [mümkün oluşuyla / *contingency*]¹⁰⁶ yüz yüze gelebilen kişiyi –bu merkezi inançların ve arzuların zamanın ve tesadüfün ötesinde yer alan bir şeye gönderme yaptığı düşüncesinden vazgeçmeye yetecek denli tarihselci ve nominalist olan bir kişiyi- adlandırmak için kullanıyorum. (...) Liberal ironist açısından “niçin zalim olmamalı?” sorusunun yanıtı yoktur –zalimliğin korkunç bir şey olduğu inancının döngüsel olmayan teorik bir dayanağı yoktur. “Ne zaman adaletsizliğe karşı mücadele etmek gerektiğine ve ne zaman kendinizi mahrem [ferdî / private]¹⁰⁷ özyaratım projelerine hasretmek gerektiğine nasıl karar veriyorsunuz?” sorusunun da bir yanıtı yoktur. Liberal ironist açısından bu soru ne az şu sorular kadar umutsuzdur: “ $m \times n$ sayıda başka masumun hayatını kurtarmak için n sayıda masumun işkenceye maruz kalmasını kabul etmek âdil midir? Eğer âdilse, n ve m ’nin değerleri tam olarak nedir?” ya da “bir kimse rastgele seçilmiş başka insanlar karşısında ne zaman kendi ailesinin ya da cemaatinin üyelerini yeğler?” Bu türden soruların iyi temellendirilmiş teorik yanıtları olduğuna –bu türden ahlaki ikilemleri [dilemma] çözmek için gerekli algoritmaların olduğuna inanan herhangi biri, kalbinin derinliklerinde hâlâ bir teolog ya da metafizikçidir. Bu kimse, hem insan varoluşunun gayesini belirleyen hem de sorumluluklar hiyerarşisi tesis eden bir düzene, zaman ve tesadüfün ötesinde yer alan bir düzene inanıyordu.¹⁰⁸

“Düşünmenin ve toplumsal ilerlemenin hedefi olarak Hakikatin yerine Özgürlüğü”ⁿ¹⁰⁹ konulduğu, her türlü gerçekliğin toplumsal inşa ürünü olduğunun kabul edildiği bir çağda, Rorty’nin liberal ironist figürü, insan ve toplum yaratımı olmayan bazı gerçeklikler varmış gibi konuşurken aslında böyle gerçeklikler olmadığına inanmaya devam eder. “İroni” terimi burada bir şey söylerken tam olarak onu kastetmemek şeklindeki aslı anlamını muhafaza eder. Yapılan şey, gerçek anlamını yalnız katılımcıların bildiği bir “söz oyunu”ndan ibarettir. Adaletten, insan haklarından, herkesin eşitliğinden söz edilirken, bu kelimeler özsel, gerçekliğini kendilerinde taşıyan birtakım hakikatlere atıf yapıyormuş gibi davranılır. Ancak -teoride yatay ve dikey boyutlar arasındaki kırılma bir tarafa- herkes teori ile pratik arasındaki büyük yarığın farkındadır.¹¹⁰

106 “Contingency” kelimesi, zorunlu ile imkânsız arasındaki kategoriye, yani büyük ölçüde klasik felsefedeki “imkân” kategorisini; bir şeyin öyle veya böyle olmasının, hatta var olup olmasının mümkünlüğünü ifade eder. Değerler alanında da cevheri/özel, değişmez olmayan bir anlam taşır. H. Ziya Ülken buna “zorunsuzluk” demişti.

107 Rorty’nin “private” kelimesiyle kastettiği anlamın, mütercimim tercih ettiği “mahrem”den ziyade, “ferdî/bireysel” olduğu anlaşılmaktadır.

108 Rorty, *Olumsuzluk, İroni ve Dayanışma*, s. 17-8; *Contingency, Irony and Solidarity*, s. xv.

109 Rorty, *Olumsuzluk, İroni ve Dayanışma*, s. 15.

110 İnsan hakları pratiğindeki büyük problemleri ele alan bir çalışma için bk. Thomas Hammarberg, *Avrupa’da İnsan Hakları* (trc. Aşen Ekmekci), İstanbul: İletişim Yayınları, 2012. Avrupa Konseyi İnsan Hakları Komiserliği yapmış olan Hammarberg bu kitabında yabancı düşmanlığı (bu meyanda İslâmofobi) ve mülteci sorunundan toplumsal cinsiyet ve çocuklarla ilgili sorunlara, engelli insanların haklarından sosyal ve ekonomik haklara kadar çok geniş bir alandaki insan hakları ihlallerini ayrıntılı biçimde ortaya koyuyor.

MacIntyre da “duyguculuk” (emotivism) kuramı ile mücadele ederken benzer bir noktadan hareket eder. “Duyguculuk, bütün değerlendirci yargıların ve özellikle de bütün ahlâksal yargıların -bunlar ahlâksal ve değerlendirci oldukları sürece- tercih, tutum ve duyguların dile getirilişinden *başka bir şey olmadığını* öne süren bir öğretilerdir.”¹¹¹ Modern dönemde ahlâk düşüncesinin köklü bir biçimde yozlaştığını, temel erdemlerin bir tarafa atılıp ahlâk alanında hiçbir sabitenin, objektif denebilecek hiçbir hakikatin kalmadığını, insan bütünlüğünün parçalandığını iddia eden düşünür, yeniden Aristoteles’in erdem ahlakına dönüşü savunduğu kitabında, duyguculuk dediği (ve hemen hemen modernlikle özdeşleştirdiği) objektif bir hakikat kabul etmeyen bu tavır alışla kökten hesaplaşır:

Özellikle modern birey, benim deyişimle duygucu birey, önünde, üzerinde yargıda bulunabileceği hiçbir sınırlama bulamaz; çünkü bu tür sınırlamalar değerlendirmeye ilgili rasyonel ölçütlerden türetilir ve önceden de belirttiğim gibi duygucu birey, bu tür herhangi bir ölçütten yoksundur. Her şey, bireyin benimsemiş olduğu herhangi bir bakış açısından eleştirilebilir; ki buna bireyin benimseyeceği bakış açısının seçimi de dahildir. Hem analitikçilerden, hem de varoluşçulardan, bazı modern felsefeciler, ahlâksal fâilliğin özünü, herhangi bir rastlantısal durum ile herhangi bir zorunlu özdeşleşmeden paçayı kurtarma kapasitesinde olan bu bireyde bulmuşlardır. (...) Hiçbir zorunlu toplumsal içerik ve kimliğe sahip olmayan bu demoktarize edilmiş kişi(lik), her şey olabilir, herhangi bir rolü benimseyebilir veya herhangi bir bakış açısına bağlanabilir; çünkü o, *kendi içinde ve kendisi için bir hiçtir.*”¹¹²

20. yüzyılın önemli siyaset düşünürlerinden Hannah Arendt (ö. 1975) *Totalitarizmin Kaynakları* isimli eserinin “Ulus-devletin Yıkılışı ve İnsan Haklarının Sonu” başlıklı dokuzuncu bölümünde, insan hakları meselesinin iki dünya savaşı arası dönemde nasıl temelli bir problemle yüzleştiğini anlatır. 1. Dünya Savaşı sonrasında yıkılan imparatorluklar çeşitli ulus-devletlere evrildiğinde, devletsiz bazı halklar ortaya çıkmış ve tarihte ilk defa olarak milyonlarca insan herhangi bir siyasi topluluğa ait olmaksızın ortada kalmıştı. “Yeryüzünün posası” olarak nitelendirdiği bu büyük kitleler, temel insan haklarından yoksun kalmışlardı, çünkü insan hakları bir devlete tabiiyet ile sıkı bir şekilde irtibatlı olarak düşünüldüğü, daha doğrusu her devletin yasaları içerisinde mündemiç kabul edildiği için, siyasi bir topluluğun koruması altında olmayan insan, salt insan olması bakımından temel haklara sahip addedilmiyordu. İnsan hakları pozitif yasalar gibi bağlayıcı değildi; “İnsan hakları da, hiçbir zaman bir yasa hâline gelememiş, ancak normal yasal kurumların yeterli olmadığı tekil ayrık durumlarında bir başvuru [merci] olarak oldukça muğlak bir varlık kazanmıştır.”¹¹³

Arendt, 18. yüzyılın sonundaki İnsan Hakları Bildirgesi’nin tarihte bir dönüm noktası olduğunu söyleyip şöyle der:

111 MacIntyre, *Erdem Peşinde*, s. 28.

112 MacIntyre, *Erdem Peşinde*, s. 57-8. Duyguculuk hakkında bir değerlendirme için bk. Feldman, *Etik Nedir?*, s. 308-36 (bu kitabın tercümesinde ekolün ismi “duygusalılık” olarak çevrilmiştir).

113 Arendt, *Totalitarizmin Kaynakları 2*, s. 277.

Bildirgenin önünde sonunda tek bir anlamı vardı: O andan sonra Yasa'nın kaynağı, Tanrı'nın buyruğu ya da tarihin töreleri değil, İnsan olacaktı. Bildirgeyle, tarihin toplumun belli tabakalarına ya da belli uluslarına bahsettiği ayrıcalıklardan bağımsız olarak ["eğitimini" tamamlayan] insanın her türlü vesayetten özgürleştiği imlendi ve reşit olduğu ilân edildi.¹¹⁴

Fakat öyle anlaşılıyor ki İnsan, bir devlet tâbiyetinden, bir kolektivite mensubiyetinden bağımsız olarak, insanları sırf insan olmaları bakımından kucaklayabilen, ulusal menfaatlere aşkın olan ve -yasa olmak için gerekli- gerçek müeyyidelerle donatılmış Yasa'yı ve belki daha da önemlisi, böyle bir yasanın temelini teşkil edecek ahlâkı henüz "yapabilmiş" değildir.

İnsan haklarının "felsefi krizi"nden söz ederken doğrudan insan hakları uygulamalarına dair sorunlar kastedilmediği gibi, günümüzde insan haklarına yönelik meydana gelmiş devasa literatür, çok sayıda insan, kurum ve maddî imkânın seferber edildiği büyük bir pratikler kümesi gözardı ediliyor da değildir. Bazı toplumsal pratiklerin herkes tarafından aksiyomatik biçimde kabul edilip köken araştırmasına tâbi tutulmaksızın pratikte sorunsuz işleyebilmesi ihtimali de -böyle bir ihtimal ne kadar zayıf olsa dahi- konumuz dışındadır. Felsefi kriz, kökene dair tutarlı bir teorik anlatının yokluğu ile ilgilidir. Buna göre insan haklarının salt ahlaki, salt hukuki, yahut ahlaki-hukuki haklar niteliğinde olup olmadığının kabulü, temel niteliği ne olursa olsun söz konusu hakların asgarî miktarına dair bir tasavvur, bunun niçin böyle olduğuna dair bir teorinin eşlik etmediği durumda tatmin edici bir açıklama sayılmayacaktır. Hangi normatif statüde olursa olsun temel bazı insan hakları kabul etmek, bu hakların statüsünü açıklamadan önce, niçin insanların insan olmakla bu haklara sahip olduğunun tutarlı bir açıklamasını gerektirir.

20. yüzyılın önde gelen hukuk filozoflarından H. L. A. Hart (ö. 1992) "Are There Any Natural Rights?" başlıklı makalesinde, doğal hakların ahlaki nitelikte olduğunu ve esasen temelde tek bir doğal hakkın mevcut olduğunu belirtir: "bütün insanların eşitçe sahip olduğu özgür olma hakkı".¹¹⁵ O şöyle der:

Bütün insanların eşitçe sahip olduğu özgürlük hakkını bir *doğal* hak olarak betimlemek için iki nedenim var ve ikisi de daima klasik doğal hak kuramcıları tarafından vurgulanmıştır: (1) Bu hak tercih kabiliyetini haiz her insanın sahip olduğu bir haktır; insanlar buna herhangi bir toplumun üyesi veya birbiriyle özel bir ilişki içinde olarak değil, salt insan *olmakla* sahiptir. (2) Diğer ahlaki hakların aksine bu hak, insanların istemli eylemleriyle yaratılmış veya bahşedilmiş değildir.¹¹⁶

Hart gerekçelendirmesinde, herkesin "eşitçe sahip olduğu özgürlük hakkı"na niçin sahip olduğunu açıklamamaktadır. Gerekçe olarak sunduğu önermeler bir sebep olmaktan ziyade sonuç olmaya elverişlidir, bilhassa birinci önerme, açıklanması gereken bir iddianın öyle varsayılmasından ibarettir. Hart'ın iddiası esasında koşullu bir önermedir: "Eğer ahlaki hak diye

114 Arendt, *Totalitarizmin Kaynakları 2*, s. 294.

115 Hart, "Doğal Haklar Var mı?", s. 217.

116 Hart, "Doğal Haklar Var mı?", s. 218.

bir şey varsa bu tek doğal hak var olmalıdır.”¹¹⁷ Günümüz düşünürlerinden Amartya Sen, günümüzde insan hakları anlayışına yönelik kuşku ve eleştirilere, Benthamcı tarzda kökten reddedişlerin yaygın olduğuna ve insan hakları aktivistlerinin bu tarz kuşkular karşısındaki rahatsızlığına değinir. Aktivistler dünyayı açıklamaktan ziyade değiştirmeye çalıştıkları için bu tarz spekülâtif soru ve eleştiriler onları huzursuz etmektedir. Sen, sağlıklı bir insan hakları pratiği için teorik kuşkuların giderilmesi gerektiği kanaatindedir. Böyle tutarlı bir teorik çerçeve çizmek amacıyla kaleme aldığı makalesinde, insan haklarına dair herhangi bir teori- nin cevaplaması gereken sorulardan ilki -ve bizim açımızdan en önemlisi- olarak, insan hakları bildirilerinin ne tür bir ifade olduğu sorusunu vaz eder. Bu soruya verdiği yanıtta Hart’ı takip ederek insan haklarının esas itibarıyla ahlaki talepler olduğunu ileri sürer. Ona göre insan hakları yasama için ilham edici bir kaynak olabilirse de bu haklar hukuki, ön-hukuki (*proto-legal*) yahut ideal-hukuki emirler değildir.¹¹⁸

Sen, Bentham’ın doğal hakları, bunları hukuki mahiyetli haklar şeklinde yorumladığı için reddettiğini söyler. Doğal hakların arkasında hukuki veya kurumsal bir güç bulunmadığı âşikardır. Burada dikkate alınıp mukayese edilmesi gereken iki tür etik vardır ki birisi Bentham’ın öncülüğünü yaptığı yarar temelli etik (bunda zâtî öneme sahip etik değer yarar olup insan hakları veya özgürlüğü değildir), diğeri ise insan haklarına köklü bir yer ayıran, insanî özgürlük ve yükümlülükler temel bir önem atfeden bir etikdir. Bu ikinci tarz etiği savunan yazar, insan haklarını etik olarak kavramanın, bunları yalnız hukuki birer talep olarak değil, aynı zamanda hukukun zemini, neredeyse “beklemede olan hukuk” olarak görmek isteyen hukuk temelli insan hakları kavrayışlarının tümüne karşıdır. Böyle bir yaklaşım ahlaki olarak kavranan hakların yeni yasamalarda hiçbir etki ve yardımı olmayacağı anlamına gelmeyecek, fakat yalnız böyle bir işlevi olduğu ileri sürülecektir.¹¹⁹

Sen, makalesinde insan haklarının pratik yönlerine dair kıymetli birtakım değerlendirmeler yapmakla birlikte, insan haklarının en temel mahiyetine dair, yani insan olmanın için bu tarz ahlaki haklara sahip olmayı gerektirdiğine ilişkin tatmin edici bir açıklama sunmaz. Konuyla ilgili önemli bir başka çalışma da Charles R. Beitz’in insan hakları düşüncesine tahsis ettiği kitabıdır. *The Idea of Human Rights*’ın temel sorunsalı, 2. Dünya Savaşı sonrası şartlarında uluslararası anlaşmalarla evrensel bir doktrin hâline gelen insan haklarını “mevcut pratiği” içerisinde anlamaktır. Yazara göre evrensel insan haklarını anlamanın en iyi yolu, bunu başka bir düşüncenin ürünü olarak değil, kendi nevi’ne özgü, *sui generis* bir düşünce olarak tasavvur etmektir.

Beitz insan haklarını yerel sosyal adalet ilkeleri ile özdeşleştirmek ne kadar hatalıysa, bu hakları bütün tarihî şartlarda her insana uygulanması gereken normlar toplamı olarak bir asgarî ahlakilik standartı (moral minimum) şeklinde görmenin de o denli hatalı olacağı kanaatindedir.

117 Hart, “Doğal Haklar Var mı?”, s. 219.

118 Sen, “Elements of a Theory of Human Rights”, s. 318-20.

119 Sen, “Elements of a Theory of Human Rights”, s. 325-7.

Ona göre evrensel insan hakları bu iki anlayışın ortasında olup, “günümüzde içinde yaşamakta olduğumuz küresel normatif düzenin unsurları olmak şeklindeki kendilerine mahsus rolleriyle temayüz eden eleştirel, kamusal standartlardır.”¹²⁰ Yazarın temel amacı, gözlemlediğimiz uluslararası pratikle uyumlu bir insan hakları kavrayışını tasvir etmektir. İnsan haklarına ilişkin dile getirilmiş çeşitli türden kuşkuları tasnif edip sıralayan¹²¹ Beitz, bunlardan özellikle politik nitelikli olanlar üzerinde durur ve insan haklarının birtakım politik hesapların aracı olarak kullanılması tarzındaki ihtimallerin mevcudiyetinin, bir bütün olarak insan hakları projesini reddetmek için makul bir sebep olmadığına inanır. Amartya Sen’e benzer şekilde insan haklarının hukuki ilkeler olmadığını düşünen Beitz’e göre söz konusu hakların pratiği “küresel normatif düzen”in bir parçasıdır. “Küresel normatif düzen, küresel politik alanın muhtelif bölgelerinde davranış için düzenleyici standartlar olarak az veya çok yaygın olarak kabul edilen normlar bütünüdür.”¹²² Bu normların bir bölümü sözleşmelerle oluşturulan hukuk benzeri normlar iken, bir bölümü de arkaplan normları veya ilkeleri olarak tasavvur edilmelidir. Yazar insan haklarının hukuk olmaya elverişli olmadığı (hukuka ait kaynaklardan çıkarılmadığı ve kararlar üzerinde etkili olabile de belirleyici olmadığı) için arkaplan normları olduğunu ileri sürer. Arkaplan normları kamusal alanda yaygınca kabul edilen, hükümetlerin karar ve eylemlerini değerlendirmede kullanılan eleştirel pratik standartlardır. İnsan haklarına dair bir teori fazla iddialı olmamalıdır, zira insan haklarının doğası ve talepleri, olumsal tarihî şartlara cevap olmak üzere vücuda gelmiştir. Böyle olunca insan haklarının temelini bir veya birkaç belirgin ahlaki düşüncede aramak veya hakların genelgeçer bir listesini çıkarmak yanlış olacaktır.¹²³

İnsan haklarına yönelik kavramsal, normatif veya amaca yönelik kuşkular ne olursa olsun, mevcut hâliyle insan hakları pratiğinin olumlu taraflarını korumaya yönelik iyi niyetli çabaların kıymeti inkâr edilemez. Yukarıda bu yöndeki çabalardan bir bölümüne değindik. İnsan hakları anlayışının, yani insanların doğuştan sahip oldukları birtakım temel ve devredilemez haklara sahip oldukları fikrinin İslâm ile uyumlu olduğunda hiçbir şüphe yoktur. Hatta Locke ile meşhur olan yaşam, özgürlük ve mülkiyet haklarının nihai kökeninin İslâm hukuku olduğu kanaatimizi de ifade etmiştik. Hz. Peygamber’in Veda Hutbesi’nde yer alan, ayrıca bazı âyet ve hadislerde bulunan bazı ilkelerin Debûsî ve diğer Müslüman hukukçularca açıklanması sonucunda, en az bin yıldır bu anlayış İslâm hukukunda mevcuttur. Günümüzde medenî ve siyasî haklar denilen birinci kuşak hakların temelini oluşturan bu hakların yanısıra; sosyal, ekonomik ve kültürel haklar olarak bilinen ikinci kuşak hakların önemli bölümü de İslâmî öğretinin teori ve pratiğinde yer alır (fakat bunların bir kısmı günümüzde olduğu gibi devletin değil, “sivil toplum”un vazifesi olarak görülmüş ve büyük ölçüde vakıflar aracılığıyla gerçekleştirilmiştir). Dolayısıyla mesela Hüseyin Kazım Kadri’nin (1789 tarihli) İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirisi’nin İslâm ile uyumlu olduğunu açıklama

120 Beitz, *The Idea of Human Rights*, s. 197-8.

121 Beitz, *The Idea of Human Rights*, s. 3-6.

122 Beitz, *The Idea of Human Rights*, s. 209.

123 Beitz, *The Idea of Human Rights*, s. 209-12.

çabası¹²⁴ ve bunun 1948 tarihli beyannameyi esas alan günümüzdeki muadilleri gibi çabalar tamamen önemsiz olmamakla birlikte, esas mesele insan haklarının nasıl temellendirildiği (kökeni) ile, Douzinas'ın ifade ettiği gibi, "tahakküm ve baskıya karşı etkili bir savunma aracı mı yoksa yükselen bir imparatorluğun ideolojik cilası mı"¹²⁵ olduğu, yani başka birtakım amaçlar için araçsallaştırılması (amacı) problemidir.

Batı felsefesinin bilhassa Kant'tan sonraki seyri bakımından doğal hukuk ve doğal haklar anlayışının gözden düşmesi kaçınılmazdı. Materyalist-pozitivist anlayışın büyük ölçüde hâkim olup metafizik içerikli önermelerin anlamsız kabul edilir hâle geldiği¹²⁶, Kant felsefesindeki (özgürlük ve otonomi kavramlarının da dâhil olduğu) metafizik bakiyenin temizlendiği ve Fransız İhtilali'nden sonra toplumsal hayatı düzenleme biçimlerinde istihdam edilen ve edilecek her türlü ahlaki ve hukuki değerın insan kaynaklı olduğu kabulünün yerleştiği, insanı aşan değişmez bir hakikat anlayışının ortadan kalkarak bütün hakikat iddialarının toplumsal kurgulardan ibaret kabul edildiği, bunlara paralel olarak modern ulus devletin yaygınlaşarak hâkimiyetin mutlak ve devlet ile kâim olduğu fikrinin benimsendiği, bireyin büyük ölçüde ortadan kalkıp kolektif unsurların bir parçası hâline geldiği, insanın ilkel bir yaşam formundan evrimleşmiş hayvanlardan bir hayvan, nihayetinde biyolojik bir yığından ibaret kabul edildiği bir entelektüel ortamda, doğuştan ve devredilemez insan hakları fikrini sürdürmenin imkânı kalmadığı gibi, bu düşünceye geri dönmek esasen bir nevi "irtica" sayılmalıydı. Şu hâlde 19. yüzyıl sonu ve 20. yüzyıl başlarındaki manzara –genel olarak hak kavramının reddedildiği yahut yalnız mer'î devlet hukukunun bahşettiği hukuki hakların kabul edildiği, hususen doğal haklar anlayışının çoktandır köhnemiş bir zihniyetin ürünü olduğu telakkisi-, esasen saydığımız gelişmelerin doğal bir neticesidir. 20. yüzyılın ilk yarısında gerçekleşen doğal hukuk rönesansı¹²⁷ ise, 19. yüzyıl boyunca gelişen felsefi, sosyolojik, ekonomik ve bilimsel düşüncenin doğal bir sonucu olmayıp, bilakis bu gelişmenin gayri tabii bir biçimde kırılmasını temsil eder. Yani söz konusu rönesans, fikrî gelişim çizgisinin bir sonucu olmayıp, iki dünya savaşının arasında ve ikincisinin sonunda ortaya çıkan bazı somut gerçekliklerin neticesidir. Fiilî bir zorunlulukla, ulus devlet yasalarının üstünde yer alacak ahlaki değerlere dayalı bir insan hakları tasavvuru oluşturulmuş, fakat post-metafizik çağda bunun felsefi temellendirmesi yapılamamıştır. Bu noktada Kant çizgisini takip eden bazı felsefecilerin insan haklarını tekrar Kant felsefesiyle temellendirme çabaları da zayıf ve semeresiz kalmaktadır.¹²⁸ Söylemek istediğimiz şudur: İnsan hakları anlayışının tutarlı bir temellendirmesi ancak insanı aşan bir varlık, bilgi ve değer kaynağının mevcudiyetinin

124 Hüseyin Kazım Kadri, *İnsan Hakları Beyanname'si'nin İslâm Hukukuna Göre İzahı*.

125 Douzinas, *İnsan Hakları ve İmparatorluk*, s. 7.

126 İfade edilen husus, hâkim hâle gelen felsefi temayüldür. Yoksa Kant sonrasında materyalist/pozitivist yaklaşımın yanı sıra idealist, spiritüalist, Thomas Aquinas'ın görüşlerini modern felsefeye uyarlamaya çalışan (Yeni Tomist) dindar yaklaşımların da mevcut olduğu bilinmektedir.

127 bk. Hamide Topçuoğlu, *XX inci Yüzyılda Tabii Hukuk Rönesansı*.

128 Böyle çabalara örnek olarak Robert Nozick'in *Anarchy, State and Utopia* adlı eserinde birey haklarını Kant'ın ikinci kategorik buyruğuna irca eden yaklaşımı ile, Ioanna Kuçuradî'nin *İnsan Hakları: Kavramları ve Sorunları* (Ankara: Türkiye Felsefe Kurumu, 2011) isimli kitabındaki yaklaşımı verilebilir.

ve bu hakların insana verili olduğunun kabulüyle mümkündür. İnsanın rasyonel ve otonom bir varlık olduğunu ispat etmek eskisi kadar kolay olmadığı gibi, böyle olduğu kabul edildiği takdirde de bu vasıflar onun bu haklara zorunlu olarak sahip olmasını gerektirmez; bu gereklilik için insanın Yaratıcı tarafından sorumlu kılındığının ve ayrıca özcü bir insan doğası anlayışının kabulü de lâzımdır. Varlık, bilgi ve değerın kaynağı insandan başka bir yerde aranmayacaksa, her şeyi inşa eden insansa, temel haklara zemin teşkil edebilecek (“insan onuru” ve “insan doğası” gibi) hiçbir kavramın nihai ve kurgusal olmayan bir özü olmayacak demektir. İnsan haklarının başka amaçlar için araçsallaştırılmamasının garantisi ancak sözünü ettiğimiz aşkın ve verili insan hakları anlayışıdır. İnsan haklarının bu aşkın temellerinin tasfiye edilmesiyle birlikte hiçbir değişmez ve kendinde iyi bir değer kalmayacağını ve bu durumun yol açabileceği sonuçları Arendt çok iyi özetliyor:

Dinin mutlak ve aşkın ölçüleri ya da doğanın yasası otoritelerini yitirir yitirmez, hakkı, ‘için’ –birey ya da aile veya halk ya da en geniş sayı için- ‘iyi’ ile özdeşleyen¹²⁹ bir yasa anlayışı da kaçınılmaz hâle gelir; ve eğer ‘için iyi’nin uygulandığı birim insanlık kadar geniş olursa, bu karmaşa asla çözülmez. Çünkü, son derece örgütlü ve donanımlı bir insanlığın günün birinde, bazı parçalarını tasfiye etmenin bir bütün olarak insanlık için hayırlı bir iş olacağına tamamen demokratik bir biçimde –yani çoğunluk yoluyla- karar verecek olması, pratik siyasi ihtimaller alanında bile son derece anlaşılabilir bir şeydir. Burada, olgusal gerçekliğin yol açtığı sorunlar alanında, uzun zaman önce Platon’a “her şeyin ölçüsü insan değil Tanrı olmalıdır” dedirtse de, ancak bütün siyasi ve felsefi sorunların çerçevesini sarsılmaz bir Hıristiyan tanrıbilim oluşturduğu sürece farkedilmeden kalabilecek siyaset felsefesinin en eski çıkmazlarından biriyle karşı karşıyayızdır.¹³⁰

Arendt’ten yarım asrı aşkın bir zaman sonra yazan Douzinas da, aşkın temelini kaybeden insan haklarının, siyasetin bir enstrümanı olmasının kaçınılmazlığını ifşa ediyor:

Normatif kaynaklar, bundan böyle, Tanrı’nın ezeli ve ebediliğinde, rasyonel bir sistematiklikte, doğal ya da sosyal bütünlükte değil, devletlerin çıkarlarında, pazarlıklarında ve tavizlerinde bulunmaktadır. Haklar, ahlâk ve hukuk felsefecilerinin ilgi alanları ve yöntemleri olmaktan siyasetçilerin önceliği olmaya doğru gidiyor.”¹³¹

Robert Dahl “devredilemez hakları herhangi bir hükümetin ulaşamayacağı yerde kurmak için ne yapmalı” diye sormuştu.¹³² “Eğer test buysa” der Wael B. Hallaq, “o zaman hukukun üstünlüğünü devlet yönetimi üzerinde hâkim kılan şer’i hukuk bu testi geçmiştir.”¹³³ Hallaq’ın bu hükmü güncel değil, tarihsel bir değerlendirmedir. Günümüz için ise Dahl’ın sorusu önemini sürdürüyor.

129 Arendt burada Hitler’in “Hak, Almanlar için iyi olandır” sözünden hareket ediyor.

130 Arendt, *Totalitarizmin Kaynakları 2: Emperyalizm*, s. 308-9.

131 Douzinas, *İnsan Hakları ve İmparatorluk*, s. 12.

132 Dahl, “On Removing Certain Impediments to Democracy in the United States”, s. 235’ten nakleden Hallaq, *The Impossible State*, s. 72; *İmkânsız Devlet*, s. 132.

133 W. Hallaq, *The Impossible State*, s. 72.

Kaynaklar

- Ağaoğulları, Mehmet Ali – Filiz Zabcı – Reyda Ergün. *Kral-Devletten Ulus-Devlete*. Ankara: İmge Kitabevi Yayınları, 2009.
- Aktan, Hamza. “İhrâz.” *DİA*. XXI, 542-4.
- Aravamudan, Srinivas. *Enlightenment Orientalism*. Chicago: The University of Chicago Press, 2012.
- Arendt, Hannah. *Totalitarizmin Kaynakları 2: Emperyalizm* (trc. Bahadır Sina Şener). İstanbul: İletişim Yayınları, 1998.
- el-Bâbertî, Ekmelüddin Muhammed b. Mahmud, *et-Takrîr li-Usûli Fahri'l-İslâm el-Bezdevî* (nşr. Abdüsselâm Subhi Hâmid). I-VIII, Kuveyt: Vizâretü'l-Evkâf ve Şuûni'l-İslâmiyye, 2005.
- Bardakoğlu, Ali. “İstîlâ.” *DİA*. XXIII, 359-361.
- Beitz, Charles R.. *The Idea of Human Rights*. Oxford University Press: New York, 2009.
- Bentley, Jerry. “Europeanization of the World or Globalization of Europe?.” *From the Renaissance to the Modern World: A Tribute to John M. Headley* (ed. Peter Iver Kaufman Basel), Switzerland: MDPI Books, 2012.
- Bernasconi, Robert. *İrk Kavramını Kim İcat Etti?* (haz. Zeynep Direk). İstanbul: Metis Yayınları, 2011.
- Beysan, Nazime. *Hak Kavramının Hukuk Felsefesi Açısından Analizi*. İstanbul: XII Levha Yayıncılık, 2015.
- Birsin, Mehmet. *İslâm Hukukunda İnsan Hakları Kuramı*. İstanbul: Düşün Yayıncılık, 2012.
- Brennan, Jason. *Liberteryenizm* (trc. Atilla Yayla). Ankara: Liberte Yayınları, 2015.
- el-Buhârî, Abdülaziz. *Keşfü'l-Esrar* (nşr. Muhammed el-Mu'tasım Billah el-Bağdâdî). I-IV, Beyrut: Dâru'l-Kitâbi'l-Arabî, 1997.
- Büyük Haydar Efendi. *Usûl-i Fıkh Dersleri*. İstanbul: Matbaa-i Âmire, 1326.
- ed-Debûsî, Ebû Zeyd. *Takvîmü'l-edille* (nşr. Halil Muhyiddin el-Meys). Beyrut: Dâru'l-Kütübî'l-İlmiyye, 2001.
- Del Vecchio, Giorgio. *Hukuk Felsefesi Dersleri* (trc. Sahir Erman). İstanbul: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi, 1952.
- Donnelly, Jack. *Teoride ve Uygulamada Evrensel İnsan Hakları* (trc. Mustafa Erdoğan – Levent Korkut). Ankara: Yetkin Yayınları, 1995.
- Douzinas, Costas. *İnsan Hakları ve İmparatorluk: Kozmopolitanizmin Siyasal Felsefesi* (trc. Kasım Akbaş – Rabia Sağlam). İstanbul: İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 2017.
- Duguit, Léon. *Hak Kavramı ve Devletin Dönüşümü Üzerine Üç Konferans* (trc. Edip Serdengeçti; haz. Emre Partalcı). İstanbul: Pinhan Yayınları, 2019.
- Evans, Tony. *The Politics of Human Rights: A Global Perspective*. Londra: Pluto Press, 2001.
- Feldman, Fred. *Etik Nedir?* (trc. Ferit Burak Aydar). İstanbul: Boğaziçi Üniversitesi Yayınevi, 2013.
- el-Fenârî, Şemseddin Muhammed b. Hamza. *Fusûlü'l-bedâyi'*. I-II. İstanbul: Şeyh Yahya Efendi Matbaası, 1289.
- Ferry, Luc&Alain Renault. *Siyaset Felsefesi* (trc. Ertuğrul Cenk Gürçan – Murat Erşen). İstanbul: Dergah Yayınları, 2015.
- Galtung, Johan. *İnsan Hakları: Başka Bir Açıdan Bakış* (trc. Müge Sözen). İstanbul: Metis Yayınları, 2013.
- Gardet, Louis. *Müslüman Site: Toplumsal ve Siyasal Hayat* (trc. Ahmet Arslan). İstanbul: Ayrıntı Yayınları, 2014.
- Güriz, Adnan. *Hukuk Felsefesi*. Ankara: Siyasal Kitabevi, 1999.
- Hacak, Hasan. *İslâm Hukukunun Klasik Kaynaklarında Hak Kavramının Analizi* (doktora tezi, 2000). Marmara Üniversitesi SBE.

- . “İslâm Hukuk Düşüncesinde Özel Mülkiyet Anlayışı.” *M. Ü. İlahiyat Fakültesi Dergisi*. 2005, sy. 29, s. 99-120.
- Hallaq, Wael B.. *The Impossible State: Islam, Politics, and Modernity’s Moral Predicament*, New York: Columbia University Press, 2013. Türkçe tercümesi: *İmkânsız Devlet* (trc. Aziz Hikmet). İstanbul: Babil Kitap, 2019.
- Harrison, John – Peter Laslett. *The Library of John Locke*. Oxford: Oxford University Press, 1971.
- Hart, H. L. A.. “Doğal Haklar Var mı?” (trc. Oğuzhan Bekir Keskin). *H.L.A Hart ve Hukuk-Ahlak Ayrımı* (ed. Sercan Gürler). İstanbul: Tekin Yayınevi, 2015, s. 217-237.
- Ignatieff, Michael. *Human Rights as Politics and Idolatry* (ed. Amy Gutmann). Princeton N.J.: Princeton University Press, 2001.
- Işıktaç, Yasemin. *Hukuk Felsefesi*. İstanbul: Filiz Kitabevi, 2015.
- İbn Emîr el-Hâc. *et-Takrîr ve’t-Tahbîr* (nşr. Abdullah Mahmud Muhammed Ömer). I-III, Beyrut, 1999.
- İbn Sina. *Kitâbü’ş-Şifâ: Metafizik (el-İlâhiyyât)* (trc. Ekrem Demirli – Ömer Türker). I-II, İstanbul: Litera Yayıncılık, 2013.
- el-İsfahânî, Râgıb. *Müfredâtu Elfâzi’l-Kur’ân* (nşr. Safvân Adnan Dâvudî). Dımaşk – Beyrut: Dâru’l-Kalem – Dâru’ş-Şâmiyye, 1997.
- Johansen, Baber. “Der ‘Isma-Begriff im Hanafitischen Recht.” *Contingency in a Sacred Law: Legal and Ethical Norms in the Muslim Fiqh*. Leiden: Brill, 1999, s. 238-262.
- . “Secular and Religious Elements in Hanafite Law.” *Contingency in a Sacred Law: Legal and Ethical Norms in the Muslim Fiqh*. Leiden: Brill, 1999, s. 189-218.
- Kadri, Hüseyin Kazım. *İnsan Hakları Beyannamesi’nin İslâm Hukukuna Göre İzahı*. İstanbul: Sinan Matbaası, 1949.
- el-Kâsânî, Alâüddin Ebu Bekir b. Mes’ûd. *Bedâyi’u’s-Sanâyi’ fî Tertibi’ş-Şerâyi’*. I-VII. Kahire: Matbaatü’l-Cemâliyyeti’l-Âmire, 1910.
- Kelsen, Hans. *Saf Hukuk Kuramı* (trc. Ertuğrul Uzun). İstanbul: Nora Kitap, 2016.
- Koskenniemi, Martti. *The Gentle Civilizer of Nations: The Rise and Fall of International Law (1870-1960)*. Cambridge: Cambridge University Press, 2004.
- Köksal, Asım Cüneyd. “Vücûb-Eda Ehliyeti Ayrımı ve Bu Ayrımla İlişkili İki Mesele”. *İÜİF Dergisi*. 2011, sy. 25, s. 105-122.
- . *Fıkıh ve Siyaset*. İstanbul: Klasik Yayınları, 2017.
- el-Kuhistânî, Şemsüddin Muhammed b. Hüsameddin. *Câmiu’r-Rumûz*. I-II. İstanbul: el-Hâc Muharrem Efendi Bosnevî Matbaası, 1300.
- el-Leknevî, Abdülhayy. *Umdetü’r-Riâye alâ Şerhi’l-Vikâye* (nşr. Salâh Muhammed Ebü’l-Hâc). I-VI, Beyrut: Dâru’l-Kütübi’l-İlmiyye, 2009.
- Lewis, Bernard. *İslâm’ın Siyasal Söylemi* (trc. Ünsal Oskay). Ankara: Phoenix Yayınevi, 2011.
- Locke, John. *Two Treatises of Government*. Cambridge: Cambridge University Press, 2003. Türkçe tercümesi: *Yönetim Üzerine İkinci İnceleme* (trc. Fahri Bakırcı). Ankara: Ebabil Yayınları, 2012.
- . *İnsanın Anlama Yetisi Üzerine Bir Deneme* (trc. Meral Delikara Topçu). Ankara: Öteki Yayınevi, 2000.
- MacIntyre, Alasdair. *Erdem Peşinde* (trc. Muttalip Özcan). İstanbul: Ayrıntı Yayınları, 2001.
- Makdisi, George. *Ortaçağ’da Yüksek Öğretim: İslâm Dünyası ve Hıristiyan Batı* (trc. Ali Hakan Çavuşoğlu – Tuncay Başoğlu). İstanbul: Gelenek Yayıncılık, 2004.
- Mardin, Şerif. *Yeni Osmanlı Düşüncesinin Doğuşu* (trc. M. Türköne – F. Unan – İ. Erdoğan). İstanbul: İletişim Yayınları, 1998.

- el-Merginânî, Burhaneddin Ali b. Ebî Bekir. *el-Hidâye Şerhu'l-Bidâye* (nşr. Muhammed Muhammed Tamir – Hafız Aşur Hafız). I-II, Kahire: Dâru's-Selam, 1420.
- el-Meydânî, Abdülğani b. Tâlib. *el-Lübâb* (Kudûrî şerhi) (nşr. Ömer el-Mısri – Beşşâr Bekri Arâbi). Dımaşk: Dâru Sibâ', ts.
- Mütercim Asım Efendi. *el-Okyanûsu'l-Muhît fî tercemeti'l-Kâmusi'l-muhit*. I-III. İstanbul: Matbaa-i Osmâniye, 1305.
- en-Nigerî, Abdünnebî b. Abdürresul. *Düstûru'l-ulemâ*. I-IV. Beyrut: Müessesetü'l-A'lemî (Haydarabad: Dâiretü'l-Maarif Matbaası baskısının tıpkıbasımı), 1975.
- Özdemir, Merve. *İslâm Hukukuna Göre Beden Üzerinde Tasarruf ve Organ Nakli* (doktora tezi, 2017). Sakarya Üniversitesi SBÜ.
- Özdemir, Recep. *İslâm Hukukunda Mülkiyet*. İstanbul: Hiperyayın, 2018.
- Rorty, Richard. *Contingency, Irony and Solidarity*. NY: Cambridge University Press, 1995; Türkçe tercümesi: *Olumsuzluk, İroni ve Dayanışma* (trc. Mehmet Küçük – Alev Türker). İstanbul: Ayrıntı Yayınları, 1995.
- Sadrüşşeriâ, Ubeydullah b. Mes'ûd. *Şerhu'l-Vikaye* (nşr. Salâh Muhammed Ebû'l-Hâc). I-II, Amman: el-Verrak, 2006.
- . *et-Tavzih* (nşr. Muhammed Adnan Derviş). I-II, Beyrut: Dâru'l-Erkam, 1998.
- Sen, Amartya. "Elements of a Theory of Human Rights." *Philosophy&Public Affairs*, XXXII, sy. 4, s. 315-356.
- es-Serahsî, Şemsüleimme Ebu Bekir Muhammed b. Ahmed. *Usûl* (nşr. Ebû'l-Vefâ el-Efgânî). I-II, Beyrut: Dâru'l-Kütübî'l-İlmiyye, 1993.
- . *el-Mebûsût*. I-XXX. İstanbul: Çağrı Yayınları (Kâhîre: Matbaatü's-Sâade, 1324 baskısının tıpkıbasımı), 1982.
- Seyyid Bey. *Hak Mefhûmunun ve Kuvve-i Müeyyidesinin Süret-i Telakkisi Hakkında İslâm Felsefe-i Hukûkiyla Avrupa Felsefe-i Hukûku Arasında bir Mukayese: Konferans*. İstanbul: Kader Matbaası, 1338
- Strauss, Leo. *Doğal Hak ve Tarih* (trc. Murat Erşen – Petek Onur). İstanbul: Say Yayınları, 2011.
- Sunar, Lütfi. "Modern Zamana Geçerken Bedenleşen İnsan: John Locke'un Beden, Emek ve Mülkiyet Kuramının Bir Eleştirisi". *İnsanı Yeniden Düşünmek* (ed. Lütfi Sunar – Latif Karagöz). İstanbul: İlem, 2019, s. 33-68.
- Şentürk, Recep. *İnsan Hakları ve İslâm*. İstanbul: Etkileşim Yayınları, 2007.
- . "İsmet." *DİA*. XXIII, 137-8.
- et-Teftâzânî, Sa'eddin Mes'ud b. Fahreddin. *et-Telvîh ale't-Tavdih (et-Tavdih ile birlikte)* (nşr. Muhammed Adnan Derviş). I-II, Beyrut: Dâru'l-Kütübî'l-İlmiyye, 1998.
- et-Tehânevî, Muhammed Alâ b. Ali. *Keşşâfu ıstılâhâtî'l-funûn ve'l-ulum* (nşr. Refik el-Acem). I-II, Beyrut: Mektebetü Lübnan, 1996.
- Tierney, Brian. *The Idea of Natural Rights: Studies on Natural Rights, Natural Law and Church Law 1150-1625*. Michigan: Wm. B. Eerdmans Publishing, 2001.
- Tierney, Brian. "Ockham and Natural Rights." *A History of the Philosophy of Law from the Ancient Greeks to the Scholastics* (A Treatise of Legal Philosophy and General Jurisprudence, vol: 6) (ed. Miller, Fred D. Jr. – Carrie-Ann Biondi. Dordrecht: Springer, s. 325-328.
- Topçuoğlu, Hamide. *Yirminci Yüzyılda Tabii Hukuk Rönesansı*. Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1953.
- Uslu, Cennet. *Doğal Hukuk ve Doğal Haklar: İnsan Haklarının Felsefi Temelleri*. Ankara: Liberte Yayınları, 2011.
- Ülken, Hilmi Ziya. *İslâm Düşüncesi*. İstanbul: Ülken Yayınları, 1995.
- Yazır, Elmalılı M. Hamdi. *Osmanlı Anayasasına Dair* (haz. Asım Cüneyd Köksal). İstanbul: Klasik Yayınları, 2018.