

HUKUK ÜZERİNE

Neşet TOKU*

ÖZ

Hukukun nasıl tarifi edileceği şüphesiz müşkül bir mesele. Fonksiyonel açıdan hukuk; siyasi düzenlemelerin belirleyici, resmi yorumu veya toplumsal düzenin icbar edici araçlarla temini ya da evrensel-etik bir prensip tarafından fertler arasında cereyan eden ilişkilerin bitarafane tanzimi şeklinde değerlendirilebilir ise de mantık açısından bireysel ya da toplumsal faydaya yönelik rasyonel-uzlaşım sal kurallar mı yoksa kutsal mesajın buyrukları mı ya da akılla keşfedilip, temellendirilebilen rasyonel insan doğasına neyin uyup neyin uymadığını gösteren ve bu nedenle de emredici veya yasaklayıcı olan evrensel norm mu yahut da egemen gücün irade bildirim i mi olduğu hususu hayli tartışmalıdır. Bu makalede, hukuka yönelik farklı tanımlamalar irdelenmeye çalışılacaktır...

Anahtar Kelimeler: Hukuk, Pozitif Hukuk, Teokratik Hukuk, Doğal Hukuk

ON LAW

ABSTRACT

How to define the law is undoubtedly a difficult issue. Functional aspect; the law is formal interpretation of political arrangement, or the concluding of relations that occur between the individuals, by means of a universal-ethical principle, or the arrange of social order by means of coercive rules. But; In terms of logic, is law, it a rational-reconciliation rule for individual and social benefit? Or, is the command of the sacred message? Or is it the universal norm is imperative and prohibitive that is discovered by mind which indicates what does and does not suitable the rational human nature? Or is it the will of the sovereign power? This issue is highly controversial. In this article, different definitions for the law will be argued.

Key Words: Law, Positive Law, Theocratic Law, Natural Law

Hukukun nasıl tarifi edileceği şüphesiz müşkül bir mesele... Fonksiyonel açıdan hukuk; siyasi düzenlemelerin belirleyici, resmi yorumu veya toplumsal düzenin icbar edici araçlarla temini ya da **evrensel-etik** bir prensip tarafından fertler arasında cereyan eden ilişkilerin bitarafane tanzimi şeklinde değerlendirilebilir ise de mantık açısından bireysel ya da toplumsal faydaya yönelik rasyonel-uzlaşım sal kurallar mı yoksa kutsal mesajın buyrukları mı ya da akılla keşfedilip, temellendirilebilen rasyonel insan doğasına neyin uyup neyin uymadığını gösteren ve bu nedenle de emredici veya yasaklayıcı olan evrensel norm mu yahut da egemen gücün irade bildirim i mi olduğu hususu hayli tartışmalıdır... Bu meseleleri halletmede formel hukuk bilgisi tek başına yeterli değildir... Zira mantıkî tarif hukukla irtibatlı bütün disiplinlerin sistematik bilgisini içermek mecburiyetindedir.¹

Bu açıdan bakıldığında; temelde beş farklı tanımlama girişiminin mevcudiyetinden söz edilebilir... Bunlardan ilki ve en eskisi **Antik-Yunan** dünyasında **Sofistler**

* Prof. Dr., Yıldız Teknik Üniversitesi Fen-Ed. Fakültesi İTBB. İstanbul, nesettoku@hotmail.com

¹Giorgio Del Vecchio, Hukuk Felsefesi, Çev., S. Erman, İstanbul Üniversitesi Yay., İstanbul, 1952.

tarafından temsil edilen rölativist, uzlaşmacı, tarihselci yaklaşımdır... Buna göre; tarih, farklı toplumların farklı evrelerde farklı hukuk anlayışlarına sahip olduklarını göstermektedir... Dolayısıyla evrensel bir hukuk tarifi de evrensel bir hukuk sistemi de yoktur... Var olan yalnızca görelî-uzlaşım sal, pozitif hukuk kurallarıdır... Açık tır ki adaletin doğal bir dayanağı olup olmadığı, yani pozitif hukuk bakımından adil olan şeyin, doğal anlamda da adil olup olmadığı problemini ve aralarındaki teza dı ilk olarak ortaya koyanlar Sofistlerdir. **Protagoras**'ın; **"İnsan her şeyin ölçüsüdür."** sözü meşhur olup, anlamı, herkesin kendisine göre bir hakikatinin var olduğu, bu nedenle de her yerde ve herkes için geçerli olabilecek bir hakikatin bulunmadığıdır. Sofistlerin bu iddiaları tarihi tecrübeyle doğrulanabilir ise de böylesi izafi bir tavrın akıllı ve vicdanı tatmin etmediği de açıktır... Zira tecrübe dünyasının çelişkilerini temel bir prensip ekseninde bertaraf etmek akıl ve vicdan için kaçınılmaz bir hedeftir... Ne var ki bu izafi tavır, yalnızca **Antik-Yunan** dünyasında da gözlenmemiştir... Günümüz modern toplumlarında hâkim olan utiliteryan, sözleşmecî pozitif hukuk anlayışı, Sofistlerin anlayışından pek de farklı değildir...

Hukukun tarifine yönelik ikinci yaklaşım; hukukun kutsal mesajın buyrukları olduğudur... Bu teolojik anlayışın temel ayırt edici özelliği, hukukî ve siyasi düzenin din ekseninde tanzim edilmesini öngörmesidir. Bir başka ifadeyle, dinin hukuk ve siyaset üzerinde mutlak belirleyiciliğini benimsemek ve onları dine tabi kılmak ana öğedir... Hukukun; kutsal mesajın buyrukları olduğu ve dinin, hukukî ve siyasi düzenin omurgasını teşkil ettiği tezini sistematik bir biçimde savunan ilk düşünür **1120 – 1180** yıllarında yaşamış olan **Piskopos Salisburyli John**'dur... Ona göre; Tanrı'nın hukuku, adaletin kendisidir ve ebedidir. Tanrısal adalet, aynı zamanda eşitliktir. Hukukun gücü kutsal ve insanî tüm şeyleri kapsadığı gibi iyi ya da kötü şeylere de rehberlik eder. Tanrısal hukuk, insanın var oluşuyla birlikte doğal olayların da rehberidir. Hükümdar, tanrısal hukuku temsil ettiği ölçüde onu yargılayacak her türlü dünyevî kuralın zorunluluğundan muaftır. Fakat bu, onun haksız, adaletsiz eylemlerinin hukuka uygun olduğu anlamına gelmez. Sadece hükümdarın, ceza korkusundan değil de adalet sevgisinden dolayı adaleti uygulayacak; toplumun yararını ve her şeyde kendi özel isteklerinden önce diğerlerinin iyiliğini tercih etmesini sağlayacak bir karaktere sahip olması anlamına da gelir. Hükümdarın iradesi, aynı zamanda yargı gücünü de içerir. Çünkü onun kararları adaletle karşıtlık taşımaz. Hükümdarlık gücünün kılıcı, kine ve öfkeye kapılmadan savaşı barışın kılıcıdır. Zira hükümdar, hukuk gibi, kişisel düşmanlığa yönelmeksizin suçun peşine düşer. Böylece de Tanrı'nın sözleri, hükümdarın yönetimini kuran ve güçlendiren ilimdir. İlimin başlangıcı ise Tanrı korkusudur. Tanrı; "onun dostunun, onun hukukunun koruyucusu" olduğunu söyler. İyilik, Tanrı korkusudur ve Tanrı'dan korkan kişi iyi işler yapar. Bir kral tebaanın, kulların kralıdır ama aynı anda Tanrı'nın da kuludur ve onun görevi, tebaası insanlara sadakatle hizmet etmektir. **Salisburyli John** için, hukuka bağlı kalmak tanrısal bir zorunluluk olduğundan, aynı zamanda yararlı da olan bir durumdur. Yararlılık, **İsa Mesih** tarafından da ifade edilmiştir. Hükümdar bakımından hukuka bağlılığın yararı ve mükâfatı ise krallığın, babadan oğula irsi intikalidir. Ebeveynin doğruluğu ya da fazileti, çocukların başarısını sürdürecektir, daha sonraki nesillerin iyi talihi de atalarının günahlarının kökleşmesini engelleyecektir. Tanrı, insanı krallık gücünün doruklarına çıkararak yücelttiğinde, ona çocuklarının soyundan ebedî bir krallık sözü vermiştir. Tanrı; *"Eğer senin*

çocukların gönderdiğim emirleri tutarlarsa, onlar ve onların çocukları senin saltanatına oturacaklar ve senin saltanatını devam ettireceklerdir. Onların zürriyetini ebediyen sürdüreceğim ve onların saltanatını cennet günleri haline getireceğim. Fakat eğer onların çocukları benim hukukumdan ayrılırlar ve benim koyduğum düzenin dışına çıkarlarsa ve eğer benim hükümlerimi kirltirler ve emirlerimi tutmazlarsa o zaman günahlarını güç kullanarak cezalandıracağım”, demiş ve böylece krallık gücünün, bir aileden diğerine verileceğini belirtmiştir. Bu, Tanrı'nın hukukundan ayrılanların varislerinin soyunun tükeneceğini ve başarının, adalet ve imanın varislerine intikal edeceğini göstermektedir. **Salisburyli John**'un dünyevî iktidarı teolojik hukuka bağlı kılma çabası, meşru otorite olarak gördüğü hükümdar ile iktidarını güç ve baskı üzerine kuran tiran arasında bir ayrıma da izin verir. Bu ayrım, Ortaçağ siyasal düşüncesinde pek de önemsenmeyen “siyasal iktidara karşı boyun eğme yükümlülüğü” problemine de ışık tutmaktadır. **Salisburyli John**'un dünyevî iktidarın meşruiyetini tanrısal hukuka dayandıran yaklaşımının, bu anlamda Ortaçağ siyasal düşüncesine önemli katkılar sağladığı söylenebilir. **Salisburyli John**, dünyevi iktidarın da dini iktidarın da kaynağının Tanrı olduğunu ve Tanrı'nın bu iki iktidarı simgeleyen iki kılıcı da Kiliseye verdiği düşüncesindedir. Bu düşünce, hükümdar ile tiran arasındaki temel farkı ortaya koymaktadır. Her iki kılıca da sahip olan **Kilise**, dünyevî iktidarı temsil eden kılıcı, hükümdarın eliyle kullanır, böylece hükümdar, Kilisenin ve rahiplerin yapmasına gerek olmayan işlerle ilgilenen bir temsilci haline getirilir. Dolayısıyla Tanrı'nın ve Kilisenin buyruklarına uymayan bir hükümdarın iktidarı meşru olmadığından böyle bir hükümdar, tiran haline gelmiş demektir. Tiran ile hükümdar arasındaki başlıca farklar da şunlardır: Hükümdar tanrısal hukuka itaat eder ve insanları tanrısal hukuk çerçevesinde yönetir. Hükümdarın toplum üzerindeki idaresini sağlamlaştırması, tanrısal hukukun faziletidir. Fertler sadece kendi özel ilişkilerinden mesulken, hükümdar bütün toplumun sorumluluğunu yüklenir. Bundan dolayı haklı olarak bütün tebaanın gücü ona verilir ve onun ellerinde toplanır. Onun diğerlerine karşı üstünlüğü de buradan kaynaklanır. Tiran, güce dayalı hükümdarlık yoluyla insanlara baskı yapan, buna karşılık hükümdar, hukuka bağlı kalarak yöneten kişidir. Hukuk, Tanrı'nın armağanı, hakkaniyet modeli, bir adalet standardı, kutsal iradenin sureti, iyiliğin koruyucusu, insanlar arasındaki birlik ve dayanışmanın bağı, görevleri tanımlayan bir kural, kötü alışkanlıklara ve yok edici kişilere karşı bir engel, şiddetin ve bütün yanlış işlerin cezalandırılmasıdır. Hükümdar, ilahi hukuk ve insanların özgürlüğü için savaşır; tiran ise hukuku, insanları köleleştirmek için kullanmaktan başka hiçbir şey düşünmez. Bu yüzden hükümdar, kutsallığın bir çeşit görüntüsüdür. Hükümdar, Tanrı'nın sureti olarak sevilir, hürmet duyulur ve aziz tutulur. Tiran ise günahkârlığın görüntüsüdür. Tiranlığın kaynağı günahdır ve zehirli bir kaynaktan gelir. Bu niteliklerle karakterize edilen bir tiranın, başka bir yol bulunamaması halinde kılıçtan geçirilebileceği, rahatlıkla söylenebilir.² **Salisburyli John**'un tiran ile hükümdar arasında yaptığı ayrım ve tiranın öldürülmesini meşru gören düşünceleri, gerek kendi dönemi gerekse günümüz açısından hayli önemlidir. Bu açıdan bakıldığında; mutlak itaate karşı şarta bağlı itaatin ve adaletin önemine vurgu yapan ilk düşünürün de siyasî otoritenin kaynağının tanrısal adalet olması

²John of Salisbury, The Statesman's Book of John of Salisbury -Policraticus- Trans. J. Dickinson, Russell & Russell, New York, 1963.

gerektiğini savunan ilk teologun da tirana karşı direnmenin, barışçıl bir yol bulunamaması halinde bir hak olarak düşünülebileceği görüşlerini ortaya atan ilk teorisyenin de **Salisburyli John** olduğunu söylemek hayli isabetli olacaktır.³ Ortaçağ Hıristiyanlığına ait bu tasavvurun şöyle ya da böyle bütün dinler için geçerli olduğunu söylemek mümkün ise de modernitenin inşasıyla birlikte uygulanabilir olmaktan çıktığını söylemek de herhalde kolaylıkla yanlışlanamayacaktır...

Hukukun tarifine yönelik üçüncü yaklaşım; hukukun güçlü olanın iradesi olduğudur... Buna göre de hukuk, muayyen bir iradeden kaynaklanmaktadır ve bu irade, dünyada ya da belirli bir toplulukta yaşayanların en güçlüsünün iradesidir. Bu gücün maddemi yoksa zihni olduğu gereksiz bir ayrıntı olup, önemli olan egemenliğin tesisidir. En güçlü olanın iradesinin neyi emrettiği ya da emretmesi gerektiği itaat ettirilenlerce sorgulanabilecek bir husus da değildir... Şüphesiz "**en güçlü**", zorba tiran, diktatör ya da hükümdar olabilir. Dolayısıyla hukuku meydana getiren egemenlik ve devleti de egemen olan yaratır. En güçlünin hoşuna giden her şey, maddi ya da zihni, doğru ve haklıdır. Yani hukuk; egemene nispetle, sürekli olarak değişebilen bir kanı olup, keyfi bir iradenin ifadesidir. Böyle bir rejimde egemen, dilediği gibi hareket edebilir ve niteliği ne olursa olsun, onun bütün eylemleri de hukuk kuralıdır. Bu tanımlama Sofistlerin anlayışının farklı bir versiyonu olup, onlardan yaklaşık iki bin yıl sonra, modern siyaset felsefesinin kurucu babalarından sayılan İtalyan düşünür **Machiavelli** tarafından yeniden seslendirilmiştir. **Machiavelli**'ye göre, hukuku yaratan devlettir ve devlet yoksa hukuk da yoktur. Ancak devlet de egemenin iradesinden başka bir şey değildir. İradesi hukuk olan egemen tabi olunan, itaat ettirilenlerse tebaadır. Egemenin kişisel menfaatleri devletin menfaatleri anlamını taşır. Hukukun uygulama alanı da egemenin nüfuz bölgesinin sonuna kadardır.⁴ **Fransa Kralı XIV. Louis**'in "**Devlet demek, ben demektir.**" sözü, bu anlayışın en tipik örneğidir... "*İnsan; tabiatı icabı sosyal bir varlık değildir, aksine yalnızca kendi çıkarlarını düşünen egoist bir varlık olduğundan, hemsinleriyle daima savaş halindedir ve bu savaş halinin tehlikeleri nedeniyle güvenliğini sağlamak üzere, mecburen sosyal hayata geçmiştir ve bunun içindir ki düzeni sağlayacak olan Devlet de mutlak güce istinat eder. Güç, hukukun yaratıcısıdır.*" diyen **Thomas Hobbes**⁵ da **Machiavelli** gibi aynı noktaya işaret etmektedir. Mutlakiyetçi hukuk anlayışı denilen bu yaklaşım; kendisini meşru göstermek için, zaman zaman egemenliği Tanrı'nın lütfuyla elde ettiğini söylemiş ve Tanrı'ya karşı sorumlu olduğunu da ileri sürmüştür... Açıkçası hukukun egemen gücün iradesine eşit olduğunu iddia etmek, hak ile haksızlık arasında dolayısıyla da adaletle adaletsizlik arasında bir farkın bulunmadığı anlamına gelmektedir ki bu tamamen menfi bir nitelemeyi içermekte yani hukukun bizatihi hiç bir esası ve kıymeti bulunmadığını anlatmaktadır... Oysaki gücün ya da cebrin her hangi bir meşruiyet kriterine tabi olmaksızın hüküm ifade etmesi, hukuk mefhumunun hiç bir tesir icra etmeyeceği manasını taşımaktadır... Bu itibarla, herhangi bir hukukun yokluğu tasavvur edilse bile şayet bir hukuk mevcut ise bu, mantıken onun kuvvete-güce üstün olduğunu ima eder... Haddizatında bir

³W. Ebenstein, Siyasi Felsefenin Büyük Düşünürleri, Çev., İsmet Özel, Şule Yay., İstanbul, 1996.

⁴ Machiavelli, Prens, Çev., A. Tolga, Say Yay., İstanbul, 2009.

⁵ Thomas Hobbes, Leviathan, Çev., S. Lim, YKY, İstanbul, 1993.

emrin cebren uygulanması onun hukuki bir kritere uygun olduğunu da asla gösteremez...

Hukukun tarifine yönelik dördüncü yaklaşım; hukukun beşeri akılla keşfedilip, temellendirilebilen; rasyonel insan doğasına neyin uyup neyin uymadığını gösteren ve bu nedenle de emredici veya yasaklayıcı olan evrensel, doğal norm olduğudur... Doğal norm ya da hukuk, her zaman ve her yerde, aşağı-yukarı herkes için aynı olan, ancak yazılı olmayan hukuktur. Daha açığı doğal hukuk, salt insan aklı tarafından tasdik ve tespit edilebilen insanlığın genel ahlak prensiplerinin bir bütünüdür. Bundan ötürü doğal hukuk, muayyen bir toplumun formel, legal yasaları anlamındaki pozitif hukuktan farklıdır. Haddizatında sivil-pozitif hukuk, kendi doğası veya gücü sayesinde değil, otoriteye itaati ve toplum barışını korumayı emreden doğal hukuk sayesinde bağlayıcıdır.⁶ Aklın keşif gücü sayesinde, doğal hukuk zaman zaman “**vicdan**” olarak da adlandırılır. Yani, ahlaki norm olarak doğal hukuk, vicdani bir uygulamadır. Kısacası doğal hukuk, insan aklı tarafından keşfedilen eşyanın tabii düzenidir. İnsanların, “**vicdan**” gibi bir takım prensiplere sahip görünmesi -ki hukuk bilgisinin şekillenmesi ve kodifikasyonu bu prensiplere bağlıdır- doğal hukukun varlığını gösteren inkâr edilemez bir delildir. Mesela; küçük çocukların oyunlarında dürüstlük (**Fair Play**) talep etmeleri; gençlerin ve yetişkinlerin ilişkilerinde daima altın kuraldan (**Golden Rule**) bahsetmeleri, bu nevi spontane talepler, doğal hukukun apaçık delilidir. Doğal hukukun bu türden örnekleri “doğal bilgi ya da doğuştan bilgi” olarak da adlandırılabilir. Yani:

- Doğal hukuk, insan doğasına ait duygulardan kaynaklanan unsurlarla kaplıdır.
- Doğal hukuk, gerçeklikle zihnin doğrudan bağlantısıdır.
- Doğal hukuk, hakikatin bir doğrudan tecrübesidir.
- Doğal hukuk, her zaman yazıyla ifade edilmez.
- Doğal hukuk, herkes tarafından keşfedilemez.

Bu çerçeveden hareketle, doğal hukuk ilkelerinin kesin bir formülasyonunu yeniden vermek gerekirse şunları söylemek mümkün gözükmektedir: Doğal hukuk, insanı doğasına ait “**Sağduyu**” olarak kabul edilebilir. Dolayısıyla da toplumda cari olan yasaların, yani pozitif hukukun doğru kodifikasyonuna yönelik en temel prensiplerin kaynağıdır. Bu prensipler, iyi nosyonu üzerine temellendirilir. Bu iyi (**The Good**), akla göre iyi olmak zorundadır. Kötü (**Evil**) de akla aykırı olandır. “**İyi yap ve kötünden sakın.**” prensibi nadiren ifade edilse de daima o çerçevede eylemde bulunulur. Temel hakikate işaret eden bu prensipler, aynı zamanda temel moral değerlerin nasıl meşrulaştırıldığını da gösterir. Doğal hukuk; toplum içerisinde yaşamak için lüzumlu olan; “**Kendinize yapılmasını istediğiniz şeyleri başkalarına da yapınız. / Kendinize yapılmasını istemediğiniz şeyleri başkalarına da yapmayınız.**” ilkesinin ve başkalarının zararlarından sakınmak üzere “**müdafaa-i nefs / self defense**” gibi ilkelerin de kaynağıdır. Değiştirilemez olan bu prensipler oldukça genel yapıdadır ve her insanın doğasında mevcuttur. Ancak yine de denilebilir ki doğal hukuk hakkında bilinenler, özellikle ayrıntılar, ikincil ilkeler dikkate alındığında asla tamamlanmış, nihai aşamaya ulaştırılmış da değildir...

⁶J. Locke, *Essays On The Law Of Nature*, Ed. W. Von Leyden, Oxford Uni. Press, Oxford, 1958.

Tarihî tezahürleri itibariyle doğal hukukun birkaç formundan bahsedilebilir. Öğretinin ilk klasik formülasyonunun **Sokrates**, **Platon** ve **Aristoteles** çizgisi tarafından temsil edildiğini söylemek mümkündür. Sofistlerin tahkir ettiği; her yerde ve her zaman geçerli bulunan ve rasyonaliteyle keşfedilen tanrısal yasalara saygıyı öğreten öncü düşünür **Sokrates** olmuştur. Sokrates'e göre mer'i olabilmesi için pozitif bir kurala ve yazılı bir metne ihtiyaç duymayan ebedi ve ezeli bir adalet vardır. Bu nedenden ötürüdür ki cehaleti sebebiyle kötü olan insanların kanunları ihlalini teşvik etmemek adına, iyi insanlar kötü kanunlara dahi itaat etmelidirler... **Platon**'a göre de gayesi; bütün uygulamalarıyla mahza hayrı harekete geçirmek olan Devlete itaat bir vecibedir. Ferdin, Devlete tebaiyetinin gerekçesi, kendi kendine yeter ölçülerde mükemmel olmayışıdır. Zira kendi kendine yeten, her şeyi massedip, her şeye hükmeden yegâne mükemmel varlık yalnızca Devlettir. Adalet de zaten, umumi gaye bakımından herkesin kendisine düşen görevi ifa etmesi olup bu da tabiat-doğa tarafından tayin edilmiştir. Altın doğadakilerin yönetici; gümüş doğadakilerin koruyucu; tunç-bronz doğadakilerin de üretici olmaları mukadderdir. Bunu realize edebilecek siyasal sistemse altınla gümüşün ya da gümüşle bronzun eşitliğini savunan demokrasi değil, bilginin aristokrasisidir.⁷ **Platon**'un öğrencisi **Aristoteles** için de Devlet, külli saadet ve fazilet gayesini güden tabii-doğal ve mükemmel bir birliktir. İnsan, tabiatı icabı siyaset hayatına katılmış, "**zoon politikon**" bir varlıktır. Devlet nasıl ki mantıken fertlerden önce vardır, zira vücuttan ayrılmış canlı bir organ tasavvur edilemez, doğal-tabii kurallar da rasyonel olarak pozitif kurallardan önce vardır. Doğal-tabii kuralların muhtevası adalet, adaletin muhtevası da eşitlik. Ancak eşitlik farklı şekillerde uygulanmaktadır. **Dağıtıcı adalet**, onurun ve mülkiyetin taksiminde tatbik edilirken; **düzeltilici adalet**, karşılıklı münasebetlerin tanziminde tatbik edilir. Dağıtıcı adalet; bir arada yaşayanlardan her birinin liyakat ve ehliyetine göre pay almasını gerektirirken; düzeltilici adalet, zarar veya kazancın şahsi nitelikler aynı addedilerek ölçülmesini gerektirir. Bilgelerle cahillerin aynı kefeye konulup, eşit sayılması ne kadar **dağıtıcı adalet**e aykırıysa; suç ve ceza şeklindeki münasebetlerde de aynı kefeye konulmayıp eşit sayılmaması o kadar **düzeltilici adalet**e aykırıdır.⁸ Platon'dan farklı olarak, Aristoteles'e göre; adaleti gerçekleştirebilecek olan sistemin zorunlu-muayyen bir formu yoktur. Hâkimiyeti elinde tutanlar bunu herkesin hayrına kullandıkları takdirde krallık da aristokrasi de anayasal demokrasi (politeia) de pekâlâ muteber form olabilir. Doğal hukuk öğretisinin ikinci formülasyonu da **Stoahılar**'a aittir. Stoahılar'a göre, evren, akıl ya da akıl prensipleri tarafından yönetilir. Ayrıca, akıl sahibi bütün insanlar da bu ilkeye dâhil olduklarından, bu nedenle doğal hukuku bilebilir ve ona itaat edebilirler. İnsanlar, herhangi bir dışsal zorunluluktan ötürü değil, özgür irade sahibi olduklarından, hukuka itaat ederler. Eğer insanlar akla uygun bir şekilde hareket ederlerse o takdirde doğayı izlemiş olacaklardır. Klasik formülasyonlardan bir diğerini seslendiren; Romalı hukukçu **Çiçero** da doğal hukuk kurallarını şu şekilde sıralar: 1- Tanrı'ya karşı tapınma görevi (**religio**). 2- Aileye ve vatana karşı saygı borcu (**pietas**). 3- Topluma hizmet eden insanlara karşı minnet borcu (**gratia**). 4- Büyüklere karşı saygı (**observantia**). 5 - Haksızlığa karşı savunma hakkı (**vindicatio**). 6- Sözünde durma vazifesi (**veritas**)... Klasik Romalı hukukçu

⁷Platon, Devlet, Çev., S. Eyüboğlu – M. A. Cimcoz, Remzi Kitabevi, İstanbul, 1985.

⁸Aristoteles, Politika, Çev., M. Tunçay, Remzi K., İstanbul, 1990.

Ulpianus da kuralları üç temelde toplar: 1- Dürüst, namuslu yaşamak (**honeste vivere**). 2- Kimseye zarar vermemek (**alterum non laedere**). 3 - Herkese kendisine ait olanı vermek (**suum cuique tribuere**)... Rönesans dönemi formülasyonlarının ilk örneği, Hollandalı hukukçu **Hugo Grotius**'a göre de doğa ve akıl uyum içerisindedir. İnsan doğası yalnızca akledilebilen değil, aynı zamanda sosyal bir niteliği de içerir. Sadece “**akıl tarafından dikte edilen**”, hayata yönelik kurallar doğaldır (**natural**). Yani, doğal hukukun kaynağı tanrısal hukuk değil, insan aklıdır. Haddizatında Tanrı'nın dahi rasyonel doğal hukuka riayet ettiğini söylemek mümkündür. Mesela, “2+2=4” önermesi Tanrı için dahi geçerlidir.⁹

Doğal haklar konseptinin kaynağı da şüphesiz doğal hukuk teorisidir. İnsanların doğal bir takım haklara sahip olduğu iddiasını temellendiren **Aydınlanma**'nın ilk büyük düşünür **John Locke**'a göre, doğa durumundaki insanlar; özgür ve eşit durumdaydılar ama onların özgürlük ve eşitlikleri emniyet altında değildi. Sivil-toplumsal bir hayat kurmaya karar verdiklerinde bazı haklarını devlete devretmelerinin nedeni, sadece kendi güvenlikleri ve ortak yararlarıdır (**common good**). Bununla birlikte, her birey, sivil-topluma katılmakla birlikte doğal hukuktan kaynaklanan **hayat, hürriyet, mülkiyet, güvenlik** gibi temel haklarını asla devretmez.¹⁰ **Amerikan** ve **Fransız** devrimlerinin felsefi temellerini oluşturan en önemli düşünce de işte bu doğal haklar teorisi olmuştur. Doğal hukuk teorisi, on dokuzuncu yüzyılda, kapitalizmin baskılarıyla nüfuzunu kaybetmiş ve yerini utiliteryanizm, pozitivizm, materyalizm ve tarihsel hukuk okulu gibi akımlara bırakmış ise de yirminci yüzyılda totaliteryanizmin yükselişine bir reaksiyon şeklinde de olsa, hemen hemen bütün dünyada “**insan hakları**”na yönelik ilgiyi artırmak amacıyla itibarına yeniden kavuşmuştur... Günümüzde “**hukuk devleti**”nden söz edilebiliyorsa şüphe yok ki bu da doğal hukukun ebedi ve ezeli etik bir kural, “**eternal rule**” olarak kabul edilmesi sayesinde.

Hukukun tarifine yönelik beşinci yaklaşım da hukukun; milletin / halkın “**genel irade**”si olduğudur. Bu anlayışa göre de hukuk; bir iradedir ancak bu irade Tanrı'nın ya da güçlü olanın iradesi değil, milletin/halkın genel iradesidir. Genel irade tezi **J. J. Rousseau**'ya aittir. Rousseau'nun hareket noktası şu sorulardır: Toplumsal ve siyasal hayat, doğal bir durum mudur? Nasıl oluyor da birlikte yaşayan insanlardan bazıları kendilerini diğerlerinin doğal efendisi sanmaktadır? Acaba insanlardan kimisi doğadan efendi, kimisi de doğadan köle olabilir mi? Bu tür soruları cevaplandırırken **Rousseau**, toplumsal ve siyasal hayatın doğal bir zorunluluk olmadığı argümanını esas alır. Ona göre şayet birlikte yaşanılan doğal bir hayattan bahsedilecekse, belki bu sadece aile için geçerli olabilir. Aslında varlığını sürdürme noktasından bakılırsa aile için bile doğal bir zorunluluk söz konusu değildir. Kadın ve erkeğin bir araya gelmeleri ve çocukların anne babaya büyüyüncüye kadar bağımlı kalmaları doğal ise de belli bir aşamadan sonra ailenin devamı da mensuplarının rızalarıyla sağlanır. Bir başka ifadeyle aile varlığını sürdürüyorsa bu, aleni ya da zımnî bir “**sözleşme**”nin eseridir. Toplumsal ve siyasal hayata gelince, onun varoluşunun da devamlılığının da doğallıkla hiçbir bağlantısı yoktur. Toplumsal ve siyasal düzen, bütün öbür hakların temeli olan

⁹Ernest Hirş, Hukuk Felsefesi ve Hukuk Sosyolojisi Dersleri, B.T.H. Araştırma Enstitüsü Ankara, 2001.

¹⁰John Locke, Two Treatises of Government, Ed. Peter Laslett, Cambridge Uni. Press, Cambridge, 1994.

kutsal bir hak ise de hiç de doğadan gelme değildir, sadece ve sadece “sözleşme”lere dayanmaktadır. Mesele bu sözleşmelerin niçin yapıldığını bilmektir. **Rousseau**, doğal olmayan bir hayat tarzına, insanların niçin kendi rızalarıyla sözleşip karar verdikleri sorusunu diğer sözleşme teorisyenleri gibi, “doğa durumu” varsayımından hareketle cevaplandırmaktadır. Doğa durumu, bedensel ve zihinsel kabiliyetleri itibarıyla “doğal eşitsizlik”lerine rağmen, her insanın doğadan özgür bulunduğu ve doğayı eşit paylaştıkları, uyulan tek yasanın da “varlığını korumak” olduğu, aralarında barış ya da savaş yapacak kadar yoğun ilişkilerin kurulmadığı bir hayat tarzıdır. Böyle bir hayat tarzı, “özel mülkiyet”in ortaya çıkışıyla birlikte ve insanların tek başlarına varlıklarını koruyamayacakları nedeniyle değişmek, dönüşmek zorunda kalmıştır. İnsanların kendilerini korumak için yapabilecekleri tek şeyse şüphesiz güçlerini birleştirmektir. Bu güç birliği de elbette ki birçok kimsenin bir araya gelmesiyle mümkündür. Üyelerinden her birinin canını ve malını, ortak güçle savunup koruyacak olan öyle bir toplum biçimi inşa edilecektir ki orada herkes herkesle birleştiği halde yine hem kendi buyruğunda kalacak hem de eskisi kadar özgür olacaktır. Ayrıca bu bağlanmada herkes bütün haklarını kayıtsız şartsız topluma devredeceğinden, kurulan bu birlik olabildiğince tam olacak, herkes her şeye hem birlikte hem ayrı ayrı sahip olacak ve hiçbir üyenin isteyebileceği ilave bir hak da kalmayacaktır. Kısacası sözleşmeyle inşa edilen “sivil-siyasal durum”da kendini kamuya bağlayan herkes hem hiç kimseye bağlanmamış olacak hem de kendi üzerinde başkasına tanıdığı hakların aynıını elde edecek ve yitirdiğinin karşılığında, elindekini korumak için daha çok güç kazanmış olacaktır. Bir başka ifadeyle “toplum sözleşmesi”; herkesin bütün varlığını ve bütün gücünü birlikte, “genel irade”nin emrine vermesi ve yine herkesin genel iradenin ayrılmaz bir parçası haline gelmesidir. **Rousseau**; toplum sözleşmesinin boş bir laf olarak görülmemesi için bütün öbür bağlantıları pekiştiren şu bağlantıyı kendiliğinden içermesi gerektiği kanaatinindedir: Kim “genel irade”ye itaat etmemeye kalkıştırsa bütün topluluk onu genel iradeye saygıya zorlayacaktır. Bunun anlamı, o kimse yalnızca “özgür” olmaya zorlanacak, demektir. Genel irade bir tek bireyin, bir tek grubun bir tek sınıfın iradesi olmadığından “kuvvetler ayrılığı”na da gerek yoktur. Çünkü egemenlik kayıtsız şartsız millete aittir... Kısacası **Rousseau**'nun temel kabulü; insanın doğal olarak özgür olduğu ve özgür iradesiyle hukuku ve devleti inşa ettiğidir. Bu nedendir ki doğadan özgür olan insan, yalnız hukukun konusu değil, yani hukuk kurallarına muhatap değil, aynı zamanda hukuk kurallarını yaratan, yani hukukun failidir. Özgür insan, hukuk kurallarını meydana getiren genel iradeye katılırsa, hukuk kuralının hem "obje"si, hem de "süje"si olur. İnsan, özgür doğduğu için, bu özgürlüğünü sınırlayacak olan kanunların yapılmasına elbette katılacaktır. Öte yandan; insanın kendi özgürlüğünü kendi isteğiyle sınırlaması, onun özgürlükten yoksun bir varlık olacağı anlamını da taşımaz. Çünkü kendi özgürlüğünü, kendi isteğiyle sınırlamıştır. O halde “doğal haklardan olan özgürlüğün sınırı, başkalarının özgürlüğünün sınırıdır”. Yani sınır kavramı, özgürlük kavramının içerisinde yer almaktadır. Kısacası hukuk, Tanrı ya da hükümdardan değil, özgür olan fertlerin bütününe iradesinden ileri gelmektedir. Ancak bu "bütün", dünyadaki insanların hepsi demek de değildir. Bu, bir toplum içerisindeki fertlerin bütünüdür. Doğadan özgür olan insan, hukukun yaratılmasına katılınca kendi doğal özgürlüğünü yitirirse de bunun yerine sivil ve gerçek özgürlüğünü kazanır. Bir başka ifadeyle; sınırını bireyin gücünde bulan doğal özgürlüğe karşılık, genel iradeyle

sınırlandırılan siyasal özgürlük; güvencesi bireysel güç olan sahiplenmeye karşılık, güvencesi genel irade olan özel mülkiyet ve doğal eşitsizlik yerine, hukukî eşitlik.

İnşa edilen toplumda “**genel irade**” argümanının problem teşkil edebileceğini düşünenlere karşı **Rousseau**, şu açıklamayı yapar: Doğadan özgür olan bireylerin kendi rızalarıyla yaptıkları “**ilk sözleşme**”, “**oybirliği**” ile gerçekleştirilmiştir. Özü gereği oybirliği ile onanmak istenen bir tek yasa vardır o da “**ilk sözleşme**”dir. Toplum halinde birleşme isteği, özgürce karar verilen bir iştir. Her insan özgür ve kendi kendisinin efendisi olarak dünyaya geldiği için, hiç kimse onu isteği dışında buyruk altına sokamaz. Bir kölenin oğlu kendisi gibi köle doğar demek, insan olarak doğmadığını ileri sürmektir. Toplum sözleşmesi yapılırken ona karşı çıkanlar bulunursa da onların karşı çıkmaları sözleşmeyi geçersiz kılmaz, sözleşmeye katılmalarına engel olur sadece. Bunlar yurttaşlar arasında yabancı durumuna düşerler. Devlet kurulduktan sonra ise onun sınırları içerisinde oturanlar, sözleşmeyi kabul etmiş sayılırlar. Devletin sınırları içerisinde oturmak da tabiatıyla onun yasalarına boyun eğmeği gerektirir. Özetle ilk sözleşmeyle birlikte çoğunluğun oyu, diğer yurttaşların hepsini her zaman bağlar. Bu durum, sözleşmenin gerektirdiği bir sonuçtur elbette. Gerçi bu, genel iradenin temel özelliği çoğunluk iradesidir, demeye geliyor ama çoğunluk da olmadı mı o zaman insan hangi tarafı tutarsa tutsun, artık toplumsal hayat diye bir şey kalmaz. Netice itibarıyla “**genel irade**”, uygulamada çoğunluk anlamını taşımaktadır.¹¹

Şüphe yok ki Rousseau'nun sözleşmeyle inşa edilecek topluma yönelik söylemiş olduğu şeyler çok tartışmalıdır. Mesela; herkes bütün haklarını kayıtsız şartsız topluma nasıl devredebilir? Kurulan bu toplumda herkes her şeye hem birlikte hem ayrı ayrı nasıl sahip olabilir? Toplum var diye, hiçbir üyenin isteyebileceği ilave bir hak nasıl kalmaz? Genel irade özgürlükçü bir biçimde nasıl temellendirilebilir? İnsanlar “özgür” olmaya nasıl zorlanabilir? Çoğunluğun kararı, herkesin kararı anlamına nasıl gelebilir? Bu gibi soruların cevabı maalesef, oldukça muğlaktır... Rousseau'nun iyi niyetinin aksine, genel irade tabiri modern dünyada çoğu zaman diktatörlükleri, halk egemenliği gibi göstermek üzere bir manipülasyon aracı olarak kullanılmıştır. Seküler çağda birçok ülkede diktatörün iradesi, daima milli irade, yani halkın iradesi tarzında sunulmuştur. Bunun nedeni, diktatörün gücü nedeniyle fiilen egemenlik sahibi olması ve manipülasyonlarla kendi iradesini halka yüklemesidir. Maalesef bu da normatif hukuk mekanizması aracılığıyla gerçekleştirilmektedir. Rousseau, “**hukuk devleti**” gibi bir siyasal anlayıştan yoksun olduğu için, hukukî meşruiyeti çoğunluk, yani genel irade bağlamında çözümlenmeye çalışmaktadır. “Hukuk devleti” nosyonu dikkate alındığında, Rousseau'nun iyimser oybirliği görüşü de “**genel irade**” görüşü de kabul edilemez... Egemenlik; kayıtsız-şartsız değil, kayıtlı-şartlı “genel irade”nin olmalıdır. O kayıt-şart da şüphesiz “**hukuk devleti**” ilkeleridir...

Tarihi veriler hukukla ilgili farklı tanımlama girişiminin mevcudiyetinden söz etse de insani tecrübe ve şuur yine de hukuk fikrini mutlak olarak tasavvur etmek ihtiyacındadır. Haddizatında tüm bu farklılıklar hukuku iradeye endeksleyen pozitif hukukun ve rasyonaliteye endeksleyen doğal hukukun türevlerini yansıtmaktadır. Kalkış noktalarının çeşitliliğinden bağımsız olarak, hukuk tarihinde bir ilkesel karşıtlığın her zaman hüküm sürdüğü görülür. Bu karşıtlık basit olarak, insan

¹¹J. J. Rousseau, Toplum Sözleşmesi, Çev., V. Günyol, Adam Yay., İstanbul, 1994.

doğasının öz niteliği konusunda ileri sürülen şu iki seçenekte kendini gösterir; insanın öz niteliği akılda mı iradede mi? Hukuk düzeni elbette tarihsel bir veridir ve elbette ki hukuk kuralları toplumsal hayatın değişimine göre şekillenir. Ancak, verili dünyaya tabi olmayan akıl ve akıldan kaynaklanan adalet, özgürlük, eşitlik, güvenlik gibi hukuk idealleri de evrensel-kültürel hukuk düzeninin yaratılması için mutlak bir tanımlamaya muhtaçtır. Keyfi bir hukuk sistemi arzu edilmediği takdirde, pozitif hukuk doğal hukukla aynı kaynağa bağlanmalı ve hukukun tanımsal teklifi sağlanmalıdır.

KAYNAKÇA

- Aristoteles, (1990), *Politika*, Çev., M. Tunçay, Remzi K., İstanbul.
- Ernest Hırş, (2001), *Hukuk Felsefesi ve Hukuk Sosyolojisi Dersleri*, B.T.H. Araştırma Enstitüsü Ankara.
- Giorgio Del Vecchio, (1952), *Hukuk Felsefesi*, Çev., S. Erman, İstanbul Üniversitesi Yay., İstanbul.
- J. J. Rousseau, (1994), *Toplum Sözleşmesi*, Çev., V. Günyol, Adam Yay., İstanbul.
- J. Locke, (1958), *Essays On The Law Of Nature*, Ed. W. Von Leyden, Oxford Uni. Press, Oxford.
- John Locke, (1994), *Two Treatises of Government*, Ed. Peter Laslett, Cambridge Uni. Press, Cambridge.
- John of Salisbury, (1963), *The Statesman's Book of John of Salisbury -Policraticus- Trans. J. Dickinson, Russell&Russell, New York.*
- Machiavelli, (2009), *Prens*, Çev., A. Tolga, Say Yay., İstanbul.
- Platon, (1985), *Devlet*, Çev., S. Eyüboğlu – M. A. Cimcoz, Remzi Kitabevi, İstanbul.
- Thomas Hobbes, (1993), *Leviathan*, Çev., S. Lim, YKY, İstanbul.
- W. Ebenstein, (1996), *Siyasi Felsefenin Büyük Düşünürleri*, Çev., İsmet Özel, Şule Yay., İstanbul.