

148031

T.C.  
ULUDAĞ ÜNİVERSİTESİ  
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ  
TEMEL İSLAM BİLİMLERİ ANABİLİM DALI  
İSLAM HUKUKU BİLİM DALI

**(KIYAS) İSTİHSAN**

**VE**

**DOĞAL HUKUK İLİŞKİSİ**

**- DOKTORA TEZİ -**

**Danışman**  
**Prof. Dr. Hamdi DÖNDÜREN**

**Hazırlayan**  
**Abdurrahim KOZALI**

**Bursa 2004**

## İÇİNDEKİLER

<b>İÇİNDEKİLER</b>	<b>1</b>
<b>KISALTMALAR</b>	<b>3</b>
<b>ÖNSÖZ</b>	<b>4</b>
<b>GİRİŞ</b>	<b>5</b>
<b>I. HUKUKUN TANIMI VE MAHİYETİ</b>	<b>5</b>
A. Hukuk Nedir?	5
B. Hukuk Felsefesi	7
<b>II. HUKUKUN FONKSİYONLARI</b>	<b>9</b>
A. Genel Bakış	9
B. Adalet	11
C. Hukuk Güvenliği (Düzen)	13
D. Toplumsal İhtiyaçları Karşılama (Amaca Uygunluk)	15
E. Hukukun Fonksiyonlarıyla Hukuk Felsefesi Ekolleri Arasındaki İlişki	16
<b>BİRİNCİ BÖLÜM</b>	<b>17</b>
<b>DOĞAL HUKUK DÜŞÜNCESİ</b>	<b>17</b>
<b>I. DOĞAL HUKUK KAVRAMI VE İLGİLİ MESELELER</b>	<b>18</b>
A. Doğal Hukuk Kavramı	18
B. Doğal Hukukun Niteliği	22
C. Doğal Hukukun Önemi	23
D. Doğal Hukukla İlgili Bazı Meseleler	25
E. Doğal Hukuk-Pozitif Hukuk İkilemi	27
F. Doğal Hukukun İşlevi ve Gerçekleşmesi	29
G. Doğal Hukukun İçeriği	36
a. Adalet	36
aa. Adalet Kavramı	36
bb. Adaletin Türleri	39
cc. Adaletin Göreceliği	41
b. Eşitlik	47
c. Özgürlük	49
<b>II. DOĞAL HUKUK DÜŞÜNCESİNİN TARİHİ</b>	<b>52</b>
A. Giriş	52
B. İlk Çağ'da Doğal Hukuk Düşüncesi	54
a. Genel Olarak İlk Çağ'da Felsefe	54
b. İlk Çağ'da Doğal Hukuk Düşüncesinin Doğuşu ve Herakleitos	55
c. Sofistler	57
d. Sokrates	59
e. Platon	61
f. Aristoteles	66
g. Stoa Felsefesinde ve Roma'da Doğal Hukuk	72
aa. Stoahılar'da Doğal Hukuk	72
bb. Roma'da Doğal Hukuk	77
C. Orta Çağ Doğal Hukuk Düşüncesi	86
a. Genel Olarak Orta Çağ'da Felsefe	86
b. Aziz Augustinus	91
c. Aquina'lı Thomas	95

D. Yeni Çağ'da Doğal Hukuk Düşüncesi	101
a. Orta Çağ'dan Yeni Çağ'a Felsefenin Değişimi	101
b. Hugo Grotius	105
aa. Grotius'un Devletlerarası Hukuk Sisteminde Doğal Hukuk	105
bb. Grotius'ta Doğal Hukukun Niteliği	108
c. Grotius'un Takipçileri	111
aa. Samuel von Puffendorf	111
bb. Christian Thomasius	112
cc. Christian Wolff	113
d. John Locke	113
e. Jean Jacques Rousseau	116
f. Immanuel Kant	119
<b>İKİNCİ BÖLÜM</b>	<b>127</b>
<b>İSTİHSAN</b>	<b>127</b>
<b>I. İSTİHSAN KAVRAMI</b>	<b>128</b>
A. İSTİHSAN KAVRAMININ ORTAYA ÇIKIŞI	128
B. İSTİHSANIN TANIMI	134
a. İstihsan Muhaliflerinin Hanefiler'e Nispet Ettikleri İstihsan Tanımları	135
b. Hanefi Usûlcülerin İstihsan Tanımları	136
c. Diğer Mezheplerin İstihsânı Tanımları	138
d. İstihsanın Tanımlarıyla İlgili Değerlendirme	139
<b>II. İSTİHSANIN TÜRLERİ</b>	<b>140</b>
A. İHTİLÂF KONUSU OLMAYAN İSTİHSAN (TADİRİ İCTİHAD)	141
B. İHTİLÂF KONUSU OLAN İSTİHSAN	142
a. Gizli Kıyas İstihsanı (İstihsânü'l-Kıyâs, el-Kıyâsü'l-Hafî)	142
b. İstisna Yoluyla İstihsan	144
aa. Nass Sebebiyle İstihsan (İstihsânü'n-Nass)	144
bb. İcmâ Sebebiyle İstihsan (İstihsânü'l-İcmâ)	146
cc. Örf Sebebiyle İstihsan	147
dd. Zaruret Sebebiyle İstihsan (İstihsânü'd-Darûre)	147
ee. Maslahat Sebebiyle İstihsan	148
<b>III. İSTİHSANIN MAHİYETİ</b>	<b>148</b>
<b>IV. İSTİHSANIN KAYNAK DEĞERİ</b>	<b>151</b>
A. İSTİHSANIN HÜCCET OLMADIĞI YÖNÜNDE İLERİ SÜRÜLEN DELİLLER	151
B. İSTİHSANIN HÜCCET OLDUĞUNA DAİR DELİLLER	155
C. İSTİHSANIN HÜCCET DEĞERİYLE İLGİLİ GÖRÜŞLERİN DEĞERLENDİRİLMESİ	158
<b>ÜÇÜNCÜ BÖLÜM</b>	<b>160</b>
<b>İSTİHSAN ve DOĞAL HUKUK DÜŞÜNCESİ BAĞLAMINDA DEĞERLENDİRMELER</b>	<b>160</b>
<b>SONUÇ</b>	<b>174</b>
<b>BİBLİYOGRAFYA</b>	<b>175</b>

## KISALTMALAR

a.g.e.	:	Adı geçen eser
a.g.m.	:	Adı geçen makale
a.g.md.	:	Adı geçen madde
A.Ü.H.F.	:	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
A.Ü.H.F.D.	:	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
a.y.	:	Aynı yer
c.	:	cilt
DİA	:	Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi
E.Ü.İ.F.D.	:	Erciyes Üniversitesi İlahiyât Fakültesi Dergisi
HFSA	:	Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arkivi
İ.Ü.H.F.M.	:	İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
M.Ü.S.B.E.	:	Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü
md.	:	madde
s.	:	sayfa
sy.	:	sayı
TMK	:	Türk Medenî Kanunu
U.Ü.İ.F.D.	:	Uludağ Üniversitesi İlahiyât Fakültesi Dergisi
vd.	:	ve devamı
y.	:	yayınevi

## ÖNSÖZ

Sosyal düzen kurallarından biri olan hukuk; ahlak, din ve görgü kurallarıyla birlikte toplumu düzenlemeyi amaçlar. Farklı zaman ve mekânlara bağlı olarak içeriği değişen hukuk kuralları temelde, sosyal bir varlık olan insanın toplum içerisinde yaşama gereksiniminin bir sonucu olarak ortaya çıkmıştır. Hukuk kurallarının, güçlünün elinde baskı ve dayatma aracı, hukuk uygulayıcısının elinde de keyfilik arenasına dönüşmemesi için, tarihin ilk dönemlerinden itibaren yürürlükteki kuralların denetlenmesi ihtiyacı ortaya çıkmıştır. Pozitif hukuk kuralları en iyi kurallar olmayabilir, düşüncesi, “olan (*sein*)” ve “olması gereken (*sollen*)” hukuk ayrımını doğurmuştur. Özellikle Batı hukuk düşüncesinde aslolan, değişmez ve evrensel niteliği haiz bulunan kurallar, olması gereken hukuk kurallarıdır ki, “adalet” düşüncesinin içeriğini oluşturur. Soyut bir ide olan adalet fikri, kanun koyucu ve kanun uygulayıcısı tarafından, denkleştirici, dağıtıcı ve sosyal adalet, ayrıca nısfet (hakkaniyet) esas alınarak somutlaşır.

Dünya üzerinde farklı zamanlarda, değişik coğrafyalarda uygulanan büyük hukuk sistemlerinin temel amaçlarının –farklı biçimlerde de olsa- adaleti gerçekleştirmek olduğunu söylemek mümkündür.

İslam hukukun temel kaynağı olan Kur'an-ı Kerim'in, özellikle hukuki meselelere ağırlıklı olarak ilkesel düzeyde yaklaşımı, gerek âyet ve gerekse hadislerde adaletle yapılan vurgu, İslam hukukunda da olan-olması gereken hukuk ayrımını çağrıştırmaktadır. İslam hukukunda da bu düalist (ikili) yapının bulunduğu konusunda en dikkate değer görünen deliller maslahat ve istihsan delilleri ile, İslam hukukunun en temel amaçlarını içeren “Makasid” düşüncesi gibi görünmektedir.

“Müctehidin bir meselede kendi kanaatinde o meselenin benzerlerinde verdiği hükümden vazgeçmesini gerektiren nass, icma, zaruret, gizli kıyas, örf veya maslahat gibi bir delile dayanarak, o hükmü bırakıp başka bir hüküm vermesi”, olarak tanımlanan istihsan delilini, bu delilin arka planında müctehide yön veren düşüncenin doğal hukuk ilkeleriyle ilişkisini incelemeye değer bulduk.

Yalnız tez çalışmamız sırasında değil, her zaman için destek, yardım ve şefkatlerini eksik etmeyen başta tezimizin danışmanı Prof. Dr. Hamdi DÖNDÜREN beye, Prof. Dr. Yunus Vehbi YAVUZ beye ve Uludağ Üniversitesi İlahiyât Fakültesi İslâm Hukuku Anabilim Dalı'ndaki diğer hocalarıma ve emeği geçen bütün dostlarıma teşekkürü borç bilirim.

Abdurrahim KOZALI

30.09.2004, Bursa

# GİRİŞ

## I. HUKUKUN TANIMI VE MAHİYETİ

### A. Hukuk Nedir?

Sosyal düzeni sağlayan kurumlardan<sup>1</sup> birisi olarak **hukuk**, bir yönü adalet idesine, bir yönü topluma ve bir yönü yasaya dönük olan **çok boyutlu** (*polidimensiyonel*) bir olgudur (*fenomen*). İdeal ile reel arasında yer alan ve bu yönüyle mantıkî (yasa), sosyal (toplum) ve etik (adalet) yönleri bulunan hukukun bu çok boyutluluğu<sup>2</sup>; hukukun kimi zaman süjesi ve kimi zaman objesi olan insanın çok boyutluluğu ile yakından ilintilidir. Zira insan, “mana ile madde, fikir ile tabiat, ide ile realite, ebediyetle mekân-zaman âlemi, finalite (gayelilik) ile kozalite (sebeplilik) arasında aktif, aktüel ve prodüktif bir varlıktır; bir şahsiyettir”<sup>3</sup>. Bu yönüyle, gerek insanda ve gerekse insanın ürünü olan ve hukuku da içine alan kültürde madde ile mana birleşir. Daha ayrıntılı bir bakış açısıyla insan ve kültür (dolayısıyla hukuk), çeşitli boyutların kavuşma yeridir. Şöyle ki, mekânda yer kaplıyor olma, insanın fiziksel boyutu; canlı bir organizma olma biyolojik boyutu; ruhsal durumlar yaşama psikolojik boyutu; sosyal, siyasal, ekonomik ve tarihsel olayların içinde bulunma, sosyal ve tarihi boyutu ve nihayet düşünsel ve manevî etkinliklerin içinde bulunma ise, fikrî-manevî boyutudur. İnsan bütün bu boyutlardan oluşmanın ötesinde, bunların bütünüdür de<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> “Toplum halinde yaşayan insanların yerine getirmek zorunda oldukları ödevleri ve kullanacakları yetkileri belirleyen kurallar”, şeklinde tanımlanan **sosyal düzen kuralları** hakkında geniş bilgi için bk. BİLGE, Necip, *Hukuk Başlangıcı*, Turhan Kitapevi, (7. Baskı), Ankara 1990, s. 27-35; ARZT, Gunther, *Einführung in die Rechtswissenschaft*, Verlag Helbing&Lichtenhahn, Basel 1987, s. 2, 3; GÜRİZ, Adnan, *Hukuk Başlangıcı*, Siyasal Kitabevi, (4. Baskı), Ankara 1994, s. 5-12; GÖĞER, Erdoğan, *Hukuk Başlangıcı Dersleri*, A.Ü.H.F. y., (3. baskı) Ankara 1974, s. 17, 18; GÖZÜBÜYÜK, A. Şeref, *Hukuka Giriş ve Hukukun Temel Kavramları*, S y., (3. baskı), Ankara (1. baskı: 1973), s. 10-12; ÇAĞIL, *Hukuka ve Hukuk İlimine Giriş*, İst. 1966, İ.Ü.H.F. y., (3. Basım), s. 54, 66, 70, 97; ARAL, *Hukuk ve Hukuk Bilimi Üzerine*, İ.Ü.H.F. y., İstanbul 1975, s. 82-86. Bu kurallardan özellikle ahlâk ve hukuk ilişkisi konusunda bk. KILLIOĞLU, İsmail, *Ahlâk-Hukuk İlişkisi*, M.Ü.İ.F.V. y., İstanbul 1988; *Hukuk Başlangıcı*, 21-23; ÇAĞIL, “Filozof Immanuel Kant’ın Sisteminde Ahlâk ve Hukukun Felsefî Esasları”, İ.Ü.H.F.M., XIII, sy. 3, İstanbul 1947, s. 1107-1133; DEL VECCHIO, *Hukuk Felsefesi Dersleri*, (çev.. Suut Kemal YETKİN), Maarif mat., İst. 1940, s. 173-183; ÇAĞIL, *Hukuka ve Hukuk İlimine Giriş*, 52-61; YÖRÜK, Abdülhak Kemal, İ.Ü.H.F. y., İst. 1952, s. 93-114; ABADAN, Yavuz, *Hukuk Felsefesi Dersleri*, A.Ü.H.F. y., Ankara 1954, s. 13 vd.; ARAL, Vecdi, *Hukuk Felsefesinin Temel Sorunları*, Filiz Kitabevi, İstanbul 1984, s. 181-193; *Hukuk ve Hukuk Bilimi Üzerine*, 70-83; ÖNEN, Mesut, *Hukukun Temel Kavramları*, Der y., İstanbul 1985, s. 34-42; BİLGE, *Hukuk Başlangıcı*, 32-34. Hukuk kurallarının genel özellikleri hakkında etraflı bilgi için bk. BİLGE, *Hukuk Başlangıcı*, 38-40; GÜRİZ, *Hukuk Başlangıcı*, 14-16; ÖNEN, Mesut, *Hukukun Temel Kavramları*, 12-17, 18-31; GÖĞER, 17-20; GÖZÜBÜYÜK, 6; ÇAĞIL, *Hukuk ve Hukuk Bilimi Üzerine*, 53, 79-84; 151, 152; 155-159; “Felsefenin Işığında Hürriyet, Adalet, ‘Hukuk Devleti’ ve ‘Hukuk Kültürü’”, İ.Ü.H.F.M., XXVI, sy. 1-4, İstanbul 1962, s. 279-283 (İstirat); YÖRÜK, *Hukuk Felsefesi Dersleri*, 41-42; ABADAN, Yavuz, *Hukuk Felsefesi Dersleri*, Önsöz; KEYMAN, Selahattin, “Tabii Hukuk Doktrinini Epistemolojik Tahlili”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (A.Ü.H.F.D.), Ankara 1988, s. 20-30.

<sup>2</sup> ÇAĞIL, *Hukuk İlimine Giriş*, 114, 115; ÇEÇEN, Anıl, “Hukukta Norm ve Adalet”, A.Ü.H.F.D., sy. 1-4, Ankara 1975, s. 73.

<sup>3</sup> ÇAĞIL, *Hukuk İlimine Giriş*, 10.

<sup>4</sup> ÇAĞIL, *Hukuk İlimine Giriş*, 11. Ayrıca bk. ARAL, “Hukukta Felsefenin Önemi”, İ.Ü.H.F.M., c. 38, sy. 1-4, İstanbul 1973, s. 644; KILLIOĞLU, *Ahlâk-Hukuk İlişkisi*, 20-47.

Birçok hukuk tanımı arasında biz, “Hukuk, adalete yönelmiş bulunan bir toplumsal yaşam düzenidir”<sup>5</sup>, şeklindeki tanımı tercih ediyoruz<sup>6</sup>. Zira bu tanım, bir yandan hukukun söz konusu *polidimensiyonel* karakterine ve dolayısıyla fonksiyonlarına<sup>7</sup> vurgu yapmakta, bir yandan da, bu karakterin bir sonucu olarak hukukun alt kollarına<sup>8</sup> ve çeşitli hukuk felsefi ekollerine zemin hazırlamaktadır. Ayrıca “hukukta görecelik (*Rölativite*)”<sup>9</sup> ve “hukukta

<sup>5</sup> ARAL, *Hukuk ve Hukuk Bilimi Üzerine*, 13. Çağıl’ın ifadesiyle, “hukuk adalete hâdim bir beşerî hayat nizamıdır”. Bk. ÇAĞIL, *Hukuk İlimine Giriş*, 8.

<sup>6</sup> Hukukun tanımıyla ilgili olarak Kant, “Noch suchen die Juristen eine Definition zu ihrem Begriffe von Recht” (Hukukçular hâlâ hukuk kavramlarının tanımını arıyorlar) (ÇAĞIL, “Filozof Immanuel Kant’ın Sisteminde Ahlâk ve Hukukun Felsefi Esasları”, 1133), derken, Cuche de, hocası Lévy-ULMANN’ın “*La Définition du Droit*” adıyla, hukukun tanımına hasredilmiş iki yüz sayfalık bir eserinden söz etmektedir (CUCHE, Paul, “Hukuk Felsefesi Konferansları”, A.Ü.H.F.D., IV, sy. 1-4, Ankara 1948, s. 377). Filhakika hukukun tanımı (ne olduğu) meselesi, hukuk felsefesinin en temel birkaç meselesinden birisidir (DEL VECCHIO, *Hukuk Felsefesi Dersleri*, 157; KILLIOĞLU, *Ahlâk ve Hukuk İlişkisi*, 4). Bu sorunun temelinde, bir yandan hukukun tanımında konu, amaç ve kaynağa yer verme gereği (GÖĞER, 13) ve buna karşın özellikle amaç ve kaynak konusunda çok farklı görüşlerin ileri sürülmüş olması; diğer yandan soyut kavramların tanımlarında uzlaşmanın güçlüğü (TOPÇUOĞLU, *XX. yy. 'da Tabii Hukuk Rönesansı*, Ankara 1953, s. 3, 4) yatmaktadır. Çeşitli hukuk tanımları incelendiğinde, bunlardan bir kısmının biçimsel (Örnek olarak bk. VELİDEDEOĞLU, *Türk Medenî Hukuku*, c. I, s. 7 (Hukuk, cemiyeti nizamlayan ve devlet müeyyidesiyle kuvvetlendirilmiş bulunan kaidelerin bütünüdür); Ayrıca bk. ÖZSUNAY, *Medenî Hukuka Giriş*, 5); bir kısmının bireyci (Örnek olarak Kant’ın tarifi verilebilir: “Hukuk, genel bir özgürlük yasasına göre, her bireyin iradesinin diğerlerinin iradeleriyle uzlaştırılacağı şartların bütünüdür.” KANT, Immanuel, (Sammlung) Werkausgabe/hrsg. Wilhelm Weischedel, Frankfurt am Mein, Suhrkamp, Bd. 8, *Die Methaphysik der Sitten*, 4. Aufl. 1982, s. 337.); bir kısmının sosyal (Örneğin Duguit’in tanımı: “Hukuk, toplum halinde yaşayan, toplumdan başka şekilde yaşamasına imkân olmayan insanların sosyal davranışlarını düzenleyen kurallar bütünüdür” GÜRİZ, *Hukuk Başlangıcı*, 36); bir kısmının amaçsal (ÖNEN, *Hukukun Temel Kavramları*, s. 4) ve nihayet bir kısmının ise karma özellik taşıdığı dikkati çeker. Yukarıya aldığımız tanım, ÖNEN tarafından her ne kadar amaçsal bir tanım olarak nitelenmişse de, bize göre gayet özlü karma bir tanım olarak değerlendirilmesi daha yerindedir. Zira yine ÖNEN’in belirttiği üzere, hukuka ait bir tanımın yer alması gereken üç öge (Bunlar 1. Toplumsal yaşam 2. Kural 3. Adalettir.) söz konusu tanımında mündemictir. Bir kere hukukun, adalet idesi dışta bırakılarak tanımlanması doğru görünmemektedir; Zira hukuk, toplum ve yasa gibi ampirik realitelerden ibaret görülemez. Keza, hukukun belli hukuk branşları veya belli bir yerde mevzu olan hukuk sistemi esas alınarak tanımlanması da, eksiktir. Burada aklı, “acaba tarih boyunca çeşitli toplumlardaki hukuk uygulamalarında dikkati çeken ortak noktalardan hareketle bir hukuk tanımı ortaya konabilir mi?” sorusu gelmektedir. Del Vecchio, bu soruyu olumsuz olarak cevaplamaktadır. Ona göre, “hukukî realite, bir hukuk tarifine esas teşkil edemez” (*Hukuk Felsefesi Dersleri*, 162). B u d urumda, b ütün h ukuksal olgulardan bağımsız, fakat aynı zamanda bütün h ukuksal durumları kapsayan müstakil bir “hukukîlik” kavramının zihnimizde var olup olmadığı sorgulanabilir. Tümel bir kavram olan “hukukîlik” kavramının bağlı olduğu, felsefe tarihinin ünlü “Tümel Kavga” (Tümelin objektif realitesine dair tartışmalar) ve evrensel, genel-geçer bir hukuk anlayışı konusunda özellikle eski ve yeni Şüphecilerin ortaya attıkları kuşku bir yana, bilhassa Kant felsefesinden hareket ederek, h ukuksal olayları önceleyen bir “hukukîlik” ve dolayısıyla “adalet” kavramına *a priori* olarak sahip olduğumuzu söyleyebiliriz (DEL VECCHIO, *Hukuk Felsefesi Dersleri*, 164-166).

<sup>7</sup> Hukukun temelde üç fonksiyonu vardır: Adalet, toplumsal ihtiyaçları karşılama ve hukuk güvenliği. Bu konu, aşağıda ayrıntılı olarak ele alınacaktır.

<sup>8</sup> Hukukun başlıca alt dalları şunlardır: Hukuk Felsefesi, Hukuk Sosyolojisi, Hukuk Tarihi, Hukuk Siyaseti, Hukuk Dogmatikliği, Hukuk Literatürü, Karşılaştırmalı Hukuk. Ayrıntılı bilgi için bk. GÜRİZ, *Hukuk Felsefesi*, 4-10; *Hukuk Başlangıcı*, 31, 32; ABADAN, *Hukuk Felsefesi Dersleri*, 36-46; GÖZÜBÜYÜK, 19-21; ÖNEN, 130-134; ÇAĞIL, *Hukuk İlimine Giriş*, 5-18.

<sup>9</sup> Farklı bölgelerdeki değişik ‘adalet’ anlayışlarından yola çıkarak, ‘hukuk’, ‘adalet’ vb. tümel kavramların genel-geçerliğinden ilk kuşku duyanlar Sofistler olmuştur (Sofistler konusunda tezimizde ‘Doğal Hukuk Düşüncesinin Tarihi’ adlı başlık altında bilgi verilmiştir). Kuşkuçuluğu sistematik hale getirenler ise Septikler olmuştur. Septisizmin kurucusu olan Pyrrhon, (hukuk ve adalet gibi) genel-geçer bir bilgiye sahip olmanın önündeki engeller (*tropos*’lar öğretisi) arasında onuncu sırada, “kurumların, âdetlerin, inançların ve yasaların farklılığı”nı saymıştır. Örneğin eşcinsel ilişkiler İran’da olağan karşılanırken, Roma’da yasa ile yasaklanmıştır. Keza Mısır’da insanlar kardeşleriyle evlenebilirken, böyle bir şey Yunanlılar’da yasaklanmıştır. XVI.-XVII. yy.’lara gelindiğinde hukuktaki rölativite kendisini tekrar göstermiştir. Bu bağlamda Montaigne, “Bir nehrin beri tarafında

metafizik unsurlar”<sup>10</sup> gibi esaslı bir takım meselelerin izahında da, hukukun bu çok boyutlu karakterini dikkate almak işlevsel olmaktadır.

Hukukun, “adalete yönelmiş bulunan bir toplumsal yaşam düzenidir”, şeklindeki tanımının tercih edilmesi, aynı zamanda hukuk için belirlenen muhtelif amaçlardan<sup>11</sup> ve hukuka biçilen temel üç fonksiyondan adaletin ve yine hukuk felsefesindeki farklı yaklaşımlardan da doğal hukuk düşüncesinin diğerlerine yeğ tutulduğu anlamına da gelmektedir.

## B. Hukuk Felsefesi

Felsefenin hukukla ilgilenen kısmı olan **hukuk felsefesinin**, ele aldığı konular itibariyle en isabetli **tanımının** Del Vecchio’ya ait olduğu söylenebilir. İtalyan hukuk filozofuna göre, hukuk felsefesi hukuku, mantıksal bütünlüğü içinde tanımlayan, tarihsel gelişiminin kaynaklarını ve genel karakterini araştıran ve saf akıldan çıkarılan adalet idesine göre değerlendiren bir ilimdir<sup>12</sup>.

Bu tanım irdelendiği zaman, hukuk felsefesinin başlıca üç konuyla ilgilendiği ya da bir diğer anlatımla hukuk felsefesinin **başlıca üç ödevinin** bulunduğu söylenebilir<sup>13</sup>. Bunlardan

---

mübah olan bir şey, öte tarafında günah olmakta”, derken; Pascal ise, “Kutuplara doğru üç derece yükselme, bütün hukuku alt üst eder” ve “Pirene dağlarının bu tarafında haklı olan, diğer tarafında haksız olmaktadır”, demiştir. Bununla birlikte septisizm, sistemli bir hale gelememiş ve katı tutumundan ödün vermek zorunda kalmıştır. Diğer yandan Septiklerin işaret ettikleri ‘pozitif hukuklardaki çeşitlilik’ meselesi, tam aksine olarak, pozitif hukukların üstünde ideal bir hukuk arayışını körüklemiş ve adalet idesi daha bir önem kazanmıştır. Sonuçta söz konusu çeşitlilik, insanın düşünce, duygu ve algılarındaki eksiklik nedeniyle, adalet idesini tam anlamıyla kavramak konusundaki yetersizliğine bağlanmıştır (CEVİZCİ, *İlk Çağ Felsefesi Tarihi*, Asa Kit., (2. Basım) Bursa 2000, s. 261–262; YÖRÜK, *Hukuk Felsefesi Dersleri*, 46–48; DEL VECCHIO, *Hukuk Felsefesi Dersleri*, 158; ÇAĞIL, “On Dokuzuncu Asrın Sonu ile Yirminci Asrın İlk Yarısında Alman Hukuk Felsefesinde Bazı Önemli Gelişmeler”, İ.Ü.H.F.M., XIX, sy. 1–4, İstanbul 1953, s. 379).

<sup>10</sup> Batı düşüncesinde özellikle Pozitivizmle birlikte, ‘hak’, ‘adalet’, ‘tüzelkişilik’, ‘sorumluluk’ gibi kavramların, metafizik ve metafüridik (hukuk ötesi) özellik taşıdıkları gerekçesiyle, hukuk dilinden uzaklaştırılması önerilmiştir. Bu düşüncüyü savunanlara örnek olarak, Amerikan Realistleri, Leon Duguit, Hans Kelsen, İskandinav Realistlerinden Axel Hägerström, Lundstedt ve Alf Ross verilebilir. Ne var ki, pozitivizmi izleyen dönemde, metafiziğin manevî-sosyal bilimler (*Geisteswissenschaften*) şöyle dursun, pozitif-deneysel bilimler için dahi kaçınılmaz olduğu savunulmuştur. Ezcümle bilim felsefesi alanındaki değerli etütleriyle tanınan Meyerson, “Her bilim asgarî bir metafizik içerir. Zira insan nefes alıp verir gibi, ister istemez çok defa hiç farkına varmadan metafizik yaptığı gibi, bilimsel çalışmalarında da bu huyundan vazgeçemez”, derken; Claude Bernard da, “Metafizik, zekâmızın cevherinde mevcuttur. Biz ancak soyut biçimde konuşabiliriz”, demektedir. Filhakika, bizzat insanın, yukarıda da ifade edilen, çok boyutlu özelliği, onu madde ile mananın birleştiği bir alan yapmış ve bunun sonucu olarak insanın yapış ettikleri anlamında kültür de, hukuku da içine alarak bu özellikten nasibini almıştır (YÖRÜK, *Hukuk Felsefesi Dersleri*, 22, 23; ÇAĞIL, *Hukuk İlimine Giriş*, 10–22; GÜRİZ, *Hukuk Felsefesi*, 139–145; ABADAN, *Hukuk Felsefesi Dersler*, 45).

<sup>11</sup> Hukukta amaç konusunda bk. ÇOBANOĞLU, Rahmi, *Hukukta Gaye Problemi*, İstanbul 1964; LEIBHOLZ, Gerhard, “Hukukta Gaye”, (çev. Yavuz ABADAN), İ.Ü.H.F.M., III, 1937.

<sup>12</sup> DEL VECCHIO, *Hukuk Felsefesi Dersleri*, 4. Diğer bazı hukuk felsefesi tanımları ve bunların eleştirileri için bk. YÖRÜK, *Hukuk Felsefesi Dersleri*, 13–16. YÖRÜK de çeşitli tanımlar arasında Del Vecchio’nun tanımını tercih etmektedir. Del Vecchio’nun hukuk felsefesine dair düşünceleri için *Hukuk Felsefesi Dersleri* adlı kitabına, ünlü hukuk filozofu Louis Le Fur tarafından yazılan değerli önsöze, TOPÇUOĞLU’nun, *Tabii Hukukun Rönesansı*, (s. 112–114) adlı çalışmasına, ayrıca Hasan ERMAN’ın, “Del Vecchio’nun Hukuk Görüşü” (İ.Ü.H.F.M., sy. 1–4, s. 265–289, İstanbul 1972) adlı makalesine başvurulabilir.

<sup>13</sup> Hukuk felsefesinin söz konusu üç ödevi yalnızca Del Vecchio’nun yukarıda verilen tanımından çıkmamaktadır. Birçok hukuk filozofu/felsefecisi de, hukuk felsefesini farklı biçimlerde tanımlasalar da aynı görüştedirler. Örnek olarak Stammler, Radbruch, Alf Ross, Castberg, Çağil, Yörük, Aral ve daha birçoğu verilebilir.



**birincisi**, hukukun tanımını, ne olduğunu ortaya koymaktır. Bu, hukuk felsefesinin **mantıksal** ödevidir. Felsefenin genel olarak “varlık nedir?” sorusuna cevap aramasına koşut olarak, hukuk felsefesi de “bir bütün olarak hukuk nedir?” sorusunu cevaplamaya çalışır. Hukuk felsefesinin tanımlamaya çalıştığı ‘hukuk’, belli bir zamanda ve yerde, mesela iki bin yılı başlarında Türkiye Cumhuriyeti’nde yürürlükte olan hukuk değildir. Belli bir hukuk sistemi de, örneğin Kıta Avrupası hukuku gibi, değildir. Yine söz konusu hukuk tanımı, hukukun belli bir dalı, mesela borçlar hukuku ya da devletler kamu hukuku gibi, temel alınarak da yapılamaz. Kısacası hukuk felsefesi, Kant’ın ifadesiyle “*quid jus*”u (belli bir sistem içinde oluşan hukuku) değil, “*quid juris*”i (genel olarak hukuk kelimesinden ne anlaşılması gerektiğini) araştırmakla yükümlüdür. O halde hukuk felsefesi, öyle bir hukuk tanımına ulaşmalıdır ki, bu tanım, söz konusu alanların tümünü kapsasın.

Böyle bir tanıma ulaşmak amacıyla yola çıkan hukuk felsefesinin en önemli aracı, bütün hukuk branşlarında ve sistemlerinde var olan bir takım kavramları incelemektir. Örneğin hak, yaptırım, irade, seçme özgürlüğü (ihtiyar) ve ahlâk-hukuk ilişkisi gibi. Uzun ve dikkatli bir mesai sonunda kapsamlı bir hukuk tanımı ortaya çıktığında artık, hukuk normları, insan davranışlarını yönlendirmek iddiasında olan diğer normlardan, özellikle de ahlâk ve örf normlarından ayrılmış olacaktır. İşte bu nokta, salt spekülatif olduğu ve hiçbir pratik işlevi olmadığı gerekçesiyle zaman zaman eleştiriye konu olan hukuk felsefesinin pozitif hukuka ve hukuk uygulayıcılarına katkı sağladığı hususlardan birisidir. Hukuk uygulayıcısı ya da teknisyeni, hukuk felsefesinin kendisine sunduğu hukuk tanımı sayesinde, “neyin hukukî olduğu”na dair daha açık bir kanaate sahip olabilecektir. Pozitif hukuk açısından bir diğer önemli nokta da, sahip olduğu tanım sayesinde, aynı zamanda hukukî akıl yürütmede rehber edinilebilecek bir yöntem de elde etmiş olmasıdır<sup>14</sup>.

Hukuk felsefesinin **ikinci** ödevi, hukukun tarihsel gelişimini ortaya koymaktır. Bu, hukukun **fenomenolojik** ödevidir. Hukuk felsefesi bu ödevini yerine getirirken, belli yasaların konuluş gerekçelerini (esbâb-ı mucibe) değil, insan doğasına bağlı gerçeklik ve gereklilik olarak, bütün yasaların konuluş nedenlerini araştırır. Bu araştırmanın ilk aşaması tarihsel olsa da, sonraki aşaması, hukuk tarihinden farklı olarak tarih ötesidir. Daha açık bir anlatımla hukuk felsefesi, tarihsel malzemedен yola çıkarak, hukuksal kurumların arkasındaki temel nedenlere ulaşmaya çalışır; bu yolla hukukun menşesine dair de bir takım varsayımlarda bulunmaya çabalar<sup>15</sup>.

<sup>14</sup> DEL V ECCHIO, *Hukuk Felsefesi Dersleri*, 2; YÖRÜK, *Hukuk Felsefesi Dersleri*, 10; ÇAĞIL, *Hukuk İlimine Giriş*, 291–293; ARAL, “Hukukta Felsefenin Önemi”, 635–637; *Hukuk Felsefesinin Temel Sorunları*, 33–35.

<sup>15</sup> DEL V ECCHIO, *Hukuk Felsefesi Dersleri*, 2, 3; YÖRÜK, *Hukuk Felsefesi Dersleri*, 11, 12.

Hukuk felsefesinin üçüncü ve en önemli ödevi ise, “olması gereken hukuk”u ortaya koymaktır. Bu ise hukukun deontolojik ödevidir ki, bir diğer anlatımla “adalet” olarak da ifade edilebilir<sup>16</sup>. Hukuk felsefesinin ilk ödevinin (hukukun ne olduğunun belirlenmesi) felsefesinin alt branşlarından ontoloji (varlık bilim) ile ilişkilendirilebildiği yerde, bu son ödevi ise, bir diğer alt branşı olan etikle ilgilidir. Haddizatında yürürlükte olan hukuka yönelik değerlendirme ve eleştirme eğilimi insanın doğasından ve onun vicdanından kaynaklanır. Bu nedenle bir yerde yürürlük kazanmak isteyen bir pozitif hukukun, yetkili organlarca hazırlanıp ilân edilmiş olması biçimsel şart ise, o hukukun, uygulanacağı toplumun vicdanında da onaylanmış olması manevî (tinsel) şarttır.

Sağlığın çoğu kere hastalık zamanlarında fark edilmesi gibi, adalet de kendisini genelde pozitif hukukun eksik ya da hatalı olduğu durumlarda gösterir. Hukuk uygulayıcısı, yasalarda yer alan boşlukları doldururken ya da takdir yetkisini kullanırken adaletten yararlanır. Bunun yanında hukuk politikası da, pozitif hukuku özellikle adalet ölçütüyle değerlendirmek durumundadır. Doğal olarak her şeyden önce bir yasanın henüz yürürlüğe girmesinden evvel, daha hazırlık aşamasında iken, yasa koyucunun dikkate alması gereken en önemli şey de adalettir. Bir yasanın iç tutarlılığının, maddeler arasındaki uyumun, yasanın mantıksal açıdan sağlam olduğunu göstermesine karşın, adalete uygunluğu da manevî açıdan sağlamlığı ortaya koyacaktır. Farklı zaman ve mekânlarda, değişik hukuksal düzenlemeler içinde kendisini gösteren adalet idesinin belirlenmesi hukuk felsefesinin ödevidir<sup>17</sup>.

Hukuk felsefesinin, ilk konusu dikkate alınarak felsefenin iki temel bölümünden<sup>18</sup> teorik felsefeye (bunun içinde de ontolojiye) dâhil olduğu iddia edilse de, ödevleri/konuları arasında “değerlendirme/adalet” unsurunun ağırlığı dolayısıyladır ki, felsefenin diğer temel bölümü olan pratik felsefeye (geniş anlamıyla etik) dâhil olduğunu söylemek daha isabetli olsa gerektir.

## II. HUKUKUN FONKSİYONLARI

### A. Genel Bakış

İnsan çok boyutlu bir varlık olduğu için, insanın kültürel edimlerinden biri olan hukukun, tek yanlı olarak (sözelimi yalnızca biyolojik, ekonomik, siyasal, sosyolojik,

<sup>16</sup> Burada adalet, yalnızca hukuk felsefesi disiplininin ele almak durumunda olduğu konulardan birisi olarak yer almaktadır. Adalet hakkında ayrıntılı bilgi, hukukun fonksiyonları ve doğal hukukun içeriği bağlamında aşağıda verilecektir.

<sup>17</sup> DEL VECCHIO, *Hukuk Felsefesi Dersleri*, 3, 4; YÖRÜK, *Hukuk Felsefesi Dersleri*, 12, 13; ÇAĞIL, *Hukuk İlmine Giriş*, 294; ARAL, “Hukukta Felsefenin Önemi”, 637–643; *Hukuk Felsefesinin Temel Sorunları*, 35-39.

<sup>18</sup> Felsefenin genel olarak teorik (nazarî) ve pratik (amelî) olmak üzere ikiye ayrıldığı kabul edilir. Teorik felsefe varlığın ve bilginin ilk ilkelerini inceler. Bu kısma giren temel felsefe disiplinleri ontoloji, metafizik, epistemoloji, mantık, psikoloji ve estetikdir. Pratik felsefe ise, insan davranışlarının incelenmesi ve değerlendirilmesiyle ilgili olup, genel olarak ‘etik’ adını alır. Etikin alt disiplinleri ise, ahlâk felsefesi (dar anlamda etik) ve hukuk felsefesidir (DEL VECCHIO, *Hukuk Felsefesi Dersleri*, 1; GÜRİZ, *Hukuk Felsefesi*, 8).

pozitivist, aklî, değersel veya teolojik) açıklanması yetersiz kalmaktadır. Bu durumda hukukun ne olduğu, en yetkin biçimde, onun fonksiyonları ile ortaya konabilmektedir. İşte bu mülâhaza ile yukarıda, hukuk kavramı, fonksiyonları esas alınarak, “Hukuk, adalete yönelmiş bulunan bir toplumsal yaşam düzenidir”, şeklinde tanımlanmıştır<sup>19</sup>. Hukukun fonksiyonları, aşağıda ayrıntılı biçimde ele alınacağı üzere, adalet, düzen (hukuk güvenliği) ve toplumsal gereksinimleri karşılamadır (amaca uygunluk).

**Hukukun fonksiyonları**, bizatihi hukukun çok boyutlu karakterinin bir sonucu olarak **çelişik** (*antinomik*) bir ilişki içindedirler. Zira adalet, hukukun ideal boyutu, toplumsal gereksinimleri karşılama reel boyutu, düzen ise mantıksal boyutunu ifade eder. Fonksiyonlardan birisi gerçekleştirilirken diğeri zarar görebilir. Bu bağlamda **adalet ile amaca uygunluk** (toplumsal ihtiyaçları karşılama) her zaman birlikte gerçekleşemezler. Bir diğeri ifade ile toplumsal gereksinimlerin karşılanması, her zaman adaletin yerini bulduğu anlamına gelmez. Bunun tersi olarak, adaletin gerçekleşmesi de, her zaman toplumsal gereksinimlerin karşılandığı anlamına gelmez. Sözelimi aile kurumu, neslin devamını sağlamanın ötesinde, ahlâkî bir kurumdur da. Bir suça takdir edilen ceza, caydırıcı olmanın yanı sıra, toplumun o suçla ilgili değer yargısının bir göstergesidir. Adalet ve amaca uygunluk fonksiyonlarının çelişik ilişkisine örnek olarak, akıl hastası olan bir kâtilin durumu verilebilir. Amaca uygunluk mülâhazasıyla (ki, bu olayda caydırıcılıktır) böyle bir kimsenin cezalandırılması gerekirken, adalet bunun aksini emreder ve akıl hastasının veli veya vasisinin gözetim kusuru olup olmadığını araştırmakla yetinir. Bir diğeri örnek de, istimlâk durumunda devletin tazminle yükümlü olmasının, amaca uygun olmamakla birlikte adaletin gereği olmasıdır<sup>20</sup>.

**Adalet ile düzen (hukuk güvenliği)** arasındaki çelişki ise, düzen fikrinin hukuku, tek tek olayları göz ardı etmek pahasına da olsa, belli bir şekle sokma (*formalizasyon*) ihtiyacından kaynaklanır. Bu ihtiyacın temelinde hukuk kurallarının soyut ve genel olma gereği vardır. Somut ve özel nitelikteki münferit olaylar, söz konusu kuralların kapsamına sokulurken, zaman zaman adaletin tekil olaylardaki tecellisi olan ‘nısfet’ zedelenebilir. Hukuk uygulayıcılarının en kritik görevleri, kendisini işte bu noktada gösterir: Hukuk güvenliği ile nısfet (hakkaniyet) arasındaki orta noktayı bulabilmek. Hukuk anlayışlarındaki eğilimler açısından bakıldığında, XIX. yy.’da daha çok hukuk güvenliği tarafının, XX. yy.’da ise nısfet tarafının tercih edildiği görülmektedir<sup>21</sup>.

<sup>19</sup> ÇAĞIL, *Hukuk İlimine Giriş*, 24, ARAL, *Hukuk ve Hukuk Bilimi Üzerine*, 13.

<sup>20</sup> ÇAĞIL, *Hukuk İlimine Giriş*, 34, 35, ARAL, *Hukuk ve Hukuk Bilimi Üzerine*, 14.

<sup>21</sup> ÇAĞIL, *Hukuk İlimine Giriş*, 36, 37.

**Hukuk güvenliği ile amaca uygunluk** arasında da çelişik ilişki vardır. Hukuk güvenliği genel nitelikli bir kısım düzenlemeleri gerekli kılarken, tekil olaylarda kimi zaman, yukarıda ifade edildiği gibi, adaletin zedelenmesine neden olabilir; kimi zaman da amaca uygun olmayan düzenlemeler yapılmış olabilir. Sözgelimi, ekonomik açıdan yararlı ve gerekli olan bir sözleşme, şekil şartları yerine gelmediği için geçersiz sayılabilir.

Yukarıda da ifade edildiği üzere, bizzat hukukun kendi yapısından kaynaklanan bu *antinomik* ilişkiler, bütünüyle ortadan kaldırılamaz. Önemli olan, hukukun uygulanması sırasında fonksiyonlar arasındaki dengenin en doğru biçimde sağlanmasıdır. Hukukun branşlarına ve kimi zaman da objesine göre, fonksiyonlardan birisi diğerlerinden daha öne çıkabilir. Sözgelimi ceza hukuku ve aile hukuku alanlarında adalet fonksiyonu, amaca uygunluktan daha fazla önem arz eder. Ceza hukukunda hukuk güvenliği de amaca uygunluktan daha önemlidir. İdare hukukunda ve iktisat alanında amaca uygunluk ön plana çıkarken, insan şeref ve haysiyetinin ağırlık kazandığı durumlarda ise, adalet ve hukuk güvenliği daha fazla önem kazanır. Genel olarak adalet fonksiyonunun, diğer fonksiyonlara tercih edilmesi gerektiği söylenebilir de, bunun ancak, diğer fonksiyonların bütünüyle terk edilmemesi koşuluyla mümkün olabileceği unutulmamalıdır.

### **B. Adalet**

Adalet kavramı genel olarak iki bağlamda kullanılmaktadır. İlki, hukukun fonksiyonlarından birisi olarak, yani hukuk uygulamasında toplum açısından uzun vadede en yararlı sonucun gerçekleştirilmesinin amaçlanması anlamındadır. İkincisi ise, hukukun ulaşmaya çabaladığı idealdir. İkinci anlamıyla adalet, daha çok doğal hukuk düşüncesiyle birlikte anılır<sup>22</sup>. Nitekim çalışmamızda adaletin ne olduğu ve görevliği gibi temel bir takım meseleler, doğal hukukun içeriğini oluşturan esaslı kavramlardan birisi olarak adalet konusu çerçevesinde işlenecektir.

Adalet hukukun türsel özelliği, ayırıcı vasfı (*faslı*) ve karakteristiğidir. Zira güzellik idesini amaçlamayan estetikten, hayır idesini amaçlamayan ahlaktan söz edilemeyeceği gibi, adalet idesini amaçlamayan hukuktan da söz edilemez. Ahlâkla et ve tırnak ilişkisi içinde olan hukuk için, en az biçimsel-mantıksal unsur (yasalar) ve ampririk unsur (toplumsal gereklilikler vs.) kadar gerekli olan bir diğer unsur daha vardır ki, hayır unsurudur. Hakikat ve hürriyetle birlikte adalette kendisini gösteren hayır unsuru, her şeyden önce yasa koyucunun vicdanında ve iradesinde tecelli etmelidir. Çok eski zamanlardan beri, insanların pozitif hukukun ötesinde, ideal olan ve mutlak yürürlüğü bulunan bir hukuku aramaları ve bunun için “hukuk uğrunda

<sup>22</sup> GURVITCH, Georges, “Justice”, *Encyclopedia of Social Sciences*, VII-VIII, 509’den nakleden ÇEÇEN, Anıl, “Hukukta Norm ve Adalet”, 96. Ayrıca bk. ARAL, *Hukuk Felsefesinin Temel Sorunları*, 43–47.

mücadele etmeleri”, aslında adalet için verilmiş olan bir mücadeledir. Hukuk bir meyveye benzetilebilirse, formel mantık bu meyvenin kabuğu, toplumsal gerçeklik ve eşyanın doğası eti, adalet ve ahlâk ise özü, usaresidir. Meyve kabuğuna kadar bu özle dolup taşmalıdır<sup>23</sup>.

Kültür, değerlerin belli bir zaman ve mekânda gerçekleşmesi anlamına geldiğine göre, adalet, ideal bir değer olarak, hukukun kültürel fonksiyonunu deyimler. Bu bağlamda adaletin görevliği tartışmalarına ışık tutacak bir diğer husus da, mutlak mer’iyeti haiz bir adalet anlayışı yerine belirli bir kültürel ortamda aranması gereken adalet anlayışıdır. Ünlü Roma’lı hukukçu Ulpianus’un “*sum cuique* (herkese hak ettiğini vermek)” şeklindeki (nesnel) adalet anlayışının, çağdaş bir takım hukuk filozoflarınca, “kimin neyi, ne kadar hak ettiği, içinde bulunduğu kültürel-toplumsal ortam tarafından belirlenir”, şeklinde açıklamaları da, bu meyanda dikkat çekicidir<sup>24</sup>.

Pür “olması gereken” bir ide olan adaletin pozitif hukuku etkilemesi, doğal hukuk ilkeleri aracılığıyla gerçekleşir. Bu ilkelerin algılanması ise, insanoğlunun vicdanına ve aklına, bir diğer ifadeyle bir fazilet olarak kendi iç dünyasında öznel adalete sahip olmasına bağlıdır. İnsanın görevinin, mutlak bir ide olan adaletin, amprik dünyada gerçekleşirken, sâfiyetini yitirmesine mümkün merteye engel olmaktır<sup>25</sup>.

Hukukun fonksiyonlarından birisi olarak adalet, bu işlevini yerine getirirken “daima dinamik, yapıcı, hâkim, fiil ve davranışları değerlendirici, eleştirici bir değer ölçütü, hedef belirleyen bir ölçü, insan iradesine yüklenmiş sonsuz bir ödev olarak karşımıza çıkar”<sup>26</sup>. Adalet bir yandan dağıtıcı (tevzii) ve diğer yandan dengeleyici bir ilkedir. Dağıtıcı özelliği ile herkese kendi payına düşeni verirken (*sum cuique*), dengeleyici özelliği ile ise, zıt çıkarlar arasında denge sağlar<sup>27</sup>.

Diğer yandan adalet, pozitif hukukun da nihâi yürürlük ve meşruiyet kaynağıdır. Bilindiği gibi, pozitif hukukta yer alan her bir yasal düzenleme, yürürlüğünü bir üstündeki yasadan alır. Buna göre, bir yönetmelik tüzüğe, bir tüzük kanuna ve bir kanun da anayasaya aykırı olamaz. Peki, bir anayasanın yürürlük kaynağı nedir? Anayasanın yürürlük kaynağı olarak adalet ve doğal hukuk düşüncesi kabul edilmediği takdirde, devletin gücü yürürlük kaynağı olacaktır. Oysa bir normun kaynağı fiilî bir olay olamaz; yine bir norm olmalıdır. Ayrıca böyle bir anlayış, zorbalığa ve keyfiliğe de kapı aralayacaktır. Bir hukuk düzeni

<sup>23</sup> ÇAĞIL, *Hukuk İlmüne Giriş*, 30–39, 158; ARAL, “Hukuka İlişkin Değişik Görüşler”, 339; ÇEÇEN, Anıl, *Adalet Kavramı*, s. 71.

<sup>24</sup> TAMMELO, Lnydall Lorna, “Adaletin Özü Olarak Eşitlik”, *Çağdaş Hukuk Felsefesi ve Hukuk Kuramı İncelemeleri*, HFSA Y. 1 (Haz. Hayrettin ÖKÇESİZ), Alkım y., İstanbul 1993, s. 398, 399.

<sup>25</sup> ABADAN, *Hukuk Felsefesi Dersleri*, 99; ARAL, “Hukuka İlişkin Değişik Görüşler”, 340, 341, 345; “Hukukta Felsefenin Önemi”, 639; ÇAĞIL, “Felsefenin Işığında Hürriyet, Adalet”, 285, 286; *Hukuk İlmüne Giriş*, 38.

<sup>26</sup> ÇAĞIL, *Hukuk İlmüne Giriş*, 39.

<sup>27</sup> ABADAN, *Hukuk Felsefesi Dersleri*, 100.

yurttaşların vicdanlarında da onanmadıkça tam anlamıyla yürürlük ve meşruluk kazanmış olamaz. Hans Kelsen gibi kimi hukuk filozofları ise, anayasanın üzerinde “Temel Yasa (*Grundnorm*)” adını verdikleri ve normlar hiyerarşisinin mantıksal olarak en üstünde yer aldığını düşündükleri bir yasa varsaymışlardır. Ne var ki, *Grundnorm* da mantıksal bir doğal hukuk anlayışına karşılık gelmesi yönüyle, insanın yalnızca düşüncesine yönelmiştir. Oysaki böyle bir üst yasa, aynı zamanda insanların vicdanına da dayanmalıdır. Görüldüğü üzere, pozitif hukuk, ancak adalet idesine dayandığı takdirde, gerçek anlamda meşruiyet kazanmaktadır<sup>28</sup>

### C. Hukuk Güvenliği (Düzen)

Sosyal düzen kurallarından birisi olan hukukun, toplumu düzenleme işlevini yerine getirebilmesinin yolu, belli bir biçime bürünmesinden geçer. Bir diğer ifadeyle hukuk, biçimle aktüalize olabilir, gerçeklik kazanabilir<sup>29</sup>. Bu yönüyle hukuk, her şeyden önce bir biçimi, formu gerekli kılar. Belirli bir biçimde tezahür eden hukuk, hukuk güvenliğini sağlamak suretiyle toplumda düzenin sağlanmasına katkıda bulunur. Söz konusu biçim kendisini her şeyden önce, belirli bir hiyerarşi oluşturan yasalarda, hukuksal prosedürlerin işleyişinde, devlet organlarının düzeninde ve hukuksal işlemlerde göstermektedir. ‘Aşırı biçimcilik’ anlamında değil de, ‘biçimin gerekliliği’ anlamında formalizm çok eski devirlerden beri, hukuksal işlemlerin geçerlilik şartı olarak var olagelmıştır. Şu farkla ki, eski devirlerde, biçim, özellikle büyüye dayalı akıl dışı (irrasyonel) bir temele dayanırken, modern zamanlarda ise, hukuksal işlemin sıhhatini temin amacıyla rasyonel bir temele dayanmaktadır. Şu da bir gerçektir ki, geçmişten bugüne gelindikçe, hukukta formalizmden uzaklaşma da dikkati çekmektedir<sup>30</sup>.

‘Hukuk güvenliği’ ifadesinden, yalnızca hukuka dayalı ya da hukuk aracılığıyla gerçekleşecek olan güvenlik (emniyet) anlaşılmalıdır. Hukuk güvenliği, bizzat hukukun kendisinin güven ve emniyet altına alınmasıdır<sup>31</sup>. Hukukun sağladığı haklı durumların, daha genel anlamda haklı dengenin sürdürülmesi, var olan hukuk ve devlet düzeninin keyfi bir takım müdahalelere uğramaksızın, istikrarlı biçimde devam etmesini gerekli kılar. Diğer yandan hukuk güvenliği, kimsenin haksızlığa uğramamasını, eylemlerin, önceden kestirilemeyen ve öngörülemeyen bir takım tepkilerle karşılaşmamasını da temin eder<sup>32</sup>.

Hukuk güvenliğinin başlıca dört hususu gerekli kıldığı söylenebilir. Bunlardan ilki, hukukun pozitif hale gelmiş olması (yürürlükte bulunması); ikincisi, söz konusu pozitif

<sup>28</sup> ARAL, “Hukukta Felsefenin Önemi”, 640. Kelsen’in hukuk anlayışı konusunda bk. AKBAY, Muvaffak, “Kelsen’in Hukuk ve Devlet Teorisi”, A.Ü.H.F.D., IV, sy.1-4, Ankara 1948; ARAL, Vecdi, “Kelsen’in Hukuk Anlayışı”, İ.Ü.H.F.M., XXXIV, sy. 1-4, İstanbul 1969.

<sup>29</sup> ARAL, *Hukuk ve Hukuk Bilimi Üzerine*, 17.

<sup>30</sup> ÇAĞIL, *Hukuk İlimine Giriş*, 24, 25; ARAL, *Hukuk ve Hukuk Bilimi Üzerine*, 18, 19.

<sup>31</sup> ÇAĞIL, *Hukuk İlimine Giriş*, 48.

<sup>32</sup> ABADAN, *Hukuk Felsefesi Dersleri*, 105–107.

hukukun kesin olması, kesin ve açık kavramlarla ifade edilmiş olması ve hâkime fazlaca takdir yetkisi bırakmaması; üçüncüsü, pozitif hukuku oluşturan hukuksal olayların olabildiğince açık biçimde belirlenmiş olması ve kesin çizgili biçim ve ölçülerin kullanılması; dördüncüsü ise, pozitif hukukun sık sık değişikliğe uğratılmamasıdır<sup>33</sup>.

Yasada, hukuk güvenliği endişesiyle belirlenen ölçütlerden birisine örnek olarak, reşit (ergin) kimsenin, “işlerini tek başına görebilecek kimse” olarak tanımlanmayıp, “18 yaşını tamamlayan kimse” olarak tanımlanması verilebilir<sup>34</sup>. ‘İşlerini tek başına görebilme’ ölçütü, bilinebilmesi güç bir ölçüt olduğundan, hukuksal işlemlerde çeşitli sıkıntılara yol açabilirdi. Bu nedenle yasa koyucu ‘18 yaşın tamamlanması’ şeklinde belirli bir ölçüt koymuş, 18 yaşından önce ‘işlerini tek başına görebilecek’ düzeye gelen ya da 18 yaşını doldurduğu halde bu seviyeye gelmeyen kimselerin, söz konusu yasaya göre, zarar görebilecekleri gerçeğini, hukuk güvenliğini önceleyerek göz ardı etmek zorunda kalmıştır<sup>35</sup>. Ancak bu konuda olası zararı önlemek için ülkeler, kendi kültür düzeylerini ve bireylerin gelişme sürecini dikkate alarak farklı “rüşt yaşı” belirleme yoluna gitmişlerdir. Sözgelimi Türk Medenî Kanunu’nda 18 yaşın tamamlanması rüşt yaşı olarak belirlemişken, bu yaş, İsviçre Medenî Kanunu’nda 20; Fransız, Avusturya, Alman ve Yunan Medenî Kanunlarında ise 21 yaşın tamamlanması olarak belirlenmiştir<sup>36</sup>. Zamanaşımının bir kısım hakları doğurması ya da düşürmesi de, bazı durumlarda adaletin ihlâline neden olsa da, yine hukuk güvenliği endişesiyle konulmuş hükümlerdendir<sup>37</sup>.

Asıl itibariyle devletin sağlamakla yükümlü bulunduğu hukuk güvenliği<sup>38</sup>, kişi güvenliğini de kapsamaktadır. Kişi güvenliği, toplum içindeki bireylerin, insan olarak asgari hak ve çıkarlarının korunması gereğini ifade etmektedir. Diğer yandan, yine hukuk güvenliğinin gereği olarak ortaya çıkan önemli ilkelerden bir kısmı da, “Cezanın kanunîliği ilkesi (*Nulla poena sine lege*)”, müktesep hakların korunması ve mülkiyet hakkının dokunulmazlığı olarak ifade edilebilir<sup>39</sup>.

Hukukun fonksiyonlarından adalet ile hukuk güvenliği karşılaştırıldığında, ilk dikkati çeken, hukuk güvenliğinin yasal adaletle ve denkleştirici adaletin<sup>40</sup> esasını oluşturan mutlak eşitlikle paralelligidir. Hukuk güvenliğinin temel kaygısı, bir Alman hukuk özdeyişinde geçtiği üzere “aynı şey, aynı hak”tır ki, bu ilke mutlak eşitliği ifade etmektedir. Yasa üstü bir ide olarak

<sup>33</sup> ÇAĞIL, *Hukuk İlmine Giriş*, 48; ARAL, *Hukuk ve Hukuk Bilimi Üzerine*, 22-24.

<sup>34</sup> TMK md. 11

<sup>35</sup> ÇAĞIL, *Hukuk İlmine Giriş*, 27; ARAL, *Hukuk ve Hukuk Bilimi Üzerine*, 23.

<sup>36</sup> İMRE, Zahit, *Medenî Hukuka Giriş*, İstanbul 1980, s. 370.

<sup>37</sup> LEIBHOLZ, “Hukukun Gayesi”, 521.

<sup>38</sup> ABADAN, *Hukuk Felsefesi Dersleri*, 106-108.

<sup>39</sup> ABADAN, *Hukuk Felsefesi Dersleri*, 107, 109.

<sup>40</sup> Bk. Tez, “Adaletin Türleri”, s. 39.

adaleti göz ardı ederek, yasayla sınırlı bir adalet (yasal adalet) düşüncesini ifade etmesi de, hukuk güvenliğinin bir diğer özelliğidir<sup>41</sup>. Bununla birlikte, hukuk güvenliği, hukukun nihai amacını ifade eden bir ide olarak yasa üstü adaletle karşılaştırıldığında, yukarıda da ifade edildiği üzere, geri planda kalmaktadır. Zira hukuk güvenliğine kayıtsız bağlanmak çoğu zaman büyük haksızlıklara ve zorbalıklara kapı aralayabilmektedir. Böyle bir durumda, mevcut düzeni değiştirebilme hakkının (ihtilâl hakkı) meşruiyeti, doğal olarak yürürlükteki hukuktan kaynaklanamaz. Haksızlık ve zulüm dönemlerinde gündeme gelen ihtilal hakkının meşruiyetinin yegâne kaynağı adalet idesi ve doğal hukuk ilkeleridir<sup>42</sup>.

#### **D. Toplumsal İhtiyaçları Karşılama (Amaca Uygunluk)**

Toplum, hukukun var olabilmesi için gerekli olan unsurlardan birisi olduğu gibi<sup>43</sup>, aynı zamanda hukukun amacıdır da: Hukukta ‘amaca uygunluk’tan söz edildiğinde, ilk olarak insanların toplumsal, ekonomik, biyolojik, psikolojik ve siyasal ihtiyaçlarının karşılanması anlaşılır. Adaletin gerçekleştirilmesi ise, hukukun nihai amacıdır<sup>44</sup>. Hatta “Adalet gerçekleşsin ki, dünya batmasın (*Fiat justitia, ne pereat mundus*)” özdeyişi dikkate alındığında, adaletin gerçekleştirilmesi dahi, son tablilde insanların yararı ve mutluluğu içindir.

Hukuk, toplumsal ihtiyaçları karşılamaya çalışırken, öncelikle, insanların biyolojik ihtiyaçlarını dikkate alır. Doğum, ölüm, beslenme ihtiyacı ve cinsiyet ayrımı gibi olay ve olgular, pozitif hukukun konusudur. Diğer yandan hukuk, toplumun psikolojik durumunu da hesaba katar. Nitekim hak ve ödevlerin belirlenmesinde bu husus önem taşır. Şöyle ki, hukuk, hukuksal iradenin, insanların aynı yöndeki dürtüleriyle örtüşmesinin umulduğu yerlerde haklar, ters düşebileceği yerlerde ise ödevler yükler<sup>45</sup>.

Hukuk, ekonomik ihtiyaçları da dikkate alıp, ekonomik hayatta zaman içinde meydana gelen değişimlere ayak uydurmak durumundadır. Hukukun ekonomiyle olan sıkı ilişkisini göstermesi bakımından, ekonomiye özel, ‘ticaret hukuku’, ‘iş hukuku’ gibi branşların oluşmuş olması dikkat çekicidir.

Hukukun toplumsal fonksiyonu bağlamında, çok önemli olgulardan birisi, kuşkusuz örf ve âdetlerin ‘yazılı olmayan hukuk’ adıyla, hukukun kaynaklarından birisi olmasıdır. Bu sayede, mevzuattan habersiz olan birçok kimse, farkında olmadan mevzuatın öngördüğü şekilde hareket

<sup>41</sup> UNGER, “İzonomi ve Adalet”, 401; LEIBHOLZ, “Hukukun Gayesi”, 530.

<sup>42</sup> ABADAN, *Hukuk Felsefesi Dersleri*, 107; ÇAĞIL, “Felsefenin Işığında Hürriyet, Adalet”, 289-292.

<sup>43</sup> ÇAĞIL, *Hukuk İlmine Giriş*, 20; ARAL, *Hukuk Felsefesinin Temel Sorunları*, 176.

<sup>44</sup> ÇAĞIL, *Hukuk İlmine Giriş*, 28, 29.

<sup>45</sup> ARAL, *Hukuk Felsefesinin Temel Sorunları*, 178, 179.



eder. Zira hukuk, kalıcı olabilmek için, içinde bulunduğu toplumla mümkün olduğunca ters düşmemeye özen gösterir<sup>46</sup>.

Toplumsal yaşamın hukuka etkisi konusunda, hukuk düşüncesinde 'ifrat' ve 'tefrit' olarak nitelenebilecek bir takım görüşler serdedilmiştir. Akılcı görüş, değer teorisine dayanan görüş ve teolojik görüş toplumun, hukukun oluşumundaki etkisini yadsımayı yeğlemişler, bunun yerine sırasıyla salt aklın, objektif değerlerin ve Tanrısal iradenin hukuku tek başına belirlediklerini savunmuşlardır. Buna karşın, biyolojik, ekonomik, politik, sosyolojist ve pozitivist görüşler ise, hukuku sözü geçen ve temelde her biri toplumsal kökenli olan bu faktörlerden birisine indirgemişler ve böylece hukukta ideal boyutu inkâr etmişlerdir. Oysa hukuk ideal ve reel unsurların bileşiminden ibarettir. İdeal unsurlar (adalet vb), birer değer olmaları yönüyle gerçekleşmek ihtiyacı duyarlar ki, bu, ancak reel bir ortamda mümkün olabilir. Diğer yandan reel unsurlar, ideal yönü ihmal ettikleri takdirde, keyfiliğin, zorbalığın ve tek başına gücün egemenliğine yol açarlar<sup>47</sup>. Örnek olarak biyolojik görüşün savunduğu gibi, Darwin'den mühlhem olarak, 'hukuksal yaşamda da doğada olduğu gibi, doğal seleksiyon egemendir' düşüncesi, önce 'Üstün insan (*Übermensch*)' fikrini doğurmuş, ardından Almanya'da Nasyonel Sosyalizm'in ortaya çıkmasına neden olmuştur.

#### **E. Hukukun Fonksiyonlarıyla Hukuk Felsefesi Ekolleri Arasındaki İlişki**

Hukuk felsefesinde yer alan belli başlı ekollerin, hukukun fonksiyonlarından özellikle birini diğerlerine yeğ tuttukları söylenebilir. Buna göre, doğal hukuk düşüncesi/ekolü daha çok adalet fonksiyonuna, hukuksal pozitivizm (pozitivist olan diğer ekollerle birlikte) hukuk güvenliği fonksiyonuna ve tarihsel hukuk ekolü ile sosyolojist hukuk ekolü ise toplumsal fonksiyona ağırlık vermiştir, denebilir. Bu çalışmada doğal hukuk düşüncesi ele alınacak, zaman zaman diğer hukuk ekollerine göndermede bulunulacaktır<sup>48</sup>.

<sup>46</sup> ARAL, *Hukuk Felsefesinin Temel Sorunları*, 179–181.

<sup>47</sup> ARAL, *Hukuk Felsefesinin Temel Sorunları*, 137–162.

<sup>48</sup> Hukukun fonksiyonlarıyla, çeşitli hukuk branşları arasında ilişki kurmak da mümkün görünmektedir. Buna göre, adalet fonksiyonunun hukuk felsefesinin, hukuk güvenliği fonksiyonunun dogmatik hukuk ilminin (yasa bilgisi de denebilir) ve toplumsal fonksiyonun ise, hukuk sosyolojisinin konusu olduğu söylenebilir.



**BİRİNCİ BÖLÜM**  
**DOĞAL HUKUK DÜŞÜNCEİ**

## I. DOĞAL HUKUK KAVRAMI VE İLGİLİ MESELELER

### A. Doğal Hukuk Kavramı

Büyük Alman filozofu Immanuel Kant, *Kritik der praktischen Vernunft* (Pratik Aklın Eleştirisi) adlı eserinde, “İki şey, üzerlerinde ısrarla düşünüldüğünde, insan ruhunu, artan bir hayranlık ve derin bir saygıyla doldurur: Üzerimdeki yıldızlı gökyüzü ve içimdeki ahlâk yasası”<sup>49</sup>, derken kuşkusuz, aslında ahlâkın hümanist niteliğini vurgulamayı amaçlamıştır. Bununla birlikte, söz konusu ifadelerde bir husus daha ortaya çıkmaktadır ki, bu da, insanın iki temel yasanın etkisi altında bulunmasıdır. Bunlardan biri doğa yasası, diğeri ise ahlâk yasasıdır.

İnsan, bedeniyle doğa yasasına, ruhuyla ise ahlâk yasasına bağlıdır. Doğa yasası, ahlâk yasasından farklı olarak zorunluluğa gönderme yapar. Her varlık gibi insan da (bedeniyle), doğa yasasına uymak zorundadır. Doğa yasaları, yaptırıma gerek duymaksızın, varlıkları kendisine uydurur; zira doğa yasalarına aykırı davranma imkânı söz konusu değildir. Ahlâk yasası ise, doğa yasasının illi olduğu yerde, gaîdir. Düşünme yetisiyle diğer canlılardan ayrılan insanın özgür iradesine yönelir. İnsan, ahlâk yasasının gerektirdiği biçimde davranıp davranmamak konusunda tercihte bulunabilir<sup>50</sup>.

İlginçtir ki, doğal hukuk kavramı, özellikle kökeni dikkate alındığında, her iki yasayı da kendisinde birleştiren bir kavram olarak görünmektedir. Zira bu kavram, özellikle ilk dönemlerde kozmik/dini<sup>51</sup> bir anlama sahipti. Buna göre, doğal hukuk, doğaya egemen olan küllî yasaya (*Logos, Nous*) yakın bir anlam ifade etmekte idi. Öyle ki, yürürlükteki yasalar dahi, doğanın yasa koyucuya ilham etmesi sonucu ortaya çıkmış düzenlemeler olarak kabul edilmekte ve bundan dolayı siyasal suçlar aynı zamanda dinsel suçlar, dinsel suçlar da siyasal suçlar olarak kabul edilmekte idi<sup>52</sup>. Bu yönüyle ‘doğal hukuk’ ifadesinde geçen ‘doğal’ kelimesinin natüralist

<sup>49</sup> “Zwei Dinge erfüllen das Gemüt mit immer neuer und zunehmender Bewunderung und Ehrfucht, je öfter und anhaltender sich das Nachdenken damit beschäftigt: der bestirnte Himmel über mir und das moralische Gesetz in mir”. *Pratik Aklın Eleştirisi* (çev. Ioanna Kuçuradi), Türkiye Felsefe Kurumu, Ankara 1999 (Almanca aslıyla birlikte), s. 288. Bu ifadelerin hümanistik bir ahlâk anlayışına zemin hazırladığı, izleyen cümleden rahatça anlaşılmaktadır: “Beide darf ich nicht als in Dunkelheiten verhüllt, oder im Überschwenglichen, außer meinem Gesichtskreise suchen und bloß vermuten; ich sehe sie vor mir und verknüpfe sie unmittelbar mit dem Bewußsein meiner Existenz.” (Her ikisini, karanlıklarda gizlenmiş ya da benim ufkumun ötesinde aşkın alanda imişlercesine aramama ve tahmin etmeme gerek yok; onları önümde görüyorum ve doğrudan doğruya benim kendi varoluşumun bilincine bağlıyorum).

<sup>50</sup> YÖRÜK, *Hukuk Felsefesi Derleri*, 83–85.

<sup>51</sup> Doğal hukukun ilk zamanlardaki niteliğini ‘kozmetik-dini’ şeklinde ifade etmemizin nedeni, o dönemlerde doğa ile Tanrı’nın özdeş kabul edilmesidir.

<sup>52</sup> Bu anlayışın tipik örneği, her iki açıdan da suçlanarak sonunda baldıran zehiri içmek suretiyle ölüme mahkûm edilen Sokrates’tir. Sokrates’in yargılanma süreci ve savunması için bk. EFLATUN (Platon), *Sokrates’in Savunması* (çev. Niyazi Berkes), M.E. Basımevi, İstanbul 1946.

tarzda kavranan, doğaya içkin bir hukuk olmadığı şeklindeki görüş, özellikle kavramın kökeni göz önünde bulundurulduğunda pek isabetli görünmemektedir<sup>53</sup>.

Roma'lı hukukçu Ulpianus'un ve yine Roma'lı ünlü filozof Cicero'nun doğal hukuk anlayışlarında, doğal hukuk kavramının söz konusu kozmik-dinsel karakterinin izleri açık bir biçimde görülmektedir. Ulpianus, doğal hukuku şöyle tanımlamıştır: "Doğal hukuk, doğanın bütün canlılara öğrettiği şeydir. Çünkü bu hukuk, insan türüne özel olmayıp, aksine ister karada, ister denizde doğmuş olsun, hatta kuşlar da dâhil olmak üzere, ortaklaşa bütün canlılara aittir"<sup>54</sup>. Cicero ise, doğal hukuk bağlamında şunları ifade etmiştir<sup>55</sup>:

Şüphesiz ki, asıl kanun, selim akıldır. Bu kanun, doğaya uygun, her şeyde var olan, sabit, ezeli ve ebedidir. Bu kanun emir verirken, zaten ödev olan bir şeye çağırır; bir şeyi yasaklarken de insanı hileden uzak tutar (insan tarafından zaten benimsenmiş olduğu için, insanlar hileye tevessül etmezler). Her halde dürüst insanlara boş yere emir ve yasaklamalarda bulunmadığı gibi, dürüst olmayanları da emir ve yasaklamalarıyla tahrik etmez (Doğal kanunu kabul edecek seviyede olan, onu zaten kabul eder; bu seviyede olmayanı ise doğal kanun muhatap almaz). Bu kanunu ilga etmemek ilahi emrin gereğidir; bundan kaçınmak ise caiz değildir. Doğal kanunu büsbütün ilga edemediğimiz gibi, senatonun ya da halkın gücüyle bundan kurtulamayız da. Bu kanunun yorumlanması için Sextus Aelius'a (Romalı bir pretör olmalı) başvurmamız da gerekmez (Doğal hukukun yorumu da bizim iç dünyamızdadır). Bu kanun Roma'da Atina'dakinden ve bugün için yarınkinden değişik değildir (Her yerde ve her zaman da aynıdır, değişmez). Aksine o, her devlette, her zamanda ezeli-ebedi, değiştirilemeyen tek kanun olarak sürüp gidecek ve herkesin ortak önderi ve imparatoru gibi tek Allah'ın olacaktır. Bu, o kanunun hem yaratıcısı, hem uygulayıcısı ve hem de yükümlü kılıcısıdır.

Zaman içinde doğal hukukun, önce ahlâkî ve daha sonra hukuksal yönü ağırlık kazanmaya başlamıştır. Nitekim yine Cicero'nun belirlediği, doğal hukukun altı pratik ilkesinde ağırlık ahlâkî ilkelerdedir. Cicero'nun belirlediği ilkeler şunlardır: 1. *Religio*: İlahlara karşı yükümlü olunan taat ve ibadetler. 2. *Pietas*: Akrabalara ve vatana karşı görevler. 3. *Gratia*: Hizmet görenlerin hizmetlerine karşı minnet duygusu. 4. *Observantia*: Ehliyet ve liyakat

<sup>53</sup> Bu yöndeki bir görüşe örnek olarak bk. ÇAĞIL, *Hukuk İlimine Giriş*, 407 (dipnot).

<sup>54</sup> Ulpian'ın tanımının orijinali şöyledir: "Jus naturale est quod natura omnia animalia docuit: nam jus i stud non humani generis probrium, sed omnium animalium, quae in mari nascuntur, avium quoque commune est". Bk. DE PAGE, "Tabii Hukuk ve Hukukî Pozitivizm", (çev.. Hâmid UZBARK), İ.Ü.H.F.M., s. 1, İstanbul 1944, s. 175 (64 no'lu dipnot); GURVITCH, George, "Tabii Hukuk mu, Yoksa Sezgiye Dayanan Müsbet Hukuk mu?", (çev.. Hâmid UZBARK), A.Ü.H.F.D., II, sy. 1, Ankara 1944, s. 163.

<sup>55</sup> (Est quidem vera lex recta ratio, naturae congruens, diffusa in omnis, constans, sempiterna, quae vocet ad officium jubendo, vetando, a fraude deterreo, quae tamen neque probos frustra jubet aut vetat, nec improbos jubendo aut vetando movet, huic alicui nec abrogari fas est, neque derogari aliquid ex hac licet, neque tota abrogari potest, nec vero aut per senatum aut per papulum solvi hac lege possumus, neque est quaerendus explanator aut interpres Sextus Aelius, nec erit alia posthac, sed et omnes gentes et omni tempore una lex et sempiterna et immutabilis continebit, unusque erit communis quasi magister et imperator omnium deus: ille legis hujus inventor, discetator, lator). CÍCERO, *De Republica*, 3, 22, 33'ten naklen DE PAGE, 179 (72 no'lu dipnot).

bakımından üstün olan kimselere saygı. 5. *Vindicatio*: Haksız tecavüzleri def etme hakkı (Kefaret). 6. *Veritas*: Ahde vefa<sup>56</sup>.

Doğal hukuk kavramının hukuksal boyutunun ağırlık kazanmaya başladığı dönemin Herakleitos'a uzandığı ifade edilmiştir. Herakleitos döneminin doğal hukuk anlayışının siyasal ve sosyolojik kökenleri üzerinde çalışan Hubert'e göre, bu dönem doğal hukuk düşüncesinin siyasal ve sosyal bir muhalefet aracı olarak ortaya çıkmasının nedeni, bu tarihe kadar bütün manevî, hukuksal ve bunlara bağlı olarak ekonomik iktidarı elde bulunduran sınıfların ani bir darbe ile haklarından mahrum edilmeleri, tecavüze uğramaları ve dağıtılmalarıdır<sup>57</sup>. Gerçekten de, Herakleitos'un yaşadığı yer olan Efes, bir müddet, kendisinin de yakını olan aristokrat bir idareyle yönetildikten sonra, demokratlar tarafından zorla yıkılmış ve bu durum, filozofun ruhunda derin bir iz bırakmıştır<sup>58</sup>. Yine Hubert'e göre, böyle bir buhran döneminde, tarihin sonraki dönemlerinde de benzeri sıklıkla görüleceği üzere, mağdur olan tarafların doğayı hakem yapma istekleri (zira karşılarındaki güçleri başka türlü yargılama imkânından yoksundurlar) özellikle, siyasal, sosyal ve hukuksal anlamda doğal hukuku besleyen önemli bir faktör olmuştur<sup>59</sup>. Burada şu hususa dikkat edilmelidir ki, bu açıklamalar, doğal hukuk kavramının ahlâkî temellerden yoksun, yalnızca siyasal ve sosyal etkenlerin ürünü olduğu şeklinde anlaşılmalı, söz konusu etkenlerin, özellikle doğal hukuk düşüncesinin hukuksal ve siyasal boyutunun ön plana çıkmasında etkili olduğu anlamında değerlendirilmelidir.

Yüzyıllar boyunca pozitif hukuklardan ayrı, onların üstünde ve onları değerlendirme aracı olarak kabul edilen doğal hukuk, insanın doğasından ve manevî mahiyetinden beslenen ve daima 'olan hukuk'u ifade eden pozitif hukukun karşısında 'olması gereken hukuk'u ifade eden 'doğru hukuk' olarak anlaşılmıştır<sup>60</sup>.

Bugüne kadar çok farklı şekillerde ortaya çıkan doğal hukuk kavramına ait tanımlar incelendiğinde, beş çeşit tanım dikkati çekmektedir ki, bu tanımlar, ağırlıklı olarak kozmik ya da ahlâkî değil, hukuksal karakterdedir. Doğal hukukla amaçlanan başlıca beş anlam şu şekilde sıralanabilir:

1. "Doğal hukuk, insan davranışlarının doğal kanuna uygun düstur ve kuralıdır". Daha çok kozmik doğal hukuk anlayışını çağrıştıran bu tanıma göre, doğal hukuk, tıpkı doğa yasalarının (tabiat kanunlarının) varlıkları belirlemesi gibi, insan davranışlarını da

<sup>56</sup> Bk. DE PAGE, 180 (74 no'lu dipnot); ABADAN, Yavuz, "Tabii Hukukun Medenî Kanunumuz Üzerindeki Tesiri", 319.

<sup>57</sup> Rene HUBERT'ten naklen TOPÇUOĞLU, *Tabii Hukukun Rönesansı*, 189.

<sup>58</sup> VON ASTER, Ernst, *Felsefe Tarihi*, (çev.. Macit GÖKBERK), İstanbul 1943, s. 34.

<sup>59</sup> TOPÇUOĞLU, *Tabii Hukukun Rönesansı*, 190.

<sup>60</sup> ÇAĞIL, *Hukuk İlimine Giriş*, 79, 80, 402.

belirlemektedir. Dolayısıyla, bu manada doğal hukuk, insanlar için yalnız bağlayıcı (lüzum) olmayıp, aynı zamanda zorlayıcıdır (cebir) da.

2. “Doğal hukuk, pozitif hukuk aracılığıyla insanı yükümlü kılan bağlayıcı hükümleri ifade eder”. Bu anlamda doğal hukuk, normatif karakterdedir; ancak, insanı doğrudan değil, pozitif hukuk aracılığıyla yükümlü kılmaktadır. Yine bu anlamdaki bir doğal hukuk, pozitif hukukun meşruiyet temelini oluşturmakta ve bu yönüyle kendisine sıradan insanlardan çok, yasa koyucuları muhatap almaktadır.

3. “Kaynağı ister Tanrısal irade olsun, ister akıl olsun, isterse bir başka şey olsun, pozitif hukukun yanında ve onun aracılığına gereksinim duymaksızın insanları bağlayıcı kurallardır”. Bu anlayışa göre, her bir insan bireyi doğal hukuku idrak etme imkânına sahip olup, onun gerekleriyle yükümlüdür. Böyle bir doğal hukuk anlayışının, 12 Haziran 1776 tarihli Virginia İnsan Hakları Bildirisi (mad. 3) ile meşru hale getirilen, ‘ihtilâl hakkına’ da kapı aralayacağı açıktır.

4. Doğal hukuk bir de, pozitif hukuku değerlendirmeye yarayan bir değer ölçüsü (kıymet hükmü) anlamına gelebilir. Bu değer ölçüsü zamana göre, kamu yararı, özgürlük ve genelde de adalet idesi şeklinde belirmiştir.

5. Son olarak doğal hukuk, sosyoloji ve siyaset biliminin özel bir yöntemi anlamına gelir. Bu anlamda olmak üzere, sözgelimi devletin oluşumu, doğal hukuktan kaynaklanan “sosyal sözleşme” kuramıyla açıklanmıştır<sup>61</sup>.

Bu tanımlarda dört noktanın ortak olduğu dikkati çeker. Bunlar, 1. Doğal hukuk, hangi anlamda alınıralsa alınsın, içerik bakımından belirli hukuksal değer yargıları getirir. 2. Bu değer yargıları, doğa, vahiy ve akıl gibi asıl kaynaklarının mahiyetine uygun olarak, genel-geçer ve değişmez niteliğe sahiptirler. 3. İnsanın, bu esasları aklıyla tanıyıp bilmesi mümkündür. 4. Doğal hukuk esasları, pozitif hukuku önceler ve aykırılık durumunda, doğal hukuk karşısında pozitif hukuk meşruiyetini yitirir<sup>62</sup>.

Keyman’a göre, doğal hukuk normlarında dikkati çeken başlıca özellikler ise şunlardır: Doğal hukuk normları zorla kabul ettirilemezler. Doğal hukuk normları daha çok davranış modeli biçiminde ortaya çıkarlar. Emredici nitelikte olmayıp, neşir ve ilân edilemezler. Akıl aracılığıyla bilinebilirler. Doğal hukuk normlarının başlıca işlevi, yaptırım uygulayarak insanları

<sup>61</sup> ABADAN, *Hukuk Felsefesi Dersleri*, 149, 150.

<sup>62</sup> ABADAN, *Hukuk Felsefesi Dersleri*, 150.

belirli bir davranışa sürüklemek olmayıp, insan davranışlarına nitelik, değer ve amaç kazandırmaktır<sup>63</sup>.

Doğal hukukla ilgili bu genel özellikleri, Keyman'ın isabetli olarak, 'doğal hukukun, hukukla değerlerin kesişme noktası' olduğu şeklindeki tespitini<sup>64</sup> ve nihayet Topçuoğlu'nun Haesaert ve Gurvitch'ten naklen, üzerinde ittifak edildiğini bildirdiği, "doğal hukuk, üstün ve objektif bir nizama mensup olmaları hasebiyle, hükümler telakki edilen bir normlar mecmuasıdır", şeklindeki tanımı<sup>65</sup> da dikkate alınarak, doğal hukuk kavramı yeniden şu şekilde tanımlanabilir: "**Doğal hukuk, adalet idesinin kısmen realize olmuş biçimi olması hasebiyle, üstün ve objektif bir alana ait oldukları kabul edilen, insan bireyi tarafından bilinebilen, yüzyıllardan beri pozitif hukuklardan ayrı, onlardan önce ve üstün konumda algılanan ve pozitif hukukları değerlendirme ölçütü olan soyut ve genel nitelikli normlar bütünüdür**".

### B. Doğal Hukukun Niteliği

Doğal hukuk, tarih içinde genel olarak ikili (düal) bir yapıda ortaya çıkmıştır. Doğal hukuk düşüncesinin tarihine ayrılan kısımda ayrıntılı olarak ele alınacağı üzere bu düalite, İlk Çağ'da doğa-pozitif hukuk; Orta Çağ'da ilahî hukuk-dünyevî hukuk ve Yeni Çağ'da akıl-cebrî düzen şeklinde kendisini göstermiştir<sup>66</sup>.

Yine hukuk ve düşünce tarihinde doğal hukuk genelde tıpkı Tanrı ya da insan aklı ve fitratı gibi genel-geçer nitelik taşıyan bütün milletler için ve her zaman geçerliliği bulunan normlar olarak algılanmıştır. Ne var ki, özellikle XIX. yy.'da bir yandan hukuksal pozitivizm ve diğer yandan tarihçi hukuk ekolünden gelen eleştiriler sonucunda, doğal hukukun söz konusu evrensel karakterinin, içerik değil, biçim açısından geçerli olabileceği görüşüne varılmıştır. Buna göre, doğal hukuk, bir ide olarak kabul edilmelidir. Bu idenin içeriğini, kültürel, sosyal ve siyasal koşullara göre doldurma ödevi ise insana aittir. Özellikle, Yeni-Kantçı filozoflardan Rudolf Stammler'in temsil ettiği "içeriği değişebilen bir doğal hukuk (mütehavvil muhtevalı tabii hukuk)" anlayışı, sözü edilen yaklaşımın ciddi bir göstergesidir<sup>67</sup>.

Doğal hukukun içeriğinin bu şekilde değişebilir bir nitelik taşıması, temelde, hukukun bir yönüyle insanın doğasına, ama bir yönüyle de sosyal, tarihsel ve kültürel gerçeklere bağlı olmasından kaynaklanmaktadır. İnsanın doğası, değişmeyen bir kaynak kabul edilse bile, diğer

<sup>63</sup> KEYMAN, "Tabii Hukuk Doktrinin Epistemolojik Tahlili", 19.

<sup>64</sup> KEYMAN, "Tabii Hukuk Doktrinin Epistemolojik Tahlili", 32.

<sup>65</sup> TOPÇUOĞLU, *Tabii hukukun Rönesansı*, 195.

<sup>66</sup> ABADAN, *Hukuk Felsefesi Dersleri*, 118; "Tabii Hukukun Yeni Veçhesi", A.Ü.H.F.D., c. VII, sy. 3-4, Ankara 1950, s. 517; ÇAĞIL, *Hukuk İlimine Giriş*, 80.

<sup>67</sup> Nitekim Kant'ın sisteminde de doğal hukuk, mutlak meriyete sahip bir sistem olarak değil, ahlâkî akla indirgenen bir ölçü, regülatif bir hukuk idesi olarak görünmektedir. Bk. ÇAĞIL, *Hukuk İlimine Giriş*, 400 (dipnot).

etkenler değişmektedir. İşte bu değişen etkenlere göre, adalet idesi, insanoğlu tarafından realize edilmek durumundadır. Doğal hukukun tarihteki evrensel, genel-geçer karakterinden değişir muhtevalı karaktere dönüşmesi, doğal hukukta artık tümdengelimci bir yaklaşımın yerini tümevarımcı bir yaklaşımın alması sonucunu da beraberinde getirmiştir. Daha önceki doğal hukuk anlayışında, doğadan ya da insanın aklından/doğasından çıkarılan bir takım genel ilkelere, tümdengelim yoluyla pozitif hukuka doğru gidilirken; söz konusu yeni doğal hukuk anlayışında ise, önce realitelerden hareketle tümevarım yoluyla bir takım ilkelere ulaşılmakta ve daha sonra bu ilkeler, rehber edinilmektedir<sup>68</sup>.

### C. Doğal Hukukun Önemi

Hukuk felsefesi tarihinde önemli ve sürekli etkisi olan doğal hukuk<sup>69</sup>, Çağıl'ın ifadesiyle, Batı hukukun; Roma hukuku, Cermen hukuku ve Hıristiyanlık diniyle birlikte dört temel kaynağından birisidir<sup>70</sup>.

Doğal hukuk düşüncesini zorunlu kılan, biri pratik, diğeri metafizik iki neden bulunduğu söylenebilir. Pratik neden, pozitif hukukların yetersizliği ve bu durumun insanlar tarafından fark edilmesidir. Pozitif hukuklar, kimi zaman bir takım sorunlara çözüm getiremedikleri için, kimi zaman da getirdikleri çözümün âdil bulunmaması sebebiyle, insanlar tarafından eleştirilmişlerdir. Metafizik neden ise, insandaki metafizik/felsefi şuurdan kaynaklanır. İnsan, kendisindeki bu bilinçle, pozitif hukuku şekillendirmek, geliştirmek eğilimindedir<sup>71</sup>.

Hukukun, insandaki içgüdülere, haz duygusuna ya da bizzat yasanın kendisine bağlanması elverişli görünmemektedir. Zira bu tutumların hepsi, son tahlilde keyfiliğe ve dolayısıyla zorbalığa kapı aralayan uygulamalardır<sup>72</sup>.

Pozitif hukukun nihai meşruiyet kaynağı olarak doğal hukuk düşüncesini görmek, kaçınılmaz bir zorunluluk gibi görünmektedir<sup>73</sup>. Öyle ki, bu düşünceyi benimseyenlerin birçoğu, başta hukuksal pozitivizm olmak üzere tüm iradeci yaklaşımlara cephe almışlar, hatta bu kanaatlerini Tanrı tasavvurları bağlamında değerlendirmişlerdir. Buna göre, Tanrı'nın mahiyeti ve dünyaya göre durumu konusunda iki temel yaklaşım bulunduğu vurgu yapılmıştır. Bunlardan ilkinde göre, Tanrı, mutlak kudret sahibi olup, dünya, O'nun iradesinin bir sonucudur.

<sup>68</sup> BONNARD, Roger, "Tabii Hukuk ve Pozitif Hukuk", İ.Ü.H.F.M., c. II, İstanbul 1936, s. 34, 35; ÇAĞIL, *Hukuk İlmine Giriş*, 80, 81; GÜRİZ, *Hukuk Felsefesi*, 47.

<sup>69</sup> GÜRİZ, *Hukuk Felsefesi*, 149.

<sup>70</sup> ÇAĞIL, *Hukuk İlmine Giriş*, 396.

<sup>71</sup> ÇAĞIL, *Hukuk İlmine Giriş*, 402, 403.

<sup>72</sup> KEYMAN, "Tabii Hukuk Doktrininin Epistemolojik Tahlili", 33, 34; ÇAĞIL, *Hukuk İlmine Giriş*, 480, 481.

<sup>73</sup> KEYMAN, "Tabii Hukuk Doktrininin Epistemolojik Tahlili", 34; ÇAĞIL, *Hukuk İlmine Giriş*, 100, 401.



İkincisine göre ise, Tanrı mahiyeti itibariyle akıl olup, bu akıl, bizzat Tanrı'nın iradesini de sınırlar<sup>74</sup>. Bu iki telakkiden ilki, hukukun irade ürünü olduğu anlayışına zemin hazırlarken, ikincisi ise, doğal hukuk anlamında hukukun yalnız yasa koyucuyu değil, Tanrısal iradeyi dahi sınırladığı anlamını taşımaktadır<sup>75</sup>.

Çağıl, doğal hukukun kaçınılmazlığını, doğal hukukun varlığını Tanrı'nın varlığıyla karşılaştırmak suretiyle ifade etmektedir. Buna göre, doğal hukuk, yani pozitif hukukların üzerinde yer alan ulvî, değişmez prensipler var mıdır, yok mudur sorusu, Tanrı var mıdır, yok mudur sorusuna eşdeğerdir. Nasıl ki, Tanrı'nın varlığının kesinliği ve açıklığı, doğa bilimlerinin yöntemlerine başvurulmaksızın inanca, yani teorik bilgiyle ya da dış dünyaya ait bilgilerle ortaya konmayıp, kalp ve vicdan bilgisiyle temellendiriliyorsa, aynı şekilde doğal hukukun dayanağı da inançtır<sup>76</sup>.

Doğal hukuk düşüncesinin epistemolojik tahlilini yapan Keyman da, epistemolojik açıdan ne kadar önemli olursa olsun, hiçbir eleştirinin doğal hukukun önemini ortadan kaldıramadığını ifade etmiştir. Yazara göre, hukukla ahlâk arasındaki belirsiz sınırı keşfedenler, egemen yasa koyucunun nisbî bağımsızlığını sağlayanlar ve bireysel vicdanların haklarını güvence altına alanlar, hep doğal hukukçular olmuştur. İstikrarlı, hukuksal ve değerlerle ilgili yükümlülüklerin düzenli bir şekilde yerine getirildiği toplumlarda unutuluyor gibi görünen doğal hukukun, değerlerin sorgulandığı buhran zamanlarında ve yeni bir pozitif hukukun ortaya çıkacağı dönemlerde, önemi ve işlevi inkâr edilemez<sup>77</sup>.

Son olarak, doğal hukukun önemi bağlamında Alman hukuk filozofu Sauter'in şu değerlendirmesi zikredilebilir<sup>78</sup>:

Nasıl ki, binlerce yıldan beri devam eden uğraşlara rağmen fikir birliğine varamadığımız halde felsefe yapmaktan vazgeçemiyorsak, doğal hukukla uğraşmaktan da vazgeçemiyoruz. Zira 'olması gereken (*sollen*)', bütün kategorilerin en inatçısıdır. Doğal hukuk problemini inkâr ettiğimiz takdirde, bu problem görmezden gelinmek istenen her problem gibi ansızın ortaya çıkıp intikamını alacaktır.

<sup>74</sup> ÇAĞIL, *Hukuk İlmine Giriş*, 277. Benzer düşünceler, doğal hukukun tarihi başlığı altında Aziz Augustinus, St. Thomas ve Hugo Grotius'un düşünceleri çerçevesinde ele

<sup>75</sup> Böyle bir anlayışın ulûhiyet düşüncesi açısından sakıncası konusunda bk. DEL VECCHIO, *Hukuk Felsefesi Dersleri*, 301.

<sup>76</sup> ÇAĞIL, "Ebedî Bir Problem Olarak Hayır ve Şer Tezadı", 402.

<sup>77</sup> KEYMAN, "Tabii Hukuk Doktrininin Epistemolojik Tahlili", 34, 35.

<sup>78</sup> SAUTER, Johann, *Die philosophischen Grundlagen des Naturrechts*, Wien 1932, s. 220.

#### D. Doğal Hukukla İlgili Bazı Meseleler

Doğal hukuk kavramıyla ilgili olarak, düşünce tarihi boyunca gündeme gelen kuşkusuz birçok mesele vardır. Bunlar arasında en önemli görünen iki mesele, yani genel ve soyut nitelikli doğal hukuk kavramının içeriğinin ne ile doldurulacağı meselesi ve spekülative bir kavram gibi görünen bu kavramın pratikte ne gibi bir işlevi olduğu ve olabileceği meseleleri, ayrı başlıklar altında ele alınmıştır. İkincil gibi görünen birkaç mesele de bu başlık altında topluca işlenmiştir.

Doğal hukuk kavramı bağlamında ilk olarak gündeme getirilebilecek sorun, doğal hukukun varlığı sorunudur: **Doğal hukukun ontolojik bir gerçekliği var mıdır, yoksa bu kavram salt spekülative bir kavram mıdır?** Hemen yukarıda, doğal hukukun önemi bağlamında Çağır, her ne kadar doğal hukukun varlığı sorununu Tanrı'nın varlığı sorununa benzeterek, her ikisinin varlığının da apaçık ve kesin olduğunu ve bunun, teorik bilgiyle değil inançla kavranabileceğini ifade etmişse de, hukuk felsefesi tarihinde ve bizzat doğal hukukçular arasında doğal hukukun objektif gerçekliği hususunda görüş birliği bulunduğu söylenemez. Haddizatında bir filozofun bu meseleye bakışı, mensup bulunduğu felsefe ekolüyle yakından ilintilidir. Bu çerçevede Le Fur, Geny, Rommen ve Guisan, doğal hukukun ontolojik varlığını kabul edip, bunu aklen de kanıtlanma çabası vermiş olan filozoflardır. Buna karşın Stammler ve Del Vecchio gibi yeni-Kantçı bir kısım filozoflar ise, doğal hukuku yalnızca pratik aklın bir 'imperativ'i (emri) olarak görüp, kavrama salt deontolojik bir varlık alanı tanımaktadırlar<sup>79</sup>. Bununla birlikte burada tartışılan konunun, doğal hukukun ontolojik gerçekliği/varlığı meselesi olduğu unutulmamalıdır. Zira doğal hukukun ontolojik varlığını kabul etmeyip de kavramı salt deontolojik alana özgü gören filozoflar dahi, doğal hukukun etkinliğini ve işlevini inkâr ediyor değildirlir. Onların yaptığı, pozitif hukukun meşruiyetinin kaynağı ve onun değerlendirme ölçütü doğal hukuku görmekte birlikte, kavramın ontolojik gerçekliğini yadsımaktır.

Ontolojik ya da deontolojik karakter taşıyan doğal hukukun idraki meselesi de ayrı bir sorun olarak ortaya çıkmaktadır: **Doğal hukuk idrak edilebilir mi? Edilebilirse ne yolla idrak edilebilir?** Bu soruya da farklı şekillerde cevap verilmiştir: Sözelimi, doğal hukukun akıl yoluyla, manevî duygular yoluyla, vicdan yoluyla ya da duyular yoluyla idrak edilebileceği gibi. Doğal hukukun akılla idraki meselesi, aslında "akıl, eşyanın objektif gerçekliğini bilebilir mi?" ve "zihin ile dış dünya arasında mutabakat var mıdır?" gibi daha önemli diğer bir kısım konularla ilişkilidir. Cicero'nun doğal hukuk anlayışı dikkate alındığında, doğal hukukun

<sup>79</sup> TOPÇUOĞLU, *Tabii Hukuk Rönesansı*, 186, 187.

kendisi bizzat selim akıl olup, bilinmesi, insanın doğuştan getirdiği bir kuvvet sayesinde gerçekleşmektedir<sup>80</sup>.

Doğal hukukun idraki konusunda özellikle Louis Le Fur'un başvurduğu manevi kuvvetlerle kastedilen ise, "gerçek duygusu, iyilik duygusu, güzellik duygusu, yarar duygusu ve adalet duygusudur". Bu duygular ise, bir yönüyle doğuştan gelme (*a priori*) ve bir yönüyle de sonradan kazanılmadır (*a posteriori*)<sup>81</sup>.

Bir diğer idrak yolu olan vicdan bağlamında Del Vecchio, şu ifadeleri kullanmıştır: "Bizim haklı ile haksızı ayırt eden ve tecrübeden çıkmış olmayan fitrî bir melekemiz vardır"<sup>82</sup>. Bu meleke, Aristoteles'in '*Aisthesis Dikaioykai*' ve Cicero'nun '*innata vis*' dediği şeydir.

Doğal hukukun idraki bağlamında zikredilmesi gereken önemli bir gerçek de, haddizatında bu idrak sürecinde hemen bütün idrak araçlarının seferber olmasıdır. Sözelimi Geny'ye göre, doğal hukuk akılla idrak olunur; ama doğal hukukun içeriğinin belirlenmesi noktasında duyular ve sezgi aklın yardımına koşar. Diğer yandan Le Fur'a göre ise, doğal hukuk manevî duygular aracılığıyla idrak olunur; fakat akıl ve duyular da manevî duygulara yardımcı olur<sup>83</sup>.

Haddizatında adaletin göreceliği, ahlâkın evrenselliği ve son tahlilde de değerlerin mutlak ya da göreceli olması sorunuyla yakından ilişkili olan **doğal hukukun objektifliği** de, önemli sorunlardan birisidir. "Adaletin Göreceliği" başlığı altında değer rölativizminin eleştirisi yapıldığı ve değerlerin mutlaklığı temellendirildiği<sup>84</sup> için burada yalnızca doğal hukukun objektifliğini destekler nitelikte bir takım görüşlere yer verilecektir. Del Vecchio ve Çağıl gibi, özellikle Kantçı olarak kabul edilebilecek hukuk felsefecilerinin, insanın iç dünyasının intersübjektif karakterine vurgu yapmaları dikkat çekicidir. Buna göre, insanın iç dünyası her ne kadar bireyden bireye değişen öznel bir nitelik taşısa da, kendine özgü bir nesnellığe de sahiptir<sup>85</sup>. Del Vecchio'nun "altérité" adını verdiği bu anlayışa göre, normalde bir insana göre nesne olan diğer insanlar, yerine göre özne kabul edilirler ve buradan öznel bir "Ben" bilinci çıkar<sup>86</sup>. Doğal hukuk işte bu objektif "Ben" bilincine dayanır.

<sup>80</sup> CÍCERO, *De Inventione*'den naklen DE PAGE, "Tabii Hukuk ve Hukukî Pozitivizm", 147 (8 no'lu dipnot).

<sup>81</sup> DE PAGE, "Tabii Hukuk ve Hukukî Pozitivizm", 147 (9 no'lu dipnot).

<sup>82</sup> DEL VECCHIO, *Lecon de philosophie du Droit*, 336'dan naklen DE PAGE, "Tabii Hukuk ve Hukukî Pozitivizm", 148 (10 no'lu dipnot).

<sup>83</sup> TOPÇUOĞLU, *Tabii Hukuk Rönesansı*, 188.

<sup>84</sup> Bk. s. 41.

<sup>85</sup> ÇAĞIL, *Hukuk İlmine Giriş*, 78.

<sup>86</sup> DE PAGE, "Tabii Hukuk ve Hukukî Pozitivizm", 153 (20 no'lu dipnot); HACIKADİROĞLU, Vehbi, "Kuramlar ve Adâlet", *Çağdaş Hukuk Felsefesi ve Hukuk Kuramı İncelemeleri*, HFSA Y. 1 (Haz. Hayrettin ÖKÇESİZ), Alkim y., İstanbul 1993, s. 372, 373.

Yukarıda da ifade edildiği üzere, doğal hukukun nesnelliği ahlâkın evrenselliği bağlamında düşünüldüğünde, Aydınlanma paradigmasının en önemli teorisyenlerinden Didierot'nun kaleme aldığı “Dinsiz” maddesinde geçen değerlendirmeler dikkat çekicidir. Diderot, “İnsan ancak, üyesi olduğu toplum içinde dinsiz olabilir”, diyerek dinsizliğin ve dindarlığın yerelliğine vurgu yaparken, ahlâkınsa, evrensel olduğunu ifade etmiştir. Filozofa göre, ahlâk ilkeleri her yerde aynı olup, bu ilkelere uymamak her yerde ve her zaman kınanan bir davranıştır. Ahlâk, Tanrı'nın parmağının bütün kalplere kazıyarak yazmış olduğu evrensel bir yasadır<sup>87</sup>. Böyle bir ahlâk anlayışının, nesnel bir doğal hukuk anlayışına uygun zemin oluşturacağı açıktır.

### E. Doğal Hukuk-Pozitif Hukuk İkilemi

İnsanın madde ile mananın kavuşma sahası olmasının bir sonucu olarak, kültürün diğer alanlarında olduğu gibi, hukukta da bir “olan (*sein*)” ve bir de “olması gereken (*sollen*)” ayrımını ifade eden pozitif hukuk-doğal hukuk ayrımı, doğal hukukun karakteristik yönlerinden birini oluşturur. Daha önce de ifade edildiği üzere, doğal hukuk, çağlara göre içeriği değişse de, hep pozitif hukukun karşısında yer almış, yürürlükte olan yasaların karşısında/üzerinde “ideal” olan hukuku temsil etmiştir.

Bununla birlikte doğal hukukla pozitif hukuk arasındaki ilişkinin/ayrılığın nasıl bir ilişki/ayrılık olduğu, üzerinde durulmaya değer bir konudur. Kant'ın, pozitif hukukun karşısına yerleştirdiği, aşkın ve *a priori* bir hukuk idesi olarak gördüğü doğal hukuk anlayışı<sup>88</sup>, her iki hukuk arasındaki ayrımı derinleştiriyor görünmektedir. Böyle bir anlayışa göre, doğal hukukla pozitif hukuk arasında kaynak, yaptırım ve normatif önermelerinin karakteri bakımından esaslı farklılıklar bulunmaktadır. İlk, her iki hukuk, birbirlerine indirgenmeleri mümkün olmayan iki ayrı kaynağa sahiptir<sup>89</sup>. Doğal hukukun kaynağı genel olarak nesnenin doğasıdır (eşyanın tabiatı, *Natur der Sache*). Nesnenin doğası, -doğal hukukçular arasındaki görüş farklılıklarına bağlı olarak- insanın doğasında, doğaüstü alanda, insanın aklında veya toplumsal ilişkilerde kendisini gösterir. Doğal hukukun emirleri (*imperativ*), işte bu nesnenin doğasından çıkar ve nesnenin doğasına uygun olduğu için âdildir<sup>90</sup>. Pozitif hukukun kaynağı ise, doğal hukuk gibi nesnel değil, öznel bir niteliğe sahip olan “insan iradesi” olup, meşruiyeti, yetkili makamlarca

<sup>87</sup> DIDEROT, “Dinsiz”, *Ansiklopedi* (çev.. Selahattin Hilav), Yapı Kredi y., İst. 1996, s.174.

<sup>88</sup> ÇAĞIL, “Filozof Immanuel Kant'ın Sisteminde Ahlâk ve Hukukun Felsefi Esasları”, 1131.

<sup>89</sup> KELSEN, *Naturrecht und positives Recht*, 71.

<sup>90</sup> BONNARD, “Tabii Hukuk ve Pozitif Hukuk”, 38.

yürürlüğe sokulmalarına bağlıdır. Kısacası doğal hukukun kaynağının bütünüyle maddî (adalet idesi) olduğu yerde, pozitif hukukun kaynağı şeklîdir<sup>91</sup>.

Doğal hukukla pozitif hukuk arasındaki ikinci ayırım, yaptırım konusundadır. Doğal hukuk kuralları, ister doğadan, ister akıldan, isterse toplumdan kaynaklansın her durumda apaçık (bedihî) olduğundan, gerçekleşebilmek için yaptırıma ve cebre ihtiyaç duymaz. Buna karşın pozitif hukuk, insan iradesinin ürünü olduğundan, uygulanabilmek için mutlaka yaptırıma ve cebre ihtiyaç duyar.

Yaptırım konusuna da bağlı olarak her iki hukuk arasındaki üçüncü ayırım ise, önermelerin yapısında kendisini gösterir. Buna göre, pozitif hukuk kurallarının *hipotetik* olmasına karşın (“Şunu yapmazsan, yaptırım olarak şu sonuç ortaya çıkar”, biçimindeki önermeler), doğal hukuk kuralları ise *kategoriktir* (“Şunu yap!”, biçimindeki önermeler)<sup>92</sup>.

Haddizatında sorunun temelinde, doğal hukukla pozitif hukukun bu denli kesin çizgilerle birbirinden ayrı oldukları tespiti yer almaktadır. Her iki hukuku birbirinden ayırdığı iddia edilen ölçütlere dikkat edildiğinde, aslında söz konusu ayırımın zannedildiği kadar derin olmadığı ortaya çıkar. Bir kere kaynak yönünden, pozitif hukukun kaynağını bütünüyle iradeye indirgemek problemlili görünmektedir. Yasa koyucunun, yasaların içeriğini kendisinin dışındaki hiçbir unsur (adalet idesi, toplumsal şartlar vb.) dikkate almadan belirleyebileceğini savunmak, tam anlamıyla hukukta keyfiliğin kapısını ardına kadar açacaktır. Orta Çağ’da nominalistlerle realistler arasında cereyan eden tartışmaların bir uzantısı olan ‘otoriter ahlâk’ ve ‘rasyonel ahlâk’ kamplaşmasında, özellikle Rönesans sonrası batı düşüncesinin ‘rasyonel ahlâk’tan yana tavır aldığına dikkat edilmelidir. Buna göre, ahlâk yasaları, tanrısal irade açısından bile ‘verili’dir; yani daha açık bir ifadeyle bağlayıcıdır<sup>93</sup>.

Diğer yandan doğal hukukun bütünüyle yaptırımdan yoksun olduğu şeklindeki anlayışın, birçok insanın, aslında yürürlükte olan sözgelimi ceza hukuku yasalarından habersiz olduğu halde, nasıl olup da, söz konusu yasalara hiçbir biçimde aykırı davranmadıklarını açıklamakta güçlük çekecekleri açıktır. Diğer yandan yaptırım, hukuksal emirlerin ayrılmaz parçası olmayıp, ikincil bir unsurdur<sup>94</sup>.

Son olarak, doğal hukuk emirlerinin *kategorik*, pozitif hukuk emirlerininse *hipotetik* olduğu tespiti de tartışmalı görünmektedir. Zira gerek doğal hukuk ve gerekse pozitif hukuk

<sup>91</sup> BONNARD, “Tabii Hukuk ve Pozitif Hukuk”, 38, 39.

<sup>92</sup> BONNARD, “Tabii Hukuk ve Pozitif Hukuk”, 55–57.

<sup>93</sup> BONNARD, “Tabii Hukuk ve Pozitif Hukuk”, 41, 42.

<sup>94</sup> BONNARD, “Tabii Hukuk ve Pozitif Hukuk”, 56, 57.

yasalarında, yasayla güdülen amacın ihtiyarî olması durumunda yasa *hipotetik*; aksi takdirde ise *kategorik* olmak durumundadır<sup>95</sup>.

Görülüyor ki, doğal hukuk ve pozitif hukuku kesin olarak birbirinden tamamen ayrı gibi görmek isabetli değildir. Bunun yerine doğal hukukun, hukukun iç âlemini (ideal olması gereken), pozitif hukukun ise dış âlemini (pozitif olması gereken) oluşturduğunu, dış âlemin daima iç âleme yönelmek eğiliminde olduğunun tarihsel deneyimce de doğrulandığını<sup>96</sup>, sonsuz soyut ile sonsuz somut varlık alanları arasında yer alan insanın, her iki hukuk arasındaki dengeyi sağlamak ve pozitif hukuku doğal hukuk lehine geliştirmekle yükümlü bulunduğunu kabul etmek daha isabetli görünmektedir<sup>97</sup>.

#### F. Doğal Hukukun İşlevi ve Gerçekleşmesi

Genelde felsefe, özelde hukuk felsefesi ve daha özelde doğal hukukun, salt teorik ve spekülatif kavramlar olup, pratik hiçbir yarar ve yansımalarının bulunmadığı savı isabetli görünmemektedir. Basit bir düşünme ile insan davranışlarının bilgi, hikmet ve bilince dayandığı takdirde amaca daha uygun olacağı kolayca anlaşılabilir<sup>98</sup>.

Tarihsel bir örnek olarak, ideal devlet kuramlarının ilk örneği olan *Devlet*'in yazarı Platon'un, devletle ilgili düşüncelerini, yakın arkadaşı Dion'un bir akrabası tarafından yönetilen *Syrakusa* kentinde uygulama girişimi hatırlanabilir<sup>99</sup>.

Felsefenin, düşüncenin ve “doğal hukuk” gibi soyut kavramların pratik yaşamla ilişkisi sorunu, son tahlilde “değerlerin gerçekleşmesi” trajedisine dayanır. Aslına bakılırsa trajedi zaten değerlerin bulunduğu, yüksek-alçak, soylu-bayağı gibi ayrımların yapılabildiği yerde kendisini gösterir<sup>100</sup>. Değerler alanındaki bu trajedi ilk olarak, öncü ve önder kişilerin, kitlelerin değerlerini eleştirip, onları ikna çabalarında, sonra bireylerin değerleri benimsemesinde ve farklı değerlerin birbirlerine ket vurmasında kendisini gösterir. Bununla birlikte trajedinin en yüksek noktası, değerlerin objektifleşmesinde görülür. Özü itibarıyla tinsel ve irrasyonel olan bir değer, önce rasyonel hale getirilir ve arkasından yaşama dâhil edilir. Ne var ki, yaşama dâhil etme, aynı zamanda biçime sokma demektir. Biçim ise, aslında dinamizmle karakterize olan değer, statik hale gelmesi anlamına gelir. Değerin yaşama geçirilmesinin mükemmelliği, biçimin kusursuzluğu ile koşuttur. Oysaki biçim, antinomik bir şekilde kusursuzlaştığı ölçüde değerden

<sup>95</sup> BONNARD, “Tabii Hukuk ve Pozitif Hukuk”, 57, 58.

<sup>96</sup> DEL VECCHIO, *Hukuk Felsefesi Dersleri*, 322.

<sup>97</sup> ÇAĞIL, *Hukuk İlmine Giriş*, VIII-XII; BONNARD, “Tabii Hukuk ve Pozitif Hukuk”, 36 vd.

<sup>98</sup> ABADAN, *Hukuk Felsefesi Dersleri*, 86.

<sup>99</sup> ABADAN, *Hukuk Felsefesi Dersleri*, 86, Platon'un Syrakusa deneyimi bağlamında kaleme aldığı eseri *VII. Mektup*'tur (çev. Aziz Yardımlı-Deniz Canefe, İst. 1997).

<sup>100</sup> ARAL, “Hukukta Felsefenin Önemi”, 632.

uzaklaşmaktadır. Bu durumda yapılması gereken, değer in yaşantıya geçmiş şekli olan kültürü abartmayıp, onu, insan-ı kâmil (*homo universalis*) idesinin ışığı altında değişim ve gelişime açık tutmaktır<sup>101</sup>.

Hukuka ilişkin değer olan adalet idesinin pozitif hukukun üstündeki ideal hukuku ifade eden doğal hukukla, adalet idesinin/değerinin biçimlenmiş şeklini deyimleyen pozitif hukuk arasındaki trajedinin kaynağı, değerlerin gerçekleşmesi bağlamındaki söz konusu trajediye dayanmaktadır. Salt biçim, tutarlılık ve hukuk güvenliği gibi kaygılarla, adalet idesinden bütünüyle uzaklaşmak istenmiyorsa (ki, pozitif hukuk, adaletle bire bir örtüşemeyeceğinden ister istemez bir miktar uzaklaşmak durumundadır), madde ile ide arasında yer alan ‘insan’ aracılığıyla, pozitif hukukun sürekli olarak denetlenmesi ve geliştirilmesi gerekmektedir.

Diğer yandan pozitif hukuku, doğal hukukun gerçekleşmesinin bir aşaması olarak görmek de mümkündür. Monist bir bakış açısıyla doğal hukuk ve pozitif hukuk birbirinden tamamen ayrı, hatta birbirine karşıt alanlar olarak görülmeyip de, hukukun safhaları olarak düşünüldüğünde doğal hukuk, hukukun, objektif olmakla birlikte, henüz bir ideal/ideoloji olan ilk aşamasını ifade eder. Hukukun doğal hukuk şeklindeki ilk aşaması, önce seçme kimselerden oluşan bir zümre tarafından ve arkasından daha geniş kitlelerce algılanır. Önce teamül hukukunu, ardından yazılı hukuku doğuran bu aşamada hukukun ikinci safhası olan pozitif hukuk aşamasına geçilmiş olur<sup>102</sup>.

Doğal hukuk düşüncesinin tarih içinde oynadığı siyasal, hukuksal, sosyal ve tarihsel rolü yadsımak, ancak gerçeklere göz yummakla mümkün olabilir. Söz konusu rolün olumlu ya da olumsuz olması bir yana, antik Yunan’dan beri siyasal ve toplumsal yaşamda var olduğu ve özellikle Yeni Çağ doğal hukukuyla birlikte doruk noktasına ulaştığı bir geçektir.

Hubert, doğal hukuk düşüncesinin ortaya çıkışını incelediği çalışmasında, söz konusu düşüncenin, Herakleitos zamanında demokratların, yıllardan beri süregelen aristokrat yönetimi ele geçirmeleri üzerine, erki yitiren aristokratların, sosyal ve siyasal düzenin üzerinde manevî bir düzen, bir bakıma bir sığınak arayışına girmelerinin bir sonucu olduğu sonucuna varmıştır<sup>103</sup>. Genel bir kanı olarak, doğal hukuk düşüncesinin eski Yunanlılar’da bireyselliğin ve demokratik bilincin oluşumunda önemli bir katkısı olduğu söylenebilir<sup>104</sup>.

<sup>101</sup> ARAL, “Hukukta Felsefenin Önemi”, 633, 634.

<sup>102</sup> BONNARD, “Tabii Hukuk ve Pozitif Hukuk”, 49–51.

<sup>103</sup> HUBERT, *Contribution à l’étude sociologique des origines de la notion du Droit Naturel*, (Archives 1933, No: 3-4)’ten naklen TOPÇUOĞLU, *Tabii Hukuk Rönesansı*, 190.

<sup>104</sup> ABADAN, “Tabii Hukukun Yeni Veçesi”, 504.

Tarih içinde doğal hukukun otorite karşısındaki tutumunun hep aynı şekilde olmadığı bir gerçektir. Genel olarak denebilir ki, toplumdaki kurumlar, toplumsal gelişme sürecinin gerisinde kalmadıkları takdirde, doğal hukuk ilkeleri, var olan *status quo*'yu desteklemek için kullanılmıştır. Toplumsal kurumlar sosyal, kültürel ve ekonomik durumlara açıkça ters düştüğü takdirde ise, doğal hukuk, var olan kurumları değiştirmek veya devirmek için bir araç işlevi görmüştür<sup>105</sup>.

Buradan hareketle doğal hukukun bir 'muhafazakâr' bir de 'devrimci' yönü olduğu söylenebilir. Doğal hukukun özellikle muhafazakâr karakterde olduğunu savunanlar arasında, Hans Kelsen bulunmaktadır. Kelsen'e göre doğal hukuk, daima mevcut otoritelerden yana olmuştur. Zira bir kere, doğal hukuk düşüncesi, pozitif hukukun meşruiyet kaynağını doğal hukuka uygunlukta bulmaktadır. Buna göre bir yerde yürürlükte bulunan pozitif hukuk, doğal hukuka uygun olduğu için, yürürlükte kalmaya devam etmektedir. Diğer yandan ünlü doğal hukukçuların hemen hepsi, bürokrat, papaz ya da akademisyen olmaları hasebiyle devlete bağımlıdırlar; dolayısıyla muhafazakâr olmak zorundadırlar. Yine Kelsen'e göre, doğal hukukun en parlak dönemi olan Yeni Çağ, devlet mutlakiyetçiliğinin zirvede olduğu bir dönemdir. Filozofa göre, doğal hukukun ihtilalci olduğu şeklindeki kanaatlerin kökeninde, Rousseau'ya ait olan ve büyük bir popülerite kazanan 'ihtilâlci doğal hukuk' anlayışının, genel olarak doğal hukuka mâl edilmesi yatmaktadır ki, doğal hukuk, böyle bir anlayışa büründükten sonra resmî eğitim kurumlarının müfredâtından kaldırılmıştır<sup>106</sup>.

XX. yy.'un önemli filozoflarından olan Gurvitch'e göre ise, doğal hukuk muhafazakâr değil, ihtilâlcidir. Daha açık bir anlatımla doğal hukukun temel işlevi, mevcut düzenleri eleştirmek ve yeni düzenlerin kurulmasına öncülük etmek olmuştur. Doğal hukukun özellikle buhran dönemlerinde ortaya çıkması bunun en açık göstergesidir. Nitekim XVII. ve XVIII. yy.'larda gerçekleşen ihtilallerden önce, büyük şevk ve gayretle doğal hukuk düşüncesiyle uğraşılmıştır. Ayrıca doğal hukuk düşüncesi tarihin çok eski dönemlerine dayanmakla birlikte, 'doğal hukuk ekolü' adının bu ihtilaller döneminin doğal hukukuna verilmiş olması anlamlıdır<sup>107</sup>.

Kelsen'in savunduğu şekilde 'otoriter' bir doğal hukuk yorumu, tarihteki münferit bir kısım örnekler bir yana, pek uygun görünmemektedir. Haddizatında böyle bir kanaati, özellikle XVII. yy.'ın otoriter devlet anlayışı beslemiştir. Bu anlayışa göre, hükümdarın egemenlik hakkı,

<sup>105</sup> GÜRİZ, *Hukuk Felsefesi Dersleri*, 150.

<sup>106</sup> KELSEN, *Die philosophischen Grundlagen der Naturrechtslehre und des Rechtspositivismus*, 20, 21, 40; TOPÇUOĞLU, *Tabii Hukuk Rönesansı*, 191-193.

<sup>107</sup> GURVITCH, "Tabii Hukuk mu Yoksa Sezgiye Dayanan Müspet Hukuk mu?", 159; TOPÇUOĞLU, *Tabii Hukuk Rönesansı*, 193.



hükümdarla tebaa arasında gerçekleşen uyrukluk sözleşmesine dayanır. Hükümdarın otoritesi böyle bir temele dayandırılınca, doğal/hukuksal bir ilkedен hareketle mutlak yetki sahibi bir hükümdar anlayışına varmak gibi, tuhaf bir manzara ile karşılaşmaktadır. Böyle bir anlayışın doğal hukukun özü ile örtüşmeyeceği açıktır<sup>108</sup>.

Şu da bir gerçektir ki, ister muhafazakâr ister ihtilâlcı olarak nitelensin, sonuçta doğal hukukun ‘aksiyonier’ yönü olduğu bir gerçektir. Ne var ki bu aksiyonier yön, her türlü siyasal otoritenin elinde âlet olmak gibi, olumsuz bir yorumla da değerlendirilmiştir. Böyle bir yoruma göre, doğal hukuk kimi zaman egemenliğe sahip olanlar, kimi zaman da egemenliğe karşı çıkanlar tarafından kullanılan, fakat her durumda araç olmaktan öteye gitmeyen bir kavramdır. Bu görüşe sahip olanlardan Beyer’in ifadesiyle doğal hukuk, tarih boyunca bütün siyasal partilere, akımlara, felsefe sistemlerine, kilise inançlarına ve sosyal bilimlere hizmet etmiştir; herkesin hizmetçisi, kulu olmuştur. Efendileri değişip gitmiş, sonuçta kendisi kaldığında efendilerinin evrenselliği biraz da kendisine bulaşmıştır<sup>109</sup>.

Doğal hukukun kullanılmaya oldukça elverişli bir araç olduğu görüşü De Page tarafından da savunulmuştur. De Page’in, halen yerleşmiş olan düzene karşı ideal adalet zannettikleri şeyin zaferini isteyenlerin, yazılı olmayan kanunlardan ebedî bir yardım umup ve sarsılmaz bir inançla ona bağlanıp da, iktidar mevkiine geçer geçmez, aynı yazılı olmayan kanunları, bu kez kendi kurdukları düzeni, bunun yerine yenisini geçirmek isteyenlere karşı savunmaları, çok dikkat çekici bir durumdur<sup>110</sup>.

Doğal hukukun çeşitli dönemlerde, farklı erklerce kullanıldığına dair örnekler verilebilmesi mümkünse de, daima edilgin bir karaktere sahip olduğunu iddia etmek mümkün değildir. Böyle bir iddianın ileri sürülebilmesi için, değerlerin göreceliğini kabul etmek ve aynı zamanda etik ve manevî bir boyuta da sahip bir varlık olarak, duyan, değerlendiren ve bu doğrultuda davranışta bulunan ‘insan’ fenomenini de görmezden gelmek gerekecektir.

Yalnız soyut bir kavram değil, aynı zamanda etkin bir ilke olarak doğal hukukun söz konusu etkinliği, kimi zaman olumsuz bir takım güçlere de yardımcı olmamış değildir. Sözelimi doğal hukuk bağlamında ele alınan ‘sosyal sözleşme’ kuramı, bir takım komünist düşünürlerce (Cabet gibi) kullanılırken, yine doğal hukukun özgürlük ilkesi de bir kısım anarşist

<sup>108</sup> ÇAĞIL, *Hukuk İlmine Giriş*, 278, 279.

<sup>109</sup> BEYER, Wilhelm R., *Rechtsphilosophische Besinnung (Eine Warnung vor der ewigen Wiederkehr des Naturrechts)*, Karlsruhe 1947, s. 12; TOPÇUOĞLU, *Tabii Hukuk Rönesansı*, 194.

<sup>110</sup> DE PAGE, “Tabii Hukuk ve Hukukî Pozitivizm”, 153, 154, (21 no’lu dipnot).

akımların (kollektivist ve ferdiyetçi anarşizm) ve düşünürlerin (Reclus, Bakunin, Prudhon gibi) hareket noktası olmuştur<sup>111</sup>.

Meşruiyetini bir ülkede yürürlükte bulunan yasalardan alması mümkün olamayacağı için<sup>112</sup>, ister istemez mevzuatın üstünde bir ilke olan doğal hukuk düşüncesine dayanan 'ihtilâl hakkı', mutlak anlamda 'doğal hukukun olumsuz bir sonucu' olarak değerlendirilemez. Zira ihtilâl, çoğu kere yurttaşların mevcut düzen içinde, doğuştan getirdikleri haklarının ihlâlî durumunda, haklarını geri almanın/kazanmanın bir aracı olarak ortaya çıkmaktadır. Ayrıca şu da bir gerçektir ki, özellikle Yeni Çağ'la birlikte ortaya çıkan siyasal ve sosyal değişimleri ateşleyen, önce beyannamelere, ardından anayasalara ve nihayet mevzuatlara yansıyan düşünceler, böyle bir ihtilâl fikrinin harekete geçirmesiyle açığa çıkmıştır.

Doğal hukuk düşüncesinin yansımaları, daha önce de belirtildiği üzere, en ciddi biçimde Yeni Çağ'da görülür. Haddizatında bu gelişme, Avrupa'nın, teolojik karakterli skolastik düşüncenin belirleyiciliği altında geçirdiği Orta Çağ'ın ardından, Rönesans'la birlikte kabuğunu kırma arayışına girmesi ve bu çerçevede insan merkezli yeni bir birey, toplum, hukuk, devlet ve hatta din oluşturmaya girişmesinin bir sonucudur.

Özellikle Yeni Çağ doğal hukukunda kendisini gösteren başlıca iki ilke özgürlük ve eşitliktir. Özgürlük, doğal hukukun bireysel aklı (*ratio*), dolayısıyla insan kişiliğini temel almasıyla ilintilidir. Zira Yeni Çağ doğal hukukuna göre, doğal hukukun kaynağı ve doğal hukuku pozitif hukukun ölçütü kılan, insan aklıdır. Modern anayasaların 'Devletin esas teşkilâtı ve organları' ile 'Kamu haklarının teminatı' olmak üzere ikiye ayrılması, egemenliğin ulusa ait olması gibi ilkeler doğal hukukun özgürlük ilkesiyle bağlantılıdır<sup>113</sup>.

Eşitlik, insanın ayırıcı vasfı olan 'düşünebilme yeteneğinin' normal olan herkeste aynı şekilde olması temeline dayanır ve bu yönüyle demokratik zihniyetin zeminini oluşturur. Özellikle J.J. Rousseau tarafından vurgulanan eşit vatandaşlık hakları ve sosyal sözleşmeye dayalı devlet yapısının dayanağı eşitlik ilkesidir. Bu ilkenin bireysel açıdan hukuksal yansıması, haklar ve yükümlülükler taşıyabilme ehliyetini ifade eden 'hak sahibi' kavramında kendisini gösterir<sup>114</sup>.

<sup>111</sup> TOPÇUOĞLU, *Tabii Hukuk Rönesansı*, 200-216.

<sup>112</sup> Bu genel kuralın bir istisnası olarak, 1848 tarihli Fransız anayasasının, "Anayasa ile onun mukaddes saydığı hakları, bütün Fransızların himaye ve vatan sevgilerine emanet eden" 110. maddesi ve 29 Ekim 1946 tarihli Hessen anayasasının, "anayasanın varlık ve devamını elindeki bütün kuvvet ve araçlarla sağlamayı herkese ödev olarak yükleyen" 146. maddesi verilebilir. Bk. ABADAN, "Tabii Hukukun Yeni Vechesi", 509.

<sup>113</sup> ABADAN, *Hukuk Felsefesi Dersleri*, 225, 226.

<sup>114</sup> ABADAN, *Hukuk Felsefesi Dersleri*, 226, 227.

Doğal hukuktan hareket ederek Hugo Grotius'un, devletlerarası hukuku, J. J. Rousseau'nun "sosyal sözleşme" teorisini geliştirmesi, Beccaria'nın ceza hukukunu insanileştirmenin çabasını vermesi, bu dönemde gösterilebilecek önemli gelişmelere örnektir<sup>115</sup>.

Batı düşüncesinin Rönesans'a girmesiyle birlikte insan hakları ve bağımsızlık bildirelerinde deyim yerindeyse 'patlama' olmuştur. 19 Haziran 1215'te imzalanan *Magna Carta Libertum*'un ardından, insan hakları bildireleri bakımından nerdeyse tamamen sessiz geçen asırlardan sonra, XVI. yy.'dan itibaren ciddi bir yoğunlaşma dikkati çekmektedir. XVI. yy. ile XVIII. yy. arasındaki bildirelerin bir kısmının isimleri ve tarihleri şu şekildedir: Ausburg Din Barışı ve Hoşgörü Bildirgesi (25 Eylül 1555), Hollanda Bağımsızlık Bildirgesi (26 Temmuz 1581), Nantes Fermanı (13 Nisan 1598), Mayflower Sözleşmesi (11 Kasım 1620), İngiliz Haklar Bildirisi (17 Haziran 1628), İngiltere'nin Özgür Halkının İlk Anlaşması (1647), İngiltere'nin Özgür Halkının Anlaşması (1 Mayıs 1649), Habeas Corpus Bildirgesi (1679), İngiliz İnsan Hakları Bildirgesi (*Bill of Rights*, 1689), Kolonilerin İlk Kongre Bildirgesi (14 Ekim 1774), Virginia İnsan Hakları Bildirisi (*Virginia Bill of Rights*, 12 Haziran 1776), ABD Bağımsızlık Bildirisi (4 Temmuz 1776), Fransız İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirisi (3 Eylül 1791), Amerikan Haklar Bildirgesi (15 Aralık 1791)<sup>116</sup>.

Yukarıda örnekleri verilen bildireler içinde Amerikan İnsan Hakları Bildirisi olarak da bilinen Virginia İnsan Hakları Bildirisinin ve Fransız İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirisinin kuşkusuz ayrı bir önemi vardır.

Virginia İnsan Hakları Bildirisinde (*Virginia Bill of Rights*) ana hatlarıyla şu hususlara yer verilmiştir<sup>117</sup>:

İnsanlar doğuştan eşit derecede özgür ve bağımsızdırlar. Doğar doğmaz edindikleri belli bazı haklar vardır. Siyasal bir topluluk kurulduğu zaman hiçbir antlaşmayla gelecek nesilleri bu haklardan yoksun bırakamaz, onları bu haklardan vazgeçmeleri için zorlayamazlar. Yaşama ve özgürlük haklarıyla, mülk edinme ve sahip olma, mutluluk ve güvenlik arama ve kazanma imkânı da bunlar arasındadır (mad. 1). Tüm güç halkta toplanır ve halktan gelir; yetkililer halkın vekilidirler (mad. 2). Çeşitli yönetim biçimleri içinde en iyisi, en fazla mutluluğu ve güvenliği sağlayabilen ve iktidarın kötüye kullanılması tehlikesine karşı en etkin önlemleri alabilen yönetimdir. Herhangi bir yönetim bu görevi hiçe sayarsa toplumun çoğunluğunun, kamu yararına en uygun gördükleri biçimde, bu yönetimde islahata gitmek, yapısını değiştirmek ya da yönetimi ilga etmek hakkı doğar. Bu hak vazgeçilmez, devredilemez ve iptal edilemez bir haktır (mad. 3). Devletin yasama ve yürütme güçleri, yargılama

<sup>115</sup> ABADAN, *Hukuk Felsefesi Dersleri*, 86.

<sup>116</sup> AKTAN, Coşkun Can, *Haklar ve Özgürlükler Antolojisi*, Hak İşçi Sendikaları Konfederasyonu, Ankara 2000, s. 60-101.

<sup>117</sup> AKTAN, Coşkun Can, *Haklar ve Özgürlükler Antolojisi*, 91-93.

gücünden ayrı ve bağımsız olmalıdır (mad. 5). Ancak adalete, ılımlılığa, tutumluluğa, alçakgönüllülüğe ve erdeme sıkı sıkıya bağlı kalarak, her fırsatta temel ilkeleri anarak, bir halk özgür bir yönetime ve özgürlüğün nimetlerine sahip olabilir (mad. 15).

Tarihsel sürece dikkat edildiğinde, Amerikan İnsan Hakları Bildirisinin, kendisinden dört yıl önce J. J. Rousseau tarafından kaleme alınıp yayımlanan *Sosyal Sözleşme* (Contrat Social) adlı eserde, doğal hukukun temelleri olarak savunulan düşüncelerin pozitif hale geçmiş şeklidir, denebilir<sup>118</sup>.

Fransız İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirisi'nde (*Déclaration des droits des citoyens et des hommes*) ise, özetle şu düzenlemelere yer verilmiştir<sup>119</sup>:

Fransız halkı temsilcileri, ... insanın doğal, devredilemez ve kutsal haklarını resmî bir bildiri içinde açıklamaya karar vermişlerdir (Giriş). İnsanlar haklar yönünden özgür ve eşit doğarlar ve yaşarlar (mad. 1). Her siyasal toplumun amacı, insanın doğal ve zamanaşımı ile kaybedilmeyen haklarını korumaktır. Bu haklar özgürlük, mülkiyet, güvenlik ve baskıya karşı direnmedir (mad. 2). Egemenliğin özü esas olarak ulustadır (mad. 3). Özgürlük, başkasına zarar vermeyecek her şeyi yapabilmektir (mad. 4). Yasanın yasaklamadığı bir şey engellenemez (mad. 5). Yasa genel iradenin ifadesidir....Tüm yurttaşlar yasa önünde eşittir... (mad. 6). Bir kimse ancak yasanın belirlediği hallerde ve yasanın öngördüğü şekillere uyularak suçlanabilir, yakalanabilir ve tutuklanabilir (mad. 7). Her insan, suçlu olduğuna karar verilinceye kadar masum sayılır. (mad. 9). Hiç kimse inançları nedeniyle, bunu dinî nitelikli inançlar olsa bile tedirgin edilmemelidir; meğerki bu inançların açıklanması, yasayla kurulan kamu düzenini bozmuş olsun (mad. 10). Hakların güven altına alınmadığı kuvvetler ayrılığının yapılmadığı bir toplumda anayasa yoktur (mad. 16).

Yerel ve tarihsel koşulların farklılığından ötürü aralarında bir takım farklılıklar olsa da, her iki beyanname ruh itibariyle birdir ve Rousseau'nun düşüncelerini yansıtır. Bu düşüncenin amacı genel bir ifadeyle, eşit hak sahibi bireylerden oluşan demokratik sosyal bir birlik kurmaktır. Bu birlik içinde egemenlik bütünüyle ulusa ait olacak, bütün organlar, egemenliğin gerçek sahibi olan ulusa karşı sorumlu olacaklar ve bireylerin belirli biçimde sınırlanmış özgürlükleri ve hakları yeterli bir güvenceye kavuşturulacaktır<sup>120</sup>.

Yeni Çağ'da doğal hukukun bildireler, anayasalar ve diğer yasalarla pozitif hale gelmesi, aslında doğal hukukun rasyonel yapısına ve sistematik düşünce tarzına uygundur. Zira doğal hukuk, insandaki çeşitli boyutlar içinde kapalı ve duygusal olanlar tarafından değil,

<sup>118</sup> ABADAN, "Hürriyet Problemi: Tabii Hürriyet ve Hukuk Telâkkisinin Rousseau ile Aldığı Yeni İstikamet", s. İ.Ü.H.F.M., VII, sy. 1, İstanbul 1941, s. 284.

<sup>119</sup> AKTAN, Coşkun Can, *Haklar ve Özgürlükler Antolojisi*, 99–101.

<sup>120</sup> ABADAN, "Hürriyet Problemi: Tabii Hürriyet ve Hukuk Telâkkisinin Rousseau ile Aldığı Yeni İstikamet", 285.

kendisini kesin ve apaçık bir şekilde algılayan akıl boyutunda yer almaktadır<sup>121</sup>. Yine doğal hukuk, 'genel nitelikli yasa' düşüncesini de getirmiştir ve beslemiştir. Buna göre yasa, tekil ve somut olayları değil, birçok olayı aynı anda düzenleyen genel nitelikli bir norm olmalıdır<sup>122</sup>.

Doğal hukuka ilk açık atıflar arasında II. Frederik'in 31 Aralık 1746 tarihli bir emirnamesinde yer alan, "yalnızca akla, ülkelerin anayasalarına dayanan bir kanun hazırlama" ifadesi yer almıştır. Bir diğeri, Mari Terez'in 4 Ağustos 1772 tarihli yasaya ait ilkeleri belirten emirnamesinde geçen, "Kanunlarda Roma hukukuna bağlı kalınmaması, aksine her yerde ve her konuda doğal nısfet ve hakkaniyet ilkesine dayanılması", şeklindeki buyruklardır. Daha sonra II. Joseph yasasında, "İstisnasız bütün uyrukların tam özgürlüğü", "Yasalar önünde tam eşitlik" ve "Taşınır ve taşınmaz malların kazanımında eşit ehliyet" gibi esaslar yer almıştır<sup>123</sup>.

Bu tekil örneklerden sonra doğal hukuk ilkeleri özellikle medeni hukuklara girmiştir ki, en önemlileri 1804 tarihli Fransız Medenî Kanunu, 1903 tarihli Alman Medenî Kanunu ve 1907 tarihli İsviçre Medenî Kanunudur. Bunlardan sonuncusu temel alınarak hazırlanan Türk Medenî Kanunu da doğal hukuk düşüncesinden önemli etkiler taşımaktadır. Sözgelimi, medenî kanunumuzun hemen ilk maddesinde, yasa uygulayıcısının karar verirken izleyeceği yol gösterilirken doğal hukuka işaret edildiği söylenebilir<sup>124</sup>:

Kanun, sözüyle ve özüyle değındiğı bütün konularda uygulanır. Kanunda uygulanabilir bir hüküm yoksa hâkim, örf ve âdet hukukuna göre, bu da yoksa kendisi kanun koyucu olsaydı nasıl bir kural koyacak idiyse ona göre karar verir. Hâkim, karar verirken bilimsel görüşlerden ve yargı kararlarından yararlanır."

## **G. Doğal Hukukun İçeriğı**

### **a. Adalet**

#### **aa. Adalet Kavramı**

Etimolojik açıdan incelendiğinde, Arapça "a-d-l" kökünden türemiş olan adalet kavramı, bağlamına göre, "hukuk, hak, haklılık" anlamlarına geldiğı gibi, bu kavramdan, toplumda barışı, düzeni, uyumu ve eşitliğı sağlaması da beklendiğı göz önünde bulundurulursa, "hukukun yöneldiğı amaç" anlamına da gelmektedir<sup>125</sup>.

Gerçek şu ki, bir değer yargısı olan adalet kavramı konusunda genel-geçer bir tanıma ulaşılammıştır. Adaletin tanımı konusunda yaşanan güçlüğüün nedenlerinden birisi, söz konusu kavramın, diğeri tanımlara dayanak oluşturan basit niteliğı; analiz edilememesi, unsurlarına

<sup>121</sup> ÇAĞIL, *Hukuk İlmine Giriş*, 280.

<sup>122</sup> ÇAĞIL, *Hukuk İlmine Giriş*, 281.

<sup>123</sup> ABADAN, *Hukuk Felsefesi Dersleri*, 229, 230.

<sup>124</sup> TMK 1. Bu maddenin çeşitli yorumlar hakkında bk. ABADAN, "Tabii Hukukun Medenî Kanunumuz Üzerindeki Tesiri", 329-337.

<sup>125</sup> ÇEÇEN, *Adalet Kavramı*, 17.

ayrılmamasıdır. Nasıl ki, fizikte ‘mekân’, matematikte ‘nicelik’, ahlâkta ‘hayır’ ve estetikte ‘güzellik’, diğer akıl yürütmelere mesnet teşkil eden temel kavramlarsa, aynı durum, hukuk söz konusu olduğunda adalet kavramı için de geçerlidir<sup>126</sup>. Diğer yandan adaletin bir bilgi olmayıp, Platon’un tespit ettiği gibi, bir düşünce (fikir, ideal) olması da, tanımını güçleştiren etkenlerdendir. Zira fikir, bilgi gibi bağımsız bir objeyle ilişkili olmayıp, kendi objesini yaratır ve bu yönüyle bilgiye göre daha bulanık bir yapı arzeder<sup>127</sup>.

Adalet kavramının kökeni üzerinde yapılacak kısa bir araştırma, söz konusu bulanıklığın kaynağını bir parça aydınlatacaktır. İlgili yerde de belirtileceği üzere, tıpkı düşünce tarihinin ilk dönemlerinde doğal hukuk kavramının kozmik bir anlama sahip olması gibi, adalet de kozmik anlamda kullanılmıştır. Bu kozmik anlamdaki adalet, mitolojik dönemde “*Dike*” sözcüğüyle ifade edilmiştir. *Dike*, iyiliklerle kötülükler arasındaki dengeyi sağlayan ve böylece belirli bir kâinat düzeni oluşturan gizli bir güçtür. Adaletin bu ilk kullanımında ölç alıcı karakteri vardır. Nitekim Herakleitos, “Çok toprak kazanır, az bulur arayanlar / Adaletin adı bilinmezdi, bunlar olmasaydı / ... / Dış görünüşlerdir, en iyi görünen kişinin bildiği ve aklında tuttuğu; ama adalet (*Dike*) yakalayacaktır sahtenin zanaatçılarını ve tanıklarını”, demiştir<sup>128</sup>. Anaximandros’a göre ise *Dike*, evrenin düzenini sağladığı gibi, insanların yazgısını da belirler<sup>129</sup>.

Daha sonraları *Dike* (adalet), bütün diğer erdemleri kendisinde toplayan evrensel bir erdem anlamında kullanılmaya başlanmış ve *Dikaiosyne* kavramıyla ifade edilir olmuştur. Adaletin, uzun asırlar boyunca genel, evrensel bir erdem olarak anlaşılmasında, geçmişteki kozmik algılanışının etkisi olmuştur. Zira bireysel olarak erdemli olan davranış, kozmik bakımdan takdir edilmiş olana uygun davranıştır<sup>130</sup>. Adaletle eşitlik arasında ilk kez koşutluk kuran Pisagorcular’ın “eşitlik” kavramı da haddizatında genel nitelikli bir kavram olup, kökündeki kozmik-evrensel anlamı yansıtmaktadır<sup>131</sup>.

Adaletin söz konusu öznel, fakat evrensel anlamı Platon’da da devam etmiştir. Ona göre adalet, yalnızca her insana karşı değil, aynı zamanda her şeye karşı, ezcümle tanrılara, insanlara ve ölümlere karşı borçlu olunan şeylerdir<sup>132</sup>. Aristoteles’e gelindiğinde, Pisagorcular’dan tevarüs edilen ‘eşitlik’ kavramına dayanıldığı ve fakat bu kavramın büyük bir ustalıkla işlendiği dikkati

<sup>126</sup> ÇAĞIL, *Hukuk İlimine Giriş*, 297.

<sup>127</sup> KUÇURADI, İoanna, “Adâlet Kavramı”, *Çağdaş Hukuk Felsefesi ve Hukuk Kuramı İncelemeleri*, HFSA Y. 1 (Haz. Hayrettin ÖKÇESİZ), Alkim y., İstanbul 1993, s. 322, 323. KUÇURADI’nin, insan haklarına dayanarak, önerdiği adalet tanımı ise şöyledir: Adalet, kişilerin temel haklarının korunması talebi ve mevcut koşullarda gereklerinin, sürekli olarak, ülkeler ve dünya düzeyinde gerçekleştirilmesi talebidir”. Bk. a.g.m., 327.

<sup>128</sup> RİFAT, Samih, *Herakleitos (Bir Kapalı Söz Ustasıyla Buluşma Denemesi)*, Yapı Kredi y., İst. 1998, s. 41.

<sup>129</sup> DE PAGE, “Tabii Hukuk ve Hukukî Pozitivizm”, 170, (55 no’lu dipnot), 176, (65 no’lu dipnot).

<sup>130</sup> DE PAGE, “Tabii Hukuk ve Hukukî Pozitivizm”, 170, (55 no’lu dipnot), 176, (65, 66, 67 no’lu dipnotlar).

<sup>131</sup> DEL VECCHIO, “Adalet ve Hukuk”, 432.

<sup>132</sup> DE PAGE, “Tabii Hukuk ve Hukukî Pozitivizm”, 177, (68 no’lu dipnot); DEL VECCHIO, “Adalet ve Hukuk”, 432, 433.

çeker. Aristoteles, eşitliğin çeşitli türlerine göre ki, temelde mutlak ve nisbî eşitliktir, adaletin aşağıda “Adaletin Türleri” başlığı altında anlatılan kısımlarını ortaya koymuştur. Aristoteles’te dikkati çeken çok önemli bir diğer husus, adalet kavramının kozmik kökenli, söz konusu öznel-evrensel anlamına nesnel-toplumsal anlamın eklenmiş olmasıdır ki, De Page’in ifadesiyle bu aynı zamanda adalet kavramının laikleşmesi anlamına gelmektedir<sup>133</sup>. Aristoteles bir yandan “evrensel erdem” anlamındaki adalet anlayışını (öznel adalet) kabul ederken, diğer yandan denkleştirici ve dağıtıcı olarak ikiye ayırdığı nesnel bir adalet anlayışını da geliştiriyor. Kuşkusuz bu anlayış, adaletin hukuksal anlamdaki ilk kullanımınıdır.

Roma döneminin ünlü hukukçusu Ulpianus’un adalet tanımı da aslında öznel ve nesnel, iki adalet anlayışını içeriyor görünmektedir. Ulpianus’un, *Corpus Juris Civilis*’in *Digesta*’sında geçen meşhur adalet tanımı şöyledir:

“*Justitia est honeste vivere, neminem ledere, suum cuique tribuere*”

(Adalet dürüst ve şerefli yaşamak, kimseye zarar vermemek ve herkese hakkını vermektir.)

Tanımın ilk cümlesinde (*honeste vivere*=dürüst ve şerefli yaşama) adaletin öznel-ahlâkî anlamı kısmı ifade edilirken, diğer iki cümlede ise, nesnel-hukuksal anlamına temas edilmiştir<sup>134</sup>.

Adalet kavramının bu şekilde ahlâkî ve hukuksal anlamlarından başka, eşitlikle bağlantılı olan ve olmayan yönü de bulunmaktadır. Buna göre, Platon’un başlattığı ve daha sonra Romalılar, Yahudiler ve Hıristiyanlar tarafından sürdürülen, Platon’un ifadesiyle kısaca, “Kişinin kendi doğasına en iyi uyan işlevi yerine getirmesi”, olarak anlatılabilecek olan adalet anlayışı, eşitlik kavramından kopuk bir algılamayı temsil etmektedir. Buna karşın Pisagorcular’ın öncülüğünü yaptığı ve Aristoteles’te zirveleşen adalet anlayışı ise, eşitliği adaletin özü olarak görmüştür<sup>135</sup>.

Modern zamanlara doğru gelindikçe, adaletin nesnel-hukuksal anlamında da farklı bir takım yaklaşımlar ortaya çıkmıştır. Özellikle XIX. yy.’da hukuksal pozitivim akımının etkisiyle hukuktan metafizik ve metajüridik (hukuk ötesi) kavramların çıkarılması girişimleri, yasayla sınırlandırılmış adalet anlayışlarını beslemiştir. Bununla birlikte, özellikle XX. yy. başlarında kökeni klasik felsefeye dayanan ve hukukta metafizik unsurları ve özellikle adalet idesini

<sup>133</sup> DEL VECCHIO, “Adalet ve Hukuk”, 433; DE PAGE, “Tabii Hukuk ve Hukukî Pozitivizm”, 178, (69 no’lu dipnot).

<sup>134</sup> ABADAN, *Hukuk Felsefesi Dersleri*, 100, 101; “Tabii Hukukun Medenî Kanunumuz Üzerindeki Etkisi”, 319. Ulpianus’un söz konusu adalet tanımını, daha sonra Leibniz de benimsemiştir. Leibniz de hukuku (adaleti), “*jus strictum* (kimseye zarar vermeme), *jus aequum* (nısfet, herkese kendine düşeni vermek), *pietas* (ruhî safvet ve şerefli yaşama)”, şeklinde tanımlamıştır. Bk. a.g.m., 133.

<sup>135</sup> TAMMELO, “Adaletin Özü Olarak Eşitlik”, 396.

kaçınılmaz gören akımlar tekrar güçlenmiştir. Genel bir bakış açısıyla, özellikle modern zamanlar için, adalet kavramıyla ilgili iki temel bakış açısının var olduğu söylenebilir: Rasyonalist (akılcı) bakış açısı ve empirist (deneyci) bakış açısı. Çağdaş hukuk filozoflarından, ilk bakış açısını (rasyonalist) benimseyenlerin en önde gelenlerinden birisi Del Vecchio olup, ona göre adalet, “hukukun ideal içeriğidir”. İkinci (emprist) bakış açısını benimseyen ünlü bir hukuk filozofu ise, İskandinav realizminin de temsilcisi olan Alf Ross’tur. Ross’a göre adalet ise, “kendi başına değeri olmayan, hukuk sistemi bağlamında belli bir anlam kazanan bir kavramdır”<sup>136</sup>. Aşağıda ayrıntısı verilecek olan adalet türleri açısından bakıldığında ilk bakış açısının (Del Vecchio) yasa üstü; ikincisininse (Ross) yasal adalet anlayışını temsil ettiği ifade edilebilir.

#### bb. Adaletin Türleri

Alman hukuk filozofu Gerhard Leibholz, her ne kadar adaletin taksim edilmesine - bütünlüğünün zedeleneceği gerekçesiyle- karşı çıksa da<sup>137</sup>, özü eşitlik olan ve eşitliğin, yerine göre mutlak ve yerine göre nisbî uygulanması gereğinden ötürü, farklı durumlarda farklı şekillerde tecelli eden adaletin taksim edilmesi, anlaşılabilmesi açısından kaçınılmaz görünmektedir.

Hukuk ve siyaset felsefesi tarihinde adaletle eşitlik arasında koşutluk kuran düşüncelerin daha çok tutulduğu ve daha etkili olduğu dikkati çekmektedir<sup>138</sup>. Eşitliğin, öncelikle eşitlik bilinci/düşüncesi ve ardından eşit muamele beklentisi şeklinde belirlediği söylenebilir<sup>139</sup>.

<sup>136</sup> HACIKADİROĞLU, “Kuramlar ve Adalet”, 370-372. HACIKADİROĞLU, söz konusu makalesinde aslında, Anthony BLACKSHIELD’in “Empiricist and Rationalist Theories of Justice” adlı makalesini tanıtmaktadır.

<sup>137</sup> LEIBHOLZ, Gerhard, “Hukukun Gayesi”, 517.

<sup>138</sup> TAMMELO, düşünce tarihinde adaletle eşitlik arasında koşutluk kuran geleneği Pisagorcularla ve Aristoteles’le başlatmıştır. Söz konusu düşüncenin çağdaş temsilcilerinin ise Gustav Radbruch ve Chaim Perelman olduğunu ifade etmiştir. İki kavram arasında koşutluk bulunmadığını ifade eden düşüncenin dikkat çeken ilk temsilcisi, “kişinin kendi doğasına en iyi uyan işlevi yerine getirmesi”, şeklindeki adalet anlayışıyla Platon’dur. TAMMELO, bu görüşün önemli çağdaş temsilcilerinin ise Hans Kelsen ve Roscoe Pound olduğunu ifade etmiştir. İlk görüşün daha etkili olduğunu savunan TAMMELO da, adaletle ilişkilendirilecek olan “eşitlik” anlayışının, matematikte olduğu gibi kesin bir eşitlik olarak algılanmayıp, etik bağlamda özel olarak değerlendirilmesi gereken bir eşitlik olarak görmek suretiyle bu görüşe yakın görünmektedir. Bk. TAMMELO, Lyndall Lorna, “Adaletin Özü Olarak Eşitlik”, 395-397.

<sup>139</sup> Eşitlik, aslında matematiğe ait bir kavramdır. Özellikle doğal hukuk yanlısı hukuk felsefecileri, eşitliğin, hukuk alanında da uygulanmasını ve adaletle arasında koşutluk kurulmasını, insanoğlunun iç dünyasında bulunan hukuk duygusuyla ilişkilendirmişlerdir. Eşitlik düşüncesi henüz çocuk yaşlarda dahi ortaya çıkar. Sözgelimi bir davranışın bir çocuğa yasaklanıp, diğerine serbest bırakılması, çocuk tarafından haksızlık olarak algılanır ve tepkiyle karşılanır. Denebilir ki, eşitlik ihtiyacı, insan ruhunun duyabileceği en güçlü ihtiyaçlardandır. Bk. BOKELMANN, Paul, *Einführung in das Recht*, München 1963, s. 40 vd.; ARAL, *Hukuk Felsefesinin Temel Sorunları*, 130.



Günümüzde de geçerliliğini koruyan adalet taksimlerinin, ilk olarak Aristoteles tarafından ortaya konulduğu dikkati çekmektedir<sup>140</sup>. Aristoteles adaleti, öncelikle bireysel bir erdem anlamında kullanır. Buradan adaletin, **öznel adalet** ve **nesnel adalet** şeklindeki ayrımı çıkar<sup>141</sup>.

**Öznel adalet**, kişisel bir erdemi deyimlemekte olup, ahlâkın konusudur. Sözelimi, bir yargıcın adaletinden söz edildiğinde öznel adalet kastedilmiş olur. Ulpianus'un adalet tanımında geçen, "onurlu yaşamak (*honeste vivere*)" da bir erdem olan öznel adaleti ifade etmektedir.

**Nesnel adalet** ise, insanlar arası ilişkilerde gündeme gelir ve hukukun konusudur. Öznel adaletin yargıcın adaleti olduğu yerde, nesnel adalet yasa koyucunun adaletidir. Aslolan nesnel adalettir; öznel adalet, nesnel adaleti arar ve ona tâbi olur. Nesnel adalet, hakikate benzetilirse, öznel adalet, hakikatperverliktir. Ulpianus'un tanımının son cümlesi olan, "Herkes hak ettiğini vermek (*suum cuique*)" ilkesi, nesnel adaleti ifade eder<sup>142</sup>.

Aristoteles'in ünlü "denkleştirici ve dağıtıcı adalet" ayrımı, işte bu nesnel adalet için geçerlidir. Bu ayrım, aslında, yukarıda da, kısmen değinildiği üzere, eşitliğin iki farklı tecelli biçimine karşılık gelmektedir. Doğal hukuk düşüncesinin tarihi çerçevesinde Aristoteles'e ayrılan bölümde de zikrolunacağı üzere, **denkleştirici adalet**, özü itibariyle edimin (*eda*) ve karşı edimin (*mukabil eda*) eşitliği (örn. mal-bedel, zarar-tazmin veya suç-ceza gibi) anlamına gelir. Böyle bir adaletin gerçekleşebilmesi için aynı düzeyde iki eşit kişinin bulunması yeterlidir. Zira daha çok özel hukuk alanında geçerli olan denkleştirici adalette, mutlak eşitlik söz konusudur. Bireysel farklılıklar dikkate alınmaksızın, herkes eşit muameleye tâbi olur<sup>143</sup>.

**Dağıtıcı adalette** ise, nisbî eşitlik vardır. Kişilerin statü ve değerlerine göre muamele görmeleri söz konusudur. Denkleştirici adaletin gerçekleşmesi için iki eşit kişi yeterli iken, dağıtıcı adalette, biri üst konumda bulunan en az üç kişiye gereksinim vardır: İki kişinin eşit olduklarını belirleyen, işte bu üst konumda bulunan erktir. Buradan da anlaşılabilceği üzere, dağıtıcı adalet daha çok kamu hukuku alanında geçerlidir. "Herkes payına düşeni (*suum cuique*)" belirleyen de dağıtıcı adalettir<sup>144</sup>.

Aristoteles, denkleştirici ve dağıtıcı adalet ayrımına bir de "nısfet (hakkaniyet)" düşüncesini eklemiştir ki, her türlü hukuk uygulamasında nısfet son derece önemlidir. Nısfet,

<sup>140</sup> Aristoteles'in adaletle ilgili görüşleri için bk. ARİSTOTELES, *Nikomakhos'a Etik*, (çev.. Saffet BABÜR), Ayraç y., Ankara 1998, s. 1131a, 10 vd.

<sup>141</sup> ÇEÇEN, "Hukukta Norm ve Adalet", A.Ü.H.F.D., s. 1-4, Ankara 1975, s. 105.

<sup>142</sup> ÇAĞIL, *Hukuk İlimine Giriş*, 39, 40; ÇEÇEN, *Adalet Kavramı*, 33-35; ABADAN, *Hukuk Felsefesi Dersleri*, 99, 104; ARAL, *Hukuk ve Hukuk Bilimi Üzerine*, 36, 37; *Hukuk Felsefesinin Temel Sorunları*, 126.

<sup>143</sup> Gözü bandajlı adalet ilâhesi *Themis*, denkleştirici adaleti temsil etmektedir (GÜRİZ, *Hukuk Felsefesi*, 68).

<sup>144</sup> ÇAĞIL, *Hukuk İlimine Giriş*, 40, 41; ÇEÇEN, *Adalet Kavramı*, 35-39; ARAL, *Hukuk ve Hukuk Bilimi Üzerine*, 37-40; *Hukuk Felsefesinin Temel Sorunları*, 130.

aslında adaletin içyapısındaki antinomik yapıdan kaynaklanmaktadır. Şöyle ki, adalet, özü itibariyle eşitlik olduğu için genel olmak zorundadır. Ancak diğer yandan tekil olayların da dikkate alınması gerekir. İşte genel kuralların tekil olaylara göre, “kırılmadan kıvrılmasına” “nısfet” denir. Hâkimin, çözmek durumunda bulunduğu bir mesele karşısında kanunda açık hüküm bulamadığı durumlarda, kıyasa başvurmasını, hatta yeri geldiğinde hukukun genel prensiplerinden ve adalet duygusundan ilham alarak hukuk yaratmasını beklemek de, yine nısfet düşüncesinin bir gereğidir<sup>145</sup>.

Nesnel adaletin ve dağıtıcı adaletin bir gereği olarak, “herkese hak ettiği verilmelidir (*suum cuique*)” ilkesinin sonucu olan, kimin neyi hak ettiği öncelikli olarak yasada aranır. İşte yasada aranan adalet **yasal adalet** adı verilir. Yasal adalet, bir diğer anlatımla yasaya uygunluk anlamına gelir. Yasalara uygun davranışlar ve yine bir üst yasaya aykırı olmayan hukuksal kararlar yasal olarak âdildir. Kuşkusuz yasal açıdan âdil olan her eylem ve etkinlik, mutlak olarak da âdildir, denemez. Mutlak adalet, yasa-üstü adalet karşılık gelir. Yasa-üstü adalet, belli bir yerde belli bir zamanda yürürlükte olan yasalara bağlı bulunan yasal adaletten, önce de sonra da vardır. Hukukun idesi olan adalet nesnel ve yasa-üstü adalettir<sup>146</sup>.

### cc. Adaletin Göreceliği

Tarih boyunca adaletle ilgili olarak en fazla tartışılan konu, kuşkusuz ‘adaletin göreceliği’ konusudur. Mutlak bir adaletin bulunmadığı, adalet anlayışının toplumdan topluma, zamandan zamana, hatta kişiden kişiye değiştiği söylenegelmıştır.

Adalet konusunda bu şekilde kuşkucu bir tavrın, düşünce tarihinde bilinen ilk örneği, Sofistler’dir. Sofizmin ilk temsilcisi olan Protagoras, “İnsan hakikatin ölçüsüdür”, sözleriyle, gerek epistemolojik ve gerekse etik (dolayısıyla hukuksal) alanda tekil insanı bilginin ve değerlerin kaynağı yapmış ve böylece yeryüzünde mevcut olan birey sayısınca hakikat ve doğru olabilmesinin önünü açmıştır<sup>147</sup>. Bilgi ve değer konusunda kuşkuculuğun daha sonraki temsilcileri, aynı adla anılan Kuşkucular (Septikler)’dir. Septisizmin kurucusu olarak bilinen Pyrrhon, *Thomosların* (Bir konuda belirli bir yargıda bulunmamız engel olan on temel kanıt) onuncusu olarak “Yaşam biçimleri, gelenek ve yasalara, dogmatik kabullere ve bu arada efsanelere duyulan inanç konusundaki farklılıkları” zikretmiştir. Sözelimi eşcinsellik İran’da normal karşılanırken, Roma’da yasalarca engellenmiştir. Yine Mısır yasalarına göre, bir

<sup>145</sup> DEL VECCHIO, *Hukuk Felsefesi Dersleri*, 185–187; ÇAĞIL, *Hukuk İlimine Giriş*, 41.

<sup>146</sup> ARAL, *Hukuk Felsefesinin Temel Sorunları*, 127; ÇEÇEN, *Adalet Kavramı*, 25–31. Metinde zikredilen adalet türlerini ÇEÇEN, “Hukuksal Adalet Türleri” kapsamında değerlendirmiş ve bunlara ‘Hukuk Adaleti-Ceza Adaleti’ni eklemiştir. ‘Hukuk Dışı Adalet Türleri’ kapsamında ise, sosyal adalet, ekonomik adalet, siyasal adalet ve dinsel adaleti ele almıştır. Bk. ÇEÇEN, *Adalet Kavramı*, 25–30.

<sup>147</sup> Sofistler konusunda ayrıntılı bilgi için bk. Tez, s. 57.

kimsenin kardeşleriyle evlenmesi serbest iken, Yunanlılarda yasaktır<sup>148</sup>. Yeni Çağ'da kuşkuculuğun temsilcisi olarak Montaigne ve Pascal gösterilmiştir<sup>149</sup>. Montaigne, konuyla ilgili olarak, "Kanunlar doğru oldukları için değil, kanun oldukları için yürürlükte kalırlar. Kanunlardan daha çok, daha ağır, daha geniş haksızlıklara yol açan ne vardır", derken<sup>150</sup>, Fransız düşünür Pascal da, konuyla ilgili olarak *Düşünceler*'inde şu fikirlere yer vermiştir<sup>151</sup>:

Adaletin ne olduğu gerçekten biliniyor olsaydı, gerçek adaletin parlak ışığı bütün dünya insanlarını aydınlığa kavuştururdu. Böylece kanun yapanlar da böylesine tutarlı bir adalet yerine, İranlıların veya Almanların kapris ve fantezilerini model olarak almazlardı. O zaman gerçek hak ve adalet, her zaman ve her yerde kök salmış olur, bir mıntıkadan diğerine geçmekle değişmezdi. Öne sürdüğümüz hak ve adaletin ölçüsü ne kadar da garip! Ufacık bir dere, onu sınırlamaya kâfi geliyor. Pirenelerin bu tarafında doğru olan, öbür tarafa geçince yanlış sayılıyor!

İnsanları adaletin görece olduğu şeklindeki bir kanaate iten temel konu, çeşitli dönemlerde farklı toplumlarda yürürlükte bulunan hukuklar arasındaki farklılık ve hatta kimi zaman çelişkidir. Diğer yandan, yukarıda adalet kavramının incelendiği kısımda da belirtildiği üzere, adaletin çok farklı şekillerde tanımlanmış olması da kuşkuculuğa iten bir diğer etkidir<sup>152</sup>. Aristoteles'in adalet tasnifinde geçen 'dağıtıcı adalet' esas alınarak, herkese hak ettiğini vermenin adalet olduğu söylenirse -ki, Ulpianus'un tanımında da bu husus geçmişti (*suum cuique*)-, herkese, 'değerine' mi, 'katkısına' mı, 'ihtiyacına' mı, 'yeteneğine' mi, yoksa 'sosyal statüsüne' mi bakılarak hak ettiğinin verileceği, kapalı kalmaktadır<sup>153</sup>.

Temelde adaletin fizikötesi ve soyut niteliğinden kaynaklanan<sup>154</sup> 'adaletin göreceliği' meselesi, aslında mantıksal uzantıları izlendiğinde genel olarak değerlerin objektif ya da rölatif olması konusuyla ilintilidir. Değerlerin rölatif (göreceli) olduğu kanaatine sahip olanlar, adalet

<sup>148</sup> CEVİZCİ, *İlk Çağ Felsefesi Tarihi*, 261, 262.

<sup>149</sup> YÖRÜK, *Hukuk Felsefesi Dersleri*, 48; DEL VECCHIO, *Hukuk Felsefesi Dersleri*, 295, 296; ABADAN, *Hukuk Felsefesi Dersleri*, 44.

<sup>150</sup> MONTAIGNE, *Denemeler*, (çev.. Sabahattin Eyüboğlu), M.E.B. y, İstanbul 1992, s. 17.

<sup>151</sup> PASCAL, *Düşünceler*, (çev.. Metin Karabaşoğlu) Kaknüs y., İstanbul 1996, s. 34, 35.

<sup>152</sup> Çeşitli tanımlara örnek olarak ayrıca bk. GÜRİZ, *Hukuk Felsefesi*, 68, 69.

<sup>153</sup> GÜRİZ, *Hukuk Felsefesi*, 70.

<sup>154</sup> Çağıl, adalet ve hukuk konusundaki söz konusu farklılıkları, insanın düşünsel ve ruhsal yapısının adalet idesini kavrama noktasındaki yetersizliğine bağlamaktadır: "Acaba hukuk ve adalet dediğimiz şeyler, şifası kabil olmayan derunî tezatlarla mı malûl bulunmaktadır? Bütün bu suallerin hepsine birden, "Asla!" diye cevap verebiliriz. Bunun sebebini, insanın fikrî ve ruhî organizasyonundaki eksiklikte aramalıdır. İnsan ruhu sahip olduğu bilgi vasıtaları ve imkanlarıyla hukukun, adaletin mahiyetini nazarî olarak iyice kavramak durumunda değildir... Kanaatimizce hukuk ve adalet, tıpkı güzellik, iyilik, doğruluk ve hakikat gibi *a priori* kategorilerdir. Felsefe ve ilim, bu kategorilere şu veya bu şekilde nüfuz etmeğe çalışmak zaruretindedir...Hulûsa, insan, her ne kadar ruhunun sahip olduğu bilgi imkanlarıyla büyük ideleri tam manasıyla kavramak mevkiinde değilse de, bu yolda ceht etmesinin yine bir mânası vardır". Bk. ÇAĞIL, "XIX. Asrın Sonu ile XX. Asrın İlk Yarısında Alman Hukuk Felsefesinde Bazı Önemli Gelişmeler", İ.Ü.H.F.M., XIX, sy. 1-4, İstanbul 1953, s. 379.

konusunda da paralel bir tutum izlemişlerdir<sup>155</sup>. Buradan hareketle, adalet konusunda değişik ve bazen de çelişik görüşlerin bulunması olgusu, özeldede insanların, kişisel inanç, fikir, ideoloji, karakter farklılıklarıyla ve içinde yaşadıkları toplumların özel yapısıyla açıklanabileceği gibi<sup>156</sup>, daha genel olarak değerlerin göreceliğini açıklama meyanında ileri sürülen gerekçelerle de izah edilebilir. Bu bağlamda, değerlendirmeye konu olan objelerin hiçbir zaman tıpatıp bir olmaması; değeri ifade eden kavramların içerik yönüyle farklılaşabilmesi; kültürel ve sosyal koşulların değer yargılarının içeriğinin belirlemesi; değer yargıları konusundaki hassasiyetin kişiden kişiye değişme gösterebilmesi ve nihayet değerlerin kavramsallaştırılmalarındaki güçlük zikredilebilir<sup>157</sup>.

Yukarıda da ifade edildiği üzere, adaletin göreceliği meselesi değerlerin göreceliği konusunun bir uzantısıdır. Zira nasıl ki, güzellik ve çirkinlik estetiğe; iyilik ve kötülük ahlâka; doğruluk ve yanlışlık mantığa ait değerlerse, âdil ve gayri âdil (diğer bir ifadeyle haklı ve haksız) de hukuka ait değerlerdir. Dolayısıyla değer rölativizmine yönelik eleştiriler, aynı zamanda adaletin göreceliği konusunda da geçerlidir.

Değer rölativizminin tarihinin kısaca aktarıldığı, yukarıdaki paragrafta da belirtildiği üzere, rölativizmle septisizm (kuşkuculuk) arasında organik bir bağ vardır. İlk Çağ'dan başlamak üzere zamanımıza kadar kuşkucu eğilim taşıyan bütün düşünce akımları, değerler konusunda objektiviteyi değil, rölativiteyi tercih etmişlerdir<sup>158</sup>. Bu anlayışa göre, bireyleri aşan, mutlak doğruluk, güzellik, iyilik ve adaletin varlığından söz edilemez; bütün bu değerler, tamamen kişiden kişiye değişkenlik gösterir. Temsilcileri genelde bir olmakla birlikte, bilgi konusundaki kuşkuculuk, “mantıksal kuşkuculuk”; değerler konusundaki kuşkuculuk ise, “değer kuşkuculuğu” olarak adlandırılmıştır<sup>159</sup>.

Değer rölativizminin eleştirisi bağlamında işe, mantıksal kuşkuculuktan başlanabilir. Mantıksal kuşkuculuk, Aral'ın da belirttiği gibi, kendi içinde çelişik görünmektedir. Zira temelde her türlü mutlak değere ve bu arada epistemolojik alanda mutlak bilgiye karşı olan mantıksal kuşkuculuğun, “Mutlak doğru yoktur”, şeklindeki savı da aslında mutlak bir doğru iddiasına göndermede bulunmaktadır. Ayrıca yandaş ya da karşıt olarak belli bir konuda konuşuluyorsa, tarafların anlaşabileceği ortak bir zeminin varlığı önceden kabul edilmiş

<sup>155</sup> Bu görüşte olanlara örnek olarak bk. GÜRİZ, *Hukuk Felsefesi*, 72; ÇEÇEN, *Adalet Kavramı*, 174–188. Çeçen, adaletteki göreceliğin ölçütlerini şu şekilde belirlemiştir: Zaman, mekan, sınıf ve bakış açısı. Yani neyin âdil olduğuna dair kanaatler bu ölçülerin değişmesiyle birlikte değişmektedir.

<sup>156</sup> GÜRİZ, *Hukuk Felsefesi*, 69.

<sup>157</sup> ARAL, *Hukuk Felsefesinin Temel Sorunları*, 75–77.

<sup>158</sup> İlgili yerlerde açıklandığı üzere, kuşkuculuk İlk Çağ'da Sofistler ve Septikler; Orta Çağ'da Yeni Akademi ve Yeni Çağ'da ise, Montaigne ve Pascal gibi filozoflarca temsil edilmiştir. Günümüzde ise, genel olarak, postmodernizmin, kuşkucu bir tavrı temsil ettiği söylenebilir.

<sup>159</sup> ARAL, *Hukuk Felsefesinin Temel Sorunları*, 63, 64.

demektir. Tarih boyunca kuşkucu hemen bütün akımların temel açmazı kendisini, işte bu nokta da gösterir. Kendisiyle tutarlı olmak durumunda olan bir kuşkucunun, aslında hiçbir sav ileri sürmemesi gerekir. Zira her sav bir iddiadır; bir yönüyle mutlak bir nitelik taşır, dinleyenlerin anlayabileceği bir ortak zemini ve yine dinleyenlerin kendisinin dürüstlüğünü onaylaması gereğini var sayar<sup>160</sup>.

Değer kuşkuculuğu ise, epistemolojik anlamda mutlak doğruya karşı olmayıp, yalnız değerler alanında kuşkucudur. Teorik felsefe alanında kuşkucu olmayıp da pratik felsefe alanında kuşkucu olabilmenin imkânıyla ilgili yapılabilecek tartışmalar bir yana, değerler kuşkuculuğunun açmazı da şu nokta da kendisini göstermektedir: Değerler konusunda kuşkucu olan kimsenin, epistemolojik anlamda kuşkucu olmaması yönüyle ‘Mutlak değerler yoktur’ savını ileri sürmesi kendi içinde tutarsız değildir. Ne var ki, böyle bir kimse, söz konusu iddiayı savunduğuna göre, bu iddiaya bir değer yüklüyor ve bu değerinin doğruluğuna da zımnen inanıyor demektir. İşte bu nokta, değer kuşkuculuğunun açmazıdır<sup>161</sup>.

Bugün için modern değer teorisi de, değerlerin insanı bağlayıcı bir güce sahip bulunduğunu ve bu yönüyle objektif karakter taşıdığını ortaya koymuştur. Yükümlülüklerin içeriği toplumsal ve kültürel koşullara göre değişse bile, yükümlülük duygusu ve vicdan her zaman ve her yerde aynı kalmaktadır. Yükümlülüğü, psikolojik açıdan bilinçaltı ve sosyolojik açıdan tabu karakterli toplumsal istem şeklinde yorumlamak, aslında yükümlülük ile içeriğinin karıştırılmasından kaynaklanmaktadır<sup>162</sup>.

Değer rölativizmi savı, gerçeklere de uymamaktadır. Zira tarih boyunca bütün insanlar, güzel-çirkin, doğru-yanlış, iyi-kötü ve haklı-haksız ayrımı yapa gelmiştir. Tekil bir olayla ilgili değer yargıları değişebilse de, genel olarak, bireylerin üstünde bir değerler alanı hep kabul edile gelmiştir. Özellikle adalet konusunda göreceliği savunan kuşkucuların temel dayanağının pozitif hukukların farklılaşması olduğu yukarıda da belirtilmişti. Oysa pozitif hukuklardaki ortak noktaların çok daha fazla olduğu bugün mukayeseli hukuk çalışmalarıyla ortaya konmuştur<sup>163</sup>. Adalet, Kuçuradi'nin yaptığı gibi, Platon'dan esinlenilerek son tahlilde bir bilgi değil, bir fikir olarak nitelenip de adaletin ne olduğu adaletsizlik durumlarıyla açıklanmaya çalışıldığında da ortaya şu sonuç çıkmaktadır: Gerçekte değişen, bir genel ve üst değer olan adalet fikri değil, adaletsizlik durumlarıdır; adaletsizlik durumlarının değişmesinden hareketle adaletin göreceliğinden söz edilemez<sup>164</sup>.

<sup>160</sup> ARAL, *Hukuk Felsefesinin Temel Sorunları*, 64; ARAL, “Hukuka İlişkin Değişik Görüşler”, 335, 336.

<sup>161</sup> ARAL, *Hukuk Felsefesinin Temel Sorunları*, 65; ARAL, “Hukuka İlişkin Değişik Görüşler”, 336.

<sup>162</sup> ARAL, *Hukuk Felsefesinin Temel Sorunları*, 67.

<sup>163</sup> DEL VECCHIO, *Hukuk Felsefesi Dersleri*, 297.

<sup>164</sup> KUÇURADİ, “Adalet Kavramı”, 321–327.

Diğer yandan, değerlerin tümüyle ortadan kalktığı bir dönem hiçbir zaman yaşanmadığı gibi, yalnız iyi-kötü ve haklı-haksız ayrımı gibi genel konularda değil, ‘ahde vefa’ ilkesinde görüldüğü gibi birçok özel olayda da, insanlık benzer bir tutum izlemiştir. Ayrıca bir toplumun ahlâkî yapısı ve adalet anlayışı ne kadar bozulursa bozulsun, az da olsa, değerlerin savunuculuğunu yapan bir grup hiç eksik olmamıştır<sup>165</sup>.

Değer rölativizminin eleştirisine dair, yukarıda geçen açıklamalardan sonra, değer objektivizmini açıklama bağlamında, yine Aral’ın yolunu izleyerek üç türlü temellendirme yapmak mümkün görünmektedir. İlk temellendirme türü olan fenomenolojik yaklaşımda kişisel ve bireysel anlamda tekil insanın değerleri incelenir. Görülür ki, bir olay ya da olgu hakkındaki kişisel bir değerlendirme yalnızca bireye bağlı ve sübjektif karakterde olmayıp, bireyin dışında ve üstünde objektif nitelikteki bir değerle ilintilidir. Bu yönüyle her insanda, başkalarının da kendi değer yargısını paylaşması arzusu mevcuttur ki, genelde, insanların bir olay hakkındaki değerlendirmeleri birbirine oldukça yakındır. Objektif bir değere aykırı olan sübjektif bir değerlendirmeden duyulan pişmanlık da bu bağlamda dikkat çekici bir diğer husustur<sup>166</sup>.

Fenomenolojik yaklaşımdan adaletin objektivitesi bağlamında çok önemli bir diğer konuya kapı aralanır: İnsanın iç dünyasının, öznel yönünün nesnellığı. Bu düşünce özellikle, XX. yüzyılda hukuk felsefesi alanında Kantçı çizgiyi temsil eden İtalyan hukuk filozofu Del Vecchio tarafından savunulmuştur. Del Vecchio söz konusu durumu “altérité” olarak adlandırmıştır. Filozofa göre, “altérité”, diğer insanların (ki özneye, yani bize göre diğer insanlar normalde nesnedir) yeri geldiğinde özne olarak kabul edilmesidir. Buradan nesnel bir ‘Ben’ bilinci çıkar. Adaletin temeli de, insanların öznel (sübjektif) yönlerinin nesnellğine (objektifliğine), buradan çıkan özneler arası (*intersübjektiv*) bağlantıya dayanır. Zira adalet aslında insan bilincinin zorunlu ve temel bir tutumudur. Bilincin temel aşaması, insanın kendi Ben’ini fark etmesidir. Ben’in fark edilmesi ise, öncelikle ‘Ben’ ile ‘Ben değil’i ayırmakla başlamaktır. Buna göre Ben öznedir; Ben-değil ise nesnedir. Del Vecchio, Ben-değil’i de özne olarak kabul ettiğimiz takdirde, özneler arası bir alan ortaya çıkacağını ve bu alanın adalet için nesnel bir zemin oluşturacağını savunmuştur<sup>167</sup>.

İkinci temellendirme ise, ontolojik temellendirmedir. Ontolojik temellendirmeye göre, değerlerin kaynağını dış dünyada aramak yersizdir. Zira öyle olsaydı, insanın gerçekliği

<sup>165</sup> ARAL, *Hukuk Felsefesinin Temel Sorunları*, 68, 69.

<sup>166</sup> ARAL, *Hukuk Felsefesinin Temel Sorunları*, 69, 70.

<sup>167</sup> DE PAGE, “Tabii Hukuk ve Hukuki Pozitivizm”, 153, (20 no’lu dipnot); HACIKADİROĞLU, “Kuramlar ve Adalet”, 372, 373. Çağıl da aynı kanaati benimsemiş görünmektedir: “İç âlemin de kendine mahsus bir objektivitesi vardır. Bu objektivitenin sübjektif karakter taşıması, haizi ehemmiyet değildir. Yani insan ruhunun, insan tabiatının hem aklî hem manevî karakterde değişmeyen bir bünyesi mevcuttur. Bir kere bu cihet, hukukun insanın keyfi ve indî icadı olmadığına delâlet eder”. Bk. *Hukuk İlmine Giriş*, 78.

sorgulaması söz konusu olamazdı. Değerlerin kaynağı öznenin kendisidir. Ne var ki, özne (insan), çalışmanın başında da hukukun tanımı bağlamında değinildiği üzere çok boyutlu bir yapıya sahiptir. Değerler insanın biyolojik ya da ruhsal boyutundan değil, manevî boyutundan kaynaklanır. Manevî boyutuyla insan, ‘olan’ı eleştirir ve bunun ‘olması gereken’ yönünde değişmesini isteyip, bunun için çabalar<sup>168</sup>. Adaletin, insandaki söz konusu manevî yönden kaynaklanan bir duygu olduğu ve bu yönüyle *a posteriori* değil, *a priori* nitelik taşıdığı, Aristoteles’ten beri savunulagelmıştır<sup>169</sup>. En azından tekil olaylarda neyin haklı ve neyin haksız olduğunu ayırmamızı sağlayan adalet duygusu ve ‘vicdan’, aynı zamanda bir “temel norm (*Grundnorm*)” olarak da kaçınılmaz görünmektedir. Zira yürürlükteki yasalar, biçimsel meşruiyetlerini anayasaya uygun olarak, yetkili mercilerce yürürlüğe sokulmalarına borçlu iseler, anayasanın da üzerinde bir norm olması gerekir. Bu normun, Kelsen’in öne sürdüğü, anayasanın mantıksal uzantısında ibaret olan mevhum bir temel norm (*Grundnorm*) olması yeterince ikna edici görünmemektedir. Dolayısıyla adalet duygusu ve vicdan kaçınılmaz bir kaynak ve dayanak olarak ortaya çıkmaktadır. Ancak şu hususa dikkat edilmelidir ki, burada söz konusu olan vicdan, tekil insanın vicdanı olmayıp, üst bir değer olabilecek ya da yukarıda açıklandığı üzere, özneler arası (*intersübjektiv*) karakter taşıyan genel anlamda vicdandır<sup>170</sup>.

Değerlerin nesnellliğini ortaya koyma bağlamında kullanılan son temellendirme yolu ise, kültür aracılığıyla temellendirmedi. Bir gerçeklik olarak kimsenin karşı çıkamayacağı kültür, değerlerin gerçekleşmesi anlamına gelir. Sözelimi bilim, mantıksal değerlerin; bir sanat eseri estetik değerlerin; hukuk ise adalet değerinin gerçekleşmesidir. Bütün bu kültür görünümlerinin var olabilmesi için nesnel değerlerin varlığı da zorunludur. Zira değerler keyfî ve öznel olsaydı, insanlığın ortak mirası kabul edilen kültürün oluşumu da mümkün olamazdı<sup>171</sup>.

Adalet konusu bağlamında şu hususu tekrar vurgulamakta yarar görünmektedir: İçeriği ve yansıması zaman ve mekânın farklılaşmasıyla değişiklik gösterebilse de, daima ‘olan’ hukukun karşısında ‘olması gereken’ hukuku hedef gösteren, ‘olan’ hukukun üstünde ve ötesinde yer alan, insanın nesnel yönü olan manevî boyutundan kaynaklanan objektif bir değer olarak adalet, geçmişte olduğu gibi bugün de, bir kutup yıldızı gibi yol göstericilik işlevini yerine getirmeye devam etmektedir<sup>172</sup>.

<sup>168</sup> ARAL, *Hukuk Felsefesinin Temel Sorunları*, 71, 72.

<sup>169</sup> DEL VECCHIO, *Hukuk Felsefesi Dersleri*, 294.

<sup>170</sup> WOLFF, “Hukuk Prensibi Olarak Adalet Dair”, s. 220, 221 (dipnot).

<sup>171</sup> ARAL, *Hukuk Felsefesinin Temel Sorunları*, 74.

<sup>172</sup> ÇAĞIL, “Felsefenin Işığında Hürriyet, Adalet, ‘Hukuk Devleti’ ve ‘Hukuk Kültürü’”, 285; LEIBHOLZ, “Hukukun Gayesi”, 516; GÜRİZ, *Hukuk Felsefesi*, 70; WOLFF, “Hukukun Prensibi Olarak Adalet Dair”, 212, 213; DE PAGE, “Tabii Hukuk ve Hukuki Pozitivizm”, 155, (23 no’lu dipnot). Bu bağlamda, Yeni Çağ’da değerler konusunda kuşkucu tavrın temsilcisi olarak gösterilen Pascal’ın, “Şüphesiz fitrî ve evrensel kanunlar mevcut. Ama bizim tuhaf kafa yapımız onları mahvediyor” (*Düşünceler*, 35) ve Montaigne’in, “Tabiatın

## b. Eşitlik

Doğal hukukun içeriğinin adalet, eşitlik ve özgürlük olarak daha ziyade aydınlanma düşünürleri tarafından belirlenmiş olması, eşitliğin temelinin ne olduğu konusunda Aydınlanma felsefesinin paradigmasını yansıtan ünlü Ansiklopedi'ye (*Encyclopédie; Bilimler, Sanatlar ve Zanaatlar Ansiklopedisi*) başvurmayı haklı kılmaktadır. Ansiklopedi'nin "Doğal Eşitlik" maddesinin yazarı, De Jaucourt'a göre, eşitlik, insanların doğal yapılarının ortaklığından kaynaklanmakta olup, özgürlüğün ve demokrasinin temelidir. Gerçek ya da varsayımsal olduğu tartışmalı olan "Sosyal Sözleşme"nin esasında da yine eşitlik düşüncesi vardır ve buna göre, devlet, doğuştan ve doğal olarak eşit olan insanların iradeleriyle, kendi özgürlüklerinden bir miktar özveride bulunarak oluşturdukları bir mekanizmadır<sup>173</sup>.

Eşitlik ilkesinin hukuk alanına yansımaları ise, doğuştan eşit olan insanların yasalar çerçevesinde eşit haklara sahip olması ve eşit ödevlerle yükümlü bulunmalarıdır. Eşitlik konusundaki bilinçlenmenin bir sonucu olarak insan, hakkın nesnesi olmaktan kurtulmuş, yani kölelik kurumu sona ermiştir. Hukuksal alanda eşitlik, kuşkusuz daha çok, özel hukuk alanında kendisini gösterir<sup>174</sup>. Zira kamu hukuku alanında, devlet, kişilerin üzerinde konumlanan ve onların eşit olduklarını da belirleyen bir erk olarak ortaya çıkar.

De Jaucourt'a göre doğal eşitliğin bir takım sonuçları vardır. Bunlar, bütün insanların doğal olarak özgür oldukları; toplumsal, siyasal vb. nedenlerle statü bakımından daha yüksekte bulunan kimselerin, kendilerinden daha aşağıda bulunanlara eşitmiş gibi davranmaları gereği; özel nedenlerle özel bir hak elde etmemiş olan bir kimsenin, başkalarından daha fazla hakkı olduğu iddiasında bulunamaması; ortak bir haktan ya ortaklaşa ya sırayla ya da kura ile yararlanma gereğidir. Görüldüğü gibi, De Jaucourt aynı zamanda gerçekçidir; zira doğal eşitliğin dikkate alınmasının önemini vurgulamakla birlikte, toplumda ve özellikle de devlet mekanizmasında kaçınılmaz olan hiyerarşiyi ve statü farklılıklarını da yadsımamaktadır. Merhamet, sevgi, insanlık ve adalet gibi değerlerin doğal eşitlik ilkesi üzerine bina edilebileceğini iddia eden De Jaucourt'a göre, tarih boyunca görülen toplumsal adaletsizliğin temel nedeni doğal eşitlik ilkesinin çiğnenmesidir<sup>175</sup>.

---

kanunları, bizim yaptıklarımızdan her zaman daha akıllıcadır" (*Denemeler*, 131) şeklindeki ifadeleri de dikkat çekicidir.

<sup>173</sup> DE JAUCOURT, "Doğal Eşitlik", Ansiklopedi (Diderot & D'Alembert), 173; ABADAN, "Tabii Hukukun Medeni Kanunumuzu Üzerindeki Tesiri", 316.

<sup>174</sup> ABADAN, "Tabii Hukukun Medeni Kanunumuzu Üzerindeki Tesiri", 316; LEIBHOLZ, "Hukukun Gayesi", 521.

<sup>175</sup> DE JAUCOURT, "Doğal Eşitlik", Ansiklopedi (Diderot & D'Alembert), 174, 175.



Tarihsel açıdan bakıldığında eşitlik düşüncesinin, Von Aster'in ifadesiyle, "İlk Çağ'ın Aydınlanması"yı temsil eden<sup>176</sup> Sofistler tarafından savunulduğu dikkati çekmektedir. Sofist Antiphon, "Yalnız Yunanlılar kendi aralarında değil, Yunanlılar'la Barbarlar da eşittir", derken<sup>177</sup>, bir diğer sofist Alkidamos'a göre ise, "Tanrı (doğa) bütün insanları bir yaratmış, hiç kimseyi köle yaratmamıştır"<sup>178</sup>.

Sofistler'den sonra, Platon'a gelindiğinde mutlak (salt) ve nisbî (oransal) eşitlik ayrımı dikkati çekmektedir. Platon her ne kadar adaleti eşitlikle koşut olarak değerlendirmeyen bir filozof olarak görünse de<sup>179</sup>, öğrencisi Aristoteles'in denkleştirici ve dağıtıcı adalet ayrımında söz konusu eşitlik ayrımına zemin hazırladığı açıktır. Adaletin türleri bağlamında da vurgulandığı üzere, denkleştirici adalette mutlak eşitlik, dağıtıcı adalette ise nisbî eşitlik belirleyicidir. Platon, aynı adı taşısalar da (ikisine de 'eşitlik' deniyor olsa da) genel de bu iki tür eşitliğin birbirine zıt olduğunu ifade etmiştir. Mutlak eşitlikte herkese eşit davranma söz konusu iken, nisbî eşitlikte ise, daha büyük olana daha çok, daha küçük olana ise daha az pay verilir<sup>180</sup>.

Görüldüğü gibi adaletle eşitlik arasında her durumda önemli bir ilişki vardır ve bu yönüyle eşitlik, adaletin mahiyetini belirleyen en önemli biçimsel unsur olarak görülmüştür. Pisagor'a kadar uzanan ve Aristoteles'te en açık hale gelen bu düşüncede aslında, adaletin mahiyetine daha uygun olan eşitlik türü, nisbî eşitliktir. Zira mutlak eşitlik ve dolayısıyla denkleştirici adalet, kimi durumlarda haksızlıklara yol açabilmektedir. Nitekim "*Summum jus summa injuria* (Mutlak hukuk, en büyük adaletsizlik)" şeklindeki meşhur hukuk özdeyişi de bu bağlamda zikrolunur. Nisbî eşitlik ise, tikel ve özel olayları da dikkate almayı amaçlar. Ne var ki, hukukun fonksiyonlarından hukuk güvenliği konusunda da ifade edildiği üzere, hukuk ancak bir biçimle gerçekleşir ki, o biçim yasadır. Hukuk güvenliği ancak, hukuksal düzenlemenin yazılı, genel ve soyut biçimde yapılmasıyla mümkün hale gelir. Yalnız soyut yönetime göre hazırlanmış yasalar değil, kazuistik yönetime göre hazırlanmış yasalar dahi, tekil olayların tümünü kuşatamaz<sup>181</sup>. Kısacası yasalar, mutlak eşitlik esasına göre hazırlanır. Bu durumda yasaların tekil olayların özel durumlarına göre esnetilmesi, nısfet (hakaniyet) yoluyla gerçekleştirilebilir.

<sup>176</sup> VON ASTER, *Felsefe Tarihi*, 82.

<sup>177</sup> GÖKBERK, Macit, *Felsefe Tarihi*, İstanbul 1996, Remzi Kit., (8. Basım), s. 46; VON ASTER, 88.

<sup>178</sup> ABADAN, *Hukuk Felsefesi Dersleri*, 121; HONIG, "Sofistler'de Tabîî Hukuk Esasları", 189.

<sup>179</sup> TAMMELO, "Adaletin Özü Olarak Eşitlik", 395. Farklı bir değerlendirme için bk. UNGER, "İzonomi ve Adalet", 400.

<sup>180</sup> HONIG, Richard, "Sofistler'de Tabîî Hukuk Esasları", (çev. Yavuz Abadan), İ.Ü.H.F.M., İstanbul 1937, s. 191, (43. dipnot).

<sup>181</sup> LEIBHOLZ, "Hukukun Gayesi", 517-523.

Şu da bir gerçektir ki, etik alanda eşitlik, hiçbir zaman matematik ya da mantık alanında olduğu kadar kesinlik ifade edemez. Bunun yerine etik alanda (hukuk, ahlâk, adalet) söz konusu olan eşitlik, asıl itibarıyla belirli bir toplumda egemen olan anlayış ve kanaatlere göre yüksek derecede bir benzerliğe karşılık gelmektedir<sup>182</sup>.

### c. Özgürlük

İnsan, diğer varlıklardan farklı olarak iradesiyle kendi yaşamını düzenleme ve böylece doğanın bağlarından kısmen de olsa kurtulabilme imkânına sahip olan bir varlıktır. İnsanın yapabilirlik ölçütü esas alındığında en geniş anlamıyla özgürlük (hürriyet), her türlü kayıttan azade olmak anlamına gelir. Ne var ki, böyle bir özgürlük anlayışının toplumu ve dünyayı ciddi bir kargaşaya sürükleyeceği açıktır<sup>183</sup>. Doğal hukukun içeriği olarak özgürlükten söz edildiğinde akla gelen doğal özgürlük kavramı ise, “insanların en uygun gördükleri şekilde ama doğal yasaya uyararak ve bunu başkalarına zarar verecek biçimde kötüye kullanmadan, kişilikleri ve mal-mülkleri üzerinde sahip oldukları haktır”<sup>184</sup>. Görüldüğü gibi, doğal özgürlük anlayışına göre özgürlüğün kuralı ve ölçüsü doğal yasalardır. Nitekim ilkel dönemlerde (doğal hal), sosyal düzen kurallarından habersiz olan insanların davranışlarına yön veren de, söz konusu doğal yasalar olmuştur. O halde denebilir ki, salt anlamda özgürlüğün keyfilik ve gelişigüzeleliğe kapı aralmasına karşın, doğal özgürlük, bireyin her istediğini yapabilmesi anlamına gelmeyip, doğaya özgü olanı yapabilmesidir<sup>185</sup>. Bir diğer ifadeyle doğal özgürlüğün iki temel niteliği olduğu söylenebilir. Biri, insanın, kendisini zorlayan ve kendisine direnen dış dünyayı aşması; diğeri ise, insanın kendi keyfi hareketlerini aşmasıdır<sup>186</sup>. Tek yanlı olarak yalnızca insanın bir takım bağlardan kurtulma çabası, anlamında özgürlük, ‘olumsuz özgürlük (menfi hürriyet)’ olarak adlandırılmış ve bunun, yukarıda ifade edildiği üzere kargaşaya götüreceği ifade edilmiştir. Oysa olması gereken özgürlük ‘olumlu özgürlüktür’; yani bir şeylerden kaçarak, sıyrılarak özgürlük değil, bir şeyler için özgürlük, belli bir amaç için özgürlüktür<sup>187</sup>.

Doğal özgürlük kavramını gündeme getiren Aydınlanma filozofları, insan davranışlarını sınırlayan doğa yasalarından söz ettiklerinde genel olarak bundan, insanın doğasını anlamışlardır. Bu anlayışa göre, insan, kendi dışındaki bütün bağlardan kurtulurken, kendisini

<sup>182</sup> TAMMELO, “Adaletin Özü Olarak Eşitlik”, 396, 397.

<sup>183</sup> ABADAN, Yavuz, “Hürriyet Problemi”, İ.Ü.H.F.M., s. 2-3, İstanbul 1940, s. 505, 507

<sup>184</sup> DE JAUCOURT, “Doğal Özgürlük”, Ansiklopedi (Diderot&D’Alembert), 179.

<sup>185</sup> DE JAUCOURT, “Doğal Özgürlük”, Ansiklopedi (Diderot&D’Alembert), 179; ABADAN, “Hürriyet Problemi: Tabii Hürriyet Tasavvuru ve Tabii Hukuk”, 814.

<sup>186</sup> ÇAĞIL, “Felsefenin Işığında Hürriyet, Adalet”, 239.

<sup>187</sup> ABADAN, “Hürriyet Problemi”, 513. Nietzsche’nin ifadesiyle, “Nicht in einem Freisein wovon, sondern in einem Freisein wozu” (Bir şeyden değil, bir şey için özgürlük).

yine kendi doğası ile sınırlayacaktır<sup>188</sup>. Böylece kendi kaderini belirleme yetkisine sahip olan insanın şeref ve özgürlüğü, devlete karşı olduğu kadar, Tanrı'ya karşı da bağımsızlığını kazanmıştır<sup>189</sup>.

Doğal özgürlük anlayışı, öncelikle insanın yaşamını sürdürme eğilimini öngörür. Nasıl ki, doğal durumda, insan ilk olarak yaşamını sürdürmenin, ayakta kalabilmenin mücadelesini vermişse, her zaman için insanın temel kaygısı bu duygu olmuştur. Bununla birlikte 'hayatı idame' kaygısı, insan söz konusu olduğunda, diğer canlılardan farklı olarak içgüdü düzeyinde kalmayıp, manevî gereksinimlerin karşılanmasını da içermektedir. İnsan, huzurlu olabilmek için gerek maddî ve gerekse manevî ihtiyaçlarını karşılamaya çalışır<sup>190</sup>.

Özgürlüğün ölçütü olarak insan doğasına gönderme yapılması, göreceli bir özgürlük anlayışını çağrışırsa da gerçekte durum tam tersidir. Zira insan doğasını ölçüt kabul eden anlayış, aynı zamanda söz konusu doğanın tüm insanlarda ortak olduğunu/olması gerektiğini öngörmektedir. Bu düşünce, en çarpıcı ifadesini, felsefe tarihinin en büyük filozoflarından Kant'ın şu sözlerinde bulmuştur<sup>191</sup>:

Gerek kendi şahsında, gerek diğer insanların her birinin şahsında (tecelli eden) insanlığın şerefine daima saygı duyacak ve kişiden, asla bir aracı olarak değil, aksine daima aynı zamanda bir amaç olarak yararlanacak tarzda eylemde bulun.

Buna göre, insan, davranışlarını o şekilde ortaya koymalıdır ki, davranışlarına ölçüt kabul ettiği üst yasalar, tüm insanlarca da paylaşabilsin. Dolayısıyla bireyin özgürlük alanı, diğer bir bireyin özgürlüğünün başladığı yerde bitmektedir.

Özgürlüğün, doğal hukuk açısından önemi, doğal hukuk düşüncesinin bireysel aklı (*ratio*) ve insan kişiliğini temel alan anlayışına özgürlüğün son derece uygun bir zemin olmasıdır<sup>192</sup>. Nitekim siyasal özgürlüğün demokrasi çerçevesindeki en önemli açıklamalarından "sosyal sözleşme" teorisine, gerek Rousseau ve gerekse Kant, entelektüel bir temel kazandırmışlar ve böylece bir anlamda söz konusu sözleşmenin gerçek mi yoksa varsayımsal mı olduğu tartışmasının dışına çıkmışlardır.

Teorik düzeyde özellikle Aydınlanma filozoflarınca ele alınan ve bilhassa Jean-Jacques Rousseau'da zirveleşen doğal özgürlük anlayışı, kısa bir süre sonra pratik sonuçlarını da

<sup>188</sup> ABADAN, Yavuz, "Hürriyet Problemi, Tabii Hürriyet Tasavvuru ve Tabii Hukuk", İ.Ü.H.F.M., VI, sy. 2-3, İstanbul 1940, s. 814.

<sup>189</sup> ABADAN, "Tabii Hukukun Medenî Kanunumuz Üzerindeki Tesiri", 315.

<sup>190</sup> ABADAN, "Hürriyet Problemi: Tabii Hürriyet Tasavvuru ve Tabii Hukuk", 822.

<sup>191</sup> "Handle so, dass du die Menschheit, sowohl in deiner Person, als in der Person eines jeden andern, jederzeit zugleich als Zweck, niemals bloss als Mittel brauchest". KANT, Immanuel, *Grundlegung zur Metaphysik der Sitten (Ahlâk Metafizikinin Temellendirilmesi)*, Felsefe Kurumu y., Ankara ? (Almanca aslıyla birlikte), s. 66.

<sup>192</sup> ABADAN, "Tabii Hukukun Medenî Kanunumuz Üzerindeki Tesiri", 313.

vermeye başlamıştır. Rousseau'nun, 'doğal hukukun kutsal kitabı' sayılan *Contrat Social*'inin 1762'de neşrinden tam dört yıl sonra ilân edilen Amerikan Hukuk Beyannamesi (*Virjina Bill of Rights*, 12 Haziran 1776), Rousseau'nun ortaya koyduğu düşünce ve ilkeleri yürürlüğe sokmuştur, denebilir.

Amerikan Hukuk Beyannamesi'nden on üç yıl sonra ilân edilen ve insanlık tarihinde bir dönüm noktası kabul edilen, Fransız İnsan ve Yurttaş Hakları Beyannamesi (*Déclaration des droits des citoyens et des hommes*, 3 Eylül 1791) de kuşkusuz, doğal özgürlük ve genel olarak doğal hukuk düşüncesinin en önemli somut yansımalarıdır. Bu beyanname, Amerikan beyannamesinde düzenlenen özgürlük, mülkiyet ve kişisel güvenlik haklarına ek olarak bir de direnme ve ihtilal hakkını da düzenlemiştir. Bu düzenlemelerle güdülen amaç, kolaylıkla anlaşılacağı üzere, bireylerin güvenliğinin devlete karşı dahi güven altına alınmasıdır<sup>193</sup>.

---

<sup>193</sup> ABADAN, "Hürriyet Problemi: Tabii Hürriyet ve Hukuk Telakkisinin Rousseau ile Aldığı Yeni İstikamet", 284, 285.

## II. DOĞAL HUKUK DÜŞÜNCESİNİN TARİHİ

### A. Giriş

İlerlemeci tarih anlayışını benimsemiş görünen hukuk felsefecilerinin görüşlerini dikkate alarak söylemek gerekirse, doğal hukuk düşüncesinin başlangıcı astrobiyolojik döneme rastlar<sup>194</sup>. Aynı düşünce doğrultusunda bir diğer ifade ile doğal hukuk düşüncesi, “düşünen insan” var olalıdan beri var olagelmıştır<sup>195</sup>. Buna göre doğal hukuk, genel olarak insan düşüncesinin gelişmesinin bir uzantısı olarak, insanın ilkel inançlardan sıyrılıp benliğini ortaya koymaya başladığı dönemlerde kendisini göstermiştir<sup>196</sup>.

İlerlemeci-pozitivist anlayış, insanlık tarihinin ilk dönemlerini ilkel dönem ve astrobiyolojik dönem olarak ayırmaktadır. Buna göre insanlık, tarih içinde bedensel-fizyolojik olarak gelişme gösterdiği gibi, zihinsel olarak da gelişmiştir. Dolayısıyla ilkel insanın zihinsel yapısı/gelişmişliği ile modern insanınki bir değildir. İlkel zihin yapısının karakteristiği, doğada gerçekleşen olayları düzensiz, bağlantısız, gelişigüzel ve iyi ya da kötü bir takım tinsel güçlerin etkisiyle oluşan olaylar şeklinde değerlendirmesidir. “Düzen” fikrine yer vermeyen bu zihin yapısının bilim üretememesi doğaldır. Yerleşik düzene geçilmesi ve özellikle de tarımsal hayatla birlikte, bitkilerin büyümesi ve hareketleri ile gökyüzü olayları arasındaki ilişkinin fark edilmesi, insanoğlunda “Düzen” fikrini uyandırmış ve böylece astrobiyolojik döneme geçilmiştir. İlkel zihnin tasavvur ettiği gibi evrene gelişigüzelliğin değil, aksine düzen ve istikrarın egemen olduğu düşüncesi bilimi de mümkün kılmıştır<sup>197</sup>. Doğaya egemen olan düzenin, siyasal ve toplumsal kurumlara da egemen olup olmadığının sorulduğu nokta, aynı zamanda doğal hukuk düşüncesinin de doğduğu noktadır<sup>198</sup>.

<sup>194</sup> DE PAGE, “Tabii Hukuk ve Hukuki Pozitivizm”, 172.

<sup>195</sup> ÇAĞIL, *Hukuk İlimine Giriş*, 398. İnsanın, “düşünen hayvan” olarak tanımlandığı dikkate alındığında, metindeki “düşünen insan” ifadesiyle özel bir düşünme biçiminin kastedildiği anlaşılabilir.

<sup>196</sup> MARDİN, Şerif, “Tabii Hukukun Gelişme Safhaları Hakkında Bir Not”, A.Ü.S.B.F.D., X, sy. 1, Ankara 1955, s. 145. Doğal hukuk düşüncesinin bu anlamda felsefe ile yaşıt olduğunu söylersek, tıpkı felsefe gibi, Weber’in ifadesiyle ‘geleneksel tanrıların masal alanına sürüldüğü gün’; Von Aster’in ifadesiyle ise ‘insanın, kendi düşüncesiyle dinî inançlara karşı tepki gösterip de imanın dışına çıkmak ihtiyacını duyduğu an’ başlamıştır. Bk. WEBER, Alfred, *Felsefe Tarihi*, (çev. H. Vehbi Eralp), Sosyal y., (4. Basım), İstanbul 1991, s. 12; VON ASTER, *Felsefe Tarihi*, 7.

<sup>197</sup> VON ASTER, *Felsefe Tarihi*, 8, 9.

<sup>198</sup> DE PAGE, “Tabii Hukuk ve Hukuki Pozitivizm”, 163–172. Bu teorinin temelleri, De Page’in de belirttiği gibi, Durkheim, Lévy-Bruhl ve James Frazer gibi araştırmacıların çalışmalarına dayanmaktadır. Gerek felsefe alanında pozitivist ve gerekse tarih felsefesi bağlamında ilerlemeci (*linear*) tarih görüşüne yapılabilecek eleştiriler bir yana, doğal hukuk düşüncesinin özü ile böyle bir anlayış arasındaki uyuma dikkat çekmek istiyoruz. Zira gerek söz konusu tarih anlayışında tarihsel dönemleri belirleme yetkisini ve gerekse doğal hukuk düşüncesinde doğal hukukun içeriğinin ne olduğunu ve neyin doğal hukuka uygun olduğunu belirleyen aynı yetke olarak ‘modern insan/özne’dir.

O halde denebilir ki, doğal hukuk düşüncesinin başlangıcı, yaygın kanaatin aksine, ne Stoacılar'a ne de antik Yunan filozoflarına değil, çok daha öncelere, Kalde, Mısır ve Çin medeniyetlerine kadar uzanır<sup>199</sup>.

Doğal hukuk düşüncesinin tarihi bağlamında, Radbruch'un dikkat çektiği önemli bir husus, XIX. Yüzyıla gelinceye kadar, hukuk felsefesi tarihinin doğal hukuk tarihinden ibaret olmasıdır<sup>200</sup>. Yine Radbruch'a göre doğal hukuk düşüncesi, tarih içinde üç ana dönemde ele alınabilir. Bunlar, İlk Çağ doğal hukuku, Orta Çağ doğal hukuku ve Yeni Çağ doğal hukukudur. Klasik hale gelmiş bu dönemlerin genel özellikleri şöyledir: İlk Çağ doğal hukukuna, doğa ile düzen (pozitif hukuk) çatışması; Orta Çağ doğal hukukuna ilahî hukuk ile beşerî hukuk çatışması ve Yeni Çağ doğal hukukuna ise akıl ile cebrî düzen çatışması egemen olmuştur. Birinci dönemin tipik temsilcisi Aristoteles (M.Ö. 384–322), ikinci dönemin en önemli temsilcisi Aquino'lu Thomas (1225–1274) ve üçüncü döneminki ise Hugo Grotius (1583–1645)'tur.

Bu dönemleri her ne kadar kesin hatlarla ayırmak mümkün değilse de, genel olarak bu ayırım oldukça isabetli görünmektedir. Nitekim İlk Çağ doğal hukukunda, doğal hukukun karakteristiklerinden birisi olan düalist yapı çerçevesinde; kutuplardan birisinde “*diakon fizikon* (doğal düzen)” (ya da “*agrafos nomos*”, yani yazılmamış hukuk); diğerinde ise “*diakon nomikon* (insanların yaptığı, yazılı olan hukuk)” vardır. Birincisi, ikincisi için sürekli bir hedef ve rehber olmuştur. Orta Çağ'da ise, Hıristiyanlığın etkisiyle oluşan skolastik felsefede ideal olan ucu vahye dayalı olan ilahî hukuk oluştururken, insan yapımı olan beşerî hukukun, ilahî olana yaklaştığı ölçüde gerçek anlamda yürürlük kazanabileceği kabul edilmiştir. Yeni Çağ'a gelindiğinde ise, doğal hukuk düşüncesinin laik karaktere bürünmesine paralel olarak, insan aklı ön plana çıkmış ve pozitif hukukun da ilham kaynağı olmuştur<sup>201</sup>.

Doğal hukukun bu şekilde farklı dönemlerde, farklı görünümler alması, kuşkusuz dönemlere hâkim olan dünya görüşleriyle yakından ilintilidir. Nitekim İlk Çağ doğal hukukunu, bu çağın egemen dünya görüşü olan “doğa felsefesi”, Orta Çağ doğal hukukunu, “Hıristiyanlık

<sup>199</sup> Yaygın kanaate örnek olarak bk. ABADAN, *Hukuk Felsefesi Dersleri*, 119; ÇAĞIL, *Hukuk İlimine Giriş*, 407; ÖKTEM, Niyazi, *Hukuk Felsefesi ve Hukuk Sosyolojisi*, Beta y., (4. Basım), İstanbul 1988, s. 84. Doğal hukuk düşüncesinin çok daha eskilere götürülmesi gerektiğine dair bk. TOPÇUOĞLU, *Tabii Hukuk Rönesansı*, 189; DE PAGE, “Tabii Hukuk ve Hukuki Pozitivizm”, 175, (63 no'lu dipnot).

<sup>200</sup> ABADAN, *Hukuk Felsefesi Dersleri*, 118; ÇAĞIL, *Hukuk İlimine Giriş*, 399.

<sup>201</sup> ABADAN, *Hukuk Felsefesi Dersleri*, 118; “Tabii Hukukun Yeni Veçesi”, 517; ÇAĞIL, *Hukuk İlimine Giriş*, 407, 408.

dini ve kilise otoritesi” ve Yeni Çağ doğal hukukunu ise “Aydınlanma Zihniyeti” belirlemiştir<sup>202</sup>.

Bununla birlikte doğal hukuk düşüncesi, tarih boyunca yapı bakımından bireyci, yürürlük bakımından mutlak ve yöntem bakımından düalist bir karakter arz etmiş, hukuksal alanda ‘tarihsel’ olana karşı ‘doğal’ olanı, ‘olgusal’ olana karşı ‘ussal’ olanı, ‘reel’ olana karşı ‘ideal’ olanı; toplumsal alanda ise otoriteye karşı bağımsızlığı temsil etmiştir<sup>203</sup>.

## B. İlk Çağ’da Doğal Hukuk Düşüncesi

### a. Genel Olarak İlk Çağ’da Felsefe

Felsefe tarihini Yunanlılar’la başlatmak gelenek olmuştur. Bunun iki temel nedeni vardır: Yunanlılar’da felsefi düşünce din ve mitolojiyle karışmış değildir ve Yunanlılar bilgi ve felsefeye pratik amaçlarla değil, salt bilme ve merak kaygısıyla yaklaşmışlardır<sup>204</sup>. Bu anlamda, Yunanlılar tarafından temeli atılıp geliştirilen ve daha sonra Romalılar’ın da katkıda bulunduğu İlk Çağ felsefesi, M.Ö. VIII. ve M.S. V. yy.’lar arasını kapsamaktadır.

İlk Çağ felsefesi tarihi Hellenik ve Hellenistik olmak üzere iki ana döneme ayrılmaktadır. Batı Anadolu’da ortaya çıkıp İtalya’ya yayılan, dinî ve mitolojik olanı reddederek kendisine yer açan ve siyasal dekoru site devletleri (polis) tarafından belirlenen Hellenik dönem, Thales (M.Ö. 624–548) ile başlayıp Aristoteles (M.Ö. 322) ile sona ermiştir. Hellenik felsefe de kendi içinde üçe ayrılmaktadır: Doğa felsefesi<sup>205</sup>, İnsan üzerine felsefe<sup>206</sup> ve Sistematik dönem<sup>207</sup>.

<sup>202</sup> ABADAN, *Hukuk Felsefesi Dersleri*, 119. Nitekim geçtiğimiz yüzyılın ilk yarısında da etkisini şiddetli biçimde gösteren sosyalist-komünist akımlara karşı, bireyin toplum içinde eriyebileceği kaygısıyla, bireyi ön plana çıkaran doğal hukuk görüşleri çıkmıştır. Bk. DE PAGE, “Tabii Hukuk ve Hukuksal Pozitivizm”, 162, (39 no’lu dipnot).

<sup>203</sup> ABADAN, *Hukuk Felsefesi Dersleri*, 118; “Hürriyet Problemi, Tabii Hürriyet Tasavvuru ve Tabii Hukuk”, 826.

<sup>204</sup> Yunanlıların bu konuda mutlak anlamda orijinal olmamakla birlikte, felsefi düşüncenin daha önce Çin ve Hint medeniyetlerinde din ve mitoloji ile meşbu olması; Mısır ve Mezopotamya medeniyetlerinde ise pratik amaçlarla kullanılmış olması hasebiyle ilk kabul edildiklerine dair bk. CEVİZCİ, *İlk Çağ Felsefesi Tarihi*, 2; GÖKBERK, 11–15; VON ASTER, 6-8; WEBER, 3, (1 no’lu dipnot); SAYILI, Aydın, *Mısırlılar’da Mezopotamyalılar’da Matematik, Astronomi ve Tıp*, 447-461.

<sup>205</sup> Doğa felsefesi de kendi içinde dört döneme/okula ayrılır: 1. Varlığın *arkhesini* (ana maddede) temel sorun edinen İyonya okulu. İyonya okulunun temsilcileri Thales (M.Ö. 624-548), Anaximendros (M.Ö. 610-547) ve Anaximenes (M.Ö. 585-525)’tir. *Arkhe*, Thales’e göre su, Anaximendros’a göre *apeiron* (nicelik ve nitelikçe belirsiz madde) ve Anaximenes’e göre havadır. 2. Maddeden çok, form üzerinde duran ve dinsel bir hüviyet taşıyan Pythagorasçı okul. M.Ö. VI. yy.’da Pythagoras tarafından kurulan Pythagorasçı okul, felsefeyle arınmak amacıyla uğraşmıştır. Özellikle matematik ve müzikle ilgilenen okula göre *arkhe* sayıdır. 3. Değişme sorununa ağırlık veren Elea Okulu ve Heraklitos. M.Ö. V. yy.’da güney İtalya’da Elea kentinde Parmenides tarafından kurulan ve başlıca diğer temsilcileri Zenon, Ksenophanes ve Melissos olan Elea okuluna göre, özdeşlik ilkesinin gereği olarak varlık vardır ve değişme yoktur. Değişme duyuların aldanmasından ibarettir. Zenon bu temel düşüncüyü ünlü paradokslarıyla kanıtlarken, Ksenophanes ise teoloji alanına uygulamıştır. Parmenides’in “Değişme çelişik olduğu için imkânsızdır” tezine karşı, “Değişme çelişiktir; bu nedenle çelişki, yani karşıtların birliği gerçekliğin özünü meydana getirir”, tezini savunan Heraklitos’a (M.Ö. 540–480) göre, yegâne gerçek, değişimin kendisidir. Her şey değişimi düzenleyen yasa (*Logos*) ile varlığın *arkhesi* olarak gördüğü ateşten çıkar

Büyük İskender'in doğu seferleriyle başlayan, siyasal dekoru artık site devletleri tarafından değil, imparatorluk tarafından belirlenen ve özellikle ahlâk felsefesine (etik) vurgu yapan Hellenistik felsefe<sup>208</sup> ise M.Ö. 322'de Aristoteles'in ölümüyle başlayıp M.S. V. yy.'a kadar sürmüştür. Hellenistik felsefe Epikürcülük<sup>209</sup>, Stoacılık<sup>210</sup>, Kuşkuculuk ve Yeni Platonculuğu<sup>211</sup> kapsamaktadır.

### b. İlk Çağ'da Doğal Hukuk Düşüncesinin Doğuşu ve Herakleitos

Doğal hukuk kavramı, pozitif hukuk karşısında, "olması gereken hukuku" ifade eden hukuksal anlamına sahip olmadan önce, evrene egemen olan düzen anlamında kozmik bir içeriğe sahip olmuştur. Kozmik anlamda doğal hukuk düşüncesinin ortaya çıkması ise, iki şeyin idrak edilmiş olmasına bağlıdır: Biri, evrene gelişigüzeliliğin değil, düzenin egemen olduğu; diğeri ise insanın eylemlerini bu düzene uydurmasının gerekliliği. Haddizatında bu iki konu insanoglunun sorduğu ilk sorularla yakından ilintilidir: "Kozmos (evren) nasıl oluşmuştur?" ve "İnsanın bu dünyadaki yeri ve ödevi nedir?"

---

ve döngüsel biçimde ateşe döner. 4. Varlığın temelinde bir değil birden fazla *arkhe* bulunduğunu savunan Plüralistler. Parmenides'in değişmeyi yadsıyan güçlü felsefesiyle sağduyunun ve Herakleitos'un ortaya koyduğu değişme gerçeğini uzlaştırmayı temel tez edinen ve bunu, değişmeyi birden fazla *arkhe* ile açıklayarak yapan plüralistlerin en önde gelenleri Empedokles, Anaxagoras ve Atomcu okuldur. Empedokles'e (M.Ö. 492-432) göre, her şeyin temelinde, sevgi ve nefretle birleşip ayrılan dört temel madde (*arkhe*, unsur, anasır-ı erbaa) vardır: Toprak, hava, su ve ateş. Anaxagoras'a (M.Ö. 500-428) göre ise, varlığın sonsuz sayıda *arkhesi* olup, bunlara ilk hareketi ve düzeni, düşünen bir ruh/Tanrı olan *Nous* vermiştir. En önemli temsilcileri Leukippos ve Demokritos (M.Ö. 460-370) olan atomcu okula göre ise, varlığın temelinde tek bir madde vardır: Atomlar. Atomcular, atomların nitelikçe değişmez olduğunu söylemekle monist (Anaxagoras'ın sonsuz sayıdaki *arkheleri* nitelikçe de değişir), nicelikçe değişebileceğini söylemekle ise plüralisttirler. Hareket atomların yapısının bir gereği olarak, mekanik biçimde gerçekleşir (Anaxagoras'ta ise hareket *Nous*'la sağlanıyordu). Doğa felsefesi hakkında daha ayrıntılı bilgi için bk. CEVİZCİ, *İlk Çağ Felsefesi Tarihi*, 6-70; VON ASTER, 14-73; WEBER, 12-38; GÖKBERK, 20-41.

<sup>206</sup> M.Ö. V. yy.'da doğa felsefesinin, bir yandan felsefi anlamda sözü tüketmesi ve aynı konulardaki çelişik açıklamaları, diğer yandan sosyal alanda iç ve dış siyasette yaşanan sıkıntıların toplumsal yapıyı sarsması ve nihayet siyasal alanda aristokrasinin yerini demokrasinin alması ve burjuva sınıfının ortaya çıkması sonucu sona ermesiyle, insan üzerine felsefe kendisini göstermiş, felsefi ilgi evrenden insana kaymış, Cicero'nun ifadesiyle, "felsefe gökyüzünden yeryüzüne inmiştir". İnsan üzerine felsefe deyince akla Sofistler ve Sokrates (M.Ö. 469-399) gelir (CEVİZCİ, *İlk Çağ Felsefesi Tarihi*, 71-74).

<sup>207</sup> Sistematik dönemde tarihin tanıdığı ilk ve en büyük felsefe sistemlerinin kurucuları olan Platon (M.Ö. 427-347) ve Aristo (M.Ö. 384-322) yer alır ki, doğal hukuk düşüncesi açısından sahip oldukları önemden dolayı aşağıda müstakil olarak ele alınmışlardır.

<sup>208</sup> Hellenizm: Doğu Akdeniz çevresinin hellenleşmesi, kültürce Yunanlaşması. (GÖKBERK, 16.)

<sup>209</sup> Epikürcülüğün kurucusu Epikür (M.Ö. 342-270), mantık ve bilgi anlayışında nominalist ve emprist olup, insanları Tanrı, ölüm ve kader korkusundan kurtarmak için geliştirdiği metafiziğini bazı farklılıklarla atomcu düşünce ekseninde ortaya koymuştur. Özellikle üzerinde durduğu etik anlayışı, süflî anlamda değil, fakat "sürekli bir ruh dinginliği" anlamında hazırcıdır. Siyaset felsefesi bağlamında ise, devletin ve hukukun toplumsal sözleşme ürünü olduğunu söylemekle Rousseau'nun müjdecisi kabul edilebilir.

<sup>210</sup> M.Ö. 300'de Kıbrıs'lı Zenon (M.Ö. 336-264) tarafından kurulan Stoa okulu, doğal hukuk düşüncesi açısından oldukça önemli olması hasebiyle aşağıda müstakil olarak ele alınmıştır.

<sup>211</sup> Sudur nazariyesi ile yalnızca Orta Çağ Hıristiyan felsefesi değil, İslâm felsefesi üzerinde de ciddi etkileri bulunan Yeni Platonculuk Plotinus (M.S. 203-270) tarafından kurulmuştur. Ayrıntılı bilgi için bk. CEVİZCİ, *İlk Çağ Felsefesi Tarihi*, 264-277.



Doğal hukuk düşüncesine götüren ilk aşama olan ve astrobiyolojik dönemin karakteristiğini oluşturan ‘düzen’ fikrinin İlk Çağ Yunan felsefesindeki kökenleri araştırıldığında, doğa filozoflarından da önceye, *theogonie*<sup>212</sup> yazarlarına kadar uzandığı görülür. Bunlardan Hesiodos, kozmosun nasıl meydana geldiğini, *Khaos*, *Eros* ve *Gaia* kavramları çerçevesinde açıklamıştır. Buna göre, varlığın başlangıcında *Khaos* vardı. Hesiodos buna yaratıcı güç olan *Eros* ile alıcı toprağı temsil eden *Gaia*’yı ekliyor. Kısmen kişi ve kısmen kavram olan bu ilk güçlerden kozmos (düzen, nizam) oluşmuştur<sup>213</sup>.

Bir filozofa özgü merak duygusuyla gökyüzünü gözlemlerken önündeki çukuru göremeyip düşen Thales’ten başlamak üzere, bilimsel çalışmalarıyla dikkati çeken doğa filozoflarının bir düzen fikrine sahip buldukları açıktır. Nitekim bilimsel çalışmalarla düzen fikrinin birbirlerine koşut olarak astrobiyolojik dönemde ortaya çıktıklarına yukarıda değinilmişti. Bununla birlikte insan eylemlerinin kozmosa göre düzenlenmesi gereği, ilk olarak Herakleitos tarafından ifade edilmiştir<sup>214</sup>.

Bilindiği gibi Herakleitos’a göre yegâne gerçek değişimin kendisi olup, evrende değişmeyen yalnızca iki şey vardır: Birisi tüm değişmelerin kendisinden meydana geldiği tözün, ki bu, Herakleitos’un aynı zamanda *arkhe* kabul ettiği ateştir, miktarı; ikincisi ise değişmeyi düzenleyen yasadır<sup>215</sup>. Duyularımızla değişmeyi algılamak, aklımızla işte bu tanrısal kanunu, *Logos*’u<sup>216</sup> kavrarız. Zira insan aklı *Logos*’tan pay almıştır. Nitekim *Logos*’un bir diğer anlamı insan aklıdır. Evren yasası anlamında *Logos*’u bilmek ve ona uymak aklın ödevidir. İnsan, eylemlerini aklı aracılığıyla kavradığı *Logos*’a göre düzenlemekle yükümlüdür<sup>217</sup>.

Herakleitos’ta rastlanan, insan eylemlerinin kozmosa göre düzenlenmesi gereği, aslında antik Yunan’ın kozmos/evren telakkisiyle yakından ilgilidir. Zira antik Yunanlılar’a göre evren/kozmos ilahî bir nizam olup, her zerresine ilahî bir ruh egemendir. Bu nedenle antik Yunan’ın kozmik anlamdaki yüksek hukuk anlayışında bu hukuk evrensel, nesnel ve panteistik bir karakter arz eder<sup>218</sup>.

<sup>212</sup> Doğa filozoflarından önce, evreni dinsel/mitolojik tarzda açıklayan teologların eserlerine “Tanrılar’ın Oluşumu” anlamında *Theogonie* denir. “Fizikçiler” olarak da adlandırılan İyonya Okulu filozoflarının eserleri ise genelde “Doğa Üzerine” anlamına gelmek üzere *Peri Physis* adını taşımaktadır.

<sup>213</sup> GÖKBERK, 19; VON ASTER, 13.

<sup>214</sup> Herakleitos’u böyle bir tutuma iten sosyal-siyasal nedenler hakkında Rene HUBERT’in değerlendirmeleri için bk. TOPÇUOĞLU, *Tabii Hukukun Rönesansı*, 189-191.

<sup>215</sup> “Ateş ölçü ile yanar ve ölçü ile söner” (Herakleitos).

<sup>216</sup> *Logos*, Arapça’da “Kelime”ye karşılık gelmektedir. Arapça’da, anlamlı ya da anlamsız ağızdan çıkan her sese “lâfız” denirken, ağızdan çıkan ve anlamı olan lâfızlara ise “Kelime” denir (Bk. ADALI, Mustafa, *Netâicü’l-Efkâr*, 10-12). İşte *Logos* da anlamlı söz demektir. Nasıl ki, harflerin anlamlı biçimde bir araya gelmelerinden kelime oluşuyorsa, anlamlı bir varlık olan âleme de buradan hareketle *Logos* denmiştir.

<sup>217</sup> CEVİZCİ, *İlk Çağ Felsefesi Tarihi*, 46-48; GÖKBERK, 26

<sup>218</sup> ÇAĞIL, *Hukuk İlimine Giriş*, 408, 409; ABADAN, *Hukuk Felsefesi Dersleri*, 119.

Bununla birlikte Herakleitos, insan aklının *Logos*'u tam olarak idrakten aciz olduğunu da itiraf eder. Zira “en aydınlanmış insan aklı bile, tanrısal akıldan (*Logos*), bir maymun aklının insan aklındaki mükemmellikten uzak olduğu kadar uzaktır”<sup>219</sup>.

İşte bu noktada doğal hukukun kozmik karakteri kendisini göstermekte ve bir anlamda fatalist bir tutuma yol açmaktadır: Bir yandan insan aklının *Logos*'u tam olarak idrak etme noktasındaki yetersizliği ve diğer yandan *Logos*'un site devletlerinin yasaları da dâhil olmak üzere her şeyi belirlemiş olması. Nitekim antik Yunan'da yasa koyucuların tanrısal bir esinle yasaları yaptıklarına ve dolayısıyla yasaların tanrısal/göksel kaynaklı olduğuna inanılmaktadır<sup>220</sup>. Bu bağlamda Herakleitos'un polis yasaları ile mücadele etmek şöyle dursun, bunların korunması için uğraşılmasını telkin etmesi anlamlıdır<sup>221</sup>.

Bütün bunlar göstermektedir ki, antik Yunan'ın bu döneminde doğal hukuk düşüncesi henüz tam anlamıyla hukuksal bir anlama sahip değildir. Bu anlamda doğal hukukun ortaya çıkması için Sofistleri beklemek gerekecektir.

### c. Sofistler

Hukuk felsefesi ve doğal hukuk düşüncesi açısından bakıldığında sofistlerin önem kazandıkları ilk nokta, doğadan olanla (*physis, physei*) insan yapımı olanı (*nomos, thesei*) fark etmeleri ve ayırmalarıdır. Sofistlere gelinceye kadar pozitif hukuk, doğanın, evrene egemen olan düzenin bir parçası olarak kabul ediliyor, yasa koyucuların doğadan/tanrıdan aldıkları bir ilhamla kanunları hazırladıkları düşünülüyordu<sup>222</sup>. Bu anlayışın pratik sonucu ise, var olan yasaların eleştirilmesi şöyle dursun, onlara uyma gereği idi. Sofistler pozitif hukukun insan yapımı olduğunu, tanrısal bir temele dayanmadığını iddia etmişlerdir<sup>223</sup>. Dolayısıyla pozitif hukuk eleştirilebilir ve değiştirilebilir<sup>224</sup>.

Pozitif hukukun karşısında bir de, her yerde, herkesi ve her zaman bağlayacak olan doğal hukuk vardır. Burada sofistlerin ikinci tespitleri gündeme geliyor: Pozitif hukuk doğal

<sup>219</sup> WEBER, 23.

<sup>220</sup> CEVİZCİ, *İlk Çağ Felsefesi Tarihi*, 79.

<sup>221</sup> MARDİN, 147, 148.

<sup>222</sup> CEVİZCİ, *İlk Çağ Felsefesi Tarihi*, 79. Bu anlayışın bir uzantısı olarak İlk Çağ'da dine aykırı hareket etmek aynı zamanda devlete karşı işlenmiş bir suç kabul ediliyordu; bir diğer ifadeyle dinî suç aynı zamanda siyasi suç idi. Bk. VON ASTER, 96.

<sup>223</sup> CEVİZCİ, *İlk Çağ Felsefesi Tarihi*, 88; GÖKBERK, 45; MARDİN, 151, 152. Stoacılar'ın kozmik anlamda doğal hukuk düşüncesine dönüşü temsil ettikleri ve dolayısıyla tekrar fatalizme kaydıkları aşağıda görülecektir.

<sup>224</sup> Düşünce tarihinde sanatın felsefeyi, felsefenin de hukuku öncelediği dikkati çeker. Nitekim antik Yunan'da da insanın yazgının değil, kendi eylemlerinin sonuçlarına katlandığı ilk olarak sanat alanında, özellikle tiyatro eserlerinde görülür. Aischylos'un *Orestes* faciasında ve Sophokles'in *Eudipus* dramında insanın yazgısından kurtulamayacağı teması işlenirken, ilk karakter dramının yazarı olarak kabul edilen Euripides'te ise insanların karakterlerinin sonuçlarına katlanırlar. Bk. VON ASTER, 83, 84.

hukuktan yalnız ayrı değildir; aynı zamanda ona aykırıdır da<sup>225</sup>. Ne var ki, bu saptama onların pozitif hukuku eleştirmelerine neden olmuşsa da, kendilerini pozitif hukukla mücadeleye itmemiştir. Belki de, pozitif hukukun doğal hukuku tam olarak hiçbir zaman yansıtamayacağını ve bu iki hukuk arasındaki gerilimin tam olarak hiçbir zaman ortadan kaldırılamayacağını bilincinde olduklarından, onlar bu gerginliği hiç olmazsa azaltabilmek için<sup>226</sup> adaletin tecellisini, insan doğasında var olan adalet duygusundan kaynaklanan nısfete ve yorum yöntemlerine bağlamışlardır. Nısfetle tekil olaylar hakkında verilecek kararlarda kanunda öngörülmemiş olan hususlar dikkate alınacaktır ki, bu formasyon kesin ve güvenilir bir hukuk duygusunun var olmasıyla yakından ilişkilidir. Yorum yeteneğinin temel şartı ise, hukukun temel amaçlarına vâkıf olmaktır<sup>227</sup>. Protagoras'ın sözünü ettiği, insana verilmiş bulunan “saygı ve adalet” duygularını da bu bağlamda değerlendirmek uygundur: Bir yandan saygı gereği yasaya uyma<sup>228</sup>, diğer yandan ise adalet duygusunun gereği olarak onu koşullara en uygun biçimde yorumlama.

Sofistlerin doğal olan-insan yapımı olan ayrımları çerçevesinde insan yapımı olarak görüp eleştirdikleri konulardan birisi de insanlar arasındaki eşitsizlik ve dolayısıyla kölelik kurumudur<sup>229</sup>. Aslında eşitlik konusundaki görüşleri, toplumun sözleşme ürünü olduğu şeklindeki görüşleriyle yakından ilişkilidir. Toplum bireylerin zımnî sözleşmesiyle oluştuğuna göre, sözleşmeye taraf olan herkesin eşit olması gerekir<sup>230</sup>. Sofist Antiphon'un ifadesiyle “Yalnız Yunanlılar kendi aralarında değil, Yunanlılar'la Barbarlar da eşittir”<sup>231</sup>. Bir diğer sofist Alkidamos'a göre ise, “Tanrı (doğa) bütün insanları bir yaratmış, hiç kimseyi köle yaratmamıştır”<sup>232</sup>. Buradan hareketle Sofistler açısından en doğru yönetim biçiminin demokrasi olduğu da açığa çıkmaktadır<sup>233</sup>.

Burada karşımıza, Sofistleri anlamada temel olacak ve birbiriyle bağlantılı iki sorun çıkıyor: Protagoras'ın *homo-mensura*'sının (“insan her şeyin ölçüsüdür”, sözü) nasıl anlaşılması gerektiği ve “Güç” kavramına yaptıkları vurgu. Sofistlerin *physis-nomos* ayrımında hangi tarafı tuttıkları bu sorulara verilecek cevaplara bağlıdır.

<sup>225</sup> CEVİZCİ, *İlk Çağ Felsefesi Tarihi*, 88; GÖKBERK, 46; ABADAN, “Tabii Hukukun Yeni Vechesi”, 503. Bu anlamı içeren bir söz sofist Hippias'a aittir: “Kanun insanlığı genelde doğaya aykırı davranmaya zorlayan bir zorbadır”. HONIG, “Sofistler'de Tabii Hukuk Esasları”, 180.

<sup>226</sup> HONIG, “Sofistler'de Tabii Hukuk Esasları”, 192.

<sup>227</sup> HONIG, “Sofistler'de Tabii Hukuk Esasları”, 202; GÜRİZ, *Hukuk Felsefesi*, 160.

<sup>228</sup> HONIG, “Sofistler'de Tabii Hukuk Esasları”, 206.

<sup>229</sup> CEVİZCİ, *İlk Çağ Felsefesi Tarihi*, 88; GÜRİZ, 159, 160.

<sup>230</sup> VON ASTER, 87.

<sup>231</sup> GÖKBERK, 46; VON ASTER, 88.

<sup>232</sup> ABADAN, *Hukuk Felsefesi Dersleri*, 121; HONIG, “Sofistler'de Tabii Hukuk Esasları”, 189.

<sup>233</sup> VON ASTER, 87.

Protagoras'ın, "İnsan her şeyin, var olan şeylerin var olduklarının, var olmayan şeylerin de var olmadıklarının ölçüsüdür", sözünde geçen "insan" tabiri felsefe tarihinde yaygın olduğu şekliyle tikel insan, insan bireyi olarak yorumlandığı takdirde bu söz, sansüalist-sübjektivist bir felsefeyi ifade eder. Yani gerçek, duylara dayalı olarak kişiden kişiye değişen bir nitelik taşır. Buna karşın "insan" tümel insan, insan cinsi olarak yorumlanırsa, bu takdirde zikri geçen söz, kritik-rasyonalist bir bakış açısını yansıtır demektir. Bunun anlamı ise evrensel, genel-geçer bir hakikatin var olduğu ve bunun rasyonel yoldan bilinebileceğidir. İlk bakış açısı, üniversal bir hukuka geçit vermez; zira hakikat gibi haklı ve haksız, âdil ve gayri âdil de görecelidir. İkincisi tam olarak evrensel bir hukuk anlayışına uygundur: Gerçek anlamda hak ve adalet vardır ve doğada gizlidir; insanın ödevi buna yaklaşmaya çalışmaktır<sup>234</sup>.

Sofistler'e göre, güçle kurulan iktidarın kontrol altında tutulmasını sağlayacak çok önemli bir mekanizma da, bir sözleşme ürünü olarak kurulan toplumun kendisidir. Daha önemlisi bunun vücuda gelmesinde gücün devreye girdiğini ifade etmişlerdir. Kallikles vb. sofistlerin güce yaptıkları vurgunun bu şekilde anlaşılması uygun görülebilir.

#### d. Sokrates

Sofistler, doğadan olan hukuk ile pozitif hukuku ayırmakla hukuksal anlamda doğal hukuk düşüncesinin kapısını aralamışlardır. Ne var ki Protagoras'ın *homo-mensura*'sında geçen (her şeyin ölçüsü olan) "insan"ın tümel anlamda mı, yoksa tikel anlamda mı olduğunun yeterince net olmaması, doğal hukukun evrensel, genel-geçer niteliği konusunda kuşkuya neden olmuştu. Sokrates<sup>235</sup>, bir yandan doğal hukuk-pozitif hukuk (orijinal ifadesiyle "Yazılı olmayan-

<sup>234</sup> Metinde de belirtildiği üzere, Protagoras'ın sözünde geçen 'insan'ın tikel insan olarak değerlendirilmesi, dolayısıyla *homo-mensura*'nın sansüalist-sübjektivist yorumu felsefe tarihinin genelinde görülür. Örnek olarak bk. WEBER, 40 ("Protagoras'ın hatası *antrophos* (insan) kelimesiyle genel olarak insanı değil, bireyi; yine genel olarak insan zihnini değil, tekil insanın zihnini kastetmesi ve dolayısıyla ne kadar birey varsa, doğrunun ve yanlışın da o kadar ölçüsü olacağını kabul etmesidir"); VON ASTER, 79 ("Protagoras için küllü olarak muteber olan bir hakikat yoktur"); GÖKBERK, 43 ("Protagoras'ın anlayışında herkesin doğru sayacağı bir yargıya varmak imkânsızdır"). DEL VECCHIO, 21 ("İnsan her şeyin ölçüsüdür; yani her fert realite hakkında şahsî bir görüşe sahiptir"). 'İnsan' tabirini tümel insan olarak değerlendiren, dolayısıyla söz konusu ifadeyi kritik-rasyonalist bir bakış açısının yansıması olarak değerlendiren yorum yenidir. Abadan'ın ifadelerinden anlaşıldığı kadarıyla (Bk. Honig'in ilgili makalesinin başındaki dipnot) bu yorum ilk olarak Ord. Prof. Dr. Richard Honig tarafından ortaya konmuştur. Honig, "Sofistler'de Tabii Hukukun Esasları" adlı makalesini (İ.Ü.H.F.M., 177-214, İstanbul 1937), aralarında Protagoras'ın *homo-mensura*'sı ve "Güç"e yapılan vurgu da dahil olmak üzere Sofistler hakkındaki yaygın yanlış telakkinin tashihine hasretmiş gibidir. Honig'in *Homo-mensura* ile ilgili görüşünü ortaya koyduğu yerlerden biri için bk. a.g.m., 209 vd. ("Şüphesiz ki, ben Sofistler'in bilgi nazariyesine ait nokta-i nazarlarını kritik realizm diye tavsif etmekle en münazaalı bir mübaheseye temas ediyorum...") Söz konusu makalenin mütercimi Prof. Dr. Yavuz Abadan da *homo-mensura*'yı Honig'le aynı doğrultuda değerlendirmeyi uygun görmüştür. Bk. ABADAN, *Hukuk Felsefesi Dersleri*, 120 ("Protagoras'ın insan-ölçüsü (*homo-mensura*)nü kritik bir rasyonalizmin ifadesi olarak da kabul mümkün, hatta akla daha yakındır"); "Tabii Hukukun Yeni Vechesi", 502 ("Protagoras'ın bu sözünü sansüalist bir sübjektivizm adesesinden mütaalaya kalkmayıp, kritik bir realizmin ifadesi olarak değerlendirmek doğru olur").

<sup>235</sup> İlk Çağ felsefesinin Sokrates öncesi ve Sokrates sonrası şeklinde iki döneme ayrılmasına neden olacak kadar önemli bir filozof olan Sokrates (M.Ö. 469-399), Aristophanes'in *Bulutlar*'ında alaycı bir tarzda işlediği gibi sofist kökenlidir. Gelenekleri eleştirmesi, pratik konulara ve genelde insan, özelde insanın eylemlerini nasıl

Yazılı olan hukuk”) ayırımını yapmak, diğer yandan da epistemolojik, etik ve dolayısıyla hukuksal alanda mutlak, evrensel ve genel-geçer hakikatler bulunduğunu söylemek suretiyle hukuksal anlamda doğal hukuk düşüncesini net biçimde ortaya koymuştur. Filozofa göre epistemolojik alanda neyin doğru, etik alanda neyin iyi ve dolayısıyla hukuksal alanda neyin âdil (haklı) olduğu konusunda mutlak ve kesin bilgiye ulaşılabilir. Bu sayede genel terim ve kavramlara varılabilir ve ulaşılan bu terim ve kavramlar, ontolojik bir gerçekliğe de karşılık gelirler<sup>236</sup>. Sözelimi “adaletin” doğru, genel-geçer bir tanımına ulaşabiliriz ve bu tanım adaletin kendisiyle özdeş olur.

Sokrates, iyi, doğru ve haklıya dair bilgiye ünlü “Sokratik Diyalogları” ile ulaşır. İki aşamadan oluşan bu diyalogların ilk aşamasında, söz konusu değerler hakkında görelî kanılara yol açan ve birçoğu toplum gibi uzlaşım sal kurumlardan tevarüs edilmiş olan sanılar (*doxa*), gerçeği yansıtmayan bilgiler, çelişkileri gün yüzüne çıkartılarak veya olguya uygun olmadıkları ortaya konularak çürütülür. Muhatabın aynı zamanda varoluşsal bir şok da yaşaması için bu ilk aşama alayla (*ironie*) tamamlanır. İkinci aşamada, bilgisizliği veya yanlış bilgilere sahip olduğu ortaya çıkartılan muhatap ikinci aşamada iyi, doğru ve haklıya dair gerçek bilgileri öğrenecektir. Ne var ki, bu öğrenme dıştan gelmeyip, muhatabın iç dünyasından kaynaklanacaktır. “Kendini

---

düzenlemesi gerektiği konularına eğilmesi yönüyle Sofistler’e benzemekle birlikte, bilgi ve ahlâk konusunda rölâtivizmin egemen olmayıp, genel geçer doğruların bulunduğu temel teziyle onlardan ayrılmakla kalmamış, onların ciddi bir muarızı olmuştur. Sokrates, arkasında yazılı eser bırakmamış, “gençliği yoldan çıkarmak ve Atina’ya yeni Tanrılar getirmek” suçlamasıyla yargılanıp ölüme gitmek pahasına da olsa düşünceleriyle tutarlı ve erdemli bir hayat sürerek felsefe tarihinin “Hakim” denince akla ilk gelen kişisi olmuştur. Yaşamı ve düşünceleri hakkındaki bilgi öğrencilerinden, özellikle de Platon’un *Diyalogları* ve Ksenophones’un *Sokrates’in Anıları*’ndan öğrenilmektedir. Söz konusu bilginin dolaylı olarak elde edilmesi nasıl ki, Sofistler’in aleyhine olmuşa Sokrates’inse lehine olmuştur. Ne var ki, bu bilgiler tilmizlerinin fikirleriyle karışık olduğundan iki Sokrates tipi bir birine çok da uymamaktadır: Ksenophones’in Sokrates’i bir metafizikçi olmaktan çok reform isteyen bir ahlâkçı iken, Platon’unki ise tam bir metafizikçidir (CEVİZCİ, *İlk Çağ Felsefesi Tarihi*, 89–93; VON ASTER, 94; GÖKBERK, 47–51; WEBER, 42; GÜRİZ, 163; DEL VECCHIO, 22, 23). Sokrates’in önemi kendisini özellikle felsefe tarihinin ilk etik teorisini olmasında ve insanı felsefenin konusu yapmasında, Cicero’nun ifadesiyle “Felsefeyi gökyüzünden yeryüzüne indirmesinde” gösterir (CEVİZCİ, *İlk Çağ Felsefesi Tarihi*, 89, 100; GÜRİZ, 161, 164). Sokrates’in etiği mutluluk ahlâkıdır. Bu, teleolojik bir etik olup, amaç mutluluk, araç ise erdemdir. Erdem, kişinin kendisini bilmesi, içindeki sesi (*Daimonian*) dinlemesi ve böylece iyiye ve doğruya dair içinde gizlenmiş olan gerçek bilgiyi keşfetmesiyle gerçekleşir. Ona göre bilgi ile erdem aynıdır ve bilen kişi kötülük işlemez. Sokrates neyin iyi olduğuna dair gerçek bilgiyi, karşısındakiyle girdiği diyalog sonucu ortaya çıkarır. “Sokratik Diyalog” adı verilen soru-cevaplı ve iki aşamalı bu diyalogun ilk aşamasında muhatabın yanlış bilgileri, çelişkileri ortaya çıkartılarak çürütülür. İkinci aşamada ise muhatabın içinde zaten var olan bilgi gün yüzüne çıkartılır (Doğurtma) (GÖKBERK, 42, 49; CEVİZCİ, *İlk Çağ Felsefesi Tarihi*, 100–106; VON ASTER, 93, 96, 98, 99; DEL VECCHIO, 23; GÜRİZ, 163).

<sup>236</sup> DEL VECCHIO, 23 (“(Sokrates’e göre,) Kanaatin mevzuu olan mahsusât âleminin tenakuzları üstünde, ilmin mevzuu olan makulât âleminin vahdeti vardır.”); WEBER, 42, 43 (“Onun (Sokrates’in) gözünde etik evrensel prensiplere dayanan, hakiki, kesin, pozitif bir bilimdir”, “Şu halde Sokrates’in meziyeti hiç olmazsa ahlâkta, özelden geneli çıkarmaya, bireyselden toplumsala ve evrensele yükselmeye çalışmış, genel vicdanı yeniden bulmuş olmak.”); GÖKBERK, 49 (“Elde etmek istediği kavramla nesnenin özünü kavrayabileceğini umar.”); CEVİZCİ, *İlk Çağ Felsefesi Tarihi*, 98, 101 (“Kişiden kişiye, toplumdan topluma değişmeyen bir takım genel geçer doğruların bulunduğu inanan Sokrates...”, “Onun etik görüşü aynı zamanda özcü, mutlakçı ve nesnelci bir etik anlayışı olmak durumundadır.”); GÜRİZ, 161 (“Sokrates bütün insanlığı kapsayan bir ahlâkın varlığı fikrini benimsiyor.”)

bilen<sup>237</sup>” ve içindeki sesi (*Daimonion*)<sup>238</sup> dinleyen kişi, söz konusu bilgileri öğrenecek ve böylece erdemli olacaktır<sup>239</sup>. Filozofa göre “erdem bilgidir” ve “kimse bilerek kötülük yapmaz”<sup>240</sup>.

Sokrates, diyalektiğindeki ikinci aşamayı “doğurtma (*mauetik*)” olarak nitelemekle, değerlerin insanın iç dünyasında gizlenmiş olduğunu ifade etmiş oluyor. Bu düşünce o zamana kadar, değerlerin doğada bulunduğu ve kozmosla uyum halinde bulunduğu takdirde idrak edilebileceği şeklindeki kozmik telâkkiye göre hümanist bir bakışı yansıtmaya yönüyle önemlidir.

Genel felsefesinin bir uzantısı olarak Sokrates, kanunları yazılı olan ve yazılı olmayan kanunlar olarak ikiye ayırmıştır. Yazılı kanunlar, vatandaşların rızalarıyla hazırlanan kanunlardır. Bunlar zaman ve mekâna göre değişiklik gösterirler. Yazılı olmayan kanunlar ise, bütün zamanlar ve bütün milletler için geçerli olup, ilahî iradenin ifadesidirler. Büyük ölçüde genel ahlâk anlayışlarıyla örtüşürler. Yapılan iyiliğe minnettarlık, akrabayı sayma, herkese iyilik yapmak, ibadet etmek yazılı olmayan kanunlardandır. Sokrates’e göre, her iki kanuna da uymak gerekir. Yazılı olmayan kanunlara uyma gereği açıktır. Yazılı kanunlara uyma gereği ise, önceki filozoflarda rastladığımız gibi yasaların doğanın, kozmik yasanın bir uzantısı olmasından kaynaklanmayıp, sözleşmeye dayalı olmaları, sözleşmeye aykırı davranmanın kamu yararını zedeleyecek olması sebebiyledir.<sup>241</sup>

#### e. Platon

Çalışmamızın, İlk Çağ Yunan felsefesinde doğal hukuk düşüncesini incelemekte olduğumuz bu kısımda sürekli olarak epistemoloji ile etikin koşutluğuna dikkat çekmeye çalışıyoruz. Zira doğal hukukun zemini evrensel ve genel-geçer bir “adalet” idesinin varlığına bağlı olup, bu ise, evrensel ve genel-geçer bir “doğru”nun ve aynı özellikteki bir “iyi”nin varlığına bağlıdır.

<sup>237</sup> Delphoi tapınağında yazılı olan “Kendini tanı!”, sözünden mülhem. CEVİZCİ, *İlk Çağ Felsefesi Tarihi*, 102; VON ASTER, 101; DEL VECCHIO, 23.

<sup>238</sup> Sokrates’in “Tanrısal bir ses” olarak nitelediği *Daimonion*’un mahiyeti, vicdan mı, sezgi mi, ilham mı olduğu tartışmalı bir konudur. CEVİZCİ, *İlk Çağ Felsefesi Tarihi*, 100; VON ASTER, 96; GÖKBERK, 50.

<sup>239</sup> Sokrates’te erdem araç olup, amaç, mutluluktur (*Eudaimonia*); yani kendi kendisini gerçekleştirme halidir.

<sup>240</sup> Aralarında mantıksal bir bağ bulunan bu iki önerme Sokrates’e ittifakla isnat edilmektedir. VON ASTER, 99. Erdemin bilgi olması, ahlâklılığın özünün gerçek iyi’nin ne olduğunu bilmek, anlamına gelir (GÖKBERK, 50). “Kimse kötülük yapmaz” sözü ise, kötü olan bir şeyin peşinden koşan kimse, onun peşinden o şey kötü olduğu için değil de, kendisi onun iyi olduğunu düşündüğü için gider, anlamına gelir (CEVİZCİ, *İlk Çağ Felsefesi Tarihi*, 106).

<sup>241</sup> GÜRİZ, 161, 164; DEL VECCHIO, 23, 24; ÖKTEM, *Hukuk Felsefesi ve Hukuk Sosyolojisi*, 87, 89; DE PAGE, 182.

Üstadı Sokrates gibi Platon<sup>242</sup>, un da öncelikli meselesi, sofistlerin rölâtif bilgi anlayışlarının aksine, mutlak ve kesin bir bilginin varlığını ortaya koymak olmuştur. Gerek etik ve gerekse siyaset felsefesini bu temel üzerine inşa etmeye çalışmıştır.

<sup>242</sup> Alfred North Whitehead'ın ifadesiyle "Bütün bir felsefe tarihinin, kendisine düşülmüş dipnotlardan ibaret olduğu" aristokrat Platon (M.Ö. 427-347)'un felsefesi, bir sentez felsefesidir. Onun fikirleri üzerinde en başta Sokrates, daha sonra Parmenides, Herakleitos ve Pythagoras'ın etkisi vardır (CEVİZCİ, *İlk Çağ Felsefesi Tarihi*, 119; WEBER, 51). Hocası Sokrates'in Atina'daki demokratik rejimin kararıyla idam edilmesi üzerine yurdunu terk ederek bir dizi seyahat yapmış ve özellikle İtalya ve Mısır'da görüp öğrendikleri, felsefesinin oluşumunda önemli bir etkiye sahip olmuştur (CEVİZCİ, *İlk Çağ Felsefesi Tarihi*, 118, 119; VON ASTER, 108-112; GÖKBERK, 57-59; WEBER, 49). Atina'ya dönünce, tarihte ilk üniversite kabul edilebilecek olan ve etkisi asırlarca devam eden *Akademia*'sını kurmuştur (VON ASTER, 112, 150). Geride bıraktığı, diyalog tarzında yazılmış otuzdan fazla eser, XIX. yy.'da aidiyet ve kronoloji açısından incelenmiş ve genel olarak gençlik, geçiş, olgunluk ve yaşlılık dönemi olmak üzere dört gruba ayrılmıştır (Platon'un eserleri için bk. CEVİZCİ, *İlk Çağ Felsefesi Tarihi*, 119-121; VON ASTER 112, 122; WEBER, 49-50). Üstadı Sokrates gibi, Platon da ilk olarak bilgi problemiyle uğraşmıştır. Zira mutlak ve kesin bir bilgiye ulaşamadığı takdirde, mutlak bir doğru ve iyi'ye de ulaşamayacaktır. Duyulur âlem sürekli değiştiği için (Herakleitos), bize kesin bilgi veremez. Oysa çeşitli öznelerle ilgili olarak ortak yükümler (genel kavramlar) kullanabiliyor, örneğin "Ahmet, Mehmet, Ayşe insandır", diyebiliyor ve birbirimizle anlaşabiliyoruz. Ayrıca matematik aksiyomlar da bize mutlak ve kesin bilginin bulunduğunu gösteriyor. Sözelimi üçgenin iç açılarının toplamının 180 derece olması evrensel, genelgeçer bir gerçektir. O halde Platon'da, biraz da dogmatik olarak, mutlak ve kesin bir bilginin bulunduğu inancı vardır. Peki, bu bilgiyi sürekli değişen duyular dünyasında bulamadığımızı göre nasıl bilebiliriz? Kesin bilgi genel kavramların, ideaların bilgisidir (CEVİZCİ, *İlk Çağ Felsefesi Tarihi*, 121- 125; VON ASTER, 123-127). İdealar ontolojik gerçekliğe sahiptir. Dolayısıyla burada Platon'un metafiziğine geçilmesi gerekiyor. Filozofa göre duyular dünyası ve İdealar dünyası olmak üzere iki dünya vardır. Duyular dünyası sürekli değiştiği için gerçek bir varlığa sahip olamaz (Parmenides). Sabit, değişmez, ezeli-ebedî, zaman ve mekândan uzak olan, kendi içinde hiyerarşi oluşturan ve en üstte "İyi" İdeası bulunan İdealardan oluşan "İdealar dünyası" ise gerçektir; hatta yegâne gerçektir (Kavramsal realizm) (VON ASTER, 127, 128; GÖKBERK, 63; WEBER, 53). Duyulur dünyadaki eşyalar (fenomenler) varlıklarını, İdealardan pay almalarına borçludurlar. "Pay alma", İdea'nın bir cüz'unü almak değildir; aksi takdirde İdea'da sürekli bir azalma olurdu. Peki, sabit ve hareketsiz olan İdeaların duyulur nesnelere etkilemesi nasıl gerçekleşir? İşte burada da Platon, Tanrı (*Demiurgos*) kavramını devreye sokar. Tanrı, İdeaları esas alarak, saf form olan İdealar dünyasını şekilsiz maddeye aktarır ve böylece duyulur dünya meydana gelir. Bir diğer ifadeyle Tanrı model olan İdealar'a bakarak fenomenleri yaratır ve böylece kozmos oluşur. Bununla birlikte Platon'da Tanrı'nın söz konusu işlevin ötesinde en yüksek İdea olan "İyi" İdeası ile bir ve aynı şey olduğu yorumu daha ağırlıklı görünmektedir (CEVİZCİ, *İlk Çağ Felsefesi Tarihi*, 125, 125, 141-148; VON ASTER, 129-131; GÖKBERK, 69-72; WEBER, 52-57, 61, 64. Özellikle Tanrı'nın konumuyla ilgili olarak bk. WEBER, 57). Platon'un epistemolojisinde mutlak ve kesin bilginin bilinebilmesi meselesinin anlaşılabilirliği için bir de filozofun, ruh göçü (tenasüh) akidesini de içeren Orphik dininin de etkisiyle, ruhun ölümsüzlüğüne dair kanaatini de bilmek gerekir. Buna göre ruh daha önce İdealar âleminde bulunmuş, orada İdealar'ı ve dolayısıyla genel kavramları bilmiş, ancak dünyaya düşüp bedene hapsolunca bildiklerini unutturmuş. İşte bundan dolayı Platon'a göre mutlak ve kesin bilgi, *a priori*dir ve hatırlama (*anamnesis*) yoluyla gerçekleşir (CEVİZCİ, *İlk Çağ Felsefesi Tarihi*, 127, 128; VON ASTER, 131-133; GÖKBERK, 61, 62; WEBER, 63). Hatırlamanın gerçekleşmesi, kişiyi sürekli değişen duyular dünyasından uzaklaştırıp kalıcı olan soyut bir âleme alıştıran matematik ilimlerle (*quadrivium*: aritmetik, geometri, astronomi, harmoni) ve özellikle de felsefeyle uzun yıllar uğraşmanın yanı sıra etik boyutu da olan ve nihayetinde yine de mistik bir tecrübeyle özel bir sezgi sonucu oluşan bir süreçtir. (CEVİZCİ, *İlk Çağ Felsefesi Tarihi*, 146; GÖKBERK, 65; WEBER, 51, 56, 58) Zira kişi, kendi kendisini etik yoluyla gerçekleştirebilir. Ruhta iyiye, doğruya, güzele, mükemmele ve mutluluğa yönelik bir eğilim (*eros*) bulunmakla birlikte insanın bunları maddî şeylerde arama ihtimali bulunduğu için, kişinin kendisini gerçekleştirmesinin temeli, ruhunun ahenk içinde bulunmasına; ruhu oluşturan üç temel parçanın, yani akıl, irade ve iştihanın, kendilerinden beklenen erdemlere, aklın bilgelik ve adaletle, iradenin cesarete ve iştihanın ölçülülüğe sahip olması gerekir (CEVİZCİ, *İlk Çağ Felsefesi Tarihi*, 149-155; VON ASTER, 135; GÖKBERK, 63). Platon'un siyaset felsefesinde ise özellikle iki husus dikkati çekmektedir. Birisi tümel iyi olmadan tikelin de iyi olamayacağı esasından hareketle, insanların geneli tek başlarına yetkinliğe ulaşamayacakları için, bireyin iyiliğinin devletin de iyi olmasına bağlı olması; diğeri ise devletin organizmaya benzetilmesi ve organizmadaki akıl, irade ve iştihâ parçalarına koşut olarak, devlette de yönetici (filzof-kral), asker ve üretici tabakalarının bulunmasıdır (CEVİZCİ, *İlk Çağ Felsefesi Tarihi*, 155-159; VON ASTER, 110, 111, 135-148; GÖKBERK, 65-68, GÖKBERK, 73).

Platon'un epistemolojisinin bir ayağı ki, "İdealar Nazariyesi"dir, ontolojik gerçekliğe sahip olduğundan öncelikle ontolojisini hatırlamakta yarar vardır. Bilindiği gibi onun ontolojisi, biri duyulur dünya ve öteki İdealar dünyası olmak üzere iki uçlu bir dünyayı öngörmektedir. Duyulur dünya sürekli değişen, gelip geçici fenomenlerin dünyasıdır. İdealar âlemi ise sabit, değişmeyen, ezeli-ebedî İdeaların dünyasıdır. Aslında gerçekten var olan, yalnızca İdealardır. Duyulur dünyadaki fenomenler varlıklarını, İdealardan pay almalarına borçludurlar. Fenomenler sürekli değiştiklerinden mutlak ve kesin bir bilginin konusu olamazlar. Böyle bir bilgi ancak sabit, değişmez şeylere dair olabilir ki, bunlar İdealardır.

Platon farklı bir dünyada bulunan İdeaların bilinmesini ise, hatırlama teorisiyle açıklamıştır. Buna göre ruh, daha önce İdealar dünyasında idi ve orada İdeaların, genel kavramların bilgisine sahip olmuştu. Dünyaya düşünce bildiklerini unuttu. Bunları tekrar hatırlayabilmesi için insanın, bir yandan kendisini duyular dünyasından uzaklaştırıp soyut bir dünya olan İdealar dünyasına yaklaştıracak matematik bilimlerle uğraşması, diğer yandan da etik açıdan kendisini gerçekleştirmesi, yetkinleşmesi gerekmektedir. Bu süreç sonucunda hem erdem ve hem de erdemle eş anlamlı olan bilgiyi elde etmiş olacaktır.

Metafizik, epistemoloji ve etik anlayışıyla iki kutuplu bir felsefe çizen, tercihini daima soyut ve ötelere olandan yana kullanan ve böylece doğal hukuka zemin hazırlamış olan Platon'un hukuk ve siyasete dair kanaati de, genel felsefesine koşut olarak "olan ve olması gereken" olmak üzere düalist bir yapı arz eder. Hukuk felsefesini siyaset felsefesi kapsamında değerlendirebileceğimiz Platon'da dikkat çekici yön, olması gereken olarak gördüğü (ideal) devlet modelini *Devlet*'te yazılı olarak etraflıca anlatıp bunun aynen uygulanabileceğini düşünmüş, hatta buna yeltenmiş, fakat karşılaştığı olumsuzluklar üzerine *Kanunlar*'da daha gerçekçi bir modele geçmiş olmasıdır.

Platon'un siyaset felsefesi etik amaçlıdır. Onun deyimiyle "Yığın hiçbir zaman filozof olamayacağı" için, yani üç parçalı ruhunda akıldan değil de, genelde iştihastından emir alacağı için bir topluluk içinde yaşaması gerekir<sup>243</sup>. Platon'un toplum sözleşmesi, salt maddî gereksinimler için değil, aynı zamanda ve özellikle etik kaygılarla oluşturulmuş bir sözleşme özelliği taşır<sup>244</sup>. İnsanlar devleti oluşturdukları gibi, devletler de insanları oluşturur; yani birey içinde bulunduğu devlete göre şekillenir<sup>245</sup>. Devlet iyi ise, birey de iyi olur.

<sup>243</sup> DEL VECCHIO, 25; GÖKBERK, 66; CEVİZCİ, *İlk Çağ Felsefesi Tarihi*, 155; WEBER, 64.

<sup>244</sup> CEVİZCİ, *İlk Çağ Felsefesi Tarihi*, 155.

<sup>245</sup> VON ASTER, 137.



Bu noktada Platon, kötü devlet biçimlerinden söz ettikten sonra kendi ideal devletini ortaya koymuştur. Filozofa göre, dört çeşit kötü devlet biçimi vardır. Birincisi, askerler tarafından yönetilen, militarist bir yönetim biçimi olan “timokrasi”dir. Böyle bir devlette şan ve şöhret temel amaçtır ve bu, devletin vatandaşlarına da yansır. İkinci devlet türü, zenginlerin yönetici olduğu “oligarşi (plütokrasi)”dir. Böyle bir devlette zenginlerle fakirler arasındaki uçurum, bu iki kesimin birbirlerinden nefret etmelerine ve temel amacın zenginlik olmasına yol açar. Üçüncü yönetim şekli, yönetimin bütün vatandaşlarca paylaşıldığı “demokrasi”dir. Demokratik rejimler, halk meclislerini sürükleyen demagoglar tarafından etkilenir ve bu tür rejimlerin vatandaşlarına akıldan çok, heyecan hâkimdir. Dördüncü kötü yönetim biçimi ise, diktatörlerin egemen olduğu “tiranlık”tır. Bu tür rejimler ya diktatör ya da köle ruhlu insanlar yetiştirir ve böyle rejimlerde sürekli ihtilaller yüzünden istikrar olmaz<sup>246</sup>.

Bu rejimler içinde Platon’un en fazla nefret ettiği, üstadı Sokrates’in de idamına karar vermiş olan demokrasidir. Kendi ideal devlet tipi ise tam bir aristokrasidir<sup>247</sup>. Haddizatında filozofun ideal devlet modeli, kendi döneminin devletlerinden Sparta’daki yönetim biçiminin biraz da hayali olarak geliştirilmiş bir türüdür<sup>248</sup>.

Platon devlet tasavvurunu, devleti organizmaya benzeterek kurmuştur. Bilindiği gibi, Platon’a göre ruh, kendi aralarında hiyerarşi oluşturan üç parçadan oluşur: Akıl, irade ve iştihâ. Akıl, anlama, kavrama ve hakikati keşfetme özelliğine sahiptir. Duygu ve tutkularla yoğrulmuş olan irade, en altta bulunan iştihâyı denetler. İştihâ ise, yaşamın sürmesini de sağlayan bedensel istek ve arzuları ifade eder. Ruhun bu üç parçasıyla ilgili, dört temel erdem vardır. İştihânın erdemi, ölçülülük, iradenin erdemi cesaret, aklın erdemi bilgelik olup her bir parçanın üzerine düşeni yerine getirmesi anlamına gelen ve akıl tarafından denetlenen, üçünün de sahip olması gereken erdem ise adalettir. İnsanın mutluluğu, aklın denetimiyle, ruhun üç parçasının kendilerinden beklenen erdemleri yerine getirmeleri suretiyle ahenk içinde olmasıdır<sup>249</sup>.

İnsan ruhindaki bu üç parçaya koşut olarak ideal devlette de üç tabaka vardır: Akla karşılık olarak yöneticiler, iradeye karşılık olarak askerler ve iştihâya karşılık olarak üreticiler (işçiler, köylüler ve zanaatkârlar) tabakası. Kişide ruhunun hangi parçası ağırlıkta ise, ona göre ilgili tabakada yerini almalıdır. Yöneticilerin görevi, kamu yararını sağlayan politikalar gütmek, yasalar çıkarmak ve vatandaşların devlet içinde yetişmesini sağlamak olup, onlara yakışan erdem bilgelik ve adalettir. Askerlerin görevi, devleti iç ve dış düşmanlardan korumak, yasaların

<sup>246</sup> VON ASTER, 137, 139; GÜRİZ, 168; ÖKTEM, *Hukuk Felsefesi ve Hukuk Sosyolojisi*, 98.

<sup>247</sup> GÜRİZ, 166; ÖKTEM, *Hukuk Felsefesi ve Hukuk Sosyolojisi*, 98; CEVİZCİ, *İlk Çağ Felsefesi Tarihi*, 159; GÖKBERK, 67.

<sup>248</sup> DEL VECCHIO, 27; GÜRİZ, 168.

<sup>249</sup> CEVİZCİ, *İlk Çağ Felsefesi Tarihi*, 148–155; GÖKBERK, 63, 72; WEBER, 64.

uygulanmasını sağlamak olup, erdemleri cesarettir. Üreticilerin ki, halkın çoğunluğunu oluştururlar, görevi toplumun devamı için gerekli olan üretimi ve ekonomik faaliyetleri yürütmek olup, onlardan beklenen erdem ise ölçülülük ve itaattir. Bütün tabakalarla ilgili bir erdem de herkesin üzerine düşen görevi yerine getirmesi anlamında adalettir. Üreticilerin asgari düzeyde eğitim görmeleri yeterlidir. Askerler beden eğitimi ve müzik dersi alarak ruhlarını geliştirir, cesaretlerini denetler ve görev bilincine sahip olurlar. Yöneticiler ise askerlerin aldığı eğitime ek olarak felsefe eğitimi alırlar; ta ki, devleti hikmetle yönetebilsinler ve uygun yasalar çıkarabilsinler. Görüldüğü gibi, İnsan bedeninde aklın söz sahibi olması gerektiği gibi, Platon'un devletinde yönetici, filozof-kral olmalıdır<sup>250</sup>.

Platon, devletin bütünlük ve ahengini sağlamak amacıyla birtakım önlemleri gerekli görmüştür. Bunlar aile ve mülkiyet konusundaki sınırlamalardır. İdeal devlette en alt tabakaya, yani üreticiler tabakasına ne evlenmeleri, çocuk yapmaları ve ne de mal edinmeleri konusunda müdahale edilmez. İkinci ve birinci tabakanın özel mülk edinmeleri yasak olup, birinci tabakanın, yani yöneticilerin aile kurmaları da yasak, askerlerin ise sınırlıdır. Askerler kendi iradeleriyle aile kuramazlar; onların ne şekilde evlilik yapacaklarına, kimlerle evleneceklerine yöneticiler karar verir. Burada amaç, bir saf ırk, üstün insan oluşturmaktır. Dünyaya gelen çocuklar da ailelerine bırakılmayıp devlet tarafından alınır ve özel olarak yetiştirilir. Aile ve mülkiyetin yasaklanma nedeni olarak, bunların devlete bağlılığı önleyici etkileri gösterilmiştir<sup>251</sup>.

Böyle bir devletin ideal bir devlet olduğundan asla kuşku duymamış olan Platon<sup>252</sup>, söz konusu modelini, Sicilya'ya gittiği zaman Syrakusa'da tanıştığı ve yakın dostluk kurduğu kralın kayın biraderi Dion aracılığıyla iki defa uygulamaya geçirmeye yeltenmiş olmasına rağmen başarılı olamamış, nihayet Dion yönetime geçtiği zaman uygulama imkânı bulacağını düşünüp İtalya'ya gitmiş, ne var ki, Dion'un öldürülmesi üzerine düşüncesi gerçekleşmemiştir<sup>253</sup>.

Bir yandan başarısız Syrakusa deneyimi, bir yandan gözlemlediği diğer olaylar, Platon'un, devlete dair düşüncelerinde değişiklikler yapmasına neden olmuştur. Filozof yeni düşüncelerini *Kanunlar*'da işlemiştir. Eserin ana fikri, Platon'un şu cümlesinde veciz biçimde ifade edilmiştir: "Eğer insanlar birer Tanrı veya melek olsalardı, hakikaten ideal bir devlet

<sup>250</sup> GÜRİZ, 166, 167; CEVİZCİ, *İlk Çağ Felsefesi Tarihi*, 155–157; VON ASTER, 140–144; GÖKBERK, 66, 67, 70; ÖKTEM, *Hukuk Felsefesi ve Hukuk Sosyolojisi*, 96, 97; WEBER, 64; DEL VECCHIO, 25.

<sup>251</sup> GÜRİZ, 167; VON ASTER, 142; CEVİZCİ, *İlk Çağ Felsefesi Tarihi*, 157; ÖKTEM, *Hukuk Felsefesi ve Hukuk Sosyolojisi*, 97; WEBER, 64; DEL VECCHIO, 26.

<sup>252</sup> CEVİZCİ, *İlk Çağ Felsefesi Tarihi*, 157.

<sup>253</sup> Platon'un bu konudaki deneyimlerinin anlattığı eseri *VII. Mektup*'tur (PLATON, *VII. Mektup*, (çev.. Aziz YARDIMLI-Deniz CANEFE), İdea y., İstanbul 1997).

düşünmek mümkün olurdu. Fakat ne yapalım ki, insanlar ne Tanrıdırlar ne de melektirler. Bundan dolayı iktidar mevkiini suiistimal etmemek için idarecileri muayyen kanunlarla bağlamak herhalde doğru olacaktır<sup>254</sup>. Buradan da anlaşılacağı üzere, *Devlet*'te mutlak bir yetkiye sahip olan yönetimin yerine *Kanunlar*'da bir hukuk devleti önerilmekte, yöneticilerin de yasalarla bağlı olması tavsiye edilmektedir. Yeni devlet modelinde aile ve mülkiyet kısıtlaması, vatandaşların devleti kendilerine yeğleyecek bir eğitimden geçirilmeleri koşuluyla, insan doğasına aykırı olduğu gerekçesiyle ortadan kalkmıştır. *Devlet*'te önerilen üçlü sosyal tabakalaşmanın yerine orta sınıfa vurgu yapılmıştır. Yine daha önce göz ardı edilen ekonomik hayat, *Kanunlar*'da önemli bir yer tutmuştur. Platon'un bu eserinde önem kazanan bir diğer konu da dindir. Filozof, Protagoras'ın sözüne telmihte bulunarak "Her şeyin ölçüsü insan değil, Tanrı'dır", demiş, vatandaşların her şeyden önce Tanrı'ya saygılı olacak şekilde yetiştirilmeleri gerektiğini önermiştir. Bu bağlamda *Devlet*'te, bireyin devlete göre şekillenmesi önerilirken, *Kanunlar*'da buna ek olarak devletin de kozmosa göre düzenlenmesi üzerinde durulmuştur<sup>255</sup>.

Nihayet, Platon'da bireysel anlamda kişinin ruhunun ahenk içinde olması, siyasal anlamda ise, herkesin üzerine düşeni yerine getirmesi anlamına gelen adalet *Devlet*'te uygulamalarında bütünüyle serbest olan filozof-kral aracılığı ile gerçekleşirken, *Kanunlar*'da ise yasalara bağlanmış ve böylece hukuk güvenliğine vurgu yapılmıştır<sup>256</sup>.

Platon'un, siyaset felsefesinde "hiçbir yerde bulunmayan" anlamına gelmek üzere *utopia* adı verilen<sup>257</sup> devleti, tıpkı doğal hukuk gibi duyular dünyasında gerçekleşmesi imkânsız olan ve mevcut devletlerin kendilerine olabildiğince yakınlaşmaya çalışmaları gereken bir model olarak tasavvur edilmeliydi. Duyulur dünyadaki fenomenler nasıl ki, İdealar'dan pay aldıkları ölçüde var olabiliyorlarsa, yine duyulur dünyadaki bütün nesnelere gibi, gelip geçici olan dünya devletlerinin de ideal devlete, devlet İdeasına benzedikleri ölçüde asıllarına sadık kalabilecekleri ve İdeaların, kendi dünyalarından çıkıp da bütünüyle duyular dünyasında var olmaları nasıl imkânsız ise, ideal devletin de ancak İdealar dünyasında var olabileceği, Platon tarafından, deneyime gerek kalmaksızın hesaba katılmış olmalıydı.

#### f. Aristoteles

Antik Yunan'daki her bir birey gibi, Aristoteles<sup>258</sup> için de insanın nihai amacı iyilik ve mutluluktur (*eudamoniai*)<sup>259</sup>. Mutluluğa giden yol ise, her bir varlığın, kendisini diğer

<sup>254</sup> VON ASTER, 146.

<sup>255</sup> VON ASTER, 145-147; GÜRİZ, 168-170; GÖKBERK, 73; DEL VECCHIO, 26, 27.

<sup>256</sup> GÜRİZ, 169; WEBER, 64; DEL VECCHIO, 25; CEVİZCİ, *İlk Çağ Felsefesi Tarihi*, 158.

<sup>257</sup> VON ASTER, 144.

<sup>258</sup> Bir filozof ve aynı zamanda bir doğa bilgini olmasında etkili olan hekimlik geleneğine sahip bir aileye mensup, İlk Çağ felsefesinin zirve ismi Aristoteles (M.Ö. 384-322), yirmi yıl süreyle Platon'un öğrencisi olmuş, Büyük

İskender'e hocalık yapmış, M.Ö. 335'te, Platon'un *Akademia*'sını gölgede bırakacak olan ünlü Lise (*Lykeion*)'sini kurmuştur. Derslerini okulun ağaçlı bahçesinde yürüyerek verdiği için Lise'ye "Peripatetik Okul" da denmiştir (CEVİZCİ, *İlk Çağ Felsefesi Tarihi*, 159, 160; VON ASTER, 151-154; GÖKBERK, 74, 75; WEBER, 67). Büyük İskender'in Asya seferine giderken beraberinde götürdüğü bilim heyetinin topladığı malzemelerden de büyük ölçüde yararlanarak (VON ASTER, 153), İlk Çağ'da bilinen bütün bilim dallarına dair eser vermiş olan (WEBER, 68) Aristoteles'in yapıtları kendisi tarafından yayımlanmadığı için, ilk olarak M.S. I. yy.'da bir peripatetisyen olan Rodos'lu Andronikos tarafından bulunup tasnif edilerek yayımlanmasıyla gün yüzüne çıkmıştır. Bir eserde çok farklı konuları ele alan hocası Platon'dan farklı olarak, her bir yapıtta müstakil bir konuyu sistematik bir tarzda ele alan Aristoteles'in eserlerini ana konuları itibarıyla sekiz başlık altında toplamak mümkündür: 1. Mantık 2. Doğa Bilimleri 3. Psikoloji 4. Zooloji 5. İlk Felsefe (Metafizik) 6. Etik 7. Siyaset 8. Edebî Eleştiri (CEVİZCİ, *İlk Çağ Felsefesi Tarihi*, 160-162; GÖKBERK, 75, 76). Aristoteles'in felsefesinin temelini ontolojisini yerleştirmek uygun görünmektedir. Filozofun, "Gerçekten var olan nedir?" sorusunu sorarken, ontolojik anlamdaki temel kaygısı, varlık ve oluş paradoksunu çözümlenebilir gibi görünüyor. Filozof bu sorunu gerçek varlık olarak, madde-form ikilisinden oluşan, yalnızca ne ide ne madde ve ne de hareket olmayıp, bunların hepsi olan bireysel tözü (cevher) kabul ederek çözmeye çalışmıştır. Madde, bireysel varlıkta (mesela Ali isimli bir adam) "Bu nedir?" sorusuna karşılık olarak, değişmeyi ifade ederken (Ali örneğinde Ali'nin insanlığı), form ise "Bu şudur." Cümlesine karşılık olarak, değişeni (somut bir varlık olarak Ali) gösterir. İşte gerçekten var olan, "olmakta olan madde"dir. Dolayısıyla hem varlık ve hem de oluş bireysel tözün varlığı için kaçınılmazdır. Madde ve forma, formun analiz edilmesi sonucunda ortaya çıkan fail neden ile ereksel (gaf) neden eklenince, var olan şeylerin değişimini sağlayan "dört neden" ortaya çıkar. İki temel nedenden madde, Aristoteles'e göre potansiyelliği, form ise aktüelliği temsil eder. Buna göre form, sürekli olarak maddesine şekil verir; madde ise sürekli olarak şekil almaya uygundur. Madde ve form olma, aslında görecelidir. Sözgelimi cam, toprağa göre form, fakat bardağa göre maddedir. Bütün maddelerin temelinde ise, her türlü formu almaya müsait olan "ilk madde" vardır. Madde-form birlikteliği olduğu sürece değişim ilerleyerek, form yönünde sürüp gider. Değişimin son noktası ise "saf form"dur. Saf form, Tanrı'dır; onda madde yoktur; kendisi hareket etmemekle birlikte, varlıktaki hareketi başlatmıştır. Bunu, sahip olduğu cazibe ile bütün varlığı kendisine doğru çekmek suretiyle yapmıştır (CEVİZCİ, *İlk Çağ Felsefesi Tarihi*, 171-188; VON ASTER, 161-168; GÖKBERK, 77-85; WEBER, 70-75; ÖKTEM, *Hukuk Felsefesi ve Hukuk Sosyolojisi*, 100, 101). Aristoteles'in bütün bilimler için kaçınılmaz bir araç (*Organon*) olarak gördüğü mantığı ve bilgi felsefesi ontolojisiyle organik ilişki içindedir. Bir kere Aristoteles, bilginin mümkün olduğu ve kesin bilginin tümelele ait bilgi olduğu konusunda hocası Platon'la hemfikiridir. İnsanı diğer hayvanlardan ayıran özellik, deneyimlerinden, duyu algılarından hareket ederek tümel olan yargılara (küllî kaziyelere) varabilmesidir. Tümevarım yoluyla elde edilen bu genel yargılardan daha sonra tikel sonuçlar çıkarılır. Aynı zamanda bilimsel bilgiyi sağlayan bilimsel kanıtlama (*apodeixis*) yöntemi olan bu işlem, öncüllerden zorunlu sonuçlar çıkarma esasına dayanan tasım (kıyas, *sylogism*) yoluyla gerçekleşir. Tasımda yer alan önermeler özne ve yüklemden meydana gelir (Örneğin 'Ali ölümlüdür' önermesinde 'Ali' özne, 'ölümlü' yüklem ve 'dür' bağlaçtır). Özneye yüklenebilecek yüklem, aynı zamanda Aristoteles'in epistemolojisindeki kategorilere karşılık gelir (İslâm düşüncesinde "Makûlât-ı Aşere" olarak geçen bu 9. Edilim (İnfial)). Dikkat edilirse bu kategoriler aslında dilden alınmıştır. Dolayısıyla, Müslüman Arapların çok isabetli olarak "Nutk" tabiriyle ifade ettikleri gibi, düşünmek ile konuşmak birbirine koşut iki ameliyeyi ifade etmektedir. Son tahlilde dilin de varlıktaki objelerin zihne yansımaları olduğu dikkate alındığında, Aristoteles'te kategorilerin aslında varlığın kategorileri olduğu ortaya çıkmış olur. Aristoteles'in ontolojisinde gerçekten var olan, bireysel tözler, tekil varlıklardır. Mantık ve epistemolojisi ile ontolojisi arasındaki ilişki burada kendisini göstermektedir. Şöyle ki, bir tözün varlığı hem diğer tözlerle paylaştığı maddesinin (Ali'nin insanlığı) ve hem de yalnızca kendisine özgü olan formunun (Somut bir insan olarak Ali) varlığına bağlıdır. Bunun gibi bir tözün bilinebilmesi de onun hem genel anlamda ne olduğunun (örnekte insanlık) ve hem de özel, somut bir varlık olarak ne olduğunun bilinmesine (Ali olmaklığı) bağlıdır. Önce söz konusu genel kavrama tümevarım yoluyla, sonra da tikel varlığa tümdengelim yoluyla ve tasım aracılığıyla ulaşılır. Aristoteles'e göre, bilimsel bilginin elde edilebilmesi için gerek kavramların ve gerekse önermelerin geriye, en tümelele doğru götürülmesi gerekir (Sözgelimi Ali→insan→hayvan→cisim→varlık). Önermeler geriye doğru götürüldüğünde bilginin ilk ilkelerine ulaşılır. Çelişmezlik, üçüncü halin imkânsızlığı gibi temel ilkeler, filozofa göre kanıtlanmaya gereksinim göstermeyecek kadar açıktır. İnsan zihninin tamamen rasyonel olan parçası, Aristoteles'in sisteminin gereği olarak Tanrı olması gereken *Nous*'tan (WEBER, 84) pay alabildiği için bu ilk ilkeleri kavrayabilir (CEVİZCİ, *İlk Çağ Felsefesi Tarihi*, 169, 170, 188-199; VON ASTER, 157-159; GÖKBERK, 78, 80; WEBER, 69; ÖKTEM, *Hukuk Felsefesi ve Hukuk Sosyolojisi*, 102-104). Aristoteles'in, siyaset felsefesine de temel teşkil eden, ruha ve etike dair görüşleri de ontolojisine bağlıdır. Nasıl ki, töz madde ve formun bütününden oluşmuşsa ve bunlardan yalnız birisine indirgenemezse, bunun gibi insan da beden ve ruhtan oluşmuştur ve bu ikisinden birisine indirgenemez. Bedenin kendisine rehber edinmek durumunda olduğu ruh, aralarında hiyerarşi bulunan üç fonksiyonun bileşimidir: En altta, doğma, büyüme, beslenme gibi yaşamsal fonksiyonları sağlayan bitkisel ruh; bunun üstünde duyum yeteneğine sahip olan hayvansal ruh; ve en üstte akıl yetisine sahip insanî ruh vardır. İnsan

varlıklardan ayıran ve dolayısıyla kendisinin amacı olan özelliğinden geçer<sup>260</sup>. Bu özellik, insan için akıldır. İnsan, mutlu olmak istiyorsa rasyonel bir faaliyet içinde olmalıdır. Bunun anlamı, yalnızca, insanın eylemlerini aklının denetimine sokması olmayıp, bunun dışında ve ötesinde salt düşünmedir de. Zira insan zihni, biri teorik (bütünüyle rasyonel olan) ve diğeri pratik (bütünüyle rasyonel olmayıp pratik boyutu da olan) olmak üzere iki kısımdan oluşur. Özdeşlik ve çelişmezlik gibi düşüncenin ilk ilkelerine sahip olan ve tanrısal *Nous*'tan pay alan teorik akıl (aktif zihin)<sup>261</sup>, ezeli-ebedî olan objeleri, salt teorik meseleleri konu edinir. İnsanın eylemlerine yön verme görevi, pratik akla aittir. Aristoteles'e göre düşünceye dalmış (*kontemplatif*) bir varlık olan Tanrı'nın fiiline benzerliğinden dolayı teorik akıl, pratik akıldan üstündür<sup>262</sup>.

Doğası gereği sosyal bir varlık (*Zoon politikon*) olan insanın<sup>263</sup>, var oluş amacı ve mutluluğunun teminatı olan düşünme ve eylemlerini aklıyla yönlendirme edimi, ancak bir topluluk içinde gerçekleşebilir. İşte bu nedenle, bireyin yetişmesi ve amacına ulaşabilmesi için Aristoteles, devleti gerekli görmüştür. İnsanlar birleşerek aileleri, aileler köyleri, köyler ise devleti oluşturur. Filozofa göre bütün, parçadan önce olduğundan devlet, bireyden öncedir ve Sofistler'in kanaatinin aksine yapay (*nomos*) olmayıp doğaldır (*fizis*)<sup>264</sup>.

---

ruhu rasyonel ve irrasyonel (akıl dışı) olmak üzere iki kısımdan oluşur. İrrasyonel kısmı denetleyen ve yönlendiren rasyonel kısım da kendi içinde, tamamen rasyonel olan, hakikate pratik amaç gütmeksizin yönelen ve bilginin ilk ilkelerine sahip olan parça ile tamamen rasyonel olmayan, dünyevî işlerle uğraşan ve eylemlere yön veren parça olmak üzere ikiye ayrılır. İlk parça felsefi bilgeliğin, ikinci parça ise etiğin kaynağıdır. Dış etkilere açık olan irrasyonel kısım, rasyonel kısım tarafından yönlendirilmediği takdirde duyguların esiri olabilir (CEVİZCİ, *İlk Çağ Felsefesi Tarihi*, 199-201; VON ASTER, 171; WEBER, 83-85; GÖKBERK, 86, 87; GÜRİZ, 171). Bu noktada Aristoteles'in etiğinden söz edilebilir. Ruhun irrasyonel kısmının güdümüne girmek, kişiyi haz etiğine götürür. Oysa Aristoteles geçici mutluluk veren haz etiğine karşı olup, sürekli bir mutluluğun peşindedir. Filozofa göre, böyle bir mutluluğun yolu, ontolojisinde de ele aldığı üzere, her varlığın, kendisini diğer varlıklardan ayıran özelliğine uygun olarak eylemesinden geçer. İnsan için bu özellik akıldır. İnsan, aklını kullanarak, yani düşünerek ve aklıyla eylemlerini yönlendirerek mutluluğa (*eudaimonia*) ulaşabilir. Ruhtaki tümüyle rasyonel/teorik olan parça ve tümüyle rasyonel olmayan/pratik parçanın (ARİSTOTELES, *Ruh Üzerine*, 429a, 10-430a, 20) her birine ait olan iki erdem türü vardır: Dianoetik erdemler ve etik erdemler (ARİSTOTELES, *Nikomakhos'a Etik*, 1103a, 14 vd.). Bilgi, bilgelik, sanat, sağduyu gibi erdemlerden oluşan dianoetik erdemler, Tanrı'ya en fazla yaklaşan erdemler olup en üstte yer alırlar. Zira Aristoteles'e göre, Tanrı, hareketsiz, düşünceye dalmış (*kontemplatif*), varlığı cazibesıyla kendisine çekmek suretiyle harekete getiren bir varlık idi. Cesaret, ölçülülük, cömertlik, adalet gibi erdemleri kapsayan etik erdemler ise, ruhun irrasyonel parçasını denetleyip yönlendiren ve pratik boyutu olan erdemlerdir. Dianoetik erdemlerin bilge bir kişilik çıkardığı yerde, etik erdemler ise sorumlu bir kişiliğe sebep olur. İradenin eğitilmesiyle kişi, ifrat ve tefritten uzak olarak orta bir yolda bulunma (ARİSTOTELES, *Nikomakhos'a Etik*, 1106b, 27, 34) yetisi kazanır (CEVİZCİ, *İlk Çağ Felsefesi Tarihi*, 201-206; VON ASTER, 173-175; WEBER, 85, 86; GÖKBERK, 87-90; ÖKTEM, *Hukuk Felsefesi ve Hukuk Sosyolojisi*, 105-107).

<sup>259</sup> ARİSTOTELES, *Nikomakhos'a Etik*, (çev. Saffet BABÜR), Ayraç y., Ankara 1998, s. 1094a, 3; *Politika*, (çev. Mete TUNÇAY), Remzi Kit., İstanbul 1993, s. 7.

<sup>260</sup> ARİSTOTELES, *Nikomakhos'a Etik*, 1097a, 22, 23.

<sup>261</sup> WEBER, 84.

<sup>262</sup> ARİSTOTELES, *Ruh Üzerine* (çev. Zeki ÖZCAN), Alfa y., İst. 1999, s. 429a, 10-430a, 20.

<sup>263</sup> ARİSTOTELES, *Politika*, 7, 9; ARİSTOTELES, *Nikomakhos'a Etik*, 1097b, 11.

<sup>264</sup> ARİSTOTELES, *Politika*, 9, 10. Konuyla ilgili yorumlar için bk. DEL VECCHIO, 28-30; GÜRİZ, 172; ÖKTEM, 108-110; GÖKBERK, 88, 89; VON ASTER, 175; CEVİZCİ, *İlk Çağ Felsefesi Tarihi*, 207, 208.

Aristoteles'in devlet tasavvuru, hocası Platon'da olduğu gibi spekülâtif olmayıp realisttir. 158 devletin anayasasını incelemek suretiyle ulaştığı devlet konsepsiyonu, mutlak anlamda ideal değil, gerçekçi bir şekilde mümkün bir ideal devleti anlatır<sup>265</sup>. Aristoteles'e göre, her şeyden önce bir site-devleti olan ideal devlet<sup>266</sup>, halk, toprak, kişisel mülkiyet ve aile olmak üzere dört unsurdan oluşur. Platon'da olduğu gibi sayısının fazla olmaması öngörülen halk, devlete hizmet ederek onun yaşamasını sağlayanlar ve bizzat devleti oluşturanlar olmak üzere ikiye ayrılır. Zanaatkâr ve çiftçilerden oluşan ilk kısmın, vatandaşlık ve mülkiyet hakları yoktur. Bizzat devleti oluşturanlar, vatandaşlar olup, siyasal, hukuksal ve askeri işler bu kesim tarafından yürütülür. Site devletinin toprakları güvenlik açısından gereken genişlikte olmalı, yine güvenlik ve ticaret için, devlet deniz kıyısında yer almalıdır. Aristoteles, hocasından farklı olarak, devleti oluşturan vatandaşlara mülkiyet ve aile kurma hakkı tanımıştır. Ona göre mülkiyet, çalışmayı sağlayan bir motivasyon, aile ise insanları bir arada tutan, sitenin en önemli unsurudur<sup>267</sup>.

Ailenin bir parçası olan kölelik<sup>268</sup>, filozofa göre, siyasal, toplumsal ve hatta ontolojik bir gereklilik olup, doğal bir kurumdur. Bir kere devletlerarasındaki savaşlar esaret kurumun işlemlerini zorunlu kılmaktadır<sup>269</sup>. İkincisi, vatandaşlık hakkına sahip olanların ellerindeki mülkiyetin işletilebilmesi ve bu kesimin siyaset, sanat ve felsefe gibi üst düzey işlerle uğraşabilmesi için kölelere gereksinim vardır<sup>270</sup>. Dahası Aristoteles'e göre bir kısım insan, doğası gereği efendi, bir kısım ise yine doğası gereği köledir; köle ruhluların efendiler tarafından yönetilmesi gerekir<sup>271</sup>. Filozof, köleliğin kalkmasının imkânsız olduğunu şu cümlesiyle ifade etmiştir: "Eğer günün birinde dokuma tezgâhları, kumaşı kendiliklerinden dokumaya başlarsa, ancak o gün kölelik ortadan kalkabilir"<sup>272</sup>.

Aristoteles, insanın toplumsal bir varlık olması yönüyle ancak bir devletin bünyesinde yetkinleşebileceğini ifade ettikten sonra, zamanının devlet şekillerinden hareketle çeşitli yönetim biçimlerini ele almıştır. Bu yönetim biçimlerini yönetenlerin sayısı ve yönetimde güdülen amaç yönüyle iki temel kritere göre sınıflandırmıştır. Buna göre devlet bir kişi, bir grup veya halkın çoğunluğu tarafından yönetilebilir; ayrıca yönetenler ya kendi çıkarlarını ya da

<sup>265</sup> DEL VECCHIO, *Hukuk Felsefesi Dersleri*, 31; ÖKTEM, *Hukuk Felsefesi ve Hukuk Sosyolojisi*, 109; GÖKBERK, 89; VON ASTER, 175.

<sup>266</sup> VON ASTER, 176.

<sup>267</sup> ÖKTEM, *Hukuk Felsefesi ve Hukuk Sosyolojisi*, 110, 111.

<sup>268</sup> ARİSTOTELES, *Politika*, 8.

<sup>269</sup> DEL VECCHIO, *Hukuk Felsefesi Dersleri*, 31.

<sup>270</sup> ARİSTOTELES, *Politika*, 12; DEL VECCHIO, *Hukuk Felsefesi Dersleri*, 30, 31; GÜRİZ, 173; ÖKTEM, *Hukuk Felsefesi ve Hukuk Sosyolojisi*, 109.

<sup>271</sup> ARİSTOTELES, *Politika*, 12, 13.

<sup>272</sup> ARİSTOTELES, *Politika*, 12.

halkın çıkarlarını düşünürler. Buradan hareketle altı tür yönetim biçimi ortaya çıkmaktadır: Tek kişi tarafından ve halkın çıkarlarına göre yönetilen devlet biçimine “monarşi”, yine tek kişi tarafından yönetilen fakat yöneticinin kendi çıkarını düşünerek hareket ettiği idare şekline “tiranlık” denir. Bir grup tarafından halkın çıkarları gözetilerek gerçekleştirilen yönetime, “aristokrasi”, bir grubun kendi çıkarlarına göre yönettikleri devlet biçimine ise “oligarşi” denir. Halkın çoğunluğunun, halkın genelini düşünerek yönetimde yer aldığı yönetim biçimine “*politeia* (cumhuriyet)” denirken, çoğunluğun demagoglar elinde oyuncak olarak sınıfsal çıkarlara göre hareket ettiği yönetim şekline ise “demokrasi” denir<sup>273</sup>. Aristoteles’e göre, devletin biçimi önemli olmayıp, önemli olan, uygulamadır; yani kamu yararı gözetildikten sonra yönetimin tek kişide (monarşi), bir grupta (aristokrasi) veya halkın çoğunluğunda (*politeia*) olması, durumu değiştirmez. Zira her ulusun gereksinim duyduğu yönetim biçimi kendisine özgüdür<sup>274</sup>.

Aristoteles’in ideal kabul ettiği devlet biçiminin ölçütü olarak kamu yararını kabul etmesi, hukukun üç temel fonksiyonundan (adalet, toplum ve hukuk güvenliği) toplumu, yani hukukun toplumsal gereksinimleri karşılama işlevini öne çıkardığı, dolayısıyla modern anlamda söylemek gerekirse sosyolojik hukuk okuluna meylettiği şeklinde anlaşılabilir<sup>275</sup>. Filozofun kamu yararına yaptığı vurgu, salt anlamda toplumun hukuku belirlemesi gerektiği anlamına gelseydi, bu değerlendirme yerinde olurdu. Ne var ki, Aristoteles kamu yararı derken, toplumsal bir varlık olan insanın, nihaî amaç olan iyiye ve mutluluğa tek başına ulaşamayacağı gerekçesiyle, bireyin bu amaca ulaşabileceği bir ortamın devlet tarafından sağlanmasını kastetmektedir<sup>276</sup>.

Diğer yandan Aristoteles’in, yer yer yasaya her durumda uyulması gerektiğini ifade etmesinden hareketle hukuk güvenliği fonksiyonuna ağırlık verdiği ve dolayısıyla hukuksal düzeni toplumun ve adalet idesinin üstünde tuttuğu şeklinde bir anlayış da vardır<sup>277</sup>. Oysaki Aristoteles, adalet konusuna da genişçe yer verdiği *Nikomakhos’a Etik*’te, yasaya uygunluktan, adaletin tanımı bağlamında söz etmekte ve “Yasaya uymayan adaletsizdir, yasaya uyan âdildir” demektedir<sup>278</sup>. Tanımın bütününe bakılırsa yasa, eşitlikle birlikte adaleti oluşturur<sup>279</sup>:

<sup>273</sup> ARİSTOTELES, *Politika*, 69 vd.; CEVİZCİ, *İlk Çağ Felsefesi Tarihi*, 208; ÖKTEM, *Hukuk Felsefesi ve Hukuk Sosyolojisi*, 111, 112; GÜRİZ, 173; DEL VECCHIO, *Hukuk Felsefesi Dersleri*, 31, 32.

<sup>274</sup> ÖKTEM, *Hukuk Felsefesi ve Hukuk Sosyolojisi*, 111; VON ASTER, 175.

<sup>275</sup> Benzer bir değerlendirme için bk. ÖKTEM, *Hukuk Felsefesi ve Hukuk Sosyolojisi*, 98, 99, 108.

<sup>276</sup> ARİSTOTELES, *Politika*, 7; GÖKBERK, 89.

<sup>277</sup> ÖKTEM, *Hukuk Felsefesi ve Hukuk Sosyolojisi*, 112.

<sup>278</sup> ARİSTOTELES, *Nikomakhos’a Etik*, 1129b, 11, 12.

<sup>279</sup> ARİSTOTELES, *Nikomakhos’a Etik*, 1129a, 35.

Öyleyse ‘adalet’, yasaya uygun olanda ve eşitliği gözetende, ‘adaletsizlik’ ise yasaya aykırı olanda, eşitliği gözetmeyende olur.

Bu durumda yasanın adaleti sağlayan yegâne faktör olarak yorumlanabilmesi, ancak ‘ideal bir yasa’ olarak yorumlanmasıyla mümkündür ki, böyle bir yorum, Aristoteles’i doğal hukuk düşüncesine yaklaştırır.

Filhakika Aristoteles’in *Retorik*’inde yer alan ifadeleri, kendisini doğal hukuk düşüncesi kapsamında değerlendirmek için yeterli görünmektedir<sup>280</sup>:

Şimdi de haklı ve haksız eylemlerin tam bir sınıflandırmasını yapmanın zamanı. Bunların iki tür yasaya, bir de iki tür kişiye göre tanımlandıklarını görmeye başlayabiliriz. İki tür yasa derken özel yasayı ve evrensel yasayı kastediyorum. Özel yasa, her topluluğun kendi koyduğu ve kendi yelerine uyguladığı yasadır. Bunların bir kısmı yazılı bir kısmı değildir. Evrensel yasa doğanın yasasıdır. Çünkü herkesin bir dereceye kadar sezdiği gibi, gerçekten de, bütün insanları, hatta birbirleriyle birlikteliği ve anlaşması olmayanları bile bağlayan bir doğal adalet ve adaletsizlik vardır. Sophokles’in *Antigone*’sinin, Polyneikes’in gömülmesinin yasağa karşı doğru bir eylem olduğunu söylerken açıkça kastettiği şey budur: Bunun doğaya göre doğru bir iş olduğunu kastediyor.

‘Bugün ya da dün değil,

*Ebediyen yaşıyor: Hiç kimse bilemez ne zaman doğduğunu*’

Empedokles de, bize hiç bir canlı varlığı öldürmememizi emrederken, bunu yapmanın bazı kimselere doğru gelmediğini, bazı kimseler için de haksız olduğunu söylüyor:

‘Hayır, ama her şeyi kucaklayan bir yasa, gökler boyunca

*Hiç kesiksiz uzanır ve toprağın sonsuzluğu üzerinde*’

Ve *Messenia* söylevinde Alkidamas’ın dediği gibi (‘Tanrı herkesi özgür yaratmıştır. Doğa hiç kimseyi köle yapmamıştır’).

Aristoteles, doğal hukuk ile tamamen örtüşen evrensel yasaya yaptığı vurgunun yanı sıra, bir devletin temel işlevi olarak gördüğü kamu yararının sağlanmasını da adalete bağlamıştır. Yukarıda da değinildiği üzere, kamu yararı, temelde Aristoteles’in etiğinin bir uzantısı olarak, bireylerin yetkinleşmelerine uygun olan bir ortamın sağlanması anlamına gelmekte olup, bu amaç, bireylerin haklardan eşit olarak yararlanmalarıyla gerçekleşebilir. Oysaki her durumda insanlara mutlak anlamda eşit davranılması, kimi durumlarda adaletin zedelenmesine yol açacağından filozof, mutlak eşitliği nisbî (oransal) eşitlikle tamamlamış ve bu konudaki görüşlerini, aynı zamanda “ilk kez adalete içerik kazandıran kişi” olarak tarihe

<sup>280</sup> ARİSTOTELES, *Retorik* (çev. Mehmet H. DOĞAN), Yapı Kredi y., İstanbul 1995, s. 1373b, 1-18.



geçmesine neden olan<sup>281</sup> ünlü adalet ayırımı ile açıklamıştır. Buna göre mutlak eşitliğin gerektiği durumlarda “denkleştirici adalet (*justitia commutativa*)”, nisbî (oransal) eşitliğin gerektiği durumlarda ise “dağıtıcı adalet (*tevzii, justitia distributiva*)” geçerlidir.

Dağıtıcı adalet kavramsallaştırmasına iten temel neden, eşit durumda olmayanların eşit mal ve haklara sahip olmasından kaynaklanacak olan eşitsizlik/adaletsizliğin giderilmesidir. Buna göre, var olan şeref ve malların dağılımında kişilerin (sübjektif) durumları/statüleri dikkate alınmalıdır. Örneğin bir fabrikada çalışan mühendisler, işçilerden statü ve ücret bakımından daha yüksek olmalıdır. Dağıtıcı adaletle göre mal ve şereflerin paylaşımı statüleri göre belirlendiğinden, statüleri belirlemek üzere bir üst erke gereksinim vardır. Bir diğer ifadeyle dağıtıcı adaletin gerçekleşmesi, biri diğerlerinden üst olan üç kişinin varlığına bağlıdır. Nitekim kamu hukuku alanında özellikle de birey-devlet ilişkileri dağıtıcı adaletle göre düzenlenir. Bu düzenlemede aritmetik değil, geometrik oran geçerlidir.

Bilhassa özel hukuk ilişkilerinde söz konusu olan ve edim ve karşı edimin (eda-mukabil eda) eşitliğini öngören denkleştirici adalette taraflar, sübjektif durumları göz ardı edilerek eşit kabul edilirler. Dağıtıcı adalette geometrik oranın söz konusu olmasına karşın denkleştirici adalette aritmetik oran geçerlidir. Zararla kazanç arasındaki orta noktayı bulmayı sağlayan denkleştirici adalet, bir satım akdinde taraflardan birisinin malı, diğerininse bedeli ödemekle yükümlü olması gibi özellikle sözleşmelerde kendisini gösteren iradî ilişkilerde de haksız fiil işleyen zarar tazmini, sebepsiz iktisap edilen bir malın iadesi örneklerinde görüldüğü gibi irade dışı ilişkileri de kapsar ve buna göre tavizî adalet ve kazaî adalet kısımlarına ayrılır.

Adalet ve eşitliğin en sağlıklı biçimde uygulanması kaygısını güden Aristoteles, söz konusu adalet ayırımına bir de, bir genel kuralın özel bir olaya uygulanmasında görülebilecek aksaklıkları ortadan kaldırmak üzere ortaya koyduğu nisfeti eklemiştir<sup>282</sup>.

### **g. Stoa Felsefesinde ve Roma’da Doğal Hukuk**

#### **aa. Stoalılar’da Doğal Hukuk**

Stoa<sup>283</sup> felsefesinin doğal hukuk düşüncesi açısından öneminin özellikle bilgi felsefeleri (epistemoloji), dünya vatandaşlığı fikri (kozmpolitanizm) ve Roma hukuku üzerindeki etkileri yönüyle olduğu söylenebilir.

<sup>281</sup> ÖKTEM, *Hukuk Felsefesi ve Hukuk Sosyolojisi*, 108.

<sup>282</sup> Adalet ayırımı konusunda bk. ARİSTOTELES, *Nikomakhos’a Etik*, 1131a, 10 vd.

<sup>283</sup> Stoa okulu Hellenistik dönemin dört büyük felsefe okulundan birisi olup, M.Ö. 300 yılında Kıbrıs’lı Zenon (M.Ö. 336–264) tarafından Atina’da kurulmuştur. Stoalılar başlangıçta Kinik felsefesinden bütünüyle etkilenmiş, öğretilerinin tamamında Kinikler’in “Kayıtsızlık Ahlâkı”nı benimsemişlerdir. Stoa okulu tarihte üç dönemde temsil edilmiştir: 1. Erken Stoa: Zenon tarafından kurulmuş olup, Kleanthes (M.Ö. 331–233) ve Khryssippos

### aaa. Stoahlar'ın Bilgi Felsefesi

Stoahlar'ın bilgi felsefesi, metafiziklerine koşturarak etik konusundaki görüşlerini temellendirme amacına yöneliktir. Özellikle etiğin bilgi ile temellendirilmesi çabası, Stoa etiğinin entellektüel karakterini ortaya koymaktadır. İlk olarak Sokrates'te görülen, Stoahlar'ın da Kinikler<sup>284</sup> den aldıkları 'entellektüel etik' anlayışına göre, eşyanın değeri, insanın ne olduğu

(M.Ö. 281–208) başkanlığında gelişmiştir. Stoa felsefesinin temel öğretilerinin kurulduğu ve sistematize edildiği dönem, bu dönemdir. Orta Stoa: Panaetios (M.Ö. 185–110) ve Poseidonios (M.Ö. 135–51) tarafından temsil edilen bu dönemde Stoa düşüncesi, gerek Akademia'nın eleştirileri ve gerekse Roma dünyasıyla karşılaşma neticesinde Platonik ve Aristotelesçi görüşlere bünyesinde yer vermek durumunda kalmıştır. 3. Geç Stoa (İmparatorluk Stoası): Bütünüyle Roma'da ortaya çıkmış olup, bu dönemde daha çok pratik felsefe (ahlâk, hukuk ve siyaset felsefesi) ön planda yer almıştır. İmparatorluk Stoası'nın başlıca temsilcileri ise, Seneca (M.Ö.3-M.S. 65), azatlı bir köle olan Epiktetos (M.S. 50–138) ve bir imparator olan Marcus Aurelius (M.S. 121–180)'tur (CEVİZCİ, *İlkçağ Felsefesi Tarihi*, 229, 230). Stoa'nın metafizik görüşü, özgün olmayıp Sokrates öncesi doğa felsefesine dayanır. Evrenin ana maddesi (arhe) olarak "ateş"i ve "Logos" öğretisini Herakleitos'tan almışlardır. Evrende biri etkin diğeri edilgin iki faktör bulunduğu şeklindeki görüşlerinde Aristoteles düşüncesindeki etkin ilke olan "form" ve edilgin ilke olan "madde" düalitesinden esinlenmiş olsalar da, gerçekte monist bir evren anlayışına sahiptirler. Zira Stoa'ya göre, yalnız maddî-cisimsel olan bir şey, asıl gerçek olduğu, bir şey yapmaya ve kendisiyle bir şey yapılmaya elverişli bulunduğu için, etkin ilke olarak kabul edilen Tanrı maddidir, cisimdir (Materyalizm). Ayrıca Tanrı, edilgin ilke olarak kabul edilen maddeye (*hyle*) aşkın olmayıp, aksine ona içkindir. Dolayısıyla Stoa felsefesindeki etkin ve edilgin faktörler, iki ayrı ilke değil, tek bir ilkenin iki ayrı ögesidirler. Zenon, evrene düzen kazandıran bu maddî ve rasyonel ilkeyi ifade için kimi zaman "Doğa", kimi zaman "Tanrı" tabirini kullanmıştır. Logos'un (Tanrı, doğa) özü ateştir. Ancak bildiğimiz ateşin her şeyi yakıp yok etmesine karşın, bu yaratıcı ateş, akıllıdır; yöntemli olarak yaratır; biçimlendirir; hayatı doğurur ve ilerletir. Bütün cisimleri oluşturan öğeler Tanrı'dan çıkar ve O'na dönerler. Logos'un rasyonel karakteri (akıllı olması), evrene de rasyonel bir düzenin egemen olması sonucunu doğurmuştur (GÖKBERK, 104; CEVİZCİ, *İlkçağ Felsefesi Tarihi*, 232, 233; WEBER, 93, 94; VON ASTER, 184.). Stoahlar'ın, Kinikler'den, özellikle de onların "Kayıtsızlık Ahlâkı" anlayışlarından oldukça etkilendiklerine ve Stoahlar'ın etik anlayışlarının, metafizik ve epistemolojileri ile organik ilişki içinde olduğuna yukarıda değinilmişti. Stoa etiği, temelde "Erdem için erdem" şeklinde ifade edilen idealist bir etikdir. Buna göre, en yüksek iyi, kendi kendisi için, sırf bir ödev olmasından ötürü yerine getirilen, hiçbir çıkar gözetilmeden ortaya konan erdemdir. Bir davranış, böyle olduğu takdirde ulvî, asil ve ahlâkîdir. Şeref, servet, zevk ve hatta yaşam, biricik amaç edinildikleri takdirde kötüdürler. Mutluluk yalnızca erdemle sağlanabilir. Erdem bir davranışın dış dünyada yerine getirilmesinden ibaret olmayıp, sürekli bir ruh durumudur. Bilgeliliğin, cesaretin, ölçülülüğün ve adaletin çıktığı bir kaynak olup, bir ve bütündür. Yani bir insan, hayatın kimi alanlarında erdemli, kimi alanlarında ise erdemsiz olamaz. Buna koşturarak iki tip insan vardır: İyi insan ve kötü insan. Stoahlar erdemi, teorik erdem ve pratik erdem olmak üzere ikiye ayırırlar. Eylemlerimize hareket noktası edinmek üzere, doğru olduğunu bilebileceğimiz/kestirebileceğimiz bilgi, Stoahlar'ın diliyle 'Teorik Erdem'dir. Bu bilgiye göre hareket etmek ve yaşamak ise 'Pratik Erdem'i oluşturur. Dolayısıyla pratik erdem amaç, teorik erdem ise, bu amaca götüren araçtır. Evrendeki her şeyin akıl edilebilir bir amaca göre yapılmış olması ve zorunlu olarak buna göre hareket etmesi, birey olarak insanın yaşamına da egemendir. Her insanın kendisinden kaçınamayacağı, yaşamına zorunlulukla egemen olan bir 'yazgısı' vardır. İşte bu noktada Stoa etiğinin 'fatalist' karakteri kendisini göstermektedir. Bir tohumun vereceği meyvenin önceden belirlenmiş olması gibi, insanın yaşamı da belirlenmiştir. İnsan, yazgısına razı olursa mutlu olur; yazgısından kaçmaya çalışır veya ondan yakınırsa mutsuz olur. İşte irade özgürlüğü de kendisini bu noktada gösterir: İrade ya yazgıyı kabullenmek yönünde kullanılacak ve sonunda mutlu olunacaktır; ya da yazgıya karşı gelme yönünde kullanılacak ve sonunda mutsuz olunacaktır. Kendisi de Logos'tan pay almış olan insan, aklına göre davrandığı takdirde, Logos'la, dolayısıyla doğayla uyum halinde bulunmuş olur (WEBER, 95, 96; ABADAN, 123; VON ASTER, 185; GÖKBERK, 105, 105; MARDİN, 153; DEL VECCHIO, *Hukuk Felsefesi Dersleri*, 33; CEVİZCİ, 238).

<sup>284</sup> Sokrates'in (M.Ö. 469–399) etik alanda izini süren okullardan (sokratik okullardan) birisi olan Kinik okulunun kurucusu Antisthenes (M.Ö. 445–360) olup, okulun başlıca temsilcileri Diogenes (M.Ö. 412–320) ve Stoa felsefesinin kurucusu olan Zenon'un hocası Krates'tir. Kinik felsefesinin Stoa felsefesi üzerindeki etkisi, metinde de belirtildiği gibi, özellikle etik anlayışlarında kendisini gösterir. Kinik etiği kozmolojik temellidir: Bir *mikrokosmos* olan insan, içinde bulunduğu *makrokosmos* olan evrenin hem öğelerini hem de özünü içinde barındırır. Bu anlayışa göre evren düzeni, aynı zamanda bir değer düzenidir; dolayısıyla doğa yasası da aynı zamanda ahlâk yasasıdır. Kinik okulun temel ilkesi işte bu doğal düzene uygun yaşamak, yapay olan tüm ihtiyaç ve değerleri ortadan kaldırmak, en basit ve temel ihtiyaçları karşılamakla yetinip diğer dünya nimetlerine bigane kalmakla elde edilecek mutluluk ve bağımsızlığa ulaşmaktır. Stoa okulu Kinikler'in bu "kayıtsızlık ahlâkı"nı

ve dünya içindeki yeri ve anlamı konusunda doğru bilgiye sahip olmayan kimse, doğru ve dolayısıyla erdemli bir eylemde bulunamaz ve mutluluğa ulaşamaz. Doğru bilgi, doğru hareket etmeyi sağlar<sup>285</sup>. Sokrates'in ifadesiyle "Bilgi erdemdir ve hiç kimse bilerek kötülük yapmaz"<sup>286</sup>.

O halde denebilir ki, kişinin doğru eylemde bulunabilmesi için, eşya hakkında doğru bilgiye sahip olması gerekir. İşte bu noktada, "İnsan eşya hakkında doğru bilgiye sahip olabilir mi? Olabilirse, bu nasıl gerçekleşir? Ve bilginin doğruluğu nasıl bilinebilir?" soruları gündeme gelmektedir. Bu sorulara verilecek cevaplar, kuşkusuz aynı zamanda doğal hukuk düşüncesine de zemin oluşturacaktır.

Stoalılar'a göre, Tanrı ve âlemle bir ve aynı şey olan *Logos* (Evrensel yasa), rasyonel karaktere sahip olduğu için, evrene de rasyonel bir düzen egemendir. İnsandaki düşünme ve konuşma yeteneğini ifade eden "akıl" da, evrene yayılmış olan evrensel akılla, yani *Logos*'la bir ve aynıdır. Bu nedenle insan, evrendeki düzeni anlayıp bu düzenin evrensel bilgisine ulaşabilir<sup>287</sup>. İnsanın *Logos*'tan pay alma ve evrendeki düzeni idrak edebilme sürecinin daha iyi anlaşılabilmesi için, Stoalılar'ın psikolojilerinin ve epistemolojilerinin dikkate alınması gerekmektedir.

Stoalılar, psikolojilerinde de metafiziklerine paralel olarak, biri etkin diğeri edilgin iki öge kabul ederler. Etkin öge ruh ve edilgin öge bedendir. Ruhun etkin olması, evrendeki etkin öge olan Tanrısal ateşten (*Logos*) pay almasından kaynaklanmaktadır. Algı, yargı, çıkarım, duygu ve iradî faaliyetler gibi işlevler, ruhun yürekte bulunan yönetici parçası tarafından gerçekleştirilir. Bu parça ile insan, zamanla kavramsal düşünme gücü kazanır ve rasyonel bir varlık haline gelerek evreni bilme düzeyine ulaşır<sup>288</sup>.

Stoalılar'ın bilgi felsefesine göre, insan zihni genel kavramlar oluşturma kapasitesine doğuştan sahip olmakla birlikte, doğuştan düz bir levha (*tabula rasa*) gibi olduğundan, ilk işaretler zihne dışarıdan, duyumlar aracılığıyla gelir. Bu işaretler izlenimleri doğurur. İzlenimlerin tekrarından ve zihinde meydana getirdikleri imgelerden genel kavramlar oluşur. Ortak deneyimlere dayanan izlenim ve imgelerden ise "ortak fikirler" (genel ideler, *consensus*

---

benimsemekle birlikte, onların uygarlık karşıtı anarşist tutumlarını benimsememiştir. Stoalılar, kendilerini yalnızca doğa yasası ile bağlı sayan ve bunun dışındaki toplumsal ahlâk, hukuk ve devlet gibi bütün yapay ve uzlaşımsal değer ve kurumlara karşı çıkarak 'tabii hal'in basitliğini yeğleyen ve doğa-uygarlık karşıtlığı ileri süren Kinikler'den ayrılarak, doğal olan-doğaya aykırı olan (*Logos*'a uygun/aykırı olan) karşıtlığı benimsemişlerdir. (CEVİZCİ, *İlkçağ Felsefesi Tarihi*, 113-116; GÖKBERK, 106; DEL VECCHIO, *Hukuk Felsefesi Dersleri*, 32.)

<sup>285</sup> GÖKBERK, 105.

<sup>286</sup> VON ASTER, 99.

<sup>287</sup> CEVİZCİ, *İlkçağ Felsefesi Tarihi*, 232.

<sup>288</sup> CEVİZCİ, *İlkçağ Felsefesi Tarihi*, 234.

*gentium*) meydana gelir. Her insanda ve her millette aynı olan ve bu yönüyle yanlış olma ihtimali bulunmayan bu genel kanaatlere örnek olarak, her insanın kendi dışında bir eşya âleminin varlığına ve her milletin de Tanrılar'a inanması verilebilir<sup>289</sup>. Ancak şu ifade edilmelidir ki, ortak fikirler, Platon'un anladığı anlamda fitrî kavramlar olmayıp, doğrudan doğruya deneyime dayanırlar. Bu deneyim, ortak fikirleri yöntemli ve bilinçli bir çaba ile değil, içgüdüsel bir açıklık (insiyakî bir bedahet) ile oluşturur<sup>290</sup>.

Peki, bilgimizin doğru olduğunu nasıl bilebiliriz? Bu noktada bize yardımcı olacak ilk kavram, bir üstteki paragrafta anlatılan “ortak fikirler (*consensus gentium*)”dır. Stoa felsefesine göre, her insanda ve millette aynı olan bu fikirlerin yanlış olma ihtimali yoktur. Bilginin doğruluğu konusunda önemli ikinci kavram ise, “kavrayıcı izlenim (*kathalepsis*)” kavramıdır. Stoa felsefesinin empirist-sensualist karakterinin bir gereği olarak, gerçeğe dair bilginin duyulara dayalı olduğu daha önce belirtilmişti. Duyular zihinde nesnelere ait izlenimlerin oluşmasına neden olur. Gerçeğe dair bilgi sıradan izlenimler aracılığıyla değil, ancak kavrayıcı izlenimlerle (*phantasia kataleptike*) sağlanabilir. Kavrayıcı izlenim (*kathalepsis*), nesnesinin tam ve gerçek kopyası olan ve nesnesiyle uyum içinde bulunan, öznesini de, nesnesini olduğu gibi yansıttığına dair kendisini onaylamaya zorlayan izlenimdir. Kavranmış ve ruhta kök salmış olan izlenim apaçıktır, besbellidir, kesindir, sarsılmazdır<sup>291</sup>. O halde denebilir ki, eylemlerimize hareket noktası edinmek üzere, doğru olduğunu bilebileceğimiz/kestirebileceğimiz bir bilgi vardır.

### bbb. Dünya Vatandaşlığı Düşüncesi (Kozmopolitanizm)

Stoalılar'ın Kinik felsefesinden en fazla etkilendikleri konulardan birisinin de, 'Kozmopolitanizm' düşüncesi olduğu ifade edilmiştir. İlgili yerde de belirtildiği üzere, Kinikler 'doğal olmayan (gayri tabî)' karşıtlığını en uç noktasına kadar savunmuş, doğanın öz cevherini bozduğu gerekçesiyle servet, ziynet ve makama, örfleri ve kurumlarıyla kentlere, ordusu, emniyet güçleri ve yasalarıyla devlete ve nihayet ihtirasları alevleyici duygusal bir sapıklığın ifadesi olan millete karşı çıkmışlardır. Medenî bir yaşam yerine doğal durumu (tabî hâl) ve sosyal bağlılık yerine de “doğal özgürlüğü” yeğlemişlerdir<sup>292</sup>. Bununla birlikte düşünce tarihinde 'Kinik' tabirinin 'ahlâksızlık' anlamını çağırıştırır nitelikte kullanılmasının, onlara karşı yapılmış bir haksızlık olduğu da ifade edilmelidir. Zira onlar, 'doğal olan'a yaptıkları

<sup>289</sup> CEVİZCİ, *İlkçağ Felsefesi Tarihi*, 230–232; GÖKBERK, 103; VON ASTER, 193; WEBER, 93.

<sup>290</sup> VON ASTER, 194.

<sup>291</sup> CEVİZCİ, *İlkçağ Felsefesi Tarihi*, 250; GÖKBERK, 103, 110.

<sup>292</sup> Weber, bu özelliklerinden dolayı Kinikler'i 'İlkçağın Rousseau'ları' olarak nitelemiştir. Bk. *Felsefe Tarihi*, 48.

vurgularında, maddesel olandan ve buna bağlı duygusal ihtiraslardan arınma amacını gütmüşler, yaşamın kendilerine sunduğu bütün zevklerden uzak durmanın çabasını vermişlerdir<sup>293</sup>.

Kiniklerle Stoalılar, 'kozmpolitanizm' düşüncesinde birleşmekle birlikte, bu düşüncenin kökeni ve devlet karşısındaki tutum konusunda ayrılmaktadırlar. Kozmpolitanizm düşüncesinin kökü Kiniklerde 'doğal olmayan' karşıtlığına dayanır. Onlar doğal olmayan her şeye, bu arada tekil devletlere ve ulusal sınırlara karşı çıkarlar. Stoalılar'da ise dünya vatandaşlığı düşüncesi, onların metafiziklerine dayanır ki, hemen aşağıda bu mesele işlenecektir. Diğer yandan dünya vatandaşlığı düşüncesi Kinikleri anarşist bir tutuma itmiştir. Onlar kendilerini, doğal olmadığı gerekçesiyle tekil devletlerin mevzuatlarıyla değil, erdemin yegâne yasasıyla bağlı kabul etmişlerdir. Daha da ileri giderek yine doğal olmadığı gerekçesiyle devlet ve milletin ortadan kaldırılması gerektiğini savunmuşlardır. Stoalılar'a gelince onlar, devlet karşıtı değildirler. 'Yazgıyı onaylama' etiğinin de bir gereği olarak belli bir devletin yurttaşı olmanın gereğini yapmak, hatta devlete yararlı olmak gerektiğini savunmuşlardır<sup>294</sup>.

Stoa metafiziğinde yer alan, her insanda aynı şekilde var olan ve insanları birbirine bağlayan 'evrensel yasa' (Logos); doğa yasaları, toplumsal yasalar ve aklın yasalarına temel oluşturarak bütün insanlar için ortak bir zemin olur. 'Dünya kardeşliği' düşüncesi buradan beslenir. Bütün insanlar akıl sahibi olduklarından eşittirler ve kardeşirler<sup>295</sup>. Böylece Stoa felsefesi, bir yandan, bireylere, ihtiraslara gem vurmak yoluyla yetkinleşmeyi önermek suretiyle bireyci (*individüalist*) karakter arz ederken, diğer yandan bu yetkin kişilerden oluşan bir topluluk da öngörmek suretiyle tümücü (*üniversalist*) bir karakter taşımaktadır<sup>296</sup>. Evrensel yasa (erdemin yegâne yasası) ile ulusal sınırlar yapay oluşumlar haline gelmektedir. Dünya tek bir ülkedir ve insanlar "insanlık cemiyetinin" bir üyesi olarak bu ülkenin vatandaşı, yani 'dünya vatandaşı'dırlar. Bu ülkede yapay statü ayrımları da yoktur. Yegâne ayırım, ihtiraslara gem vurmamayı ve yazgıyı onaylamayı başarabilen bilge ve akıllılarla, ihtiraslara esiri olan ve yazgıya karşı çıkan budalalar arasındadır. Bu ülkede gerçek özgürlük, ihtiraslara karşı elde edilecek bir zaferle gerçekleşir<sup>297</sup>.

<sup>293</sup> ABADAN, *Hukuk Felsefesi Dersleri*, 121, 122; DEL VECCHIO, *Hukuk Felsefesi Dersleri*, 32.

<sup>294</sup> GÖKBERK, 108; VON ASTER, 192.

<sup>295</sup> GÜRİZ, *Hukuk Felsefesi*, 177; CEVİZCİ, *İlkçağ Felsefesi Tarihi*, 239; ÖKTEM, *Hukuk Felsefesi ve Hukuk Sosyolojisi*, 118.

<sup>296</sup> GÖKBERK, 108.

<sup>297</sup> DEL VECCHIO, *Hukuk Felsefesi Dersleri*, 32, 33; ÖKTEM, 118, 119; GURVITCH, "Tabii Hukuk mu, Yoksa Sezgiye Dayanan Müspet Hukuk mu?", 162; VON ASTER, 192; CEVİZCİ, 240; GÖKBERK, 108.

## bb. Roma'da Doğal Hukuk

### aaa. Genel Olarak Roma Felsefesi

Roma felsefesi, M.Ö. I. ve II. yüzyıllarda, septisizm ve dogmatizm arasındaki mücadelenin yumuşadığı, çeşitli felsefi ekollerin uzlaştığı<sup>298</sup> bir dönemde ortaya çıkmıştır. Belki bunun da etkisiyle Romalılar, felsefe alanında pek yaratıcı olamamışlar, özgün bir felsefe ortaya koyamamışlardır. Eklektik karakter taşıyan Roma felsefesinde, Hellenistik dönemin başlıca üç felsefesinin (Epikürcülük, Şüphecilik ve Stoa) uzantılarının ve temsilcilerinin bulunması dikkat çekicidir. Epikürcülüğün Roma'daki en önemli temsilcisi Lucretius Carus (M.Ö. 95–55)<sup>299</sup>, şüpheciliğin en önemli temsilcisi -Stoa düşüncesinden de hatırı sayılır ölçüde etkilenmiş olan- Marcus Tullius Cicero (M.Ö. 106–43)<sup>300</sup> dur.

Roma'da en fazla tutulan felsefe okulu kuşkusuz Stoa Okulu olmuştur<sup>301</sup>. Romalılar'ın Stoa felsefesini bu denli benimsemelerinde etkili olan faktörlerden birisi, sert, disiplinli ve kahramanlığa düşkün mizaçlarının, “karakter bağımsızlığı” ve “kayıtsızlık” (*apatheia*) ahlâkiyla karakterize olan Stoa etiğiyle uyumlu olmasıdır<sup>302</sup>. Bir diğer faktör, Stoa felsefesinde yer alan “dünya vatandaşlığı düşüncesi”nin (kozmpolitanizm), sınırları gittikçe genişleyen ve bir dünya devleti olma yolunda olan Roma imparatorluğu ile bir bakıma müspet (pozitif) hale gelmesidir<sup>303</sup>. Stoa felsefesinin Roma'da fazlaca benimsenmiş olmasının bir nedeni olarak da, daha önceleri şehir-devletlerde kendilerini güvende hisseden insanları, güçlü bir imparatorluğun vatandaşı olduklarında duydukları yabancılık duygusu ve kaygı karşısında, Stoa felsefesinde yer alan ve temelde “yazgıyı onaylamak” ana fikrinde odaklanan erdem ve etik anlayışının teselli etmesi olduğu söylenebilir.

Stoa felsefesinin bu üçüncü döneminin en önde gelen temsilcileri Annaeus Seneca (M.Ö.3-M.S.65)<sup>304</sup>, Epiktetos (M.S. 50–138)<sup>305</sup> ve Marcus Aurelius Antoninus (M.S. 121–180)<sup>306</sup> tur.

<sup>298</sup> Bk. yukarıda “Stoalılar'ın Bilgi Felsefesi”. Ayrıca Roma felsefesinin en önemli siması olan ve bundan sonraki konuda ele alınan Cicero'nun hem septik Akademia'nın temsilcilerinden Philon'a hem de orta Stoa'nın temsilcilerinden Poseidonios'a talebe olması, bu meyanda dikkat çekici bir ömektir. Bk. GÖKBERK, 119.

<sup>299</sup> Lucretius, ustası Epikür'ün felsefesini benimsemiş, insanları boş inançlardan ve temelsiz korkulardan kurtarmaya çalışmıştır. Epikürcülük imparatorluk Roması'nda daha çok zevk ve eğlenceye düşkün üst tabaka arasında tutulmuştur. GÖKBERK, 119.

<sup>300</sup> Cicero bundan sonraki konuda müstakil olarak ele alınacaktır.

<sup>301</sup> Romalılar, Stoa felsefesini Orta Stoa (Panaitios ve Poseidonios) aracılığıyla tanımışlardır. Bu eklektik felsefeye karşı, dönemin Roma'sında iki tepkisel akım ortaya çıkmıştır: Stoa felsefesinin temel referanslarından olan kinik felsefesi ve Erken Stoa'nın tekrar canlandırılmasına çalışan ‘İmparatorluk Stoası’. Bk. WEBER, 96; GÖKBERK, 122.

<sup>302</sup> DEL VECCHIO, *Hukuk Felsefesi Dersleri*, 36; GÖKBERK, 122.

<sup>303</sup> DEL VECCHIO, *Hukuk Felsefesi Dersleri*, 36; VON ASTER, 192.

<sup>304</sup> Cordoba'lı (İspanya) Seneca Roma aristokrasisi içinde saygın yeri olan, varlıklı bir aileye mensup, büyük bir yazar, sanatçı, devlet adamı ve hatip olup, eserlerinde zevk ve sefahate düşmüş olan Roma sosyetesini ahlâkî

Romalılar'ın dehalarını ortaya koydukları alan kuşkusuz, hukuktur. Aslında Romalılar, hukuk sahasında da pratik düşünmüşler, kanunlarını günlük pratik ihtiyaçların ışığında hazırlamışlardır. Zira onlar hukuku bir bilim olmaktan çok bir yaşam sanatı olarak değerlendirmişlerdir. Dolayısıyla adalet idesinin ışığı altında hukuku şekillendirmek onlar için hareket noktası olmamıştır<sup>307</sup>.

Romalılar'ı doğal hukukla (*jus nature*) ilgilenmeye iten neden belki de, imparatorluk sınırlarının genişlemesi sonucu, Romalı olmayan imparatorluk vatandaşlarıyla Romalılar arasındaki ilişkiyi tanzim etmek üzere geliştirdikleri, basit ve yalın bir nitelik taşıyan '*jus gentium*'un doğal düzenle olan uyumunu farketmeleri olmuştur<sup>308</sup>. Bu bağlamda Stoa felsefesindeki "doğa yasası" (*Logos*) Romalılar için esaslı bir ilham kaynağı ve hareket noktası olmuştur. Romalılar bu "doğa yasası"na hukuksal bir içerik kazandırabilmek için çaba sarf etmişlerdir. Bunu yaparken de, önce doğa yasasına göre -hukukun düzenlemeyi hedeflediği- insanlar arası ilişkilere egemen olan bir ilke arayışına gitmişler ve her insanın doğuştan getirdiği bir özellik olan "özgürlük"te karar kılmışlardır<sup>309</sup>. O halde insanlar arasındaki ilişkilerde hareket noktası, herkesin doğuştan hür olduğu ve olması gerektiğidir. Romalı hukukçulara göre, bu özgürlük sınırsız olmayıp, herkesin kendi doğasının gerektirdiği oran ve derecede hareket serbestisiyle sınırlıdır. İnsanların kendi doğalarıyla sınırlı tutuldukları bu noktada, özgürlük

---

bakımdan düzeltmeye çalışmıştır. Eklektik bir felsefeye sahip olan Seneca Orta Stoa'ya mensup filozoflardan ve hatta Epikürcülüğten bile yararlanmış, "Bütün büyük filozofların aslında tek bir felsefeye sahip olduğu" görüşünü savunmuştur. Seneca'ya göre, Tanrı her şeyi kapsayan 'doğa yasası'dır. Her şey bu yasaya göre zorunlu bir düzen içinde olup gider. Tanrılara tapma, doğanın iradesine severek ve isteyerek bağlanmanın göstergesidir. Böyle yapan kimse sıkıntı çekmez, kaderin yükü altında ezilmez. Aynı zamanda öğrencisi olan İmparator Neron'un davranışlarına çok üzülen ve onun emrine uyarak tam bir Stoalı tavriyle intihar ederek hayatına son veren Seneca, "Uzun değil, yettiği kadar yaşamaya çalışmalıyız", demiştir. GÖKBERK, 122-124.

<sup>305</sup> Hierapolis'li (Pamukkale, Denizli) azatlı bir köle olan Epiktetos, bir süre Roma'da öğretmenlik yaptıktan sonra Yunanistan'da ünlü bir okul kurmuştur. Epiktetos Stoa felsefesinin ilk döneminin eski ve sert tutumunu savunmuş, kendisi de her bakımdan bağımsız, debdebeden uzak, teoriden çok pratiğe önem veren bir yaşam sürmüştür. Ona göre, orta Stoa ilk dönem Stoa'sından sapmayı ifade eder. Epiktetos'a göre 'iyi' ve 'kötü'nün ne olduğunu bize ahlâk bilincimiz öğretir. İnsanı iyiye aklı götürür. En yüksek amaç olan erdem ise, 'doğaya uygun' yaşamaktır. Aklın insanda egemen olması, aynı zamanda doğayla ve tanrısal yasayla da uyumlu olmak anlamına gelir. Başlı başına bir değer olan erdem, Epiktetos'a göre, amaç olmaya değer yegane şeydir. Bunun dışındaki şeylere, hayat ve ölüm de dahil olmak üzere, aldırış etmemek gerekir: "Tanrı seni bu dünyaya bir ölümlü olarak getirmedi mi? Kısa bir zamanda O'nun bu dünyadaki egemenliğini görüp bayram etmen için buradasın. 'Ben daha fazla bayram görmek istiyorum' deme. Bayramın da sonu var. Çekil git! Hem de şükrederek. Yerini de başkasına bırak!". GÖKBERK, 122-124.

<sup>306</sup> Marcus Aurelius, sorumluluğunun bilincinde olan bir imparatorudur. İnsanın kendisini her gün hesaba çekmesini isteyen Stoa ahlâkının gereği olarak, kendisini ciddi ve disiplinli bir şekilde denetlemesinin ürünü olan "Kendime Bakışlar (*Ta eis auton*)" adlı eserini yazmıştır. Aurelius, Stoa öğretisinin özünde bulunan "insanın ödevi bir asker gibi doğanın buyruklarını yerine getirmektir" düşüncesinden hareketle, ödevlerini yerine getirebilmesini sağlayan yeteneklerini kendisine verdiği için doğaya, tanrılara şükretmiştir: "Yaşadığın şu zaman dilimini doğaya uygun olarak yaşa, sonra -tıpkı olgunlaşmış bir meyve gibi- üzüntüsüz bir şekilde ayrıl. Yemiş olgunlaşınca yere düşer; kendisini yaratan toprağa ve ağaca minnet duyguları besleyerek". GÖKBERK, 123, 125.

<sup>307</sup> ÇAĞIL, *Hukuk İlmine Giriş*, 354; MARDİN, 153.

<sup>308</sup> Jus Naturale, Jus Gentium, Jus Civil ve Nisfet kavramları müstakil bir başlık altında ele alınacaktır.

<sup>309</sup> ABADAN, *Hukuk Felsefesi Dersleri*, 124.

kavramını tamamlayıcı nitelikte bir diğer kavram olan “eşitlik” kavramı gündeme gelmektedir. Buna göre, insanlar doğuştan yalnızca hür değil, aynı zamanda eşittirler. Ancak söz konusu eşitlik, bireysel farklılıkları yok farzeden bir eşitlik olmayıp, herkese doğaya uyma imkânı veren nisbî bir eşitliktir<sup>310</sup>.

Romalı hukukçular doğal hukuk-pozitif hukuk ayrımının farkındalığı içerisinde, pozitif hukuku ‘arızî ve serbest unsurlarla meydana gelen’ bir olgu olarak değerlendirmişler ve pozitif hukukun, doğal hukukun bir değişimi olduğu görüşüne sahip olmuşlardır. Pozitif hukuku doğal hukuka aykırı gördükleri durumlarda, hemen pozitif hukuku iptal yönüne gitmemekle birlikte, özellikle “nısfet” yoluyla bu hukuku ıslah etmeye ve çözmeye çalıştıkları tekil olaya doğal hukuku yansıtmaya çalışmışlardır. Romalı hâkimler (Le Préteur) hukuk icrası sırasında oldukça serbest davranabilmişlerdir. Böylece nısfet düşüncesi, aynı zamanda Roma hukukunun gelişimine de büyük bir katkı sağlamıştır<sup>311</sup>.

Stoa felsefesinin ‘doğa yasası’ düşüncesinden ilham alan, doğal hukuk ve nısfet yoluyla verimli bir gelişme gösteren bu imparatorluk hukuku, Romalı hukukçulara (özellikle de Postglossatorlar’a) göre ‘*ratio scripta*’ (yazılı akıl) olarak değerlendirilmiş ve bu nedenle Roma hukukunun evrensel bir niteliği haiz bulunduğu düşünülmüştür<sup>312</sup>.

Romalılar’ın ‘doğal hukuk’ anlayışları bağlamında üzerinde durulması gereken önemli bir husus, onların anladığı ‘doğal hukuk’un kozmik bir niteliğe sahip olmasıdır. Bu konuda özellikle Romalı büyük hukukçu Ulpian’ın doğal hukuk tanımı dikkat çekicidir<sup>313</sup>:

Doğal hukuk, doğanın bütün canlılara öğrettiği şeydir. Çünkü bu hukuk, insan türüne özel olmayıp aksine ister karada, ister denizde doğmuş olsun, hatta kuşlar da dâhil olmak üzere, ortaklaşa bütün canlılara aittir.

Görülüyor ki, Romalılar’ın anladığı doğal hukuka (*jus nature*), doğal hukukun asıl anlamında bulunan, ‘pozitif hukuk karşılığı olma’ ve ‘insanlar arası ilişkileri düzenlemeyi amaçlama’ gibi unsurların dışında, bütün canlılar arasındaki ilişkileri düzenleme gibi bir görev biçilmiştir. Bu yönüyle söz konusu doğal hukuk anlayışı, hukukî olmak şöyle dursun, ahlâkî nitelikten bile yoksun olarak değerlendirilebilir. Burada gün yüzüne çıkan açmaz, ancak, söz konusu tanımda geçen doğal hukukun, Logos gibi kozmik bir niteliğe sahip olduğunu, yani

<sup>310</sup> ABADAN, *Hukuk Felsefesi Dersleri*, 125.

<sup>311</sup> DEL VECCHIO, *Hukuk Felsefesi Dersleri*, 37.

<sup>312</sup> ÇAĞIL, *Hukuk İlimine Giriş*, 369.

<sup>313</sup> Ulpian’ın tanımının orijinali şöyledir: “Jus naturale est quod natura omnia animalia docuit: nam jus istud non humani generis probrium, sed omnium animalium, quae in mari nascuntur, avium quoque commune est”. Bk. DE PAGE, 175, (64 no’lu dipnot); GURVITCH, “Tabii Hukuk mu, Yoksa Sezgiye Dayanan Müspet Hukuk mu?”, 163.



evreni kaos halinden kurtarıp *cosmos*'a dönüştüren bir yasa olarak açıklanması suretiyle giderilebilir.

Bununla birlikte özellikle sonraki Romalı hukukçuların 'bütün canlıları kapsayan' doğal hukuk ile 'yalnız insan türüne özel olan' doğal hukuku birbirinden ayırdıkları da bir gerçektir. Bu çerçevede Romalılar'ın 'jus naturale' kavramından 'doğal olan ve bütün canlıları kapsayan' hukuku, 'jus gentium' kavramından ise 'doğal olan, fakat yalnız insan türüne özgü olan' hukuku anladıklarını söylemek pek yanlış olmasa gerekir<sup>314</sup>.

### bbb. Marcus Tullius Cicero

Marcus Tullius Cicero (M.Ö. 106–43), eklektik ve pratik karakter taşıyan Roma felsefesinin tipik ve önemli bir temsilcisidir. Cicero başta orta Stoa'nın temsilcilerinden Poseidonios ve Akademia şüpheciliğinin temsilcilerinden Philon olmak üzere, birçok filozoftan ders almak suretiyle Yunan felsefesine dair oldukça zengin bir birikime sahip olmuştur. Bununla birlikte kendisi en fazla ahlâk ve hukuk felsefesiyle ilgilenmiştir. Kendisini Akademia şüpheciliğine mensup kabul etmesine rağmen<sup>315</sup>, düşüncelerinde Stoa felsefesinin ve diğer Yunan filozoflarının ciddi bir etkisi vardır. Hayatının son dönemlerinde Yunan felsefesini latince kaleme almak suretiyle, Yunan felsefesini Roma'da yaymak ve latince felsefe terminolojisini kurmak şerefine sahip olmuştur. Üst düzey devlet adamlığı da yapmış olan Cicero, sonunda sürgün edilmiş ve yasa dışı davranışlarla itham edilerek öldürülmüştür<sup>316</sup>. Cicero'nun hukuk felsefesi açısından en önemli eserleri, *De Republica* (Devlet Üzerine) ve *De Legibus* (Yasalar Üzerine) 'tur'<sup>317</sup>.

Cicero'nun hukuk felsefesinin temel tezi, hukukun irade ürünü olmayıp, doğa tarafından konulmuş olduğudur<sup>318</sup>. Ona göre, Stoa felsefesinde geçen ve küllî bir akıl olan "doğa yasası"ndan mülhem olarak, doğal, ezelf-ebedî, değişmez ve zarurî olan bir "hukuk" vardır. Cicero *De Reipublica*'da bu 'doğal hukuk' hakkında şu ifadeleri kullanmıştır<sup>319</sup>:

<sup>314</sup> Yakın bir değerlendirme için bk. GURVITCH, "Tabii Hukuk mu, Yoksa Sezgiye Dayanan Müspet Hukuk mu?", 163. *Jus Naturale*, *Jus gentium* ve *Jus Civile* arasındaki ayırım, daha detaylı olarak, ilgili yerde işlenecektir.

<sup>315</sup> Richard Honig'in Cicero'yu 'sofist' olarak nitelemesi de dikkat çekicidir. Bk. HONIG, "Sofistlerde Tabii Hukuk Esasları", 207.

<sup>316</sup> GÖKBERK, 119, 120, 122; WEBER, 100; DEL VECCHIO, *Hukuk Felsefesi Dersleri*, 35; GÜRİZ, 177.

<sup>317</sup> Cicero ilk olarak pratik meselelerle ilgilenmiş ve metinde geçen eserleri bu döneminde kaleme almıştır. Daha sonraları, özellikle kızını kaybettiği zaman, felsefede teselli aramış ve bu sıralarda *Consolatio* (Teselli), *Hortensius*, *Questiones Academicæ* (Akademialılar'ın Sorunları), *De Natura Deorum* (Tanrıların Niteliği Üzerine), *De Divinatione* (Kâhinlik Üzerine), *De Finibus Bonorum et Malorum* (En Yüksek İyi ve Kötü Üzerine), *Disputationes Tusculanae* (Tusculum Tartışmaları) adlı eserleriyle "Dostluk" ve "Yaşlılık" üzerine küçük yazılarını yazmıştır. GÖKBERK, 120.

<sup>318</sup> "Natura juris ab hominibus repetende est natura". DEL VECCHIO, *Hukuk Felsefesi Dersleri*, 35.

<sup>319</sup> (Est quidem vera lex recta ratio, naturae congruens, diffusa in omnis, constans, sempiterna, quae vocet ad officium jubendo, vetando, a fraude deterreo, quae tamen neque probos frustra jubet aut vetat, nec improbos

Şüphesiz ki, asıl kanun, selim akıldır. Bu kanun, doğaya uygun, her şeyde var olan, sabit, ezeli ve ebedidir. Bu kanun emir verirken, zaten ödev olan bir şeye çağırır; bir şeyi yasaklarken de insanı hileden uzak tutar (insan tarafından zaten benimsenmiş olduğu için, insanlar hileye tevessül etmezler). Her halde dürüst insanlara boş yere emir ve yasaklamalarda bulunmadığı gibi, dürüst olmayanları da emir ve yasaklamalarıyla tahrik etmez (Doğal kanunu kabul edecek seviyede olan, onu zaten kabul eder; bu seviyede olmayanı ise doğal kanun muhatap almaz). Bu kanunu ilga etmemek ilahi emrin gereğidir; bundan kaçınmak ise caiz değildir. Doğal kanunu büsbütün ilga edemediğimiz gibi, senatonun ya da halkın gücüyle bundan kurtulamayız da. Bu kanunun yorumlanması için Sextus Aelius'a (Romalı bir pretör olmalı) başvurmamız da gerekmez (Doğal hukukun yorumu da bizim iç dünyamızdadır). Bu kanun Roma'da Atina'dakinden ve bugün için yarınkinden değişik değildir (Her yerde ve her zaman da aynıdır, değişmez). Aksine o, her devlette, her zamanda ezeli-ebedî, değiştirilemeyen tek kanun olarak sürüp gidecek ve herkesin ortak önderi ve imparatoru gibi tek Allah'ın olacaktır. Bu, o kanunun hem yaratıcısı, hem uygulayıcısı ve hem de yükümlü kılıcısıdır.

Cicero'ya göre, insan aklının gereği olan doğal hukuk, her yerde ve her zaman geçerli olan, değişmez niteliğe sahiptir. Evrensel olan bu hukuka iyi insanlar, isteyerek uyarlar, kötüler üzerinde ise bu hukukun herhangi bir etkisi yoktur. Doğal hukuku tamamen ortadan kaldırmak mümkün değildir; değiştirmeye çalışmak ise suç sayılmalıdır. Ne halk ve ne de senato, insanları doğal hukukun gerektirdiği yükümlülüklerden beri kılamaz. Doğal hukuk, yazılı hukuktan da, devletten de önce vardır. Bu hukukun yorumunu ise, bir başka yerde değil, yalnızca içimizde aramalıyız<sup>320</sup>.

Peki, doğal hukuk nasıl bilinebilir? Yunan-Roma felsefelerinde doğal hukukun asıl kaynağının 'doğa' olduğu açıktır. Aslında Cicero'nun yaptığı, -aşağıda daha ayrıntılı olarak üzerinde durulacağı üzere- Stoa'nın kozmik 'doğa yasası'na biraz daha ahlâkî-hukukî nitelik kazandırmak olmuştur. Bununla birlikte Cicero'da da doğal hukuk -belki de tarihinin hiçbir döneminde olamayacağı gibi- kozmik niteliğinden bütünüyle arınabilmiş değildir. Doğal hukukun nasıl bilinebileceği sorusuna verilebilecek 'akıl yoluyla', 'hiss-i selimle', 'vicdanla' ve 'ortak kanaatler aracılığıyla' gibi cevapların hepsi de bir bakıma doğru kabul edilebilir. Zira

---

jubendo aut vetando movet, huic alegi nec abrogari fas est, neque derogari aliquid ex hac licet, neque tota abrogari potest, nec vero aut per senatum aut per papulum solvi hac lege possumus, neque est quaerendus explanator aut interpres Sextus Aelius, nec erit alia posthac, sed et omnes gentes et omni tempore una lex et sempiterna et immutabilis continebit, unusque erit communis quasi magister et imperator omnium deus: ille legis hujus inventor, discetator, lator). CÍCERO, *De Republica*, 3, 22, 33'ten naklen DE PAGE, 179, (72 no'lu dipnot).<sup>320</sup> GÜRİZ, *Hukuk Felsefesi*, 178.

Cicero'nun hukuk felsefesinin temel referanslarından olan Stoa felsefesinin epistemolojisi incelendiğinde, rasyonel niteliğe sahip olan 'doğa yasası'nı idrak edebilme yeteneğine sahip 'akıl'; nesnesini olduğu gibi yansıtan ve öznesini kendisini onaylamaya zorlayan 'kavrayıcı izlenim (*kathalapsia*)'; nihayet ortak izlenim ve imgelere dayanan, bütün insanlarda aynı olan ve yanlış olma ihtimali bulunmayan 'genel ideler (ortak fikirler, *consensus gentium*)'in her biri<sup>321</sup>, bilginin elde edilme sürecinde ve 'doğa yasası'nın idraki babında özel bir öneme sahiptir. Bununla birlikte, Yunan-Roma felsefesinde doğal hukukun (*natura jus, lex una et communis*; doğa hukuku da denebilir) esas itibarıyla tekil insan akli ile bilinmeyeceğini söylemek daha yerinde görünmektedir. Nitekim yukarıda Cicero'dan yapılan uzun alıntıda, selim akıl, doğa kanunun bilinme yolu olarak değil, bizzat kanunun kendisi olarak takdim edilmektedir. Cicero yine *De Republica*'da, "Biz onları (kanunları) tanırız; çünkü onlar bizim içimizdedir"<sup>322</sup>, derken, *De Inventione*'de, "Doğuştan getirdiğimiz bir kuvvet, onları bize tanıtmıştır"<sup>323</sup>, ifadelerine yer vermiştir. Stoa-Roma felsefesinde aklın (Logos), dünyanın ana prensibi olan kanunun bizzat kendisi, dünyanın ve bütün varlıkların esası olduğu ve bu özelliğiyle her şeye nüfuz edebildiği göz önünde bulundurulduğunda, söz konusu kanunun, akıl, ortak kanaat vb. diğer faktörler kısmen devreye girse de, temelde 'doğuştan getirdiğimiz bir kuvvetin etkisiyle' bilinebildiğini söylemek daha yerinde görünmektedir<sup>324</sup>.

Cicero'da doğal hukuk, her şeye rağmen stoist anlamda pür kozmik değildir. Hatırlanacağı üzere Stoa felsefesinde doğa yasası, doğa yasası-hukukî yasa ayırımından sarf-ı nazarla tamamen kozmik bir renge bürünmüştü. Cicero ise sanki 'doğa hukuku' kavramını Stoa'nın otantik kullanımını çok da fazla dikkate almadan, kendisinin özellikle önemseydiği 'insan hakları' idealine hizmet eden bir araç olarak görüyor gibidir<sup>325</sup>. Cicero'da doğal hukukun ahlâkî-hukukî renginin koyulaştığı, kendisinin belirlediği doğal hukukun altı pratik ilkesinde görülebilmektedir. Bunlar: 1. *Religio*: İlahlara karşı yükümlü olunan taat ve ibadetler. 2. *Pietas*: Akrabalara ve vatana karşı görevler. 3. *Gratia*: Hizmet görenlerin hizmetlerine karşı minnet duygusu. 4. *Observantia*: Ehliyet ve liyakat bakımından üstün olan kimselere saygı. 5. *Vindicatio*: Haksız tecavüzleri def etme hakkı (Kefaret). 6. *Veritas*: Ahde vefa<sup>326</sup>.

Doğal hukukun içeriği meselesine ışık tutması açısından da oldukça önemli olan bu ilkelere, görüldüğü gibi, kozmik nitelik, yerini ahlâkî-hukukî bir renge bırakmıştır. Dikkatle

<sup>321</sup> Bk. yukarıda "Stoacılar'ın Bilgi Felsefesi".

<sup>322</sup> Aktaran DE PAGE, 147, (8 no'lu dipnot).

<sup>323</sup> *De Inventione*, 2, 53, 161'den naklen DE PAGE, 147, (8 no'lu dipnot).

<sup>324</sup> Bk. DE PAGE, 147, (8 no'lu dipnot).

<sup>325</sup> MARDİN, 154.

<sup>326</sup> DE PAGE, 180, (74 no'lu dipnot); ABADAN, "Tabii Hukukun Medeni Kanunumuz Üzerindeki Tesiri", 319.

incelendiğinde bu ilkelerden ilki (*religio*) dinî; son ikisi (*vindicatio* ve *veritas*) hukukî, diğerleri ise ahlâkî niteliktedir.

Gerek Cicero'nun doğal hukuk konusundaki görüşleri ve gerekse doğal hukukun pratik yansımalarını ifade eden yukarıdaki ilkelerde göze çarpan iki husus oldukça önemlidir. Bunlardan birincisi, Cicero'da doğal hukukun kozmik karakterinin zayıflamasına rağmen tamamen hukukî bir karakter almaması, bunun yerine daha çok ahlâkî bir niteliğe sahip olmasıdır<sup>327</sup>. Nitekim sayılan altı ilkenin dördü ahlâkî niteliktedir. Dikkati çeken ikinci husus ise, Cicero'da doğal hukukun bütünüyle laik karaktere sahip görünmeyip, tanrısal bir özellik taşımasıdır<sup>328</sup>. Nitekim Cicero'ya göre doğal hukukun yaratıcısı, uygulayıcısı ve yükümlü kılıcısı Tanrı'dır. Ayrıca doğal hukukun pratik gereklerinin başında *religio*, yani ilahlara karşı yükümlülükler gelmektedir. İncelenmekte olan dönemin metafiziğinin merkezinde yer alan 'doğa yasası'nın (Logos) tanrısal niteliğinin, doğal hukukun bu şekilde anlaşılmasının temel nedeni olduğu söylenebilir.

### ccc. Jus Civile-Jus Gentium-Jus Naturale

Romalılar'ın imparatorluğa geçiş sürecinde dikkati çeken ve doğal hukukla da yakından ilintili olan üç kavram hukuk düşüncesi açısından oldukça önemlidir: Jus civile, jus gentium ve jus naturale. Aslında aynı ilkenin tedricî tezahürleri olan<sup>329</sup> bu üç kavramdan *Jus Civile*, aslen Romalı olanların kendi aralarındaki özel hukuk ilişkilerini tanzim etmek için konulmuş olup, *jus gentium* ve *jus naturale*'nin belli bir coğrafya, zaman ve millette somutlaşmış, bir başka ifadeyle adaletin her millette ayrı ayrı tecelli etmiş şeklini ifade eder<sup>330</sup> ve daha çok özel hukuka karşılık gelmektedir.

En genel anlamıyla 'doğal hukuk' olarak karşılanabilecek olan ve kaynağı itibarıyla tamamen Yunan felsefesinden alınan<sup>331</sup> *Jus Naturale*, yukarıdaki konularda da temas edildiği üzere, bütün canlıları kapsayan, küllî, değişmez ve daimî olan, pozitif (konulmuş, yürürlüğe girmiş) olmayan hukuktur.

<sup>327</sup> DE PAGE, 180, (74 no'lu dipnot).

<sup>328</sup> DE PAGE, 178.

<sup>329</sup> DEL VECCHIO, *Hukuk Felsefesi Dersleri*, 36.

<sup>330</sup> DEL VECCHIO, *Hukuk Felsefesi Dersleri*, 36, 38.

<sup>331</sup> DEL VECCHIO, *Hukuk Felsefesi Dersleri*, 38; MARDİN, 154. Mardin, Sabine (A.)'nin, *History of Political Theory* adlı eserine dayanarak, *jus naturale*'nin Romalılar'ın yabancıları oldukları bir kavram olduğunu ve onların bu kavramı gereği gibi anlayamadıkları için, Ulpian'ın doğal hukuk tanımında geçtiği üzere, bu kavramı hayvanlara bile teşmil ettiklerini ifade etmiştir.

Romalılar, imparatorluk sınırlarının genişlemesiyle, *jus civile*'in Romalı olmayan vatandaşlara da uygulanmasını egemenlik açısından sakıncalı görünce<sup>332</sup>, aslen Romalı olanlarla yabancılar arasındaki ilişkileri tanzim etmek üzere *jus gentium* adıyla yeni bir hukuk geliştirdiler. Aslında *jus gentium*, iki anlamda kullanılmıştır. Birincisi, yukarıda ifade edilen, *jus civile* karşılığı olmak üzere, Roma devletinde yabancıların kendi aralarındaki ve Romalılar'la ilişkilerine uygulanacak kurallar bütünüdür<sup>333</sup>. Bu hukuk, esas itibarıyla mevcut örf ve adetlerin pozitif karakter kazanmasıyla oluşmuştur<sup>334</sup>. Romalılar'ın tarihsel deneyimlerine dayanan *jus gentium*, Romalılar tarafından geliştirilmiş özgün bir hukuk türüdür<sup>335</sup>. *Jus gentium*'un oluşmasında imparatorluk hukukunun uygulama alanının, Romalılar'ın ayrıcalığı korunmak kaydıyla, genişletilmesi amaçlanmış<sup>336</sup>, bunun gerçekleştirilebilmesi için bütün uluslarda ortak olan ve bütün karşılıklı ilişkilere temel teşkil eden bir hukukun esas alınmasına çalışılmıştır<sup>337</sup>. Sonuçta, oldukça yalın ve Roma hukukunun formalitelerinden uzak, ama bir o kadar da işlevsel olan bir hukuk ortaya çıkmıştır<sup>338</sup>.

İşte bu noktada *jus gentium*'un ikinci anlamı kendisini göstermektedir. Oldukça geniş bir coğrafyanın ve farklı etnik grupların hukuksal gereksinimlerini karşılamaya namzet *jus gentium*'un bu işlevi gerçekleştirilebilmesi, “Kimseye zarar vermemek (*neminem ledere*)” ve “Herkes kendine düşeni vermek (*suum cuique*)” gibi genel kurallardan (külli kaide) oluşmasını gerektirmiştir. Stoa felsefesindeki ‘doğa yasası’ni kendileri açısından oldukça işlevsel gören ve buna hukuksal bir içerik kazandırmak isteyen Romalılar, doğa yasasının insan ilişkileri üzerindeki izdüşümlerini aramaya koyulduklarında da işte buna benzer genel kurallarla karşılaşmışlardır. Dolayısıyla Romalılar, Yunan düşüncesinde ve özellikle de Stoa felsefesinde yer alan, soyut olan ve pozitif olmayan bir kavram olan *jus naturale*'nin somut ve pozitif izdüşümünü *jus gentium*'da bulmuşlardır. Buna göre “*jus gentium*, küllî aklın en tam tezahürü olarak, bütün kavimlerde müşterek olan aslî icapların ifadesi addolunmuştur”<sup>339</sup>. Böylece vakiadan (*jus gentium*) teoriye (*jus naturale*) bir geçiş söz konusu olmuştur<sup>340</sup>. *Jus gentium* ile *jus naturale* ‘doğal’ karakterlerinden dolayı, zaman zaman birbirleriyle birleşir gibi

<sup>332</sup> GÜRİZ, *Hukuk Felsefesi*, 179.

<sup>333</sup> DEL VECCHIO, *Hukuk Felsefesi Dersleri*, 38.

<sup>334</sup> GÜRİZ, *Hukuk Felsefesi*, 179. Bu anlamda *jus gentium*, modern ‘devletler özel hukuku’na ve kısmen İslâm hukukundaki zimmî hukukuna benzemektedir.

<sup>335</sup> DEL VECCHIO, *Hukuk Felsefesi Dersleri*, 38.

<sup>336</sup> MARDİN, 154.

<sup>337</sup> DEL VECCHIO, *Hukuk Felsefesi Dersleri*, 36.

<sup>338</sup> DEL VECCHIO, *Hukuk Felsefesi Dersleri*, 38.

<sup>339</sup> DEL VECCHIO, *Hukuk Felsefesi Dersleri*, 38.

<sup>340</sup> *Jus gentium*, bu ikinci anlamıyla modern ‘devletler kamu hukuku’na benzemektedir. Zaten o dönemlerde devletler kamu hukuku tabiriyle, bütün kavimlerde ortak olan pozitif hukuk kastediliyordu. Bk. DEL VECCHIO, *Hukuk Felsefesi Dersleri*, 38.

görünmelerine rağmen, yer yer ayrıldıkları da olmaktadır. Romalı hukukçular sözgelimi esirlik müessesesinin, her insanın doğuştan hür olduğunu öngören *jus naturale*'ye aykırı olduğunu kabul etmekle birlikte, savaşlardan sonra her millet tarafından uygulandığı ve bu yönüyle milletlerin ortak âdeti haline geldiği için *jus gentium* adına bunu tecviz etmişler ve buna dayanak oluşturması için de *jus naturale*'nin bir ilkesinin de 'meşru müdafaa hakkı' olduğunu ifade etmişlerdir<sup>341</sup>.

Asıl itibarıyla aynı ilkenin tedricî yansımaları olduğu yukarıda da ifade edilen bu üç kavram, Del Vecchio'nun şu ifadeleriyle özetlenebilir<sup>342</sup>:

Tabîî hukuk (*jus naturale*): Küllî, değişmez ve daimî; Devletler umumî hukuku (*jus gentium*): Muhtelif hukuklarda tesadüf olunan müşterek unsurlar; Medenî hukuk (*jus civile*): Bu iki hukukun sonraki determinasyonları.

Kanaatimizce bu üç kavramın birbirleriyle karşılaştırılmaları bağlamında şöyle bir değerlendirme yapılması yerinde olur:

*Jus naturale*, (kozmetik anlamda) doğal olan, bütün canlıları kapsayan ve pozitif olmayan hukuktur.

*Jus gentium*, (kozmetik anlamda değil, daha dar anlamda) doğal olan, yalnız insanları kapsayan ve oldukça genel nitelikte pozitif olan hukuktur.

*Jus civile*, doğal olmayan, yalnızca Romalıları kapsayan ve ayrıntılı olarak pozitif olan hukuktur.

Görüldüğü gibi, *jus naturale*'den *jus gentium*'a ve *jus civile*'e gidildikçe, soyuttan somuta, genelden özele ve ayrıntıya, pür doğal olandan doğal olmayana doğru gidilmiş olmaktadır. Doğal hukukun karakterini de ortaya koyan bu durum, doğal hukukun realize oldukça, pozitif karakter kazandıkça doğallığını yitirdiğini gösterdiği gibi, genel nitelikli kodifikasyonlarda kendisini daha çok hissettirmesine karşın, ayrıntılı kodifikasyonlarda yerini daha çok hukukun fonksiyonlarından hukuk güvenliğine ve özellikle de toplumsal boyuta terkettiğini de ortaya koymaktadır.

Bununla birlikte bu açıklamalardan *jus civile*'in doğal hukuktan, adalet idesinden bütünüyle uzak olduğu gibi bir sonuç çıkarılmamalıdır. Mekân ve zaman koşullarının değişmesine bağlı olarak kamu yararının da farklı hukuksal düzenlemeleri gerektirmesinin

<sup>341</sup> DEL VECCHIO, *Hukuk Felsefesi Dersleri*, 37, 38.

<sup>342</sup> DEL VECCHIO, *Hukuk Felsefesi Dersleri*, 38. *Jus gentium*'un 'Devletler Umumî Hukuku' olarak karşılanması, yukarıdaki dipnotta da belirtildiği üzere, 'Devletler Umumî Hukuku' kavramının o zamanki kullanımından dolaydır. *Jus civile*'in 'Medenî Hukuk' olarak karşılanması ise, aslında bu kavramın medenî hukukun alanından daha geniş bir alanı düzenliyor olması sebebiyle bize pek isabetli görünmemektedir. Bu karşılamada, -Türkçe'ye aktarmada bir problem yoksa- '*civile*' kelimesinin modern kullanımının etkisi olsa gerektir.

sonucu olan *jus civile*, Romalı yargıçların doğal hukuk bilinciyle ve özellikle de nısfet (*aequitas*) düşüncesiyle denetlenmiş ve böylece tekil olayların çözümünde adaletin dışına çıkılmamasına özen gösterilmiştir. Eşit durumdaki olaylara eşit muamelenin yapılmasını, değişen ve geçici olan şeyin ötesinde, olayların temelinde aynı kalan şeyi kabule zorlayan bir kriter olan nısfet<sup>343</sup>, Roma hukuku için hem bir denetleme aracı olmuş, hem de Roma hukukunun gelişmesini ve esneklik kazanmasını sağlamıştır<sup>344</sup>.

### C. Orta Çağ Doğal Hukuk Düşüncesi

#### a. Genel Olarak Orta Çağ'da Felsefe

M.S. II. yy. ile XV. yy. arasındaki tarihsel dönemin felsefesine Orta Çağ felsefesi denir. Söz konusu dönem Hıristiyan, İslâm, Yahudi ve Bizans felsefelerini kapsamakla birlikte, genel olarak felsefe tarihi Batı felsefesi ekseninde işlendiğinden, Orta Çağ felsefesi Hıristiyanlık felsefesi ekseninde ele alına gelmiştir.

Temelde Hıristiyanlık dinine ve antik Yunan felsefesine dayanan ve esas itibariyle Hıristiyanlık karşısında felsefeyi mahkûm etmek, din içinde eritmek veya Hıristiyan akidesini felsefenin yöntemlerinden yararlanarak savunmak amacıyla ortaya konan Orta Çağ felsefesinin, İlk Çağ felsefesiyle ortak ve farklı yönleri olduğu dikkati çeker. Her şeyden önce, İlk Çağ filozoflarından Platon, Aristoteles ve Plotinus'un felsefelerine dayanan Orta Çağ felsefesi, gerek terminolojisiyle ve gerekse teleolojik (gâî) evren anlayışıyla İlk Çağ felsefesinin devamı gibidir. Buna karşın İlk Çağ felsefesinin dini red esasına dayalı, dinamik, insan merkezli olduğu ve dünyevî mutluluğu amaçladığı yerde, Orta Çağ felsefesi dine dayalı, durağan ve Tanrı merkezli olup, ebedî saadeti amaçlar. İlk Çağ felsefesinde makrokozmos içinde bir mikrokozmos olan insan, Orta Çağ felsefesinde daima eksik, başarısız, günahkâr, Tanrı'dan ayrı düşmüş ve evrene yabancı bir varlıktır. Ayrıca İlk Çağ felsefesinde epistemoloji ontolojiden önce iken, Orta Çağ felsefesinde ise ontoloji epistemolojiyi önceler. Yine İlk Çağ felsefesinde ontoloji ile belirlenen metafizik, Orta Çağ felsefesinde teolojiyle belirlenmiş olup, söz konusu teolojik metafizik anlayışı iki temel argümanla ifade edilebilir: 1. Varlık ancak, varlığın kaynağı olan yaratıcı Tanrı aracılığıyla açıklanabilir. 2. Tanrı'nın varlığı akıl yoluyla kavranabilir<sup>345</sup>.

Orta Çağ felsefesi (Hıristiyan felsefesi) kendi içinde iki ana döneme ayrılır: 1. M.S. II.-VIII. yy.'lar arasını kapsayan Patristik felsefe. 2. M.S. VIII.-XV. yy.'larda görülen Skolastik felsefe. Patristik felsefe de kendi içinde üç döneme ayrılır: 1. İlk dönem: Bu dönem M.S. I.-II. yy.'ları kapsamakta olup, bu dönemin düşünürleri Hıristiyanlığın hakiki felsefe olduğunu

<sup>343</sup> DEL VECCHIO, *Hukuk Felsefesi Dersleri*, 37.

<sup>344</sup> DEL VECCHIO, *Hukuk Felsefesi Dersleri*, 37; GÜRİZ, *Hukuk Felsefesi*, 180.

<sup>345</sup> CEVİZCİ, Ahmet, *Orta Çağ Felsefesi Tarihi*, Asa Kit., (1. Basım), Bursa 1999, s. 11-23.

savunmuşlar, putperest ve Gnostik<sup>346</sup> saldırılara karşı Hıristiyanlığı savunmaya çalışmışlardır. Bu ilk dönemin en önemli simaları Aristeides<sup>347</sup>, Aziz Justin<sup>348</sup>, Tatianus<sup>349</sup>, Athenagoras<sup>350</sup>, Aziz Ireneos<sup>351</sup> ve Tertullianos<sup>352</sup>, tur. 2. Patristik felsefenin “altın çağı” olarak adlandırılan ikinci dönemi, M.S. 200–450 yılları arasında kapsamaktadır. Hellenistik felsefe ile Hıristiyanlık dininin uzlaştırıldığı bu dönemin en önemli düşünürleri Klement<sup>353</sup>, Origenes<sup>354</sup>, Aziz

<sup>346</sup> Gnostisizm felsefi olmaktan çok dinî ve mistik bir akımdır. Akıma adını veren *Gnosis*, seçkin insanlara verilen kişisel, subjektif ve mistik bir bilgiyi ifade eder. Bu bilgiyi, dinin dogmalarının üstünde görüp, dogmaların doğruluğunun bu bilgiyle kontrol edilmesi gerektiğini savunan Gnostikler, bu kabil düşüncelerinden dolayı, doğal olarak Kilise'nin saldırılarına maruz kalmışlardır. Bk. VON ASTER, 232, 233; GÖKBERK, 143.

<sup>347</sup> M.S. II. yy.'da yaşayan Aristeides'in, Yunanlılar'ın ve Mısırlılar'ın Tanrı ve ahlâk anlayışlarını eleştirdiği *Hıristiyan İmanı İçin Savunma* adlı eseri vardır. Filozofa göre, Tanrı sonsuz, yetkin, ölümsüz, bilge, iyi, kendine yeten, fakat akılla kavranamayan bir varlıktır. Aristeides akla dayalı teolojinin ilk temsilcisidir. Düzen, gâye ve ilk muharrik delillerini kullanarak Tanrı'nın varlığını kanıtlamaya çalışmıştır. CEVİZCİ, *Orta Çağ Felsefesi Tarihi*, 26.

<sup>348</sup> Felsefe yolunda geçen bir hayattan sonra Hıristiyan olan Aziz Justin (100–164), “Felsefe Tanrı'nın insana sunduğu, onu Tanrı yoluna sokan en değerli armağandır”, diyerek felsefenin din açısından önemine vurgu yapan ilk filozoftur. Ona göre, Tanrı'ya ilişkin sağlam, kesin ve güvenilir bilgiye ancak vahyin kabul edilmesiyle ulaşılabilir. İrade özgürlüğü problemini teoloji kapsamına sokan Aziz Justin'e göre, insan, davranışlarında Stoa'nın öne sürdüğü gibi yazgının esiri olmayıp özgür iradesiyle hareket etmektedir. Justin'de dikkati çeken bir düşünce de, her insanda tohum halinde bir Logos (*logos spermatikos*) bulunduğu şeklindeki görüşüdür. Buna göre, her insanda, hatta bir putperest de iyiyi ve doğruyu sezme yetisi vardır. CEVİZCİ, *Orta Çağ Felsefesi Tarihi*, 27, 28; GÖKBERK, 143; WEBER, 125.

<sup>349</sup> Aziz Justin'in öğrencisi olan Tatianus (130–176) da felsefeyle dolu bir geçmişten sonra Hıristiyan olmuş ve bundan sonra felsefeye düşman kesilerek Yunanlılar'ın bütün bildiklerini başkalarından, felsefeyi de İbraniler'den öğrendiklerini iddia etmiştir. Tanrı'nın yaratıklarından hareketle, yani *a posteriori* olarak kanıtlanabileceğini ileri sürmüştür. CEVİZCİ, *Orta Çağ Felsefesi Tarihi*, 28, 29; GÖKBERK, 142, 143.

<sup>350</sup> M.S. II. yy.'da yaşayan Athenagoras, kaleme aldığı *Apoloji*'sinde Hıristiyanların ateist oldukları, ziyafetlerde çocuk yedikleri ve ensest ilişkide buldukları gibi iddialara cevap vermiştir. İlk olarak inanç-akıl ilişkisi üzerinde duran, inancın önceliğini ve aklın da tamamlayıcı rolünü vurgulayan Athenagoras, yine ilk olarak teslis inancını akli bir temele oturtmaya çalışmış, teslisin çok tanrıcılık demek olmayıp, birden çok kişiliğin tek bir töz ve irade içinde toplanması anlamına geldiğini söylemiştir. CEVİZCİ, *Orta Çağ Felsefesi Tarihi*, 29, 30.

<sup>351</sup> Aziz Ireneos (126–202), *Adversus Haereses* (Sapkınlara Karşı) adlı eserinde teleolojik kanıtla ve ortak onay kanıtıyla Tanrı'nın varlığını ispatlamaya çalışmıştır. Yaratma konusunu ilk ele alan kilise babası olan Aziz Ireneos, antik Yunan'ın ezeli maddeye şekil verme şeklindeki yaratma anlayışını reddederek, her şeye gücü yeten Tanrı'nın evreni, kendi kelâmıyla, özgürce ve yoktan var ettiğini savunmuştur. Ireneos, özellikle Gnostiklerle mücadele ederek, onların *gnosis*lerinin yerine *pistisi* (iman) koymuştur. CEVİZCİ, *Orta Çağ Felsefesi Tarihi*, 30, 31; GÖKBERK, 143, 144.

<sup>352</sup> Eserlerini Latince kaleme almış ilk büyük kilise babası olan Tertullianus (160–220), tam bir felsefe karşıtlığını temsil eder. Ona göre, ne içindeki ilhamla hareket ettiğini söyleyen Sokrates'in ve ne de sıradan bir Hıristiyan'ın kolayca bulabildiği, evrenin yapıcısını bulmanın güç olduğunu iddia eden Platon'un değeri yoktur. Dogma-akıl cepheleşmesinde Tertullianus, dogmanın radikal taraftarıdır. Ona göre, dinî inanç ile felsefi bilgi birbirinin zıddı olup, dogmanın içeriği ne olursa olsun, hatta akla aykırı bile olsa, ona mutlak olarak inanmak gerekir. Bu yönüyle Tertullianus, *Credo quia absurdum est* (Akıl almaz, saçma olduğu için inanıyorum) düşüncesinin ilk temsilcisi olmuştur. Tertullianus da Tanrı'nın varlığını *a posteriori* kanıtla, eserlerinden yola çıkarak kanıtlamaya çalışmıştır. CEVİZCİ, *Orta Çağ Felsefesi Tarihi*, 31, 32; VON ASTER, 233; GÖKBERK, 144.

<sup>353</sup> İskenderiyeli Klement (150–219) akli inanca, felsefeyi dine tâbi kılan ve daha sonra Aziz Augustinus ve Aziz Anselmus'ta görülecek olan *crede ut intelligam* (Anlamak için inanıyorum) tavrının öncüsüdür. Buna göre, önce dogmaya inanılmalı, hemen ardından dogma, akıl ve felsefe ile kavranmaya çalışılmalıdır. O halde iman, akıl tarafından onaylandığı görülmek için inanmadır. Klement'e göre, iman ile bilgi birbirinin zıddı olmayıp, nasıl ki, vahiyle uyumlu olmayan bilgi ve akıl yürütme doğru değilse, körü körüne inanç da istenmeyen bir şey olduğundan, felsefe dinî akideleri temellendirmek için bir araç olarak kullanılmalıdır. Filozof, bu kozmopolit düşüncelerini ‘Halılar (*Stromata*)’ adlı eserinde, bir halı gibi dokumuştur. “Tanrı'nın ne olduğunu değil, ne olmadığını bilebiliriz”, demek suretiyle de Klemens, negatif teolojinin (*via negativa*) kurucusu olmuştur. CEVİZCİ, *Orta Çağ Felsefesi Tarihi*, 33–35; VON ASTER, 234; GÖKBERK, 144.

<sup>354</sup> Ammonios Sakkas'ın öğrencisi olan Origenes (186–232), Hıristiyanlığı Yeni Platonculuk ekseninde ele almış, teslis, inkarnasyon (hulûl) gibi dogmaları akıl ve inanç ışığında açıklamaya çalışmış, kendisinde teslis inancının



Gregorius<sup>355</sup> olup, yalnızca bu dönemin değil St. Thomas'la birlikte bütün bir Orta Çağ felsefesinin en önemli ismi Aziz Augustinus<sup>356</sup>'tur. 3. Gerileme Dönemi: Yeni ve özgün çalışmalar yapılmaktansa daha önce ifade edilmiş olan fikirlerin işlenip sistematize edildiği bu son dönem 450-VII. yy.'lar arasını kapsar. Bu dönemin iki önemli ismi Sahte Dionisos<sup>357</sup> ve Boethius<sup>358</sup>'tur.

Skolastik felsefe<sup>359</sup> de kendi içinde dört döneme ayrılır: 1. Hazırlık dönemi: M.S. VIII. ve IX. yy.'ları kapsayan ve genel çerçevesi Augustinus tarafından belirlenen bu dönemin en

---

izlerini gördüğü Platon'a büyük saygı beslemiş, Tanrı'nın evreni özgür iradesiyle değil, doğasının bir gereği olarak yarattığı, şeklindeki görüşünde olduğu gibi, Hıristiyan akidesine felsefi temel kazandırma endişesi, kendisini zaman zaman resmî akidenin dışına çıkmaya itmiştir. *Peri Arkhon* (İlkeler Üzerine) adlı eseri, Hıristiyan inancı ile ilgili öğretileri bir araya getirmeyi deneyen ilk derlemedir. CEVİZCİ, *Orta Çağ Felsefesi Tarihi*, 35, 36; VON ASTER, 236, 237; GÖKBERK, 144; WEBER, 126-128.

<sup>355</sup> Aziz Gregorius (335-395) inancın üstünlüğünü kabul etmekle birlikte, inancın rasyonel bir temeli olduğunu savunmuş, imanın sırlarını resmî öğretiden sapmadan ve felsefeyi kullanarak anlaşılır kılmaya çabalamıştır. Platon gibi tümellerin gerçekliğini savunan Aziz Gregorius, bunu insana ve Tanrı'ya da uygulamış, bir tümel olarak Tanrı'nın bir, yetkin, evrenin yaratıcısı olan varlık olduğunu, ikinci anlamda Tanrı'nın ise Kutsal Üçleme'ye karşılık geldiğini iddia etmiştir. Aziz Gregorius, aynı zamanda mistik teolojinin de kurucusu kabul edilir. Buna göre, insan yalnızca genelde yanılısamaya yol açan duyulur nesnelere bilebilirken Tanrı hakkında pek az şey bilebilir. Bununla birlikte insanda var olan ruh Tanrısal kökenli olduğundan O'nun tarafından çekilir ve aşk yoluyla gerçekleşen bu çekim sonucunda insan, duyusal varlıklardan da uzaklaşıp içine düştüğü karanlıklardan ancak mistik bir vecd ile Tanrı'yla birleşme sonucunda kurtulabilir. CEVİZCİ, *Orta Çağ Felsefesi Tarihi*, 37, 38.

<sup>356</sup> Aziz Augustinus aşağıda ayrıca işlenecektir.

<sup>357</sup> Gerçek kimliğini gizlediği için bu adla anılan Sahte Dionisos M.S. V. yy.'da yaşamıştır. İlk Çağ felsefesinin, Parmenides'le başlayan "çoklukta birlik" meselesine dünyanın çokluk, Tanrı'nınsa bu çokluğun ardındaki birlik olduğunu söyleyerek çözüm getirmeye çalışmıştır. Ancak dünyadaki çokluk da gerçek bir çokluk olmayıp, ilk ilkedenden türeyen bir varlık hiyerarşisine dayanması yönüyle gerçekte birlik olan bir çokluktur. Dionisos'a göre biri Tanrı'dan başlayan göksel hiyerarşi ve diğeri İsa'dan başlayan yersel hiyerarşi olmak üzere iki hiyerarşi vardır. Düşünürce göre, Tanrı biri olumlu (yaratıklarından hareketle), diğeri olumsuz (O'nun ne olmadığını söyleyerek) ve öteki bu ikisinin sentezinden oluşan üç ayrı yolla bilinebilir. Ona göre Tanrı evreni kendisindeki idealar aracılığıyla yoktan ve özgürce yaratmış olup, yaratma sudur yoluyla gerçekleştirmiştir. CEVİZCİ, *Orta Çağ Felsefesi Tarihi*, 58-64.

<sup>358</sup> Aristoteles'in *Kategoriler*'ini, *De Interpretatione*'u ve Porphyros'un *Isagoci*'sini Yunanca'dan Latince'ye çeviren Boethius (480-525), felsefe tarihinde özellikle iki açıdan önem taşır: 1. Tümeller kavgasını başlatması 2. Tanrı'nın (olmuş ve olacak) her şeye dair bilgisiyle irade özgürlüğünü uzlaştırması. Tümeller kavgasının konusu, tümellerin, yani cins ve türlerinin (meselâ somut bir varlık olarak insan değil de genel bir kavram olarak insan) gerçek bir varlığa mı sahip oldukları, yoksa yalnızca zihinde mi var olduklarıdır. Tümellerin ayrı bir varlığa, ontolojik gerçekliğe sahip olduklarını benimseyen görüş "Kavramsal Realizm"; bunların ne fenomenler dünyasından ne de tikel varlıklardan ayrı bir gerçekliğe sahip olmadıklarını, yalnızca bir takım yapay simge ve adlandırmalardan ibaret oldukları şeklindeki görüş "Nominalizm" ve nihayet bu ikisinin arasında yer alan ve tümellerin tikel varlıklar içinde gerçekliğe sahip bulunduğunu savunan görüş ise "Kavramcılık" olarak adlandırılır. Boethius, Tanrı'nın küllî bilgisiyle irade özgürlüğü arasındaki paradoksu ise, Tanrı'nın insanın eylemlerine dair bilgisinin nedenselliğe yol açmadığını, O'nun söz konusu eylemleri, bu eylemlere zorunluluk kazandırmadan bildiğini ifade ederek çözmeye çalışmıştır. CEVİZCİ, *Orta Çağ Felsefesi Tarihi*, 65-75.

<sup>359</sup> Orta Çağ felsefesinin çok daha önemli olan bu ikinci dönemine *fides quarens intellectum* (anlamaya çalışan iman) anlayışı egemen olmuştur. Skolastik dönemin filozofları, aralarındaki bir takım ayrılırlara rağmen, tavır, yöntem ve konu bakımından ortaktırlar. Tavır açısından daima aklı vahye tâbi kılmışlar; yöntem bakımından mantıksal ve dilsel analizlerle kutsal metinlerin anlaşılmasının amaçlandığı 'otorite yöntemini' benimsemiş ve konu olarak da Tanrı'nın varlığı, Tanrı-evren, inanç-akıl, devlet-kilise, Tanrı'nın mutlak bilgisi-irade özgürlüğü arasındaki ilişkiler incelenmiştir. Dönemin en önemli tartışma konusu 'Tümeller meselesi'dir. Kökeni antik döneme dayanan bu tartışma, Hıristiyanlık söz konusu olduğunda ayrı bir önem kazanır. Sözelimi içinde yaşadığımız dünyanın gerçekten var olmadığı şeklindeki bir görüş, öte dünyanın önem kazanmasına yol açar. Bunun gibi, Tanrı'nın kullarından istediği 'on emir'in bizatihi iyi oldukları için mi istedikleri yoksa Tanrı istediği için mi iyi oldukları konusu da tümellerin ontolojik gerçekliklerinin kabul ya da inkârıyla ilintilidir. Yine 'ilk günah' dogmasının anlamlı olabilmesi, söz konusu tartışmanın realizm tarafını benimsemekle mümkündür. Bundan önceki Patristik

önemli düşünürü John Scotus Eriugena<sup>360</sup>'dır. 2. Erken Skolastik: M.S. IX.-XII. yy.'lar arasında kapsayan bu dönemin en önemli iki sorunu inanç-akıl ilişkisi ve tümellerin mantıksal ve epistemolojik nitelikleridir. Tümeller konusunda kavramsal realizmle nominalizmden yalnız birinin benimsenmesi, Hıristiyan akidesi açısından problem doğurduğundan ikisi arasında bir uzlaşımın görüldüğü bu dönemin en önemli iki düşünürü Aziz Anselmus<sup>361</sup> ve Petrus Abelardus<sup>362</sup>'tur. 3. Yüksek Skolastik: Skolastik felsefenin bu en önemli dönemi XIII. yy.'ı kapsamaktadır. Özellikle Aristoteles'in eserlerinin Arapça'dan çevrilmesiyle Hıristiyan felsefesinin yeni bir mecraya girdiği bu dönemin en önemli düşünürleri ise Aziz Bonaventura<sup>363</sup>,

---

döneme Platon felsefesinin damgasını vurmasına karşın, Skolastik dönemde Aristoteles felsefesi egemendir. Bu etki, özellikle Aristoteles'in eserlerini Latince'ye çeviren Aquina'lı Thomas ile zirveye ulaşmıştır. Manastır gibi dinî kurumlarla üniversitelerde gelişen Skolastik felsefenin en önemli iki merkezi Paris Üniversitesi ile Oxford Üniversitesi olmuştur. CEVİZCİ, *Orta Çağ Felsefesi Tarihi*, 165-170.

<sup>360</sup> Augustinus ile Abelardus arasında köprü olan ve Augustinus ve Aquina'lı Thomas'tan sonra, Hıristiyan inancı ile akıl arasındaki sentezin en başarılı örneğini verdiği kabul edilen **Johannes Scotus Eriugena** (810-877), başyapıtı olan *De Divisione Naturae* (Doğanın Taksimi Üzerine)'de doğada dört sınıf varlık bulunduğundan söz etmiştir: 1. Yaratılmamış olan ve yaratan (Tanrı). 2. Yaratılmış olan ve yaratan (İdealar). 3. Yaratılmış olan ve yaratmayan (Cisimler). 4. Yaratılmamış olan ve yaratmayan (Tekrar Tanrı). Düşüncelerinde yer alan bu ve benzeri Yeni-Platoncu öğelerden dolayı Kilise tarafından onaylanmayan Eriugena'nın, felsefeyle akli bir tutmasına rağmen, tercihte bulunmak durumunda kaldığında son tahlilde akli yeğlemesi dikkat çekicidir. Ona göre, doğru akıl tarafından onaylanmayan her otorite güçsüz kalmaya mahkûmdur. CEVİZCİ, *Orta Çağ Felsefesi Tarihi*, 171-175; WEBER, 140-144; VON ASTER, 253; GÖKBERK, 160.

<sup>361</sup> *A priori* bir kanıt olan 'ontolojik' kanıt bulmak suretiyle felsefe tarihinin en önemli filozofları arasına giren **Aziz Anselmus** (1033-1109), söz konusu kanıt geliştirmesinden de anlaşılabilir üzere, kendi döneminde yaygın olan anti-entellektüalizme karşı çıkarak Hıristiyan akidesinin rasyonel temellendirilmesinin kaçınılmazlığına vurgu yapmıştır. Öncelikle iman ve akıl alanını birbirinden ayıran filozof, daha sonra, anlamak için inanmayı kaçınılmaz gördüğünden (*credo ut intelligam*=anlamak için inanıyorum), imanın akıldan önce geldiğini belirtmiştir. Bununla birlikte Anselmus, imanın verdiği sonuçların, akıl tarafından çoğunlukla doğruluğu ve zorunluluğu kanıtlanan gerçekler olduğu görüşündedir. Tanrı'nın varlığını kanıtlama bağlamında ortaya koyduğu *a posteriori* kanıt olan 'iyilikten kareket eden delil' (daha iyinin bulunduğu yerde en iyi de olmalıdır)in yanında, kendisini asıl önemli kılan, *a priori* ve rasyonel bir kanıt olan ontolojik kanıtı 'Tanrı' kavramının analizine dayanır. Buna göre, Tanrı ile kendisinden daha yetkini düşünemeyen varlık kastedilir. Her insanda, hatta ateistlerde bile bir Tanrı düşüncesinin bulunması, Tanrı'nın varlığını kanıtlar. Zira böyle bir varlık, en yetkin varlık ise, ve hem zihinde hem de gerçekte var olan, yalnızca zihinde var olandan daha yetkin ise, Tanrı yalnız zihinde değil, gerçekte de var olmalıdır. CEVİZCİ, *Orta Çağ Felsefesi Tarihi*, 187-195; VON ASTER, 264-266; GÖKBERK, 161-162; WEBER, 147-152.

<sup>362</sup> Orta Çağ'ın ünlü 'Tümeller Kavgası'nda iki karşıt ucu temsil eden, iki ayrı hocanın, realist Champeaux'lu William ile nominalist Roscelinus'un talebesi olan **Petrus Abelardus** (1079-1142), ününü özellikle tümeller konusunda gerçekleştirdiği senteze borçludur. Onun sentezi, tümeller problemini Boethius'tan da etkilenerek, ontolojik bir problem olmaktan çıkarıp mantıksal ve epistemolojik bir problem olarak koymasına dayanır. Filozofa göre, genel kavramlarla dillendirilen varlıkların gerçekten var olup olmadıklarını bilemesek de, en azından söz konusu kavramların varlığı herkesçe kabul edilir. Abelardus, son tahlilde realistlerin aksine tümellerin ontolojik realitesini kabul etmemekle birlikte, nominalistler gibi bunları salt bir isimlendirmeden ibaret de görmüyor. Ona göre tümel kavramlar, tikel varlıklardan yapılan soyutlamalardır ve soyutlama olmaları yönüyle de gerçeklerdir. Abelardus'un özellikle iki eseri dikkat çekicidir. Bunlardan birisi, din ve felsefe otoritelerinin görüşlerinin nihai olarak birbirlerinden farklı olmadığını ortaya koymayı amaçlayan *Sic et non* (Evet ve Hayır) türü eserlerin, aynı adı taşıyan en önemlilerinden birisi. Diğeri ise *Scito te ipsum* (Kendini bil!) adlı yapıtı ki, bu yapıtıla, o zamana kadar heteronom olan, yani ahlâkın kaynağını dışta, Orta Çağ felsefesi için düşüncecek olursak Tanrı'da arayışın yerine, otonom, yani ahlâkın kaynağını insanın iç dünyasında arayan bir etik anlayışı geliştirmiştir. CEVİZCİ, *Orta Çağ Felsefesi Tarihi*, 197-205; VON ASTER, 267, 268; WEBER, 155-158; GÖKBERK, 164.

<sup>363</sup> Genel olarak Aristoteles felsefesinin egemen olduğu bu dönemde Platon felsefesine dönüşü temsil eden **Bonaventura** (1221-1274), inançla akli birbirinden ayırdıktan başka, inanca dayanmayan felsefenin yetersiz ve yanlış olacağını, vahyin yardımı olmadan Tanrı'nın varlığının kanıtlanamayacağını savunmuştur. Sözgelimi Aristoteles, Bonaventura'ya göre, vahyden yardım almaksızın yalnızca akla dayanarak felsefesini

Aquina'lı Thomas<sup>364</sup>, Roger Bacon<sup>365</sup> ve Duns Scotus<sup>366</sup>, tur. 4. Gerileme Dönemi: Skolastik felsefenin ve Orta çağ felsefesinin bu son dönemi XIV. ve XV. yy.'ları kapsar. Bu dönem, felsefe-teoloji sentezini imkânsız bularak eleştirmesi, tümeller kavgasında realizmin yerine nominalizmi benimsemesi ve bilim ve felsefeyi ön plana çıkarmasıyla Skolastik felsefe açısından bir gerileme olurken, modern felsefe açısından ise bir gelişme olarak kabul edilir. Dönemin en önemli düşünürü Ockham'lı William<sup>367</sup> dır.

---

oluşturduğundan, yanlış ve yetersiz bir felsefe ortaya koymuştur. Bonaventura'nın Aristoteles'i eleştirdiği konulardan birisi de, Aristoteles'in, Platon'un, Hıristiyan dogmalarını açıklamada çok işlevsel olan 'İdealar Nazariyesi'ni reddetmesidir. Tanrı'yı rasyonel bir obje olarak değil, insan ruhunun son amacı olarak gören Boneventura, haddizatında Tanrı'yı, kanıtlanmasına gerek duyulmayacak kadar açık bir varlık olarak görmesine karşın, maddî dünyanın gözlemlenmesinden yola çıkan *a posteriori* delille O'nun varlığını kanıtlamaya çalışmaktan da geri durmamıştır. Yaradılışı, İslâm filozoflarının da etkisiyle sudur nazariyesiyle açıklamaya çalışan Boneventura, bunu yaparken, evrenin ezeli olmayıp yoktan yaratıldığı düşüncesini ve Tanrı'nın yetkinliğini koruyabilmek için özel bir çaba sarf etmiş, Tanrı ile yaratıkları arasındaki ilişki ve benzerliği açıklamak üzere 'Örnekçilik Öğretisi'ni geliştirmiştir. CEVİZCİ, *Orta Çağ Felsefesi Tarihi*, 211–220; VON ASTER, 270, 271; GÖKBERK, 168, 169.

<sup>364</sup> Aquina'lı Thomas aşağıda müstakil olarak ele alınacaktır.

<sup>365</sup> Orta Çağ felsefesi ile Yeni Çağ felsefesi arasında geçişi temsil eden Roger Bacon (1220–1292), asıl önemini deneysel bilginin ve özellikle de matematiğin önemini vurgulayarak modern bilimi müjdelemesinden ve bu bağlamda geliştirdiği *Scientia Experimentalis* (Deneysel Bilgi) görüşünden alır. Tıpkı Rönesans filozofları gibi, doğa bilgisinin amacı olarak, doğaya egemen olmayı gören Roger Bacon, öncelikle bilgisizliğin dört nedenini "1. Yanlış otoriteye teslim olma. 2. Geleniğin (alışkanlıkların) etkisi. 3. Yaygın önyargılar. 4. Bilgisizliği dikkat çekici bir bilgi teşhir ederek gizlemek" şeklinde belirledikten sonra, gerçek bilgi olan deneysel bilginin yolunun felsefeyle açılacağını öngörmüştür. Ona göre bilgi edinmenin akıl yürütme ve deneyim olmak üzere iki yolu olup, akıl yürütmeyle elde edilen sonuçların kuşkudan kurtulabilmesi için deneyimin de devreye sokulması gerekir. Sonuçta bir Skolastik filozof olan Roger Bacon'a göre, duyu algısı ve dışsal deneyim, genel anlamda deneyimin bir türü olup, bu, ikinci bir deneyim türü, Tanrı'nın aydınlatmasıyla tamamlanmadıkça eksik kalır. CEVİZCİ, *Orta Çağ Felsefesi Tarihi*, 240–247; GÖKBERK, 177, 178; WEBER, 179, 180.

<sup>366</sup> John Duns Scotus (1266–1308), Skolastik felsefede özellikle üç bakımdan önem taşır: 1. Felsefe-teoloji dengesini teolojinin aleyhine olacak şekilde bozmuş olması. 2. İradeyi akıl, bilgi ve aşktan üstün tutmuş olması. 3. Tanrı'ya ilişkin bilgi konusunda rasyonalist ve mistiklerin dışında bir yol tutmuş olması. Özellikle iradeye dair görüşleri hukuk felsefesi açısından da önem taşımaktadır. Filozofa göre, aklın irade karşısındaki üstünlüğünü savunan önceki Skolastik düşünürlerin ve bu arada Aquina'lı Thomas'ın aksine, irade akıl karşısında öncelik ve üstünlüğe sahiptir. Tanrı'da da irade akıl ve bilgiden önce geldiği için O, evreni zorunlulukla değil, özgürce yaratmıştır. İradecilik'in etik alanındaki yansımalarının sonucu olarak iyi ve doğru gibi değerler de Tanrı tarafından irade edildikleri için mutlaklardır. Tanrı'nın iradesinden bağımsız olarak var olsalardı, Tanrı'nın gücü, kendisine bağlı olmayan bir yasa tarafından sınırlandırılmış olurdu ki, bu durum, O'nun özgürlüğüne ve yetkinliğine leke düşürürdü. Tanrı insanlara gönderdiği ahlâk esaslarından başkasını da gönderebilir, onları söz konusu esasların bir kısmıyla yükümlü tutmayabilirdi. CEVİZCİ, *Orta Çağ Felsefesi Tarihi*, 250–260; GÖKBERK, 175, 176; VON ASTER, 275, 276; WEBER, 174, 175.

<sup>367</sup> Orta Çağ felsefesinin bütününe egemen olan 'Tümeller Kavgası' dikkate alındığında, söz konusu felsefesinin ilk dönemlerinde Platoncu anlamda realizmin, ortalarda Aristotelesçi anlamda kavramcılığın (konseptüalizm) ve sonlarında ise, nominalizmin ağır bastığı göze çarpar. Skolastik felsefenin son temsilcilerinden birisi olan Okhamlı William (1285–1349), tam anlamıyla nominalisttir. William'a göre, yalnızca bireysel varlıklar gerçek olup, tümel kavramlar, bizim kendilerine verdiğimiz adlardan ibarettir. Yegâne gerçek, bireysel varlıklar olunca, bilginin kaynağı algı, bunun doğruluğunun yolu ise deneysel bilgi olmaktadır. Bunun sonucu ise tümel ve metafiziksel olan hiçbir kavramın, ezcümle Tanrı'nın birliği, sonsuzluğu ve hatta varlığının kanıtlanamaz olmasıdır. Okham'lı, bir Orta Çağ filozofu olarak, buradan ateizme gitmiyor; bunun yerine Tanrı'nın varlığı gibi konuları, aklın dahil olmayan salt iman alanına sıkıştırıyor. Etik konusunda William, Duns Scotus gibi iradeci (volontarist) bir tavır sergiliyor. Buna göre, iyi Tanrı öyle istediği için iyidir. Tanrı, özgür iradesiyle ahlâk yasasını bütünüyle ya da kısmen değiştirebilir. CEVİZCİ, *Orta Çağ Felsefesi Tarihi*, 260–272; GÖKBERK, 176; VON ASTER, 276; WEBER, 177.

## b. Aziz Augustinus

Augustinus<sup>368</sup> felsefesinde, gerek bireysel (psikolojik ve etik) ve gerekse siyasal ve hukuksal anlamda ‘olan ve olması gereken’ ayrımının ortaya çıkmasını ‘ilk günah’a bağlamak yanlış olmasa gerektir. Hıristiyanlık’taki ‘İlk Günah’ öğretisine göre, insan, Tanrı tarafından

<sup>368</sup> Hıristiyan dogmasının gerçek kurucusu olan Aziz Augustinus (Aurelius Augustinus, 354–430), Aquino’lu Thomas’ın etkisini göstermeye başladığı XIII. yy.’a kadar, Orta Çağ’ın en önemli düşünürüdür (GÖKBERK, 152; CEVİZCİ, *Orta Çağ Felsefesi Tarihi*, 39). Dünya edebiyatının ilk otobiyografisi özelliğini taşıyan (VON ASTER, 238) ‘İtirafılar (*Confessiones*)’ adlı eserinde de belirttiği üzere Augustinus, pagan bir baba ile Hıristiyan bir annenin oğlu olarak Kuzey Afrika’da Thagaste’de (Bugünkü Cezayir sınırları içinde) doğmuştur. Zevk ve sefâ ile geçen bir gençlik döneminden sonra Cicero’nun eserleri aracılığıyla felsefeye kendisini vermiş, kötülük problemlerine getirdiği açıklamadan dolayı bir müddet Mani dinine bağlı kalmış, ancak bu dinin açıklamaları da kendisini tatmin etmez olunca şüpheli bir yola (Akademia Septisizmi) girmiştir. Filozofu şüphelilikten kurtaran Yeni-Platonculuk olmuş ve nihayet Milano Piskoposu Ambrosius aracılığıyla Hıristiyanlığa girdikten sonra, ömrünün kalan kısmını bu dine hizmete adanmıştır (CEVİZCİ, *Orta Çağ Felsefesi Tarihi*, 39, 40; VON ASTER, 237-239; GÖKBERK, 152, 153). Augustinus’un başlıca eserleri şunlardır: *Contra Academicos* (Akademiçilere Karşı), *De Beata Vita* (Mutlu Yaşayış Üzerine), *De Ordine* (İyi ve Kötünün Yeri), *Soliloqua* (Söyleşiler), *De Libero Arbitrio* (İrade Özgürlüğü Üzerine), *De Civitate Dei* (Tanrı Devleti Üzerine), *De Trinitate* (Teslis Üzerine), *Confessiones* (İtirafılar), *Retractiones* (Geriye Bakışlar), *De Vera Religione* (Gerçek Dine Dair) (GÖKBERK, 153; CEVİZCİ, *Orta Çağ Felsefesi Tarihi*, 41). Tipik bir Orta Çağ filozofu olan Augustinus için, temel sorun ve amaç kuşkusuz, Tanrı’dır. İman konusunda o, *Credo ut intelligam* (inaniyorum ki, anlayayım) tavrını benimsemiştir. Yani filozof, önce dogmaya inanıyor, ama inandığı şeyin makul olduğunu da düşünüyor. Augustinus, baştan inanarak kabul ettiği Tanrı’nın varlığını, öncelikle bilgidен hareket ederek ortaya koymuştur. Düşünsel serüveninin son aşamasında kuşkucu olmasının da etkisiyle, ilk eleştirisini Akademia Septisizmine yöneltmiştir: Mutlak bir hakikat olmalıdır ve bu hakikat bilinebilmelidir; aksi takdirde insan bedbaht ve mutsuz olur. Augustinus, ilk adımda her şeyden kuşkulansak bile, daha sonra Descartes’ta yineleneneği üzere, kuşkulanan benliğimizin varlığından şüphe edemeyeceğimizi ifade ediyor: ‘Şüphe ediyorum, demek ki, varım’. Bunun dışında da kuşulanmamamız gereken bir takım gerçekler de vardır. Sözgelimi çelişmezlik ilkesi gibi, mantıksal aksiyomlar; ya da 2+2=4 olması gibi matematiksel aksiyomlar. Bunun gibi güzel olan bir obje hakkında, onun ‘güzel’ olduğuna yönelik değerlendirmemiz de apaçıktır. Augustinus, bu mutlak, zaman ve mekân dışı olan hakikatlerden yola çıkarak Tanrı’nın varlığına ulaşmıştır. Zira söz konusu gerçekler, kendileri gibi mutlak, zaman ve mekân dışı bir varlığı gerektirirler ki, bu varlık, Tanrı’dır. Haddizatında bu gerçekler, Tanrı’nın düşündüğü şeylerden ibarettir (Platon’un İdealar’ından etkilenme). Augustinus, sınırlı, sonlu, değişken ve mümkün bir varlık olan insanın, sınırsız, sonsuz, değişmeyen ve zorunlu olan söz konusu gerçeklerin bilgisine de ancak Tanrısal bir ‘Aydınlanma’ ile ulaşabileceğini ifade etmiştir. Buna göre Tanrı’dan gelen bir ışık, güneşin cisimleri görünür kılması gibi, insanın sonlu olmasından kaynaklanan sınırları açacaktır (CEVİZCİ, *Orta Çağ Felsefesi Tarihi*, 41–46; VON ASTER, 240, 241; GÖKBERK, 153, 154; WEBER, 128, 133). ‘Aydınlanma Teorisi’, Augustinus’un Tanrı’nın ispatında kullandığı kanıtlardan birisidir. Filozof, bunun dışında Tanrı’nın kanıtlanması konusunda, ‘ortak onay’, ‘kozmolojik’ ve ‘ilk neden’ kanıtlarını da kullanmıştır. Augustinus, Hıristiyan akidesine uygun olarak, Tanrı’nın, varlığı kendisinden olan, ezeli-ebedi, değişmez, sonsuz varlık olduğunu ifade etmiş, Platoncu bir etkiyle, Tanrı’nın yaratılmış tüm varlık türlerinin idealarını, tohumlarını içinde barındırdığını söylemiştir. Bununla birlikte filozof, panteizmden ve Tanrı’nın yaratmasını zorunlu kılan sudur nazariyesinden özenle kaçınmış, Tanrı’nın âlemden farklı, ona aşkın olduğunu ve âlemi özgür iradesiyle yoktan yarattığını savunmuştur (CEVİZCİ, *Orta Çağ Felsefesi Tarihi*, 46–48; WEBER, 129, 130; VON ASTER, 241). Augustinus, yine Platon felsefesinin etkisiyle ‘Hiyerarşik Varlık Görtüşü’nü benimsemiştir. Buna göre üstte olan daha gerçek ve daha değerlidir. Ne var ki, bu noktada, Orta Çağ felsefesini en fazla meşgul eden sorunlardan birisi olan ‘Kötülük Problemi’ gündeme gelmektedir. Zira hiyerarşik varlık görtüşü, aynı zamanda varlık skalasında yer alan her şeyin iyi olmasını da gerektirir. O halde var olan her şey, var olması hasebiyle aynı zamanda iyidir de. Peki öyleyse kötülüğün kaynağı nedir? Augustinus’a göre kötülüğün kaynağı, varlıkların, hiyerarşide olmaları gereken yerde bulunmamalarıdır. Üstte olması gereken alttadır ve altta olması gerekenler de üsttedir. Sözgelimi, insanda ruhun bedensel arzuların üstünde olması gerekirken tersi oluyorsa, bundan kötülük ve adaletsizlik doğar. Bunun gibi, ilk günah da, yaratılmış olan insanın, yaratan olmaya kalkışmasından kaynaklanmıştır (CEVİZCİ, *Orta Çağ Felsefesi Tarihi*, 48–52). Antik Yunan filozofları gibi, Augustinus da, etik alanında mutluluğu amaçlamıştır. Ne var ki, ona göre mutluluk, insanda ya da doğada değil, doğaüstü bir varlıkta, Tanrı’da aranmalıdır. Bir mahlûk olan insan, iradesini halikına bağladığı takdirde mutlu olacaktır (VON ASTER, 246; CEVİZCİ, *Orta Çağ Felsefesi Tarihi*, 52). Augustinus’ta ahlâk yasasının mutlaklığı meselesi dikkat çekicidir. Aynı zamanda bir teolog, teolog olduğu kadar filozof olan Augustinus’un bu ikili karakteri kendisini söz konusu problemde gösteriyor gibidir. Weber’in de ifade ettiği gibi, filozof olan Augustinus’a göre, tanrısal irade mutlak iyiye tâbi iken, teolog olan Augustinus’a göre ise, iyi, Tanrı’nın iradesince belirlenir (WEBER, 135).

başlangıçta, tıpkı kendisine benzer şekilde özgür iradeli olarak yaratılmıştı. Ne var ki, bir mahlûk olan ve halikına itaat etmesi amacıyla yaratılan insanoğlu, kibrinden dolayı, halik olmaya ve kendisini evrenin merkezine oturtmaya öykünmüş ve böylece yaratıcısına isyan ederek ilk günahı işlemiştir. Bu günahla gerçekleşen düşüş, insanın başlangıçta özgür olan iradesini yitirmesine, sürekli olarak günaha eğilim duymasına yol açtığından, kurtulması ancak Tanrı'nın inayetiyle gerçekleşebilecektir<sup>369</sup>.

İnsanoğlunun işlediği bu ilk günah, gerek dış dünyada ve gerekse insanın iç dünyasında, huzursuzluğun ve sürekli bir mücadelenin ortaya çıkmasına yol açmıştır; başta Tanrı ile insan arasında, milletlerin kendi aralarında ve ailelerin içinde onulmaz bir mücadele sürüp gitmektedir. İnsanın iç dünyasında da bu mücadele, ruh ile içgüdüler arasında gerçekleşmektedir<sup>370</sup>. Augustinus'un değere dayalı varlık hiyerarşisine göre, varlık skalasında üstte olanın altta olana tâbi olması, ezcümle insanın iç dünyasında, içgüdülerin ruha uyması gerekirken, aksine bunların ruha kafa tutmaları ve ona hâkim olmaya çalışmaları, insanda sürekli bir huzursuzluk halini doğurmuştur<sup>371</sup>. İşte insanın iç dünyasında "olması gereken", ruhta ve ruhun yönlendirdiği doğrultuda kendisini göstermiştir. Eğer ilk günah sonucunda "düşme (hubût)" gerçekleşmeseydi, Tanrı'dan bir parça olan ruh ve ruhla âdeta aynı cevherden olan akıl<sup>372</sup>, Tanrı'dan gelecek vahye gerek kalmaksızın kendiliklerinden doğruyu bulabileceklerdi<sup>373</sup>.

Augustinus'un etik anlayışında, konumuz açısından dikkat çekici yön, ahlâk alanında 'olması gerekeni' ifade eden ahlâk yasasının, ahlâk ilkelerinin mutlak olup olmadığı; bir diğer ifadeyle Tanrı'nın iradesinden bağımsız olarak mı var olduğu, yoksa Tanrı'nın iradesi doğrultusunda mı oluştuğu meselesidir. Daha açık bir anlatımla, bir şey, 'iyi' olduğu için mi, Tanrı onu talep etmiştir; yoksa Tanrı talep ettiği için mi, o şey 'iyi' olmuştur? Augustinus'ta bu sorunun cevabı pek açık görünmemektedir. Tipik bir Orta Çağ filozofu olması hasebiyle, teolog ve filozof kimliklerini şahsında birleştiren Augustinus, sözünü ettiğimiz mesele gibi bir takım konularda, bu iki kimliği arasındaki çatışmayı yaşıyor gibidir. Buna göre filozof yönü, Tanrı'nın iradesinden bağımsız, hatta O'nun iradesini yönlendiren mutlak bir ahlâk yasasına taraftar iken, teolog yönü ise, ahlâk yasasının tamamen Tanrısal irade ile belirlendiği görüşündedir<sup>374</sup>. İlk görüş, antik Yunan'a dönüşü deyimler. Bilindiği gibi, etik konusunda antik Yunan'a egemen olan düşünce, mutlak bir ahlâk yasasının var olduğu ve insanın aklıyla bunu bilebileceği

<sup>369</sup> VON ASTER, 243–247; GÖKBERK, 154, 155; WEBER, 133–135.

<sup>370</sup> VON ASTER, 246.

<sup>371</sup> CEVİZCİ, *Orta Çağ Felsefesi Tarihi*, 55.

<sup>372</sup> WEBER, 132.

<sup>373</sup> WEBER, 134.

<sup>374</sup> WEBER, 134, 135.

şeklinde idi. İkinci görüş, Orta Çağ'ın din tarafından belirlenmiş dünya görüşünü yansıtmaktadır; iyinin ne olduğu Tanrı tarafından belirlenir ve akıl bunu bilmek konusunda her zaman yeterli olmayıp, vahye de ihtiyaç duyar.

İlk günahın yol açtığı huzursuzluğun siyasal boyutu devleti doğurmuştur<sup>375</sup>. İnsanların içgüdüleri doğrultusunda hareket etmeleri, yeryüzünde kaostan başka bir şeye yol açmayacağından, bunları frenlemek konusunda devlet, zorunlu bir kurum olarak kendisini göstermiştir<sup>376</sup>. Ne var ki dünya devletlerinin genel olarak, güce dayalı bir şekilde, silah gücüyle kurulduğu da ayrı bir gerçektir. Augustinus 'olan'ı, fiilî durumu gösteren bu tablonun karşısına, hem vatandaşları ve hem de yöneticileri, kendilerini Tanrı'nın iradesine râm etmiş olan 'olması gereken' devleti koymuştur. Filozof, 'yeryüzü devleti' ve 'gökyüzü devleti' adını verdiği bu devlet biçimlerini ve bunlar arasındaki mücadeleyi esas alan tarih konsepsiyonunu *Civitas Dei* (İlahî Devlet) adlı yapıtında açıklamıştır. Burada gökyüzü devletinin hukuku "olması gereken (ideal)" hukuku, yeryüzü devletinin hukuku ise "olan (pozitif)" hukuku ifade etmektedir<sup>377</sup>.

*Civitas Dei*, belli bir tarihi olay üzerine kaleme alınmıştır. Şöyle ki, Roma şehrinin, Cermen kavimlerinden Got'lar tarafından işgal edilmesi büyük bir yankıya yol açmış ve bu olay, bazılarınca eski Roma tanrılarının terk edilip, Hıristiyanlığa geçilmesine bağlanmıştır. Augustinus'un *Civitas Dei*'deki temel amacı bu fikri reddetmektir. Filozof söz konusu eserde, Roma'nın gelişmesinin Roma ilahlarıyla ilgili olmadığını, her devletin karakterinin, o devleti oluşturan insan topluluklarınca belirlendiği düşüncesini savunmuştur<sup>378</sup>. İki temel devlet biçiminden 'Yeryüzü Devleti'nde, Tanrı'dan çok kendisini ve yeryüzünü seven, ruhları içgüdülerinin hizmetine girmiş, kendini bilmez, küstah, gafil, sürekli mücadele halinde olan bireyler yaşar. 'Gökyüzü Devleti' ise, Tanrı sevgisiyle dolu olan, ruhlarını içgüdülerine hâkim kılan insanların yaşadığı, hak ve hakikatin, fedakârlığın, Tanrı'ya saygının, ruhsal temizliğin, huzur ve barışın egemen olduğu devlettir<sup>379</sup>.

Augustinus düşüncesindeki yeryüzü devleti, yeryüzünde yer alan devletler, gökyüzü devleti ise, gökteki bir devlet şeklinde anlaşılmalıdır. Yeryüzü devleti kadar, gökyüzü devleti de dünyada var olması idealize edilen devlettir. Yine yeryüzü devleti dünyada mevcut, egemen olan devletlere, imparatorluklara; gökyüzü devleti ise Kilise'ye de tam olarak karşılık olamaz. Eğer böyle olsaydı, bütün Hıristiyanların Tanrı devletinin yurttaşları olarak, günah kirinden arınmış olmaları gerektiği gibi, kötülüğün ürünü olan yeryüzü devleti yöneticilerinin de

<sup>375</sup> VON ASTER, 247; DEL VECCHIO, *Hukuk Felsefesi Dersleri*, 41.

<sup>376</sup> DEL VECCHIO, *Hukuk Felsefesi Dersleri*, 41.

<sup>377</sup> ÖKTEM, *Hukuk Felsefesi ve Hukuk Sosyolojisi*, 123.

<sup>378</sup> GÜRİZ, *Hukuk Felsefesi*, 180; GÖKBERK, 155; VON ASTER, 245.

<sup>379</sup> GÜRİZ, *Hukuk Felsefesi*, 181; CEVİZCİ, *Orta Çağ Felsefesi Tarihi*, 56; ABADAN, *Hukuk Felsefesi Dersleri*, 129.

buyruklarına uyulmaması gerekirdi. Oysa durumun böyle olmadığı açıktır. Hıristiyanlar günahattan arınmamış oldukları gibi, Hıristiyanlık'ta mevcut devletin kurallarını kulak ardı etmek, salık verilmemiştir<sup>380</sup>. Aksine mevcut, pozitif yasalara uymak gerektiği vurgulanmış ve bizzat Hz. İsa da döneminin yasalarına uymuştur<sup>381</sup>.

Yeryüzü ve gökyüzü devleti şeklindeki ayrımın gerçek anlamda devletlere değil, sosyolojik, metafizik ve dinî gruplara gönderimde bulunduğu şeklinde bir yorum da vardır<sup>382</sup>.

Augustinus'un, *Civitas Dei* adlı eserinde, kendi tarih felsefesini de ortaya koyduğundan yukarıda söz edilmişti. Filozofun tarih felsefesinde insanlık tarihi üç büyük kısımdan oluşmaktadır: 1. İnsanın yaradılışından ilk günahı işlemesine kadarki dönem. 2. İlk günahın işlenmesinden Kilise'nin kurulmasına kadarki dönem. 3. Kilise'nin kuruluşundan kıyametin kopmasına kadar geçen dönem<sup>383</sup>. Antik çağa egemen olan döngüsel tarih anlayışına karşın, bir defalık ve doğrusal olan<sup>384</sup> ve aynı zamanda Tanrı'nın gücünün yansımaya da tanık olan<sup>385</sup> bu tarih anlayışına göre, tarih aynı zamanda yeryüzü devletleriyle gökyüzü devletinin çatışma arenasıdır. Yeryüzü devletini Asur ve Roma imparatorluklarında gören, gökyüzü devletinin ise, Yahudi halkında ortaya çıkıp, Hıristiyanlık inancı ve Kilise dogmalarıyla sürdürdüğünü ifade eden<sup>386</sup> Augustinus, kendi zamanında artık son aşamaya girildiğini ve Kilise'nin denetiminde<sup>387</sup> gökyüzü devletinin kuruluşuna giden sürecin başladığını ifade etmiştir. Fani olan yeryüzü devleti, yerini, gökyüzü devletine, ilahî devlete terk edecektir<sup>388</sup>.

Augustinus, hukuk düzenlerinde üç çeşit yasa bulunduğunu ifade etmiştir: 1. Doğal yasalar (*Lex Naturalis*): Bunlar, her insanın algılayabildiği yasalardır. Sözgelimi, antik Yunan uluslarının yasaları bu türden yasalardı. Bu yasalar, "doru"ya ve "iyi"ye yaklaşmış olsalar da yetersizdir. 2. Hz. Musa yasaları: Zamanında Tanrı tarafından İsrailoğulları'na gönderilen bu yasalar, kendi dönemlerinde yararlı olsa da bu devirde yetersizdir. 3. Hz. İsa yasaları: Hz. İsa'nın getirdiği bu yasalar, adaletin yeryüzüne indirilmesini ifade eder. Ne var ki, bu yasaların yaptırımını dünyevî olmayıp, uhrevîdir<sup>389</sup>.

Görüldüğü gibi, Augustinus, her insanın iç dünyasında var olan doğal hukuka sıcak bakmaktadır. Teolog kimliği ile Augustinus, Stoist Cicero'dan aldığı<sup>390</sup> bu düşünceyi mutlak

<sup>380</sup> CEVİZCİ, *Orta Çağ Felsefesi Tarihi*, 57.

<sup>381</sup> ÖKTEM, *Hukuk Felsefesi ve Hukuk Sosyolojisi*, 122.

<sup>382</sup> ABADAN, *Hukuk Felsefesi Dersleri*, 129.

<sup>383</sup> VON ASTER, 248; GÖKBERK, 155; DEL VECCHIO, *Hukuk Felsefesi Dersleri*, 41.

<sup>384</sup> GÖKBERK, 155.

<sup>385</sup> DEL VECCHIO, *Hukuk Felsefesi Dersleri*, 41.

<sup>386</sup> CEVİZCİ, *Orta Çağ Felsefesi Tarihi*, 57.

<sup>387</sup> VON ASTER, 248; GÖKBERK, 156.

<sup>388</sup> DEL VECCHIO, *Hukuk Felsefesi Dersleri*, 41.

<sup>389</sup> ÖKTEM, *Hukuk Felsefesi ve Hukuk Sosyolojisi*, 122.

<sup>390</sup> ABADAN, *Hukuk Felsefesi Dersleri*, 128.

olarak kabul etmesinin, Tanrı'nın iradesini önceleyen ve onu yönlendiren mutlak bir ahlâk yasasının varlığını gerektirmek suretiyle Hıristiyan akidesine aykırı düşmesi sebebiyle olsa gerek, ilk günahla birlikte insanın içinde bulunan 'doğruluk' ve 'iyilik' ölçütleri bulunduğundan<sup>391</sup> ve genel için düşünülecek olursa hakikatin artık, somut olan Hz. İsa yasalarında aranması gerektiğinden söz etmiştir. Bununla birlikte Tanrısal aydınlanmaya mazhar olarak arınan kimseler için, Tanrı'nın emir ve yasalarını iç dünyalarında da bulabilmek yolu açıktır<sup>392</sup>. Görüldüğü gibi Augustinus'ta biri, ilahî kozmosun yansıması olarak, arınmış ve aydınlatılmış gönüllerde makes bulan 'olması gereken'; ve diğeri, İncil aracılığıyla insana bildirilen somut dinî kurallar olmak üzere iki türlü "olması gereken hukuk kuralı" vardır<sup>393</sup>. Bunların karşısında yer alan "olan hukuk kuralları" ise, yürürlükteki yasalardır.

### c. Aquina'lı Thomas

Aquina'lı Thomas<sup>394</sup>,ın devlet felsefesi, Aristoteles ve Augustinus'un devlet felsefelerinin bir karışımı gibidir. St. Thomas'ın bu bağlamda Aristoteles'ten etkilendiği başlıca

<sup>391</sup> WEBER, 134.

<sup>392</sup> ABADAN, *Hukuk Felsefesi Dersleri*, 128.

<sup>393</sup> GURVITCH, "Tabii Hukuk mu Yoksa Sezgiye Dayanan Müspet Hukuk mu?", 163.

<sup>394</sup> Skolastik felsefenin en büyük siması, görüşleri, Katolik kilisesinin resmî öğretisi haline gelmiş olan Aquina'lı Thomas (1225-1274), bir yandan, Orta Çağ'ın diğer filozofları gibi, otoritelerin görüşlerini uzlaştırma çabası verirken, diğer yandan Hıristiyan akidesine açılım getirebilmek amacıyla, akıl-inanç ve felsefe-teoloji uzlaşımında yeni bir açıklama getirmiş, bunu yaparken çok büyük ölçüde Aristoteles felsefesinden yararlanmış ve böylece, Hıristiyan felsefesinde, artık Platon'un değil, Aristoteles'in belirleyici olmasını sağlamıştır. (TARAKÇI, Muhammed, "Aquinas'lı Thomas", *Felsefe Ansiklopedisi* (ed. Ahmet CEVİZCİ), İstanbul 2003, c. I, s. 510; CEVİZCİ, *Orta Çağ Felsefesi Tarihi*, 222, 221; WEBER, 169; GÖKBERK, 170; ABADAN, *Devlet Felsefesi*, 122, 123). Aquina'lı Thomas, Katolik metafiziğinin zirvesi olduğu kadar, çöküşünün de habercisidir. Onunla birlikte, akıl ile imanın ve felsefe ile teolojinin alanları birbirinden ayrılmaya başlamıştır (WEBER, 171, 172). Etkisini, Orta Çağ'dan sonra da gösteren Thomas (Bk. CROZAT, "Thomas d'Aquin'in Hukuk ve Devlet Nazariyesi", (çev.. Recai Galip OKANDAN) İ.Ü.H.F.M., IV, sy. 14, İstanbul 1938, s. 627 vd.), nihayet, XX. yy.'da, "Doğal Hukukun Rönesansı" akımı içindeki, özellikle dinî cereyanlar üzerinde de etkili olmuştur (CROZAT, "Thomas d'Aquin'in Hukuk ve Devlet Nazariyesi", 632; ÖKTEM, 126- 129; GÜRİZ, 189). Soylu bir ailenin çocuğu olarak Aquino'da dünyaya gelen Thomas, küçük yaşta dinî eğitimini almaya başlamış, yüksek tahsilini ise, İmparatorun, Papa'nın nüfuzunu kırmak için kurdurduğu Napoli Üniversitesi'nde görmüştür. Yüksek tahsili sırasında bir yandan Orta Çağ eğitiminin geleneksel yedi liberal sanatını (*septem artes liberales*). Bunlar gramer, dialektik, retorik, aritmetik, geometri, musiki ve astronomidir) öğrenirken, diğer yandan Aristoteles'in eserleriyle tanışmıştır. Yine küçük denebilecek bir yaşta Dominiken tarikatına girmiş, Almanya'da Aristotelesçi ünlü filozof Albertus Magnus'un öğrencisi olmuştur. Paris, Bologna ve Napoli üniversitelerinde dersler veren Aquina'lı'nın mücadele ettiği iki kesimden birisi, Augustinusçular ve diğeri ise Siger von Brabant tarafından temsil edilen Latin İbn Rüşdçüleri olmuştur (CEVİZCİ, *Orta Çağ Felsefesi Tarihi*, 221, 222; TARAKÇI, Muhammed, "Aquinas'lı Thomas", 508-510; GÖKBERK, 171; ABADAN, *Devlet Felsefesi*, 121; WEBER, 168; CROZAT, "Thomas d'Aquin'in Hukuk ve Devlet Nazariyesi", 585-588). Aquina'lı'nın temel iki eseri, Latin İbn Rüşdçülere karşı yazılan *Summa Contra Gentiles* (Kâfirilere Karşı) ve Tanrı'nın varoluşu, sıfatları, insanın durumu, kurtuluşu vb. konuları ele aldığı *Summa Theologica* (Teolojiye Dair Savunma)'dır. Diğer bazı eserleri ise şunlardır: *De Regimine Principum* (Prensler Hükümeti), *De Principiis Naturae* (Doğanın İlkeleri Üzerine), *De Ente et Essantia* (Öz ve Varoluş). Ayrıca Aristoteles'in eserlerini şerh yönelik de birçok eser kaleme almıştır (CEVİZCİ, *Orta Çağ Felsefesi Tarihi*, 222; CROZAT, "Thomas d'Aquin'in Hukuk ve Devlet Nazariyesi", 590; TARAKÇI, Muhammed, "Aquinas'lı Thomas", 510). Orta Çağ felsefesinin ilk dönemi olan Patristik felsefenin başlarında *Credo quia absurdum est* (Akıl almaz, saçma olduğu için inanıyorum) anlayışı dikkati çekmişti. Bu anlayış daha sonra, İskenderiyeli Klement tarafından *crede ut intelligam* (Anlamak için inanıyorum) şekline dönüştürülmüş, Klement'in tavrı, Anselmus ve Augustinusca da benimsenmişti. Söz konusu anlayış, aslında aklın ve inancın alanlarının aynı olduğu anlamına gelmekte idi. Aquina'lı Thomas'a gelindiğinde, *Intelligam ut*



konular insanın sosyal bir varlık (*zoon politikon*) olduğu düşüncesi, devletin doğal bir kurum ve dolayısıyla 'iyi' olduğu şeklindeki telakkisi ve nihayet yönetim biçimlerine dair görüşleridir. Devletin evrensel bir özelliğe sahip olması gerektiği, dünya devletinin ilahî devleti amaçlamak durumunda olduğu ve ruhanî otoritenin cismanî otoriteye üstünlüğü konularında ise Thomas, Augustinus'un etkisi altındadır<sup>395</sup>.

Daha önce Aristoteles'in, insanın sosyal bir varlık olduğu şeklindeki düşüncesi etik kaygılarıyla ilişkilendirilmişti. Etik anlamda insanın yapması gereken, kendisini diğer varlıklardan ayıran özelliği olan düşünme yetisini işletmek idi. İşte sosyal bir varlık olan insanın düşünme yetisini kullanabilmesi, toplumsal bir ortamda gerçekleşebildiğinden, devlet ortaya çıkmıştır. Aristoteles'in kamu yararına yaptığı vurgunun da bu bağlamda anlaşılması gerektiği

*Credam* (İnanırım diye biliyorum), anlayışı gündeme gelmiştir. Buna göre, bilgi, Tanrısal aydınlanmanın ön koşulu olarak önemlidir. Thomas'ın ünlü metaforuna göre, inanç, bir tapınağa benzetilirse, bilgi ancak tapınağın girişini aydınlatılabilir. Tapınağın içini tanıyıp bilebilmek ancak inanmayla gerçekleşebilir. Thomas'ın yaptığı aslında bilgi/akıl ile inancın alanlarını ayırmaktır. Tanrı'nın varlığı vb. bir takım dogmaları temellendirmede işlevsel olan akıl, teslis, hulûl vb. bir kısım dogmaları temellendirmeye elverişli olamamaktadır. Aslında bunun anlamı, Hıristiyan dogmasının kısmen makuliyetini yitirmesidir. Thomas'tan sonra, Skolastiğin son dönemine gelindiğinde dogma, hemen bütünüyle makuliyetini yitirecek ve Okhamlı William, Tanrı'nın varlığının dahi akılla ispatlanamayacağını savunacaktır (GÖKBERK, 171; VON ASTER, 272). Aquina'lı Thomas'tan önce egemen olan Platoncu ontoloji, filozofla birlikte yerini Aristotelesçi bir ontolojiye terk etmiştir. Bilindiği gibi, Aristoteles'e göre, madde ve formdan oluşan bireysel tözler, objektif gerçekliğe sahiptir. Varlık, saf form olan Tanrı'dan başlayıp yine Tanrı'da son bulan ve formun gittikçe yetkinleşmesi şeklinde kendini gösteren döngüsel bir hareket izler. Bu hareket, bir varlık hiyerarşisinin (*natura scalae*) oluşmasına neden olmuştur. Söz konusu varlık skalasına göre, aşağıdan yukarıya sırasıyla cansız varlıklar, bitkiler, hayvanlar, insan, melekler ve nihayet Tanrı yer alır. Thomas'a göre evren, Tanrı, sonsuz hikmetiyle âlemlerin en mükemmelini düşündüğünden evren, zorunlu olarak mümkün âlemlerin en iyisidir (CEVİZCİ, *Orta Çağ Felsefesi Tarihi*, 225, 226; WEBER, 169–171; GÖKBERK, 173; VON ASTER, 273). Thomas'a göre, Tanrı'nın varlığı apaçık olmasına rağmen, aynı zamanda aklen de temellendirilebilir. Zaten felsefenin temel işlevi, Tanrı'nın kanıtlanmasıdır. Thomas, bilginin ilk kaynağı olarak algıyı gördüğü için, Tanrı'nın kanıtlanması konusunda *a priori* kanıtları (örneğin Anselmus'un, Tanrı'nın tanımından hareket eden ontolojik kanıtını) işlevsel görmemiş, *a posteriori* kanıtları yeğlemiştir. Onun Tanrı'nın kanıtlanması konusunda kullandığı temel deliller, kozmolojik delil (İlk muharrik delili), ilk fail delili, imkân delili, eşyada bulunan derecelenmeden hareket eden (daha güzel fikrinin en güzel olana ulaştırması) delil ve gaye ve nizam delilidir. Thomas, Tanrı'nın varlığını kanıtladıktan sonra, O'nun doğasını açıklamış ve Tanrı'nın cisimsel olmadığını, maddî olmadığını, mutlak iyi olduğunu ve basit olduğunu (mürekkep olmadığını) ifade etmiştir. Yine filozofa göre Tanrı yalnız tümelleri değil, tikelleri de bilir, kadir-i mutlak ve evreni yoktan (*ex nihilo*) yaratmıştır. Böylece, Platon'da *Demiurgos* ve Aristoteles'te 'İlk Muharrik' olarak ifade edilen mimar-Tanrı anlayışı, Thomas tarafından kabul edilmemiştir (CEVİZCİ, *Orta Çağ Felsefesi Tarihi*, 226–233; VON ASTER, 273, 274; WEBER, 169–171; TARAKÇI, Muhammed, "Aquinas'lı Thomas", 512, 513). Thomas, felsefesinin bütününde olduğu gibi, etik anlayışında da Aristoteles felsefesinin esas almış ve bunu Hıristiyan akidesi ile uzlaştırmaya çalışmıştır. Buna göre Thomas, Aristoteles'in mutlulukçu etik anlayışını benimseyip, buna öte dünyacı mutluluğu (âhiret saadeti); yine buna paralel olarak, Aristoteles'in etik ve dianoetik ayırımına bir de teolojik erdemleri eklemiştir. Aslında Thomas'ın etik alanında hareket noktasının, özü itibarıyla, Aristoteles'in hareket noktasıyla aynı olduğu söylenebilir. Zira Aristoteles, etik alanda 'olması gereken'in, bir şeyi o şey yapan, onu başka şeylerden ayıran özellikle belirlemiştir. Bu özellik insan söz konusu olduğunda 'akıl'dır. Nitekim bu amaçla Aristoteles, insanın etik alanda en önde gelen ve en değerli olan yükümlülüğünü, zihinsel etkinliklerle kendisini gösteren dianoetik etik çerçevesinde ele almıştır. Thomas'ın felsefesine gelindiğinde, insanı insan yapan özellik, düşünmesinin (akıl) de ötesinde Tanrı'ya kul olmasıdır. İşte bu nedenle, insanın temel ödevi Tanrı'yı bilmesidir. Oysa bu bilgi, dünya hayatında, Tanrı'nın inayeti olmaksızın gerçekleşemeyecektir. Bu noktada Thomas, öncelikle 'doğal erdemler' adını verdiği, etik (Cesaret, ölçülülük, cömertlik, adalet) ve dianoetik erdemler (Bilgi, bilgelik, sanat, sağduyu vb.) ile kişinin karakter ve zihin eğitiminin gerçekleştirilmesi üzerinde durur. Bundan sonra, insana ebedî mutluluğu verecek olan Tanrısal inayete mazhar olmak, teolojik erdemlerle (Alçakgönüllülükle inanmak, yakınına sevmek ve Tanrı devletinin geleceğini ve inayeti ummak) gerçekleşebilecektir (CEVİZCİ, *Orta Çağ Felsefesi Tarihi*, 233–240; GÖKBERK, 173, 174).

<sup>395</sup> VON ASTER, 274, 275.

de ifade edilmişti. Aquina'lı Thomas da devletin gayesini, insanların maddî, manevî ve ahlâkî açılardan kendisine yakışır bir yaşam sürmesi, bir diğer ifadeyle kamu yararının gerçekleştirilmesi olarak belirlemiştir<sup>396</sup>.

Augustinus'a göre devlet, ilk günahın sonucunda sözleşmeye dayalı olarak ortaya çıkan, zorunlu ve özsel olarak kötü olan bir kurum idi. Thomas bu konuda Augustinus'tan tamamen ayrılmış ve Aristoteles'in düşüncelerini benimsemiştir. Ona göre devlet, sosyal gereksinimlere cevap verebilmek amacıyla oluşmuş bulunan 'doğal' bir kurumdur<sup>397</sup>. İnsanların egemen olma hırslarını gerçekleştirmeye değil, aksine bu hırsları dizginlemeye yaradığı ve ilahî ve tabîî hukuku gerçekleştirmeye yönelik olduğu için kötü değil, bilakis 'iyi' olan bir kurumdur<sup>398</sup>. Devlet ayrıca sözleşmeye dayalı olmayıp, insanın rasyonel ve manevî yaratılışından kaynaklanmıştır<sup>399</sup>.

St. Thomas yönetim biçimleri konusunda da Aristoteles'in ayrımlarını benimsemiştir. Buna göre, yönetim biçimleri, öncelikle iyi ve kötü olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. Yöneticilerin, çoğunluğun çıkarlarını, yani kamu yararını gözettikleri yönetim biçimleri iyi, kendi çıkarlarına göre hareket ettikleri yönetim biçimleri ise kötüdür. Diğer bir ayrıma göre yönetim biçimleri, iktidarın bir kişide, birkaç kişide ve halkın çoğunluğunda olmasına göre de üçe ayrılır. Sonuçta bu iki ölçüte göre toplam altı çeşit yönetim şekli ortaya çıkmaktadır: Tek bir kişinin kamu yararını gözettiği yönetim şekli 'monarşi', bir grup tarafından kamu yararı gözetilerek yönetim şekline 'aristokrasi', halkın çoğunluğunun yine halkın genelinin çıkarını gözeterek yönetimde olduğu idare şekline ise cumhuriyet (*politeia*) adı verilir. Bu üç yönetim biçimine karşılık olmak üzere, bir kişinin kamunun değil, kendisinin çıkarını gözeterek yönetimde bulunmasına 'tiranlık', bir grubun kendi çıkarlarına göre yönetimde bulunmalarına 'oligarşi' ve halkın çoğunluğunun demagoglar tarafından belli sınıflar lehine yönlendirilmesi şeklindeki yönetim türüne ise 'demokrasi' denir<sup>400</sup>.

Thomas bu yönetim biçimlerinden teorik olarak özellikle mutlak monarşinin en iyisi olduğunu, zira evrene egemen olan birliğin bunu gerektirdiğini savunurken, pratikte ise, tek kişinin iktidarının bir takım sakıncalar doğurabileceği ve kamu yararının bizzat kamu tarafından denetlenmesi gerektiği düşüncesiyle meşruti monarşiyi yeğlemiştir. Onun meşruti monarşi anlayışı, monarşi, aristokrasi ve cumhuriyetin bir karışımı olup, başta en önemli işleri yürütecek olan bir kralı, kralla birlikte yönetime ortak olacak seçilmişlerden oluşan aristokratik bir meclisi

<sup>396</sup> CROZAT, "Thomas d'Aquin'in Hukuk ve Devlet Nazariyesi", 613.

<sup>397</sup> GÜRİZ, 188.

<sup>398</sup> ABADAN, *Hukuk Felsefesi Dersleri*, 130.

<sup>399</sup> CROZAT, "Thomas d'Aquin'in Hukuk ve Devlet Nazariyesi", 611.

<sup>400</sup> CROZAT, "Thomas d'Aquin'in Hukuk ve Devlet Nazariyesi", 618.

öngörmekte ve halka da bütün yüksek memuriyetlere seçilmek ve bu memurları seçmek hakkını vermektedir<sup>401</sup>.

Devletin evrensel olduğu anlayışında Aquina'lı, Aristoteles'ten ayrılıp, Augustinus'la hemfikir olmuştur. Zira Aristoteles'in devlet tasavvuru, site-devleti şeklinde idi. St. Thomas'ın Augustinus'la birleştiği yukarıda da ifade edilen bir diğere yönü olan Kilise'nin devlete üstünlüğü düşüncesi ise, zaten Orta Çağ için karakteristiktir. Haddizatında evrensel devlet düşüncesi ile Kilise'nin üstünlüğü arasında yakın bir ilişki söz konusudur. Gerçekte mesele, dönemin evrensel devlet düşüncesinin kaynağı ve tecessüm etmiş şekli olan Roma İmparatorluğu'nda ruhanî iktidarın mı, yoksa cismanî iktidarın mı egemen olacağı meselesidir<sup>402</sup>. Luka İncili'nde her ne kadar, "Allah Hıristiyanlık hakkında iki kılıç vaz' etti: Biri cismanî, diğere ise ruhanî", deniyorsa da, Orta Çağ, bu iki otoritenin mücadele alanı olmuştur.

Aquina'lı Thomas, ruhanî otoritenin cismanî otoriteye üstün olduğu kanaatine sahip olsa da, ona göre bu üstünlük mutlak değildir. Bir kere ruhanî iktidarın üstünlüğü bir yandan madde-form, ruh-beden düalitesinde formun ve ruhun üstün olmasından ve ruhanî iktidarın bunları temsil etmesinden, diğere yandan ise cismanî iktidarın dünyevî mutluluğu amaçladığı yerde, ruhanî iktidarın âhiret mutluluğunu amaçlamış olmasından kaynaklanmaktadır. Bununla birlikte ruhanî iktidarın cismanî iktidara müdahalesi, bu müdahale ya ruhanî iktidarın cismanî iktidara bıraktığı, ama özü itibariyle ruhanî olan ya da cismanî iktidarın ruhanî iktidara terk ettiği meselelerde olabileceğinden bir yetki aşımı olarak kabul edilmemiştir. Ruhanî otoritenin cismanî otorite üzerinde mutlak bir egemenliğe sahip olmadığını bir göstergesi, Kilise tarafından aforoz edilen bir krala halkın tâbi olma yükümlülüğü kalksa bile, Kilise'nin böyle bir kralı azledememesidir. Sonuç olarak, St. Thomas'a göre, cismanî iktidarlar, dinle ilgili konular dışında bağımsız olup, varlıklarını Kilise'ye borçlu değildirler<sup>403</sup>. Yine İncil'e göre, Hz. İsa'nın ifadesiyle, "Sezar'ın hakkı Sezar'a, Tanrı'nın hakkı da Tanrı'ya verilmelidir"<sup>404</sup>.

Meşru iktidarın kaynağı konusunda St. Thomas'tan nakledilen iki görüş -iktidarın kaynağı Tanrı'dır ve iktidarın kaynağı pozitif hukuktur-, "gerçek ve soyut anlamda iktidar" ve "fiilî ve somut anlamda iktidar" ayrımı yapılarak uzlaştırılabilmektedir. Buna göre, yönetenlerle yönetilenler arasındaki manevî bağın kaynağı Tanrı olmakla birlikte, reel anlamda iktidar olma ve bu iktidarı kullanmanın yolu pozitif hukuktan geçmektedir. Dolayısıyla iktidar, kökeni itibariyle Tanrısal olsa da, mahiyeti itibariyle Tanrısal değildir. İktidar, bu özelliğiyle de ilişkili

<sup>401</sup> CROZAT, "Thomas d'Aquin'in Hukuk ve Devlet Nazariyesi", 619, 620; GÜRİZ, 188.

<sup>402</sup> DEL VECCHIO, *Hukuk Felsefesi Dersleri*, 44.

<sup>403</sup> CROZAT, "Thomas d'Aquin'in Hukuk ve Devlet Nazariyesi", 621, 622.

<sup>404</sup> Luka 20/25.

olarak, yönetiminde mutlak bir serbestiye sahip değildir. Her şeyden önce, iktidarın dayanağı olan pozitif hukuk, hemen aşağıda etraflı olarak anlatılacak olan, doğal hukuka bağlıdır. İktidar, halkın rızasına aykırı olarak zorla ele geçirilmiş olmamalıdır. Aksi takdirde, egemenliğin gerçek sahibi olan halk, kralı azletme yetkisini kullanabilir<sup>405</sup>.

Siyaset felsefesi ana hatlarıyla anlatılmaya çalışılan St. Thomas, hukuk felsefesi alanında da, ortaya koyduğu ‘kanun’ tanımı ve özellikle de, içerisinde doğal hukuka da etraflıca yer verdiği kanun taksimiyle dikkat çekmektedir. St. Thomas’a göre kanun, “insan topluluğunu yöneten erk tarafından kamu yararı gözetilerek konulan ve ilan edilen akla dayalı bir emirdir”. Söz konusu tanım incelendiğinde bir kanunda bulunması gereken şartlar kendisini göstermektedir. Buna göre kanun, aklın emri olmalıdır; kamu yararını hedeflemelidir; toplumu yönetenler tarafından çıkarılmalıdır ve ilan edilmelidir<sup>406</sup>.

Aqına’lı Thomas’ın hukuk ve siyaset felsefesine en önemli olan katkısı, dörtlü kanun taksimidir<sup>407</sup>. St. Thomas, bu taksimi ile aynı zamanda Hıristiyan doğal hukuk düşüncesinin en önemli sentezini yapmıştır<sup>408</sup>. Kanunları içerikleri itibariyle, bir altta olan, üstündekine aykırı olmayacak şekilde, belli bir hiyerarşiye sokmuştur<sup>409</sup>.

St. Thomas’ın kanun hiyerarşisinin en üstünde “Ezelî-Ebedî Yasa (*Lex Aeterna*)” bulunur. Bu yasa, evreni yaratan ve idare eden tanrısal akıldır<sup>410</sup>. Saf iyi, saf güzel, saf akıl ve saf adalet bu yasanın bünyesinde toplanmıştır<sup>411</sup>. İnsan işlediği ‘ilk günah’ sebebiyle<sup>412</sup>, bu yasayı bütünüyle anlamak imkânından mahrum kalmıştır. Bu nedenle, ezelî-ebedî yasaya inanmakla yetinmelidir<sup>413</sup>.

Kanun hiyerarşisinin ikinci sırasında doğal yasa (=doğal hukuk, *Lex Naturalis*) yer alır. Doğal yasa, ezelî-ebedî yasadaki çıkmış olup, ona tâbidir; onun bir kopyasıdır<sup>414</sup>. Haddizatında doğal yasa, varlıkların doğalarında kendisini gösterir. Sözelimi bir ana-babanın çocuklarının yiyecek, giyecek ve barınak ihtiyaçlarını karşılamaları, onların fitratlarından kaynaklanan bir yükümlülüktür. Yani doğal yasa fitrîdir<sup>415</sup>. Akıllı varlıkların doğalarından kaynaklanan,

<sup>405</sup> CROZAT, “Thomas d’Aquin’in Hukuk ve Devlet Nazariyesi”, 613-617.

<sup>406</sup> St. THOMAS, *Summa Theologica; De Regimine Principium*, (ABADAN, *Devlet Felsefesi (Seçilmiş Okuma Parçaları) içinde*), 125-130; CROZAT, “Thomas d’Aquin’in Hukuk ve Devlet Nazariyesi”, 599-603; GÜRİZ, 187.

<sup>407</sup> DEL VECCHIO, *Hukuk Felsefesi Dersleri*, 42.

<sup>408</sup> MARDİN, “Tabii Hukukun Gelişme Safhaları Hakkında Bir Not”, 155.

<sup>409</sup> CROZAT, “Thomas d’Aquin’in Hukuk ve Devlet Nazariyesi”, 603.

<sup>410</sup> CROZAT, “Thomas d’Aquin’in Hukuk ve Devlet Nazariyesi”, 603; DEL VECCHIO, *Hukuk Felsefesi Dersleri*, 42; GÜRİZ, 186.

<sup>411</sup> ÖKTEM, *Hukuk Felsefesi ve Hukuk Sosyolojisi*, 125.

<sup>412</sup> ÖKTEM, *Hukuk Felsefesi ve Hukuk Sosyolojisi*, 125.

<sup>413</sup> DEL VECCHIO, *Hukuk Felsefesi Dersleri*, 42.

<sup>414</sup> CROZAT, “Thomas d’Aquin’in Hukuk ve Devlet Nazariyesi”, 603; DEL VECCHIO, *Hukuk Felsefesi Dersleri*, 42.

<sup>415</sup> CROZAT, “Thomas d’Aquin’in Hukuk ve Devlet Nazariyesi”, 598, 604.

kendilerinin gerçek ve kapsamlı yararlarını gözeterek hareket etmeleri eğilimidir. İnsanın iyi ve kötüyü ayırt etme yeteneği de doğal yasadaki kaynakları<sup>416</sup>. İşte bu yetenekle fark edilebilen genel, soyut, mutlak ve değişmez kurallar, doğal yasanın içeriğini oluşturur. Bu sayede insan bilincinde neyin ahlâka uygun ve neyin aykırı olduğuna dair bir bilinç oluşur<sup>417</sup>. Zira doğal yasa aslında, ezeli-ebedî yasanın, insan aklıyla kavranabilen kısmıdır<sup>418</sup>. Son tahlilde doğal yasaya ait bütün kurallar tek bir genel kuraldan çıkmıştır, denebilir: İyiliği yerine getirme ve kötülüğü bertaraf etme (Celb-i menfaat ve def-i mefsedet)<sup>419</sup>.

Hiyerarşinin üçüncü sırasında insanî yasa (=pozitif hukuk, *Lex Humana*) bulunur. Hiyerarşinin gereği olarak insanî yasa, ezeli-ebedî yasanın ve doğal yasanın altında olup, onlara bağlıdır<sup>420</sup>. İlk iki yasanın tanrısal iradedeki kaynaklanmasına karşın, insanî yasa insanın akıl ve iradesinden doğar<sup>421</sup>. İnsanî yasa, haddizatında doğal yasanın toplumların çeşitli örf ve âdetlerine uydurulmuş ve ayrıca resmiyet kazanıp yaptırıma bağlanmış şeklidir. St. Thomas'a göre insanî yasanın (pozitif hukukun) oluşumu, yargıçlara bırakılmamalı, bunun yerine bir yasa koyucuya/yasa koyuculara tevdi edilmelidir. Zira gerek pratik ihtiyaç, gerek yasa koyuculuğun uzmanlık işi olduğu gerçeği ve gerekse yasaların tekil olaylara göre değil, çok sayıda olay dikkate alınarak hazırlanıyor olması, özel bir yasa koyucular zümresini gerekli kılmıştır. İnsanî yasa kapsamına giren hükümlere dikkat edildiğinde, bunların son tahlilde doğal yasaya dayandığı görülür. Sözgelimi, haksız yere adam öldürmenin pozitif hukukta yasaklanmış olması, bir doğal yasa kuralı olan "Fenalık yapmamak gerekir" hükmünden çıkar. Yine pozitif hukuk, doğal yasadaki yer alan, "Bir kusur irtikâp eden cezalandırılmalıdır", kuralını, hangi kusura ne tür bir cezanın verileceğini belirleyerek uygulamaya sokmuştur. Aquina'nın, yukarıda verilmiş olan tanımını, insanî yasaya aittir. Buna göre insanî yasa, doğal yasadaki (akıldan) çıkmalı, kamu yararını hedeflemeli ve yönetici tarafından konulmuş olmalıdır. St. Thomas, pozitif hukukun ne ölçüde değişebileceğini de yine, doğal yasa çerçevesinde ele almış ve pozitif hukukta doğrudan yer alan, doğal yasa kuralları dışındaki hükümlerin değişikliğine cevaz vermiştir<sup>422</sup>.

Ezeli-ebedî yasa, doğal yasa ve insanî yasa ile normalde kanun hiyerarşisi tamamlanmakla birlikte Thomas, hiyerarşiye bir de ilahî yasayı (*Lex Divina*) eklemiştir. Bunun iki temel nedeni vardır. Birisi, insana olan güvensizlik, diğeri ise insanın iç dünyasının ve

<sup>416</sup> GÜRİZ, 187.

<sup>417</sup> CROZAT, "Thomas d'Aquin'in Hukuk ve Devlet Nazariyesi", 604.

<sup>418</sup> ÖKTEM, *Hukuk Felsefesi ve Hukuk Sosyolojisi*, 125.

<sup>419</sup> CROZAT, "Thomas d'Aquin'in Hukuk ve Devlet Nazariyesi", 604.

<sup>420</sup> CROZAT, "Thomas d'Aquin'in Hukuk ve Devlet Nazariyesi", 604.

<sup>421</sup> CROZAT, "Thomas d'Aquin'in Hukuk ve Devlet Nazariyesi", 607, 608; DEL VECCHIO, *Hukuk Felsefesi Dersleri*, 43.

<sup>422</sup> CROZAT, "Thomas d'Aquin'in Hukuk ve Devlet Nazariyesi", 605-607.

dolayısıyla ahlâkının ancak dinî bir yaptırımla denetlenebileceği gerçeği. St. Thomas, insanın davranış ve düşüncelerinde şüphe, sapma ve tereddüt olabileceğini, bu nedenle şüphe ve tereddütten uzak, hakikatin kesin ifadesi olan vahye dayalı bir hukuka gereksinim olduğunu savunmuştur<sup>423</sup>. İlahî yasa, ezeli-ebedî yasanın dinî mahiyet taşıyan kısmı olması yönüyle özellikle din adamları tarafından bilinebilir<sup>424</sup>. Aquina'lı, ilahî yasayı kendi içinde eski yasa ve yeni yasa olmak üzere ikiye ayırmıştır. Eski yasa Tevrat'ta, yeni yasa ise İncil'de geçen hükümleri içerir. Eski yasanın ne ölçüde bağlayıcı olduğunun ölçütü de doğal yasadır. Doğal yasaya uygun olan eski yasa hükümleri, Hıristiyanlar için de bağlayıcıdır. Sözgelimi, 'On Emir'<sup>425</sup> olarak bilinen hükümlerden, Yahudilere özel olan Cumartesi (sebt) gününe saygı kuralı dışındakiler doğal yasaya uygun olup, herkesi bağlar<sup>426</sup>. St. Thomas'ın ilâhi yasayla ilgili değerlendirmeleri dikkatle incelendiğinde, söz konusu yasanın kanun hiyerarşisinde, ezeli-ebedî yasadan sonra geldiği görülür. Zira filozofa göre, pozitif hukuk (insanî yasa), prensip olarak doğal yasaya uygun hazırlanması gerekmektedir. Ama ilahî yasaya aykırı olan pozitif hukuka riayet yükümlülüğü söz konusu değildir<sup>427</sup>.

#### **D. Yeni Çağ'da Doğal Hukuk Düşüncesi**

##### **a. Orta Çağ'dan Yeni Çağ'a Felsefenin Değişimi**

Radbruch'un ifade ettiği gibi, Yeni Çağ doğal hukuku, 'akıl-cebrî düzen' karşılığı ile karakterize olmuş kabul edildiğinde, en tipik şeklini XVIII. yy. Aydınlanma felsefesinde almıştır, denebilir. Bununla birlikte, Orta Çağ felsefesinden Aydınlanma felsefesine geçiş sırasında yaşanan üç-dört asırlık zaman diliminde dünya, felsefî düşüncede ciddi anlamda bir değişim ve dönüşümün yaşanmasına tanık olmuştur. Ayrıca, (doğal hukuk düşüncesinin değil de) doğal hukuk ekolünün kurucusu kabul edilen Hugo Grotius<sup>428</sup> da bu geçiş döneminin filozoflarından. Söz konusu geçiş dönemi, Rönesans felsefesi ve XVII. yy. felsefesi olarak iki döneme ayrılabilir.

Sözlükte "yeniden doğuş" anlamına gelen Rönesansın, biri dar ve diğeri geniş olmak üzere iki ayrı terim anlamı vardır. Dar anlamıyla Rönesans, antik çağ metinlerinin yeniden

<sup>423</sup> CROZAT, "Thomas d'Aquin'in Hukuk ve Devlet Nazariyesi", 607.

<sup>424</sup> ÖKTEM, *Hukuk Felsefesi ve Hukuk Sosyolojisi*, 125.

<sup>425</sup> On Emir (Evâmir-i Aşere) şu kurallardan ibarettir: 1. Allah'a ortak koşmamak. 2. Put yapmamak. 3. Allah'ın adına saygı göstererek, onu uygun olmayan yerlerde lüzumsuzca anmamak. 4. Haftada mukaddes sayılan bir günü (Yahudiler için Cumartesi-Sebt) istirahat ve ibadetle geçirmek. 5. Ana-babaya itaat etmek. 6. Adam öldürmemek. 7. Zina etmemek. 8. Hırsızlık yapmamak. 9. Yalan yere şahitlik yapmamak. 10. Komşunun malına ve karısına göz dikmemek. (ABADAN, *Hukuk Felsefesi Dersleri*, 131).

<sup>426</sup> TARAKÇI, Muhammed, "Aquinas'lı Thomas", 520.

<sup>427</sup> ÖKTEM, *Hukuk Felsefesi ve Hukuk Sosyolojisi*, 125; ABADAN, *Hukuk Felsefesi Dersleri*, 130; GÜRİZ, 187.

<sup>428</sup> ÇAĞIL, *Hukuk İlmine Giriş*, 417.

incelenmesini ifade eder ki, bu çalışma, öncelikli olarak Orta Çağ felsefesinin paradigmasının eksenini oluşturan Aristoteles'in metinlerine uygulanmış, orijinal metinlere ulaşıp, bu metinlerin otantik yorumlarının yapılması çabası verilmiştir. Geniş anlamıyla Rönesans ise, yepyeni bir insan tipinin ortaya çıkmasını ifade etmektedir.

Rönesans felsefesinin başlangıcı kesin olarak belirlenemese de, XIV. yy., başlangıç için uygun bir tarih olarak görünmektedir. Zira bu tarih, siyasal alanda evrensel devletin yerini ulus-devletlerin almaya başladığı, ekonomik alanda orta sınıfın ortaya çıkıp, kilisenin ve feodal yapının sarsıldığı dönemdir. Ayrıca yine bu dönem, düşünsel alanda da inanç ve akıl alanını ayırmaya başlayan filozofların (örneğin St. Thomas) yaşadığı bir zaman dilimine karşılık gelmesi itibarıyla Rönesans felsefesinin habercisidir. Haddizatında Orta Çağ felsefesinin sona ermesinde ve dolayısıyla Rönesans felsefesinin başlamasında, Orta Çağ felsefesinin söz konusu özelliği, yani en büyük iddiası olan inançla akli uzlaştırmayı başaramaması başlıca etken olmuştur, denebilir. Nitekim St. Thomas'ın felsefesinde Hıristiyan dogmaları, makuliyetini kısmen yitirirken, Okhamlı William'da ise Tanrı'nın varlığının dahi akılla kanıtlanması imkânsız hale gelmişti. Kuşkusuz bu gelişmede nominalizmin ortaya çıkması etkili olmuştur. Nominalizme göre, yalnızca tikel varlıkların objektif gerçekliği bulunduğundan, bilginin yegâne kaynağı deney olmaktadır. Oysa Tanrı, ruh vb. metafizik alana ait kavramların deneyle kanıtlanması imkânsızdı. İşte bu noktada inancın ve bilimin alanları birbirinden ayrılmıştır. Şöyle ki, bilgi bakımından doğru olan, inanç bakımından yanlış olabilir; inanç bakımından doğru olan da, bilgi bakımından yanlış olabilir. Nitekim yine Aquinas'lı Thomas'ın Tanrı'nın varlığını kanıtlamaya çalışırken a priori değil, a posteriori delilleri kullanmış olması da, bilginin kaynağı olarak deneyi görmesinden kaynaklanmıştır.

Rönesans felsefesi kapsamında, gerçekte her biri antik Yunan'da temellerini bulan birden fazla düşünce akımı ortaya çıkmıştır ki, başlıcaları hümanizm, Aristoculuk, Platonculuk, şüphecilik ve atomculuktur. Bunlar arasında, konumuz açısından özel öneme sahip olan hümanizmin, Rönesansa paralel olarak, biri dar ve diğeri geniş iki anlamı bulunmaktadır. Dar anlamıyla hümanizm oldukça teknik ve bilimsel bir anlama sahiptir: Antik literatür üzerindeki filolojik çalışmalar. Geniş anlamıyla hümanizm ise, insanın özünü, bu dünyadaki yerini, modern insanın yeni hayat anlayışını ve duygusunu dile getiren bir akım olup, dinden bağımsız bir kültür oluşturmayı amaçlar.

Hümanist düşünürlerden Machiavelli'nin (1469–1527) insan hakkındaki görüşleri dikkat çekicidir. Ona göre insan, Hıristiyanlığın alçak gönüllü insanından farklı olarak, bir doğa gücü, canlı bir enerji kümesidir. Hıristiyanlığın, bu dünyanın değerini küçültmesine karşın, antik

çağın pagan dinleri bu dünyayı yüceltmişler, insana gerçek değerini vermişlerdir. İnsan, 'egemen olma' içgüdüsünü gerçekleştirme imkânı bulmuştur. Bir diğer Hümanist düşünür Montaigne'de, doğal hukuk düşüncesinin izleri daha açıktır: "Herkesin içinde doğadan bir parça vardır. Mutluluğun yolu, işte bu doğaya göre davranmaktır".

Rönesans çığıruları, antik Yunan'daki örneklerinden ilham almış olsalar da, sadece bir tekrardan ibaret olarak değerlendirilemezler. Bu çığırkların her biri, yepyeni olan 'Rönesans insanı'nın meydana gelmesine hizmet etmişlerdir. Yenilik, yalnızca insanda değil, aynı zamanda hukukta, devlette ve dinde de aranmıştır. Rönesans döneminde, din alanındaki yenilik arayışları genel olarak 'Reformation' olarak adlandırılmıştır. Din alanındaki yenilik arayışları içinde, konumuz açısından da dikkat çekici olan bir gelişme 'doğal din akımı'dır. Bu akım, her türlü dış formdan ve gelenekten bağımsız, insanın doğasında yerleşik bulunan bir dini savunur. Kökleri Stoa felsefesi'ne uzanan bu düşüncenin en önemli temsilcilerinden Jean Bodin (1530–1597)'e göre doğal dinin temel esasları şunlardır: Tanrı'nın bir olduğuna, ahlâk bilincine, özgürlüğe, ölümsüzlüğe ve öbür dünyada misillemeye inanma. Bu düşünceler her insanda ve toplulukta, doğal olarak vardır. Doğal din akımının bir diğer önemli temsilcisi Herbert of Cherbury (1581–1648)'ye göre ise, her dinde ortak olan beş nokta şunlardır: 1. En yüce bir varlık, bir Tanrı vardır. 2. Bu varlığa tapılmalıdır. 3. Bu tapınmanın esası, erdemi gerçekleştiren bir dindarlıktır. 4. Günah ve suçun cezası pişmanlıkla ödenmelidir. 5. Öte dünyada bir mükâfat ve cezanın olması beklenmelidir.

Modern devlet felsefesinin de temeli olan Rönesans devlet felsefesi, kalkış noktası itibariyle kilise karşıtı bir tutumu temsil eder. Dönemin ünlü devlet felsefecilerinden Machiavelli (1469–1527), kilisenin karşısına (hatta üstüne) son derece güçlü olan ulus-devleti yerleştirmiştir. Ne var ki, Machiavelli'de henüz hukuk devleti anlayışı görülmez. Zira ona göre din, ahlâk ve hukuk gibi bütün kurumlar devletin altında olup, yeri geldiğinde devlet tarafından bir araç olarak kullanılabilirler. Yukarıda doğal dinle ilgili görüşlerine yer verdiğimiz ve aynı zamanda devlet ve hukuk felsefesi açısından da önemli olan bir diğer ünlü düşünür Jean Bodin ise, ulus-devlet yerine hükümdarlığı (monarchie) yüceltir. Bununla birlikte onun hükümdarlık anlayışı, mutlak bir monarşi olmayıp, hükümdar doğal hukuk yasalarıyla bağlı ve Tanrı'ya karşı sorumludur. Doğal hukuku devletin temeli yapacak olan kişi ise, aşağıda müstakil olarak ele alınacak olan ünlü Hollandalı hukuk filozofu ve aynı zamanda doğal hukuk ekolünün kurucusu olan Hugo Grotius'tur (1583–1645).

Rönesans devlet ve hukuk felsefesi açısından önemli olan ve demokrasi savunularıyla ön plana çıkan 'Monarchomachlar'dan, özellikle Alman düşünür Johannes Althusius (1557–



1638), Rousseau üzerindeki etkisi bakımından dikkat çekicidir. Althusius'a göre, devlet sözleşme ürünü olduğundan, egemenlik halkın olmalıdır ve halk, egemenliğini parlamento aracılığıyla kullanmalıdır.

Yeni Çağ doğal hukukunun da temelini oluşturan doğa-akıl uyumu düşüncesinin ortaya çıkmasında, Rönesans dönemindeki doğa araştırmalarının çok büyük etkisi olmuştur. Özellikle Cusanus'la başlayan, Kopernikus, Bruno ve Kepler'le devam ederek Galilei ile zirveye ulaşan, Rönesans dönemi doğa araştırmaları, sonuçta Orta Çağ'a egemen olan Aristotelyen kozmolojiyi yıkarak, yerini mekanist bir kozmolojinin almasını sağlamıştır. Her iki kozmoloji arasındaki en önemli farklardan birisi, birincisinin (Aristotelyen) yer merkezli (*geosentrik*) evren anlayışını savunmasına karşın, ikincisinin güneş merkezli (*heliocentrik*) bir evreni benimsemiş olmasıdır ki, kendi akidesine uygun görerek Aristotelyen kozmolojiyi benimsemiş olan Hıristiyanlık da, bu gelişmeden kuşkusuz çok ciddi yara almıştır.

XVII. yy. felsefesi, Rönesans dönemi boyunca ortaya çıkan ve aslında büyük ölçüde aynı hedefe yönelmiş bulunan çok farklı düşüncelerin netleştiği, durulduğu bir dönem olarak dikkati çeker. Bu dönemde özellikle üzerinde durulan konu, başını Descartes'ın çektiği ve aslında Galilei ve Francis Bacon'la başlamış olan 'yöntem tartışmaları'dır.

Rönesansla başlayan, insan varlığının anlamı ve bu dünyadaki yeri sorunu, en geniş olarak Aydınlanma felsefesinde ele alınmıştır. Kant'ın, "insanın kendi suçuyla içine düştüğü mahcûriyet halinden kurtulup aklını kendisinin kullanmaya başlamasıdır" şeklinde tanımladığı<sup>429</sup> ve özelde Avrupa'da, genelde ise bütün dünyada ciddi etkileri olan Aydınlanma'nın, sosyo-politik açıdan en önemli sonuçlarından birisi 1789 Fransız İhtilâlidir. Aydınlanma ifadesi, insanın düşünme ve değerlendirmede din ve geleneklere bağlı kalmaktan kurtulup, kendi aklı, kendi görgüleri ile hayatını aydınlatmaya girişmesi anlamına gelir. Bu yüzyılın parolası, "Aklını kendin kullanmak cesaretini göster" şeklindedir.

Doğa bilimleri gerek Rönesans'ta ve gerekse daha sonra XVII. yy.'da ciddi bir mesafe almıştı. Aydınlanma yüzyılında yapılmak istenen, doğa karşısında başarı kazanmış olan aklı, kültür bilimlerinde de başarılı kılabilmek, akıl sayesinde insanın özgürlüğünü ve mutluluğunu sürekli artırabilmektir. Bu amacın gerçekleştirilebilmesi için, bütün tarihsel kurumların, bu arada toplumun, devletin, hukukun, dinin, eğitimin vs. değerlendirilip yeniden düzenlenmesi gerekecektir. Aklın rehberliğinde oluşacak olan kültür, insanlığın ortak kültürü olacaktır. Bu

---

<sup>429</sup> GÖKBERK, 326.

kültürün temel niteliklerinden birisi kuşkusuz, Rönesans'tan beri başlayan sürecin bir uzantısı olarak 'laiklik'tir<sup>430</sup>.

## b. Hugo Grotius

### aa. Grotius'un Devletlerarası Hukuk Sisteminde Doğal Hukuk

Hugo Grotius (1583–1642) devletler hukukunun<sup>431</sup>, modern hukuk felsefesinin<sup>432</sup>, doğal hukuk ekolünün<sup>433</sup> ve laik doğal hukuk ekolünün kurucusu<sup>434</sup> gibi, nitelermelere tâbi tutulmuş olsa da, en doğrusu, onun modern devletler hukukunun kurucusu sayılabileceği<sup>435</sup>, doğal hukuk düşüncesini, öngördüğü devletler hukuku sisteminin kaçınılmaz bir zemini olarak kullanmış olduğu ve kendi dönemi için işlevsel olabilecek bir doğal hukuk düşüncesinin laik karakterde olması gerektiğinden, “doğal hukuk düşüncesini laikleştiren kişi” olarak tanınmış olmasıdır, denebilir<sup>436</sup>. Grotius'un söz konusu sıfatlarla nitelenmesi, kuşkusuz, 1625'te geniş bir bilgi hazinesine dayanarak kaleme aldığı ve devletler hukukunun yanı sıra, hukuk felsefesi, özel hukuk, ceza hukuku vb. konuları da işlediği “Savaş ve Barış Hukuku (*De Jure Belli Ac Pacis*)” adlı çalışması sebebiyledir. Bu çalışma, içeriği bakımından çok orijinal olmasa da<sup>437</sup>, devletler hukukuyla ilgili meselelerden hareketle ulaşılan genel felsefi ilkeler içermesi ve sistematik olması yönüyle oldukça önemli olup, eserin bu özelliği Grotius'un hukukçu kimliğine felsefi kişiliğini de eklemiş olmasından kaynaklanmıştır<sup>438</sup>.

<sup>430</sup> Bk. GÖKBERK, *Felsefe Tarihi*, 181–245; 249–256; 325–329.

<sup>431</sup> MERAY, Seha L., (Grotius, Savaş ve Barış Hukuku'nun Önsözü), III; ABADAN, *Hukuk Felsefesi Dersleri*, 144.

<sup>432</sup> DEL VECCHIO, *Hukuk Felsefesi Dersleri*, 53; YÖRÜK, *Hukuk Felsefesi Dersleri*, 55.

<sup>433</sup> ÇAĞIL, *Hukuk İlimine Giriş*, 417.

<sup>434</sup> ABADAN, “Tabii Hukukun Yeni Vechesi”, 510.

<sup>435</sup> Del Vecchio'nun, Grotius'u devletler hukukunun kurucusu saymanın doğru olmayacağı şeklindeki tespitinden de (*Hukuk Felsefesi Dersleri*, 58) cesaret alarak, ‘Modern Devletler Hukukunun Kurucusu’ diyoruz; zira devletler hukukunun tarihi çok daha eskilere uzanmaktadır. Bu bağlamda Romalılar'ın *jus gentium*'unun hatırlanması gerekmektedir birlikte, müttekâmil bir devletler hukukunun oluşumu, Grotius'un *Savaş ve Barış Hukuku* adlı eserinden daha teknik ve kapsamlı eserler kaleme alan ve bu eserlerde geçen bilgileri uygulamaya da yansıtan Müslümanlar'a aittir. Bk. HAMİDULLAH, Muhammed, “İslâm Devletler Umumî Hukukunun Başlangıçtaki Nazariye ve Tatbikatı”, (çev. Kemal Kuşçu), İslâmın Hukuk İlimine Yardımları (Makaleler Külliyyatı), İstanbul 1962, s. 75–96; “Devletler Hukukunun Yüzüncü Yıldönümü Münasebetiyle”, (çev. Kemal Kuşçu) İslâmın Hukuk İlimine Yardımları (Makaleler Külliyyatı), İstanbul 1962, s. 95–99; “İslâm'da Devletler Hususî Hukuku”, (çev. Kemal Kuşçu) İslâmın Hukuk İlimine Yardımları (Makaleler Külliyyatı), İstanbul 1962, s. 100–117.

<sup>436</sup> Benzer bir düşünce için bk. ABADAN, “Tabii Hukukun Medenî Kanunumuz Üzerindeki Tesiri”, 317.

<sup>437</sup> Nitekim kendi döneminde de, Grotius'un habercileri vardır ki, bunlar teknik bakımdan gerçekten üstün hukukçulardır. Bu hukukçulardan birisi de, Grotius'un bizzat kendisinden istifade ettiğini belirttiği Albericus Gentili'dir (Bk. *Savaş ve Barış Hukuku*, 12). Diğer bazıları Nicolas Hemming, Jean Oldenidorp, Benoit Winkler, Jean de Legnano, Balthazar Ayala, Antonius Faber'dir (Bk. GROTIUS, *a.g.e.*, 12; DEL VECCHIO, *Hukuk Felsefesi Dersleri*, 53, 54).

<sup>438</sup> Eser aynı adla, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi devletler hukuku profesörlerinden Seha L. MERAY tarafından, seçmeler yapılarak Türkçe'ye kazandırılmıştır (GROTIUS, Hugo, *Savaş ve Barış Hukuku* (çev. Seha L. Meray), A.Ü.S.B.F.y., Ankara 1967). Grotius'un diğer önemli eseri *Açık Deniz* olup, bu eserini 1609'da yazmıştır. *Açık Deniz*'de savunulan temel düşünce, açık denizlerin, temelde doğal hukukun bir gereği olarak mülkiyete konu olamayacağıdır (*Savaş ve Barış Hukuku*'nda aynı konuyu Bölüm III'de

Yukarıda Grotius'un devletler hukukunun kurucusu sayılmasının daha yerinde olacağı ifade edilmişti. Gerçekten de, ana yapıtının yazılış gerekçesini açıkladığı satırlardan, bu hususu çıkarmak mümkündür. Buna göre, eserin yazılış amacı, devletler hukuku alanındaki belli bir olay, bir anlaşmazlık olmamakla birlikte<sup>439</sup>, özellikle Hıristiyan dünyanın içine düştüğü derin kargaşa ve kural tanımayan savaş ve mücadelelerdir. Grotius bu bağlamdaki kaygılarını şu şekilde ifade etmiştir<sup>440</sup>:

Ben çoktandır hem savaşın hazırlanması, hem de yapılması sırasında geçerli olan ve bütün ulusların paylaştığı ortaklaşa bir hukukun varlığına inancımı söylemiştim. Bugün de çok güçlü birçok neden, beni bu konuda yazmağa zorlamaktadır. Hıristiyanlık dünyasının her yanında savaşla ilgili öyle delicesine bir başıboşluk görmekteyim ki, bundan en barbar halklar bile utanç duyarlardı. Hiçbir neden olmaksızın ya da incir çekirdeğini bile doldurmaz nedenlerle savaşa atılanlar görülmektedir; bir kez ele silah alınınca da, Tanrı ya da insan yapısı her türlü hukuk ayaklar altında çiğnenmektedir. Sanki bir genel buyrukla, artık ölçüsüzcesine, her türlü suç işlemeğe izin verilmiş gibi.

Bir devletin kendi içinde meydana gelen anlaşmazlıklarda devlet, kişilerin üstünde bir üst merci olarak yargıda bulunmak hakkına sahiptir. Nitekim Grotius'un da içinde bulunduğu sözleşme yanlılarına (*contractualist*) göre, kişiler, doğal halde iken sahip oldukları hakların bir kısmından feragat ederek bir üst kurum olan devletin oluşması ve devlete sadık yurttaş olunması, buna karşın devletin de kişilerin doğuştan getirdikleri hakları koruması temeline dayanan bir sözleşmeye taraf olmuşlardır. Ayrıca hatırlanacağı üzere, Aristoteles'in adalet taksiminde yer alan dağıtıcı adalet (*justitia distributiva*), biri diğerlerinden üstün en az üç kişinin varlığını öngörmekte ve üstün konumda olanın, diğerlerinin hak ettiği payları takdir etmekte idi<sup>441</sup>. Buna bağlı olarak dağıtıcı adalet kamu hukukunun zeminini oluşturmaktaydı. Bir devletin iç hukuku bağlamında durum böyle iken, devletlerarası ilişkilerde çok daha farklı bir mahiyet almaktadır. Zira bağımsızlık iddiasında bulunan hiçbir devlet, bir diğer devletin kendisinden üstün olduğunu kabul ederek, onun hükmüne razı olamaz<sup>442</sup>. Diğer yandan Orta Çağ'da tekil devletler üzerinde baskı ve yönlendirme gücüne sahip olan kilise ve

---

“Genel Olarak Aşlından Edinim; Özellikle Denizler ve Irmaklar” başlığı altında işlemiştir). İlginçtir ki, Grotius'un çağdaşı olan Jean Selden, Grotius'u bu düşüncesinden dolayı eleştirmiş ve o da doğal hukuka dayanarak açık denizlerin mülkiyete konu olacağını ifade etmiştir (Bk. DEL VECCHIO, *Hukuk Felsefesi Dersleri*, 58; GÜRİZ, *Hukuk Felsefesi*, 194).

<sup>439</sup> GROTIUS, *Savaş ve Barış Hukuku*, 14.

<sup>440</sup> GROTIUS, *a.g.e.*, 11.

<sup>441</sup> ARİSTOTELES, *Nikomakhos'a Etik*, 1131a, 10 vd.

<sup>442</sup> ABADAN, *Hukuk Felsefesi Dersleri*, 145.

imparatorluklar da, Grotius'un zamanına gelindiğinde etki ve nüfuzlarını yitirmişlerdir<sup>443</sup>. Bu durumda ya “Büyükler arasında her zaman en güçlü olan haklıdır”, denerek gücün egemenliğine teslim olunacak ya da haklı ve haksız ayırt edilmeye çalışılacaktır. Güçlünün haklı görülmesi gibi bir anlayış mutlak olarak benimsendiği takdirde, bunun iç hukuk için de söz konusu olması gerekir. Daha açık bir anlatımla kişiler arasındaki anlaşmazlıklarda da güçlü olanın haklı kabul edilmesi gerekir. Oysa toplumun oluşturduğu bütünü selâmeti için, kişiler üzerinde yer alan devlet, haklı ve haksızı ayırmaktadır. İşte devletlerden oluşan bütünü ifade eden insanlığın selâmeti için de, uluslararası anlaşmazlıkların bir üst merci tarafından çözülmesi hedeflenmelidir<sup>444</sup>.

Devletlerarası hukuku belirleyecek olan bir üst merci gerekli olduğuna ve bu merci artık ne kilise ne de imparatorluklar tarafından temsil edilemeyeceğine göre, Grotius'a göre geriye yalnızca bir tek otorite kalmaktadır ki, o da doğal hukuktur; bir diğer ifade ile insanların ortak doğasıdır. Ne var ki, doğal hukukun devletlerarası hukuku belirleyebilme gücüne erişmesi zaman almıştır. Zira bir yandan oldukça soyut olan doğal hukuk kurallarının pozitif hale gelmesi gerekirken, diğer yandan bağımsız tekil devletlerin var olması ve bunların kendi aralarında saygıya dayalı ilişkiler geliştirmiş olmaları gerekmiştir. Rönesans döneminin karakteristiği olarak, otonom bir etik telâkkisinin oluşmaya başlaması ve ekonomik gelişmelerin beslediği kültürel değişimler de, kuşkusuz, böyle bir doğal hukuk anlayışını besleyen faktörler olmuştur<sup>445</sup>.

Grotius'un devletler hukuku sisteminde, doğal hukuktan kaynak alan “ahde vefa (*pacta sun servanda*)” ilkesi özel bir önem taşımaktadır. Buna göre, en güçlü devletler bile şu veya bu nedenle anlaşmalar yapmak zorundandır ve uluslararası düzenin korunması, bu anlaşmalara sadakatle kaimdir<sup>446</sup>. Grotius, “Savaşa girmek haklı olabilir mi?” sorusuyla başladığı *Savaş ve Barış Hukuku*'nun önemli bir kısmında savaşı hukuksal bir zemine oturtmaya çabalamış ve bunu büyük ölçüde başarmıştır. Yukarıdaki alıntıda da ortaya çıktığı üzere o, gelişigüzel sürüp giden savaşların ki, savaşlar kaçınılmazdır, en azından kural altına alınmasına gayret sarf etmiştir. Savaşların başlangıcının haklılığı, sürmesi sırasında dikkat edilecek hususlar ve bitiminden sonra ortaya çıkan tutsaklık, ganimet vb. sorunların çözümü keyfilikten kurtarılmaya çalışılmıştır.

<sup>443</sup> DEL VECCHIO, *Hukuk Felsefesi Dersleri*, 55.

<sup>444</sup> GROTIUS, *a.g.e.*, 5, 8.

<sup>445</sup> ABADAN, *Hukuk Felsefesi Dersleri*, 145.

<sup>446</sup> GROTIUS, *a.g.e.*, 10; DEL VECCHIO, *Hukuk Felsefesi Dersleri*, 57, 58; GÜRİZ, *Hukuk Felsefesi*, 193.

Ancak şu husus da belirtilmelidir ki, Grotius da dâhil olmak üzere Avrupa'da devletlerarası hukuk, uzun yıllar Avrupa hukuku veya Hıristiyan hukuku olarak algılanmıştır<sup>447</sup>. Nitekim Grotius ünlü eserinin bir yerinde şu ifadelere yer vermiştir<sup>448</sup>:

Burada şunu da ekleyeceğim: Bütün Hıristiyanların aynı gövdenin parçaları olduğu, birbirlerinin acılarına ve dertlerine duyarlı bulunmaları gerektiği bireyler, halklar ve krallar bakımından geçerli bir kuraldır. Çünkü herkes, yalnız kendi elinden geldiği ölçüde değil, kamusal gücünün elverdiği ölçüde de, İsa'ya hizmet etmek zorundadır. Bir din düşmanı<sup>449</sup>, Hıristiyan bir devlete saldırdığı zaman, Hıristiyan krallar ve halklar birbirlerinin yardımına koşmazlarsa, bu ödevlerini de yerine getirmemiş olurlar.

#### **bb. Grotius'ta Doğal Hukukun Niteliği**

Grotius doğal hukuku şöyle tanımlamıştır<sup>450</sup>:

Doğal hukuk, bir eylemin akıllı ve toplumsal olan doğaya uygunluğu ya da aykırılığı bakımından, moral yönden gerekli olup olmadığını gösteren doğru aklın (*recta ratio*) birtakım ilkeleridir.

Bu tanımda dikkati çeken ilk husus, haklı ve haksızın çıkarlara göre değil, akıllı varlıklardan oluşmuş bir toplumun doğasına uygun veya aykırı olmaya göre belirlenecek olmasıdır<sup>451</sup>.

Grotius'un doğal hukuk anlayışında dikkate alınması gereken bir diğer husus ise, ona göre, doğal hukukun bir yandan toplumdan ve diğer yandan akıldan kaynak alıyor olmasıdır. Aristoteles'ten esinlenen<sup>452</sup> Grotius '*appetitus societatis*' adını verdiği 'toplu yaşama isteği'ni, insanı, diğer hayvanlardan ayıran bir özellik olarak görmektedir. Buna göre insan, türdeşleriyle olan ilişkilerini keyfi bir biçimde değil, aklının elverdiği ölçüde, düzenli ve barışçıl olarak yürütmek durumundadır<sup>453</sup>. Toplu yaşama isteği (*appetitus societatis*), insanı diğer canlılardan ayıran yegâne özellik değildir. İnsanda, elde ettiği veya edebileceği şeyler arasında ayırım

<sup>447</sup> ABADAN, *Hukuk Felsefesi Dersleri*, 146. Ayrıca bk. HAMİDULLAH, Muhammed, "İslâm Devletler Hukukunun Başlangıçtaki Nazariye ve Tatbikatı", (çev. Kemal Kuşçu) İslâmın Hukuk İlmine Yardımları (Makaleler Külliyyatı), İstanbul 1962, s. 77.

<sup>448</sup> GROTIUS, *a.g.e.*, 110.

<sup>449</sup> Hıristiyanlar için, kendi dinlerinden olmayanlar dinlerinin düşmanı sayılırlar. Hamidullah'ın verdiği bir örnek de, bu meyanda dikkat çekicidir. Papa IV. Nikola (1288–1292), "Milletler arası münasbetlerde verilen sözlü bozmak bir günahdır. Fakat Türkler'e (Avrupa'da uzun asırlar 'Türk' sözcüğünün 'Müslüman' anlamında kullanıldığı hatırlanmalıdır) verilen sözlü yerine getirmek daha büyük bir günahdır", demiştir. Bk. HAMİDULLAH, Muhammed, "Devletler Hukukunun Yüzüncü Yıldönümü Münasebetiyle", (çev. Kemal Kuşçu) İslâmın Hukuk İlmine Yardımları (Makaleler Külliyyatı), İstanbul 1962, s. 98.

<sup>450</sup> GROTIUS, *a.g.e.*, 18.

<sup>451</sup> GROTIUS, *a.g.e.*, 18; GÜRİZ, *Hukuk Felsefesi*, 191.

<sup>452</sup> DEL VECCHIO, *Hukuk Felsefesi Dersleri*, 55.

<sup>453</sup> GROTIUS, *a.g.e.*, 6; ABADAN, *Hukuk Felsefesi Dersleri*, 140.

yapabilmesini sağlayan bir özellik de vardır ki, akıldır. O halde denebilir ki, hukukun kaynağı, insanın toplumsal yaşantısını akla uygun olarak yürütmek hususunda gösterdiği özendir<sup>454</sup>. İşte iç içe geçmiş olan bu iki temel kaynak bizim doğal hukukun temel birtakım ilkelerini rahatça idrak etmemizi sağlamaktadır. Bu ilkeler, başkasının malına el uzatmaktan çekinmek; başkasının malını ve bundan elde edilmiş kazançlar varsa, bunları geri vermek; sözünü tutmak (ahde vefa) ve insanlara hak ettikleri cezaları uygulamaktır<sup>455</sup>.

Akil ve toplum Grotius sisteminde aynı zamanda doğal hukukun *a priori* bilinme yollarını gösterirler. Zira onun sisteminde bir şeyin doğal hukuka uygun düşüp düşmediği iki yoldan kanıtlanabilir. Birincisi *a priori* yoldan, yani Grotius'un ifadesiyle (doğal hukuka uygunluğu araştırılan) o şeyden önceki bir şeye dayanarak; ikincisi ise, *a posteriori* yoldan, yani o şeyden sonraki bir şeye dayanarak araştırılır. Bir şeyin aklın ve toplumun mahiyetine uygunluğunu göstermek suretiyle doğal hukuka uygunluğunu ortaya koymak *a priori* ispat yoludur. Buna karşın bir şeyin bütün milletlerce, en azından medenî milletlerce uygun görülmesinden hareketle doğal hukuka uygunluğunu ortaya koymak ise, *a posteriori* ispat yoludur. *A posteriori* ispat yolunun düşünsel dayanağı şudur: Evrensel bir etkinin evrensel bir nedeni olmalıdır. Bu kadar genel bir inanç da, ancak insanlığın sağduyusundan gelebilir<sup>456</sup>. Birinci yol daha ince, felsefî ve sağlam iken, ikincisi birincisi kadar güçlü olmamakla birlikte daha anlaşılır ve popülerdir<sup>457</sup>.

Hukuk felsefesi tarihinin bütünü göz önüne alındığında, Grotius'un sistemi kuşkusuz laik niteliği ile temayüz eder. Nitekim Grotius, genel olarak hukuku teolojiden ayıran kişi olarak bilinir<sup>458</sup>. Onun bu niteliğinin ortaya konmasında en önemli dayanak yine kendi eseridir. Grotius *Savaş ve Barış Hukuku*'nda, doğal hukukun temel ilkelerinin, Tanrı olmasaydı da ya da olup da insanların işleriyle uğraşmasaydı da geçerli olacaklarını ifade etmektedir<sup>459</sup>. Grotius'un, doğal hukukun Tanrı karşısında bağımsızlığını ve değişmezliğini göstermesi bağlamında en çarpıcı cümleleri ise şunlardır<sup>460</sup>:

Doğal hukuk değişmezdir; öyle ki, Tanrı bile onda herhangi bir değişiklik yapamaz.

Gerçekle ilişkisi olmasa da, şöyle denilebilir: Tanrı'nın gücü ne kadar sonsuz olursa

<sup>454</sup> GROTIUS, *a.g.e.*, 6, 7; ABADAN, *Hukuk Felsefesi Dersleri*, 141.

<sup>455</sup> GROTIUS, *a.g.e.*, 7; ABADAN, *Hukuk Felsefesi Dersleri*, 141, 142.

<sup>456</sup> GROTIUS, *a.g.e.*, 19; DEL VECCHIO, *Hukuk Felsefesi Dersleri*, 55; GÜRİZ, *Hukuk Felsefesi*, 190.

<sup>457</sup> DEL VECCHIO, *Hukuk Felsefesi Dersleri*, 55.

<sup>458</sup> DEL VECCHIO, *Hukuk Felsefesi Dersleri*, 55; ABADAN, "Tabîî Hukukun Medenî Kanunumuz Üzerindeki Tesiri", 316, 317; YÖRÜK, *Hukuk Felsefesi Dersleri*, 55; ÇAĞIL, *Hukuk İlimine Giriş*, 417, 418; GÜRİZ, *Hukuk Felsefesi*, 191.

<sup>459</sup> GROTIUS, *a.g.e.*, 7.

<sup>460</sup> GROTIUS, *a.g.e.*, 18, 19.

olsun, bu gücün bile erişemeyeceği bir takım şeyler vardır. Nasıl ki, iki kere ikinin dört etmemesini sağlamak Tanrı'nın bile elinde değilse, özü kötü olan bir şeyin kötü olmamasını sağlamak da O'nun elinde değildir.

Grotius'un bu çerçevedeki yorumlarına göre, ilâhî hukukla beşerî hukuk arasındaki ayırım, gerek Skolastik dönemde ve gerekse Grotius'un takipçilerinde (Puffendorf, Thomasius, Wolff) bir derece nicelik ve derece farkı şeklinde iken, Grotius'la bu ayırım bir nitelik ve mahiyet farkına dönüşmüştür<sup>461</sup>.

Haddizatında Grotius'un hukuk taksimi de bu bağlamda dikkat çekicidir. Temelde Sofistler'den ve Stoa'dan kaynak alarak Roma hukuku tarafından beslenen söz konusu hukuk ayırımına göre hukuk, ilk önce doğal hukuk ve iradeye dayanan hukuk olarak ikiye ayrılmaktadır. İradeye dayanan hukuk ise, Tanrısal hukuk (ilâhî hukuk) ve insan yapısı (beşerî) hukuk şeklinde ikiye ayrılır. İlâhî hukuk kendi içinde evrensel ilâhî hukuk ve belirli bir halka özgü ilâhî hukuk şeklinde ikiye ayrılırken, beşerî hukuk ise, iç hukuk (özel hukuk), iç hukuktan daha dar kapsamlı hukuk (kamu hukuku) ve uluslararası hukuk şeklinde üç kısma ayrılmaktadır<sup>462</sup>.

Grotius'un sistemi bütünüyle dikkate alındığında doğal hukukun, ilâhî hukuk da dahil olmak üzere, hukukun diğer kısımlarına üstünlüğü ve rüçhâniyeti tespit edilebilir. Nitekim filozof, nesnelere özündeki iyilik ve kötülük niteliklerini esas alan doğal hukukun belirleyiciliğini, emir ve yasaklarıyla bir şeyi iyi ve kötü kılan ilâhî hukuka yeğlemektedir. Unutulmamalıdır ki, Grotius, doğal hukuku, devletlerarası anlaşmazlıkların çözümüne bir zemin olarak görürken, onun, Hıristiyan mezheplerinin fevkinde yer alan, bir bakıma 'nötr' (laik) karakterinden medet ummuştur<sup>463</sup>. İlâhî hukukun söz konusu karakterine dair Grotius'un ifadelerinden şu cümle örnek verilebilir<sup>464</sup>:

Tanrı, bir şeyi isterse, bu şey haklı olduğu için istemiş olmamaktadır. Bu şey haklıdır, başka bir deyimle kaçınılmaz biçimde bu şeye uyulması gerekir; çünkü o şeyi Tanrı istemektedir.

<sup>461</sup> ABADAN, "Tabîî Hukukun Medenî Kanunumuz Üzerindeki Tesiri", 317.

<sup>462</sup> GROTIUS, *a.g.e.*, 20.

<sup>463</sup> DE PAGE, "Tabîî Hukuk ve Hukukî Pozitivizm", 174 (61 no'lu dipnot).

<sup>464</sup> GROTIUS, *a.g.e.*, 21.

### c. Grotius'un Takipçileri

#### aa. Samuel von Puffendorf

Heidelberg ve İsveç üniversitelerinde devletler hukuku ve doğal hukuk profesörlüğü yapan Puffendorf (1632–1694), Christian Thomasius ve Christian Wolff ile birlikte Yeni Çağ doğal hukuk düşüncesini sistemleştiren üç müellif olarak bilinmektedirler<sup>465</sup>.

Puffendorf'un, en tanınmışları *De Jure naturae et Gentium* (1672) ve *De officio hominis et Civis* (1673) olan eserleri, içerik bakımından pek orijinal olmasalar da, kendi zamanına kadarki düşünceleri bir araya toplayan eklektik karakterinden ötürü uzun zaman üniversitelerde ders kitabı olarak okutulmuştur<sup>466</sup>.

Puffendorf, insanların sosyal içgüdüleri nedeniyle bir arada yaşadıkları şeklindeki düşüncesinde, devleti teolojik açıklamalardan arındırma çabasında Grotius'un izinden gitmiştir. Buna karşın sosyal içgüdülerin son tahlilde egoizmden kaynaklandığı şeklindeki düşüncesinde Hobbes'u hatırlatmaktadır. Diğer yandan hukukun yalnızca akıl ve kanundan değil, aynı zamanda ilâhî iradeden çıktığını söylemekle Puffendorf, Grotius'tan önceki bir düşünceye, yani ilâhî hukukla beşerî hukuk arasındaki farkı derece ve nicelik farkı gören anlayışa dönmektedir.

Puffendorf'ta dikkati çeken hususlardan birisi de, hak ve sorumlulukların kaynağını topluma, yani bireyin, bir toplumun üyesi olmasına değil, birey olmasına bağlamasıdır. Bu düşüncenin mantıksal uzantısı olarak filozof, doğal hukukun asıl yürürlük alanının doğal durum (insanların bir devletin çatısı altında yaşamaya henüz başlamadıkları dönem) olduğu görüşündedir. Bununla birlikte ona göre, söz konusu haklar ve sorumluluklar, toplum haline geçildikten sonra da devam etmek durumundadır. Puffendorf'un sisteminde, henüz toplum hayatına geçilmeden önceki haklar, "Fıtrî haklar", bir topluma mensup olunduktan sonra gündeme gelen haklar ise, "Müktesep haklar" olarak isimlendirilir.

Sorumluluklar, Puffendorf'a göre, insanın kendisine karşı olan sorumlulukları ve insanın başkalarına karşı olan sorumlulukları şeklinde ikiye ayrılır. Diğer yandan bu sorumluluklar bir diğer bakış açısıyla yine ikiye ayrılır: Mutlak (kategorik) sorumluluklar ve hipotetik sorumluluklar. İlk tür (mutlak) sorumluluklar, Ulpianus'un adalet tanımını hatırlatır şekilde, şu sözlerle formüle edilmiştir: "Honeste vivere, alterum non laedere, suum cuique tribuere (Onurlu yaşamak, kimseye zarar vermemek ve herkese hakkını vermek)". Hipotetik sorumluluklar ise, anlaşmalardan ve sözleşmelerden kaynaklanır. Örneğin mülkiyet hakkı buna örnek verilebilir.

<sup>465</sup> DEL VECCHIO, *Hukuk Felsefesi Dersleri*, 62; ABADAN, *Hukuk Felsefesi Dersleri*, 151.

<sup>466</sup> DEL VECCHIO, *Hukuk Felsefesi Dersleri*, 62–64.



Doğal hukuka yaptığı vurgunun yanı sıra, devletin çıkardığı yasalara da fazlaca vurgu yapması, bir bakıma doğal hukuku da devletin yasaları çerçevesinde değerlendirmesi sebebiyle Puffendorf'un sistemi, "doğal hukukun siyasallaşması" olarak da gösterilmektedir<sup>468</sup>.

#### bb. Christian Thomasius

Christian Thomasius (1655–1728), başlangıçta Grotius ve Puffendorf çizgisini benimsemiştir. İlk eseri olan *Instituenes Jurisprudentialae Divinea* (1688) büyük ölçüde Puffendorf'un düşüncelerini yansıtır<sup>469</sup>. Temel eseri olan *Fundamentum juris naturae et gentium* (Doğal ve devletlerarası hukukun temeli) (1705) özellikle hukukla ahlâkın alanlarının ayrılmasını ve devlete karşı bireyin güçlendirilmesini amaçlamıştır, denebilir<sup>470</sup>.

Hukukla ahlâkın alanlarının ayrılması, kuşkusuz Aristoteles'e kadar götürülebilecek bir olgudur. Bununla birlikte, halkı aydınlatmayı hedefleyen<sup>471</sup> Aydınlanma ruhuna uygun biçimde hukuk-ahlâk ayırımı Thomasius tarafından yapılmış ve bugün dahi geçerliliğini koruyan farklılıklar bu filozof tarafından belirlenmiştir. Buna göre, ahlâk özellikle kişinin vicdaniyla ilgilidir ve amacı iç huzuru sağlamaktır. Hukuk ise başkalarıyla olan ilişkileri düzenler ve başkalarının hakkına tecavüzü engellemeyi amaçlar. Dolayısıyla ahlâkın konusu iç niyet olabilirken, hukukun konusu yalnız dış davranışlar olabilmektedir. Ayrıca hukuksal yükümlülükler yaptırımla desteklenirken, ahlâkî yükümlülüklerde böyle bir yaptırım söz konusu değildir<sup>472</sup>.

Thomasius'un hukuk-ahlâk ayırımında konumuz açısından önem taşıyan husus, söz konusu ayırımın temelinde, dine dayanan bir ahlâk ile beşerî karakterde olan doğal hukukun birbirinden ayrılmasının yatmasıdır<sup>473</sup>. Bu nokta, Thomasius'un Grotius'tan tevarüs ettiği konulardan birisidir.

Thomasius'un sisteminde hukuk-ahlâk ayırımı, aslında ilkelerin farklılığına dayanır. Filozofa göre, ahlâkın temel ilkesi, "Diğerlerinin kendileri için yapmalarını istediğin şeyi, kendin için yap", şeklindedir. Hukukun ilkesi, "Sana yapılmasını istemediğin bir şeyi başkasına yapma" şeklindedir. Nihayet, liyakatin ilkesi, "Diğerlerinin senin için yapmalarını istediğin şeyi, diğerlerine yap" olarak belirlenmiştir.

<sup>468</sup> DEL VECHIO, *Hukuk Felsefesi Dersleri*, 62–64; ABADAN, *Hukuk Felsefesi Dersleri*, 151, 152; ÇAĞIL, *Hukuk İlimine Giriş*, 419, 420.

<sup>469</sup> DEL VECHIO, *Hukuk Felsefesi Dersleri*, 69.

<sup>470</sup> DEL VECHIO, *Hukuk Felsefesi Dersleri*, 69; ABADAN, *Hukuk Felsefesi Dersleri*, 152.

<sup>471</sup> GÖKBERK, 327.

<sup>472</sup> DEL VECHIO, *Hukuk Felsefesi Dersleri*, 70. Del Vecchio, Thomasius'un bu düşüncelerini değişik açılardan eleştirmiştir ki, bunlar arasında özellikle önemli bulduğumuz, daha önce tezimizin içinde, "Adaletin Göreceliği" başlığı altında ele aldığımız "altérité" kavramıdır. Bk. *Hukuk Felsefesi Dersleri*, 70, 71.

<sup>473</sup> ÇAĞIL, *Hukuk İlimine Giriş*, 420.

Thomasius'un temel amaçlarından birisinin de bireyi devlet karşısında korumaktır, denmişti. Gerçekten de Thomasius'un sisteminde birey o kadar önemli bir konuma sahiptir ki, onun sistemi genel olarak, "Doğal hukukun bireyselleşmesi" olarak adlandırılmıştır<sup>473</sup>. Birey doğal hukuku idrak eder. Mükemmel yapısı sayesinde sahip olduğu aklı ve şerefiyle yalnız devlet karşısında değil, Tanrı karşısında da otonomiye sahiptir. Aslıolan birey olduğu için, temel haklar, sosyal sözleşmeden önce de vardır. Thomasius'un belirlediği dört temel fitrî hak, yaşama hakkı, özgürlük, şeref ve mülkiyet hakkıdır<sup>474</sup>.

#### cc. Christian Wolff

Leibniz'in en meşhur öğrencisi olan Christian Wolff (1679–1754), doğal hukuku ahlâkîleştirilen kişidir<sup>475</sup>. Hukuk felsefesi tarihinde doğal hukuk düşüncesine dair en hacimli eserlerden birisinin (sekiz ciltlik *Jus naturae methodo scientifica pertractatum*) yazarı olmasının yanı sıra, düşüncelerini kaleme aldığı eserlerinden birisi de, kendisinden önceki iki müellifin eserlerinin adlarıyla uyumlu olarak yazdığı, *Institutiones juris naturae et gentium* (Doğal hukuk ve devletlerarası hukuk kurumları) adlı eseridir. Wolff, bu eserinde doğal hukukun ahlâkî karakteri üzerinde durmuştur. Ona göre hukukun asıl kaynağı ahlâktır. Bundan doğan kategorik emir, "Kendini kemale erdir" şeklindedir. Bu emrin biri hak, diğeri sorumluluk olmak üzere iki boyutu vardır.

"Kendini kemale erdir" emrinin sorumluluk boyutu, insanın kendisini sürekli daha iyi ve yetkin hale getirmek için çabalamasıdır. Hak tarafı ise, kendisini yetkinleştirebileceği bir ortamı talep etmesidir. Söz konusu sorumluluk ve hak, fitrî ve aslî olup, bu ikisinden kaynak alan diğerk bütün hak ve sorumluluklar, doğal hukuku oluşturur<sup>476</sup>.

#### d. John Locke

Hayatının büyük bir kısmı XVII. yy.'da geçmiş olmasına rağmen John Locke (1632–1704), düşüncelerinden dolayı XVIII. yy. Aydınlanmasının kurucusu olarak kabul edilir. Locke'a göre birey özgür olmalıdır. Kültürün her alanında gelenek ve otoriteler kurtulmalı, hayatın bütününe aklı egemen kılmalıdır. Locke'un düşünceleri siyasal alanda liberalizme, dini alanda doğal din görüşüne, eğitimde ise, özgürlük yanlısı rasyonel-doğal bir anlayışa neden olmuştur<sup>477</sup>.

<sup>473</sup> ABADAN, *Hukuk Felsefesi Dersleri*, 152.

<sup>474</sup> ABADAN, *a.y.*

<sup>475</sup> ABADAN, *Hukuk Felsefesi Dersleri*, 153.

<sup>476</sup> DEL VECHIO, *Hukuk Felsefesi Dersleri*, 71; ABADAN, *Hukuk Felsefesi Dersleri*, 153; ÇAĞIL, *Hukuk İlmüne Giriş*, 421.

<sup>477</sup> GÖKBERK, *Felsefe Tarihi*, 330.

Locke, bilgi felsefesinde bütünüyle empristtir. Ona göre insan zihni ilk başta boş bir levha (*tabula rasa*) gibidir. Ruhta başlangıçta bir takım yetiler bulunmakla birlikte, ideler zihne daha sonra deney yoluyla gelir. Locke, iki tür deneyi birbirinden ayırmıştır: Konusu dış dünyadaki nesnelere olan dış deney (*sensation*) ve konusu ruhtaki olaylar olan iç deney (*reflection*). Dış deney, vücudumuzdaki bir uyarımın beyine ulaşması ve arkasından bir duyumun doğmasıyla oluşur. İç deney ise, dış deneyden gelen tasarımların ruhta işlenmesi sürecinde, ruhun yetkinliğini farketmesiyle oluşur<sup>478</sup>.

Bilgi felsefesinde bütünüyle emprist olan Locke, etik alanına (ahlâk, hukuk ve siyaset) geldiğinde daha farklı bir düşünce sistemiyle karşımıza çıkmakta ve âdeta rasyonalist olmaktadır<sup>479</sup>. Siyaset felsefesine dair kaleme aldığı eseri *Hükûmet Üzerine İki İnceleme* adlı çalışması iki bölümden oluşmaktadır<sup>480</sup>. İlk bölümünde, Hobbes ve Filmer tarafından savunulan mutlakiyet rejimini, Kutsal Kitap'tan argümanlara ve aklın rehberliğine dayanarak eleştirir. İkinci bölümde ise, kendi savunduğu yönetim biçimini, yani demokrasiyi temellendirmeye çalışır. Locke, demokrasi, bireyin özgürlüğü ve üstünlüğü, hukuk devleti gibi görüşlerini doğal durumdan hareketle açıklamaya çalışır. Henüz toplumun ve devletin oluşumundan önceki bir döneme, ya da sözleşme teorisyenlerinin terminolojisiyle söyleyecek olursak sözleşme öncesi döneme gönderme yapan doğal durum (tabiî hâl) konusunda Locke, Hobbes'tan farklı olarak iyimserdir. Hobbes, doğal durumu "herkesin herkesle savaşı (*bellum omnium contra omnes*)" olarak görüyordu; zira ona göre, insan insanın kurdu idi (*homo homini lupus*)<sup>481</sup>. Oysa Locke'a göre doğa durumu, insanların akla göre bir arada yaşadıkları durumdur. Akıl ise, her biri eşit ve bağımsız bireylerden oluşan insanlığa, diğerlerinin yaşamlarına, sağlıklarına, özgürlüklerine ve mülklerine zarar vermemeleri gerektiğini telkin eder<sup>482</sup>. Diğer yandan Hobbes'a göre, sözleşme ile varlık kazanan temel insan hakları<sup>483</sup>, Locke'a göre doğuştan olması hasebiyle sözleşme öncesidir. Bu temel hakların başlıcaları yaşama hakkı, özgürlük ve mülkiyet hakkıdır<sup>484</sup>.

Doğa durumunda aklın rehberliğinde kardeşçe bir arada yaşayan insanları bir sözleşme çerçevesinde devlet çatısı altında toplanmaya iten neden, insanların herhangi bir anlaşmazlık durumunda, kendi kendilerinin yargıcı olmaları hasebiyle kendi lehlerine hüküm vermeye

<sup>478</sup> GÖKBERK, *Felsefe Tarihi*, 334. Locke, epistemolojisini *İnsan Anlığı Üzerine Bir Deneme* adlı eserinde işlemiştir. Bk. LOCKE, John, *İnsan Anlığı Üzerine Bir Deneme* (çev. Vehbi HACIKADİROĞLU), Kabalca y., İstanbul 1996.

<sup>479</sup> HÜNLER, Solmaz Zelyut, *Dört Adalı (Hobbes-Locke-Berkeley-Hume)*, Paradigma y., İstanbul 2003, s. 66; GÜRİZ, *Hukuk Felsefesi*, 207.

<sup>480</sup> Eser, Türkçe'ye Serdar Taşçı ve Hale Akman tarafından "Uygur Yönetim Üzerine İki İnceleme: Sivil Toplumda Devlet" adıyla çevrilmiştir.

<sup>481</sup> DEL VECCHIO, *Hukuk Felsefesi Dersleri*, 59.

<sup>482</sup> GÜRİZ, *Hukuk Felsefesi*, 202; HÜNLER, 61.

<sup>483</sup> GÖKBERK, *Felsefe Tarihi*, 285.

<sup>484</sup> ABADAN, *Hukuk Felsefesi Dersleri*, 160; GÜRİZ, *Hukuk Felsefesi*, 203.

yatkın olmalarıdır. Anlaşmazlıkları karara bağlayacak bağımsız bir yargı organına duyulan gereksinim, insanları devleti oluşturmaya itmiştir. Devletin oluşumuyla doğal haklar ortadan kalkmak şöyle dursun, aksine devletin garantisi altına girmiştir<sup>486</sup>. Locke bunu, demokrasi rejimine ve özellikle yasama gücüne yaptığı vurgu ile sağlamaya çalışmıştır. Gerçekten o, devleti, bir “tâbi olma anlaşması (*pactum subjectionis*)” yoluyla egemenlik hakkı, “yed-i emin” vasfıyla kendisine verilmiş bir emanetçi gibi görür. Dolayısıyla devlet, egemenlik hakkını yerinde kullanmadığı takdirde halk tarafından bu hak kendisinden geri alınır. İngiliz düşünür Hooker’den ilham alarak devlet ve toplum ayırımı yapan Locke, söz konusu ihtilâl hakkını, toplumun refah ve mutluluğunu sağlamakla yükümlü olan devletin bu yükümlülüğünü ihmal etmesi durumunda, topluma vermektedir. *Pactum subjectionis*’in çiğnenmesi durumunda yalnızca hukuksal bir hak değil, aynı zamanda ahlâkî bir ödev haline gelen ihtilâl hakkı, Locke’a göre, şu durumlarda bir ulus için meşru hale gelir: Yöneticiler, kanun yerine keyfî isteklerini uygulamak isterlerse; yasama organının zamanında ve serbest şekilde toplanıp çalışmasına engel olurlarsa; yasama organı üyelerinin seçim şeklini değiştirirlerse; halkı, yabancı bir iktidarın eline teslim ederlerse ve güveni yitirir, kanunları uygulama iktidarına sahip olmazlarsa<sup>487</sup>.

Locke’un hukuk ve siyaset felsefesinde dikkati çeken konulardan birisi bireye yaptığı vurgudur. O, bireyi devlete karşı güvence altına alabilme kaygısıyla mülkiyet hakkını özellikle yüceltmıştır. Diğer yandan yine bireyi esas alan bir düşünceye sahip olması, kendisini evrensel bir düşünür kılmıştır<sup>488</sup>.

Locke’un etik alandaki rasyonalist eğilimi ‘doğuştan haklar’ nazariyesiyle sınırlı değildir. Ahlâk kurallarının matematik aksiyomlar gibi kesin ve kanıtlanabilir olduğu düşüncesiyle de Locke, rasyonalist bir karakter taşımaktadır. Ona göre ahlâk bir yandan haz ve elem vermeye göre belirlenirken, bir yandan da yasalara uygunluk açısından ölçülebilmektedir. Locke, yasa fikrini Tanrı düşüncesinden hareketle temellendirmektedir. Bu bağlamda *İnsan Anlığı Üzerine Denemeler*’de şu değerlendirmeyi yapmıştır<sup>489</sup>:

<sup>486</sup> DEL VECCHIO, *Hukuk Felsefesi Dersleri*, 66; GÜRİZ, *Hukuk Felsefesi*, 203, 204; HÜNLER, 63.

<sup>487</sup> GÜRİZ, *Hukuk Felsefesi*, 205; DEL VECCHIO, *Hukuk Felsefesi Dersleri*, 67. Locke’un ihtilâl hakkı konusundaki düşünceleri, 4 Temmuz 1776 tarihli A.B.D. Bağımsızlık Bildirgesi’ne şu şekilde girmiştir: “Çeşitli yönetim biçimleri içinde en iyisi, en fazla mutluluğu ve güvenliği sağlayabilen ve iktidarın kötüye kullanılması tehlikesine karşı en etkin önlemleri alabilen yönetimdir. Herhangi bir yönetim bu görevi hiçe sayarsa toplumun çoğunluğunun, kamu yararına en uygun gördükleri biçimde, bu yönetimde ıslahata gitmek, yapısını değiştirmek ya da yönetimi ilga etmek hakkı doğar. Bu hak vazgeçilmez, devredilemez ve iptal edilemez bir haktır” (mad. 3). Bk. GÜRİZ, *Hukuk Felsefesi*, 206; HÜNLER, 65.

<sup>488</sup> ABADAN, *Hukuk Felsefesi Dersleri*, 161.

<sup>489</sup> LOCKE, John, *İnsan Anlığı Üzerine Bir Deneme*, 344, 345.

Kendisine taptığımız ve kendisine bağımlı olduğumuz, gücü, iyiliği ve bilgeliği sonsuz yüce bir varlık idesi ile anlayan rasyonel varlıklar olarak kendimize ilişkin idemiz bizde açık hale geldiğinde, ben kabul ediyorum ki, bu ideler enine boyuna irdelendiğinde ve sıkı bir şekilde takip edildiğinde, ödevimizin ve eylem kurallarımızın temellerine, ahlâkın kanıtlanabilir bilimler arasına yerleştirileceği şekilde ulaşılabilecektir. O zaman matematikte gösterdiği aynı tarafsızlık ve dikkati ahlâkta da gösteren herhangi birinin matematikteki gibi tartışılmaz nitelikte olan kendinden açık ilkelere, zorunlu sonuçlar olarak doğru ve yanlış ölçütlerini çıkarabileceğine eminim.

Locke'un eylemlerimizi kendilerine göre düzenlememiz gerektiğini belirttiği yasalar üç türdür: Kanı yasası, sivil yasa ve ilâhî yasa. Kanı yasası, hangi davranışın mutluluğa götüreceği konusunda toplumun değer yargısını ifade eder. Sivil yasa devlet tarafından çıkarılan yasalar anlamında olup, genelde kanı yasaları dikkate alınarak oluşturulur. İlâhî yasalar ise, Tanrı tarafından vahiyle gelen yasalardır. İnsan davranışı için gerçek davranış kurallarını ifade eden Tanrı yasaları, diğer iki yasa türünün hedefidir<sup>489</sup>.

Bize göre, akli bir yeti olarak gören Locke<sup>490</sup>, ilâhî hukukla Kutsal Kitap verilerini kabul ediyorsa, bir ölçüde epistemolojisinde benimsediği emprizmi ile tutarlı görülebilir. Ne var ki, Locke aynı zamanda doğal din yanlısı olarak da bilinmektedir. Buna göre, Tanrı dinde ancak yine kendisinin insana vermiş olduğu akla uygun yasaları bildirmiştir. Vahiy, aklın üstünde olmakla birlikte akla uygundur; doğal-aklî bilginin zorunlu tamamlayıcısıdır<sup>491</sup>. İşte bu düşüncelerinde Locke, büyük ölçüde bir rasyonalist tavrı benimsemiş görünmektedir. Dolayısıyla Locke'un sisteminde bu açıdan esaslı bir tutarsızlık var gibi görünmektedir.

#### e. Jean Jacques Rousseau

Jean Jacques Rousseau'nun (1712–1787) hukuk ve siyaset felsefesi tarihindeki önemi özellikle, sosyal sözleşmeye rasyonalist bir karakter, doğal hukuka ise aksiyoner ve siyasal mahiyet kazandırarak, modern dönemin en önemli ihtilallerinin, insan hakları bildirgelerinin, anayasa ve idare hukuklarının oluşumunda en önemli kişi olmasında kendisini gösterir.

Derin bir hassasiyete, adalet idesine duyduğu büyük özleme, haksızlığa karşı beslediği onulmaz bir nefrete ve bu sayede 'olan' ile 'olması gereken' arasındaki derin uçurumu idrak

<sup>489</sup> HÜNLER, 59.

<sup>490</sup> LOCKE, *İnsan Anlığı Üzerine Bir Deneme*, 426.

<sup>491</sup> GÖKBERK, 362.

kabiliyetine sahip olan Rousseau, XVIII. yy.'ın bilincinde kapalı halde bulunan düşünceleri, büyük bir açıklıkla dile getirmiştir<sup>493</sup>.

Birçok eser kaleme almış olan Rousseau'nun hukuk felsefesi açısından özellikle önemli olan iki eseri, 1753 yılında yazdığı *İnsanlar Arasındaki Eşitsizliğin Kökeni ve Temeli Hakkında Bir Nutuk (Discours sur l'origine et les fondements de l'inégalité parmi les hommes)* ve 1762'de yazdığı *Sosyal Sözleşme (İctimaî Mukavele, Contrat Social)*'dir<sup>494</sup>.

Rousseau'nun düşünce serüveni dikkate alındığında, başlıca iki aşama geçirdiği dikkati çekmektedir. İlk aşamada Rousseau, olumsuz, yıkıcı ve eleştirici bir tavırla ortaya çıkmakta, çok sıkı bir kültür, medeniyet ve akıl eleştirisi yapmaktadır. İkinci aşamada ise, olumlu ve yapıcı olup, bu aşamada sözleşme nazariyesini ve millî egemenlik düşüncesini ortaya koymuş, aktif ve aktivist bir tutumu benimsemiştir.

Rousseau'nun ilk dönemine ait düşünceleri iki nutkunda (*Discours*) işlenmiştir. Bunlardan ilki olan *İlimler ve Sanatlar Hakkında Bir Nutuk (Discours sur les sciences et les arts)* Dijon Üniversitesi tarafından, ikincisi (*İnsanlar Arasındaki Eşitsizliğin Kökeni ve Temeli Hakkında Bir Nutuk*) ise, Fransız Akademisi'nce açılan bir yarışmaya cevap olarak kaleme alınmıştır. İlk yarışmada, "İlimlerin ve Sanatların İhyası, Ahlâkı Düzeltmeye Yardım Etmiş midir?" sorusu sorulurken, ikincisinde ise, insanlar arasındaki eşitsizliğin kaynakları araştırılıyordu. Rousseau bu iki *Discours*'unda insanın 'doğal durumda' sahip olduğu, başta özgürlük ve eşitlik olmak üzere, birçok özelliğini yitirmesine neden olan kültürü ve toplum hayatını sert bir dille eleştirmiştir. Bu eserlerinde Rousseau, doğal hukuka âşık bir stoalı ve kültürün her türlü görünümüne karşı çıkan bir kinik gibidir<sup>495</sup> ve insanlığı, doğal duruma (tabii hal) dönmeye çağırır. Doğal durum, Rousseau'ya göre, insanlığın toplum hayatına geçmeden önceki ilkel ve vahşi durumu değildir. O, doğal durumu özellikle özgürlüğün alabildiğine yaşanabildiği ve insanî erdemlerin üzerinin küllenmemiş olduğu bir dönem olması yönüyle yüceltmektedir. Bu yönüyle Rousseau'da doğal durum, bir 'olması gereken' kategorisini ifade etmektedir. Varlığı, yadsınamaz bir gerçek olan toplumun meşruiyet temelleri<sup>496</sup> doğal duruma uygunlukta aranmalıdır. Kaldı ki, toplum bütünüyle olumsuz olan bir gerçek de değildir. Rousseau, toplumlaşma ile birlikte insanın kazandığı medenileşmeyi de alkışlamaktadır.

<sup>493</sup> DEL VECCHIO, *Hukuk Felsefesi Dersleri*, 77.

<sup>494</sup> Rousseau'nun diğer bazı eserlerinin adları şöyledir: İlimlerin ve Sanatların İhyası Ahlâkı Düzeltmeye Yaradı mı? (1750), Julie yahut yeni Heloise (1761), Emile yahut Tarbiyeye Dair (1762), Dağdan Yazılmış Mektuplar (1764), İtirafı (1788), Musiki Lûgatı (1753). Ayrıntılı bilgi için bk. GÜVEMLİ, Zahir, *6 Kitabı İle Birlikte Rousseau (Önsöz: Rousseau'nun Hayatı ve Fikirleri)*, Türkiye y., İstanbul 1945, s. 14-16.

<sup>495</sup> ABADAN, "Hürriyet Problemi: Tabii Hürriyet ve Hukuk Telakkisinin Rousseau ile Aldığı Yeni İstikamet", 273, 274.

<sup>496</sup> ROUSSEAU, *İctimaî Mukavele (çev. Selmin Evrim-Mehmet Evrim)*, Türkiye y., 1945, s. 164.

Rousseau'nun sisteminde ampirik bir realite (tarihte yaşanmış bir olgu) değil, rasyonel bir ilke, kökleri insanın özüne ulaşan ebedî bir yasa olarak kabul edilebilecek olan doğal durum, toplum ve devlet üzerindeki denetleyici işlevini, özgürlüklerin, eşitliklerin ve diğer temel insan haklarının korunup korunmadığı noktasında gerçekleştirecektir. Daha açık bir anlatımla amaç, insanın bir yandan toplumlaşmanın getirdiği avantajlardan yararlanırken, diğer yandan özgürlüğünü yitirmemesini sağlayabilmektir<sup>497</sup>. Rousseau'nun vurguladığı 'insan doğasındaki yasa' düşüncesi, daha sonra Kant'ı ciddi biçimde etkileyecek, onun ahlâk felsefesinin temel anlayışını oluşturan, 'insanı başka insanlara bağlayan, onlarla birlik kuran, ahlâk dünyasının bağlarının kurulduğu, insanın iç varlığı (Amaçlar Ülkesi)' düşüncesine ilham kaynağı olacaktır<sup>498</sup>.

Jean Jacques Rousseau, bu amacına 'sözleşme nazariyesi' ile ulaşmaya çalışmıştır<sup>499</sup>. Bu aşamadan itibaren Rousseau'nun ikinci dönemine geçilmiş olmaktadır. Olumlu ve yapıcı bir karakterde görünen Rousseau'nun bu dönemdeki temel yapısı *Sosyal Sözleşme (Contrat Social)*'dir.

Doğal hukuk düşüncesinin tarih içinde genel olarak 'olan' ve 'olması gereken' düallitesi çerçevesinde, hukuk konusunda iki kutuplu anlayışların bir kutbunu temsil ettiği daha önce ifade edilmişti. Buna göre Yeni Çağ doğal hukuku cebrî düzen-akıl (ya da özgürlük) düallitesi üzerine kurulmuştur. İşte bu husus, yani otorite karşısında bireyin özgürlüğünü güvence altına alabilmek, Rousseau'nun temel kaygısı olmuştur<sup>500</sup>. Rousseau bunu yaparken, insanın, başta özgürlük olmak üzere temel haklarının fitrî olduğu (dolayısıyla sözleşme öncesi olduğu) noktasını esas almıştır. Kaçınılması mümkün olmayan ve gerekli de görülmemesi gereken toplum hayatının meşruiyet temelleri araştırılmak suretiyle, insanın, otorite tarafından ihlâl edilmiş olan hakları kendisine iade edilmelidir. Rousseau, bu bağlamda *Sosyal Sözleşme*'nin ilk satırlarında şu anlamlı ifadeleri kullanmıştır<sup>501</sup>:

İnsan hür doğdu; fakat her yerde esirlik içindedir. Kendisini başkalarının efendisi sayan öylesi vardır ki, hakikatte onlardan daha çok esareti hak etmiştir. Acaba bu değişiklik nasıl oldu? Bilmiyorum; yalnız, onu meşrû kılabilen nedir? İşte bu meseleyi halledebileceğimi sanıyorum.

<sup>497</sup> ABADAN, *Hukuk Felsefesi Dersleri*, 169–171; "Hürriyet Problemi: Tabii Hürriyet ve Hukuk Telakkisinin Rousseau ile Aldığı Yeni İstikamet", 274–276.

<sup>498</sup> HEIMSOETH, Heinz, *Immanuel Kant'ın Felsefesi* (çev. Takiyettin Mengüşoğlu), İstanbul 1986, s. 48–51.

<sup>499</sup> DEL VECCHIO, *Hukuk Felsefesi Dersleri*, 78.

<sup>500</sup> ABADAN, *Hukuk Felsefesi Dersleri*, 167.

<sup>501</sup> ROUSSEAU, *İctimai Mukavele*, 164.

Yukarıda da değinildiği üzere, Rousseau'da doğal hal, ampirik bir realite değil, insanın doğasına ait bir yasa olarak değerliydi; rasyonel bir ilke, bir kriter idi. Tıpkı bunun gibi, sözleşme de, onun sisteminde fiktiftir (varsayımsaldır); sözleşmenin tarihte gerçekleşip gerçekleşmediği önem taşımaz. Bunun da ötesinde rasyonel bir karakter taşır. Daha açık bir anlatımla, bireyin toplum içinde haklarını koruyarak yaşayabilmesi, bu hakların otantikliğinin, fıtrîliğinin temellendirilebileceği bir doğal durumun ve arkasından, bireylerin haklarını güvence altına almak için hep birlikte, tekrar geri almak üzere akdettikleri bir sözleşmenin, ictimâî mukavelenin varsayılmasına bağlıdır. Bir diğer ifadeyle toplum öyle kurulmalıdır ki, bireylerin kişilik ve malları korunmuş olsun<sup>502</sup>.

Açıktır ki, Rousseau'nun bu düşünceleri siyasal anlamda ulusal egemenlik düşüncesini ifade etmektedir. Yurttaşlar hâkim olabilmek için tâbi olmuşlardır. Haklarının garantörü olan devletten başka hiçbir sınıf veya zümre, imtiyazlı olamaz ve yurttaşlar üzerinde baskı kuramaz. Devletin meşruiyeti de, genel iradenin (*Volonte General, Maşerî Vicdan*) haklarını koruyacak ve kamu yararını gözetecek şekilde hareket etmesine bağlıdır. Aksi durumda halk için ihtilâl hakkının kapısı açıktır<sup>503</sup>.

Düşünceleriyle, siyasal alanda devrinin feodal yapısını hedef alan Rousseau, daha önce de ele alındığı üzere, başta insan hakları bildireleri (özellikle 12 Haziran 1776 tarihli Amerikan Hukuk Beyannamesi ve 26 Ağustos 1789 tarihli Fransız İnsan ve Yurttaş Hakları Beyannamesi), daha sonra modern ulus devletlerin anayasa ve idare hukukları olmak üzere, kendisinden sonraki bütün modern mevzuatların doğal hukuk ekseninde oluşmasında ciddi bir etki yapmıştır<sup>504</sup>.

#### f. Immanuel Kant

Batı felsefesi tarihinin en büyük düşünürlerinden ve modern felsefenin yenileyicisi olan Immanuel Kant'ın (1724–1780) doğal hukukla ilgili tutumu konusunda çeşitli düşünceler ileri sürülmüştür. Sözgelimi, onun doğal hukuku bitirip aklî hukuku başlattığı yargısı bunlardan birisidir<sup>505</sup>. Keza, Radbruch, Kant'ın doğal hukuku aştığını ifade etmiştir<sup>506</sup>. Kant'ın doğal hukuka bakışı, ahlâk ve hukuk ilişkisine bakışıyla yakından ilintilidir. Onun, ahlâk ve hukuku – pozitif hukuk-ideal hukuk ayırımından sarf-ı nazar ederek- radikal biçimde birbirinden ayırdığı görüşü savunulursa, doğal hukuku kabul etmediği şeklinde bir durum ortaya çıkabilir. Nitekim

<sup>502</sup> ABADAN, *Hukuk Felsefesi Dersleri*, 164–167; DEL VECCHIO, *Hukuk Felsefesi Dersleri*, 78, 79.

<sup>503</sup> GÜRİZ, 210–213.

<sup>504</sup> ABADAN, “Hürriyet Problemi: Tabii Hürriyet ve Hukuk Telakkisinin Rousseau ile Aldığı Yeni İstikamet”, 284–286; DEL VECCHIO, *Hukuk Felsefesi Dersleri*, 80.

<sup>505</sup> Aktaran DEL VECCHIO, *Hukuk Felsefesi Dersleri*, 81.

<sup>506</sup> ÇAĞIL, “Filozof Immanuel Kant'ın Sisteminde Ahlâk ve Hukukun Felsefi Esasları”, 1128.



*Die Metaphysik der Sitten* (Örflerin Metafiziği) adlı eserinde Kant, böyle bir ayırım yapmış, ahlâkın otonom, hukukunsa heteronom olduğunu ifade etmiştir<sup>507</sup>. Dolayısıyla, Kant'ın, aşağıda ayrıntısı verilecek olan kavramlarıyla söylemek gerekirse, ahlâkî buyrukların kategorik olduğu yerde, hukuksal buyruklar hipotetiktir. Bununla birlikte, Kant'ın söz konusu ahlâk-hukuk ayırımı dikkatle incelendiğinde, bu ayırımın pozitif hukuk için söz konusu olup, ideal hukuku kapsamadığı görülür. Zira ideal hukukun kaynağı da, tıpkı ahlâk gibi, salt pratik akıldır. Aşağıda Kant'ın genel felsefesinin tanıtılmasının ardından hukukla ilgili görüşleri de ortaya konduğunda, onun, hukukla ahlâkî birbirinden kesin olarak ayırmadığı, dolayısıyla doğal hukukun temsilcisi sayılması gerektiği hususunda, Stammler ve Binder'le birlikte Çağıl'ın haklılığı açığa çıkmış olacaktır<sup>508</sup>.

22 Nisan 1724'te, hayatı boyunca hiç terk etmediği Königsberg'de dünyaya gelen Kant'ın çocukluk yıllarında, daha sonra temellendireceği, "Ahlâk Yasası'nın" tohumları sayılabilecek bazı hususlar dikkati çeker. Bunların başında, ahlâk, erdem ve sevginin sıcaklığını taşıyan baba ocağı gelir<sup>509</sup>. Tahsil hayatının ilk durağı olan, *Collegium Fridericionum*'da öğrendiği Latin dilinde, Roma'lı şairlerin kaleme aldığı şiirlerden edindiği "stoist neşve" de Kant'ın yaşamında ve öğretisinde etkili olmuştur<sup>510</sup>. Bir de o sıralar, Almanya'da Lutherci dindarlığın savunduğu ve aynı zamanda doğal din düşüncesinin de zeminini teşkil eden, "vicdanın hükümlerliliği" düşüncesi de unutulmamalıdır<sup>511</sup>.

Kant, 1740'ta başladığı üniversite eğitimi sırasında ağırlıklı olarak doğa bilimleriyle uğraşmıştır. Hocası Knutzen'in vasıtasıyla Newton'un *Doğa Felsefesinin Matematik İlkeleri* adlı eserini ve dolayısıyla doğaya egemen olan temel yasayı –itme ve çekme yasasını– tanımıştır. Doğa yasası düşüncesi Kant'ın fikir hayatında her zaman önemini korumuş, ahlâk yasasıyla birlikte, hayranlıkla izlediği iki yasadandır<sup>512</sup>.

Kant'ın doğal hukuku bitirip, aklî hukuku başlattığı şeklindeki kanaat<sup>513</sup>, doğa yasasının karşısına ahlâk yasasını koymuş olmasından kaynaklanmıştır. Oysa bize göre Kant'ın bu tutumu, pür rasyonalist bir doğal hukukun ortaya çıkmasına neden olmuştur. Zira tarih boyunca 'doğal hukuk' kavramı hiçbir zaman 'duyulur dünya' anlamında 'doğa' anlamına gelmemiş,

<sup>507</sup> ÇAĞIL, "Filozof Immanuel Kant'ın Sisteminde Ahlâk ve Hukukun Felsefi Esasları", 1124.

<sup>508</sup> ÇAĞIL, "Filozof Immanuel Kant'ın Sisteminde Ahlâk ve Hukukun Felsefi Esasları", 1128, 1133.

<sup>509</sup> HEIMSOETH, Heinz, *Immanuel Kant'ın Felsefesi*, 12. Kant, baba ocağında, bir insanın edinebileceği en yüksek şeyler, dinginliği, dinginlik içindeki neşeyi, hiçbir aşırılığın bulandırmadığı gönenci tattığını, başkaları insanları çekememe ve kinden uzak, sevgi dolu bir hoşgörüyü orada yaşadığını ifade etmiştir (Heimsoeth, a.y.).

<sup>510</sup> HEIMSOETH, 12, 13.

<sup>511</sup> SCRUTAN, Roger, *Düşüncenin Ustaları: Kant* (çev. Cemal ATİLA), Altın Kitaplar y., İstanbul 2003, s. 9.

<sup>512</sup> KANT, *Kritik der praktischen Vernunft*, 288.

<sup>513</sup> DEL VECCHIO, *Hukuk Felsefesi Dersleri*, 81.

kozmetik anlama sahip olduğu İlk Çağ'da bile, "kevnî akıl" anlamına gelen ve tekil insan aklına rehberlik eden "Logos" kavramını da içine almıştır.

1760'lı yıllar Kant'ın geleneksel Alman felsefesinden (Leibniz-Wolff geleneğinden) kuşku duymaya başladığı yıllardır. Zira söz konusu felsefenin rasyonalist varlık anlayışı (mantığın ilkeleriyle varlığın ilkelerini bir gören ve varlığı mantıksal çözümlenmelerle açıklayan anlayış), katı bir nedenselliğe (determinizme ya da Kant'ın ifadesiyle fatalizme) yol açıyor, bu durumda insanın özgürlüğü düşüncesi sıkıntıya giriyordu. Bu sıralarda Kant, İngiliz empiristlerine yönelmiş ve bunların içinde özellikle David Hume, kendisini –yine kendi ifadesiyle- dogmatik uyuklamasından uyandırmıştı<sup>514</sup>. Bununla birlikte Kant, hiçbir zaman empirist olmamış, daima rasyonalist gelenek içinde kalmıştır. Sonuçta, bir yandan Alman metafizik geleneğinde ifadesini bulan dogmatizmi, diğer yandan empirizmi aşan bir felsefi yöntem arayışı, Kant'ın temel çalışma alanı olmuştur<sup>515</sup>.

Kant'ın, düşünce tarihinde dönüm noktası sayılan "Kritikleri", 1760–1781 yılları arasında kapsayan yoğun ve disiplinli çalışma döneminin ürünüdür. Kant bu çalışmalarında şu iki temel sorunun cevabını aramıştır: Her türlü şüpheden uzak tam bir açıklıklık ve kesinlikle bir doğa biliminin temelleri nasıl belirlenebilir? 2. Tamamıyla nedensel ve matematiksel bir yapıda olan doğa bilimi ile insana, ahlâkî özgürlüğü nasıl sağlanabilir?<sup>516</sup>

1781'de yayımlanan *Salt Aklın Eleştirisi (Kritik der reinen Vernunft)* adlı eseri, Kant'ın kendi ifadesiyle, Kopernikus'un astronomide gerçekleştirdiği devrimi, felsefede gerçekleştirmiştir. Kant, bu eserinde felsefi bir sistem kurmayı değil, gelecekte ortaya çıkabilecek her metafiziğe giriş mahiyetinde bir eser yazmayı amaçlamıştır<sup>517</sup>. *Salt Aklın Eleştirisi*'nin hacimli ve kapalı olmasından ötürü, 1783'te, bu eserin özeti mahiyetinde ve aynı zamanda doğru anlaşılması için *Gelecekte Bir Bilim Olarak Ortaya Çıkabilecek Her Metafiziğe Giriş (Prolegomena zu einer jeden künftigen Metaphysik die als Wissenschaft wird auftreten können)* adlı eserini yazdı. Kant teorik felsefeyle ilgili bu temel yapıtlarından sonra, ahlâk felsefesine dair eserlerini yazmaya başladı: *Ahlâk Metafiziğinin Temellendirilmesi (Grundlegung zur Metaphysik der Sitten)*<sup>518</sup> (1785) ve *Pratik Aklın Eleştirisi (Kritik der*

<sup>514</sup> KANT, Immanuel, *Prolegomena zu einer jeden künftigen Metaphysik als die Wissenschaft wird auftreten können* (Türkçe çevirisiyle birlikte), Felsefe Kurumu y., Ankara 1995, s. 8

<sup>515</sup> HEIMSOETH, 15, 16; DEL VECCHIO, *Hukuk Felsefesi Dersleri*, 82.

<sup>516</sup> ÇAĞIL, "Filozof Immanuel Kant'ın Sisteminde Ahlâk ve Hukukun Felsefi Esasları", 1106.

<sup>517</sup> KANT, Immanuel, (Sammlung) Werkausgabe/hrsrg. Wilhelm Weischedel, Frankfurt am Mein, Suhrkamp, Bd. 3, *Kritik der reinen Vernunft*, 5. aufl. 1981; KANT, Immanuel, *Arı Usun Eleştirisi* (çev. Aziz Yardımlı), İdea y., İstanbul 1993, s. 25.

<sup>518</sup> KANT, Immanuel, *Ahlâk Metafiziğinin Temellendirilmesi* (çev. Ioanna Kuçuradi), Türkiye Felsefe Kurumu, Ankara 2002 (Almanca aslıyla birlikte).

*praktische Vernunft*)<sup>519</sup> (1788). Kant'ın üçüncü eleştirisi *Yargıgücünün Eleştirisi (Kritik der Urteilskraft, 1790)* adını taşımakta olup aklın iki bölümünün (salt ve pratik) uzlaştırılmasını amaçlar.

Eserlerinin adlarından da anlaşılacağı üzere, Kant, akli ilkesel olarak ikiye ayırmıştır: Salt akıl (*die reine Vernunft*) ve pratik akıl (*die praktische Vernunft*). Bu ayırım aklın, iki ayrı yasaya tâbî iki ayrı alanına gönderme yapmaktadır<sup>520</sup>.

*Salt Aklın Eleştirisi*'nde Kant, salt aklın metafizik alanda kesin bilgi veremeyeceğini kanıtlamaya çalışmış ve bunu başarmıştır. Eserin özellikle “Transcendental Dialektik” bölümünde, salt aklın, üç temel ide (evren, ruh ve Tanrı; daha açıkçası, insanın özgürlüğü, ruhun ölümsüzlüğü ve Tanrı'nın varlığı) konusunda düştüğü çelişkiler (Kant bunlara 'antinomi' der) gözler önüne serilmiştir<sup>521</sup>. Aklın söz konusu antinomilere düşmesinin nedeni, bizim kendinde varlığı (*Ding an sich, noumena*) değil, görünen varlığı (*phainomena*) bilme yeteneğine sahip bulunmamızdır. Daha açık bir anlatımla, bilgi edinme sürecimizde iki şey devreye girmektedir: Algı ve kavram. Bir yandan duylara gelen veriler ve diğer yandan anlama yeteneğinin düşünce ile bağ kuran yanı. Dolayısıyla Kant, bilgiyi duyu verilerinin toplamı olarak gören empirisistlerden olduğu kadar, teorik aklın mantıksal çözümlenmeleriyle inşâ etmeye çalışan rasyonalistlerden de ayrı bir epistemoloji geliştirmiş<sup>522</sup> ve bu konudaki düşüncesini çok veciz biçimde, “Kavramsız algılar kördür ve algısız kavramlar boştur”<sup>523</sup>, sözüyle ifade etmiştir. Kant'a göre, bizim bilgimiz *noumena* (numen)'den gelenin, zaman ve mekân içinde algılanarak ve kategorilerin<sup>524</sup> süzgecinden geçerek *phainomena* (fenomen, görüngü)'e dönüşmüş olan hakkındadır.

<sup>519</sup> KANT, Immanuel, *Pratik Aklın Eleştirisi* (çev. Ioanna Kuçuradi), Türkiye Felsefe Kurumu, Ankara 1999 (Almanca aslıyla birlikte).

<sup>520</sup> HEIMSOETH, 68.

<sup>521</sup> Bu antinomiler şunlardır: evren konusunda “Evrenin başlangıcı ve sınırı vardır./Evrenin başlangıcı ve sınırı yoktur.”; maddenin yapısı konusunda, “Madde, artık bölünemeyen en küçük parçalardan kurulmuştur./Madde sonsuza kadar bölünebilir.”; özgürlük konusunda, “evrende özgürlük vardır./evrende zorunlu-nedensel bir bağlantı vardır.”; Tanrı konusunda, “evrenin sebebi olan zorunlu bir varlık vardır./Evrende rastlantılar egemendir.” Kant, felsefe tarihinde bütün bu karşıt önermelerin salt akılla kanıtlanmaya çalışıldığını ifade etmiştir. Bk. KANT, *Arı Usun Eleştirisi*, 231–245.

<sup>522</sup> HEIMSOETH, 38, 39, 72, 73, 80.

<sup>523</sup> “Anschauungen ohne Begriffe sind blind, Begriffe ohne Anschauungen sind leer.” (ÇAĞIL, “Filozof Immanuel Kant'ın Sisteminde Ahlâk ve Hukukun Felsefi Esasları”, 1121).

<sup>524</sup> Kant, salt anlama yeteneğinin temel kavramlarına *kategoriler* demektir. Aslında Aristoteles'ten gelen bu terim, onda varlığa ait iken, Kant'ta zihne aittir. Ayrıca Kant, kategorileri yeniden düzenlemiştir. Bu çerçevede zaman ve mekânı kategorilerin dışına çıkarıp, Aristoteles'in kategorilerine eklemeler yapmıştır. Kant'ın, dört grupta topladığı kategorilerin isimleri şöyledir: 1. Nicelik (birlik, çokluk, tümlük), 2. Nitelik (olgusalılık, olumsuzlama, sınırlama), 3. İlişki (ilintilik ve kalıcılık, nedensellik ve bağımlılık, ortaklık), 4. Kiplik (olanak-olanaksızlık, varlık-yokluk, zorunluk-olumsuzluk). Bk. HEIMSOETH, 88, 89; KANT, *Arı Usun Eleştirisi*, 77.

Salt aklın, metafizik konusunda kesin bilgi sağlayamayacağı hususunda, Kant'ın sentetik ve analitik önerme ayırımını da dikkate almak gerekir. Analitik önermeler yalnızca kavramları açıklayan, kavramın tanımında zaten saklı olanı aydınlatan önermelerdir. Sözgelimi, “Cisimler yer kaplar” önermesinden yeni bir şey öğrenmeyiz; zira “yer kaplama” zaten cismin tanımının içinde bulunmaktadır. Sentetik yargılar ise, bilgimizi genişletirler. Çünkü sentetik yargılarda kavramın dışına çıkıp, onu başka kavramlarla birleştiririz. Örneğin, “Cisimler ağırdırlar” önermesi, “ağır olma” cismin tanımında bulunmadığı için, bize bir şey öğretir. Bu örnekte ‘cisim’ kavramı ile ‘ağırlık’ kavramı bir araya getirilmiştir. Analitik yargılar, mahiyetleri gereği daima *a priori*dirler. Sentetik yargılar ise, *a priori* de *a posteriori* de olabilir. Önermelerin geneli sentetik *a posteriori* önermelerdir (“Cisimler ağırdır” gibi). Asıl mesele, sentetik *a priori* önermelerdir ki, Kant'ın temel uğraş alanı bu tür önermeler olmuştur<sup>524</sup>. Zira sentetik *a posteriori* önermelerin maddesi algılar yoluyla duyular dünyasında gelmekte, kendinde varlıklar, *phainomena* olarak algılanmaktaydılar. Bu itibarla sübjektif karakterde olup, kesinlik taşımamaktaydılar. Kesin bilgiye ulaşmanın yegâne yolu olarak sentetik *a priori* önermeler kalmaktadır. Sentetik *a priori* önermeler esas olarak üç branşta kullanılmaktadır: Doğa bilimleri, matematik ve metafizik<sup>525</sup>. Doğa bilimleri ve matematikte yer alan önermelerin sentetik *a priori* olduğu açık iken, metafizik alanına gelindiğinde sorun çıkmaktadır. Zira metafizik, fenomenler değil numenler alanıyla ilgili bilgi vermeye yeltenmektedir ki, bu, her şeyi zaman ve mekân kategorileri çerçevesinde algılamak durumunda olan insan için imkânsızdır<sup>526</sup>. Bu durumda aklın ideleri bilgi objesi olmaktan çıkıp, inanç objesi haline gelmektedir. Kant'ın yine veciz bir ifadesiyle, “İnanca yer açmak için bilgi kaldırılmıştır”<sup>527</sup>.

Kant bu amacına ahlâk felsefesine dair eserlerinde ulaşmıştır. Kant'a kadar ahlâk felsefesinde insan eylemlerinin amacı mutluluk (*eudaimonizm*) ve yarar (*utilitarizm*) olarak belirlenmişti. Yine Kant'a kadar, eşya ve hâdiselerin arkasındaki genel yasa (*Logos*) idrak edilmeye ve eylemler bu yasaya göre düzenlenmeye çalışılıyordu. Dış dünyadan insana doğru olan bu süreç, Kant'la birlikte tam tersine dönerek insan, ahlâk felsefesinin merkezine oturtulmuştur<sup>528</sup>.

Kant felsefesinde ahlâkı ve insan eylemlerini konu edinen “pratik akıl (die praktische Vernunft)” ikiye ayrılmaktadır: 1. Teknik pratik akıl: Bu akıl türü, insanın gereksinimlerini ve

<sup>524</sup> GÖKBERK, 397.

<sup>525</sup> Matematik ve doğa bilimleriyle ilgili sentetik *a priori* önermelere şu iki cümle örnek verilebilir: “Bütün parçadan büyüktür”, “Her olayın bir nedeni olmalıdır” (Bk. DEL VECCHIO, *Hukuk Felsefesi Dersleri*, 84).

<sup>526</sup> HEIMSOETH, 78.

<sup>527</sup> “Ich musste also das Wissen aufheben, um zum Glauben Platz zu bekommen” HEIMSOETH, 68; ÇAĞIL, *a.g.m.*, 1115.

<sup>528</sup> HEIMSOETH, 123, 124.

eğilimlerini karşılayıp, onu mutlu kılmaya hizmet eder. İradeye yön veren işte bu eğilimler ve gereksinimlerdir. Dolayısıyla Kant'a kadar, mutluluğu ve yararı amaç edinen ahlâk felsefesi, insanı yalnızca teknik pratik akıl sahibi bir varlık olarak görmüştür<sup>529</sup>. 2. Salt pratik akıl: Akıl bu türünde ise, irade eğilimler tarafından değil, aklın bizzat kendisi tarafından yönetilir. Akıl bu yönetmeyi *a priori* olan, yani geçerliği genel ve zorunlu olan yasalarla, ilkelerle yapar. Kant'ın ahlâkın kaynağı olarak gördüğü salt pratik akıldır. Sentetik *a priori* ilkelere sahip olan ve iradeyi yönlendirmek üzere buyruklar veren salt pratik aklın varlığını biz, ahlâkî eylemlerimizle biliriz<sup>530</sup>.

Kant, kritik dönemine ait ahlâk felsefesinin ilk eseri olan *Ahlâk Metafiziğinin Temellendirilmesi*'nde dünyada olabilecek en iyi şeyin "iyi bir isteme, iyi niyet (*ein guter Wille*)" olabileceğini belirterek<sup>531</sup>, felsefe tarihinde ilk olarak "niyet etiği"ni ortaya koymuştur. Öyle ki, iyi niyet, fiiliyatta sonuç vermese bile, "bir mücevher gibi kendi başına pırıl pırıl parlar"<sup>532</sup>. İradenin iyi olması, insanın doğal eğilimleri ve gereksinimleri tarafından değil, salt pratik aklın ilkeleri tarafından yönlendirilmesine bağlıdır. Doğa yasalarının nedensellik ilkesi çerçevesinde ortaya çıktığı yerde, salt pratik aklın ilkeleri "yapmalısın!" buyruğu şeklinde belirir. Böyle bir buyruğun daha iyi anlaşılabilmesi için Kant'ın "hipotetik buyruk ve "kategorik buyruk" ayrımı dikkate alınmalıdır. Hipotetik buyruklar, içlerinde "eğer" sözcüğü barındıran buyruklardır. Sözelimi "tutumlu ol!" buyruğu, "eğer parayı dikkatli kullanırsan, hastalık ve ihtiyarlıkta işine yarar" anlamına geldiğinden hipotetiktir. Hipotetik buyrukların kaynağı, teknik pratik akıldır. Kategorik buyruklarda ise, gizli bir "eğer" yoktur. "Yalan söylememelisin!" buyruğunda olduğu gibi, şartlar ne olursa olsun, buyruğun gereğinin yapılması istenir. Kategorik buyruklar (*Der kategorische Imperativ*) salt pratik aklın sentetik *a priori* buyruklarıdır<sup>533</sup>. Kant açısından salt akıl, pratik akıldan üstündür; başka bir deyişle neyi bildiğimizden çok ne yaptığımız, nasıl eylediğimiz önemlidir.

Kant'ta ahlâk yasasını gösteren ifadelere şu cümleleri örnek verebiliriz:

---

<sup>529</sup> HEIMSOETH, 124, 125.

<sup>530</sup> HEIMSOETH, 125.

<sup>531</sup> "Es ist überall nichts in der Welt, ja überhaupt auch äusser derselben zu denken möglich, was ohne Einschränkung für gut könnte gehalten werden, als allein ein guter Wille." (Dünyada, hatta dünyanın dışında bile, iyi bir istemeden (iyi niyetten) başka kayıtsız, şartsız iyi sayılabilecek hiçbir şey düşünülemez.) (KANT, *Grundlegung zur Metaphysik der Sitten*, 8.)

<sup>532</sup> HEIMSOETH, 126.

<sup>533</sup> HEIMSOETH, 127.

Gerek kendi şahsında, gerek diğer insanların her birinin şahsında (tecelli eden) insanlığın şerefine daima saygı duyacak ve kişiden, asla bir aracı olarak değil, aksine daima aynı zamanda bir amaç olarak yararlanacak tarzda eylemde bulun<sup>534</sup>.

Kendilerini aynı zamanda yasalar yapabilecek olan *maximlere* (iradeyi yönlendiren motiflere) göre eylemde bulun<sup>535</sup>.

Ancak, aynı zamanda genel bir yasa olmasını isteyebileceğin maksime göre eylemde bulun<sup>536</sup>.

“Kant ahlâkı” kuşkusuz hümanist karakterde bir ahlâktır. Öyle ki, kişinin Tanrı’dan gelen bir emre uyarak ya da cennet umudu veya cehennem korkusuyla iyilik yapması, buyruğun kategoriklikten çıkıp hipotetik olmasına ve değer kaybetmesine neden olur<sup>537</sup>.

Kant, ahlâk yasasını irademizin motifi (*maxim*) yapan etkeni “saygı duygusunda” bulmuştur. Zira bütün duygularımız duyuşsal, maddi olan isteklere bağlı iken, yalnızca saygı duygusudur ki, temelini *a priori* olarak kendi insanlığımız hakkındaki duyguda bulur<sup>538</sup>.

Kant ahlâkını evrensel karakterde kılan özellik, Del Vecchio’nun “altérité” olarak ifade ettiği, ahlâkın “intersübjektif” karakteridir. Buna göre, ahlâk tekil insana özgü, sübjektif bir mahiyet taşımaz; aksine, bireyler arasındaki müşterek bir alanı ifade eder ki, Kant buna “Amaçlar Ülkesi” demiştir. Eşitliğin ve özgürlüğün kaynağı da işte bu amaçlar ülkesidir, zira bütün insanlar, ahlâk yasasının hem yapıcısı hem de tâbiidir. Söz konusu yasa, insana dışarıdan verilmiş olmayıp, onun aklının varlık yasasından gelir. Bu husus, aynı zamanda Kant ahlâkının “otonom” yapısını da gösterir; yani aklın hâkimiyeti altındaki irade kendi kendisini yönetmiş olur. İradenin dışarıdan gelen yasalarla (örneğin Tanrı yasalarıyla) yönetilmesi heteronom ahlâk anlayışına götürür<sup>539</sup>.

Kant salt akılla temellendiremediği, aklın üç idesini (ruh, evren, Tanrı) de pratik akıldan hareketle ortaya koymuştur. İnsanın içindeki “yapmalısın!” şeklindeki buyruk, onun yapabilme konusunda özgür olduğuna işaret etmektedir<sup>540</sup>. Kant’ta özgürlük olumlu anlamdadır; yani gelişigüzel değil, ahlâk yasasına uygun hareket etmeyi gerektirir<sup>541</sup>.

<sup>534</sup> “Handle so, dass du die Menschheit, sowohl in deiner Person, als in der Person eines jeden andern, jederzeit zugleich als Zweck, niemals bloss als Mittel brauchest”. KANT, Immanuel, *Grundlegung zur Metaphysik der Sitten*, 66.

<sup>535</sup> “Handle nach der Maxime, die sich selbst zugleich zum allgemeinen Gesetze machen kann”. KANT, *Grundlegung*, 81.

<sup>536</sup> “Handle nur nach derjenigen Maxime, durch die zugleich wollen kannst, dass sie ein allgemeines Gesetz werde”. KANT, *Grundlegung*, 52.

<sup>537</sup> HEIMSOETH, 132, 133.

<sup>538</sup> HEIMSOETH, 133.

<sup>539</sup> HEIMSOETH, 136.

<sup>540</sup> HEIMSOETH, 142. Kant’ın ruhun ölümsüzlüğü ve Tanrı’nın varlığını temellendirmesi konusunda bk. HEIMSOETH, 147, 150, 151.

<sup>541</sup> HEIMSOETH, 146.

Özgürlük kavramı, bir yandan Kant'ın "doğal ve kazanılmış haklar" ayırımında, doğal hakların en önemlisi olması<sup>543</sup>, diğer yandan hukuk tanımının zeminini teşkil etmesi bakımından önemli olup, ahlâk yasasıyla ideal hukukun (doğal hukuk) buluşma noktasını da oluşturmaktadır. Eşitlik ve mülkiyet gibi temel insan haklarını özgürlük kavramından çıkararak Kant, özgürlük anlayışının gelişigüzel değil, paylaşılan bir özgürlük olduğunu ortaya koyar mahiyette hukuku şöyle tanımlamıştır<sup>544</sup>:

Hukuk, genel bir özgürlük yasasına göre, her bireyin iradesinin diğerlerinin iradeleriyle uzlaştırılabileceği şartların bütünüdür.

Kant'ın bu özgürlük yasası incelendiğinde, öncelikle düzenleyici (regülatif) bir ide olan "genel özgürlük yasası" dikkati çekmektedir. Genel özgürlük yasası, ahlâk felsefesinde ele alınan, "ahlâk yasası"dır. Dolayısıyla hukuk, Kant'ta ahlâk yasasının zemininin üzerine inşâ edilmekte ve böylece tıpkı ahlâk yasası gibi otonom bir karakter kazanmaktadır. Ahlâk yasasının, yukarıda değinilen "intersübjektif" karakterinden dolayı hukuk, Kant felsefesinde bireysel (individüalist) olmaktan çıkıp sosyal bir karakter kazanmaktadır. Nitekim ahlâk yasasını ifade sadedinde Kant, "Ancak, aynı zamanda genel bir yasa olmasını isteyebileceğin maksime göre eylemde bulun"<sup>545</sup>, demiştir.

Görülüyor ki, Kant'ın ahlâk kurallarıyla hukuk kuralları arasında ayırım yapması<sup>546</sup>, ideal hukuk değil, ampirik hukuk (pozitif hukuk) için geçerlidir. Yine Kant'ın, hukukçuların hâlâ tanımını aradıklarını ifade ettiği hukuk<sup>547</sup> da ideal hukuk değil, ampirik hukuktur.

O halde denebilir ki, Kant, dar anlamda ahlâk ve hukuku genel ahlâk yasasının iki ayrı yönü olarak görmüş ve doğal hukuku pozitif hukuk karşısına bir rehber olarak koymuştur<sup>548</sup>.

<sup>543</sup> DEL VECCHIO, *Hukuk Felsefesi Dersleri*, 89; GÜRİZ, *Hukuk Felsefesi*, 221.

<sup>544</sup> "Das Recht ist also der Inbegriff der Bedingungen, unter denen die Willkür des einen mit der Willkür des andern nach einem allgemeinen Gesetze der Freiheit zusammen vereinigt werden kann." KANT, Immanuel, (Sammlung) Werkausgabe/hrsg. Wilhelm Weischedel, Frankfurt am Mein, Suhrkamp, Bd. 8, *Die Methapyisik der Sitten*, 4. Aufl. 1982, s. 337.

<sup>545</sup> KANT, *Grundlegung*, 52.

<sup>546</sup> DEL VECCHIO, *Hukuk Felsefesi Dersleri*, 88; ÇAĞIL, *a.g.m.*, 1124; GÜRİZ, *Hukuk Felsefesi*, 219.

<sup>547</sup> "Noch suchen die Juristen eine Definition zu ihrem Begriffe von Recht" (Hukukçular hâlâ hukuk kavramlarının tanımını arıyorlar) (ÇAĞIL, "Filozof Immanuel Kant'ın Sisteminde Ahlâk ve Hukukun Felsefi Esasları", 1133).

<sup>548</sup> ÇAĞIL, *a.g.m.*, 1131.

## İKİNCİ BÖLÜM

### İSTİHSAN





## I. İSTİHSAN KAVRAMI

### A. İSTİHSAN KAVRAMININ ORTAYA ÇIKIŞI

İstihsan kavramının ortaya çıkışını, iki aşamalı olarak ele almak uygun görünmektedir. İlki, istihsanın bir ilke ve zihniyet olarak ortaya çıkması, ikincisi ise bir terim olarak zuhuru şeklinde tespit edilebilir. Kur'ân'ın, Müslümanların yalnızca dünya görüşlerini belirleyen bir kitap olmayıp, aynı zamanda onların hukuksal yaşamlarını düzenleyen temel kaynak olduğu ve her hukuk düzeninin genel kuralların yanı sıra, "hakkaniyet" in gereği olarak istisnâî düzenlemelere de yer vermek durumunda bulunduğu dikkate alındığında, İslâm hukukunda genel olarak tekil olayın gerektirdiği istisnâî düzenleme olarak nitelenebilecek olan istihsanın<sup>548</sup>, bir prensip olarak ortaya çıkışını Kur'ân'la başlatmak yerinde bir tespit olsa gerektir. Bu durum, bir yandan Kur'ân'da akla, düşünmeye, adalet duygusuna, sağduyuya yapılan vurgulardan, hukuksal nitelikli genel kuralların (kavâid-i külliye) konmasından<sup>549</sup>, diğer yandan ise, yine bizzat Kur'ân'da genel nitelikli kurallardan istisna sayılabilecek düzenlemelerden çıkarılabilmektedir.

Bu düzenlemelere örnek olarak, Bakara suresinin, akıllı ve ergen her Müslümanın oruç tutmakla yükümlü olduğunu belirten genel nitelikli 183. ayetinden<sup>550</sup> sonra, izleyen ayette hastalık ve yolculuğun, orucu kazaya bırakmak için geçerli bir mazeret sayıldığı, iyileşme umudu kalmamış kimselerin ise, fidye vermek suretiyle oruç mükellefiyetinden muaf olacakları bildirilerek<sup>551</sup> istisnâî bir düzenleme yapılmış olması verilebilir.

Ceza hukuku alanında bir örnek, namuslu kadına zina isnadı (*kazf*) suçuyla ilgili düzenlemedir. Söz konusu suçla ilgili olarak Nûr suresinin dördüncü ayetinde genel nitelikli bir ifade kullanılmıştır<sup>552</sup>. Buna göre bir kadını zina suçunu işlerken gören kimse, kadının kocası da olsa, dört şahitle ispatlayamadığı takdirde bu suçu açığa çıkarmamak durumundadır; aksi takdirde kendisine değnek (celde) cezası verilecek ve ömür boyu şahitliği kabul edilmeyecektir. Oysaki kadını zina ederken gören kimsenin, o kadının kocası olması durumunda çok daha özel bir durumun ortaya çıkacağı açıktır. Koca, olayı şahitlerle ispatlayamadığından ve kazifile suçlanmamak için bu durumu sineye çekmek zorunda kalacaktır. İşte bu özel durum, aynı

<sup>548</sup> YAVUZ, Yunus Vehbi, "Hanefî Müctehidlerinde İstihsan Metodu", U.Ü.İ.F.D., sy. 1, c. 1, Bursa 1986, s. 92.

<sup>549</sup> BARDAKOĞLU, Ali, "İstihsan", Türkiye Diyânet Vakfı İslâm Ansiklopedisi (DİA), XXIII, 339.

<sup>550</sup> "Ey iman edenler, sizden öncekilere farz kılındığı gibi, (günahlardan) korunmanız için sizin üzerinize de oruç farz kılındı" (el-Bakara 2/183).

<sup>551</sup> "...Sizden kim (Ramazan ayında) hasta veya yolcu olursa, tutamadığı günler sayısınca başka günlerde tutar. (Yaşlılık, hastalık vb. nedenlerden ötürü, oruç) tutmaya gücü yetmeyenlerin, fidye vermesi, bir yoksulu doyurması lâzımdır..." (el-Bakara 2/184)

<sup>552</sup> "Namuslu kadınlara (zina suçu) atıp da sonra (bu suçlamaları ispat için) dört şahit getiremeyenlere seksen değnek vurun ve artık onların şahitliğini asla kabul etmeyin. Onlar yoldan çıkmış kimselerdir." (en-Nûr 24/4).

surede “liân”<sup>553</sup> adı verilen özel bir yöntemle çözüme bağlanmış ve böylece söz konusu durumdaki bir kocanın mağdur olmasının önüne geçilmiştir<sup>554</sup>.

Kur’ân’da geçen, bu türden hükümler incelendiğinde, Allah teâlâ’nın öncelikle aynı özellikleri taşıyan olayları düzenleyen genel nitelikli hükümler koyduğu, daha sonra bu düzenlemelerin bir kısım tekil olayda kullar açısından aşırı zorluğa, dünyevî ya da uhrevî bir maslahatın ortadan kalkmasına sebep olması üzerine, genel kuraldan (kıyâs) istisna şeklinde hükümler koyduğu dikkati çekmektedir<sup>555</sup>.

Genel nitelikli düzenlemelerin, özel durumlara/olaylara göre esnetilmesi uygulamasının Hz. Peygamber’in sünnetinde devam ettiği görülmektedir. Nitekim Hz. Peygamber, mevcut olmayan malın satışını prensip olarak yasaklamışken<sup>556</sup>, Medine’de bulunan, gelecek yılların ürünlerinin peşin para karşılığı satılması şeklindeki uygulamaya, “Selem yoluyla satış yapan bunu belirli ölçüye, belirli tartıya ve belirli süre tayin ederek yapısın”<sup>557</sup>, diyerek özel bir düzenleme ile cevaz vermiştir.

Hz. Peygamber’in Kur’ân’daki bir takım düzenlemeler konusunda istisnâî hüküm getirdiği de olmuştur. Sözelimi, hırsızlık yapanın elinin kesilmesini öngören genel nitelikli ayetle<sup>558</sup> ilgili olarak, savaş sırasında el kesme cezasının uygulanmayacağı şeklindeki hadis<sup>559</sup> istisnâî bir hüküm getirmiştir<sup>560</sup>.

Kur’ân ayetlerinde ve Hz. Peygamber’in sünnetinde yer alan bu kabil istisnaların hepsinin teknik anlamda istihsan sayılamayacağı, bunun yerine tahsis, takyid, nesih, ruhsat gibi konular çerçevesinde değerlendirilmelerinin daha yerinde olacağı açık olmakla birlikte, söz konusu istisnâî hükümlerin, istihsanın, kıyasın mutlak olarak uygulanması sırasında çıkabilecek olumsuzlukları gidermek amacıyla geliştirilmiş bir delil olduğu dikkate alındığında, öz itibariyle istihsanla oldukça benzeştikleri dikkati çemektedir.

<sup>553</sup> **Liân** (لِيَانٍ): Lânetleşmek. Kocanın karısına zina isnadında bulunması ve dört şahit getirememesi sonucunda karı ile kocanın, hâkim huzurunda şer’î usûlüne uygun olarak dörder defa şهادette bulunduktan sonra kendilerine lânet ve gazap okumalarıdır. Koca zina isnadında doğru olduğuna, eğer yalancılardan ise Allah teâlâ’nın lanetinin üzerine olmasını”; kadın da “Kocasının kendisine zina isnadında yalancı olduğuna, eğer doğru ise Allah teâlâ’nın gazabının üzerine olmasını” yeminle ifade eder (en-Nûr 24/6-9). Yapılan bu yeminler, koca hakkında kazif suçunun haddi, karı hakkında da zina suçunun haddi yerine geçer ve hakim tarafından araları ayrılır. Bk. ERDOĞAN, Mehmet, *Fıkıh ve Hukuk Terimleri Sözlüğü*, İstanbul 1998, s. 260.

<sup>554</sup> Kur’ân’daki bu tür istisnâî düzenlemelerle ilgili daha fazla örnek için bk. FERFÛR, Muhammed Abdüllatif Salih, *Nazariyyetü'l-İstihsan fi't-Teşrii'l-İslâmî ve Silatuhâ bi'l-Maslahati'l-Mürsele*, Dımaşk 1987, s. 26-38.

<sup>555</sup> İBN ABDİSSELÂM, İzzüddin, *Kavâidü'l-Ahkâm*, Beyrut t.s., II, 138.

<sup>556</sup> Buharî, Buyû, 55; Ebû Dâvud, Buyû, 70.

<sup>557</sup> Ebû Dâvud, Buyû, 57, Neseî, Buyû, 63.

<sup>558</sup> “Hırsızlık eden erkek ve kadının, yaptıklarına karşılık Allah’tan bir ceza olarak ellerini kesin! Allah daima üstündür, hikmet sahibidir” (el-Mâide 5/38).

<sup>559</sup> Ebû Dâvud, Hudûd, 19; Tirmizî, Hudûd, 20.

<sup>560</sup> Sünnette yer alan istisnâî hükümlerle ilgili daha fazla örnek için bk. ÖNDER, Muharrem, *Hanefî Mezhebinde İstihsan Anlayışı ve Uygulaması*, (Yayınlanmamış doktora tezi), Konya 2000, s. 13-17.; FERFÛR, *Nazariyyetü'l-İstihsan*, 39-46, BARDAKOĞLU, “İstihsan”, DİA, XXIII, 340.

Kur'ân ve sünnette yer alan ve öncelikle genel kuralı vaz' etme, ardından gerekiyorsa tekil olaya göre bu kuralda bir takım değişikliklere gitme şeklindeki hüküm verme anlayışı sahabe tarafından en iyi şekilde idrak edilmiş ve bu anlayış uygulamaya da yansıtılmıştır. Sahabe, karşılaştıkları yeni olaylara çözüm ararken, nasların lâfızlarının yanı sıra, özellikle Hz. Peygamber'in yanında buldukları zaman, İslâm dininin genel niteliğine ve ruhuna dair edindikleri formasyonu da kullanmışlardır<sup>561</sup>.

Sahabe arasında özellikle Hz. Ömer'in uygulamalarının bu açıdan dikkat çekici olduğu bir gerçektir. Sözelimi, fethedilen topraklarla ilgili olarak, ilgili nassın âmir olduğu<sup>562</sup> ve Hz. Peygamber'in uygulamasıyla da desteklenmiş olan hüküm, bu toprakların beşte dördünün gaziler arasında ganimet olarak paylaşılması şeklinde iken, Hz. Ömer bu hükmü uygulamamış, bunun yerine toprakların gayri müslim sahiplerinden haraç vergisi alınması karşılığında, kendilerinin elinde kalmasına hükmetmiş, sahabe de uzun süren tartışmalardan sonra bu hükmü benimsemiştir<sup>563</sup>. Hz. Ömer bu kararı verirken kuşkusuz Müslümanların uzun vadeli yararını göz önünde bulundurmıştır<sup>564</sup>.

Yine Hz. Ömer'in hırsızlık suçunun cezasıyla ilgili genel nitelikli hükümden<sup>565</sup>, kıtlık zamanında işlenen hırsızlık suçunu istisna etmesi<sup>566</sup>; Hz. Peygamber, Hz. Ebû Bekir ve kendi döneminin ilk yıllarında tek boşama sayılan, aynı anda verilen üç boşamayı (*talâk-ı selâse*) üç boşama olarak geçerli sayması<sup>567</sup> ve kendi zamanına kadar esnaf ve zanaatkârların elinde emânet hükmünde olan, yani zâyi olması durumunda tazminî gerekmeyen malların, halkın genel ahlâkındaki bozulmadan dolayı tazminin gerekli olduğuna hükmetmesi gibi uygulamalar da aynı şekilde genel kurallar kadar özel durumları da dikkate alan bir hukuk anlayışının ürünüdür<sup>568</sup>.

Haddizatında bu anlayış, Hz. Ömer'in, Ebû Mûsâ el-Eş'arî'ye gönderdiği ve İslâm yargılama hukuku açısından özel bir öneme sahip olan mektupta açık bir şekilde ortaya

<sup>561</sup> DEVÂLİBÎ, Muhammed Ma'rûf, *el-Medhal ilâ İlm-i Usûli'l-Fıkh*, Dimaşk 1385/1965, s. 103; FERFÛR, *Nazariyyetü'l-İstihsan*, 47.

<sup>562</sup> "Eğer Allah'a (iman etmiş), hak ile batılın ayrıldığı gün, iki ordunun birbirine kavuştuğu (Bedir) gün(ü) kulumuz (Muhammed'e) indirdiğimiz (ayetlere) inanmışsanız, bilin ki, ganimet olarak aldığınız herhangi bir şeyin mutlaka beşte biri Allah'ın, Resulü'nün, (Allah Resulü'nün) akrabalarının, yetimlerin, yoksulların ve yolcu(ları)ndır. Allah her şeye hakkıyla kâdirdir" (el-Enfâl 8/41).

<sup>563</sup> EBÛ YÛSUF, Yakub b. İbrahim, *Kitâbu'l-Harac*, Kâhire 1396, s. 25-29

<sup>564</sup> DEVÂLİBÎ, *el-Medhal*, 92-97

<sup>565</sup> el-Mâide 5/38.

<sup>566</sup> İBN KUDÂME, *el-Muğnî*, VII, 278.

<sup>567</sup> Konuyla ilgili olarak bk. İBN KAYYİM el-Cevziyye, *I'lâmü'l-Muvakkîn*, Kâhire ts., II, 39-43.

<sup>568</sup> Sahabenin konuyla ilgili diğer örnek uygulamaları için bk. FERFÛR, *Nazariyyetü'l-İstihsan*, 47-55; BARDAKOĞLU, "İstihsan", 340; ÖNDER, 24-27.

konmuştur. Hz. Ömer söz konusu mektubun bir kısmında Ebû Mûsâ'ya şöyle bir direktif vermiştir<sup>569</sup>:

Kur'ân ve sünnette hükmü bulunmayan ve vicdanen kesin bir kanaate varamadığın davaları iyice anlamaya çalış ve üzerlerinde düşün. Benzer olayları araştır ve benzerlikleri bulmaya çalış. Sonra bunları birbirine kıyas et. Bulduğun sonuçlar içinde Allah katında en sevimli ve sana göre hakkaniyete en yakın olan hükmü ver.

Kısacası başta Kur'ân ve sünnetteki hüküm verme tarzı ve daha sonra sahabe uygulaması, henüz ilgili terminoloji oluşmamış olsa da, toplumda belli bir hukukî düşünüş tarzının oluşmasını sağlamış ve bu durum genel olarak müslümanların hukukî tefekkürlerinin oluşmasına, daha özelde Irak ekolünün "istihsan", Medine ekolünün ise "maslahat" anlayışlarının teşekkülüne oldukça önemli bir katkı sağlamıştır<sup>570</sup>.

Sahabe dönemiyle birlikte istihsanın bir ilke/zihniyet olarak ortaya çıkma aşamasının tamamlandığı, tâbiûn dönemiyle birlikte ise terimleşme sürecinin başladığı söylenebilir. Bu bağlamda Goldziher her ne kadar istihsan prensibini kuranın Ebû Hanife (150/767) olduğunu savunmuşsa da<sup>571</sup>, istihsanın Iraklılar'ın fiilî-hukuksal akıl yürütmelerinin bir parçası olarak Ebû Hanife'den önce de mevcut olduğunu savunan Schacht<sup>572</sup> daha haklı görünmektedir. Aslında mesele, bir terimin terim olarak ortaya çıkmasından belli bir zaman önce kavramsal çerçeve olarak belirginleşmesiyle ilgilidir ve istihsan terimi de bu durumdan payını almıştır<sup>573</sup>.

Ebû Hanife'den hemen önce özellikle iki isim "istihsan" terimine değinmeleri yönüyle dikkati çekmektedir. Bunlardan ilki, Ömer b. Abdilaziz döneminde (99–101/717–720) Basra kadılığı da yapmış olan Ebû Vâsile İyâs b. Muâviye (ö. 122/740)'dir. Kendisinden, "İnsanlar iyi hal içinde buldukları sürece kıyasa göre, bozuldukları takdirde ise istihsana göre hüküm veriniz" ve "Gördüm ki, mahkemede verilecek karar, insanların iyi gördükleridir (istihsan ettikleridir)" şeklinde iki söz rivayet edilmiştir<sup>574</sup>. İyâs'ın ilk sözüyle ilgili olarak Muvaffak b. Ahmed el-Mekkî (ö. 568/1198), "yani kıyas olumsuz sonuç verdiği takdirde, iki görüşten daha ince fakat isabetli olanını uygulayın", şeklinde yorumlamıştır<sup>575</sup>.

İstihsana yaptığı vurguyla dikkati çeken diğer isim, Ebû Ca'fer el-Mansûr döneminde (136-158/754-775) kâtiplik yapan Abdullah b. el-Mukaffâ (v. 142/759)'dır. İbnü'l-Mukaffâ,

<sup>569</sup> İBN KAYYİM, *I'lamu'l-Muvakkîn*, I, 71-75. Ayrıca mektubun değerlendirmesiyle ilgili olarak bk. ARI, Abdüsselâm, "Hz. Ömer'in Ebû Mûsâ el-Eş'arî'ye gönderdiği Mektubun Yargılama Hukuku Açısından Analizi", *İslâm Hukuku Araştırmaları Dergisi*, sy: 2, Konya 2003, s. 85-99.

<sup>570</sup> BARDAKOĞLU, "İstihsan", 340.

<sup>571</sup> GOLDZİHER, Ignaz, *Vienna Oriental Journal*, I, 228'den nakleden ŞENER, Abdülkadir, *İslâm Hukukunun Kaynaklarından Kıyas, İstihsan ve İstislah*, Ankara 1971, s. 116.

<sup>572</sup> SCHACHT, Joseph, *The Origins of Muhammadan Jurisprudence*, Oxford 1975, s. 112.

<sup>573</sup> ÖZEN, Şükrü, "Hicrî II. Yüzyılda İstihsan ve Maslahat Kavramları", *Marife*, yıl: 3, sy.: 1, bahar 2003, s. 33.

<sup>574</sup> CESSÂS, Ebû Bekr Ahmed b. Ali er-Râzî, *el-Fusûl fi'l-Usûl*, (nşr. Uceyl Câsim en-Neşemî), Kuveyt 1994, IV, 229.

<sup>575</sup> MEKKÎ, Muvaffak b. Ahmed, *Menâkıbu Ebî Hanife*, Beyrut 1981, I, 84'ten nakleden ÖNDER, 45.

dönemin halifesine sunduğu ıslahat programı niteliğindeki *Risâle fi's-Sahabe* adlı eserinde kıyasa sıkı sıkıya bağlanmanın bir takım ihtilaflara neden olabileceğinden söz eder. Ona göre, kıyas ancak iyiliklere götürdüğü sürece kullanılacak bir delil olup, götürdüğü şey iyi ve güzel ise uygulanmalı, kötü ve nâhoş ise terk edilmelidir. Zira aranan, kıyasın kendisi değil, iyi ve güzel olan, kişiyi hakka ulaştırın şeydir. Bir şey insanlara uygun (müstakîm) geliyorsa doğru olan odur; kıyaslara itibar edilmez<sup>576</sup>.

Şu bir gerçek ki, istihsan teriminin teknik anlamda ilk kez Ebû Hanife tarafından kullanıldığı hemen hemen üzerinde ittifak edilen bir konudur<sup>577</sup>. Bununla birlikte bu terimin hangi anlama geldiği ve hangi şartlarda kullanılabileceğine dair kendisinden herhangi bir açıklama gelmemiş olması, konuyla ilgili çeşitli tartışmaların yapılmasına neden olmuştur<sup>578</sup>.

Ebû Hanife'ye nispet edilen ilk tanım, "İnsanın bir delile dayanmaksızın, kendi re'yi ile iyi gördüğünü esas alarak kıyası terk etmesidir", şeklindedir<sup>579</sup>. Bu tanım, Şafîî kaynaklarda Bış b. Gıyâs el-Merisî (ö. 218/833)'den rivayet edilmekte ve İmam Şafîî'nin de bu tanımın Ebû Hanife'ye ait olduğu kanaatini taşıdığı ifade edilmektedir<sup>580</sup>. Ebû Hanife'ye muhalif kesim tarafından rivayet edilmesi nedeniyle, tanım hakkında çeşitli şüpheler ortaya çıkmıştır<sup>581</sup>. Tanımı nakleden Şîrâzî'ye (ö. 476/1083) göre, bu tanımın Ebû Hanife'ye aidiyeti doğrudur. Zira Ebû Hanife hiçbir delil bulunmayan bir yerde istihsanı kullanmıştır<sup>582</sup>. Buna mukabil Ebu'l-Hüseyn el-Basrî (ö. 436/1044), Ebû Hanife'nin istihsan anlayışını muhaliflerinden değil de kendi haleflerinden öğrenmenin daha yerinde olacağını ifade etmiştir<sup>583</sup>. Bununla birlikte bir yandan, sonraki Hanefî usulcülerin istihsanın tanımını konusunda hemfikir olmamaları, diğer yandan da böyle bir anlayışın İmam Şafîî (204/819) gibi bir otoritenin Ebû Hanife'nin istihsan anlayışını yanlış anladığı gibi bir anlama götürecektir olması Ebû'l-Hüseyn'in, önerisinin de

<sup>576</sup> İBNÜ'L-MUKAFFÂ, Abdullah, *Risâle fi's-Sahabe* (Cemheretu Resâilî'l-Arab fî Usûri'l-Arabiyyeti'z-Zâhire içinde), nşr. Ahmed Zeki Safvet, 1966, IV, 40-41.

<sup>577</sup> İBN HAZM, Ebû Muhammed Ali b. Ahmed, *Mulahhasu İbtâli'l-Kıyâs ve'r-Re'y ve'l-İstihsan ve't-Taklîd ve't-Ta'lîl* (nşr. Saîd el-Efgânî), Dımaşk 1379/1960, s. 5, 9; ŞEYBÂNÎ, Muhammed b. Hasan, *el-Câmiu's-Sağîr*, Karaçi, ts., 245, 295, 319; SAYMERÎ, Ebû Abdillâh Hüseyn b. Ali, *Ahbâru Ebî Hanife ve Ashâbihi* (nşr. Ebû'l-Vefâ el-Efgânî), Haydarâbâd 1976, s. 12; BARDAKOĞLU, "İstihsan", 340.

<sup>578</sup> DÖNMEZ, İbrahim Kâfi, *İslâm Hukukunda Kaynak Kavramı ve VIII. Asır İslâm Hukukçularının Kaynak Kavramı Üzerindeki Metodolojik Ayrılıkları* (yayımlanmamış doktora tezi), Erzurum 1981, s. 172.

<sup>579</sup> ŞİRÂZÎ, Ebû İshâk İbrahim b. Ali, *Şerhu'l-Luma'* (nşr. Abdülmecid Türki), Beyrut 1408/1988, II, 969.

<sup>580</sup> ŞİRÂZÎ, *Şerhu'l-Luma'*, II, 969-970; ZERKEŞÎ, Bedreddin Muhammed b. Bahâdır, *el-Bahru'l-Muhîr fî Usûli'l-Fıkh* (thk. Abdüssettâr Ebû Gudde, Abdülkâdir Abdullah el-Ânî, Ömer Süleyman el-Eşkâr), Kuveyt 1992, VI, 93-94.

<sup>581</sup> BARDAKOĞLU, "İstihsan", 341.

<sup>582</sup> Şîrâzî'nin bu bağlamda verdiği örnek şudur: Bir zina olayına şahitlik eden dört kişiden her birinin, zânînin zina fiilini odanın ayrı ayrı köşelerinde işlediğine dair şahitlik etmeleri halinde Ebû Hanife'ye göre istihsanen şahitlikleri kabul edilir ve kendilerine had cezası uygulanır. Çünkü zânî odanın ortasında fiili gerçekleştirmiş olabilir ve her bir şahit de kendi bulunduğu köşeye daha yakın görmüş ya da adam kadını bir köşeden diğerine sürüklemiş olabilir. Şîrâzî'ye göre bu cevap bir delil olmayıp, olsa olsa delilsiz olarak ileri sürülmüş bir istihsan olabilir. Bk. ŞİRÂZÎ, *Şerhu'l-Luma'*, II, 970.

<sup>583</sup> BASRÎ, Ebu'l-Hüseyn Muhammed b. Ali b. et-Tayyib, *el-Mu'temed fî Usûli'l-Fıkh*, Beyrut 1983, II, 295.

sorunu çözmekten uzak olmasına neden olmuştur<sup>585</sup>. Ayrıca sonraki Hanefî usulcülerin tanımlarının, otantik istihsan tanımı olmayıp, özellikle Şafî'nin sert eleştirilerinden sonra revize edilmiş tanımlar olduğu şeklinde ciddî kanaatler de vardır<sup>586</sup>.

Bu durumda Ebû Hanife'nin gerçek istihsan anlayışının ne olduğu sorunu ortaya çıkmaktadır ki, bunu belirleyebilmek için Ebû Hanife'nin istihsanı hangi bağlamlarda kullanmış olduğuna bakmak yararlı olacaktır. Ebû Hanife'nin istihsan yaptığı konular genelde aşağıdaki başlıklarda toplanabilir:

1. Hadise dayanarak kıyası (genel kural) terk etmiştir<sup>587</sup>.
2. Sahabe icmâına dayanarak kıyası terk etmiştir<sup>588</sup>.
3. Sahabe sözüne veya uygulamasına dayanarak kıyası terk etmiştir<sup>589</sup>.
4. Örf'e dayanarak kıyası terk etmiştir<sup>590</sup>.
5. İki kıyastan daha uygun gördüğünü seçmiştir<sup>591</sup>.

Ebû Hanife'nin istihsana başvurduğu bağlamların dikkatle incelenmesi durumunda<sup>592</sup> bunlardan bir kısmının zaten naslara ve icmâa dayandığı dikkati çeker. Kalan kısmı konusunda ise şöyle bir değerlendirme yapmak uygun görünmektedir: Müslümanların hukukî tefekkürlerinin peyderpey gelişme kazanması oldukça normal bir olgudur. Son tahlilde daima Şârî teâlâ'nın muradını aramış olan müslümanlar, hükmünü aradıkları meseleler konusunda önce naslara başvurmuşlar, daha sonra naslara paralel hukuksal düşünümü ifade eden kıyası

<sup>585</sup> ÖZEN, "Hicrî II. Yüzyılda İstihsan ve Maslahat Kavramları", 37.

<sup>586</sup> Bk. İBN HAZM, Ebû Muhammed Ali b. Ahmed b. Saîd ez-Zâhirî, *el-İhkâm fi Usûli'l-Ahkâm*, Beyrut 1403/1983, VI, 19; GAZZÂLÎ, *el-Müstasfâ*, I, 282.

<sup>587</sup> Örnek olarak, genel kurala göre abdestin bozulması için, bedenden bir necasetin çıkması gerekir. Buna göre namazda kahkaha ile gülmenin abdesti bozmaması gerekir. Ne var ki, Hz. Peygamber'den rivayet edilen, "Sizden kim kahkaha ile güldüyse abdest ve namazını iade etsin", hadisinden dolayı Ebû Hanife ve arkadaşları genel kuralı (kıyas) terk etmiş ve istihsanen abdestin bozulacağına hükmetmişlerdir (SERAHŞÎ, Şemsüleimme Ebû Bekr Muhammed b. Ahmed (ö. 539/1143), *el-Mebsût*, I-XXX, Beyrut ts., I, 77, 172).

<sup>588</sup> Örnek olarak karı-kocanın birlikte dinden dönmeleri durumunda genel kurala göre aralarının ayrılması gerekir. Ne var ki, Hanife Oğulları'nın zekât vermeyi kabul etmeyip dinden dönmeleri üzerine Hz. Ebû Bekir kendilerini tevbe etmeye çağırıp da onlar bunu kabul ettikten sonra halife, kendilerinden nikahlarını yenilemelerini istememiş, sahabeden de kimse buna karşı çıkmamıştır. İşte bu sahabe icmâi dolayısıyla Ebû Hanife ve arkadaşları genel kuralı bir yana bırakarak, istihsanen söz konusu durumdaki bir karı-kocanın nikâhlarını yenilemelerine gerek bulunmadığı sonucuna varmışlardır (SERAHŞÎ, *el-Mebsût*, V, 49).

<sup>589</sup> Örneğin kıyasa göre eti yensin yenmesi bütün hayvanların pislikleri necis olduğu halde, Ebû Hanife sahabe uygulamasına dayanarak istihsanen güvercin ve su kuşuna ait pisliklerin namaza engel olmayacağına hükmetmiştir (SERAHŞÎ, *el-Mebsût*, I, 56, 57). Zira İbn Mes'ûd'un üzerine bir keresinde bir güvercin pislediğinde o, pislîği eliyle silmekle yetinmiştir.

<sup>590</sup> Örnek olarak, kıyasa göre bir kimsenin satın aldığı bir eşyanın eve götürülmesini şart koşması durumunda akit fasit olur. Ne var ki, Ebû Hanife insanların uygulamalarını dikkate alarak böyle bir akde, örf'e dayalı istihsanla cevaz vermiştir (SERAHŞÎ, *el-Mebsût*, XII, 199).

<sup>591</sup> Örneğin nafîle namaz kılan bir kimse namaza ayakta başlayıp da, özürsüz olarak oturmak istese, kıyasa göre bu kimsenin namazı caiz olmaz. Nitekim İmâmeyn de bu görüştedirler. Onlar böyle bir namazı nezredilmiş namaza benzetmişlerdir; nezredilmiş namaza oturarak devam etmek caiz değildir. Ebû Hanife ise bu namazı, nafîle namaza benzetmeyi uygun görmüştür. Nafîle namazda özürsüz olarak oturmak, farz namazda özürsüz olarak oturmak gibidir (SERAHŞÎ, *el-Mebsût*, I, 208).

<sup>592</sup> Ebû Hanife'nin istihsanları konusunda diğer örnekler için bk. BAKKAL, Ali, *İslâm Hukuk Metodolojisinde İstihsan*, Şanlıurfa 2001, s. 39-42; ÖNDER, 50-54; 258-265.

tercih etmişlerdir. Aynı zamanda re'yin ilk aşamasını da temsil ettiğini söyleyebileceğimiz kıyasın tam anlamıyla meşru bir delil olmasında özellikle Irak ekolünün katkıları açıktır. Ne var ki, İbnü'l-Mukaffâ'nın da ifade ettiği gibi, kıyasın düz bir mantıkla uygulanması da gerek toplumda, gerek dinin ruhunun tecellisinde ve gerekse adaletin gerçekleşmesinde bir takım sıkıntılara yol açabilecektir. İşte bu husus Ebû Hanife tarafından hissedilmiş ve bir bakıma hukuk kurallarının “kırılmadan kıvrılması” anlamına gelen hakkaniyet<sup>593</sup>, Ebû Hanife tarafından sisteme sokularak, İslâm hukukunun nefes alması sağlanmıştır<sup>594</sup>. İmam Şafî'nin kaygısının ise bu mekanizmanın ehil olmayan ellerde, maksadını aşarak dejenerasyona neden olabilmesidir, denebilir. Dolayısıyla her iki imamın amacı/kaygısı İslâm hukuk sisteminin, karakteristiklerini koruyarak devamını ve yaşanabilirliğini sağlamaktır, şeklindeki bir yargı yanlış olmasa gerektir<sup>595</sup>.

## B. İSTİHSANIN TANIMI

İstihsan (الاستِحْسَان), sözlükte “çirkin oldu” anlamına gelen (فَسِح) kelimesinin zıddı olan ve “güzel oldu” anlamına gelen (حَسُن) fiilinin istif'âl bâbindan mastarı olup, “iyi ve güzel bulmak, iyiliğine ve güzelliğine inanmak” anlamına gelir. İstihsan, “çirkin ve kötü bulmak” anlamına gelen “istikbah (استِقْبَاح)” kelimesinin zıddıdır. Duyu organları ya da manevî yetilerle (akıl gibi) bir şeye eğilim duymak ve onu istemek de “istihsan” tabiri ile ifade edilir<sup>596</sup>. “İstihsan” İngilizce’de “preference”<sup>597</sup> kelimelesiyle ifade edilir.

İstihsanın sözlük anlamıyla kullanımının caiz olduğu konusunda herhangi bir ihtilaf yoktur<sup>598</sup>. Nitekim Kur’ân’da<sup>599</sup> ve hadislerde<sup>600</sup> bu kökten türeyen kullanımlar olduğu gibi, müctehid imamların hepsi -İmam Şâfi de dâhil olmak üzere- bu ifadeyi kullanmışlardır<sup>601</sup>.

<sup>593</sup> DEL VECCHIO, *Hukuk Felsefesi Dersleri*, 185.

<sup>594</sup> Benzer bir yaklaşım için bk. YAVUZ, “Hanefî Müctehidlerinde İstihsan Metodu”, 87.

<sup>595</sup> Yakın bir değerlendirme için bk. ÖZEN, “Hicri II. Yüzyılda İstihsan ve Maslahat Kavramları”, 44.

<sup>596</sup> İBN MANZÜR, Ebu'l-Fadl Cemalüddin, *Lisânü'l-Arab*, Beyrut ts., XIII, 117.

<sup>597</sup> ŞENER, 117.

<sup>598</sup> CESSÂS, *el-Fusûl*, IV, 227-228.

<sup>599</sup> Örnekler için bk. İSMÂİL, Şaban Muhammed, *el-İstihsan beyne'n-Nazariyye ve't-Tatbik*, Katar 1998, s. 15-18; FERFÜR, *Nazariyyetü'l-İstihsan*, 60. Kaynaklarda özellikle ez-Zümer 39/18 ve el-A'râf 7/144 ayetleri örnek verilmektedir.

<sup>600</sup> Örnek olarak “Müslümanların güzel (hasen) gördükleri, Allah katında da güzeldir; çirkin (kabîh) gördükleri Allah katında da çirkindir” hadisi gibi. Ahmed b. Hanbel, *Müsned*, I, 379.

<sup>601</sup> İmam Şafî'nin kullanımına örnekler: Müt'a (ayrılık hediyesi) konusunda “otuz dirhem olmasını iyi buluyorum (estahsinu)” demesi; şüf'a hakkı konusunda ise, “şüf'a hakkı sahibine üç gün mühlet verilmesini iyi buluyorum (estahsinu)”, demesi (ÂMİDÎ, Seyfüddin (v. 631/1233), *el-İhkam fî Usûli'l-Ahkâm*, Kahire 1387/1967, IV, 136) gibi. Şafî'nin bir çok yerde de (örn. *er-Risâle*, 345; *İhtilâfû'l-Hadîs*, 532, 535; *İhtilâfû'l-İrâkiyyîn (el-Üm içinde)*, VII, 123, 143; *el-Üm*, V, 179 ) “ehabbu ileyye (benim gönlüme hoş geliyor, sevimli buluyorum)” ifadesini kullandığına dair bk. ÖZEN, “Hicri II. Yüzyılda İstihsan ve Maslahat Kavramları”, 56. İmamların kullanım örnekleri için bk. İSMÂİL, *el-İstihsan*, 35-41.

Terim anlamıyla istihsan ise, fıkıh usulünün belki de en zor tanımlanan ve üzerinde en çok tartışılan kavramıdır. Bunun nedeni olarak, istihsan terimini ilk olarak ve en fazla kullanmış olan Hanefîler'in ilk imamlarının belli bir tanım vermemiş olmaları gösterilse de<sup>602</sup>, kanaatimizce mesele istihsan kavramının mahiyetinden kaynaklanmaktadır. Zira istihsanın mahiyetine ışık tutma yönüyle dikkati çeken tanımlardan birisi olan, "Müctehidin vicdanını etkileyen, fakat onu ifade etmekte güçlük çektiği ve açıkça ortaya koyamadığı delildir"<sup>603</sup> şeklindeki tanımda da vurgulandığı üzere istihsanda, vicdana yansıyan, fakat dile dökülmesi kolay olmayan bir yön bulunmaktadır. Diğer yandan yine istihsanın mahiyeti gereği, müctehidin bir şekilde kendi takdirini de devreye sokması, istihsan ameliyesini bir yönüyle de olsa sübjektif kılmakta, bu durum ise, söz konusu terimle ilgili birçok belirsizlik ve tartışmaya neden olmaktadır.

İstihsanla ilgili bu husus vurgulandıktan sonra terim anlamı, literatürde yer alan tanımlar esas alınarak açıklanmaya çalışılacak, bu yapılırken de öncelikle Hanefîler'e nispet edilen tanımlar, ardından Hanefîler'in kendi tanımları verilecek, son olarak da tanımlarda belirginleşen ortak yönler ifade edilecektir.

#### a. İstihsan Muhaliflerinin Hanefîler'e Nispet Ettikleri İstihsan Tanımları

Hanefîler'e nispet edilen tanımların Gazzâlî'nin (daha sonra tekrarla İbn Kudâme'nin<sup>604</sup>) istihsana ait olduğunu ifade ettiği üç tanımla çerçeveslendiği dikkati çekmektedir. Bunlar;

1. "Müctehidin aklıyla güzel bulduğu şeydir"<sup>605</sup>. Bu tanımın, istihsan kavramının ortaya çıkışı bağlamında zikredilen, Bişr b. Gıyâs'ın Ebû Hanîfe'ye ait olduğunu ifade ettiği ve İmam Şafîi'nin de bu konuda Bişr'e katıldığı "İstihsan, insanın bir delile dayanmadan kendi re'yi ile iyi gördüğünü esas alarak kıyası terketmesidir" şeklindeki tanımla anlam bakımından örtüştüğü açıktır.

<sup>602</sup> DÖNMEZ, *Kaynak Kavramı*, 172.

<sup>603</sup> "دليل يتقدح في نفس المجتهد لا يساغده العبارة عنه" Bk. GAZZÂLÎ, Ebû Hamîd Muhammed b. Muhammed (v. 505/1111), *el-Müstasfâ fi İlmi'l-Usûl*, Bulak 1322, I, 281; ÂMÎDÎ, Seyfuddin (v. 631/1233), *el-İhkam*, IV, 137. Tanımda geçen "vicdanını etkileyen (يتقدح)" ifadesiyle ilgili tartışmalar konusunda bk. ÖNDER, 70-72.

<sup>604</sup> İbn Kudâme'nin *Ravdatü'n-Nâzir* adlı eserinin Gazzâlî'nin *el-Müstasfâ* ile benzerliği dikkat çekicidir.

<sup>605</sup> "ما يستحسنه المجتهد بعقله" Bk. GAZZÂLÎ, *el-Müstasfâ*, I, 274; İBN KUDÂME, Muvaffakuddin Ebû Muhammed Abdullah, *Ravdatü'n-Nâzir ve Cünnetü'l-Menâzir*, Riyad 1984, I, 408. Tanımla ilgili değerlendirmeler konusunda bk. İSMÂİL, *el-İstihsân*, 50; ÖNDER, 69.



2. “Müctehidin vicdanını rahatsız eden, fakat onu ifade etmekte güçlük çektiği ve açıkça ortaya koyamadığı bir delildir”<sup>605</sup>. Yukarıda da belirtildiği üzere, bu şekilde tanımlanan bir istihsan anlayışının kabulü büyük ölçüde, tanımda geçen “vicdanı etkileyen (يَتَّقِدُحُ)” ifadesiyle ilgili yorumlar çerçevesinde gelişmiştir<sup>606</sup>.

3. “Özel bir delil sebebiyle bir meselede, benzerlerine verilen hükümden vazgeçmektir”<sup>607</sup>. Bu tanım Kerhî'nin aşağıda verilen tanımıyla büyük ölçüde benzeşmekte olup, birçok usûlcü tarafından benimsenmiştir<sup>608</sup>.

### b. Hanefi Usûlcülerin İstihsan Tanımları

İstihsanın meşhur olan en eski tanımı Ebu'l-Hasan Ubeydullah b. Hasan el-Kerhî'ye (ö. 340/951) ait olup şu şekildedir<sup>609</sup>:

الإِسْتِحْسَانُ أَنْ يَغْدَلَ الْمُجْتَهِدُ عَنْ أَنْ يَحْكُمَ فِي الْمَسْأَلَةِ بِمِثْلِ مَا حَكَمَ بِهِ فِي نَظَائِرِهَا لِوَجْهِ أَقْوَى يَفْتَضِي الْعُدُولَ عَنِ الْأَوَّلِ

İstihsan, müctehidin bir meselede, benzer meselelerde verilen hükümden vazgeçmeyi gerektiren daha kuvvetli bir delil sebebiyle, söz konusu meselelerde kabul edilen hükmü vermektен vazgeçmesidir.

Kerhî'nin istihsan tanımı incelendiğinde dört özellik dikkati çeker: a. İstihsan yapacak olan müctehid olmalıdır b. İstihsanın şer'i bir dayanağı (vech) vardır (Sonraki tanımlarda 'vech' yerine 'delil' tabiri kullanılacaktır). c. İstihsan iki delilden daha güçlü olanıyla amel etmektir. d. İstihsan yoluyla verilen hüküm, benzerlerine verilen hükümden farklıdır<sup>610</sup>.

İstihsânın bu tanımı usulcüler arasında oldukça beğenilmiş<sup>611</sup>, istihsanı delil kabul etmeyenler tarafından bile makbul karşılanmıştır<sup>612</sup>. Ebû Zehra'ya göre de bu tanım, Hanefîler'e göre istihsanın mahiyetini ortaya koyan tanımların en açığıdır. Zira tanım, istihsanın bütün

<sup>605</sup> “إِنَّهُ دَلِيلٌ يَتَّقِدُحُ فِي نَفْسِ الْمُجْتَهِدِ لَا تَسَاعُدُهُ الْعِبَارَةُ عَنْهُ”. Bk. GAZZÂLÎ, *el-Müstasfâ*, I, 281; İBN KUDÂME, *Ravda*, 85 vd. Tanımın değerlendirilmesi konusunda bk. İSMÂİL, *el-İstihsân*, 50, 51; HAMEVÎ, Üsâme, *Nazarîyyetü'l-İstihsân*, Dımaşk 1416/1992., S. 72; ÖNDER, 70-72.

<sup>606</sup> Bk. ÖNDER, 70-72.

<sup>607</sup> “الْعُدُولُ بِحُكْمِ الْمَسْأَلَةِ عَنْ نَظَائِرِهَا بِدَلِيلٍ خَاصٍ”.

<sup>608</sup> GAZZÂLÎ, *el-Müstasfâ*, I, 282, 283; İBN KUDÂME, *Ravda*, 85 vd. Ayrıca bk. İSMÂİL, *el-İstihsân*, 51, 52; HAMEVÎ, *Nazarîyye*, 72.

<sup>609</sup> BASRÎ, *el-Mu'temed*, II, 296; ŞÎRÂZÎ, *Şerhu'l-Luma'*, II, 969; GAZZÂLÎ, *el-Müstasfâ*, I, 283; ÂMÎDÎ, *el-İhkâm*, IV, 137; ŞÂTİBÎ, *el-İ'tisâm*, Beyrut 1406/1986, II, 138; BUHÂRÎ, Abdülaziz b. Ahmed b. Muhammed, *Keşfu'l-Esrâr*, (nşr. Hasan Hilmi er-Rizevî), İstanbul 1308, IV, 3; TAFTÂZÂNÎ, Sa'duddin Mes'ûd b. Ömer, *et-Telvîh Şerhu't-Tavdîh*, İstanbul 1310, II, 163.

<sup>610</sup> BAKKAL, *İstihsan*, 55. Kerhî'nin tanımı tahsisi ve nâsihi de kapsamına aldığı için eleştirilmiştir. Eleştirilerin değerlendirilmesi için bk. BAKKAL, a.y.; ÖNDER, 75.

<sup>611</sup> Örneğin Hanbelî usûlcülerden Tûfî bu tanımı, istihsan hakkında söylenenlerin en güzeli olarak aktarmıştır. Bk. TÛFÎ, Necmüddin Süleyman, *Şerhu Muhtasari'r-Ravza*, (thk. Abdullah b. Abdülmuhsin et-Türki), Beyrut 1980, III, 197, 198.

<sup>612</sup> Nitekim Şafîilerden Şîrâzî, “Mezhepleri, Kerhî'nin söylediği gibiyse veya bazılarının ifade ettiği gibi, ‘iki delilden en kuvvetlisiyle amel etmek’ şeklinde ise, biz de buna katılıyoruz” derken (*Şerhu'l-Luma'*, II, 970), Gazzâlî de, Kerhî'nin tanımını aktardıktan sonra “Buna karşı çıkılmaz”, demiştir (*el-Müstasfâ*, I, 283).

türlerini içine almakta ve kavramın özüne işaret etmektedir<sup>613</sup>. Bununla birlikte İbn Hazm ve Gazâlî gibi kimi usûl bilginleri, Kerhî'nin tanımının ilk Hanefî imamların istihsan anlayışını yansıtmadığı, özellikle İmam Şâfî'nin istihsana yönelik ağır eleştirilerinden sonra, kavramın gözden geçirilerek tashih edilmiş olduğu şeklinde bir görüş de beyan etmişlerdir<sup>614</sup>.

Hanefiler'de kronolojik olarak Kerhî'den sonra yapılan istihsan tanımı, aynı zamanda Kerhî'nin öğrencisi de olan ve derli toplu ilk Hanefî usûlünün de müellifi olarak bilinen Ebû Bekr Ahmed b. Ali er-Râzî el-Cessâs'a (ö. 370/980) aittir. İletin tahsisini de istihsan kabul eden Cessâs, istihsanı illet bahsinin devamında ve illetin tahsisi bağlamında ele almıştır. Konuya girişte istihsanın, “insanın arzu, hevesi ya da zevkiyle hüküm vermek” olmadığını, Hanefî imamların istihsanlarının delile dayalı olduğunu belirten Cessâs, istihsanı “Kıyasa oranla üstünlüğü bulunan bir delil sebebiyle kıyasın terkedilmesi”<sup>615</sup> olarak tanımlamıştır. Cessâs, Hanefî imamların istihsan kapsamında değerlendirdikleri takdirî ichtihadı (nafaka, kefaret ve müt'a gibi konularda müctehidin takdir kullanması) tanımın dışında tuttuğunu ifade ettikten sonra, istihsanı ikiye ayırmıştır. Birincisi, bir fer'in iki olaya (asıl) da benzemekle birlikte, bir delâlet sebebiyle bu ikisinden birine ilhak edilmesidir. İkincisi ise, illet bulunduğu halde, nas, icmâ, insanların uygulaması (amelü'n-nâs) veya bir başka kıyas sebebiyle hükmün tahsisidir<sup>616</sup>. Genel olarak Iraklı Hanefilerce kabul edilen “illetin tahsisi”ne Pezdevî ve Serahsî gibi Mâverâünnehir Hanefileri karşı çıkmışlardır.

Cessâs'tan sonra gelen ve daha sonraki Hanefî usûlcülerince büyük ölçüde benimsenen<sup>617</sup> istihsan tanımı Ebû Zeyd Ubeydullah b. Ömer ed-Debûsî'ye (ö. 430/1038) ait olup, “celî (açık) kıyasla çelişen (teâruz eden) bir çeşit delil” şeklindedir<sup>618</sup>. Bu delil nas, icmâ, zaruret veya gizli kıyastır. Bir hükmün tercih edilmesi açık (zâhir) olmasına değil, delilin kuvvetine bağlı olduğundan, açık kıyas terk edilip, delili daha kuvvetli olan gizli kıyas tercih edilmiştir. Debûsî, bu tanımı *Takvîmü'l-Edille* adlı eserinde vermiş, ilm-i hilâfa dair önemli eseri *Te'sîsü'n-Nazar*'da ise, istihsandan söz etmese de, istihsanın bir gereği olan “kıyasın terki” ifadesini çokça kullanmıştır<sup>619</sup>. Burada dikkati çeken bir husus, gerek Cessâs'ın istihsanı “illetin tahsisi” ve gerekse Debûsî'nin “gizli kıyas” olarak nitelendirmelerinin, Hanefî imamların çokça kullandığı, “kıyası terk edip istihsanı aldık” şeklindeki ifadelere gelebilecek eleştirileri,

<sup>613</sup> EBÛ ZEHRA, Muhammed, *Usûlü'l-Fıkh*, Kâhire 1958, s. 262.

<sup>614</sup> İBN HAZM, *el-İhkâm fî Usûli'l-Ahkâm*, VI, 19; GAZZÂLÎ, *el-Müstasfâ*, I, 282.

<sup>615</sup> “هُوَ تَرْكُ الْقِيَاسِ إِلَى مَا هُوَ أَوْلَى مِنْهُ”

<sup>616</sup> CESSÂS, *el-Fusûl*, IV, 234.

<sup>617</sup> ÖNDER, 77; BAKKAL, *İstihsan*, 57.

<sup>618</sup> SERAHSÎ, *el-Usûl*, (thk. Ebu'l-Vefâ el-Afgânî), İstanbul 1984, II, 200; SADRUŞŞRÎA, Ubeydullah b. Mes'ud (ö. 747/1346), *Tavzîh Şerhu't-Tenkîh* (Tefâtânî'nin *et-Telvîh* şerhiyle birlikte), İstanbul 1310, II, 169.

<sup>619</sup> BAKKAL, 56.

istihsanın da gerçekte bir tür kıyas işlemi olduğunu, dolayısıyla keyfî bir hüküm verme olmadığını açıklamak suretiyle bertaraf etmek amacına yönelik olmasıdır<sup>620</sup>.

Mâverâünnehir Hanefîleri'nden Pezdevî'nin (ö. 482/1089) istihsanı, "Bir kıyasın gereğinden vazgeçip, daha kuvvetli bir kıyası benimsemektir"<sup>621</sup> şeklindeki tanımı<sup>622</sup> tam bir tanım değildir.

Diğer bir Mâverâünnehir'li usûl bilgini Serahsî (ö. 490/1096) ise, istihsânın öncelikle sözlük anlamını verdikten sonra, kavramı ikiye ayırmıştır. Birincisi müt'anın miktarı gibi müctehidin takdirine bırakılmış, 'takdirî icthad' adı verilen ve Serahsî'nin, "fukahâdan kimse istihsânın bu türüne muhâlefet etmese gerekir" dediği çeşittir. İstihsan dendiğinde akla gelen kavram ise, ikinci tür olarak ele alınmıştır. Bu anlamda istihsanı Serahsî şöyle tanımlamıştır<sup>623</sup>:

الدَّلِيلُ الَّذِي يَكُونُ مُعَارِضًا لِقِيَاسِ الظَّاهِرِ الَّذِي تَسْبِقُ إِلَيْهِ الْأَرْهَامُ قَبْلَ إِنْعَامِ التَّامُّلِ فِيهِ وَتَعَدُّ إِنْعَامِ التَّامُّلِ فِي حُكْمِ الْحَادِثَةِ وَأَشْبَاهِهَا مِنَ الْأَصُولِ يَظْهَرُ أَنَّ الدَّلِيلَ الَّذِي عَارِضُهُ فَوْقَهُ فِي الْقُوَّةِ فَإِنَّ الْعَمَلَ بِهِ هُوَ الْوَجِبُ.

Üzerinde iyice düşünmeden önce hatıra geliveren açık kıyasa aykırı delildir ki, olayın hükmü ve bunun genel kurallardan benzerleri üzerinde iyice düşünüldükten sonra, bu aykırı delilin daha kuvvetli olduğu ortaya çıkar ve onunla amel etmek gerekir.

Serahsî'nin, *el-Mebsût*'ta hocası Şemsüleimme el-Halvânî (448/1050)'den naklettiği, "İstihsan kıyası terk edip, insanlar için en uygun olanı almaktır", "fert ve toplumun mübtelâ olduğu şeylerde kolaylık istemektir", "genişliğe göre hareket etmek ve kolaylık talep etmektir" ve kendisine ait olan "bütün bu sözlerin özeti, istihsan kolaylık için zorluğu terk etmektir"<sup>624</sup> gibi ifadeleri istihsanın tanımı değil, amacı bağlamında dile getirilmiş ifadeler olarak değerlendirmek daha uygun görünmektedir<sup>625</sup>. Pezdevî ve Serahsî'nin de, kendi dönemlerine kadar gelen eleştirileri dikkate alarak, istihsânı, kıyâs karşıtı gibi algılanmasına neden olabilecek kısımlarını yumuşatarak ele almış olmaları dikkati çekmektedir<sup>626</sup>.

### c. Diğer Mezheplerin İstihsânı Tanımları

Hanefîler'den sonra istihsân deliline en yakın görünenler Mâlikîler'dir. Mâlikîler'den İbnü'l-Arabî, İbn Rüşd ve Şâtıbî'nin tanımları aşağıda verilmiştir.

<sup>620</sup> BARDAKOĞLU, "İstihsan", DİA, XXIII, 341.

<sup>621</sup> "الاستيhsان هو العُدولُ عن موجبِ قِياسِ أَلَى قِياسِ أَلَى مِنْهُ"

<sup>622</sup> PEZDEVÎ, Ebu'l-Hasan Fâhru'l-İslâm Ali b. Muhammed, *el-Usûl (Kesfu'l-Esrâr Şerhi ile)*, İstanbul 1308, IV, 3.

<sup>623</sup> SERAHSÎ, *el-Usûl*, (thk. Ebu'l-Vefâ el-Afgânî), Kahraman y., İstanbul 1984., II, 200.

<sup>624</sup> SERAHSÎ, *el-Mebsût*, X, 145.

<sup>625</sup> BARDAKOĞLU, "İstihsan", DİA, XXIII, 341.

<sup>626</sup> BARDAKOĞLU, *a.g.md.*, 341.

İbnü'l-Arabî'ye (ö.543/1148) göre istihsân, icmâ, örf, maslahat, kolaylık sağlama gerekçesiyle delilin gerektirdiğini terk etmek, iki delilden kuvvetli olanla amel etmektir<sup>627</sup>.

İbn Rüşd (ö. 595/1198) istihsanı, “aşırılığa yol açan kıyası atmak ve böylece bazı istisnaî durumlarda hükmün ruhuna uygun olan başka bir sonuca yönelmek” şeklinde tanımlamıştır<sup>628</sup>.

Şâtibî (ö. 790/1388) ise, mezhep fakihlerinin istihsan anlayışlarını zikrettikten sonra, kavramla ilgili şu değerlendirmeyi yapmıştır: “İstihsan maslahat-ı mürsele ile istidlâlin kıyasa öncelenmesi gereğini ifade eder. İstihsan yapan aslında kendi zevk ve arzusuyla hareket ediyor değildir. Sadece kıyâsın gerektirdiği sonucun, bir başka yönden bir menfaatin ihlâlüne veya bir zarara yol açtığı durumlarda, Şâri'in benzeri meselelere ait hükümlerin hepsini kapsayan esas gayesine başvurmuş olmaktadır”<sup>629</sup>.

Hanbelîler'den İbn Kudâme'nin yaptığı üç istihsan tanımına yukarıda, Hanefîler'e nispet edilen istihsan tanımları başlığı altında yer verilmişti. Bir başka Hanbelî usulcüsü olan Necmüddin et-Tûfî (ö. 716/1317) ise, istihsanı, Kerhî'nin tanımına çok benzer bir şekilde, “Özel bir şer'î delil sebebiyle bir meselede o meselenin benzerlerine verilen hükümden vazgeçmektir” şeklinde tarif etmiştir<sup>630</sup>.

#### **d. İstihsanın Tanımlarıyla İlgili Değerlendirme**

İstihsanın terim anlamı bağlamında yapılan tanımlara dikkat edildiğinde, tanımlarda kullanılan ifadelerin bu kavramı delil kabul edip etmemeye, tanımın yapıldığı döneme ve ortama göre değiştiği dikkati çekmektedir. Bununla birlikte genel olarak istihsan delilinde, bir takım tekil olaylarda bir hükümden diğer bir hükme dönüldüğü, genel nitelikli bir hükümden cüz'î bir istisna yapıldığı ve bu işlem yapılırken nas, nasların genel ruhu, maslahat veya örf gibi şer'î bir delile dayanıldığı dikkati çeker. Bir hükümden vazgeçme, kıyasın gerektirdiği veya şer'î-küllî bir kuralın gerektirdiği hükümden vazgeçmek anlamındadır. Diğer yandan tanımlarda geçen ‘kıyâs’ ifadesi her zaman için usûlî kıyâs anlamında kullanılmayıp, ‘genel kural/küllî kâide’ anlamında da kullanılmıştır. Yine tanımlarda geçen ‘güçlü gerekçe’den maksat ise, örf, özel veya genel yarar, zaruret, kolaylığı sağlama, güçlüğü giderme, ihtiyatla amel, nasların ruhu gibi, müctehidin bakış açısına göre değişiklik gösteren sebeplerdir. Müctehid bunları, genel kuraldan veya akla ilk gelen çözümden vazgeçmeyi gerektirecek güçte görmüştür. Bununla birlikte genel kuraldan vazgeçmeyi gerektiren söz konusu sebepler çok açık da olmadıklarından,

<sup>627</sup> İBNÜ'L-ARABÎ, Ebû Bekr Muhammed b. Abdillâh, *Ahkâmu'l-Kur'ân*, (thk. Ali Muhammed el-Becavî), Beyrut 1987, II, 745, 746.

<sup>628</sup> ŞÂTİBÎ, *el-J'isâm*, II, 139.

<sup>629</sup> ŞÂTİBÎ, *el-Muvâfakât*, IV, 206.

<sup>630</sup> TÛFÎ, *Şerhu Muhtasari'r-Ravza*, III, 197.

“müctehidin vicdanını etkileyen fakat kolayca dile dökülemeyen” sebepler olarak nitelendirilmişlerdir. Müctehid, her şeye rağmen bir anlamda eleştirileri de göğüsleyerek hakkaniyete daha uygun bulduğu bu çözümü tercih eder<sup>632</sup>.

## II. İSTİHSANIN TÜRLERİ

İlk olarak Cessâs’ın ele aldığı istihsanın türleri<sup>633</sup>, gerek istihsanın mahiyetinin daha iyi anlaşılması ve gerekse istihsanın kaynak değeriyle ilgili tartışmalara zemin teşkil etmesi yönüyle özel bir öneme sahiptir<sup>634</sup>. Ayrıca özellikle Hanefî usulcülerin istihsan türlerini ortaya koyarken, kendilerine yöneltilmiş olan eleştirilere cevap verme kaygısı taşımış oldukları da uzak bir ihtimal değildir<sup>635</sup>.

İstihsanı çeşitlerine ayırma konusunda başlıca iki yöntem dikkati çekmektedir. Bunlardan ilki “mâ udile anh”e (vazgeçilen hüküm) göre, ikincisi ise senet bakımından yapılmıştır. İlk ayırma (mâ udile anh) göre istihsan üçe ayrılır:

1. Açık kıyasın gereğinden vazgeçip (udûl), kapalı kıyasın gereği olan hükmü benimsemek. Örnek olarak vakfedilen bir arazinin irtifak hakları<sup>636</sup> kıyas (ki, açık kıyasa göre buradaki vakıf işlemi satım akdine benzetilmektedir) gereği vakfedilmiş sayılmamak gerekirken, istihsana göre (gizli kıyas; buna göre vakıf işlemi kira akdine benzetilmiştir) ise, vakfedilmiş kabul edilir.

2. Genel nitelikli bir nassın gereği olan hükümden vazgeçip, özel bir hükmü tercih etmek. Örneğin, hırsızlık suçunun cezası olan el kesmenin, kıtlık yılında istihsanen uygulanmaması gibi.

3. Genel nitelikli bir hükümden vazgeçip, istisnaî bir hükmün benimsenmesi. Buna örnek olarak ise, mahcurun vakıf tasarrufunun kıyasa aykırı olarak istihsanen geçerli kabul edilmesi verilebilir<sup>637</sup>.

İstihsanın türlerini belirleme konusunda ikinci yöntem olan senet yöntemi, gerek ilk usûl eserlerinde, gerekse daha sonraki dönemde daha çok tutulmuş ve yaygınlaşmıştır. İstihsanın, yani genel kuralın ya da genel nitelikli nassın gereği olan hükümden vazgeçilmesinin

<sup>632</sup> FERDÛR, *Nazariye*, 63, 64; BARDAKOĞLU, “İstihsan”, 341, 342.

<sup>633</sup> BAKKAL, *İstihsan*, 68.

<sup>634</sup> DÖNMEZ, *Kaynak Kavramı*, 131.

<sup>635</sup> BARDAKOĞLU, “İstihsan”, DİA, XXIII, 342.

<sup>636</sup> İrtifak hakkı, bir gayrimenkul üzerinde bir intifa veya istimale rıza göstermeyi yahut mülkiyete has bazı hakların kullanılmasından uzak durmayı içeren ve diğer bir gayrimenkul veya şahıs lehine aynı hak olarak tesis olunan külfettir. İrtifak hakları şirb hakkı (mahsul veya ağaç sulamasında arazi sahibine düşen su payı), mesil hakkı (ihtiyaç fazlası veya kullanılmaya elverişli olmayan suları dışarı akıtma hakkı), şefe hakkı (özel mülk altında olmayan sulardan herkesin içebilmesi) ve mürur (geçit hakkı) hakkıdır. (ERDOĞAN, *Fıkıh ve Hukuk Terimleri Sözlüğü*, 203, 134.)

<sup>637</sup> FERFÛR, *Nazariyye*, 84, 85.

gerekçesini ifade eden ‘senet’ eksenli ayrıma geçmeden önce, özellikle ilk dönem Hanefiler’inin ‘istihsan’ olarak adlandırdıkları, ancak teknik anlamda istihsan olarak ifade edilmeye pek de uygun görünmeyen “takdirî icthad”a değinmekte yarar görünmektedir. Bu sonuncu tür de dikkate alındığında istihsanın türleri toplu olarak şu şekilde gösterilebilir:

- A. İhtilâf Konusu Olmayan İstihsan (Takdirî İctihad)
- B. İhtilâf Konusu Olan İstihsan
  - a. Gizli Kıyas İstihsanı
  - b. İstisnâ Yoluyla İstihsan
    - aa. Nass Sebebiyle İstihsan
    - bb. İcmâ Sebebiyle İstihsan
    - cc. Örf Sebebiyle İstihsan
    - dd. Zaruret Sebebiyle İstihsan
    - ee. Maslahat Sebebiyle İstihsan<sup>637</sup>

#### A. İHTİLÂF KONUSU OLMAYAN İSTİHSAN (TAKDİRÎ İCTİHAD)<sup>638</sup>

Cessâs’ın, istihsanla ilgili eleştirilere cevap verdikten sonra, istihsanın birinci anlamı, Serahsî’nin ise istihsanın birinci türü olarak ifade ettikleri<sup>639</sup> takdirî hüküm istihsanı, genel hatları nas tarafından belirlenmiş bir hukuk kuralıyla ilgili bir takım hususların belirlenmesinin, nassın uygulayıcılarına bırakılmasını ifade eder. İstihsanın bu türünde söz konusu olan ‘takdir yetkisi’ en genel anlamda icthadı ifade etmesine rağmen, Hanefî usulcüler bu türü ‘istihsan’ olarak adlandırmışlardır<sup>640</sup>. Hanefiler’in buradaki kaygılarının yine, istihsanın meşruiyetini desteklemek amacıyla, Kur’ân’da, istihsanın bu türünün devreye sokulduğu ayetlerde geçen “ihsan”<sup>641</sup> ve “ma’rûf”<sup>642</sup> kavramlarıyla bu kavram arasında ilişki kurmak olması muhtemeldir.

“Hakikati bilmenin mümkün olmadığı yerde, galip re’y, hakikat yerine geçer” şeklindeki genel kurala dayanan<sup>643</sup> takdirî hüküm istihsanına örnek olarak, boşanan kadınlara verilecek olan ayrılık hakkı (müt’a) ve nafaka miktarının belirlenmesinin nasların uygulayıcısı konumunda olan müctehidlere bırakılması verilebilir. Zira yasa koyucu (Şâri’) bu konuları

<sup>637</sup> Hanefiler’in ilk usûl kaynaklarında benzer bir taksim verilmiştir. Ancak şu var ki, istisna yoluyla istihsanın alt kısımları genelde nas (eser), icmâ ve zaruret sebebiyle istihsandan ibaret görülmüştür. Örf sebebiyle istihsan icmâ istihsanın, maslahat sebebiyle istihsan ise zaruret istihsanın devamı gibidir. Klasik usûllerden örnek olarak bk. CESSÂS, *el-Fusûl*, IV, 234–243; SERAHSÎ, *el-Usûl*, II, 200–203.

<sup>638</sup> İstihsanın bu türü “gâlib-i re’y istihsanı”, “takdirî hüküm istihsanı” gibi adlar da alabilmektedir.

<sup>639</sup> CESSÂS, *el-Fusûl*, IV, 233; SERAHSÎ, *el-Usûl*, II, 200.

<sup>640</sup> DÖNMEZ, *Kaynak Kavramı*, 132.

<sup>641</sup> el-Bakara 2/236.

<sup>642</sup> el-Bakara 2/233.

<sup>643</sup> BAKKAL, *İstihsan*, 73.

düzenlerken yalnızca genel nitelikli bir çerçeve belirlemiş<sup>644</sup>, ayrıntıyı uygulayıcılara bırakmıştır.

İstihsanın kaynak değerinin ele alınacağı kısımda da belirtileceği üzere, takdirî icihadın meşruiyeti konusunda ihtilaf yoktur. Bu husus Hanefî usûllerinde açıkça belirtildiği gibi<sup>645</sup>, İmam Şafîî'den dahi takdirî icthadda bulunduğu, sözgelimi yukarıda söz konusu edilen Bakara suresinin 236. ayetinde geçen 'müt'a' ile ilgili olarak, "Müt'anın 30 dirhem olmasını güzel buluyorum (istihsan ediyorum)", dediği rivayet edilmiştir<sup>646</sup>.

## B. İHTİLÂF KONUSU OLAN İSTİHSAN

### a. Gizli Kıyas İstihsanı (İstihsânü'l-Kıyâs, el-Kıyâsü'l-Hafî)

Hanefiler'in en çok kullandığı, hatta bundan dolayı istihsanın mutlak zikredilmesi durumunda ilk akla gelen<sup>647</sup> ve Cessâs'ın ifadesiyle de 'istihsanın en kapalı türü' olan gizli kıyas istihsanının iyi anlaşılabilmesi için, Hanefiler'in, kıyas (açık kıyas) ve istihsandan (gizli kıyas) her birini ikiye ayırmış olmaları hatırlanmalıdır. İlk olarak Pezdevî'nin yaptığı bu ayrıma göre, kıyas;

- a. Tesiri zayıf olan kıyas
- b. Fesadı açık, sıhhati ve tesiri kapalı olan kıyas, şeklinde ikiye ayrılırken, istihsan da;
  - a. Kapalı da olsa tesiri kuvvetli olan istihsan
  - b. Tesiri açık, fesadı kapalı olan istihsan şeklinde ikiye ayrılır.

Kıyas ve istihsanın hangi türünün hükmünün esas alınacağı konusunda açıklık-kapalılık değil, tesir ve sıhhat esas alınır<sup>648</sup>.

Gizli kıyas istihsanı, çözümü araştırılan bir hukuksal olayın, birisi açık fakat etkisi zayıf, diğeri ise kapalı (gizli) fakat etkisi güçlü olmak üzere iki olaya birden benzemesi durumunda ikincisinin, yani kapalı olmakla birlikte etkisi güçlü olanın hükmünün tercih edilmesi demektir.

Hanefî usûl eserlerinde dikkati çeken bir husus, gizli kıyas istihsanının bağımsız bir delil olmayıp, son tahlilde bir kıyas işleminden ibaret olduğuna, biri açık ama zayıf, diğeri ise

<sup>644</sup> Müt'a konusundaki ayet şöyledir: "Kendileriyle ilişkiye girmediğiniz veya kendilerine bir mehir belirlemediğiniz kadınları boşamışsanız, (bunda) size bir vebal yoktur. Bu durumda onlara müt'a veriniz. Zengin olan durumuna göre, fakir olan da durumuna göre vermelidir. Uygun miktarda bir müt'a vermek iyi olan kimseler (İhsan üzere olanlar) için bir borçtur" (el-Bakara 2/236). Nafakayla ilgili ayet ise şöyledir: "Anneler çocuklarını iki tam yıl emzirirler. (Bu hüküm) emmeyi tam olarak yaptırmak isteyenler içindir. Onların (annelerin) örfi uygun olarak yiyecekleri ve giyecekleri, çocuğun babasına aittir..." (el-Bakara 2/233).

<sup>645</sup> CESSÂS, *el-Fusûl*, IV, 234; SERAHSÎ, *el-Usûl*, II, 200.

<sup>646</sup> ZERKEŞÎ, *el-Bahru'l-Muhît*, VI, 95.

<sup>647</sup> HAMEVÎ, *Nazariyye*, 36.

<sup>648</sup> PEZDEVÎ, *el-Usûl*, IV, 2-4.

kapalı ama güçlü olan iki kıyastan ikincisine verilmiş isimden ibaret olduğuna vurgu yapılmış olmasıdır<sup>650</sup>.

Gizli kıyas istihsanına örnek olarak, -yukarıda “mâ udile anh”e göre istihsanın birinci kısmında da verildiği üzere- tarım arazisinin vakfedilmesi durumunda irtifak haklarının da vakfedilmiş olması gösterilebilir. Vakıf işlemi, mülkiyetin elden çıkması yönüyle satım sözleşmesine; vakfın lehtarlarının vakfın konusu olan maldan yararlanma hakkına sahip olup, mülkiyetini elde etmemiş olmaları yönüyle ise kira sözleşmesine benzemektedir. Diğer yandan Hanefî mezhebindeki genel kurala göre, tarım arazisinin satımı sırasında açıkça belirtilmedikçe, satım sözleşmesiyle irtifak hakları müşteriye geçmezken, kira sözleşmesinde ise akıt sırasında belirtilmemiş olsa bile, kiracı söz konusu haklardan yararlanabilir. Bu örnekte açık kıyasın gereği, vakıf işleminin satım sözleşmesine benzetilmesidir. Kapalı fakat etkisi güçlü olan kıyasa (istihsana) göre ise, vakıf işlemi kira sözleşmesine benzetilir. Açık kıyastan gizli kıyasa dönülmesinin (udûl) nedeni ise, vakıf işleminin asıl gayesinin vakfedilen maldan yararlanılması olması ve bunun da ancak söz konusu malın irtifak haklarının da vakfedilmiş olmasıyla tam anlamıyla gerçekleşecek bulunmasıdır<sup>651</sup>.

Gizli kıyas istihsanı ile ilgili örneklerden aşağıdaki sonuçların çıkarılması mümkündür:

1. Açık kıyasın tercih edilmesi durumunda hikmet ve maslahatın gerçekleşmemesi veya bazı olumsuz sonuçların meydana gelebilmesi söz konusudur. İstihsana dayalı hüküm tercih edildiğinde ise, Şârii’in gözettiği hikmet ve maslahat açık ve kesin bir şekilde sabit olmaktadır.

2. Açık kıyasın hükmü bazı özel hallerde mahsus naslara uygun olurken, istihsan hükmü ise nasların genel amaçlarına daha uygun düşmektedir.

3. Açık kıyas genelde, genel nitelikli hükme uygun olanı ifade eder; oysa genel hüküm doğrultusunda hareket etmek her zaman için uygun ve âdil sonuçlar vermeyebilir. İşte böyle durumlarda istihsan özel olayda maslahatın gerçekleşmesine hizmet eder<sup>652</sup>.

Gizli kıyas istihsanı ile diğer istihsan türleri karşılaştırıldığında ise, “hükümün geçişliliği (tadiye)” ve “isimlendirme” olmak üzere iki temel fark dikkati çekmektedir. Gizli kıyas istihsanı Hanefî usûlcüler tarafından son tahlilde kıyas olarak görüldüğünden, bir diğer ifadeyle gizli bir illete mebnî hüküm olarak değerlendirildiğinden dolayı, gizli kıyas istihsanı ile elde edilen hükümün benzer meselelere de uygulanması mümkün görülmüştür. Diğer yandan istihsanın diğer

<sup>650</sup> PEZDEVÎ, *el-Usûl*, IV, 3; SERAHSÎ, *el-Usûl*, II, 206.

<sup>651</sup> ŞABAN, Zekiyüddin, *İslâm Hukuk İlminin Esasları* (çev. İbrahim Kâfi DÖNMEZ), Ankara 1990, s. 168. Gizli kıyas istihsanı ile ilgili diğer örnekler için bk. ÖNDER, 157–161.

<sup>652</sup> ÖNDER, 161.



türlerine 'istihsan' adının verilmesi tartışmalı bir konu olsa da, gizli kıyas istihsanına bu adın verilebileceği konusunda ihtilaf yoktur<sup>652</sup>.

### b. İstisna Yoluyla İstihsan

İstisna yoluyla istihsanda, hukuksal çözümü aranan olayın kendi türünden olaylara ait genel kuralın veya o olay hakkındaki genel nitelikli delilin gereğinin dışına çıkılması söz konusudur<sup>653</sup>. İstihsanın bu türünün alt başlıkları istisnaya neden olan gerekçe veya kaynağa göre isim alır<sup>654</sup>.

Hanefî usûl eserlerinde geçen istisna yoluyla yapılan istihsanlar eser, icmâ ve zarûret istihsanı olmakla birlikte<sup>655</sup>, biz icmâ istihsanının uzantısı olarak örf istihsanı ve zarûret istihsanının uzantısı olarak da maslahat istihsanını da istihsan türleri arasına almayı uygun gördük.

Gizli kıyas istihsanından farklı olarak, istisna yoluyla istihsanda daima, çözümü aranan hukuksal olaya, o olayın benzerlerine uygulanagelen genel kuralın veya o olayı kapsayan genel nitelikli bir delilin gereğinin yahut nasların lâfızlarının dışına çıkılması söz konusudur<sup>656</sup>.

#### aa. Nass Sebebiyle İstihsan (İstihsânü'n-Nass)

Nas sebebiyle istihsan, bir hukuksal olayın bizzat Şâri' (yasa koyucu) tarafından istisna edilerek, olaya, benzerlerine verilmiş olan hükümden farklı bir hüküm verilmesidir<sup>657</sup>.

Nas sebebiyle istihsana dair birçok örnek bulunmaktadır. Sözgelimi selem akdinin<sup>658</sup>, mevcut olmayan malın satımı yasaklayan genel nitelikli nass gereğince<sup>659</sup> bâtil olması gerekirken, bu konuda özel bir hüküm getiren bir diğer nasla<sup>660</sup> belli kurallar çerçevesinde caiz kılınmıştır. Bir diğer örnek unutarak yiyip-içmenin orucu bozmamasıdır. Konuyla ilgili genel kurala göre, bir şeyin rükünlerinden birine hâlel gelmesi durumunda o şeyin yok kabul edilmesi gerektiğinden orucun rükünü olan imsakin, unutarak da olsa ortadan kalkmasıyla orucun bozulması gerekir. Ne var ki, bu konuda vârid olan özel bir nas niteliğindeki, "Oruçlu iken

<sup>652</sup> FERFÛR, *Nazariyye*, 96, 97.

<sup>653</sup> DÖNMEZ, *Kaynak Kavramı*, 136.

<sup>654</sup> BARDAKOĞLU, "İstihsan", *DİA*, XXIII, 343.

<sup>655</sup> PEZDEVÎ, *el-Usûl*, IV, 2-6; SERAHSÎ, *el-Usûl*, II, 200-202.

<sup>656</sup> BAKKAL, *İstihsan*, 91.

<sup>657</sup> DÖNMEZ, *Kaynak Kavramı*, 137.

<sup>658</sup> Selem akdi, peşin parayı standart (misli) bir malla vadeli olarak mübadele etmektir. Bk. DÖNDÜREN, Hamdi, *Delilleriyle Ticaret ve İktisat İlmihâli*, İstanbul 1993, s. 307.

<sup>659</sup> (Sahip olmadığım bir şeyi satma) hadisi. Bk. Ebû Dâvûd, *Buyû'*, 70; Nesâî, *Buyû'*, 60; Tirmizî, *Buyû'*, 19.

<sup>660</sup> (Selem yoluyla satış yapan, bunu belirli bir ölçüye, belirli bir tartıya ve belirli bir süre belirleyerek yapsın) hadisi. Bk. Buhârî, *Selem*, 1, 2; Müslim, *Müsâkât*, 25; Tirmizî, *Buyû'*, 70; Ebû Dâvûd, *Buyû'*, 57; Nesâî, *Buyû'*, 63.

unutarak yiyip-içen kimse orucunu tamamlasın; zira onu Allah yedirip içirmiştir”<sup>661</sup> hadisi unutarak yiyip-içmenin orucu bozmamasına gerekçe oluşturmuştur.<sup>662</sup>

Nas istihsânı kendi içinde üçe ayrılır: Kur’ân istihsanı, sünnet istihsanı ve eser istihsanı. Bir konuda Kur’ân ayetleriyle sabit olan genel bir hükme ya da kurala aykırı bir ayet varsa buna Kur’ân istihsanı adı verilir<sup>663</sup>. Bir meselede şer’î naslarla sabit olan küllî bir hükme ya da genel bir kurala aykırı bir sünnet vârid olmuşsa, bu sünnete göre hüküm vermeye sünnet istihsanı adı verilir<sup>664</sup>. Eser (sahabe kavli) istihsanı ise, şer’î naslarla sabit olan genel bir hükme veya kurala aykırı olarak vârid olmuş bir sahabe sözü ya da uygulanmasının esas alınmasını ifade eder<sup>665</sup>.

Burada akla ister istemez şöyle bir soru gelmektedir: Nas istihsanının dayanağı özellikle ayet veya hadis olduğunda, bu iki kaynak, kaynaklar hiyerarşisinde kıyastan önce geldiklerine göre, nas tarafından bildirilmiş bir hükmün istihsan yoluyla caiz olduğunu söylemek ne derece doğrudur?<sup>666</sup> Bu soruya verilebilecek ilk cevap, Hanefîler’in kendilerine yöneltilen eleştirilere cevap verme ve istihsanın son tahlilde, bu delili kabul etmeyenlerce de makbul görülen kaynaklara râcî olduğunu ortaya koyma kaygısı şeklinde olsa da, henüz eleştiriler başlamadan önce de Hanefîler’in istihsanın bu türünü kullanmakta oldukları dikkate alındığında, konunun Dönmez’in açıkladığı tarzda ortaya konması daha uygun görünmektedir. Dönmez, nas istihsanını açıklama bağlamında şöyle bir değerlendirmede bulunmuştur<sup>667</sup>:

Nassla hükmü bildirilmiş bazı durumlarda istihsan yoluna başvurma ihtiyacının nereden kaynaklandığı konusunda biz şöyle bir tez ileri sürmek istiyoruz: Ebû Hanîfe’nin naslarla ya da bir nevi tümevarım yoluyla tesbit ettiği İslâm hukukunun prensipleri ve genel kuralları anlamındaki kıyası, bazı durumlarda haber-i vâhidin kabulünde bir kriter olarak kullandığı bilinmektedir. Böylece mantıkî sıhhatin kontrolüne büyük önem vermiş olan Ebû Hanîfe’nin doktrininde yine bu tür prensipler ve genel kurallarla bağdaşmaz görünen fakat sıhhat derecesi bakımından kaçınılmaz olan bazı hadislerle istisnâî hükümlere varıldığı da bir gerçektir. ... İşte böylece genel kural olarak, bir olayda o olayın benzerlerine uygulanan hükümden vazgeçmeyi ifade eden istihsan kavramı içine, naslarla genel kuraldan istisna yapılması durumu da dâhil oluvermiştir.

Dönmez, daha sonra mantıkî sıhhati sağlamaya yönelik bu çabanın kimi zaman da aşırılıkla sonuçlandığını, önce, sağlam temellere dayanmayan genel kurallar konup, ardından bu

<sup>661</sup> Bazı lâfız farklılıkları ile bk. Buhârî, Eymân ve’n-nüzûr, 15; Savm, 26; Müslim, Savm, 33; Dârimî, Savm, 23; Tirmizî, Savm, 26.

<sup>662</sup> Nas sebebiyle istihsanla ilgili diğer örnekler için bk. ÖNDER, 166–168, 172–174, 183, 184.

<sup>663</sup> Nitekim ‘İstihsan Kavramının Ortaya Çıkışı’ başlığı altında gerek Kur’ân’daki ve gerekse sünnetteki bu kabil istisnâî örnekler yer verilmişti. Başka örnekler için bk. BAKKAL, *İstihsan*, 92–95.

<sup>664</sup> Örnekler için bk. BAKKAL, *İstihsan*, 96–99.

<sup>665</sup> Bk. BAKKAL, *İstihsan*, 99–101. Bakkal ayrıca dördüncü bir kısım olarak ‘Tâbiûn uygulamasına dayanan istihsan’ şeklinde bir tür de belirlemiştir. Bk. a.g.e., 101, 102.

<sup>666</sup> Nitekim Mustafa Ahmed ez-Zerkâ, benzer bir düşünceyle Hanefîler’in istihsan türleri konusundaki ayrımlarını eleştirmesi hakkında bk. ZERKÂ, Mustafa Ahmed, *el-Medhalü’l-Fıkhî*, Dimaşk 1968, I, 85–89.

<sup>667</sup> DÖNMEZ, *Kaynak Kavramı*, 151, 152.

kurala uymayan hususların 'kıyasa aykırı' olarak nitelenmesinin Hanefiler'in ciddi anlamda eleştirilmelerine neden olduğunu ifade etmiştir<sup>669</sup>.

#### **bb. İcmâ Sebebiyle İstihsan (İstihsânü'l-İcmâ)**

İcmâ sebebiyle istihsan, bir hukuksal olay hakkında genel kurala aykırı bir sonuç üzerinde icmâ edilmesi anlamına gelmektedir<sup>670</sup>. İcmâ istihsanına dikkat edildiğinde örf ve teamülle iç içeliği dikkati çeker. Sözelimi Cessâs'a göre insanların uygulaması (amelü'n-nâs) sebebiyle, illetin varlığına rağmen kıyasın terk edilmesine icmâ istihsanı denir. Cessâs'a göre 'amelü'n-nâs', sahabe ve tâbiûn âlimlerinin insanlar arasındaki bir uygulamaya tanık olup da buna ses çıkarmamalarıdır<sup>671</sup>. Aslında Cessâs'ın amelü'n-nâs anlayışında bir yönüyle Hz. Peygamber'e kadar uzanan bir uygulama söz konudur<sup>672</sup>. Serahsî'ye göre de durum farklı değildir; hemen aşağıda örnek olarak verilecek olan 'istisna' akdi'nin cevazı, insanlar arasında teamül haline gelmiş olan bu akdin meşruiyeti üzerinde icmânın gerçekleşmiş olmasına dayanır. Serahsî de özellikle bu uygulamanın Hz. Peygamber döneminden beri süregeldiğine vurgu yapmıştır<sup>673</sup>.

Nass sebebiyle istihsana getirilen eleştirinin bir benzeri icmâ sebebiyle istihsan için de gündeme getirilmiştir. Buna göre, icmâ istihsanında söz konusu edilen teamül Hz. Peygamber döneminde var idiyse, bu teamülün meşruiyetinin dayanağı sünnet olur. Hz. Peygamber döneminden sonra ortaya çıkmış bir teamülse, meşruiyeti konusundaki icmân oluşumu ister istemez belli bir zaman alacağından, bu icmâ oluşmadan önce söz konusu teamülün meşruiyetinin kaynağının ne olduğu gibi problem gündeme gelmektedir<sup>674</sup>.

Bununla birlikte, ilk anda oldukça mantıklı görünen bu eleştiri, Hz. Peygamber'den sonra ortaya çıkan bir teamülün, meşruiyetini maslahatların gerçekleşmesi mülahazasıyla yapılmış bireysel icthadlardan alabileceği ve daha sonra bu icthadlar üzerinde bir icmâ gerçekleşmiş olabileceği, şeklinde cevaplanmıştır<sup>675</sup>.

İcmâ istihsanıyla ilgili olarak literatürde fazlaca örnek bulunmamaktadır. Konuyla ilgili en yaygın örnek olan istisna' akdi<sup>676</sup> örneği, bu akdin bizzat Hz. Peygamber tarafından da

<sup>669</sup> DÖNMEZ, *a.g.e.*, 152, 153.

<sup>670</sup> DÖNMEZ, *a.g.e.*, 138.

<sup>671</sup> CESSÂS, *el-Fusûl*, IV, 249.

<sup>672</sup> BAKKAL, *İstihsan*, 103.

<sup>673</sup> SERAHSÎ, *el-Usûl*, II, 203.

<sup>674</sup> ŞELEBÎ, M. Mustafa, *Ta'îlî'l-Ahkâm*, Beyrut 1981, s. 351, 352.

<sup>675</sup> DÖNMEZ, *Kaynak Kavramı*, 139.

<sup>676</sup> İstisnâ' akdi, sanatkârla zimmet borcu olarak belirli bir işin yapılması üzerinde anlaşmaktır. (Bk. DÖNDÜREN, *Ticâret İlmihâli*, 318).

yapılmış olması, kendisinin istisnâ' yoluyla yüzük ve minber yaptırmış olması sebebiyle, sünnet istihsânına daha uygun görünmektedir<sup>677</sup>.

Konuyla ilgili bir diğer örnek hamamlarda yıkanmayla ilgili yapılan sözleşmelerdir. Böyle bir sözleşmede kullanılacak su miktarı belirsiz olduğundan akdin geçersiz sayılması gerekirken, teamül haline gelen bu uygulamaya hiçbir müctehid karşı çıkmamış, Hânefilere ise, bu uygulamaya insanlar arasındaki teamülden dolayı amelî icmâ sebebiyle istihsana dayanarak cevaz vermişlerdir<sup>678</sup>.

### cc. Örf Sebebiyle İstihsan

Örf sebebiyle istihsan, kıyasla belirlenen bir hükme veya yerleşik bir kurala aykırı düşen bir uygulamanın insanlar arasında kabul görüp örf haline gelmesidir<sup>679</sup>. Örf istihsanı ile icmâ istihsanının iç içeliğine yukarıda da değinilmişti. Cessâs, icmâ istihsanını insanlar arasındaki uygulama (amelü'n-nas) ile temellendirmişti. Bununla birlikte amelü'n-nas, özel nitelikte bir örfü deyimlemektedir; zira gerek sahabe ve gerekse tâbiûn dönemlerinde ulemanın ses çıkarmadığı bir uygulamaya karşılık gelmektedir. Furû eserlerinde örfüye dayalı istihsan hatırı sayılır bir yer kaplıyor olsa da, usûl eserlerine bu ağırlık yansımamıştır. Usûl bilginlerinin bu husustaki kaygılarının mutlak örfün teorik olarak belirleyici kılınmasının doğurabileceği sıkıntılardan kaçınmak istemeleri olsa gerektir.

Örnek olarak, İslâm hukukundaki genel kural, akdin gereği olan bir şart olmadıkça, akitte ileri sürülecek şartların geçersiz sayılması şeklinde olmasına rağmen, insanlar arasında örfleşmiş olması dolayısıyla dalında iken satılan meyvelerin tam olarak olgunlaşmıncaya kadar dalında kalmasının şart koşulması caiz görülmüştür.

Örf istihsanı, sözlü (kavlî) örfü de kapsamaktadır. Sözelimi bir kimsenin, “malım fakirlere zekât olsun” şeklindeki sözünde geçen ‘mal’ kelimesi normalde malvarlığının bütününe kapsadığı halde, örfen malın yalnızca zekâta tâbî olan kısmını kapsamaktadır<sup>680</sup>.

### dd. Zaruret Sebebiyle İstihsan (İstihsânu'd-Darûre)

İlk Hanefî usûlcülerin değindikleri son istihsan türü olan zaruret istihsanı<sup>681</sup>, bağımsız bir tür olmaktan çok gizli kıyasın bir türü ya da senedi zaruret olan icmâ olarak takdim edilmeye

<sup>677</sup> DÖNMEZ, *Kaynak Kavramı*, 153; BAKKAL, *İstihsan*, 103.

<sup>678</sup> ÖNDER, 191. İcmâ istihsanı ile ilgili, daha ayrıntılı bilgi için ayrıca bk. *a.g.e.*, 184-195.

<sup>679</sup> BARDAKOĞLU, “İstihsan”, *DİA*, XXIII, 343.

<sup>680</sup> DÖNMEZ, *Kaynak Kavramı*, 139-141; BARDAKOĞLU, “İstihsan”, *DİA*, XXIII, 343. Bakkal örfü müstakil bir istihsan nedeni olarak görmemekte, bütün istihsan türlerini etkileyen bir unsur olarak değerlendirmektedir. Ayrıntılı bilgi ve örnekler için bk. BAKKAL, *İstihsan*, 131-142. Önder ise, konuyu ‘1. Nasslarla Örfün Teâruzu Halinde İstihsan ve 2. Kıyas ve İctihâdî Hükümlerle Örfün Teâruzu Halinde İstihsan’ şeklinde iki başlık altında incelemiştir. Bk. ÖNDER, 200-217.

<sup>681</sup> Bk. SERAHSÎ, *el-Uşûl*, II, 203.

çalışılmıştır<sup>682</sup>. Zaruret sebebiyle istihsanda müctehidin genel kuralın gereği olan hükümden vazgeçip, zarûretin gereği olan hükme dönmesi söz konusudur<sup>683</sup>. Haddizatında bu tutum hemen her hukuk sistemi için kaçınılmaz olup, İslâm hukukunda, “Zarûretler sakıncalı olan şeyleri mübah kılar”, beşerî hukukta ise, “Zarûretin kanunu yoktur” şeklinde ifade edilmiştir<sup>684</sup>.

İstihsanın bu türüne örnek olarak içine pislik düşen kuyu veya havuzların temizlenmesi konusu gösterilebilir. Kıyas gereği, söz konusu kuyu veya havuzun suyunun bütünüünün boşaltılması gerekirken, zarurete dayalı istihsan sebebiyle belli bir miktarının boşaltılmasıyla yetinilmiştir<sup>685</sup>.

### ee. Maslahat Sebebiyle İstihsan

İlk dönem Hanefî kaynaklarında yer almayan, bununla birlikte aslında zarurete dayalı istihsanın bir uzantısı kabul edilebilecek olan maslahat sebebiyle istihsan, özel bir yarar sebebiyle genel nitelikli bir nass ya da kuralın gereği olan hükümden vazgeçmek anlamına gelir. Hanefî doktrinde maslahatın müstakil bir kaynak olarak zikredilmemesi, doktrinin kıyas ekseni oluşturulmuş olması (istihsanın da kıyasın bir uzantısı olduğu vurgusu hatırlanmalı) ile açıklanabilir<sup>686</sup>.

Maslahat sebebiyle istihsana dair literatürde yaygın olan bir takım örnekler vardır. Bunlardan birisi müzâraa akdinde taraflardan birisinin vefatı durumunda tıpkı kira akdinde olduğu gibi akdin sona ermesi gerektiği halde, emek sahibinin yararının korunması düşüncesiyle, istihsanen ürün kaldırılıncaya kadar akdin devam edeceğine hükmedilmiştir.

### III. İSTİHSANIN MAHİYETİ

İstihsan türleri dikkatle incelendiğinde, nass, icmâ ve örf istihsanında istihsanın biçimsel kaldığı<sup>687</sup>, diğer yandan takdirî icihadın dışındaki türlerde, çözümünü aranan hukuksal olayın benzerlerine verilen hükümden vazgeçildiği dikkati çekmektedir<sup>688</sup>. Söz konusu benzer olaylar, Kerhî'nin tanımında “nezâir” olarak ifade edilirken, diğer usûlcülerde genel olarak “kıyas” tabiri kullanılmıştır. İstihsanın mahiyetinin iyi anlaşılabilmesi için, işte bu “kıyas” tabirinin yalnızca usûlî kıyastan ibaret olmadığını dikkate alınması gerekmektedir. İstihsan karşısında kullanılan kıyas örnekleri incelendiğinde, bu kavramın usûlî kıyasın dışında şu iki anlama da gelebildiği görülür:

<sup>682</sup> BARDAKOĞLU, “İstihsan”, DİA, XXIII, 344.

<sup>683</sup> HAMEVÎ, *Nazariyye*, 37.

<sup>684</sup> BAKKAL, *İstihsan*, 107.

<sup>685</sup> HAMEVÎ, *Nazariyye*, 37, 38. Bakkal zarûret istihsanını çeşitli alt türlere ayırarak incelerken (Bk. BAKKAL, *İstihsan*, 116–131), Ferfûr ise bu türle ilgili bir takım kurallar belirlemiştir. Bk. FERFÛR, *Nazariyye*, 98, 99.

<sup>686</sup> DÖNMEZ, *Kaynak Kavramı*, 193.

<sup>687</sup> DÖNMEZ, *Kaynak Kavramı*, 154.

<sup>688</sup> DÖNMEZ, *a.g.e.*, 145.

1. Genel nitelikli şer'î nass. Örneğin, Ebû Hanife muhsan olan zânînin recmedilmesine istihsanen hükmetmiştir. Zina suçunun cezasına ait düzenleme, öncelikli olarak Nûr suresinde yapılmıştır. Genel nitelikli şer'î bir nass olan, “Zina eden kadın ve zina eden erkeğin her birine yüz değnek vurun” ayeti muhsan olan ve olmayan zânîleri kapsadığı halde, Hz. Peygamber ve ashâbının muhsan olup da zina etmiş olan kimseye değnek cezası değil, recm cezası uyguladığı şeklinde şöhret derecesine ulaşmış haberler dolayısıyla muhsan zânî bu genel hükmün dışında tutulmuştur.

2. Genel olarak İslâm hukukunda ya da belli bir mezhep içinde kabul edilmiş olan genel kural. Örnek olarak Ebû Hanife, unutarak yiyip-içen kimsenin orucunun durumu hakkında, “Rivayet olmasaydı, kıyasa göre hükmederdim”, demiştir. Ebû Hanife'nin burada sözünü ettiği kıyastan maksat, İslâm hukukunda yerleşmiş bir kural olan, “Bir şeyin rüknü ortadan kalkınca, kendisinin de ortadan kalkacağı” ilkesidir. Hz. Peygamber'in “Oruçlu iken unutarak yiyip-içen kimse orucunu tamamlasın; zira onu Allah yedirip içirmiştir”<sup>688</sup> şeklindeki hadisi sebebiyle bu genel kural terkedilmiştir<sup>689</sup>.

İstihsan kavramına genel olarak bakıldığında, İmam Serahsî'nin de belirttiği gibi genelde kolaylık için zorluğu terk etmek<sup>690</sup> gibi görünse de, bunun her zaman böyle olduğu düşünülmemelidir. İstihsanın her zaman için müspet bir işlev gördüğü, sürekli kolaylık ve cevaz kapısını araladığı şeklindeki kanaate aykırı bir kısım örnekler de bulunmaktadır<sup>691</sup>. Sözgelimi hemen yukarıda Ebû Hanife'den nakledilen, muhsan zânînin istihsanen recmedileceği hükmü buna örnek olarak gösterilebilir.

İstihsanın mahiyeti konusunda Batılı ilim adamlarının araştırmaları incelendiğinde, genel olarak istihsanın hukuk kurallarının sert yapısını esneten, kuralların pratik gereksinimlere ve adalet düşüncesine göre yumuşatılmasına hizmet eden bir ilke olarak değerlendirildiği dikkati çekmektedir. Batılı araştırmacılardan bir kısmının istihsan görüşleri şu şekildedir:

İstihsan Roma hukukundaki '*corrigere jus proptar utilitatem publicam* (hukukun, kamu yararı düşüncesiyle düzenlenmesi)'ni andırmaktadır (Goldziher)<sup>692</sup>.

İstihsan, günlük hayatın ihtiyaçlarına, sosyal şartlara ve hakkaniyete daha uygun kurallar koymanın bir vasıtasıdır” (Juynboll)<sup>693</sup>.

İstihsan, halkın menfaati, kolaylık ve benzeri düşüncelerle katı kıyası bırakmak anlamına gelir” (Schacht)<sup>694</sup>.

<sup>688</sup> Bazı lâfız farklılıkları ile bk. Buhârî, Eymân ve'n-nüzür, 15; Savm, 26; Müslim, Savm, 33; Dârimî, Savm, 23; Tirmizî, Savm, 26.

<sup>689</sup> ÖNDER, 80-82; DÖNMEZ, *Kaynak Kavramı*, 146.

<sup>690</sup> SERAHSÎ, *el-Mebsût*, X, 145.

<sup>691</sup> DÖNMEZ, *Kaynak Kavramı*, 155; BARDAKOĞLU, “İstihsan”, 346.

<sup>692</sup> GOLDZİHER, Ignaz, “Fıkıh”, İslâm Ansiklopedisi (MEB), İstanbul 1988, IV, 605. Goldziher'in, yukarıda verilen değerlendirmesi maslahat bağlamında yapılmış olsa da, mantık itibarıyla istihsana da uygundur.

<sup>693</sup> ŞEHATE, “L'equite”, 136'dan naklen DÖNMEZ, *Kaynak Kavramı*, 156.

İstihsan, pratik fayda veya hakkaniyet mülahazalarını hukukun yahut hukuk mantığının sertliğine üstün kılmaktır” (Santillana)<sup>695</sup>.

İstihsan, fayda düşüncesi ile adalet düşüncesini içine alan girift bir kavramdır. Kelimenin Aristotelyen anlamıyla *equity*den başka bir şey değildir. Bu muhakeme tarzıyla, hukukçunun zihni *ratio legis*'i araştırmaya zorlanmaktadır” (Şehhate)<sup>696</sup>.

İstihsan örnekleri, istihsan türleri ve istihsanın tanımları (ki bu açıdan özellikle, “Müctehidin vicdanını etkileyen, fakat onu ifade etmekte güçlük çektiği ve açıkça ortaya koymadığı bir delildir”<sup>697</sup> şeklindeki tanım tipiktir) göz önüne alındığında, istihsanın mahiyet olarak ‘hakkaniyet’ düşüncesiyle yakın bir benzerlik taşıdığı açıktır. Her iki işlemde de hukuk kurallarının (kıyas) sertliği, yasa koyucunun nihaî amaçları (*ratio legis*) ve toplumsal koşullar göz önünde bulundurularak, kuralların şartlara ve genel olarak adalet düşüncesine uygun hale getirilmesi söz konusu gibidir. Nitekim istihsan kavramının ortaya çıkışının ele alındığı bölümde, katı kuralcılığın yol açabileceği sıkıntılar sebebiyle İyâs b. Muâviye ve İbnü'l-Mukaffâ'nın sarf ettikleri sözler aktarılmıştı<sup>698</sup>. Bir anlamda istihsan yasa koyucunun genel ve nihaî amaçlarının gerçekleşebilmesi için kaçınılmaz olan icthadî bir zorunluluk gibidir<sup>699</sup>.

İstihsan kavramı ile hakkaniyet düşüncesi, aralarındaki büyük benzerliklere karşın, bazı yönlerden ciddi farklılıklar da taşırlar. Bir kere söz konusu benzerlik, istihsanın bütün türlerinde geçerli değildir. Takdirî hüküm istihsanı müctehidin takdir yetkisini kullanması anlamına gelirken, nass ve icmâ sebebiyle istihsanda ise mantikî tutarlılık kaygısı ön plandadır<sup>700</sup>. Diğer yandan istihsan ve hakkaniyet benzerliği, genel nitelikli hukuk kuralının tekil bir olaya uygulanması sırasında duyulan rahatsızlıkta kendisini gösterirken, “olması gereken”in belirlenmesi noktasında ciddi ayrılıklar söz konusu olur. Zira hakkaniyet düşüncesinde ‘olması gereken’, kaynağı doğa ya da akıl olan ve son tahlilde hümanist karakter taşıyan doğal hukuk tarafından belirlenirken, istihsanda ise her şeyden önce, İslâm dininin nasslarında (Kur’ân ve sünnet) aranır. Ayrıca hakkaniyetin hukukun fonksiyonlarından daha çok ‘adalete’ karşılık

<sup>694</sup> SCHACHT, Joseph, *İslâm Hukukuna Giriş*, A.Ü.İ.F. y., Ankara 1986, s. 47.

<sup>695</sup> DÖNMEZ, *Kaynak Kavramı*, 156.

<sup>696</sup> ŞEHHATE, “L'equite”, 136'dan naklen DÖNMEZ, *Kaynak Kavramı*, 156, 157.

<sup>697</sup> “أَنَّ دَلِيلَ يَنْتَدِحُ فِي نَفْسِ الْمُجْتَهِدِ لَا تُسَاعِدُهُ الْعِبَارَةُ عِنْدَهُ”. Bk. GAZZÂLÎ, *el-Müstasfâ*, I, 281; İBN KUDÂME, *Ravda*, 85 vd. Tanımın değerlendirilmesi konusunda bk. İSMÂİL, *el-İstihsân*, 50, 51; HAMEVÎ, *Nazariyye*, 72; ÖNDER, 70-72.

<sup>698</sup> İyâs b. Muâviye, “İnsanlar iyi hal içinde buldukları sürece kıyasa göre, bozuldukları takdirde ise istihsana göre hüküm veriniz” ve “Gördüm ki, mahkemede verilecek karar, insanların iyi gördükleridir (istihsan ettikleridir)”, derken Abdullah b. el-Mukaffâ ise, dönemin halifesine sunduğu ıslahat programı niteliğindeki *Risâle fi's-Sahabe* adlı eserinde kıyasa sıkı sıkıya bağlanmanın bir takım ihtilaflara neden olabileceğinden söz etmiş, kıyasın ancak iyiliklere götürdüğü sürece kullanılacak bir delil olup, götürdüğü şey iyi ve güzel ise uygulanması, kötü ve nâhoş ise terk edilmesi gerektiğinden söz etmiştir.

<sup>699</sup> YAVUZ, “Hanefî Müctehidlerinde İstihsan Metodu”, 87; HAMEVÎ, *Nazariyye*, 178.

<sup>700</sup> DÖNMEZ, *Kaynak Kavramı*, 162.

geldiği yerde, istihsan, özellikle mezhep içi mantıkî tutarlılığın sağlanması işleviyle hukukun fonksiyonlarından hukuk güvenliğini de sağlamaktadır.

#### IV. İSTİHSANIN KAYNAK DEĞERİ

Hanefiler'in ilk imamları tarafından hangi düşünceye dayanılarak kullanıldığına dair herhangi bir açıklama yapılmamış olmasının önemli bir etken olduğu<sup>701</sup> istihsanın kaynak değeri konusundaki tartışmalarda, iki ana görüşün ortaya çıktığı söylenebilir. Buna göre istihsanın hüccet olduğu hususunda Hanefî, Mâlikî, Hanbelî ve Zeydîler'in genel olarak olumlu; Şafîî ve Zâhirîlerle, Şia ve Mu'tezile'nin de olumsuz bir duruş sergilediği ifade edilebilir<sup>702</sup>.

Burada dikkati çeken bir husus da, istihsanın kaynak değeri konusundaki tartışmaların, varılan hukuksal sonuçları pek etkilememiş olduğu, daha çok aynı sonuca ulaştıran yöntem üzerinde odaklandığıdır. Öyle ki, aynı mezhep içinde varılan aynı hukuksal sonuca, istihsanın farklı türleriyle varıldığı olmuştur<sup>703</sup>. Sözelimi kıyasa aykırı bir akit olduğu bütün Hanefilerce kabul edilen icâre akdinin cevazı, Serahsî'ye göre zarûret sebebiyle istihsana<sup>704</sup>, Pezdevî'ye göre ise eser (hadis) sebebiyle istihsana<sup>705</sup> dayanır.

#### A. İSTİHSANIN HÜCCET OLMADIĞI YÖNÜNDE İLERİ SÜRÜLEN DELİLLER

İslâm hukuk düşüncesinde istihsanın kaynak oluşunu kabul etmeyen görüşler, bu görüşlerin ilk ve en önemli temsilcisi olan İmam Şâfiî'nin düşünceleri ekseninde ele alınacaktır. İstihsan karşıtlığı ile tanınan Zâhirîler'in ve Şia'nın, konuyla ilgili muhalefetleri, temelde re'y karşıtlığına, dolayısıyla en başta kıyası da kabul etmemelerine dayanması hasebiyle farklı bir mahiyet taşıdığından, söz konusu ekollerin görüşlerine yer verilmeyecektir<sup>706</sup>.

İmam Şâfiî'nin istihsan karşıtı tutumunun iyi anlaşılabilmesi için, nass teorisinin ve usûlünün göz önünde bulundurulması gerekmektedir. İslâm hukuk düşüncesinde metin eksenli hukukî akıl yürütmenin öncüsü kabul edilebilecek olan ve bu yönüyle kendisinden sonra gelen hemen bütün mezhep usûllerini de etkilemiş olduğunu söyleyebileceğimiz Şâfiî'nin nass

<sup>701</sup> BARDAKOĞLU, "İstihsan", DİA, XXIII, 346.

<sup>702</sup> DÖNMEZ, *Kaynak Kavramı*, 168. Ferfûr, istihsanın kaynak değeri konusunda fukahânın üç gruba ayrılabilceğini ifade etmiş ve yukarıda sözü edilen iki gruba bir de, istihsanı şer'î bir delil olarak gören fakat müstakil bir delil oluşunu kabul etmeyenler şeklinde bir üçüncüsünü eklemiştir, Şevkânî'yi bu üçüncü gruba örnek olarak göstermiştir. Bk. *Nazariye*, 72. Şevkânî ile birlikte Şâtibî'nin de son tahlilde istihsanın pek de müstakil bir kaynak olarak olmayacağı kanaatini taşıdığına dair bk. ŞÂTİBÎ, *el-İ'tisâm*, II, 136-139'dan naklen BARDAKOĞLU, *a.g.md.*, 344.

<sup>703</sup> DÖNMEZ, *Kaynak Kavramı*, 175, 176.

<sup>704</sup> SERAHSÎ, *el-Usûl*, II, 203.

<sup>705</sup> PEZDEVÎ, *el-Usûl*, IV, 5.

<sup>706</sup> Zâhirîler'in ve Şia'nın istihsan karşısındaki delilleri ve bunların değerlendirilmesi için bk. BAKKAL, *İstihsan*, 297-304; İSMÂİL, *el-İstihsân*, 68-74; HAMEVÎ, *Nazariyye*, 93-97. Hanefiler'den Tahavî'nin de istihsanı hüccet kabul etmediği şeklindeki görüş ve bunun eleştirisi için bk. ÖNDER, 137.



teorisine göre, hadisin râvisi sika ise bu haberle yetinilir; ne tevil yoluyla, ne o hadisi bir başkası rivayet etmediği için ve ne de imamlardan benzeri bir haber nakledilmediği için hadis reddedilmez. İcrasına imkân bulunduğu sürece her bir sünnetle amel edilir. Kıyasa ya da Ebû Bekir, Ömer, Osman ve Ali'nin görüşlerine uymadı diye hadis zayıf addedilmez<sup>707</sup>.

Şâfiî, genel olarak usûlüne ait özet bir bilgiyi *el-Umm* adlı eserinde şu şekilde açıklamıştır<sup>708</sup>:

(Şer'î ahkâma dair) bilgi (nin kaynağı), çeşitli tabakalardan oluşmaktadır: 1. Kitap ve (sâbit olduğu bilinen) sünnet (Burada Şâfiî'nin sünneti Kitap'la aynı mesâbede bir 'nass' olarak gördüğüne dikkat edilmelidir) 2. Kitap ve sünnette çözümü bulunamayan meselelerde icmâ. 3. Sahâbenin, ihtilâf ettiklerine dair bilgimizin bulunmadığı sözleri. 4. Sahâbenin ihtilâflı sözleri (başka sözlere tercih edilir). 5. Kıyâs. Kitap ve sünnet hükmü mevcut olduğu halde, bunlardan başkasına başvurulmaz.

Görüldüğü gibi, Şâfiî, hukuksal olayların çözümünde mümkün olduğunca nasslara bağlı kalmayı tercih etmiş, böyle olmayan hukuksal akıl yürütmelerin keyfiliğe kapı aralamasından endişe etmiştir<sup>709</sup>. Şâfiî'nin mantıksal tutarlılık ve lâfız ekseni hukuk felsefesinin, bu tutumda aşırılığa kaçıp kaçmadığı ve dolayısıyla hukuksal düşüncede tıkanmaya yol açıp açmadığı sorunu bir yana<sup>710</sup>, bir yandan İslâm hukuk düşüncesinin temel kaynağı olan Kur'ân'ın lâfzen ve mânen mütevâtir bir kaynak olması, diğer yandan nass olarak tespit edilmemiş olan sünnetin gerek sübût ve gerekse delâlet açısından hukuksal çözümlerdeki işlevselliğinin sınırlı hale gelebilecek olması ve nihayet, daha sonraki dönemlerde gelecek olan İslâm hukukçularının istihsan gibi, kıyasın da ötesinde ince bir hukuksal düşünüşü ifade eden bir yöntemi kullanma noktasındaki yeterlilikleri gibi konuların, Şâfiî'yi böyle bir tutuma itmiş olabileceği de söylenebilir.

İmam Şâfiî istihsanın şer'î bir kaynak olamayacağını ispat bağlamındaki görüşlerini *el-Umm* adlı hacimli eserinde "İbtâlü'l-İstihsân" adıyla müstakil bir başlık altında<sup>711</sup> ve usûle dair *er-Risâle*'sinin "Bâbü'l-İstihsân" başlığı altında<sup>712</sup> ortaya koymuştur. Söz konusu yerlerde ileri sürdüğü başlıca argümanlar şu şekilde sıralanabilir:

1. İstihsan delilsiz ve mesnetsiz hüküm vermektir. Kendisine nispet edilen "مَنْ اسْتَحْسَنَ فَقَدْ" (Kim istihsan ederse, kendiliğinden hüküm koymuş olur) sözü<sup>713</sup> ile de büyük ölçüde bu

<sup>707</sup> ŞÂFİİ, *el-Umm*, Beyrut 1983, VII, 181.

<sup>708</sup> ŞÂFİİ, *el-Umm*, VII, 265.

<sup>709</sup> ÖZEN, "Hicri II. Yüzyılda İstihsan ve Maslahat Kavramları", 50.

<sup>710</sup> BARDAKOĞLU, "İstihsan", DİA, XXIII, 345.

<sup>711</sup> Bk. *el-Umm*, VII, 309-320.

<sup>712</sup> Bk. *er-Risâle*, (thk. Ahmed Muhammed Şâkir), Kahire 1969, s. 503 vd.

<sup>713</sup> Bk. GAZZÂLÎ, *el-Müstasfâ*, I, 274; ÂMİDÎ, *el-İhkâm*, IV, 136. Bu söz aynı lâfızlarla Şâfiî'nin kendi eserlerinde geçmiyor olsa da, anlam olarak benzer ifadeler kullandığı bir gerçektir. Bu sözün anlamına en yakın bir kullanıma

hususun vurgulandığı söylenebilir. Şâfiî bu konudaki, yukarıda özet olarak verilen usûlüne de paralel olan görüşlerini şu sözleriyle ifade etmiştir<sup>714</sup>:

Allah'ın hükmü, peygamberin hükmü ve Müslüman cemaatin hükmü olarak bütün zikrettiklerim gösteriyor ki, hâkim ve müftü olmak isteyen kimsenin ancak ilzâm edici bir delille hükmetmesi ve fetvâ vermesi caiz olur. Bu ise Kitap'la, sünnetle veya ilim ehlinin ihtilafsız olarak söyledikleri bir kaville yahut bunlardan birisine kıyas yapmakla gerçekleşebilir. İstihsan ile fetva verilmez. İstihsan bu anlamlardan hiç birisini taşımaz”.

Şâfiî daha sonra bu görüşünü desteklemek amacıyla “İnsan başıboş bırakılacağını mı sanır?”<sup>715</sup> ayetini delil olarak göstermiştir. Ayette geçen “başıboş (سُدَى)” ifadesi “emredilmeyen ve nehyedilmeyen” anlamına gelmekte olup, emredilmeyen bir şey olarak ‘istihsan eden’, ayette tenkit edilen kimselerden olur<sup>716</sup>. Şâfiî, İslâm dininin mevcut naslarının meselelerin çözümüne yeteceğine dair de, “Bugün sizin dininizi kemâle erdirdim, üzerinizdeki nimetimi tamamladım ve İslâm'ın dininiz olmasına râzı oldum”, ayetini<sup>717</sup> delil göstermiştir<sup>718</sup>.

2. İstihsanla hüküm vermek keyfî (hevâ ve hevese göre) hüküm vermektir. İlk argümanın devamı niteliğinde olan bu argümanla ilgili olarak Şâfiî, “İstihsan ancak zevke göre hüküm vermektir, keyfiliktir”, derken<sup>719</sup> bu tutuma karşı, “Aralarında Allah'ın indirdiğiyle hükmet ve onların arzu ve heveslerine uyma..”<sup>720</sup>, ayetini delil göstermiştir<sup>721</sup>.

3. İstihsan belirli bir temelden yoksundur. Kıyas ise, Kitap ve sünnete dayalı olduğundan hüccettir. Kıyası terk edip de istihsana göre hüküm veren kimse, insanların kendisine itaat etmesini istiyor demektir. Şâfiî, konuyla ilgili düşüncelerini şu sözleriyle ifade etmiştir<sup>722</sup>:

Hiz. Peygamber icthadı emretmiştir. İctihad ise bir şeyi araştırmaya dayanır. Bir şeyi araştırmak, bir takım delâletlerle olur ki, delâletler kıyasın temelidir.

4. İstihsan, Hiz. Peygamber'in yöntemine de aykırıdır; zira o, kendisine sorulan sorular karşısında, Rabb'inden kendisine vahiy gelmesini beklemiş, kendi düşüncesine göre cevap

---

şu cümle örnek verilebilir: “Bir kimse kendisi için ‘istihsan ediyorum’ demeyi caiz görürse, kendisine dinde kanun koymayı caiz görüyor demektir” (إذا اجاز لنفسه (استحسن) اجاز لنفسه ان يشرع في الدين). Bk. *el-Ümm*, VI, 219.

<sup>714</sup> ŞÂFİÎ, *İbtâlü'l-İstihsan* (el-Ümm içinde), VII, 298.

<sup>715</sup> “أَيَحْسَبُ الْإِنْسَانُ أَنْ يُتْرَكَ سُدَى” (el-Kıyâme 75/36).

<sup>716</sup> ŞÂFİÎ, *İbtâlü'l-İstihsan*, VII, 300.

<sup>717</sup> el-Mâide 5/3.

<sup>718</sup> Bakkal, Şâfiî'nin bu argümanını, gerçeği yansıtmadığı ve tıpkı Hanefîler'in ‘husn’ kökünden türeyen kelimelerin geçtiği ayetleri kullandıkları gibi, Şâfiî'nin de, ‘سُدَى’ gibi kelimeleri kullandığını ifade ederek eleştirmiştir. Bk. BAKKAL, *İstihsân*, 275, 276.

<sup>719</sup> ŞÂFİÎ, *er-Risâle*, 274.

<sup>720</sup> “وَأَنْ أَحْكُمَ بِتَقْدِيرِ اللَّهِ وَالَّذِي أَوْلَاهُمْ” (el-Mâide 5/49).

<sup>721</sup> ŞÂFİÎ, *İbtâlü'l-İstihsan*, VII, 298. Şâfiî'nin bu değerlendirmelerini ‘maksadını aşan’ ifadeler olarak değerlendiren Bakkal'ın eleştirisi için bk. BAKKAL, *İstihsan*, 276.

<sup>722</sup> ŞÂFİÎ, *er-Risâle*, 273. Bu argümanın değerlendirmesi için bk. BAKKAL, *a.g.e.*, 277.

vermemiştir. Nitekim Evs b. Sâmit'in karısı, kocasından şikâyetçi olduğunda<sup>723</sup> ve Uveymir el-Aclânî karısına zina isnadında bulunduğu<sup>724</sup> hep, Allah'tan kendisine gelen vahye göre cevap vermiştir<sup>725</sup>.

5. Allah teâlâ, Kur'ân'da, kendisine ve peygamberine itaat edilmesini emretmiştir<sup>726</sup>. İcmâ ve kıyas bu iki kaynağa irca edilmesi mümkün olan iki delil iken, istihsanın bu kaynaklara indirgenmesi söz konusu olamaz<sup>727</sup>.

6. İstihsanın belli bir kuralı yoktur. Bu bağlamda Şâfiî şu değerlendirmede bulunmuştur<sup>728</sup>:

Eğer hâkim ve müftü, hakkında bir haber ya da bir kıyasın bulunmadığı bir konuda, 'Ben istihsan yapıyorum', derse, başkasının da aynı konuda bu hükme aykırı bir istihsanda bulunması caiz olur. Böylece bir belde her hâkim ve müftü istihsan yaptığında, aynı konuda birbirine zıt birçok hüküm ve fetvâ ortaya çıkar.

7. Hz. Peygamber ahabın, kendisinin gıyabında yaptıkları istihsanları hoş karşılamamıştır. Seriyelere gönderdiği sahabeden, başlarındaki komutanlara itaat etmelerini istemiş, bir keresinde kılıç gölgesinde Müslüman olan birini, ölüm korkusuyla Müslüman olduğu gerekçesiyle öldürmeleri üzerine, yanlış yaptıklarını ifade ederek kendilerine kızmıştır<sup>729</sup>.

8. İstihsanı delil kabul edenler, sonuçta akla dayanmaktadırlar ve akıl, şer'î bir delil değildir. Akılla hüküm vermek caiz olsaydı, şer'î konularda hüküm vermek için müctehid olmak gerekmezdi<sup>730</sup>. Ayrıca şer'î ilimlerle ilgili birikimi olmadığı halde, akıl kapasitesi çok gelişmiş olan kimselerin şer'î konularda hüküm vermeye daha ehliyetli kabul edilmeleri gerekirdi<sup>731</sup>. Böyle bir şeyin kabul edilemeyeceğini ifade eden Şâfiî, kanaatlerini şu cümleleriyle dile getirmiştir<sup>732</sup>:

Ne benim ne de bir başka âlimin bir şeyi helâl ya da haram kılma konusunda ...  
Allah'ın Kitab'ında, sünnette, icmâda veya bağlayıcı bir haberde delil bulmadan

<sup>723</sup> Evs'in karısının şikâyetiyle ilgili olarak nâzil olan ayet ise, Ahzâb sûresinin 4. ayetidir.

<sup>724</sup> Uveymir'in durumuyla ilgili olarak liân ayetleri olarak bilinen, Nûr sûresinin 6-9. ayetleri nâzil olmuştur.

<sup>725</sup> ŞÂFİİ, *İbtâlû'l-İstihsan*, VII, 298. Şâfiî'nin bu argümanının Hz. Peygamber'in teşri yetkisi ve bizzat Şâfiî'nin sünnetin ehemmiyetine yaptığı vurguyla çeliştiği konusunda bk. BAKKAL, *a.g.e.*, 278.

<sup>726</sup> Bk. el-Enfâl 8/20, 46; en-Nisâ 4/80; el-Hasr 59/7; el-Mâide 5/49.

<sup>727</sup> ŞÂFİİ, *İbtâlû'l-İstihsan*, VII, 298. İstihsanı delil olarak kabul edenlerin, bu delili son tahlilde dört temel kaynaktan ayrı kabul etmedikleri aşağıda açıklanacaktır.

<sup>728</sup> ŞÂFİİ, *İbtâlû'l-İstihsan*, VII, 301. Şâfiî'nin istihsan anlayışının, 'hevâ ve hevese göre hüküm vermek' şeklinde olduğunu ortaya koyan bu delil konusunda bk. BAKKAL, *a.g.e.*, 279, 280.

<sup>729</sup> ŞÂFİİ, *el-Ümm*, VI, 202.

<sup>730</sup> ŞÂFİİ, *İbtâlû'l-İstihsan*, VII, 300.

<sup>731</sup> ŞÂFİİ, *İbtâlû'l-İstihsan*, VII, 315, 316.

<sup>732</sup> ŞÂFİİ, *Cimâu'l-İlm*, thk. Muhammed Ahmed Abdülaziz, Beyrut ts.25-26. Şâfiî'nin istihsan karşıtı argümanları ve bunların değerlendirilmesi konusunda bk. BAKKAL, *İstihsan*, 273-285; ÖNDER, 139-142; HAMEVÎ, *Nazariye*, 88-92; İSMAİL, *el-İstihsan*, 65-67.

tasarruf yetkisi yoktur. Bu haberlerden birisinin kapsamına girmeyen şey hakkında istihsana göre söz söylememiz ya da hatırımıza geleni söylememiz caiz değildir. Bu konuda yalnızca bağlayıcı haberlere dayanan kıyas ictihadına göre söz söyleyebiliriz.

## B. İSTİHSANIN HÜCCET OLDUĞUNA DAİR DELİLLER

İstihsanın şer'î bir kaynak olduğunu savunanların, bunu ispat sadedinde genelde iki yol izledikleri dikkati çekmektedir. Bunlardan ilkinde, istihsan kavramının mahiyetini açıklamaya, türlerini belirleyip her birinin istihsanı hüccet kabul etmeyenlerce de makbul sayılan delillere indirgenmesinin mümkün olduğunu ortaya koymaya çalışmışlardır. İkinci yöntemde ise, istihsan kavramının meşruiyetini ortaya koymaya çabalamışlardır<sup>734</sup>.

İstihsanın hüccet oluşunun birinci ispat yolu olan ve diğer yönetime göre daha etkili görünen<sup>735</sup> kavramın mahiyetinin açıklanması ve diğer delillere indirgenmesi bağlamında şu argümanlar ileri sürülmüştür:

1. Özellikle Hanefiler, istihsana karşı çıkanların gerçekte bunu tam olarak anlamamış olduklarını, üzerinde dikkatlice düşündükleri takdirde istihsanın, herkesin kullandığı delillerden farklı bir delil olmadığını ortaya koymaya çalışmışlardır. Nitekim Pezdevî, “Bazı kimseler ahabımızın yaptığı istihsanla neyi kastettiklerini bilmediklerinden ona karşı çıkmışlardır”, demiş<sup>736</sup> ve istihsanın hakikatini ortaya koymaya çalışmıştır. Diğer Hanefî usûlcüler de, istihsanın aslında daha kuvvetli olan bir delilin tercihi anlamına geldiğini ifade etmişler ve özellikle de, istihsanın “hevâ ve hevâse dayalı” keyfî bir istidlâl yolu olmadığına vurgu yapmışlardır. Konuyla ilgili olarak Cessâs, ahabımızın istihsana dayalı bütün hükümleri, delilleri ve dayanaklarıyla söylenmiş olup, hevâ ve nefsi arzularla yapılmış değildir”, demiştir<sup>737</sup>. Eser, icmâ ve zarûret istihsanında, aynı kaynaklara istihsan adını vermeseler de muhaliflerin de başvurması nedeniyle pek fazla tartışma olmadığı söylenebilirse de<sup>738</sup>, özellikle gizli kıyas istihsanında ciddi anlamda tartışma yapılmıştır. Bu tartışmaları bertaraf etme gayesiyle olsa gerek Hanefî usûlcüler, gizli kıyasın aslında, biri açık ama tesiri zayıf, diğeri ise kapalı ama tesiri güçlü olan iki kıyastan ikincisinin tercih edilmesi anlamına geldiğini ifade etmişlerdir.

<sup>734</sup> ÖNDER, 131. Bakkal, istihsanı hüccet kabul edenlerin, ispat için dört yol izlediklerini ifade etmiştir: 1. Mahiyet ve hakikatinin ortaya konması yoluyla diğer delillere indirgenmesi. 2. İstihsanın meşruiyetini ispat eden delillere başvurulması. 3. İstihsanla verilen hükümlerin benzerlerinin Kitap ve sünnette bulunduğunu göstermek suretiyle istihsanın da benzer bir delil olduğunun ortaya konması. 4. İstihsanı reddedenlerin de, aynı veya benzer terimler kullanarak istihsanla hükmettiklerinin ifade edilmesi (BAKKAL, *İstihsan*, 260). Bununla birlikte, Önder'in ikili tasnifi daha uygun görünmektedir.

<sup>735</sup> DÖNMEZ, *Kaynak Kavramı*, 168

<sup>736</sup> PEZDEVÎ, *el-Usûl*, IV, 12.

<sup>737</sup> CESSÂS, *el-Fusûl*, IV, 226.

<sup>738</sup> Nitekim Abdülaziz Buhârî, konuyla ilgili olarak, “Muhalifler, E bu Hanife'nin eser, icmâ ve zarûret sebebiyle istihsan yapmasına karşı çıkmamışlardır; çünkü bu delillerle kıyasın terk edilmesi ittifakla güzel görülmüştür”, demiştir (*Keşfü'l-Esrâr*, IV, 4).

İstihsanın diğer türlerine ‘istihsan’ adı verilmesine karşı çıkanlar için de, Hanefiler, isimlendirme konusunda tartışmanın anlamsız olduğunu ifade etmişlerdir. Örnek olarak Sadruşşeria konuyla ilgili olarak, “Bize göre istihsan delildir; zira icmâ ile sabit olan delillere dayanmaktadır. Bazı kimseler bilmedikleri için istihsanla amel etmeye karşı çıkıyorlar. Eğer onlar isimlendirmeye karşı çıkıyorlarsa, terimler üzerinde ihtilaf anlamsızdır”, demiştir<sup>738</sup>.

2. Bilhassa Mâlikî hukukçularca istihsanı desteklemek için savunulan argüman, hemen her hukuk sisteminde gündeme gelen bir sorundan, katı kuralcılığın doğuracağı mahzurlardan hareket etmektedir. Buna göre, genel kuralların (kıyas) düz bir mantıkla her olaya uygulanması, özel bir takım menfaatlerin ortadan kalkmasına ve haksızlıklara yol açabilir. İstihsanın hakkaniyet düşüncesiyle paralelliğinin ortaya çıkmasını gerektiren bu kaygının bir gereği olarak, müctehid genel kuralları, tekil olayları dikkate alarak esnetmelidir ki, istihsan da zaten budur. Nitekim bu hususa vurgu yaparak İbn Rüşd istihsanı, “aşırılığa yol açan kıyası atmak ve böylece bazı istisnâî durumlarda hükmün ruhuna uygun olan başka bir sonuca yönelmek” şeklinde tanımlarken<sup>739</sup>, Şâtibî de, “istihsan, küllî delil karşısında cüz’î maslahatı almaktır”<sup>740</sup>, şeklinde açıklamıştır<sup>741</sup>.

3. Bir üstteki argümanın bir devamı olarak istihsanın, koşulların gereği olan istisnâî hükümler koymak anlamına geldiği dikkate alındığında bunun aslında Şârî tarafından da yapılmış bir işlem olduğu ortaya konmaya çalışılmıştır<sup>742</sup>.

İstihsanın meşruiyetinin ispatlanmaya çalışıldığı ikinci yöntemde ise, Kur’ân, sünnet, icmâ ve selef âlimlerinden nakiller yapılma yolu seçilmiştir. İstihsan yanlısı usûlcülerin bu yöntemle güttükleri amaç, kuşkusuz, istihsanın son tahlilde temel kaynaklara ircâ edilebileceğinin ve zaten kullanılagelen bir delil olduğunun açığa çıkarılmasıdır. Bu yöntemde dikkati çeken başlıca argümanlar ise şöyledir:

1. Özellikle Hanefî usûlcüler, bir yandan ‘istihsan’ adlandırmasına karşı çıkanlara cevap verebilmek, diğer yandan da istihsanın meşruiyetini kanıtlayabilmek amacıyla ilk olarak Kur’ân’dan bir takım kullanımları örnek göstermişlerdir. Bu bağlamda en çok gündeme getirilen ayetler şunlardır:

O halde kullarımı müjdele. (O kullarım ki,) onlar söze (dikkatle) kulak verirler de onun en güzeline uyarlar.<sup>743</sup>

<sup>738</sup> SADRUŞŞERİA, *et-Tavzih*, II, 162, 163.

<sup>739</sup> ŞÂTİBÎ, *el-İ’tisâm*, II, 139.

<sup>740</sup> ŞÂTİBÎ, *el-Muvâfakât*, IV, 206.

<sup>741</sup> DÖNMEZ, *Kaynak Kavramı*, 169, 170.

<sup>742</sup> DÖNMEZ, *Kaynak Kavramı*, 170; ÖNDER, 134. Kur’ân ve sünnette yer alan istisnâî hükümlerle ilgili örnekler için bk. FERFÛR, *Nazariyye*, 26–38; ÖNDER, 13–17; FERFÛR, *Nazariyye*, 39–46, BARDAKOĞLU, “İstihsan”, *DİA*, XXIII, 340.

<sup>743</sup> “قَبِّشْرُ عِبَادِ الَّذِينَ يَسْتَمِعُونَ الْقَوْلَ فَيَتَّبِعُونَ أَحْسَنَهُ” (ez-Zümer 39/17, 18).

Kavmine de onun en güzel (hükümler)ini almalarını emret.<sup>744</sup>

Serahsî, bu ayetleri açıklarken, “Kur’ân’ın hepsi güzel olduğu halde Allah teâlâ en güzeline uyulmasını emretmiştir. İstihsan da işte bu ‘en güzel (ahsen)’ olana dâhildir”, demiştir<sup>745</sup>.

2. İstihsanın meşruiyetini sünnete dayalı olarak ispat sadedinde öne çıkan hadis, “Müslümanların güzel gördüğü, Allah katında da güzeldir”<sup>746</sup> şeklindeki hadistir<sup>747</sup>. Bu hadise

Müslümanların güzel gördükleri kapsanma dâhildir<sup>748</sup>.

3. İstihsan taraftarlarına göre, icmâm da istihsanın kaynak değerine dayanak olacağına dair bir takım örnekler verilebilir. Usûl eserlerinde bu bağlamda en fazla öne çıkanı, içinde kalma süresi ve ne kadar su tüketileceği bilinmiyor olduğu için ‘bilinmezlik (cehl)’ özelliği taşımaya ve bu yönüyle prensip olarak bâtil kabul edilmesi gerekmesine rağmen, söz konusu hususlar konuşulmadan da olsa, hamamlarda yıkanmanın ümmet tarafından iyi ve güzel görülmesidir. Bu istidlâl yönteminde, istihsana dayalı çözümler, icmâa dayalı hükümlere kıyas edilerek tümevarımsal bir yolla istihsanın dolaylı olarak icmâa dayalı bir delil olarak mesrû

### C. İSTİHSANIN KAYNAK DEĞERİYLE İLGİLİ GÖRÜŞLERİN DEĞERLENDİRİLMESİ

İstihsanın hüccet olmasını kabul etmeyenlerin, istihsan yanlılarına yönelttikleri eleştiriler iki ana başlık altında toplanabilir: Bir delile dayanmadan keyfi ve şahsî arzulara göre hüküm vermek ve re'yi esas alarak sünneti terk etmek<sup>753</sup>. Buna karşın istihsanı hüccet kabul edenlerin ileri sürdükleri argümanların pek de homojen (birörnek) olmadığı dikkati çeker. Bunun sebebi, istihsanı ilk olarak kullanan ilk Hanefî imamlarca değil de, sonraki Hanefî usûlcülerce yürütülen bu faaliyetin son tahlilde bir savunma faaliyeti olması ve bu savunmanın bir elden yürütülmeyip, farklı zaman ve mekânlarda ortaya çıkmış olmasıdır<sup>754</sup>. Nitekim Abdülaziz Buhârî, bu noktayı destekler nitelikte, “Ebû Hanife'nin kendisiyle hüküm verdiği istihsanın yorumu konusunda ashabımızın açıklamaları farklılık göstermektedir”, demiştir<sup>755</sup>.

Bununla birlikte, istihsanı delil olarak görenlerin, özellikle istihsanın kişisel arzuya göre, keyfi olarak belirlenen bir istidlâl yolu olmadığına, bütün mezheplerin fakihleri tarafından muteber kabul edilen delillere indirgenmesinin mümkün olduğuna vurgu yaptıkları söylenebilir. Böyle bir istidlâl yönteminin muteber ve meşrû olacağı hususunda kimsenin itirazının olamayacağı ifade edilmiştir<sup>756</sup>.

İstihsan yanlısı açıklamalarda aslında, ‘ikinci ispat yolu olarak’ ifade edilen ve Kitap, sünnet, icmâ ve seleften hareket eden ispat yolu biçimsel görünmekte, denebilir ki, istihsan karşıtlarının ve özellikle de Şâfiî'nin eleştirisi üslûbuna uygun cevap verme kaygısı taşımaktadır<sup>757</sup>. Kuşkusuz istihsanın kullanılmasında ve meşruiyet temelinde asıl itibariyle, daha çok Mâlikî usûlcülerin açıkça ifade ettikleri, ‘katı kuralcılığı yumuşatma’ ve kuralları tekil olaylara göre esnetme endişesi yatmaktadır. Nitekim başta Şâfiî olmak üzere muhaliflerin en fazla rahatsızlık ve endişe duydukları nokta da burasıdır<sup>758</sup>.

İstihsana yönelik eleştirilerin birisi olumlu, diğeri ise olumsuz olmak üzere başlıca iki sonucu olduğu söylenebilir. Olumlu sonuç, istihsanın kavramsal bir çerçeve, bir terim olarak netlik kazanmasıdır; olumsuz sonuç ise, eleştirilerin etkisiyle kavramın salt teorik ve spekülâtif bir alanla sınırlı kalıp, mezhebin ilk dönemlerdeki dinamizmini yitirmesidir<sup>759</sup>.

<sup>753</sup> DÖNMEZ, *Kaynak Kavramı*, 170.

<sup>754</sup> DÖNMEZ, *a.g.e.*, 170.

<sup>755</sup> BUHÂRÎ, *Keşfü'l-Esrâr*, IV, 3.

<sup>756</sup> HAMEVÎ, *Nazariyye*, 103.

<sup>757</sup> Bakkal'ın da ifade ettiği gibi, Şâfiî'nin, istihsan taraftarlarına karşı, (el-Kıyâme 75/36) ayetini delil göstererek, “*شيء*” kelimesine vurgu yapmasına karşın, istihsan taraftarlarının ise “*حسن*” kökünden türemiş kelimeleri içeren ayetleri delil göstermeleri anlamlıdır (Bk. BAKKAL, *İstihsan*, 275, 276).

<sup>758</sup> BARDAKOĞLU, “İstihsan”, XXIII, 345.

<sup>759</sup> BARDAKOĞLU, *a.g.md.*, XXIII, 345.

Özellikle Hanefî usûlcülerin yoğun gayretlerinin bir sonucu olarak, istihsanla ‘kişisel arzuya ve keyfe göre hüküm verme’ anlamının kastedilmediğinin anlaşılması ve belki de, istihsanı ilk dönemde olduğu gibi cesaret ve ehliyetle kullanabilme durumunun ortadan kalkmasıyla, taraftar ve karşıt gruplar arasındaki ayrılık biraz daha yumuşamaya yüz tutmuştur. Bunun sonucunda Şâfiî’ye nispet edilen “İstihsan yapan, kendiliğinden hüküm koymuş olur”, sözü, “şer’î bir mesnede dayanmaksızın, keyfi ve arzuya göre hüküm verme” şeklinde tevیل edilmiştir<sup>760</sup>. Nitekim bu bağlamda aslında mütekellimîn usûlcülerden olduğu halde insaflı ve tarafsız tavrıyla öne çıkan Ebu’l-Hüseyin el-Basrî, “istihsanın delilsiz hüküm vermek anlamına gelmeyip, bir olaya ilişkin hüküm verilirken kuvvetli delil sebebiyle zayıf olan delilin terk edilmesi”, demek olduğunu ifade etmiştir<sup>761</sup>.

İstihsanla ilgili tarafların uzlaşma noktası olarak Kerhî’nin tanımı öne çıkmaktadır. Yukarıda da belirtildiği üzere Kerhî istihsanı, “Bir meselede daha kuvvetli bir sebebi göz önünde bulundurarak benzeri meselelerde kabul edilen hükmü vermektен vazgeçmektir”, şeklinde tanımlamıştı. İstihsanı hüccet kabul etmeyen birçok usûlcü dahi, eğer istihsan bu şekilde tanımlanırsa, buna karşı çıkılamayacağını ifade etmiştir<sup>762</sup>.

Bir yandan Hanefî gelenekte yer alan ve istihsanın meşruiyetini ortaya koymayı amaçlayan usûlcüler, diğer yandan da çağdaş araştırmacılar, istihsanın mahiyetiyle ilgili tartışmaları dikkate alarak, tartışmanın, asıl itibariyle lâfzî olduğu, isimlendirmede yoğunlaştığı, hukuksal bir istidlâl yolu olarak istihsanın, karşı görünenler tarafından dahi kullanıldığını ortaya koymaya çabalamışlardır<sup>763</sup>. Ne var ki, bu değerlendirme, istisna yoluyla istihsan için bir noktaya kadar kabul edilebilir olsa da, özellikle gizli kıyas istihsanı için pek de isabetli görünmemektedir<sup>764</sup>.

<sup>760</sup> DÖNMEZ, *Kaynak Kavramı*, 174.

<sup>761</sup> BASRÎ, *el-Mu’temed*, II, 295.

<sup>762</sup> GAZZÂLÎ, *el-Müstasfâ*, I, 283; İBN KUDÂME, *Ravda*, 85 vd.; TEFTÂZÂNÎ, *et-Telvîh*, II, 162.

<sup>763</sup> Özellikle çağdaş Arap araştırmacıların ağırlıkta olduğu bir grubun istihsanla ilgili tartışmaların lâfzî olduğunu vurgulamaları dikkati çekmektedir. Bk. İSMÂİL, *el-İstihsan*, 87–91; HAMEVÎ, *Nazariyye*, 91, 92, 104–112.

<sup>764</sup> Bk. ÖNDER, 148, 149.



**ÜÇÜNCÜ BÖLÜM**  
**İSTİHSAN ve DOĞAL HUKUK**  
**DÜŞÜNCESİ BAĞLAMINDA**  
**DEĞERLENDİRMELER**

Çalışmamızın bundan önceki iki bölümünde “doğal hukuk” ve “istihsan” kavramlarının gelişimi ve mahiyeti ortaya konulmaya çalışılırken, bu iki kavram arasında nasıl bir ilişki olabileceğine dair, belli bir kanaat oluşmuş olması muhtemeldir. Bununla birlikte toparlayıcı mahiyette bir takım değerlendirmeler yapılması yararlı görünmektedir.

İstihsan ve doğal hukuk kavramlarının karşılaştırılmasında ilk dikkati çeken, ilkinin (istihsan) tamamen hukuksal bir kavram ve teknik bir yöntem olmasına karşın, ikincisinin (doğal hukuk) hukuksal olmaktan çok, felsefî bir kavram olup<sup>765</sup>, bir yöntem değil kaynak olduğudur. Bununla birlikte söz konusu durum, bu iki kavram arasında karşılaştırma yapılamayacağı anlamına gelmemektedir. Bize göre, bu iki kavramın buluşma noktası “hakkaniyet (nisfet)” kavramıdır. Beşerî hukuklarda hakkaniyet kavramı ile hukuk felsefesinin hemen bütününe egemen olan<sup>766</sup> doğal hukuk düşüncesi arasında yakın bir ilişki bulunmaktadır<sup>767</sup>.

Şöyle ki, hukuk uygulayıcısı, genel ve soyut nitelikteki bir yasanın tekil bir olaya düz bir mantıkla uygulanması sonucu ortaya çıkan sonucu hukuksal açıdan uygun görmeyip de hakkaniyete başvurduğunda, -hukuk tarihinin geneli göz önünde bulundurulduğunda-haddizatında doğal hukuk düşüncesine başvuruyor demektir. Bu durumda hukuk uygulayıcısının yaptığı, beşerî hukukun en üst düzeyde ve en önemli hukuk kaynağı olan doğal hukuktan esin alan yasa koyucunun, söz konusu tekil olay hakkında nasıl bir hüküm vereceğini belirleme çabasıdır.

İşte tam da bu nokta, yani bir hukuk kuralının somut/tekil bir olaya uygulanması sırasında hukuk uygulayıcısının/teorisyeninin (İslâm hukukunda kadı, müftî ve müctehid) olayla ilgili hukuksal çözümü (hüküm) uygun bulmaması, deyim yerindeyse içine sindirememesi, istihsanın özellikle Hanefî muhit dışında meşhur olan bir tanım çerçevesinde, her iki kavramın kesişme noktası olarak görünmektedir. Bu tanım, “Müctehidin vicdanını rahatsız eden, fakat ifade etmekte güçlük çektiği ve açıkça ortaya koyamadığı delildir”, şeklindedir<sup>768</sup>.

Bu tanım ekseninde düşünüldüğünde, bir beşerî hukuk uygulayıcısının durumuyla, İslâm hukuk uygulayıcısının durumu arasında, bir nassın/yasanın tekil olaya uygulanmasının

<sup>765</sup> Bk. DE PAGE, “Tabiî Hukuk ve Hukukî Pozitivizm”, 144 (5 no’lu dipnot).

<sup>766</sup> ABADAN, *Hukuk Felsefesi Dersleri*, 118; ÇAĞIL, *Hukuk İlimine Giriş*, 399.

<sup>767</sup> Benzer bir değerlendirme için bk. GENY, *Methode d’interprétation*’den naklen DÖNMEZ, *Kaynak Kavramı*, 160.

<sup>768</sup> “إِنَّهُ ذَلِيلٌ يَتَّقِدُ فِي نَفْسِ الْمُجْتَهِدِ لَا تُسَاعِدُهُ الْمَبَارَةُ عَنْهُ”. Bk. GAZZÂLÎ, *el-Müstasfâ*, I, 281; ÂMİDÎ, *el-İhkâm*, IV, 391; İBNÜ’S-SUBKÎ, *Tâcüddin, Cem’u’l-Cevâmî*, Kahire 1937, II, 353.

sıkıntı doğurduğu yerlerde çok sıkı bir benzerlik, hatta özdeşlik görünüyor gibidir<sup>769</sup>. Ne var ki, söz konusu tanımın, istihsan teorisinin başta gelen temsilcisi olan Hanefî muhitlerde tutulmuş bir tanım olmaması bir yana, tanımla ilgili ciddi eleştiriler de yapılmıştır<sup>770</sup>. Bu eleştirilerin, istihsanla hakkaniyetin ortak paydası kabul edilebilecek olan “müctehidin vicdanını etkileyen ( *يُنْقَدِحُ فِي نَفْسِ الْمُجْتَهِدِ* ” kısmında yoğunlaşmış olması ve “inkıdâhun (içine doğma, sıkıntı verme)”, usulcüler tarafından ancak, “bir delilin şüpheye yer vermeyecek şekilde kesin olarak tahakkuku” anlamında kabul edilmiş olması dikkat çekicidir.

Ayrıca bir benzerlik gündeme getirilse bile, bu benzerlik forma ait olup, öze müteallik değildir. Şöyle ki, söz konusu istihsan tanımıyla ilgili sorulacak bazı sorular, bu kavramın farklılığı konusunda bir takım ipuçları verebilecektir. Sözgelimi, “Müctehidin vicdanını rahatsız eden nedir?”; “Hukuksal bir sonucun (hüküm) olaya uygun olmadığına karar mercii müctehidin salt vicdanı mıdır?”; “Olaya uygun olan hüküm verilirken, müctehid hangi kaynağa başvurmaktadır?” soruları gibi.

Dikkat edilirse, müctehidin bütün bu sorgulamalarında belirleyici olan, onun salt vicdanı ya da aklı olmayıp, İslâm hukukunun nasları, bu naslar çerçevesinde oluşmuş teşri faaliyeti ve İslâm dininin nihaî maksatlarının (*Makâsidü’ş-Şeriatî’l-İslâmiyye*) müctehidde oluşturduğu “fıkıh formasyonudur”. Binaenaleyh, istihsan, vahiy kaynaklı ve vahyin belirleyici olduğu bir hukuk sistemi olan İslâm hukukuna özgü, vahyi hem lâfzî ve hem de ruhuyla esas alan hukuksal bir yöntemdir.

İstihsan kavramıyla doğal hukuk düşüncesi arasındaki fark bağlamında, esasa ait değerlendirmelere geçmeden önce, istihsan kavramıyla bu kavrama çok yakın bir anlam taşıyor görünen hakkaniyet kavramı arasındaki farklılıklara dair bir kısım değerlendirmeye daha yer vermekte yarar görülmektedir. “Adaletin tekil olaydaki tecellisi” olarak<sup>771</sup> tanımlanabilecek olan hakkaniyet, haddizâtında bütün hukuk sistemleri için kaçınılmazdır. Bu yönüyle istihsan karşıtı tutumuyla tanınan Şâfiî dahi bu yöntemi kullanmıştır. Belki şu söylenebilir: Kuralların/nasların tekil olaylara uygulanması sırasında sıkıntı çıkması durumunda, bize göre, İslâm hukukunun ideal boyutunu (olması gereken, *sollen*) gösteren naslar ve makâsidü’ş-şeriadan, İmam Şâfiî daha çok nas tarafını, Ebû Hanîfe ise makâsîd tarafını dikkate almıştır.

O halde denebilir ki, istihsan teorisiyle Hanefîler, hakkaniyeti İslâm hukuk sistemine, belirli şartlar çerçevesinde dâhil ederek meşrûlaştırmışlardır. Naslar sınırlı, olaylar ise, sınırsız

<sup>769</sup> Bu bağlamda yapılmış bir çalışma olarak bk. KILIÇ, Muharrem, “Karşılaştırmalı Hukuk Tarihinde Metodolojik Formalizmin Aşılmasında İki Yöntem: İstihsan ve Equity”, İslâm Hukuku Araştırmaları Dergisi, sy.1, Konya 2003, s. 147-165.

<sup>770</sup> ÖNDER, 71

<sup>771</sup> Benzer bir yaklaşım için bk. DÖNMEZ, *Kaynak Kavramı*, 160; V. SCIALOJA’dan DÖNMEZ, *Kaynak Kavramı*, 161.

olduğundan<sup>772</sup>, nasların anlamlarını genişletmek veya naslara kıyasta bulunmak yahut diğer ictihad yöntemleriyle akli İslâm hukukuna dâhil etmek, kaçınılmaz bir gereklilik olmuştur<sup>773</sup>. Kuşkusuz bu gelişme, İslâm ilim çevrelerinde bir takım tartışmaları beraberinde getirmiştir. “Ehl-i hadis-ehl-i re’y” ve “kıyasın kaynak değeri” konularında yapılan tartışmalar, bunların başta gelenlerindedir.

Nasların hukuksal sorunların çözümünde işlevsel olabilmesinin kaçınılmaz şartlarından birisi, en başta kıyas yoluyla, nasların hitap ettiği alanın çerçevesinin genişletilmesi olmuşsa, bir diğeri, katı kuralcılığın esnetilmesi anlamında istihsanın devreye sokulması olmuştur. Aksi takdirde katı kuralcılık, hukukun bütün fonksiyonları, yani hukuk güvenliği (zira uygulamadaki olumsuzluklar mevzuata/naslara olan güveni sarsabilirdi), amaca uygunluk (toplumsal ihtiyaçları karşılama) ve adaletin gerçekleşmesi açısından ciddi sıkıntılara yol açabilirdi.

Hukuk kurallarının düz bir mantıkla uygulanmasının doğurabileceği sıkıntıları, yasa koyucunun nihaî amacını (*ratio legis*) bulmaya çalışarak aşma noktasında müşterek görünen istihsan ve hakkaniyet (daha genelde doğal hukuk), başka bir takım açılardan farklı özellikler taşımaktadırlar. Çalışmamızın ikinci bölümünde, “İstihsanın Mahiyeti” başlığı altında da ifade edildiği üzere, iki kavram arasındaki benzerlik, istihsanın bütün türleri için geçerli değildir. Takdirî hüküm istihsanı, müctehidin takdir yetkisini kullanması anlamına gelirken, nas ve icmâ sebebiyle istihsanda ise, mezhep içi mantıksal tutarlılık kaygısı ön planda görünmektedir<sup>774</sup>.

Diğer yandan (doğal hukuk kaynaklı) hakkaniyet ve istihsan ameliyelerinde, kuralın gerektirdiği hükümden vazgeçilip (udûl) de, yeni ve uygun çözümün tespiti amacıyla başvuru kaynaklar da çok farklıdır. Doğal hukuk kaynaklı hakkaniyette bu kaynak doğa veya akıl iken, yani son tahlilde hümanist bir karakter taşıırken, istihsanda ise, vahiy ürünü olan naslar ve bu naslardan çıkarılan genel amaçlar (Makâsidi’ş-Şeria) olup, son tahlilde vahiy temelli bir karakter taşımaktadır. Yine ilgili yerde de belirtildiği üzere, hakkaniyet, hukukun fonksiyonlarından daha çok adalete karşılık gelirken, istihsan, mezhep içi tutarlılığı sağlamak suretiyle hukuk güvenliğine de hizmet etmektedir.

Doğal hukuk, kuşkusuz yalnız hukuk uygulaması sırasında hakkaniyete başvurulduğunda işlevsel olan bir düşünce olmayıp, bundan çok daha temelli ve kapsamlı bir işlev görür ki, bu işlev, yasa koyucuya yol göstermek ve pozitif hukuku denetlemektir. Doğal hukukun pozitif hukuk, yani “olan hukuk” karşısında “olması gereken hukuk”u temsil etmesi,

<sup>772</sup> SERAHSÎ, *el-Usûl*, 10.

<sup>773</sup> Bu bağlamda müstakil bir çalışma tezi olarak bk. ÖZEN, Şükrü, *İslâm Hukuk Düşüncesinde Aktileşme Süreci*, İstanbul 1995 (M.Ü.S.B.E., yayımlanmamış doktora tezi)

<sup>774</sup> DÖNMEZ, *Kaynak Kavramı*, 162.

doğal hukuk için karakteristik olduğundan, bu kavram yeryüzünde hukuk var olalıdan beri var olagelmıştır. Bir başka ifadeyle, doğal hukuk düşüncesinin tarihine ayrılan bölümde de ele alındığı üzere, bu kavram, pozitif hukukun eleştirilip, bunun ötesinde ideal bir hukuk arayışına gidilmesiyle varlık sebebini bulmuştur, denebilir.

Doğal hukukun yasa koyucuyu etkilemesi ve ona rehberlik etmesi ise, tarih boyunca mahiyet değiştirerek devam etmiştir. Şöyle ki, İlk Çağ doğal hukuk anlayışında, doğal hukukun yasa koyucuları ve dolayısıyla pozitif hukuku etkilemesi sanki determinist bir karakter taşımaktadır. Öyle ki, yasa koyucuların tanrısal bir esinle yasaları hazırladıkları düşünülüyordu. Doğal hukuku bilinçli bir şekilde rehber edinme, şüphesiz Rönesans sonrasına ve özellikle Aydınlanma dönemine ait bir olgudur. Bununla birlikte Aydınlanma döneminde evrensel, genel geçer, mutlak mer'iyeti haiz doğal hukuk kurallarının rehberliği söz konusu iken, XX. yy.'a gelindiğinde toplumsal ve yerel faktörleri dikkate alan “değişir içerikli (mütehavvil muhtevalı)” bir doğal hukuk anlayışı revaç bulmuştur<sup>775</sup>. Kuşkusuz bu gelişmede, bir yandan, Kant felsefesinden kaynaklanan ve etik alanda evrensel genel geçer yasaların kaynağı olarak algılanan birey düşüncesinin yerini alan ve tarihselliğe vurgu yapan Hegel felsefesinden kaynak alan “Tarihsel Hukuk Okulu”nun ve diğer yandan hukuksal pozitivist ekollerin eleştirilerinin esaslı bir etkisi olmuştur.

Bununla birlikte doğal hukuk, her zaman için “ideal, spekülâtif, mev’hûm ve tamamen gerçekleşmesi (realize olması) imkansız” bir hukuk olarak, hukukta “olması gereken (*sollen*)” kategorisini işgal etmiştir. Buna karşın, İslâm hukukunda “olan-olması gereken” ayırımının bulunmadığına dair görüşler<sup>776</sup> bir yana, bir “olması gereken”den söz edildiğinde, bu, salt spekülâtif ve ideal bir alana gönderme yapmamaktadır. İslâm’da “olması gereken hukuk”, İslâm dininin naslarının öngördüğü ve bu naslardan çıkarılan genel amaçlar doğrultusunda şekillenen hukuk olup, gerçekleşme imkânından yoksun değildir. Nasların öngördüğü doğrultuda şekillenen, Makâsîd’ı dikkate alan ve kamu yararını (Maslahat) gözeten hukuk, olması gereken hukuktur.

Doğal hukukla İslâm hukuku arasında birçok benzerlik bulunduğu bir gerçektir. Örneğin ahde vefa<sup>777</sup>, kimseye zarar vermeme<sup>778</sup>, herkese hakkını verme<sup>779</sup>, temel insan

<sup>775</sup> ÇAĞIL, 423.

<sup>776</sup> Örnek bk. ŞENTÜRK, Recep, *İslâm Dünyasında Modernleşme ve Toplum Bilim*, İstanbul 1996, s. 99.

<sup>777</sup> Örneğin “Ey iman edenler, yaptığımız akitleri yerine getirin” (el-Mâide, 5/1).

<sup>778</sup> Şu hadis-i şerif bu analama yakındır: “Zarar vermek de, zarara zararlılık vermek de yoktur (لَا ضَرَرَ وَلَا ضِرَارَ)”. Bk. İbn Mâce, Ahkâm, 17; Mâlik, *Muvatta*, Akdiye, 31; Ahmed b. Hanbel, *Müsned*, V, 327.

<sup>779</sup> Örnek olarak: “Her hak sahibine hakkını ver (فَأَعْطِ كُلَّ دِي حَقَّهُ)”. Bk. Buhârî, Savm, 51; Tirmizî, Zühd, 64.

haklarına ve insan doğasına<sup>780</sup> yapılan vurgu İslâm hukukunda da, -diğer büyük hukuk sistemlerinde olduğu gibi- oldukça önemsenen hususlardır<sup>781</sup>. Ne var ki, bu benzerlik, bir özdeşlik ilişkisi olarak algılanmamalıdır. Zira bir hukuk sisteminin sağlıklı işleyebilmesi için, en az genel kurallar kadar önemli olan bir de somut ve tekil hukuk kuralları vardır. Nitekim doğal hukuka özellikle yöneltilen eleştirilerden birisi, birkaç genel kuraldan hareketle nasıl olup da koca bir mevzuatın çıkarılabileceğidir. Ayrıca aynı genel kuraldan hareketle bir birine taban tabana zıt iki ayrı hukuksal çözümün ortaya çıktığı da vakidir.

İşte bu noktada, genel ilkelerin yanı sıra bazı tekil hukuksal çözümleri içeren nasların ilkeleşmesi de önem kazanıyor görünmektedir. İslâm dininin naslarıyla ilgili tarihselci yorumlar bir yana bırakılacak olursa, özellikle lâfzen sıhhati sabit olan hukuksal nitelikli nasların İslâm hukukunda böyle bir işlev gördüğü söylenebilir. Bir bakıma, “olması gereken”i içeren anlam, bir yandan naslarla, diğer yandan nasların yorumlanmasına yönelik icmâ ve fıkıh usûlü eksenli yorum yöntemleriyle koruma altına alınmış görünmektedir.

Doğal hukuk düşüncesiyle İslâm hukukunun benzerliği noktasında şu hususun da vurgulanmasında yarar görünmektedir. Yalnız bu iki hukuk düşüncesi değil, hemen bütün hukuk sistemleri arasında ortak noktalar bulmak mümkündür. Bu benzerliklerin temelinde bir yandan insanların doğalarının birçok yönden benzerliği, diğer yandan ise hukuksal ilişkilerdeki benzerlikler yatmaktadır. Bununla birlikte, şu da bir gerçektir ki, şeyler, kavramlar ve kurumları birbirinden ayıran, birçok noktadaki benzerlikler değil, ayırıcı vasıflardaki farklılıklardır. Nitekim mantık ilminde tanımlar, bu esasa göre yapılır. En sağlıklı tanım olarak kabul edilen “tam özsel tanım (hadd-i tâm)” yapılırken, bir şeyin hemen üstünde bulunan cinsi ile (cins-i karîb; insanın tanımında cins-i karîb “hayvan”dır) kendisini yakın cinsindeki ortaklarından ayıran “ayırım (fasl-ı karîb, yine insanın tanımında ‘nâtık olma, nutk’tur)” zikredilir ve sözgelimi insan tanımlanırken, “İnsan hayvân-ı nâtıktır (İnsan düşünen bir hayvandır)”, denir. Dikkat edilirse, burada insanın yakın cinsi olan hayvanlarla arasındaki sayısız benzerlik (yeme, içme, üreme, göz, kulak, ayak vb. organlara sahip olma, emzirme, annelik içgüdüsüne sahip olma vb.) önem taşımamakta, ayırıcı tek bir özellik (nutk=düşünme) belirleyici olmaktadır.

<sup>780</sup> “Her doğan, İslâm fitratı üzerine doğar (كُلُّ مَوْلُودٍ يُوَلَّدُ عَلَىٰ فِطْرَةِ الْإِسْلَامِ)”. Bk. Buhârî, Cenâiz, 92; Müslim, Kader, 25; İman, 264.

<sup>781</sup> Özellikle İlk Çağ doğal hukuk düşüncesinde üzerinde durulan “doğa” kavramıyla İslâm düşüncesinde yer alan “sünnetullah” kavramı arasında benzerlik görünmektedir. Ne var ki, söz konusu kavramı bir doktora tezi çerçevesinde ele alan Özsoy’un tespitlerini dikkate alarak, bu kavram ister gelenekte yanlış anlaşılmiş şekliyle “doğa yasası” olarak, isterse Özsoy’un kavramın doğru anlamı olarak belirlediği “Allah’ın tarihin akışına dair vaz’ ettiği yasa” olarak anlaşılabilir (Bk. ÖZSOY, Ömer, *Sünnetullah: Bir Kur’ân İfadesinin Kavramlaşması*, Ankara 1999, s. 133–135), İlk Çağ’da kevnî-tarımsal bir akıl (Logos) anlamına gelen “doğa” kavramıyla özde çok farklı olduğu görülmektedir.

Kanaatimizce farklı hukuk sistemlerinin mukayesesinde bu husus dikkate alınmalı, sayısız benzerliklerden önce, ayırıcı vasıfların altı çizilmelidir. İstihsan yönteminin ait olduğu İslâm hukuku için -ki, istihsanın İslâm hukukuna özgü bir hakkaniyet düşüncesi olduğuna dikkat edilmelidir- bu ayırıcı vasfın “korunmuş olan vahye dayanma” olduğunu söylemek yanlış olmasa gerektir. İslâm hukuku bu ayırıcı vasıftaki “vahye dayanma” ifadesiyle İlk Çağ ve Yeni Çağ doğal hukuk düşüncesinden, “korunmuş olan vahiy” ifadesiyle ise, Orta Çağ doğal hukuk düşüncesinden ayrılmaktadır. Zira İlk Çağ doğal hukukunun kaynağı kevnî akıl anlamında *Logos*'tur; Yeni Çağ doğal hukukunda ise, bireysel akıldır (*ratio*).

Vahyi esas alması yönüyle İslâm hukukuyla daha müşterek bir görünüme sahip olan Orta Çağ doğal hukukuna gelince, ilgili yerde de belirtildiği üzere, dönemin en büyük filozoflarından olan Augustinus'ta ahlâk ilkelerinin Tanrı'nın iradesinden bağımsız olarak var olup olmadığı meselesi, Augustinus'un teolog ve filozof kimliğine bağlı olarak, iki ayrı şekilde cevaplanmış görünmektedir<sup>782</sup>. Ayrıca yine Augustinus'ta hukuksal açıdan, biri her insanın içinde var olup iyiyi ve doğruyu gösteren doğal yasalar (*Lex naturalis*) ve diğeri İncil'de bildirilen esaslar olmak üzere iki türlü hukuksal “olması gereken” var görünmektedir. Bunun gibi Orta Çağ felsefesinin diğer büyük filozofu olan Aquinas'lu Thomas'ta da “olması gereken” kategorisinin hem doğal yasa (*Lex naturalis*) ve hem de ilahî yasa (*Lex Divina*) ile doldurulmuş olması dikkat çekmektedir. Bu durumda Orta Çağ hukuk felsefesinin, vahyi hukukun temel belirleyici kaynağı yapmamış olduğu, antik Yunan'dan ve Roma'dan tevarüs ettiği doğal hukuk düşüncesinden de esaslı biçimde medet umduğu ortaya çıkmaktadır. Burada temel sorun, Tanrı'dan bağımsız bir ahlâk yasasının kabul edilip edilemeyeceği noktasında odaklanmaktadır. Daha sonraları Grotius'ta açık biçimde görüldüğü üzere, iki kere ikinin dört etmesi şeklindeki matematik aksiyomlar gibi, Tanrı'nın bile istese dahi değiştiremeyeceği<sup>783</sup> bir ahlâk yasası var mıdır? Böyle bir ahlâk yasasının kabulü, özellikle Rönesans sonrası felsefî düşünce açısından bir ilerleme olarak görülebilir; ne var ki, neokantist hukuk filozofu Del Vecchio'nun da altını çizdiği üzere, böyle bir düşünce ulûhiyyet fikri açısından ciddî sakıncalar taşımaktadır<sup>784</sup>.

İstihsan (daha genelde İslâm hukuku) ve doğal hukuk karşılaştırması bağlamında değinilmesi gereken bir diğer husus, doğal hukuk düşüncesinin ortak bir ontoloji varsayıyor olmasıdır. Buna göre, tüm insanlar arasında, insan olmaktan kaynaklanan, ortak olan ve müştereken algılanan, doğruyu gösterme konusunda rehber olabilecek bir varlık (fitrat da denebilir) varsayılır. Kant'ın “Amaçlar Ülkesi” ve Del Vecchio'nun “altérité” kavramlarıyla

<sup>782</sup> WEBER, *Felsefe Tarihi*, 134, 135.

<sup>783</sup> GROTIUS, *Savaş ve Barış Hukuku*, 18, 19.

<sup>784</sup> DEL VECCHIO, *Hukuk Felsefesi Dersleri*, 301.

ifade ettikleri “intesübjektif” alan da, böyle bir mevhum-müşterek ontoloji varsayımına dayanmaktadır. İslâm açısından bakıldığında, otantik olarak böyle bir ontolojinin varlığından söz edilebilirse de, bu ontolojinin sürebilmesinin müslüman olmaya ve müslüman kalmaya bağlandığını söylemek daha uygun görünmektedir<sup>785</sup>.

Şu da bir gerçektir ki, İslâm açısından söz konusu otantik ontoloji muhafaza edilmiş olsa bile, normatif değerler ve yükümlülükler konusunda referans kaynağı ontoloji olmamıştır. Aksine ontoloji, naslar ve bunların yorumu çerçevesinde örülmüş bir epistemoloji ile güvence altına alınmıştır. İslâm hukukunda bir ontolojinin referans gösterilmesi şöyle dursun, istihsanın yukarıda zikredilen tanımda geçen “يُنْقَدِحُ فِي نَفْسِ الْمُجْتَهِدِ (müctehidin vicdanını etkileyen delil)” ifadesinde vurgulanan, “vicdanda oluşan duygular/düşünceler” gibi mevhum ve spekülatif kaynaklar dahi muteber kabul edilmemiş, bir hükmün kaynağının kesin olarak tahakkukuna vurgu yapılmıştır<sup>786</sup>.

İslâm inancına göre, insanın ahlâk ve hukuku da kapsar şekilde dünyevî ve uhrevî anlamda nasıl davranması gerektiğine dair normlar vahiy ürünü olan naslardan çıkar. Naslar (özellikle Kur’ân ayetleri) yalnızca lâfızları itibariyle korunmuş olmayıp, naslarda Şâri’in maksudu olan anlam da, ilk dönemlerden itibaren icmâ ve fıkıh usûlü eksenli oluşan yorum metotlarıyla güvence altına alınmıştır. Kuşkusuz burada, doğal hukuk düşüncesi de dâhil olmak üzere, her türlü felsefî sistem tarafından, vahiy ürünü nasların dogmatik karakterinden ötürü inanç konusu olduğu şeklinde bir itiraz gelebilir. Kanaatimizce, böyle bir itiraza, en rasyonel olanlar da dâhil olmak üzere, her türlü felsefî sistemin ilk hareket ilkelerinin dogmatik karakteri hatırlatılarak cevap verilebilir. Bu bağlamda aşağıda Aristoteles’ten yapılan alıntı dikkat çekicidir<sup>787</sup>:

Bizim doktrinimiz, her ilmin ispatçı olmadığı, fakat doğrudan doğruya önermelerin ilminin, aksine olarak, ispattan bağımsız olduğudur.

Doğal hukuk düşüncesi açısından karakteristik olan yönün, ister kevnî akıl (*Logos*), isterse bireysel akıl (*ratio*) anlamında olsun, hukukun kaynağına aklın yerleştirilmesi olduğuna göre, İslâm hukukunda aklın yükümlülük kaynağı olmak bakımından konumunu hatırlamakta yarar görünmektedir. Bu konu fıkıh usûlü eserlerinde “Hâkim (Hükmün Kaynağı)” başlığı altında ele alınmakta olup, kelâm ve fıkıh usûlü ilimlerinin müşterek konularından “husn ve

<sup>785</sup> Fıtratın korunmasının müslüman olmak/kalmakla yakın ilişkisi bağlamında örnek olarak şu hadis dikkat çekicidir: “Ümmetim akşam namazını geciktirmedikleri sürece fıtrat üzeredirler” (Ebû Dâvûd, Salât, 6; İbn Mâce, Salât, 7; Ahmed b. Hanbel, *Müsned*, VI, 449).

<sup>786</sup> ÖNDER, 71.

<sup>787</sup> ARİSTOTELES, *İkinci Analitikler* (çev. Hamdi Ragıp Atademir), Ankara 1967, s. 11.



kubh” meselesi de, konumuz açısından özel bir önem taşımaktadır. Eşya ve fiillerin özünde iyilik ve kötülük niteliklerinin var olup olmadığı, varsa bunların idrak edilip edilemeyeceği ve bu idrâkin yükümlülüğü gerektirip gerektirmeyeceği eksenindeki tartışmaları ifade eden husn ve kubh meselesi çerçevesinde ilk olarak, bu niteliklerin eşyanın özünde bulunup bulunmadığı konusuna mezheplerin bakışı kısaca açıklanmaya çalışılacaktır.

Husn (iyilik) ve kubh (kötülük) kavramlarının, üzerinde tartışmaların cereyan ettiği anlamları, “dünyada övgüyü (medh) veya yergiyi (zemm), ahirette ise mükâfat veya cezayı gerektiren şey”, şeklindedir. Daha açık bir anlatımla, bir fiilin hasen (iyi) olmasının, dünyada övülmeyi ve ahirette mükâfatı gerektireceği, bir fiilin kabîh (kötü) olmasının ise, dünyada yerilmeyi ve ahirette cezayı gerektireceği anlamındadır<sup>788</sup>.

Eşya ve fiillerin özünde iyilik ve kötülük niteliklerinin bulunup bulunmadığı çerçevesinde gelişen tartışmalar, gelenekte “Husn ve kubh zati midir?” sorusuyla ifade edilmiştir. Yalnız bu sorunun cevabında değil, husn ve kubhla ilgili diğer meselelerde de, karşımıza çıkan üç kelâm ekolünden Mu'tezile ile Mâturidiye, husn ve kubhun zati (özel) olduğu, yani eşya ve fiillerin özünde iyilik ve kötülük niteliklerinin bulunduğu kanaatini taşıırken, Eş'ariye ise, söz konusu niteliklerin zati olmadığı, bunların belirleniminin vahye (şeriatın bildirimine) bağlı bulunduğu görüşündedirler. Birinci görüş sahiplerine göre, Allah teâlâ hikmet sahibi olduğu ve şeriat, insanların maslahatını ön planda tuttuğu için, emir ve yasaklar, eşya ve fiillerdeki iyilik ve kötülük niteliklerine göre gerçekleşir. Eğer söz konusu niteliklerin zati olmadığı iddia edilirse, bu durumda, vahyin nüzulünden (şeriatın gelmesinden) önce, sözgelimi iyilik yapmak ile adam öldürmenin birbirine eşdeğer kabul edilmesi gerekirdi. Yine husn ve kubhun zati olduğu kabul edilseydi, peygamberlerin rahmete değil fitneye neden olduğu iddia edilmiş olurdu. Zira insanlar şeriatın kendilerine ulaşmasından önce (deyim yerindeyse doğa durumunda), hiçbir şeye bağlı olmadan rahat bir şekilde yaşarlarken, peygamberin gönderilmesiyle, bir yığın mükellefiyetle yükümlü tutulmuş olacaktı. Ayrıca hemen birçok fiilin iyi ya da kötü olduğu konusunda, insanların büyük ölçüde hemfikir olması da, söz konusu niteliklerin zati olduğunu gösteren önemli bir husustur. İyilik ve kötülük niteliklerinin zati kabul edilmesi durumunda şeriatın işlevi, eşya ve fiillerde zaten var olan bu niteliklerin idrakinde akla yardımcı ve destek olmaktır<sup>789</sup>.

<sup>788</sup> Husn ve kubhun diğer anlamlarıyla birlikte bk. RÂZÎ, Fahreddin Muhammed b. Ömer (ö. 606/1209), el-Mahsûl fî İlmi Usûli'l-Fıkh, Beyrut 1992, I, 123, 124; ENSÂRÎ, Muhammed b. Nizâmuddin (ö. ?), Fevâtihu'r-Rahamût (Şerhu Müsellemi's-Sübût li Muhibbullah b. Abdîşşekûr), Bulak 1322, I, 25; İBN EMİRİ'l-HÂC (ö. 879/1474), et-Takrîr ve't-Tahbîr, Beyrut 1403/1983, II, 90, 91; SADRU'ş-ŞERİA, I, 328, 329; DEVÂLİBÎ, 170, 171.

<sup>789</sup> MÂTURİDÎ, Ebû Mansûr Muhammed b. Muhammed (ö. 232/852), Kitâbu't-Tevhîd (nşr. ve thk. Fethullah Huleyf), İstanbul 1979; BUHÂRÎ, Keşfu'l-Esrâr, I, 183; ZERKEŞÎ, el-Bahru'l-Muhît, I, 142, 146, 258; İBN

Eş'ariye'ye göre ise, iyilik ve kötülük nitelikleri eşya ve fiillerin özünde mevcut olmayıp, vahyin (şeriatın) bildirmesine bağlıdır. Şer'an emredilmiş olan bir şey iyi, yasaklanmış olan bir şey ise, kötüdür. Şeriatın bildiriminde eşya ve fiillerin iyi ya da kötü olması görecelidir. Sözelimi yalan söylemek genelde kötü görülen bir davranış olmakla birlikte, iki kişinin arasını bulmak amacıyla yalan söylemek, genelde iyi bir davranış olarak görülmektedir. Bunun gibi, duruma göre değişen bir nitelik zati (özel) olamaz. Yine söz konusu nitelikler özel olsaydı, bu nitelikler üzerinde tartışma yapılmaması gerekirdi. Bir takım fiillerin ve nesnelere iyi ya da kötü olduğu şeklinde insanlar arasında yaygın olan kanaatler irdelendiğinde, bunların genelde bir dine dayandığı (yani dogmatik karakterde olduğu) ya da bir yararın elde edilmesi ya da kaçırılması sebebiyle (utilitarist kaygılarla) ortaya çıktığı görülür. Şari teâlâ'nın bütün bu mülâhazaların üzerinde ve bunlardan bağımsız olduğu ise açıktır<sup>790</sup>.

Husn ve kubh meselesi kapsamında yapılan ikinci tartışma, iyilik ve kötülük niteliklerinin akılla bilinip bilinmeyeceği konusudur. İyilik ve kötülük niteliklerinin özel olduğunu kabul etmeyen Eş'ariye için böyle bir tartışmanın anlamsız olduğu açıktır. Zira yukarıda da belirtildiği üzere, söz konusu niteliklerin eşya ve fiillerde bulunup bulunmadığının idraki ancak vahiy yoluyla ve şeriatın bildiriyle gerçekleşebilir. Bu durumda aklın yapabileceği, şeriatla emredilen ve yasaklanan konulardaki iyilik ve kötülük niteliklerini idrakten ibarettir<sup>791</sup>.

İyilik (husn) ve kötülük (kubh) niteliklerinin özel (zati) olduğunu savunan Mu'tezile ve Mâturidiye ise, söz konusu niteliklerin akıl tarafından idrak edilebileceği hususunda da hemfikirdirler. Bu iki ekole göre akıl cennet ve cehennem gibi sem'iyâyâta ait konularda bilgi sahibi değilse de, eşya ve fiillerdeki iyilik ve kötülük niteliklerini idrak edebilir. Bu durumda şeriat akli desteklemiş olmaktadır<sup>792</sup>.

Bu konuda daha derinlikli düşünceler geliştirmiş görünen Mu'tezile'ye göre aklın iyilik ve kötülük niteliklerini idraki üç yolla gerçekleşir. Bunlardan ilki, akli zaruret (*zarûretü'l-akl*) yoluyla. Örneğin boğulmak üzere olan bir kimsenin kurtarılmasının veya nimet verene şükretmenin iyi olması ya da mutlak olarak yalan söylemenin ve nimete nankörlük etmenin kötü olması, akli zaruret yoluyla idrak edilen niteliklerdir. Eşya ve fiillerdeki söz konusu niteliklerin bir kısmı ise düşünme ve tefekkür (*nazarü'l-akl*) ile kavranabilir ki, sözelimi arabuluculuk

EMİRİ'L-HÂC, II, 91; DEVÂLİBÎ, 168; KOZALI, Abdurrahim, *İslâm Hukuk Usûlü Eserlerinde Yükümlülük (=Teklif)*, İstanbul 1998 (yayımlanmamış yüksek lisans tezi), 41, 42, 44.

<sup>790</sup> GAZZÂLÎ, *el-Müstasfâ*, I, 57-61; RÂZÎ, *el-Mahsûl*, I, 123; SADRU'Ş-ŞERİA, I, 329; DEVÂLİBÎ, 168; BARDAKOĞLU, Ali, "Husn ve Kubh Konusunda Aklın Rolü ve İmam Mâturidi", E.Ü.İ.F.D., sy. 4, Kayseri 1984, s. 67; KOZALI, 42, 43.

<sup>791</sup> BUHÂRÎ, *Keşfu'l-Esrâr*, I, 183.

<sup>792</sup> BUHÂRÎ, *Keşfu'l-Esrâr*, I, 183; ZERKEŞÎ, *el-Bahru'l-Muhît*, I, 146; ENSÂRÎ, *Fevâtihu'r-Rahamût*, I, 25.

kastıyla yalan söylemenin iyi olması bu türe girer. Husn ve kubh niteliklerinin üçüncü idrak yolu ise, şeriatın bildirimidir. İbadetlerin iyi olduğunun bilgisi bu yolla gerçekleşir<sup>793</sup>.

İyilik ve kötülük niteliklerinin akılla idraki konusunda dikkat edilmesi gereken bir husus, tartışmanın söz konusu niteliklerin idraki bağlamında yapılmış olup, bu niteliklerin eşya ve fiillere Allah teâlâ tarafından konulmuş olduğunda tartışma bulunmamasıdır. Ancak şu farkla ki, bu niteliklerin vaz'ı Eş'ariye'ye göre, şeriatın bildiriyle gerçekleşirken, Mu'tezile ve Mâturidiye'ye göre ise, yine Şârî teâlâ tarafından, fakat şeriatın bildiriminden öncedir<sup>794</sup>.

Husn-kubh meselesi çerçevesinde, çalışmamız açısından da özellikle önem taşıyan konu, eşya ve fiillerde özsel olarak var olduğu kabul edilen iyilik ve kötülük niteliklerinin akılla bilinmesinin yükümlülük nedeni olup olmayacağı meselesidir ki, bu konu aynı zamanda "aklın teklifteki yeri" ya da fıkıh usûlündeki terminolojiyi hatırlamak gerekirse "hâkim" konusu ile de örtüşmektedir.

Öncelikle şu hususun altı çizilmelidir ki, hükümlerin idraki konusundaki tartışmalar bir yana, usûl âlimleri, müslümanların son tahlilde teklifin kaynağının/hâkimin Allah teâlâ olduğu konusunda görüş birliği içerisinde bulduklarını, hiçbir müslümanın aksini iddia edemeyeceğini ifade etmişlerdir<sup>795</sup>.

Aklın teklifteki rolü konusunda, iyilik ve kötülük niteliklerinin özsel olmadığı ve dolayısıyla akılla bilinmesi gibi bir şeyin söz konusu olamayacağı kanaatinde olan Eş'arîler'in, hükümlerin yegâne kaynağı olarak şeriatı görmeleri gayet doğaldır. Buna göre, bir fiilin veya bir şeyin iyi veya kötü olmasının şeriatın bildirimine bağlı bulunması gibi, vacip-haram, mendûb-mekrûh veya mübâh olması da tamamen vahiy aracılığıyla bilinebilir. Eş'arîler bu görüşlerinin mantıksal uzantılarını en uç noktaya kadar götürmüşler ve vahyin bildiriminden önce eşya ve fiillerin hükümsüz olduğunu, daha açık bir ifadeyle, sözgelimi imanla küfrün, namazla zinanın eşit bulunduğunu, yani bu fiillerin işlenmesi sonucu bir sevap/mükâfat veya günah/azabın söz konusu olamayacağını savunmuşlardır<sup>796</sup>.

Mu'tezile ise, aklın eşya ve fiillerdeki iyilik ve kötülük niteliklerini idrak etmesinin, aynı zamanda hükmü de gerektireceği kanaatinde. Buna göre, kişi, iyi olduğunu akıyla idrak ettiği bir şeyi yapmakla veya yine kötü olduğunu akıyla idrak ettiği bir şeyi terk etmekle

<sup>793</sup> GAZZÂLÎ, *el-Müstasfâ*, I, 56; RÂZÎ, *el-Mahsûl*, I, 124.

<sup>794</sup> BUHÂRÎ, *Keşfu'l-Esrâr*, I, 183.

<sup>795</sup> GAZZÂLÎ, *el-Müstasfâ*, I, 56; ÂMÎDÎ, *el-İhkâm*, I, 76; ENSÂRÎ, *Fevâtih*, I, 25; HANBELÎ, *Usûl*, 355; ŞA'BÂN, *İslâm Hukuk İlminin Esasları*, 197; ATAR, *Fıkıh Usûlü*, İstanbul 1992, s. 105.

<sup>796</sup> GAZZÂLÎ, *el-Müstasfâ*, I, 55; RÂZÎ, *el-Mahsûl*, I, 169; ÂMÎDÎ, *el-İhkâm*, I, 76; ZERKEŞÎ, *el-Bahru'l-Muhît*, I, 139, 152; BUHÂRÎ, *Keşfu'l-Esrâr*, IV, 230, 231; ENSÂRÎ, *Fevâtih*, I, 25.

yükümlüdür<sup>797</sup>.

Mu'tezile bu konuda Kur'ân'daki ilgili ayetlerden<sup>798</sup> hareketle, insanın tefekkür etmekle ve tefekkürünün gereğini yapmakla yükümlü tutulduğunu ifade etmiştir. Mu'tezilî âlimlerin akıl için gerekli gördükleri yükümlülüklerin başında peygamberin doğruluğunu tasdik etmek gelmektedir. Zira söz konusu âlimlere göre, peygamberin doğruluğunun tasdiki şeriatın bildirimine bağlandığı takdirde, bir kısır döngü ortaya çıkacaktır<sup>799</sup>.

Fıkıh usûlü eserlerinde genel olarak, Mutezile'nin aklın teklifteki yeri bağlamındaki görüşü, aklın, Allah tarafından vaz' edilmiş olan hükmü bilmesi şeklinde anlaşılmışsa da, kimi eserlerde<sup>800</sup> de, Mu'tezile'nin aynı zamanda, aklın "vâzî" olduğu, yani teklifin kaynağını teşkil ettiği şeklinde bir görüşe sahip oldukları da iddia edilmiştir. Böyle bir görüşün savunulması, aklın aynı zamanda îcab ve tahrîm için illet olacağı anlamına gelir. İlet, burada bir şeyin vacip veya haram olmasının kendisine bağlandığı şey, olarak tanımlanmış olup, bu anlayışın sonucu olarak akıl, iyi bulduğu şeyleri vacip (ya da mendup), kötü bulduklarını ise haram (ya da mekruh) kılar<sup>801</sup>. Böyle bir anlayışa göre, akıl, şer'î illetlerin (nasların) de üzerindedir; çünkü şer'î illetler başlıbaşına îcâb veya tahrîm kaynağı olamazlar, ahkâmı vaz' edemezler, ancak vaz' edilmiş olan hükümleri gösterirler. Ayrıca yine şer'î illetler nesh ve tebdîle de açıktırlar. Yukarıda zikredilen anlamda akıl teklifin kaynağı olarak görüldüğünde, bizzat "mûcib (vâcip kılıcı)" ve "muharrim (haram kılıcı)" olarak görülmekte ve aklın nesh ve tebdîle mahal olması da söz konusu olamamaktadır. Binaenaleyh akıl, böyle bir anlayışa göre, şeriat olmasaydı dahi, hükümlerin vaz'ı için yeterli olurdu şeklinde bir anlayış ortaya çıkmaktadır<sup>802</sup>. Yine bu anlayışa göre, aklın eşya ve fiillerde vaz' ettiği iyilik ve kötülük nitelikleri kullar için olduğu kadar, Tanrı için de bağlayıcı bir mahiyet arzeder. Zira eşya ve fiillerdeki iyilik ve kötülük nitelikleri kulların yararına ya da zararına olan şeyleri gösterir ki, kullar için en yararlı (*aslah*) olan hükmü vermek, Mu'tezilî düşüncede Allah için vaciptir. Bu ifadeler, kuşkusuz, Orta Çağ doğal hukuk felsefesinin en önemli sıkıntı noktası olan Tanrı'nın iradesinden bağımsız olarak iyiyi ve kötüyü gösteren ve akıl vasıtasıyla idrak edilebilen bir ahlâk yasasının varlığı meselesini çağrıştırmaktadır.

Mu'tezile'ye buna benzer düşünceler atfedilmiş olmakla birlikte, usûlcülerin genel tavrı, bu tarz düşünceleri İslâm dinine mensup herhangi bir kimsenin savunmasının tasavvur

<sup>797</sup> ZERKEŞÎ, *el-Bahru'l-Muhît*, I, 146; BUHÂRÎ, *Keşfu'l-Esrâr*, IV, 229.

<sup>798</sup> Örnek olarak, "Yeryüzünde gezmediler mi ki, kendilerinden öncekilerin sonunun nasıl olduğuna baksınlar" (er-Rûm 30/9); "Biz, onlara dış dünyada ve özllerinde âyetlerimizi göstereceğiz" (Fussilet 41/53) âyetleri gibi.

<sup>799</sup> BUHÂRÎ, *Keşfu'l-Esrâr*, IV, 231; SADRU'ş-ŞERİA, *et-Tavdîh*, I, 360.

<sup>800</sup> BUHÂRÎ, *Keşfu'l-Esrâr*, IV, 171; SADRU'ş-ŞERİA, *et-Tavdîh*, I, 362.

<sup>801</sup> BUHÂRÎ, *Keşfu'l-Esrâr*, IV, 229.

<sup>802</sup> BUHÂRÎ, *Keşfu'l-Esrâr*, IV, 230.

edilemeyeceği noktasında odaklanmış görünmektedir. Zira hâkimin (teklifin kaynağı) Allah teâlâ olduğu konusunda usûlcüler, İslâm ümmetinin hemfikir olduğunu ifade etmişlerdir<sup>803</sup>. Bir kere aklın hüküm kaynağı olması, bizzat kendi mahiyeti gereği uygun görünmemektedir; çünkü akıl bir takım bilgileri içerir ve aklın bu bilgisi, bilineni var etmez ve gerektirmez. Hal böyle olunca, Mu'tezile'nin bu konudaki görüşünü, "akıl eşya ve fiillerdeki iyilik ve kötülük niteliklerini vaz' eder", şeklinde değil, "fark eder", şeklinde anlamak daha yerinde görünmektedir. Aklın söz konusu nitelikleri idrak etmesi, kişi açısından dünyevî ve uhrevî sonuçlar doğurur; yani kişi, iyi olduğunu idrak ettiği bir şeyin dünyada övgüye ve ahirette mükâfata; kötü olduğunu idrak ettiği bir şeyinse dünyada yergiye (zemm) ve ahirette cezaya neden olacağını bilir. Ne var ki, aklın bu bilgisi, özellikle Tanrı açısından bağlayıcı değildir. Binaenaleyh akıl, Mu'tezilî düşüncede de, teklifin kaynağı değil, belki sebebidir, denebilir<sup>804</sup>.

Aklın yükümlülüğün kaynağı olmak bakımından işlevi bağlamında son olarak Mâturidiye'nin kanaatlerine bakıldığında, Mâturidîler'in iyilik ve kötülük niteliklerinin özsel olduğu ve akılla idrak edilebilecekleri hususunda Mu'tezile ile hemfikir olmalarına karşın, aklın bu bilgisinin yükümlülüğü gerektirmeyeceğini savunmuş olmaları dikkati çeker. Haddizatında aklın, söz konusu nitelikleri konusunda dahi, Mâturidîler'in ihtiyatlı bir tutum sergiledikleri görülmektedir. Buna göre, "akıl, kalbe idrak yolunu açar ve kalp de Allah'ın yardımıyla idrak eder"<sup>805</sup>.

Bu durumda Mâturidîler'e göre aklın önemi ve işlevi teklife muhatap olma ehliyetinin gerçekleşmesinde kendisini gösterir. Kişinin muhatap/mükellef olması akıl sağlığına bağlı olup, Allah'ın hikmeti gereği (O'nun açısından bir zorunluluk ve bağlayıcılık olmaksızın), akıl sağlığı yerinde olmayan kimselerin davranışlarına herhangi bir hüküm bağlanmaz<sup>806</sup>.

"Husn-Kubh Meselesi" çerçevesinde yukarıda özetle aktarılan tartışmalarda, fıkıh usûlü bilginlerinin ve İslâm hukukunun felsefî arka planını hazırlayan disiplin olarak kelâm ilmine mensup âlimlerin, aklın yükümlülüğün ve hukukun kaynağı olması meselesine bakışları yansıtılmaya çalışılmıştır. Fıkıh usûlü ilminin ekseninin Ehl-i Sünnet ve daha özelde Eş'ariye mezhebi tarafından oluşturmuş olması, bir diğer ifadeyle İslâm hukukunun felsefî arka planının fiilî olarak daha çok Şâfiî ile başlamış ve Eş'arî ekolde ifadesini bulmuş olması dikkati çekmektedir. Dolayısıyla Mu'tezilî düşünce, İslâm hukukunun felsefesinde söz sahibi olmak noktasında pek etkin olamamış görünmektedir. Belki şu husus da ifade edilebilir ki,

<sup>803</sup> ENSÂRÎ, *Fevâtiḥ*, I, 25; BARDAKOĞLU, "Husn ve Kubh Konusunda Aklın Rolü ve İmam Mâturidî", 59.

<sup>804</sup> KADI ABDÜLCEBBÂR, *el-Muğni*, VI, 62, 64'den nakleden BARDAKOĞLU, 64, 65; ENSÂRÎ, *Fevâtiḥ*, I, 25; ZERKEŞÎ, *el-Bahru'l-Muhît*, I, 134; DEVÂLİBÎ, *Medhal*, 173; KOZALI, 52-56.

<sup>805</sup> BUHÂRÎ, *Keşfu'l-Esrâr*, IV, 232.

<sup>806</sup> BUHÂRÎ, *Keşfu'l-Esrâr*, IV, 232; ENSÂRÎ, *Fevâtiḥ*, I, 29; DEVÂLİBÎ, *Medhal*, 173; KOZALI, 56-58.

Mu'tezile'nin, İslâm düşüncesi bağlamında tarihte yerine getirdiği işlevin de bir gereği olarak spekülâtif kalması, daha çok teorik felsefeyle ilgilenip, düşüncelerinin pratik yansımalarını hesaba katmamış olması ve bu hususun da gerek daha sonra gelen ulema ve gerekse İslâm toplumunun sağduyusunda rahatsızlık uyandırması, tam anlamıyla sistemleşmeden son bulmasına neden olmuştur. Kaldı ki, usûl bilginlerinin genelinin Mu'tezile'nin görüşlerini, akli tek başına teklifin kaynağı olarak görmedikleri, akli hükümleri vaz' eden değil, farkedilen bir yeti olarak gördükleri şeklinde yorumlamaları dikkat çekicidir.

Ancak şu var ki, bize göre, birinci husus, yani İslâm hukuk felsefesini Eş'arî-Mâturidî çizginin belirlemiş olması daha önemlidir. Zira Mu'tezile'nin ılımlı yorumu kabul edildiğinde dahi, pratikte hüküm kaynağı olarak akla başvurma imkânı açık kalacaktır. Çünkü konumuz açısından daha önemli olan husus, iyi ve kötüye dair kanaatlerin akla nereden geldiği, bunların kaynağı değildir. Nitekim hukuk felsefesi tarihinde doğal hukuku laikleştiren kişi olarak bilinen ve ilâhî hukukun oluşması sırasında Tanrı'nın eşya ve fiilerdeki özsel nitelikleri dikkate almamış olması hasebiyle bu hukuku pozitif hukuk kapsamında görerek, ilahî hukuk karşısında doğal hukukun rüchâniyeti bulunduğu kanaatini taşıyan Grotius da, doğal hukuka dair bilgilerin akla, Tanrı tarafından verildiğini savunmuştur<sup>807</sup>. Kezâ, Tanrı'nın rızası ve öte dünya umuduyla iyi davranışlarda bulunmayı, "hipotetik buyrukların" gereğince davranmak olarak değerlendirip, salt pratik akıldan kaynak alan "kategorik buyrukları" yeğleyen Kant da, akla bu niteliklerin Tanrı tarafından verildiğini ihsâs eden düşüncelere sahiptir. O halde mesele, gerek dünyevî ve gerekse uhrevî anlamda eylemlerimizin motivasyonunun vahiy ürünü olan naslar mı yoksa akıl ürünü olan buyruklar mı (ezcümle doğal hukuk ilkeleri mi) olacağı noktasında düğümleniyor, görünmektedir. İslâm hukuk felsefesinin belkemiğini oluşturan Eş'arî-Mâturidî çizginin bu konuda naslardan, doğal hukuk da dâhil olmak üzere beşerî hukuk sistemlerinin ise akıldan yana tercihte bulunmuş olmaları, kanaatimizce İslâm hukukunun akıl alanına en fazla açılıyor görünen yöntemi kabul edilebilecek olan istihsan ile doğal hukuk düşüncesinin temel ayrılık noktasıdır.

---

<sup>807</sup> "Doğal hukuk bile insanın iç ilkelerinden doğmakla birlikte, haklı olarak yine de Tanrı'ya bağlanabilir; çünkü bizde böyle ilkeler olmasını da O istemiştir" (*Savaş ve Barış Hukuku*, 7, 8).

## SONUÇ

“İstihsan ve Doğal Hukuk İlişkisi” başlığını taşıyan çalışmamızda ulaştığımız sonuç şu şekilde ifade edilebilir:

İstihsan ve doğal hukuk kavramları, ilkinin salt hukuksal bir yöntem, ikincisininse daha çok felsefî karakter taşıyan bir hukuk kaynağı olması hasebiyle karşılaştırılmaz görünüyorsa da, hakkaniyet kavramı/düşüncesi her iki kavramın buluşma noktası ve mukayese zemini olarak uygun görünmektedir.

İstihsan İslâm hukukuna özgü bir hakkaniyet anlayışıdır, denilebilir ve tıpkı Batı hukukunda yer alan hakkaniyet kavramı gibi, hukuksal akıl yürütmenin düz bir mantıkla uygulanmasının doğurabileceği sıkıntıları aşmak üzere geliştirilmiş, “tekil olayda tecelli eden adâlettir”.

Ne var ki, istihsan ile hakkaniyetin benzerliği, istihsanın bütün türleri için (örneğin takdirî icihad gibi) geçerli olmadığı gibi, istihsan her zaman hakkaniyet düşüncesinin ilk akla getirdiği hukukun adalet fonksiyonuna hizmet etmeyip, bir fıkıh mezhebinin iç tutarlılığını sağlayarak hukuk güvenliğine de hizmet etmiştir. Diğer yandan özellikle furû fıkihta yer alan istihsanların önemli bir kısmının örfe dayalı olduğu dikkate alınır, istihsanın hukukun fonksiyonlarından “toplumsal ihtiyaçları karşılama/amaca uygunluğu” da sağladığı ortaya çıkar.

İstihsan ve hakkaniyet kavramlarının ötesinde İslâm hukuku ve doğal hukuk düşüncesi arasında da ilkesel düzeyde bir çok benzerlik bulmak mümkündür. Ne var ki, bu benzerlikler bize göre, yüzeysel kalmaktadır. Zira doğal hukuk düşüncesine göre “olması gereken” hukuk daima spekülâtif bir mahiyet taşırken, İslâm hukukuna göre naslar ve makâsîd çerçevesinde yürürlüğe giren hukuk aynı zamanda olması gereken hukuktur.

Diğer yandan “olması gereken” kategorisi, doğal hukuk düşüncesinde birkaç ilkeye indirgenmişken, İslâm hukukunda bu kategoriyi belirleyen nasların, tekil olayların çözümüne de yer verdiği dikkati çeker ki, naslardaki metinleri tarihsel olarak yorumlayan anlayışlar bir yana bırakılacak olursa, fıkıh tarihinin bütününe egemen olan anlayışlara göre, bu âyetlerde düzenlenen hükümlerin yürürlüğünün sürekliliği vardır.

Genel olarak İslâm hukuku ve doğal hukuk düşüncesi, özelde ise istihsan ve doğal hukuk kaynaklı hakkaniyet kavramları arasındaki temel fark ise, birincilerin korunmuş olan vahye dayanmalarına karşın ikincilerin ise, hümanist (insan merkezli) olmasıdır. Buna göre, İslâm hukukunda dogmatik karakter arzeden Kitap, sünnet ve icmâ kadar, müctehide serbest düşünme alanı tanıyan görünen başta istihsan olmak üzere diğer yöntemler de, naslar ve İslâm dininin nihaî amaçları dikkate alınarak kullanıldıklarından insan merkezli yorumlar olarak nitelenemezler. Nitekim bu konu literatürde husn-kubh meselesi çerçevesinde ele alınmıştır. Buna karşın doğal hukuk düşüncesi, kaynağı ister doğa (*Logos*) isterse tekil insan aklı (*Ratio*) olsun, hukukun kaynağı ve koyucusu olarak insanı temel aldığından hümanist bir karakter arz etmektedir.

## BİBLİYOGRAFYA

- ABADAN, Yavuz, *Devlet Felsefesi (Seçilmiş Okuma Parçaları)*, (çev. Nermin ABADAN, Bülent DAVER, Mete TUNÇAY), A.Ü.S.B.F. y., Ankara 1959.
- ABADAN, Yavuz, *Hukuk Felsefesi Dersleri*, A.Ü.H.F. y., Ankara 1954.
- ABADAN, Yavuz, "Tabîî Hukukun Yeni Vechesi", A.Ü.H.F.D., c. VII, sy. 3-4, s. 501-520, Ankara 1950.
- ABADAN, Yavuz, "Hürriyet Problemi", İ.Ü.H.F.M., VI, sy. 2-3, s. 501-506. İstanbul 1940.
- ABADAN, Yavuz, "Hürriyet Problemi, Tabîî Hürriyet Tasavvuru ve Tabîî Hukuk", İ.Ü.H.F.M., VI, sy. 2-3, s. 812-849, İstanbul 1940,
- ABADAN, "Hürriyet Problemi: Tabîî Hürriyet ve Hukuk Telakkisinin Rousseau ile Aldığı Yeni İstikamet", İ.Ü.H.F.M., VII, sy. 1, s. 269-324, İstanbul 1941.
- AHMED B. HANBEL (ö. 241/855), *Müsned*, I-VI. Mısır ts.
- AKTAN, Coşkun Can, *Haklar ve Özgürlükler Antolojisi*, Hak İşçi Sendikaları Konfederasyonu, Ankara 2000.
- ÂMİDÎ, Seyfüddin (ö. 631/1233), *el-İhkâm fî Usûli'l-Ahkâm*, Kahire 1387/1967 (*el-İhkâm*).
- ARAL, Vecdi, *Hukuk Felsefesinin Temel Sorunları*, Filiz Kitabevi, İstanbul 1984.
- ARAL, Vecdi, *Hukuk ve Hukuk Bilimi Üzerine*, İ.Ü.H.F. y., İstanbul 1975.
- ARAL, "Hukukta Felsefenin Önemi", İ.Ü.H.F.M., c. 38, sy. 1-4, İstanbul 1973.
- ARI, Abdüsselam, "Hz. Ömer'in Ebû Mûsâ el-Eş'arî'ye gönderdiği Mektubun Yargılama Hukuku Açısından Analizi", *İslâm Hukuku Araştırmaları Dergisi*, sy: 2, s. 85-99, Konya 2003.
- ARISTOTELES, *Nikomakhos'a Etik*, (çev. Saffet BABÜR), Ayraç y., Ankara 1998.
- ARISTOTELES, *Politika*, (çev. Mete TUNÇAY), Remzi Kit., İstanbul 1993.
- ARİSTOTELES, *Retorik*, (çev. Mehmet H. DOĞAN), Yapı Kredi y., İstanbul 1995.
- ARİSTOTELES, *Ruh Üzerine*, (çev. Zeki ÖZCAN), Alfa y., İstanbul 1999.
- ARZT, Gunther, *Einführung in die Rechtswissenschaft*, Verlag Helbing&Lichtenhahn, Basel 1987.
- BAKKAL, Ali, *İslâm Hukuk Metodolojisinde İstihsan*, Şanlıurfa 2001 (*İstihsan*).
- BARDAKOĞLU, "İstihsan", *DİA*, XXIII, İstanbul, s. 339-347.



- BASRÎ, Ebu'l-Hüseyin Muhammed b. Ali b. et-Tayyib (ö. 436/1044), *el-Mu'temed fi Usûli'l-Fıkıh*, (thk. Halil el-Meys) Beyrut 1983 (*el-Mu'temed*).
- BEYER, Wilhelm R., *Rechtsphilosophische Besinnung (Eine Warnung vor der ewigen Wiederkehr des Naturrechts)*, Karlsruhe 1947.
- BİLGE, Necip, *Hukuk Başlangıcı*, Turhan Kitapevi, (7. Baskı), Ankara 1990.
- BONNARD, Roger, "Tabiî Hukuk ve Pozitif Hukuk", İ.Ü.H.F.M., c. II, İstanbul 1936.
- BUHÂRÎ, Abdülaziz b. Ahmed b. Muhammed (ö. 730/1329), *Keşfu'l-Esrâr*, I-IV, İstanbul 1308.
- CESSÂS, Ebû Bekr Ahmed b. Ali er-Râzî, *el-Fusûl fi'l-Usûl*, nşr. Uceyl Câsim en-Neşemî, Kuveyt 1994 (*el-Fusûl*).
- CEVİZCİ, Ahmet, *İlk Çağ Felsefesi Tarihi*, Asa Kit., (2. Basım), Bursa 2000.
- CEVİZCİ, Ahmet, *Orta Çağ Felsefesi Tarihi*, Asa Kit., (1. Basım), Bursa 1999.
- CROZAT, CH, "Thomas d'Aquin'in Hukuk ve Devlet Nazariyesi", (çev. Recai Galip OKANDAN) İ.Ü.H.F.M., IV, sy. 14, İstanbul 1938, s. 585-637.
- CUCHE, Paul, "Hukuk Felsefesi Konferansları", A.Ü.H.F.D., IV, sy. 1-4, Ankara 1948.
- ÇAĞIL, Orhan Münir, *Hukuka ve Hukuk İlmine Giriş*, İ.Ü.H.F. y., (3. Basım), İstanbul 1966 (*Hukuk İlmine Giriş*).
- ÇAĞIL, Orhan Münir, "Felsefenin Işığında Hürriyet, Adalet, 'Hukuk Devleti' ve 'Hukuk Kültürü'", İ.Ü.H.F.M., XXVI, sy. 1-4, İstanbul 1962, s. 226-292.
- ÇAĞIL, Orhan Münir, "Filozof Immanuel Kant'ın Sisteminde Ahlâk ve Hukukun Felsefi Esasları", İ.Ü.H.F.M., XIII, sy. 3, İstanbul 1947.
- ÇAĞIL, Orhan Münir, "On Dokuzuncu Asrın Sonu ile Yirminci Asrın İlk Yarısında Alman Hukuk Felsefesinde Bazı Önemli Gelişmeler", İ.Ü.H.F.M., XIX, sy. 1-4, İstanbul 1953.
- ÇAĞIL, Orhan Münir, "Ebedî Bir Problem Olarak Hayır ve Şer Tezadı Ruhun Ebediliği (Ölmezliği) ve Hukuk İdesi", İ.Ü.H.F.M., XXIII, sy. 1-2, İstanbul 1958, s. 381-440.
- ÇEÇEN, Anıl, "Hukukta Norm ve Adalet", A.Ü.H.F.D., s. 1-4, Ankara 1975.
- DE PAGE, Hanri, "Tabiî Hukuk ve Hukukî Pozitivizm", (çev. Hâmade UZBARK), İ.Ü.H.F.M., sy. 1, İstanbul 1944, s. 96-126.
- DEL VECCHIO, Giorgio, *Hukuk Felsefesi Dersleri*, (çev. Suut Kemal YETKİN), Maarif mat. İstanbul 1940.

- DIDEROT & D'ALEMBERT, *Ansiklopedi* (çev. Selahattin Hilav), Yapı Kredi y., İstanbul 2000.
- DÖNDÜREN, Hamdi, *Delilleriyle Ticaret ve İktisat İlmihali*, İstanbul 1993.
- DÖNDÜREN, Hamdi, *Delilleriyle Aile İlmihâli*, İstanbul 1995.
- DÖNMEZ, İbrahim Kâfi, *İslâm Hukukunda Kaynak Kavramı ve VIII. Asır İslâm Hukukçularının Kaynak Kavramı Üzerindeki Metodolojik Ayrılıkları* (yayımlanmamış doktora tezi), Erzurum 1981 (*Kaynak Kavramı*).
- EBÛ YÛSUF, Yakub b. İbrahim, *Kitâbu'l-Harac*, Kâhire 1396.
- EBÛ ZEHRA, Muhammed, *Usûlü'l-Fıkh*, Kâhire 1958.
- ERDOĞAN, Mehmet, *Fıkh ve Hukuk Terimleri Sözlüğü*, Rağbet y., İstanbul 1998
- FERFUR, Muhammed Abdüllatif Salih, *Nazariyyetü'l-İstihsan fi't-Teşrii'l-İslâmî ve Sılatuhâ bi'l-Maslahati'l-Mürsele*, Dimaşk 1987 (*Nazariyyetü'l-İstihsan*).
- FÎRUZÂBÂDÎ, Muhammed b. Ya'kûb, *el-Kâmûsu'l-Muhît*, Beyrut 1986.
- GAZZALÎ, Ebû Hamîd Muhammed b. Muhammed (ö. 505/1111), *el-Müstasfâ fi İlmi'l-Usûl*, Bulak 1322 (*el-Müstasfâ*).
- GOLDZİHER, Ignaz, "Fıkh", İslâm Ansiklopedisi (MEB), İstanbul 1988.
- GÖĞER, Erdoğan, *Hukuk Başlangıcı Dersleri*, A.Ü.H.F. y., (3. baskı) Ankara 1974.
- GÖKBERK, Macit, *Felsefe Tarihi*, Remzi Kit., (8. Basım), İstanbul 1996.
- GÖZÜBÜYÜK, A. Şeref, *Hukuka Giriş ve Hukukun Temel Kavramları*, S y., (3. baskı), Ankara (1. baskı: 1973).
- GROTIUS, Hugo, *Savaş ve Barış Hukuku* (çev. Seha L. Meray), A.Ü.S.B.F.y., Ankara 1967.
- GURVITCH, George, "Tabiî Hukuk mu, Yoksa Sezgiye Dayanan Müsbet Hukuk mu?", (çev. Hâmide UZBARK), A.Ü.H.F.D., II, sy. 1, Ankara 1944, s. 156-196.
- GÜRİZ, Adnan, *Hukuk Başlangıcı*, Siyasal Kitabevi, (4. Baskı), Ankara 1994.
- GÜRİZ, Adnan, *Hukuk Felsefesi*, A.Ü.H.F. y., (3. Basım), Ankara 1992.
- HACIKADİROĞLU, Vehbi, "Kuramlar ve Adalet", *Çağdaş Hukuk Felsefesi ve Hukuk Kuramı İncelemeleri*, HFSA Y. 1 (Haz. Hayrettin ÖKÇESİZ), Alkım y., İstanbul 1993, s. 370-386.
- HEIMSOETH, Heinz, *Immanuel Kant'ın Felsefesi* (çev. Takiyettin Mengüşoğlu), İstanbul 1986.

- HAMEVÎ, Üsâme, *Nazariyyetü'l-İstihsân*, Dımaşk 1416/1992 (*Nazariyye*).
- HAMİDULLAH, Muhammed, “İslâm Devletler Hukukunun Başlangıçtaki Nazariye ve Tatbikatı” (çev. Kemal Kuşçu), *İslâmın Hukuk İlimine Yardımları (Makâleler Külliyyatı)*, İstanbul 1962, s. 75-96.
- HAMİDULLAH, Muhammed, “Devletler Hukukunun Yüzüncü Yıldönümü Münasebetiyle”, (çev. Kemal Kuşçu) *İslâmın Hukuk İlimine Yardımları (Makâleler Külliyyatı)*, İstanbul 1962, s. 95-99.
- HONIG, “Sofistler’de Tabiî Hukuk Esasları”, (çev. Yavuz ABADAN), İ.Ü.H.F.M., İstanbul 1937, s. 177-214.
- HÜNLER, Solmaz Zelyut, *Dört Adalı (Hobbes-Locke-Berkeley-Hume)*, Paradigma y., İstanbul 2003.
- İBN ABDİSSELÂM, İzzüddin, *Kavâidü'l-Ahkâm*, Beyrut t.s.
- İBN HAZM, Ebû Muhammed Ali b. Ahmed b. Saîd ez-Zâhirî, *el-İhkâm fi Usûli'l-Ahkâm*, Beyrut 1403/1983 ().
- İBN HAZM, *Mulahhasu İbtâli'l-Kiyâs ve'r-Re'y ve'l-İstihsân ve't-Taklîd ve't-Ta'lîl* (nşr. Saîd el-Efgânî), Dımaşk 1379/1960.
- İBN KAYYİM el-Cevziyye, *İ'lâmü'l-Muvakkûn*, Kâhire ts.
- İBN KUDÂME, Muvaffakuddin Ebû Muhammed Abdullah, *Ravdatü'n-Nâzır ve Cünnetü'l-Menâzır*, Riyad 1984 (*Ravda*).
- İBN KUDAME, *el-Muğnî*, by. ve bt. yok.
- İBN MANZÛR, Ebu'l-Fadl Cemalüddin (Ö. 771/1369), *Lisânü'l-Arab I-XV*, Beyrut ts.
- İBNÜ'L-ARABÎ, Ebû Bekr Muhammed b. Abdullah, *Ahkâmu'l-Kur'ân*, (thk. Ali Muhammed el-Becavî), Beyrut 1987.
- İBNÜ'L-MUKAFFÂ, Abdullah, *Risâle fi's-Sahabe* (Cemheretu Resâili'l-Arab fi Usûri'l-Arabiyyeti'z-Zâhire içinde), nşr. Ahmed Zeki Safvet, 1966, IV, 40-41.
- İNCİL, Yeni Yaşam y., İstanbul 1991 (5. Basım).
- İSMAİL, Şa'bân Muhammed, *el-İstihsân beyne'n-Nazariyye ve't-Tatbîk*, Katar 1408/1988 (*el-İstihsân*).
- KANT, Immanuel, *Ahlâk Metafiziğinin Temellendirilmesi* (çev. Ioanna Kuçuradi), Türkiye Felsefe Kurumu, Ankara 2002 (Almanca aslıyla birlikte) (*Grundlegung*).

- KANT, Immanuel, *Pratik Aklın Eleştirisi* (çev. Ioanna Kuçuradi), Türkiye Felsefe Kurumu, Ankara 1999 (Almanca aslıyla birlikte).
- KANT, Immanuel, *Prolegomena zu einer jeden künftigen Metaphysik als die Wissenschaft wird auftreten können* (Türkçe çevirisiyle birlikte), Felsefe Kurumu y., Ankara 1995
- KANT, Immanuel, (Sammlung) Werkausgabe/hrsg. Wilhelm Weischedel, Frankfurt am Mein, Suhrkamp, Bd. 3, *Kritik der reinen Vernunft*, 5. Aufl. 1981
- KANT, Immanuel, (Sammlung) Werkausgabe/hrsg. Wilhelm Weischedel, Frankfurt am Mein, Suhrkamp, Bd. 8, *Die Metaphysik der Sitten*, 4. Aufl. 1982.
- KANT, Immanuel, *Arı Usun Eleştirisi* (çev. Aziz Yardımlı), İdea y., İstanbul 1993
- KEYMAN, Selahattin, “Tabii Hukuk Doktrinin Epistemolojik Tahlili”, A.Ü.H.F.D. Ankara 1998, s. 17-36.
- KILLIOĞLU, İsmail, *Ahlâk ve Hukuk İlişkisi*, M.Ü.İ.F.V. y., İstanbul 1988.
- KOZALI, Abdurrahim, İslâm Hukuk Usûlü Eserlerinde Yükümlülük (=Teklif), İstanbul 1998 (yayımlanmamış yüksek lisans tezi).
- KUÇURADI, İoanna, “Adalet Kavramı”, *Çağdaş Hukuk Felsefesi ve Hukuk Kuramı İncelemeleri*, HFSA Y. 1 (Haz. Hayrettin ÖKÇESİZ), Alkım y., İstanbul 1993, s. 322-328.
- LEIBHOLZ, Gerhard, “Hukukun Gayesi”, (çev. M. Yavuz ABADAN), İ.Ü.H.F.M., III, İstanbul 1937.
- LOCKE, John, *İnsan Anlığı Üzerine Bir Deneme* (çev. Vehbi HACIKADİROĞLU), Kabalcı y., İstanbul 1996.
- MARDİN, Şerif, “Tabii Hukukun Gelişme Safhaları Hakkında Bir Not”, A.Ü.S.B.F.D., X, sy. 1, Ankara 1955, s. 145-158.
- MENZEL, Adol, *Beiträge zur Geschichte der Staatslehre*, Leipzig 1929.
- MONTAIGNE, *Denemeler*, (çev. Sabahattin Eyüboğlu), M.E.B. y, İstanbul 1992.
- ÖKTEM, Niyazi, *Hukuk Felsefesi ve Hukuk Sosyolojisi*, Beta y., (4. Basım), İstanbul 1988.
- ÖNDER, Muharrem, *Hanefi Mezhebinde İstihsan Anlayışı ve Uygulaması*, Konya 2000 (Yayımlanmamış doktora tezi).
- ÖNEN, Mesut, *Hukukun Temel Kavramları*, Der y., İstanbul 1985.

- ÖZEN, Şükrü, "Hicrî II. Yüzyılda İstihsan ve Maslahat Kavramları", Marife, yıl: 3, sy.: 1, bahar Konya 2003, s. 31-57.
- PASCAL, Blaise, *Düşünceler*, (çev. Metin Karabaşoğlu) Kaknüs y., İstanbul 1996.
- PEZDEVÎ, Ebu'l-Hasan Fahiru'l-İslâm Ali b. Muhammed, *Usûl (Kesfu'l-Esrâr şerhi ile)*, İstanbul 1308.
- PLATON, *VII. Mektup*, (çev. Aziz YARDIMLI-Deniz CANEFİ), İdea y., İstanbul 1997.
- RADBRUCH, Gustav, *Rechtsphilosophie*, Stuttgart 1950.
- RİFAT, Samih, *Herakleitos (Bir Kapalı Söz Ustasıyla Buluşma Denemesi)*, Yapı Kredi y., İst. 1998.
- ROUSSEAU, *İctimaî Mukâvele* (çev. Selmin Evrim-Mehmet Evrim), Türkiye y., 1945
- SADRUŞŞRİA, Ubeydullah b. Mes'ud (ö. 747/1346), *Tavzîh Şerhu't-Tenkîh* (Tefâtânî'nin *et-Telvîh* şerhiyle birlikte), Dâru'l-Beyânî'l-Arabî, Kahire ts. (*et-Tavzîh*).
- SAUTER, Johann, *Die philosophischen Grundlagen des Naturrechts*, Wien 1932.
- SAYMERÎ, Ebû Abdullah Hüseyin b. Ali, *Ahbâru Ebî Hanife ve Ashâbihih* (nşr. Ebü'l-Vefâ el-Efgânî), Haydarâbâd 1976.
- SCHACHT, Joseph, *The Originis of Muhammadan Jurisprudence*, Oxford 1975
- SCHACHT, Joseph, *İslâm Hukukuna Giriş*, Ankara 1986
- SCRUTAN, Roger, *Düşüncenin Ustaları: Kant* (çev. Cemal ATİLA), Altın Kitaplar y., İstanbul 2003.
- SERAHSÎ, Şemstülemme Ebû Bekr Muhammed b. Ahmed (ö. 539/1143), *el-Mebsût*, I-XXX, Beyrut ts.
- SERAHSÎ, *el-Usûl*, (thk. Ebu'l-Vefâ el-Afgânî), Kahraman y., İstanbul 1984.
- ŞABAN, Zekiyüddin, *İslâm Hukuk İlminin Esasları* (çev. İbrahim Kâfi DÖNMEZ), Ankara 1990.
- ŞAFİÎ, Muhammed b. İdris (ö. 204/819), *er-Risâle* (thk. Ahmed Muhammed Şâkir), Kahire 1969.
- ŞAFİÎ, *el-Ümm*, Beyrut 1983, I-VIII.
- ŞÂFİÎ, *Cimâu'l-İlm*, thk. Muhammed Ahmed Abdülaziz, Beyrut ts.
- ŞAFİÎ, *İbtâlî'l-İstihsân*, (*el-Ümm* içinde), Beyrut 1983.

- ŞÂTİBÎ, Ebû İshak İbrahim b. Mûsâ b. Muhammed (ö. 790/1388), *el-İ'tisâm* I-II (nşr. Muhammed Reşid Rızâ), Dâru'l-Ma'rife, Beyrut 1406/1986.
- ŞÂTİBÎ, *el-Muvâfakât fî Usûli's-Şeria* I-IV, Beyrut, ts (*el-Muvâfakât*).
- ŞELEBÎ, M. Mustafa, *Ta'lîlü'l-Ahkâm*, Beyrut 1981.
- ŞENER, Abdülkadir, *İslâm Hukukunun Kaynaklarından Kıyas, İstihsan ve İstislah*, Ankara 1971.
- ŞEYBÂNÎ, Muhammed b. Hasan, *el-Câmiu's-Sağîr*, Karaçi, ts.
- ŞÎRÂZÎ, Ebû İshâk İbrahim b. Ali, *Şerhu'l-Luma'* (nşr. Abdülmecid Türkî), Beyrut 1408/1988
- TAFTÂZÂNÎ, Sa'duddin Mes'ûd b. Ömer (ö. 792/1300), *et-Telvîh Şerhu't-Tavdîh*, Matbaatu Mekteb-i Sanayi', İstanbul 1310.
- TAMMELO, Lnydall Lorna, "Adaletin Özü Olarak Eşitlik", *Çağdaş Hukuk Felsefesi ve Hukuk Kuramı İncelemeleri*, HFSA Y. 1 (Haz. Hayrettin ÖKÇESİZ), Alkim y., İstanbul 1993, s. 394-399.
- TARAKÇI, Muhammet, "Aquinas, Thomas", *Felsefe Ansiklopedisi*, (Ed. Ahmet CEVİZCİ), Etik y., İstanbul 2004.
- TOPÇUOĞLU, Hâmide, *XX. yy.'da Tabiî Hukuk Rönesansı*, Ankara 1953 (*Tabiî Hukukun Rönesansı*).
- TÛFÎ, Necmüddin Süleyman (ö. 716/1317), *Şerhu Muhtasari'r-Ravza* I-III, (thk. Abdullah b. Abdülmuhsin et-Türkî), Beyrut 1980
- VON ASTER, Ernst, *Felsefe Tarihi*, (çev. Macit GÖKBERK), İstanbul 1943.
- WEBER, Alfred, *Felsefe Tarihi*, (çev. H. Vehbi ERALP) Sosyal y. (4. Basım), İstanbul 1991.
- YAVUZ, Yunus Vehbi, "Hanefî Müctehidlerinde İstihsan Metodu", U.Ü.İ.F.D., sy. 1, c. 1, Bursa 1986, s. 85-93.
- YÖRÜK, Abdülhak Kemal, *Hukuk Felsefesi Dersleri*, İ.Ü.H.F. y., İstanbul 1952.
- ZERKÂ, Mustafa Ahmed, *el-Medhalü'l-Fıkhî*, Dimaşk 1968.
- ZERKEŞÎ, Bedreddin Muhammed b. Bahâdır, *el-Bahru'l-Muhît fî Usûli'l-Fıkh* (thk. Abdüssettâr Ebû Gudde, Abdülkâdir Abdullah el-Ânî, Ömer Süleyman el-Eşkâr), Kuveyt 1992 (*el-Bahru'l-Muhît*).