

TABİİ HUKUKUN GELİŞME SAFHALARI HAKKINDA

BİR NOT

Şerif MARDİN

Siyasi tefekkür tarihinde kullanılmıŝ en eski mefhumlardan bir tanesi tabii hukuk mefhumudur. Bu konudaki neŝriyata en eski devirlerde rastlamak mümkün olduğu gibi, zamanımızda siyasi ilimler veya hukuk sahasında araŝtırmalarda bulunanlar ergeç bu meseleyi ele almak mecburiyetinde kalmıŝlardır. Devrimide, bu alâka, tabii hukuk mefhumunun gelişmesi hakkında bir çok eserlerin neŝredilmesine yol açmıştır. Ancak, bu eserlerde tabii hukukun menŝeinden bahsedildiği ve en eski tabii hukuk nazariyeler hakkında açıklamalar yapıldığı zamanlar bile tabii hukuk mefhumunun Yunan «Polis» inde aldığı ŝeklin menşei üzerinde pek fazla durulmamaktadır. En meŝhur Yunan filozoflarının felsefelerinde mündemiç tabii hukuk nazariyeleri, hiç yoktan ortaya çıkmış gibi yekpare bir nazariyeler manzumesi şeklinde bize arzedilmektedir. Meselâ, Yunan filozoflarının kozmolojilerile ve bilhassa felsefelerinde «tabiat» mefhumunun işgal ettiği yerle, tabii hukuk anlayıŝları arasında umumiyetle bir bağlantı yapılmamaktadır. Halbuki bu gibi bir rabıtaya dayanan bir görüş zaviyesi gerek modern zamanlarda, gerekse eski devirlerdeki tabii hukuk telâkkilerine nüfuz edebilmemize yarayan kıymetli bir anahtar temin etmektedir. Böyle bir zaviyeden tetkik edildiği takdirde, tabii hukukun gelişmesi, insan tefekkürünün geliŝmesinin bir kolu olarak tebaruz etmekte ve tabii hukuk tarihinin, insanın primitif inançlardan sıyrılma ve benliğini tezahür ettirme tarihine paralel bir seyir takip ettiği ortaya çıkmaktadır.

Bu etüdümüzde, tabii hukukun böyle bir çerçeve içine yerleŝtirilmesinden ne gibi neticeler çıkarılabileceği tetkik edilecektir.

Modern düşünce tarzını, klasik ve daha eski devirlerdeki düşünce tarzından ayıran en mühim husus araŝtırıldıđı takdirde, bunun ferdin cemiyetteki rolü hakkında beslenen bir kanaat etrafında toplandığı anlaşılır. Eski devirlerde ferdin cemiyetteki yeri hakkında beslenen fikirler devrimizde ayni mevzuda beslenen kanaatlardan esas itibariyle farklıdır. Kısa- ca bu ayrılığı şöyle ifade edebiliriz. En eski devirlerde, fert, cemiyetin içinde gömülmüş, cemiyetin organik bir parçası sayılırdı. Fakat bu organizmik görüŝe kendine has bir ŝekil veren diğer bir inancın da o zamanlar hüküm sürdüğünü unutmamalıyız. Bu ikinci inancı şöyle ifade edebiliriz: Antik devirlerdeki inançlara göre a) bizzat cemiyet tabiatın bir parçasıdır ve b) ce-

miyet kozmik kuvvetlere tabidir. Bu görüşün eski Mezopotamya ve Mısır cemiyetlerinde Yunan «Polis» inde olduğundan da daha kuvvetle hüküm sürdüğünü bulduğumuz andan itibaren gayet enteresan bir unsur keşfetmiş oluyoruz. İlk çağlardaki insanın tefekkür tarihini incelemiş olan bir müellifin bu konuda söylediklerini dinleyelim. Bu müellife göre :

«Onlar (Mezopotamyalılar ve Mısırlılar) için tabiat ve insan arasında bir zıddiyet mevcut değildi. Binaenaleyh bunların birbirinden farklı kavramsal vasıtalarla tetkik edilmesi mevzuu bahis değildi. Tabii fenomenler insan tecrübesi ışığında yorumlanıyor ve insan tecrübesi kozmik vakıalar olarak ele alınıyordu. (1).

İşte bundan ötürü, modern insanın dünya görüşü ile eski çağlardaki insanın dünya görüşü arasında temel bir fark mevcuttur. Eski çağlardaki insanın şen'iyetle olan münasebeti «esasında bir sen - ben» münasebeti şeklinde tecelli etmektedir. Diğer taraftan modern insan için Şe'niyet bir «O» mahiyeti taşımaktadır. (2) Başka bir ifade ile :

«Primitif insan illet ve netice münasebetini görmekte beraber, gayri şahsi, mihaniki ve kanun intizamı ile işleyen bir üivete asina değildi... En eski insanın karşılaştığı dış alem, bir «sen» mahiyeti taşıdığı için bu insan gayri şahsi kanunların idare ettiği bir tabiat sistemi karşısında bulunduğunu idrak edememisti. Daima bir maksadı olan bir irade arardı : Nehir kabarmazsa, bu afet uzaktaki dağlar düşen yağmur miktarının azlığı ile izah edilmeğe çalısılmazdı. Nehir kabarmadığı takdirde, nehir kabarmayı reddetmekte idi. Nehir ilâhı, herhalde nehrin kabarmasına bel bağlamış olan insanlara kızmıştı.» (3). Dikkat edilirse, bu gibi bir düşünce tarzında fert ilâhi bir tabiata ve şahsi emirler şeklinde tecelli eden tabiat kanunlarına tabi kılınıyor. Buna, ilmi davranışa karşılık olarak, «aitopoetik» davranış denmiştir. Bu gibi bir görüş tarzı ise karakteristik bir cemiyet anlamı ile neticelenmektedir. Mese-lâ Mezopotamyalı insan için :

«İnsan cemiyeti, ancak daha geniş bir kâinat cemiyetinin parçası telâk-ki edilir. Mezopotamya kâinatı ise, ölü maddeden tereküp etmediği için, içinde olduğu tasavvur edilebilecek her şeyin bir iradesi ve bir şahsiyeti olduğu için, gene otorite mefhumu üzerinde kurulmuştur. Bu kâinatın parçaları kendilerini hareket etmeye sevkeden emirlere riayet etmektedirler. Bugün ise biz burada mevzubahis emirlere «tabiat kanunu» ismini veriyoruz.» (4).

(1) H. ve H. A. Frankfurt et. al; *Before Philosophy*, London, 1943.

(2) Frankfurt, S. g. e., S. 12.

(3) Ibid., S. 24.

(4) Idem.

Mitopoetik düşünce tarzında, kâinattaki cisimleri harekete getirmek, tabiatı kontrol etmek, siyasi alanda mevcudiyetini hükümdarın ilâhi otoritesinde göstermek ve bu mevcudiyetini ilahî kanunlarda aksettirmek fiilleri hep aynı kuvvetin tezahürleridir. Başka bir deyimle İlah - tabiat kanunu - tabii hukuk şeklindeki üçlü tefrik daha yapılmamıştır.

Bu tarz bir tabiat kanunu anlamı, tabiattaki otoriter prensibin cemiyetlerde hoş görülmesi, tabii karşılanması ve hatta zaruri kılınmasıyle neticelenmektedir. Garp tefekkür tarihinin büyük bir kısmı bu «Mitopolitik» düşünce tarzından sıyrılmak gayreti, tabiata tâbi vaziyetten tabiatı idare eder vaziyete geçme kaygusu şeklinde izah edilebilir. Yunan felsefesinin ortaya çıkması, bu gelişmede atılmış muazzam bir adıma tekabül eder. Fakat Yunanlıların attıkları bu ileri hamle, tefekkür tarihi ile uğraşanlara o kadar tesir etmiştir ki, Yunan düşünürlerinin, yukarıda zikrettiğimiz en eski düşünce tarzına organik bağlarla bağlanmış bulunmalarına kâfi derecede ehemmiyet verilmemiştir (5).

Şüphesiz, İyonluların dış alemin anlaşılabilceği merkezindeki keşifleri, fikrî gelişme bakımından yepyeni ufuklar açan bir izah tarzı olmuştur. Gene, Thales'in «bütün cisimler ilâhla doludur, mıknatız canlıdır, zira demiri harekete getirmeye muktedirdir» (6) şeklindeki ifadesi ile, Heraklit'in, kâinatın «düşünce ve muhakeme ile harekete geldiği» (7) ve bu iki unsurun «varlık ve bilgiyi» idare ettiği (8) şeklindeki fikri arasında büyük bir fark vardır. Heraklit'in düşüncesi tabii ki, mitopoetik düşünce tarzına nazaran ileri bir adım teşkil eder. Fakat, İonyalıların maddeyi bu maddenin arkasında tesir icra eden bir tek cevherle izah etmeye çalışmaları primitif düşünce tarzının o zamanlar bile bariz izler bıraktığına delâlet etmektedir (9). Heraklit bile kendini «ileri düşünceli» birisi olarak tanıtmakla beraber, şuurunun kontrol edemediği bağı bağlarla eski ve primitif düşünce tarzına bağlıydı. Bu bağların mevcudiyetini Heraklit'in tabii hukuk hakkındaki düşüncelerinde tesbit etmek mümkündür. Heraklit, bütün insan kapunlarının arkasında saklanan bir ilâhi kanundan bahsetmektedir. Fakat bu ilâhi kanun karakteristik olarak bir «Logos» şeklinde tecelli etmekte, yani tabiatın oluşuna bağlı kaçınılmaz emirler şeklinde ortaya çıkmaktadır. Bu görüş zaviyesi ise, Herak-

(5) Buna istisna teşkil eden bazı mühim eserler için Bk. F. M. Cornford, *From Religion To Philosophy*, London, 1912; Cornford, *Principia Sapientiae*, Oxford 1952; George Thomson, *Aeschylus and Athens*; London, 1950 ve Joseph Moreau, *L'Âme du Monde de Platon aux Stoiciens*, Paris, 1939.

(6) J. Burnet, *Early Greek Philosophy*, London, 1930; Franfort, S. g. e., S. 252.

(7) Franfort, S. g. e., s. 256.

(8) Ibid.

(9) Sir Ernest Barker, *Greek Political Theory, Plato and his Predecessors*, London, 1947, S. 56.

lit'in site kanunları hakkındaki düşüncelerine tesir etmekten hali kalmamıştır. Zira ona göre, insanlar, herşeyi idare eden ilkel prensibin bir tezahürü olan «Polis» kanunlarına karşı mücadele etmemeli, bilâkis, bu kanunların muhafazası için tıpkı şehirlerinin duvarlarını müdafaa edercesine cehdetmelidirler (10).

Bu gibi bir görüşün yukarda açıkladığımız primitif düşünce tarzına benzediği barizdir. Ancak Mesopotamyalılardanberi bazı değişiklikler husule gelmiştir. Zamanla, kâinatta her şeyin bir şahsiyete sahip olduğuna dair beslenen kanaatin izalesi ile beraber, evvelce şahsi bir mahiyet taşıyan İlah - tabiat - kanun üçgenindeki şahsî unsur ortadan kalkmıştır, daha doğrusu şimdi sadece bakiyelerine rastlanmaktadır (11). Başka bir deyimle, artık tabiatın tahakkümü bir ilahın şahsi tahakkümü olmaktan çıkmıştır, tabiatın kendisi ilahi bir mahiyet almıştır. Yeni inanca göre, insanların mutlaka uymak mecburiyetinde kaldıkları tabiat icapları vardır. Bunlar cemiyet hayatına da aksetmektedir: Kimsenin bir buğday tohumunun bir buğday filizi vermesine mani olamayacağı gibi, cemiyette de buna benzer bazı kaçınılmaz zaruretler mevcuttur. Daha sonra üstünde duracağımız rejimlerin ebedi tükerrürü teorisi böyle düşüncenin mahsulüdür. Demek oluyor ki eskiden mevcut şahsi ilah ve bu ilahın gerek tabiat kanunları, gerekse site kanunu şeklinde tecelli eden emirleri yerine tabiatta kendini gösteren bizzatihi (immanent) bir prensip kaim olmuştur. Bizim araştırmamız bakımından en mühim nokta ise, mevcut site kanunlarının halâ bu bizzatihi prensibin bir parçası sayıldıkları, yani hala «tabu» mahiyetini taşıdıklarıdır. Ancak bu mülehazalar neticesindedir ki Yunan düşünürlerinin ekseriyetinin site kanunlarına karşı gösterdikleri fevkalâde saygı anlaşılabilir.

(10) Heraklit için Bk. Diehls, *Fragmente der Vorsokratiker*, (Berlin, 1934 - 38), s. 112; H. Rommen *Die Ewige Wiederkehr des Naturrechts*, München, 1947, s. 12. Gene Bk. Léon Robin, *La Pensée Grecque et les Origines de l'Esprit Scientifique*, Paris, 1923, s. 91.

«Il ya suivant Héacrite une unique loi divine, aliment de toutes les lois humaines mais qui parait être autre chose que la loi non-écrite opposée a des décisions, car c'est dans quoi la pensée individuelle doit prendre ses forces comme la cité dans la loi, c'est quelque chose de commun a tout, qui domine tout autant qu'il lui plait, bref la loi universelle du réel. Mais cette loi ou cette pensée unique c'est un logos immanent, la substance meme de ces échanges qui produisent les choses diverses.

(11) Hans Kelsen *Society and Nature* (Tabiat ve Cemiyet) ismindeki denemesinde, mitopetik tipteki tabiat ve cemiyet telakkilerinin Yunanlılarda tezahür eden bakiyelerinin bir cephesini incelemiştir. Kelsen'e göre antik devirlerde *Lex Tall'onis*, yani kısas prensibi, yalnız insanlara tatbik edilmeyip tabiatdaki bütün varlıklara teşmil edilirdi. Bu bakımdan gemilerinin mahvolmasına sebep olmuş olan bir denizi beş yüz kaççı darbesine mahkûm olan hükümdarın hareketinin, zamanın kıstaslarına göre gülünç bir ceza telakki edilemez.

Zira, bir müellifin işaret ettiği gibi, Yunan cemiyeti ile kendi cemiyetimiz arasındaki fark «hakim bir kanunda tecelli eden kutsal bir maziye yönelmiş bir cemiyetle» «mütemadiyen değişen kanunlar sayesinde ortaya çıkacak daha cazip bir istikbale bakan bir cemiyet» arasındaki farktır. (12). İnsan kanunları ile ebedi kanunlar arasındaki tefriki yapabilmiş olmasına rağmen kendini «Polis» in kanunlarına feda eden Sokrat olsun (13) veya «kanunların hâkimiyetine atfettiği ehemmiyetle Solon'un fikri varisi» olan Aristo olsun (14) buna dair birçok misaller vermek mümkündür. Bu bakımdan Aristo'nun düşünce tarzının Eflatun'ununkinden daha ziyade Hegel'in düşüncesi ile bir benzerlik göstermesi şayanı dikkattir. Bir müellifin ifadesi ile :

«Aristo'nun teolojisi, bizi düşüncenin kendini ilelebet düşünmesinden ibaret olan bir Allahla karşılaştırmaktadır. Bu allah anlaşılabilir bir Allaktır zira yapısı itibarile zekâdan mamuldur» (15) Burada Hegel'i hatırlamamak mümkün değil. Bu gibi birbirine benzer temel görüşlerin birbirine benzer cemiyet görüşleriyle neticelenebileceği beklenebilirdi. Filhakika, Hegelci cemiyet görüşünde ferdi kendi kontrolü haricinde olan kuvvetlere tabi olmasını Aristonun cemiyet görüşünde de bulmak mümkündür. Ancak Aristonun bahsettiği «oluş» ta zaman bir rol oynamamaktadır, çünkü Aristoya göre zaman bir unsurun özü'nün (essence) ancak harici tezahürüdür (16). Binaenaleyh Aristonun düşüncesi Hegelinginden daha statik ve daha primitif bir mahiyet taşımaktadır. Aristo düşüncesinin Heraklit'in fikirlerine benzeyen tarafları ve binaenaleyh en eski düşünce tarzı ile olan bağları meselesine, ileride tekrar geleceğiz.

Yunan düşünürlerinin sistemleri arasında tebarüz ettirdiğimiz fikirlere ve işaret ettiğimiz umumî temayüle uymayan iki türlü davranışa rastlarız. Bu iki «variant» kanun'un menşesinde insan iradesine yer vermekle mutadından ayrılmaktadır. Bunlardan bir tanesi Eflâtun'un düşüncesi, diğeri ise Sofistlerin fikirleridir.

(12) Barker, S. g. e., S. . «A society looking back to a hallowed past expressed in a sovereign law» ve buna karşılık «a society looking to a more attractive future to be prepared by some new changes of ever-changing law»

(13) Bak ilerde Not, 18

(14) Barker, S. g. e., s. 37

(15) Robin, *La Pensée Grecque*, Yunanlıların ve Aristonun besledikleri tabiatın kendine has «iç hareketi» fikri için Bk. R. G. Colingwood, *The Idea of Nature*, Oxford, 1945

(16) Bunun gayet güzel bir ifadesi için bk. H. Bergson, *Evolution Créative*'de, müellifin antik düşünce tarzının karakteristiği hakkındaki mütalaaları. Aristo'nun, tabii hukuku bir ahlakî emperatife bağladığı zehabına sebep olan ifadelerini, bizzat Aristo tarafından sırf bir ikna aleti ve bir propaganda vasıtası olarak tasavvur edildiğini izah eden bir makale için Bk. Francis D. Wormuth, *Aristotle on Law, Essays in Political Theory Presented to George H. Sabine*, N. Y., Cornell University Press, 1942. s. 52.

Eflâton için, cemiyetin ahlâkî temeli bir bükülmez kanun manzumesinin üstünde yer alan bir unsurdur (17). Filhakika, bazılarının (18) işaret ettiği gibi, Eflâton sırf mensup olduğu bir zümrenin faydalanacağı kanunlar çıkarabilmek için bu unsura kıymet verebilmiş olabilir. Fakat asıl mühim olan nokta, en iyi kanunları bulmak üzere bir metod ihdas etmiş olup site kanunlarının kat'iyen değiştirilmemesi şeklindeki temayüle karşı koymuş olmasıdır. Eflâton, merafiziğini kendi muhafazakâr temayüllerine daha çok uyan bazı eski kanunları yeniden ihdas etmek için kullanmış olabilir (19) ve böylece şahsî bakımından geriye bir adım atmış sayılabilir. Fakat cemiyetin islah muhtaç olduğu fikrini ortaya atarak cemiyet münasebetlerinde bir değişiklik yapılabileceği fikrini ileri sürdüğü için başkalarının ileriye bir adım atmaları için bir yol açmıştır. Bu yolu açmakla, Eflâton, ahlâkî kanunla tabii kanun arasındaki farkı bariz bir şekilde ortaya çıkaran ilk şahıs olmuştur (20).

Gene, Yunan tefekküründe mühim bir yer işgal eden tarihin «konjonktür» (eyclic - cyclique) teorisinin Eflâton tarafından yıkılmasına çalışılmış olması, cemiyet görüşünün inkilâpçılığına delalet eder: Zamanındaki birçok Yunan yazarları gibi, Eflâton'da eski zamanlarda çok revaçta olan tarihin bir tekerrürden ibaret olduğu fikrinin tesiri altında kalmıştı. Bu teoriye göre, bir cemiyetin gelişmesinde birbirini saat intizamile takip eden safhalar mevcuttur ve bu safhalar cemiyetlerde mütemadiyen tekerrür etmektedir. Cumhuriyette kullandığı gelişme metodu bunu açıkça göstermektedir.

Eflâton, bu safhaların birbirlerini takip ettiklerini kabul etmekle beraber, cemiyeti bu safhalardan bir tanesinde sabit kılmaya çalışmıştı. Sabit kılma fikri ne kadar «irticai» bir unsur telakki edilmeye müsaitse de, burada beliren tarihin mutad seyrine bir değişiklik getirmek fikri, ileri atılmış bir adıma, insan iradesine verilen yeni bir kıymete işaret ediyordu (21).

(17) Eflâton, son yazılarında «Polis» kanunlarına karşı beslenecek mutlak hürmet fikrine dönmüş gibi görünüyorsa bunda daha bir mutabakat hasıl olmamıştır. Bk. Sabine; *History of Political Theory*, N. H., 1937, s. 68

(19) Bu tez K. Popper tarafından *The Open Society and its Enemies - The Spell of Plato*, London, Routledge, 1945, ismindeki eserinde müdafaa edilmiştir.

(19) *The Open Society and its Enemies*

(20) Sokrat'a hakkını vermek yolunda, bu fikrin, Sokrat tarafından ortaya atılmış bir meselenin geliştirilmesinden ibaret olduğunu söylemek lâzımdır. Rommen'in işaret ettiği gibi, Sokratın ehemmiyeti kanunlara olan bağlılığı ile değil, bil'akis objektif bir «hak» in mevcudiyetine işaret etmiş olmasile ölçülmelidir. Bk. George Grote, *Plato and the other Companions of Sokrates*, London, 1865 Grote, Sokratın şahsiyetinin Eflâton tarafından *Apologia'da* aksettirilen şeklinin, yani mevcut nizama itiraz eden Sokrat tipinin hakiki Sokrat olduğunu ileri sürüyor, fakat buna rağmen kendini kanunlara feda eden bir Sokrat tipinin kolaylıkla şöhret bulması kanunlara hürmeten o zamanlar ne kadar müessir bir faktör olduğuna işaret eder.

(21) Bu izah tarzı için bk. *Ernst Cassirer, The Myth of the State*, New Haven, 1946

Hereklit'in ve Aristo'nun felsefelerinde «logos» un esiri olan Eflâtun'da gene ideal şekiller mefhumu ile kendisine bir set çekilen insan iradesi, ancak Sofistlerin düşüncesinde azçok müstakil bir unsur olarak belirebiliyor. Çoğu yabancı oldukları için site kanunundan faydalanamıyan sofistlerin, kanunların faydalarının haricinde kalmaya karşı gösterdikleri tepki, mevcut site kanunlarıyla, bu kanunların bir tezahürü olduklarına inanılan bizzatihi (immanent) prensip arasındaki bağı inkâr etmek olmuştur. Bunlar, mevcut kanunların ilahiliği iddiasına karşı, insan iradesinin kanunun arkasındaki esas prensip olduğu ve kanunların hakikatın iç dinamiğinin bir neticesi olmadıkları fikrini savunuyorlardı. (Hyppias, Lycophon) (22).

Sofistler yalnız eski kanun telakkilerini takbih etmekle kalmamış, aynı zamanda müsbet bir ilâvede bulunarak insanların eşit olarak yaratıldıklarını ileri sürmüşlerdir. «İlâhlar bütün insanları eşit yaratmıştır. Tabiat kimseyi esir olarak yaratmaz». (23). Böylece sofistler o zamana kadar tabiatın içinde gömülmüş, tabiatın gelen kaçınılmaz emirler şeklinde tecelli eden bir tabii hukuk inancını reddetklerini göstermektedirler. Sofistler bunun yerine tabii haklar mefhumunu koymaktadırlar. Sofistlerin teorilerinde insan iradesi bizzatihi (immanent) ve esrarengiz bir «logos» la eşit kılınmıyor. İnsanın tefekkür ve iradesine bir otarşi, bir hürriyet verilmiştir. Böylece tabiatın bir iradesi olduğu ve buna itaat edilmesi lâzım geldiği şeklindeki «tabii hukuk» inancından bir adım ileri gidilmiş oluyordu. Bu fikirlerdedir ki ilk defa olarak, kendine has bir gaye teşkil eden ahlakî bir emperatif fikri varmış oluyoruz. Sofistlerin fikirlerinin ne kadar ileri bir adım teşkil ettiğini anlamak için, bunların teorilerini insan iradesine yer vermeyen bir düşünce tarzı ile karşılaştırmak kâfidir. Meselâ Aristoyu ele alalım. Aristonun siyasi fikirleri metafiziğinin ve tabiat anlamının bir neticesidir. Aristo için meselâ esaret bir zarurettir zira ona göre tabiat bazı insanları diğerlerine nazaran aşağılık olarak yaratmıştır. Bizzat tabiatta bazı unsurların diğerlerine tabi olmaları keyfiyetine rastlamak mümkündür. Meselâ bünyenin ruha tabi olması, karının kocaya tabi olması, ehlileştirilmiş hayvanın insana tabi olması gibi. Bütün bu münasebetlerden Aristo tarafından çıkarılan netice, esaretin tabiatta kaçınılmaz bir zaruretin metafizik bakımından mevcut bir kategorinin zaruri bir neticesi ve hakikatın bir parçası olan despotik münasebetin hususi bir tezahürü olduğu merkezindedir. Dikkat edilirse, efendinin esir üzerindeki tasarruf hakkı evvelâ metafizik bir hak olarak tezahür ediyor, yani «hakikat» ın bir hususiyetinden ileri gelen bir zaruret olarak ortaya çıkıyor. Bu tasarruf hakkının ahlaki bir hak mahiyetini kazanması ancak bun-

(22) Rommen, S. g. e., s. 16; Gurvitch, Hippias'ı bu gruba ithal etmemektedir. Bk. Georges Gurvitch, *Natural Law*, Encyclopedia of Social Sciences.

(23) Alkidames. Bk. Rommen, S. g. e., s. 24

dan sonra ve evvelce serdedilmiş mevzuanın neticesinde ortaya çıkmaktadır. İşte böyle metafizik bir esastan hareket edip, insanı bu esaslara tabi tutma veya içinde bulunduğu şartları metafizik mülâhazalar dolayısıyla hoş görme sofistlerde mevcut değildir. Zira sofistler bizzat metafiziğe hücum etmektedirler (24).

Demek oluyor ki Eflâtun ve Sofistler iki yeni fikir ortaya atmışlardı. Sofistler insanın her şeyin ölçüsü olduğunu fikrini getirmişler, ve Eflâtun'da mevcut bir kanunun sırf mevcut olduğu için ahlâki bir kanun olması lâzım gelmediği fikrini ileri sürmüştür. Bu fikrin ehemmiyeti ise, Kanun'a bir insanî irade unsuru getirmekle siyasi otoriteyi ellerinde tutanlara yeni bir mes'uliyet yüklenmiş olmasından doğuyor. Bundan sonra, insanlar tarafından yapılmış veya bir kanun yapıcısı tarafından (Solon gibi) meydana getirilmiş kanunları (immanent) bir hakikatın tezahürü, veyahut, en eski şekliyle, insanın boyun eğmek mecburiyetinde olduğu kaçınılmaz emirler telakki etmek mecburiyeti kalkmıştır. İnsanın irade ve fikrine bu teorilerde verilen otarşi ve serbesti sonradan Stoisyenler tarafından tekrar ele alınmış ve insan muhakemesinin otarsi şekline sokularak kendi teorilerine ithal edilmiştir.

Burada bir noktaya dikkat etmemiz lâzım geliyor, o da, tabii kanunlar'la (mesela güneşin zahiren dönmesi gibi kanunlarla) düzgüsel (normatif) yani şu veya bu şekilde hareket edilmesini talep eden kanunlar arasında, yukarda işaret ettiğimiz şekilde bir tefrik yapılmaya başlandığı andan itibaren, ahlâkî bazı zaruretlerin ifadesi olan tabii hukuk anlamının, eşyanın tabiatı neticesinde ortaya çıkan zaruretlere ayrılmış olmasıydı. Aynı zamanda, bu iki mefhumu birbirinden ayıramıyanların, böyle bir tefrikin farkına varmayanların, bu iki mefhumu birbirile karıştırmaları ve primitif tefekkürde mevcut kanunla tabiat arasındaki bağa geri dönmeleri ihtimali daima mevcuttu. (25). Bu gibi bir karıştırmaların klasik misalini Stoisyenlerin fikirlerinde bulmak mümkündür. Zira Stoisyenler, Sofistlerin ileri sürdükleri insan iradesinin otarşisi mefhumunu alıp bunu tabiatın vahdeti ve kusursuzluğu fikri ile birleştirmişlerdir. Stoisyenlere nazaran «iyi hayat» ın, tabiatla bağdaştırılmış bir hayat tarzı olduğu, Stoisyenler hakkında sık sık ileri sürülen bir mülâhazadır. Fakat bu «tabiatla bağdaşma» stoisyen'ler için acaba neden ibaretti?

(24) Aristo tarafından kullanılan cemaat mefhumu bu bakımdan bir tezat yaratmaktadır, zira efendi ile kölenin müşterek bir gayeleri yoktur. Efendi gayedir, köle bu gaye uğruna kullanılan vasıta.

(25) Reinhold Niebuhr tarihle tabiatın bu devirlerde eşit kılındığını zikrederek klasik devirlerde insan mukadderatının tabiat kanunlarıyla eşit kılınmış olmasının başka bir misalini veriyor. Bk. Reinhold Niebuhr, *Faith and History*, New York, 1949, s. 158

«Stoisyenlere göre tabiata göre sürülen bir hayat, Allahın iradesine kendini terketmeden, Allahın bütün kuvvetlerle teşriki mesai etmekten meydana gelen, insanın üstünde olan kuvvetlere karşı gösterilen tevekkülden doğan iyilik, ve dünyanın iyiliğine ve akli selim'e uygun olması inancından doğan iç huzurdur.» (26).

Gene, Stoisyenlerin inançlarına göre, insanların hareketleri görünmez bir bağla kâinatın hareketlerine bağlanmıştır; meselâ, insanın mukadderatını tayin eden hususlardan bir tanesi yıldızların vaziyetidir (27).

Stoisyenler, böylece, birbirine tamamen zıt iki fikri, ahlâki bir «impératif» fikrini «immanent» bir tabiat fikrile birleştirmişler ve asırlarca süren bir tekâmülün neticesinde ortaya çıkarılan bir tefriki yok etmeye muvaffak olmuşlardır. Bunu, Krisip isimindeki Stoisyenin ifadesinde gayet açık bir ifadesini görmek mümkündür. Krisip'e göre, insan iradesi yuvarlanan bir silindire benzer: Eğri bir satıhta duran bir silindir yuvarlanmaya mecburdur, ancak silindir, silindire has bir şekilde yuvarlanır. Bunun gibi, insan iradesini tahdid eden bir tecri, «Sinik» lerden Oenomeus tarafından pek de haklı olarak bir nevi esarete benzetilmiştir (28). Stoisyenlerin, aynı zamanda, tabiatın, muhakemenin hareketteki şekli olduğuna dair kabul ettikleri fikirler ilâve edilirse (ki burada eski «logos» teorilerinin tesiri görmek mümkündür) tevhid edilmesi son derece zor olan bir şahsî istiklal ve dogmatik «immanentisme» halitası meydana geliyor (29).

Bu gibi fikrî zıddiyetleri (30) ihtiva eden bu teori, cemiyette otoriter bir prensip savunanlar tarafından istismar edilebilecek unsurlar ihtiva ettiği gibi, siyasî otoriteye itiraz edenler için de bir zemin sağladığı için, ve maksada göre kullanılabilirdiği için, insicamsızlığına rağmen tefekkür tarihinde büyük bir rol alabilmiştir. Fakat, tabii hukuk probleminin çözülmesi bakımından, muğlaklığı dolayısıyla daimi bir anlaşmazlığın menşei olmuştur.

Geriye atılan adım yetmiyormuş gibi, felsefî problemlere karşı büyük bir alaka göstermemiş olan, daha çok tatbikata ehemmiyet veren ve doktrinlerin felsefî insicamı meselesiyle uğraşmamış olan Romalılar bu sahada geriye bir adım daha atmışlardır. Romalıların ortaya çıkardıkları Jus Gentium

(26) S. H. Sabine, *A. History of Political Theory*, New York, 1937, s. 149.

(27) Stoisyenlerin fikirleri için Bk. J. Bidez, *La Cité du Monde et la Cité du soleil*, Paris, 1932.

(28) L. Robin, S. g. e., s. 149

(29) N. R. McCoy *The Turning Point in Political Philosophy*, (44 American Political Science Review 682) isimindeki makalesinde Stoisyenlerin insan muhakemesine bahsettikleri imkânları mubalagalı bir şekilde aksettirmiştir.

(30) Stoisyenlerin tabii hukuku tabiat kanunlarıyla yeniden kaynaştırmaları için bk. H. Arnim *Stoicorum Veterum Fragmenta*, I, 555; III, 4, 44, 46; Seneca, *Epistola*, 48.

kendi başına nisbeten basit bir mefhumdu : Kanunun mümkün olduğu kadar geniş bir muhitte tatbikini temin için pratik bir vasıta. Fakat daha felsefi esaslara dayanan Jus Naturale mefhumuna gelince buna layıkile nüfuz edememişlerdi. Bu yabancı (31) fikirle, mümkün olduğu kadar geniş bir mahada tatbik edilmek istenen kanun külliyatı arasında bir bağ var mıydı? Bu bağın asıl ehemmiyetli noktasını keşfedememiş olmaları, omada bir hayli geniş bir muhitte kabul edilen, Jus Naturale nin hayvanlara dahi kabili tatbik olduğu merkezindeki fikirlerinden anlaşılıyor.

Romalılar da tabii hukukta ahlakî bir norm'a dayanan bir tabii hukuk anlamı ile tabiatın zaruretlerinden ortaya çıkan kaideler arasında bir tefrik yapamıyorlardı. (32)

Mamafih Stoisyenlerin öğrettiklerinin de tekâmül etmesi imkânı mevcuttu. Meselâ, Stoisyenlerin düşüncesinin tesiri altında kalmış, bu fikri stoisyenlerin doktrinine işgal ettiği yeri araştırarak kadar felsefi merakı olmayan ve bilhassa bu fikirle Stoisyenlerin tabiat fikri arasındaki rabıtaya ehemmiyet vermeyen, fakat aynı zamanda eskidenberi ortaya çıkmış müsavat fikrile tabiat mefhumu arasında bir köprü kurabilen bir şahsın böyle yeni bir sentez meydana getirebilmesi ihtimali mevcuttu. Bu işi ise Çiçero başarmıştır. Çiçero'nun insicamlı bir fikir sisteminden hareket etmeden ortaya attığı ve birçok unsurları ihtiva etmekle beraber daha çok Çiçeron'un insan hakları konusundaki şahsî hassasiyetine dayanmakta olan tabii hukuk teorisinin ekklektizm'i ve bilhassa müellifin tabii hukuk hakkındaki fikirlerini bir tabiat metafiziğinin mengenesine sokmamış olması bu fikirlere, hususî bir elestikiyet vermiştir.

Tabii hukukun gelişmesi esnasında, normatif kanunlarla tabiat kanunları arasında bir tefrik yapılmaya başlandığı andan itibaren ileriye büyük bir hamle atılmış olduğunu tebaruz ettirmiştik. Hıristiyanlığın zuhuru ile birinci gelişme kadar ehemmiyetli başka bir gelişmeye rastlıyoruz. O da, kâinat-taki bütün unsurların ve bu arada tabiatın, üstünde bulunan bir varlığın mevcudiyetine inanılmaya başlanmış olmasıdır. Bu doktrin'in başlangıcını Seneka'nın fikirlerinde görmek mümkündür. Senekanın doktrini, taşıdığı ütö-pik unsurlarla ve mevcut olanlarla memnuniyetsizliği bakımından ahlâki esaslardan hareket eden bir tabii hukuk doktrininin esaslarını taşıyordu. Fakat böyle bir tabii hukuk teorisinde insanların siyasi rejimlerini ahlâkî kıstaslara göre değiştirebilmeleri mümkün kılındığı halde, Hıristiyan fikirleri, potan-

(31) Romalılar için bunun yabancı bir fikir olduğu hususunda : Bk. Sabine, A. *History of Political Theory*, d'Entrèves, *Natural Law*, London, 1950.

(32) Louis le Fur, *La Theorie du Droit Naturel*, Recueil de Cours, C. 18, s. 265 (1927). Bu fikirlerin ifade edilmiş olduğu asıl oma mehazi için Bk. Ulpianus, *Libro Primo Institutionem* (Berlin, Krüger-Mommsen tab'ı, 1889), Dig., I, i; 1

siyel olarak değişikliğe meyyal olan bu doktrinin açtığı kapıları kapatmıştır. Müteal bir hakikatın mevcudiyeti fikrini getiren Hıristiyan doktrinde muztarip insanın ıztırabının sırf dünyevî bir husus telâkki edilmesi, Senekanın mevcut şartlara itiraz edilmesi yolunda bulunduğu hizmetleri ve açtığı yollara bir set çekmiştir. Bu bakımdan Hıristiyanlık Sofistler zamanından beri istifade edilmesi mümkün olan bir tabii haklar nazariyesinin inkişafını zorlaştırmıştır. Allahın kanunlarına riayet edildikçe cemiyet kanunlarına riayet edilip edilmeyeceği meselesi ikinci plânda kalmaktadır, yalnız ikisi arasında bir tercih mevzubahis olursa Allahın kanununun mer'iyetteki kanunlarla çatıştığı tasavvur edilebilirdi. Binaenaleyh Hıristiyan tabii hukuku anlayışında başlangıçtan itibaren iki aksi istikamette gelişmelere yol açabilecek iki zıt unsur bulunmaktadır. Allahın ululuğu yanında dünyada iddia edilecek bir hak ehemmiyetsiz kalıyordu; Allahın kanununa hâlel gelmedikçe hükümdarın siyasi sahadaki icraati insanların karışmaması icab eden bir husustu. «Sezarın hakkını Sezar'a ve Allahın hakkını Allaha verin» şeklindeki ifade bunu göstermek için birçok defalar müracaat edilmiş bir deyimdir. Ancak Sezar Allahın işlerine karıştığı vakit vaziyet değişiyordu. O zaman, kilise, bir haklar müdafii kesiliyordu.

Son senelerde Avrupada yapılan tarihi tetkikler ortaçağ kilisesinin insan haklarının korunmasında bazan ehemmiyetli hizmetler gördüğünü göstermiştir (33).

Hükümdar din işlerine karıştığı vakit, kilise bir tabii haklar müdafii kesiliyordu. Fakat kilisenin tabii haklar müdafii olarak icraatini tahdit eden yalnız Allah işlerinin dünyevi işlerden ayrılması değildi. Bir diğer faktör de kilisenin ferlere ve ehemmiyet vermemesine yol açmıştı, o da Hıristiyan tabii hukuk anlamının bile bazı esaslı noktalarda primitif manelara rucu etmesi ve tabiat kanununu ahlakî normlara istinad ettirmeyip tabiata uyma zaruretine irca etmesiydi. Zira Aristonun metafiziği ve tabiat anlamı orta zamanlarda bile tesir icra etmekten hali kalmamıştı. Bunu göstermek mümkündür.

Bilindiği gibi, St. Thomas d'Aquin, Hıristiyan tabii hukuk nazariyesinin en mükemmel sentezini meydana getirmiş düşünür sayılmaktadır. St. Thomas d'Aquin'in yazılarında, tabii hukuk ihlâl edildiği takdirde şahsın hükümdara boyun eğmesi lâzım olmadığı ve bazan de hükümdara karşı koymasının bir vazife olduğuna işaret eden kısımlara rastlamak mümkündür. (34) Ancak böyle bir iddia, kendi başına pratik neticeler doğuramaz. Başka bir deyimle, madem ki insanın tabii hakları ihlâl edildiği vakit hükümdara karşı koyması mümkün-

(33) Bk. Etienne Gilson, *The Philosophy of St Thomas Aquinas*, St. Louis, 1939; Jacques Maritain, *Scholasticism and Politics*, New York, 1940.

(34) Sunna Theol, 2 a, 2 ac, 104. 6 a; P. D'Entreeves, *Natural Law*, London, 1951, S. 43.

dür, bu hakların neden ibaret olduklarını sarîh bir şekilde tesbit etmek lâzımdır. Bir de Saint Thomas'ın bu mevzuda söylediklerine bakalım. St Thomas'ın fikirlerini incelemekteki maharetile tanınmış bir muharrir bize şu malumatı veriyor:

«İnsan muhakemesi, tabii hukuk'un nizamlarını mücerret veya teorik bir şekilde (bir seri teoremin çözüldüğü şekilde) bulamaz. Hatta bunlar zihni faaliyetlerle veya rasyonel bilgi yolu ile bile bulunamaz. St. Thomas'ın bu mevzuda kastettiğinin umumiyetle verilen tefsirden çok daha derin ve kesin bir noktaya dayandığını zannediyorum.

St. Thomas, insan muhakemesinin tabii hukukun nizamlarını insan tabiatının meyline göre keşfettiğini söylediği zaman, insan muhakemesinin tabii hukuku kavrayış tarzının rasyonel bilgi değil temayüle göre bilgi olduğunu ifade etmek istemektedir» (35)

Başka bir deyimle, Aristo sayesinde mantık unsurunu bünyesine ithal eden ortazaman Hıristiyan düşüncesi bu mantık unsuruna rağmen insanın ahlakî bir normu kendi muhakeme ve iradesile tayin etmesine tam cevaz vermektedir.

Gene St. Thomas'a göre:

«Tabii bir temayülün gerçekleşmesine yarıyan her şey iyi telâkki edilmektedir. Muhtelif cemiyetlerde mevcut kanun manzumesi ise bu temayülü tatmin edecek vasıtalar sayılmaktadır» (36)

Fakat aynı zamanda cemiyet kanunları tabiat kanunlarına benzer bir kesinlikle insan iradesinin fevkinde çalışır:

«Cemiyetin menşei tabii hukuk olduğu için, cemaate Allah'ın tebiata verdiği bir serbestiye benzer bir serbesti bağışlanmıştır» (37)

Burada Ariston'un fikirlerinin tesiri neticesinde, insan, gene kontrol etmediği bir tabii hukuka tabirir, demek oluyor ki, Hıristiyanlık en şaşalı devrinde bile ahlakî normların bir tezahürü telâkki edilen bir tabii hukuk anlamı daha tam manasile ortaya çıkmamıştır.

Asıl şayani dikkat olan taraf St. Thomas'ın da cesaret müessesesini kabul etmiş olmasıdır. (38) Böylece Aristo ile St. Thomas arasında felsefî görüş benzerliklerinin aynı sosyal müesseseleri kabul etmelerile neticelendiğini görüyoruz.

(35) Jacques Maritain, *Man and the State*, Chicago, 1951, S. 91.

(36) Emile Brehier - *La Philosophie du Moyen Age* - Paris, 1937, s. 331

(37) S. g. e., s. 370.

(38) Winston Ashley, *The Theory of Natural Slavery According to Aristotle and St Thomas*, Notre Dame, 1941.

Renaisance'ın gelmesile tabii hukukta üçüncü büyük merhaleye gelmiş oluyoruz. Ve tabii hukuka bu devirdeki gelişmeler dolayısıyla çok geniş potansiyeller bağışlanmış oluyor. Zira bu devirde rasyonalizm cereyanı ile muhakemenin kendi başına felsefi ve ahlakî bir çıkış noktası olabileceği fikri ortaya çıkıyor.

Bilindiği gibi, Descartes devrinde, ortazamanlar felsefesi bir takım iç mücadeleler yüzünden inkiraza yüz tutmuştu. Cevaplandırılması lâzım gelen sual şöyle bir sualdi: reddedilen kilise sisteminin yerini ne tutacaktır?

«İnsanın düşünce ve gayeleri artık mevcut ananelerden hareket edemezse nereden başlayabilirdi? Buna yegâne cevap «kendisinden» demektir. İnsan bir sistemi ve bu sistem içinde işgal ettiği yeri kabul etmediği takdirde tecrit edilmiş şahsı ile başlamak mecburiyetinde idi. Tabii vicdanın otoritesine boyun eğmesi lâzımdı. Fakat bu sefer kendi vicdanına boyun eğecekti. Allah'ın sesini duyduğu zaman ona boyun eğecekti. Fakat ancak kendisinin Allah'dan geldiğini duyduğu sese boyun eğecekti» (39)

Bunun gibi bir görüşün tabii hukuk mefhumunda meydana getirdiği değişiklikler malûmdur. Tabii hukuk artık anlaşılması mümkün, ve insanın zihni gayretile tesbit edilmesi kabül bir kaideler manzumesi halini alıyor. Grotius'un karakteristik ifadesile:

« (Tabii) hukukun prensipleri üzerinde dikkatle durulduğu takdirde bunların gayet bariz ve açık olduğu belirir, hatta bunlar beş hislerimizle kavradığımız şeyler kadar barizdir (40).

Bahsettiğimiz mantık ve insan faktörü üzerinde müessis yeni görüş zaviyesi, sofistlerin görüşünün bir başka şekli olduğu zehabını uyandırabilirse de aslında bu iki görüş arasında bir temel ayrılık mevcuttur. Sofistler metafiziki spekülasyonlara inanıyorlardı. Bu ise yeni düşüncenin temelini teşkil eden rasyonalist davranışın tam aksidir. Zira Decartes'ın emeli, St. Thomas d'Aquin ve Aristo felsefelerinin Hıristiyanlık için temin ettikleri felsefi esasın haricinde gene Hıristiyanlığın faydalanacağı daha sağlam esaslar ortaya çıkmaktı. Mamafih, yeni felsefi esastan hareket edilerek meydana getirilecek tabii hukukun ve tabii hukuk anlamının orta zaman tabii hukuk anlamından ayrılacağına şüphe yoktu. Daha yukarıda işaret ettiğimiz gibi en eski ve primitif tabii hukuk inançları Aristo felsefesi yolu ile ve St. Thomas da mevcut Aristocu elemanlar kanalı ile ortazaman tabii hukuk inançlarına tesir etmekten hali kalmamıştı. Tipik ortazaman tabii hukuk nazariyatçıları için insan «sosyal mahlûk olarak taşıdığı özellikleri, serbest rızasının ifadesile değil, tabii öz'ünün bir icabı olarak tezahür ediyordu». Binaenaleyh

(39) William Temple *Nature, Man and God*, New York, 1944, s. 62 - 63

(40) Grotius, *Prolegomena*, Kitap I, Cüz 1, Ks. 10, 1, Sabine, S. g. e. s. 42^a.

«gerçek eski devirlerde gerekse orta zamanlarda carî inanca göre, siyasî bir organizma insanın kendi şahsî kanaati neticesinde terk edebileceği veya katılabileceği bir teşekkül değildir (41)

Diğer taraftan yeni zihniyetin siyaset alanında tercümanı olan Locke için tabiatta teleolojik ve hiyerarşik bir düzen mevcut değildir. Locke için tabiat bir birinden ayrı maddî cevherlerden müteşekkildir ve özellik siyasette bağımsızlık şeklinde aksetmiştir. Sosyal kanunlar mevcut olabilir, fakat bunlar tabiat kanunlarına tabi değildir (42). Bilhassa tabii hukuk, tabiatın kaçınılmaz emirlerini tezahür ettiren bir nevi sosyal otomatizma şeklinde değil de insanın ahlakî yapısının zaruî neticesi telakkî edilmektedir. Bu noktaya nazara bilhassa Francis Hutcheson'un kurucusu olduğu ve daha sonra Adam Smith'in tesiri altında kaldığı İskoç felsefî okulunun umdelerinde bulmak mümkündür. Ancak bu bağlantıyı yaptıktan sonradır ki Adam Smith'ten itibaren ortaya çıkan tabii hukuk anlamında insan iradesine verilen serbestî ve atarşi'nin menşei tam manasile anlaşılabilir (43).

İşte Renaissance sonrası tabii hukukunun gelişme potansiyeli tabiata tabi olmama keyfiyetinden dolayı büyük bir potansiyel olmuştur. İnsan iradesi esasına dayanan normatif bir anlayışla tabiat kuvvetlerine tabi olma şeklinde tezahür eden bir tabii hukuk arasındaki ayrılık bu sefer kesin olarak ortaya çıkmıştı. Bu suretle tabii haklar nazariyesinin gelişmesi için yollar açılmış bulunuyordu (44).

(41) F. s. Northrop, *The meeting of East and West*, New York, 1948 s. 173, 88

(42) Ibid, s. 88,

(43) Francis Hutcheson'un filizleri için Bk. W. R. Scott, *Francis Hutcheson*, Cambridge, 1900; Leshe Stephen, *History of English Thought in the Eighteenth Century*, London, 1902.

(44) Daha sonra insanın hayatını düzenlemeğe muktedir oluşu o kadar ileri gitmiştir ki 18 inci asrın ortasında insanın en mühim hürriyetlerini bile bir akitle son verebileceği fikri Avrupalı büyük hukukçuları tarafından müdafaa edilen bir fikir olmuştu. Son zamanlarda çıkan bir kitapta (P. Derathe, *Rousseau et la Science Politique de son Temps*, Paris, 1950) bir müellif Rousseau'nun orijinalitesini böyle bir feragatin bazı hürriyetler için mevzubahis olamayacağı fikrini ileri sürmüş olmasında bulmaktadır.