

# TARİHSEL YAKLAŞIMLA HAK VE ÖZGÜRLÜK İLİŞKİSİNİN SAPTANMASI

Dr. Tennur KOYUNCUOĞLU

## I. GENEL OLARAK

I. Uygarlık Yasasının<sup>1</sup> 23 maddesinin kenar başlığı “kişiliğin hi-mayesidir”. Temel hakların hukuksal niteliğinin Anayasal belirteci de

- 1) Medenî Kanun karşılığı Uygarlık Yasası olarak çevrilebilirse de, Medenî (uygar) sözcüğünün amacı yansıtıp yansıtmadığı konusunda tartışma vardır. M. Kapani, Amerikan terminolojisindeki “Civil rights” (veya Civil liberties) deyiminin Türkçeye medenî haklar diye çevrilmesini yanlış bulmakta ve sözlük anlamıyla bunun vatandaşlık haklarını ifade ettiğini söylemektedir. Kamu Hürriyetleri, Ankara 1964, s. 7, dp. 8’deki haklı olarak vatandaşlık hakları kavramının dar olduğunu, oysa medenî hakların gerektiğinde yabancılara da uygulanabileceğini açıklamaktadır. Ancak civil sözcüğünün ikinci anlamına, civilden türeyen civilition, (uygarlık) sözcüğüne uygunluğunu belirtmek gerekir. Velidedeoğlu, bu konuda şöyle demektedir: “Medenî Hukuk ıstılahı, Fransızca “droit civil”, İtalyanca “dritto civile”, Almanca “Zivilrecht” veya “Bürgerliches Recht” terimlerinin karşılığı olup, bütün bu tabirlerin kaynağı da Romalıların IUS CIVILEsidir. O zamanlar IUS civile, Roma vatandaşlarına daha doğrusu Roma hemşerilerine tatbik olunan hukuk idi... gitgide medenî hukuk bir başka manada, yani hususî hukuk manasında kullanılmaya başlandı... (ancak) medenî hukuk, hususî hukukun geniş bir dalı olarak daha hususî bir mana iktisap etmiş bulunmaktadır.” Umumî Esaslar, 6. Bası, İstanbul 1959, s. 3-4.

Bu konumu ile soyut uygarlık ölçüsünün özel kişilere uygulanan özel hukuk kurallarıyla saptanabilirliği düşüncesiyle medenî kanun, medenî haklar, medenî hukuk deyimlerindeki medenî sözcüğünün öz türkçe karşılığı koyularak, uygarlık, olarak çevrilmesi yerindedir ve yalnızca kişilik hakkı kavramı açısından bile bu ad uygun düşmektedir.

“kişilik” ögesi olmuştur. Anayasanın 10. m. göre, herkesin “kişiliğe bağlı... temel hak ve özgürlükleri” vardır. Her iki maddenin de ortak kapsamı bu “kişilik” kavramıdır. Kişilik hakkı ve temel hak gibi ayrı ayrı adlandırılmasına karşın, her iki hak demeti de bir kökten gelmektedir.

Kişi haklarının devlete karşı düzenlenmesi temel hak ve özgürlük kavramıyla, özel kişilere karşı düzenlenmesi kişilik hakkı kavramıyla ortaya koyulur. Tek hak olan kişilik hakkının topluma ve onun örgütlü temsilcisi olan devlete karşı açıklanması kamusal, özel kişilere karşı düzenlenmesi ise özel hukuk olarak ayrılması çağrışımını yapar<sup>2</sup>. Ancak tek kişilik hakkının ayrı alanlarda uygulanmasının özünde bir farklılık yaratamayacağının önemle vurgulanması gerekir.

Aslında anayasa ile uygarlık yasası arasında bu konuda bir eşleme vardır. Anayasa açık bir madde ile temel hakların kişiliğe bağlı niteliğini açıklarken, özel hukukta kişilik hakkı kurallarını “kişiliğin himayesi” amacıyla daha çok kamu düzeni kaygusuyla düzenlemeye özen göstermiştir<sup>3</sup>. Kişilik hakkının sözleşme serbestisi karşısına sınır

2) Ayırımın kökeni Roma Hukukuna dayanmaktadır. Zamanımızda bu ayırım önemli ölçüde değerini yitirmiştir. Okandan, Romalıların bu anlayışını belirttikten sonra, özel hukuk - kamu hukuku ayırımı konusunda şöyle yazmaktadır: “sınırlarının kesin olarak tesbiti güç, dayandırıldığı prensip yönünden açık olmaktan uzak, ve hatta ortaçağda çeşitli siyasî sistemlerce terk edilmiş olmasına rağmen değerini korumaktadır”. Okandan, R.G., Umumî Amme Hukuku, İstanbul 1976, s. 178. Günümüzde sosyalist hukuk bu ayırımı yapmaz.

3) Örneğin, Egger, İsviçre Medenî Kanunu Şerhi, Cilt I, Ankara 1947, s. 48; kişiliğin korunması ile kamu düzeni sorununu hep birlikte ele almıştır. bk. s. 40, s. 82, s. 247, s. 256, s. 271-272 ve Anayasada yazılı olsun olmasın devleti de bağlayacağını kaydederek şahsiyetin umum tarafından hürmet ve saygı görmesi yolunda yazılı olmayan umumî bir hak kabul etmektedir, s. 292, ayrıca s. 279. İmre de 1961 Türk Anayasasının temel kurallarını belirterek, “şahsiyet hakkının korunmasını sağlayan medenî kanun hükümlerine kuvvetli bir dayanak” olarak göstermektedir (Medenî Hukuka Giriş, İstanbul 1971). Siebert de, kişiliğin, ferdi topluma zorunlu bağlılığı düşüncesi ile yakın ilgisi olduğunu belirtmekte ve kişilik hakkını insan ile toplum olgusunun bir sentezi olarak görmektedir, bk. Şahsiyet Hakları (çev. Öztan, B.), AHFD., 1969, Sy. 1-2, s. 217-210. Ayrıca bk. Franko N., Şeref

sorunu olarak çıkarılması, giderek kişiyi kendi kendine karşı koruması bunun açık kanıtıdır.

Tarihsel bir araştırma yöntemi bu zorunlu ilişkiyi ortaya koyar. Hukukun ereğinin insan olarak saptandığı ve adına 'bireycilik' denen öğreti kişi kavramıyla insanı bir takım hak ve özgürlüklerle bezemiştir<sup>4</sup>. Kişilik kavramı da bu hak ve özgürlüklerle açıklanmaya çalışılmıştır. İlkten hak ve özgürlük kavramları inceleyerek, kişilik kavramına varmak uygun olacaktır.

## II. HAK VE ÖZGÜRLÜK KAVRAMLARI

Anayasanın 10 maddesi, "Herkes, ..... temel hak ve hürriyetlere sahiptir" diyerek hak ve özgürlüğü aynı anlama gelir bir biçimde yinelemiştir. Uygarlık yasasının 23. maddesi hak ve özgürlüğü aynı maddede ayrı fıkralarda açıklama yolunu tutmuştur.

İlk fıkrasında haklardan sonraki ikinci fıkrasında özgürlükten söz edilmiştir. Türkçe metnin çevirisi her iki fıkra için de iyi değildir. Maddenin Almancası ile karşılaştırarak aradaki farkların altını çizmek gerekir<sup>5</sup>.

Uygarlık yasasının 23. maddesi şöyledir:

"Kimse, medenî haklardan ve onları kullanmaktan kısmen olsun feragat edemez.

Kimse hürriyetini ferag edemediği gibi, kanuna ve veya âdabı umumiyyeye mugayir suretle takyid dahi edemez."

---

ve Haysiyete Tecavüzden Doğan Manevî Zararın Tazmini, Ankara 1973, s. 26-27.

4) Kubalı, H.N., Anayasa Hukuku Dersleri, İstanbul 1971, s. 164-165. Kubalı, burada insan şahsının hukuksal ve ahlâksal varlığını iki ilkeye dayandırmakta doğal hukuk ve sonucu sosyal mukavele öğretisi ile bireycilik dolayısıyla insanı olmadan ötürü hak, özgürlük sahibi olma öğretisini birbirinden ayırmaktadır. İlki hukukun üstünlüğünü, ikincisi hukukun amacını yansıtmaktadır.

5) Yararlandığımız almanca metin H.V. Velidedeoğlu tarafından çevrilmiştir, Şahsın Hukuku, 6. Bası, İst., 1963, s. 107.

İlk fıkrada sözü edilen “uygarlık haklarından” deyimi “uygarlık haklarını” kullanma ehliyetinden olarak aynı şekilde kullanılmaktan” sözcüğü de “kullanma ehliyetinden” olarak anlaşılmalıdır<sup>6</sup>. Burada amaçlanan kişi olmanın hak ve eylem ehliyetine yettiği bu nedenle de kişi kavramının yok edilemeyeceği inancıdır, yoksa hakların kullanılmayacağı anlamında olamaz.

İkinci fıkradaki “özgürlüğün devrolunması” karşılması da “özgürlüğün veya kullanılmasının devrolunması” olmak gerekir.

Nitekim İsviçre uygarlık yasasının Almancası bu şekilde kaleme alınmıştır<sup>7</sup>.

Bu açıklamaya göre kısaca hak ehliyetinin ve eylem ehliyetinin bir bölümünden veya tamamından geçilemeyeceği gibi özgürlükte devredilmek ve kullanılması ahlâka aykırı olarak kayıtlanamaz.

Ancak maddenin ilk parçasının haklara ikinci yarımının ise özgürlüğe değinmesi nasıl yorumlanabilir? Maddenin boşluğu “Şahsiyetin Himayesi” (kişiliğin korunması) olduğuna göre, bu kavram altında bu kez hak ve özgürlük birleştirilmiştir. Burada anayasa metni için de sözkonusu olan soruyu sorabiliriz. Hak ve özgürlük aynı şeyi mi betimler, yoksa ayrı ayrı anlamları var mıdır? Anlamdaş kavramlar olarak ele alındığında, niçin yinelendikleri konusu açıkta kalır. Uygarlık yasasının metni ile başlık bağıntısı hak ve özgürlük kavramları arasında bir ayırım olmadığına uzanır mı, yoksa aynı doğrultuda da olsa aralarında bir derece farkı mı varsayar?

Hak ve özgürlük arasındaki ilgiyi saptamak bir bakıma “kişilik” sözcüğünün gerçek anlamını ortaya koyacaktır. Çünkü her iki yasada da “kişilik” hak ve özgürlüğün ne olduğunu hangi hak ve özgürlüklerin kişiliğe bağlandığı konusu bu nedenle ilkten çözüme bağlanmalıdır.

6) Velidedeoğlu, Ş.H., s. 108; İmre, Z., Medenî Hukuka Giriş, 2. Baskı, İst., 1976, s. 416 ve dp. 1; Ataay, A., Şahıslar Hukuku, 3. Baskı, İst., 1978, s. 148.

7) “Kimse medenî haklardan faydalanma ve onları kullanma ehliyetinden tamamen veya kısmen vazgeçemez.

“Kimse hürriyetini ferağ veya onun kullanılmasını hukuka veya ahlâka aykırı olacak derecede takyit edemez”.

## III. HAK VE ÖZGÜRLÜĞÜN ANLAMI

“Ius” sözcüğü ile karşılanan hak kavramı yine “ius” sözcüğü ile karşılanan hukuk kavramı ile görelî olarak değerlendirilir. Bilinen ayırımı göre “ius” sözcüğü nesnel (objektif) içerikle hukuk anlamında, öznel (subjektif) içerikle hak anlamında kullanılır. Bunun nedeni aynı kökten gelme özellikleri ile açıklanmaktadır<sup>8</sup>. Hukuk ile hak arasındaki bu sıkı ilişki hukuk ile hak kavramını birbirinin varlık koşuluna bağlar. Bugün geçerli pek çok hukuk sistemine kök olan hukuk anlayışını yaratan Romalılar, bu ilişkiyi böylece kurmuş ve hukuku yapan kuralları da hukuk tekniğine bağlayarak hukuk dolayısıyla hak kavramlarını devletın yapmış olması özelliğiyle açıklamışlardır<sup>9</sup>.

Özgürlük için aynı şey söylenebilir mi? Bir başka deyişle özgürlükle hukuk ve hak arasında doğrudan bir bağ kurulabilir mi? Bu konu tartışmasız değildir. Sözcük olarak Liberti — Freiheit karşılığı özgürlük; herhangi bir biçimde herhangi bir koşula bağlı olmamak, anlamındadır<sup>10</sup>. Bir görüşe göre<sup>11</sup> doğa baskısı biryana bırakılırsa tek başına yaşayan insan özgürdür. Hukuk ve hakkın işe karışması bu özgürlüğün sınırlanması sonucunu doğurmuştur. Bu yolla gerçek özgürlük ile hukuksal özgürlük ayırımı yapılabilir. Gerçek özgürlük daha geniş, hukuksal özgürlük ise daha dar bir kapsam içinde görülür.

Bir başka açıdan, özgürlük hukuk özdeşleştirilerek, hukuk olmadan özgürlük, özgürlük olmadan hukuk sözkonusu olmaz, sonucuna varılmaktadır<sup>12</sup>.

8) Umur, Z., Roma Hukuku, İst. 1979, s. 341 de bunu şöyle açıklamaktadır: “Hukukla hak, ... aynı mefhumun iç ve dış görünüşlerinden başka birşey değildir ve aynı esasa irca edilebilirler”.

9) Umur Z., s. 326.

10) Türkçe sözlük.

11) Kunter, s. 184, dp. 12’de “Tek başına yaşayan insan elbette özgürdür... Toplum ortaya çıkınca bazı hareketlerin yapılmasının bazılarının da yapılmamasının mecburî kılınması gerekmiştir. Bu sonunculara yasak denilmesi, yasaların önce özgürlük sınırlama ile işe başladığını göstermektedir” demektedir.

12) Bir çok yazar hak ve hürriyeti bir arada kullanır ve birtek gerçeğin iki yüzü olarak algılar. Kubalı, s. 164; Akın, s. 264.

Bir üçüncü görüşe göre insanlar özgür doğmadıkları gibi hukuk ve hak kavramlarının onlara özgürlük sağlamaya yetmeyeceğini gerçek özgürlüğün ekonomik özgürlük olduğunu ileri sürer<sup>13</sup>. İnsanın özgürlüğünü doğal özgürlük veya hukuksal özgürlük değildir maddi koşulları edinildikten sonra varılacak bir amaçtır, bu görüşe göre. Özgürlük böylece bir süreç konusudur ancak.

Hukukun yapı taşı olan, hakla özgürlük ilişkisi daha ayrıntılı olarak çeşitli gruplara ayrılmaktadır<sup>14</sup>.

İlk olarak, özgürlük olmadan haklar söz konusu olmaz<sup>15</sup>. Bu görüşü benimseyen H. L. A. Hart'a göre; herhangi bir hak söz konusu ise bu en azından tüm kişilerin özgür olma hakkıdır. Yine ona göre özgür olma haksız biçimde kişinin zorlanamaması anlamındadır. Bu anlamdan öte ayrıca yanlış davranma (Wrongdoing) yargısını da dışlar özgürlük hakkına sahip olmak. Bir hakkın kullanılması çalgınca, bilgisizce veya özensiz olabilir, ancak asla yasa dışı veya ahlâk dışı değildir<sup>16</sup>. Bunun nedeni tüm hakların özgürlük hakkını içermesidir.

Oysa Martin Golding özgürlüğe temellenmiş hakları seçimlik (option rights) haklar olarak niteler ve Hart'a karşın bazı insanların<sup>17</sup> bir seçme yeteneği olmaksızın da hak sahibi olduklarını açıklar<sup>18</sup>. Sosyal hakları bu haklara örnek gösterir<sup>19</sup>.

Bu durumda özgürlük ögesinin haklar için istenen, dilenen bir unsur olduğu, ancak her hakta (örneğin sosyal haklar) özgürlüğün bulunmasının zorunlu olmadığı ikinci bir görüş olarak belirtilir.

13) Bandman, s. 39; bk. Elsie and Bertram Bandman, *Bioethics and Human Rights*, Boston, 1978.

14) Bandman, s. 51.

15) Türk hukukunda da hak ve özgürlüğün bir arada kullanmakla birlikte aynı anlama gelmediği görüşü de vurgulanmaktadır. Akın, s. 264 ve aynı sayfada dp. 10; Tunaya, s. 279.

16) Bandman, s. 51.

17) Çocuklar, akılsal bozukluğu olanlar, koma halinde bulunanlar, yaşlılar gibi.

18) Bandman, s. 52.

19) Bu hakları; yardım kabul hakları (rights to receive assistance) kabul hakları (rights or reciepience) veya sosyal haklar (welfare-rights) olarak isimlendirilmektedir.

Üçüncü görüşe göre özgürlük, hakkın hem zorunlu hem yeterli tek koşuludur ve özgürlüğü temel alan haklardan başka haklarda söz konusu değildir<sup>20</sup>.

Bandman bu görüşleri yer yer eleştirip yer yer tamamlayarak dördüncü bir görüş ileri sürer. Ona göre her türlü hak için özgürlük zorunlu bir öge<sup>21</sup> ise de yeterli değildir. Özgürlüğün her iki grup hak için gerekli olduğu konusunda Hart'la birleşerek, bir sınıfa özgülenmiş özgürlük ile o sınıfın üyesine ilişkin özgürlük ayırımını yapar<sup>22</sup>. Bir sınıfın haklara malik olması için, özgür olmasını o sınıfın üyesinin de haklara malik olmak için özgür olduğu anlamına almaz. Ona göre haklara sahip olmak için özgürlük zorunlu ise de yeterli değildi. Çünkü haklar ayrıca ödev ve adalet çağrışımını da yapar<sup>23</sup>.

Bu açıklamalar hak ve hukuk kavramının hukuksal boyutlarda az çok tanımlanabilir olduğunu ortaya çıkarır. En azından hukuk tekniğine ilişkin, dar bir hukuk tanımlaması her zaman bulunabilir<sup>24</sup>. Oysa özgürlüğün tanımı her zaman eksik kalmak zorundadır. Özgürlük kavramının kökünde var olan bağımsızlık, hukukla kayıtlı olmasına karşın hukuku aşkın bir kapsama ilişkindir<sup>25</sup>. Bu doğrudan yaşama gerçeğinde özünü bulur. Yaşayan, demek ki canlı varlığın, en belirgin özelliği (hareket etmesi) devinim içinde olmasıdır. Canlı varlığın iki büyük amacı; beslenmesi ve çoğalması bu özelliğinin sonuç-

20) Bandman, s. 51.

21) Bandman ilginç olarak sosyal hakların (Bandman, bu haklara subsistence rights veya right of subsistence demektedir) seçimlik hakların alanı sınırladığını ve seçimlik haklar içinde önceden varsayılmış olduğunu belirtmektedir. Ona göre refah olmadan özgürlük olmaz ve seçimlik hakların kullanılması için sosyal hakların yerine getirilmesi şarttır, s. 51.

22) Bandman, s. 52.

23) Bandman, s. 53.

24) Romalılar bu özelliği ile hukuku benimsemişler, önemsemişlerdir. Hukukun bu özelliği ile tanımı bugün de yapılabilir: Örneğin, hukukun sosyal gücün denkleştirilmesi tekniği olduğu tanımı için bk. Otto Kahn - Freund, *Labour and the Law*, 2. Bas., London 1977, s. 3.

25) Özgürlüğün tekniği nasıl olacaktır? Kapani soruna salt hukuk tekniği değil, hukuk ötesi bir sorun olarak bakıyor ve Jellinek'in bu anlamda sözlerini yineliyor, s. 175.

larıdır<sup>26</sup>. Tunaya özgürlüğü “insanın insan olduğu için sahip olduğu bir gücün, serbest hareket etme gücünün, daha doğrusu bir bağımsızlığın (otonomi) ifadesidir” şeklinde tanımlamaktadır<sup>27</sup>. hukuksal özgürlük sorunu da bu doğal gücün anlaşılması ve yönetilmesi konusuna sıkı sıkıya bağlıdır. İnsan sözcüğünün vurgulamasını, tek insan olarak düşündüğümüzde o insanın dışındaki doğa ve toplum karşısında ne kadar güçsüz olduğunu onaylamaktan başka bir sonuca varamayız. Bu gerçek bizi insanı, toplum içinde, daha kapsamlı bir koşulla toplum tarihi içinde incelememizi gerektirir. Bu yol özgürlüğün ne demek olduğunu tutarlı bir biçimde ortaya koyar. Böylece doğal gücün aslında bu doğal güç konusunda duyulan toplu inanca bağlı olduğu gerçeğini açık seçik görme olanağı sağlanır.

#### IV. TARİHSEL GELİŞME

##### 1. Eski Dönem Hukukunda Devletin Kişiye Baskısı

Bu dönem hukukunda baskın öge “devlettir”<sup>28</sup>. Plato bunu “insan olmak bağımsızlık anlamına gelmez” deyişi ile açıklarken Sokrates “En büyük ayrıcalık devlette yaşıyor olmaktır” tümcesi ile dile getirir<sup>29</sup>.

Devlet insanın yaşamını en küçük ayrıntılara kadar düzenlerken onu dinsel, sosyal, hukuksal ağır baskılar altında tutar. Devletin varlığı insan yaşamına o kadar etkindir ki insan, hukukun öznesi olmayıp devletin yarattığı hukukun ancak konusudur. Roma hukukunda insan anlamına gelen “homo” köleler için kullanılırdı<sup>30</sup>. Kölenin hukuksal anlamı ise eşyadan başka birşey değildir<sup>31</sup>. Ancak başka eşya kavram-

26) Laborit, Henri, bir dirimbilimci cerrah olarak “bir insan kümesinin kendi yapısını sürdürmekten başka bir ereği yoktur, demektedir. Bk. Dirimin ne olduğunu bilmiyoruz, çev.: Onaran B., Ulusal Kültür 1978, s. 155.

27) Tunaya, s. 279. Tunaya, hakkı da şöyle tanımlamaktadır: “Haklar yazılı hukuk belgeleriyle, kanunlarla, özgürlüğü sağlamak için, kişiye tanınan yetkililerdir.

28) Kapani, M., s. 15, s. 21.

29) Elsie L. and B. Bandman, Bandman, a.g.e., s. 149.

30) Koschaker P., (Ayiter, Kudret)), Ankara 1971, s. 76.

31) İmze Z., Medenî Hukuka Giriş, İst. 1976 ,s. 337.



larından ayrı bir konumu vardır bu nitelemenin. Köle, hukuk dilinde ayrıca iradesi bulunan bir insandır<sup>32</sup>.

Burada ilginç olan nokta her çağda insana özgülenen sorumlu olma, karar verme, gibi yeteneklere sahip kölelerin uygulayimsal işlerine karşın, hukuksal alanda bu özellikleriyle, kişi niteliği kazanmamalarıdır<sup>33</sup>.

Roma hukukun da köle karşıtı özgür (liber)<sup>34</sup> sözcüğü yer alır<sup>35</sup>. Bu kavram başkasının kölesi olmamanın önemini o dönem için önemli bir sonuç olarak vurgulansa da bugün için bir anlam taşımaz çünkü insan bu kez devletin tutsağıdır<sup>36</sup>.

Toplumun köle olmayan bir bölüm insanın özgür sıfatıyla bile hak ehliyetine tamamen ehil olmaması o dönem hukukunun kaydedilmesi gereken başka bir ilginç yanıdır.

Her insanın hukuksal giydirisini simgeleyen “kişi” sıfatı ile tanınması insanlık sürecinde gerçek bir aşama olan doğal hukuk öğretisi ile olmuştur. Ne var ki insan tarihinin bir bütün olarak kavranması, eskil dönemlerin de bu konuya katkısının bilinmesini gerektirir.

## 2. İnsan Kavramına İlk Yaklaşımlar

İnsanın kendileyin bir değer oluşu, değişik nedenlerle doğal hukuk öğretisinden önce de ileri sürülmüştür. Tanrısal güçlerin yanı sıra

32) Bu sıfatıyla hukuksal işlemler yapabilir, haksız fiil işleyebilir. Fakat haklara ehil değildir. Hukuksal açıdan kişi değildir. Bu nedenle de yaptığı hukuksal işlem doğrudan doğruya efendisi için bir kazanmadır. Koschaker, s. 77 v.s.

33) Köleler arasında evlilik yok olduğundan cinsiyete dayanan birleşmeleri de hayvanınkine eş idi ve hürlerde, yakın akrabalar arasındaki cinsî ilişki, bir suç olduğu halde kölelerde cezayı gerektirmezdi. Koschaker, s. 76. Bu sonuç bazı konularda kısıntısız olmanın özgürlük anlamına gelemeyeceğini açıkça gösterir.

34) Umur, Z., Roma Hukuku Lügatı, İst., 1975, s. 124.

35) Ancak bu tür özgür insanın hak ehliyeti de vatandaş, aile babası ve azatlı olup olmamasına göre çeşitli kısıntılara uğrar. Koschaker, s. 75 ve 78.

36) Kapani, s. 15'te eskil Yunan'ın siyasal hak sahibi olsa da özgürlük kavramını tanıyamayacağını, çünkü insanın devletin tutsağı olduğunu, oysa devletin insan için olması gereğine işaret ediyor.

ra, gizlemin doğadan çıkarılmasını sezinleyen eskil yunan düşünürlerine dek bu aratırma sürdürülebilir<sup>37</sup>. İnsanın bilinmesi, tanınması gerekliliğini ilk Socrates açıklamıştır<sup>38</sup>. Daha sonra insanın törebilimsel kuşatımı Socrates'in öğrencisi Eflatun ile güçlü bir idealizme dönüşmüştür<sup>39</sup>. Ona göre<sup>40</sup> de "bilmek" çok önemlidir ve kişinin ne yaptığını bilmesi, başkasına zarar vermesini önler. Çünkü bunu gerektirir. Ancak geleneksel adalet kavramına Aristo ile varılır<sup>41</sup>. Aristo Adalet kavramını belli bir kişilik durumuna bağlayarak insancıl bir değere dönüştürür. Bunu şöyle açıklar:<sup>42</sup> "Adil davranışlar kendinden iyi olan şeyleri paylaşan ve bunların azına veya çoğuna sahip olabilen insanlar arasında meydana gelir, çünkü bazı varlıklar için<sup>43</sup> bunların azı sözkonusu olmaz." Aristo'nun adalet kavramı yanında mutluluk ve erdem kavramını da bağladığı "kişilik durumu" kişinin bulunduğu somut koşulların sonucudur<sup>44</sup>. Her insanın kişiliği olduğunu ve onun güdücü ve üstün olan yanının da bu olduğunu belirterek, davranışlarımızın belli bir kişilik durumunun sonucu olmasının, büyük bir bilgelik gerektirdiğini açıklamaktadır<sup>45</sup>.

- 
- 37) Bu dönem düşünürlerini Hançerlioğlu, O., "Anadolu Yunanlıları" olarak isimlendirmektedir. Hançerlioğlu, O., Düşünce Tarihi, s. 55.
- 38) Törebilimin yaratıcısı sayılan Socrates'e (MÖ. 468-400) göre; "insan kendini bilmeli ve tanınmalıdır... Bilgiye kollarını açan her insan erdeme doğru ilerler. Erdem bilgidir. İnsan her şeyin ölçüsüdür ama, Ahmet her şeyin ölçüsü değildir. Erdem insanın yapısında vardır. Ancak öğretimle meydana vurulunca ya kada, Ahmet değil her şeyin ölçüsü, kendi kendisinin bile ölçüsü olmamalıdır. İnsan yapısı Ahmet'in değil insanlığın ortak yapısıdır." Bugün de geçerliliğini yitirmeyen bu doğrular karşısında, bir türlü tam bir ölçütün bulunamayışı önemli bir noktadır.
- 39) Eflâton'a (MÖ. 427-347) göre asıl var olan yalnızca şeylerin ideaları, yani değişen ve mükemmel olmayan algı konularımızın gerisindeki mükemmel ve sürekli birimlerdir. bk. Tunçay, 11. Batı'da Siyasal Düşünceler Tarihi, Ank. 1969, s. 37-38.
- 40) Bandman, s. 256; Akın, s. 10.
- 41) İmre, Z., Medenî Hukuka Giriş, İst. 1976, s. 11'e; Aristo'nun denkleştirici ve olaylaştırıcı adalet ayırımı için bk.
- 42) Tunçay, s. 101.
- 43) Tunçay, s. 101.
- 44) Tunçay, s. 96-111.
- 45) Tunçay, s. 108.

Bu dönemde, insanı kavramaya yönelik tüm araştırmalar eninde sonunda dinsel yorumlarla birleştiği için bağımlı bir nitelik gösterir. Ne var ki, dinsel kaygularla da olsa, insanın davranışlarının iyi veya kötü olarak gözlenmesi belli değer yargılarını ortaya çıkarır. Dinsel olanların yanında törebilimsel-hukuksal inançlarla<sup>46</sup> bir dünya düzeni kurmayı amaçlamasıyla konu önem kazanırsa da sayısal olarak çok az kişiye yönelmesi açısından sakıncalıdır.

Gerçekten eskil Yunan demokrasisinde olsun, Roma hukukunda olsun insanlar birbirine soyut olarak bile eşit değildir. Köle-vatandaş-yabancı ayırımı bugün anladığımız anlamdan ayrı bir toplum ilişkisini hukuksal ve uygulamısal düzeyde ayakta tutmaktadır<sup>47</sup>.

### 3. Stoizm

Düşünsel olarak tüm insanların ortak özelliğine ilk değinen stoizm olmuştur<sup>48</sup>. Stoizm'e göre;<sup>49</sup> "akıl sahibi varlıkların herbiri birbiri için yaratılmıştır, insanların hepsi aynı vücudun parçasıdır, hepsine hayatini sağlayan aynı ruhtur, bunların hepsi özgür ve birbirine eşittir." İnsanların yapısı nedeniyle eşitliği kabul eden ve kurularak düzene evrensel boyutlar kazandıran bu görüş, insanların ortak yanı aklın ilkelerini açıklarken, gene Tanrı kavramına vararak<sup>50</sup> aynı tarihsel vurguyu sonuçta paylaşmaktadır. Ancak tüm insanların eşit olduğunu söylemesi ile diğerlerinden ayrı konumu vardır. Bu özelliğinden ötürü

46) Bu düşünürlerce henüz hukuk ve ahlâk ayırımı yapılmamıştır. Bunu tam alıgılayabilmek için 18. yüzyılı beklemek gerekir. İmre, bk. s. 12.

47) Akın, bu ayırımın altını çizerek, çoğunluğun baskısının da kötü olduğunu, dolayısıyla yunan sitelerinde yaşayanlar kesinlikle devletin baskısı altındaydılar ve bugünün özgürlük düşüncesinden habersizdiler, demektedir. Akın, s. 278.

48) Akın, bu akımın Roma hukukunun ve hıristiyanlık dünyasının düşünce temelini kurduğunu söyler, bk. s. 27.

49) Okandan, R.G., s. 137. Okandan, bugün de geçerli olan stoizm'in doğal eğilimini de şöyle açıklamaktadır: "insanlar için varlıklarını koruma gibi doğal bir eğilim mevcuttur, hayatın amacı tabiata uygun olarak yaşamaktır... bu da ihtiraslardan uzak kalmayı akla göre hareketi gerektirmektedir.

50) Akın, s. 27.

ortaçağda hristiyan ve islâm felsefesi ile birleşen ve yeni çağa geçen bir uzanımı vardır<sup>51</sup>.

#### 4. Ortaçağ ve Hak Kavramı

5. Yüzyılda başlayan ve 15. yüzyıla dek uzanan ortaçağda genellikle uygarlık tarihinin durgunluk döneminde olduğu söylenir. Bu durum fazla abartılmamalıdır<sup>52</sup>. Çünkü hristiyanlık ve müslümanlığın ortaya çıkışı hak ve özgürlüklere o çağ için yeni boyutlar kazandırmıştır. En önemlisi dinsel görüşlerin insanlar arasında kardeşliği yaparak, Yaratan Tanrı karşısında yaratılanların birbirine eşit olduğunu savlamasıdır. Bu köleliğe karşı gelerek, insanların birbirinin kölesi değil yalnız Tanrı'nın kulları olduğu görüşünü geçerli kılar. Dinsel nedenlerle de olsa insan olma özelliği önem kazanır.

5. ve 6. yüzyılda kavimler göçü diye bilinen olaylar büyük devletleri sarsmış küçük küçük yeni devletlerin ve yeni hukukların ortaya çıkmasına yol açmıştır<sup>53</sup>. Küçük birimler olarak ortaya çıkan beylerin, senyörlerin iktidar gücü, egemenlikleri altındaki toprakların ve halkların varlığı ile hukuksal bir yapı oluşturur. Bu hukuksal yapılar devlete karşı hak ve özgürlük savaşımına başlatır. Örneğin 1215 tarihli Magna Carta bildirisi bu anlamda ilk belgelerden biri anlamında görülür. Bu belgede hak ve özgürlük sözcüğünün birarada kullanıldığı dikkati çeker<sup>54</sup>. Golding burada belirtilen hak anlayışının, küçük egemenlik veya özgürlük alanı olarak seçimlik bir haklardan (option rights) oluştuğunu söyler<sup>55</sup> Golding 13. yüzyıla gelinceye dek hak sözcüğünün bilinmediğini çarpıcı örneklerle sunmaktadır<sup>56</sup>. Şöyleki, or-

51) Kubalı, s. 164.

52) Kapani, s. 16.

53) İmre, s. 64.

54) Iura and libertates veya right and liberties olarak Golding buna işaret eder. Bandman, s. 47.

55) Golding "hak" sözcüğünün kökenini bulmaya çalışır ve option rights (seçimlik haklar) olarak özgürlük temeller. Bandman, s. 46-47, 49.

56) Eski Yunan hukukunda da hak kavramının bilinmediğini aynı metodu uygulayarak vurgulamaktadır. Plato'nun Sokrates'le konuşması sırasında geçen bir soruyu bu çağa göre şöyle kurmaktadır. "Haksız hüküm giydiğine inanan kişinin Jailden kaçmaya hakkı var mıdır?" Oysa parçada hak sözcüğüne dönüştürülecek bir kavram bulunmadığı belirtilmektedir. Bandman, s. 46.

taçağın doğal hukuk anlayışında en çok etkili olan Thomas Aquinas'ın (1224-1274) doğal hukuku savunmasına karşın doğal hukuktan sözaçmadığını şu örnekle canlandırır; bugün 'aç adamın ekmek dilimini çalmaya hakkı varmıdır' sorusuyla dile getirilecek bir olayı Thomas Aquinas'ın böyle sormadığını, ve 'gereksinimden çalmanın yerinde olup olmadığı' sorusuyla karşıladığını açıklar. Ayrıca A. Thomas için, doğal haklar olduğunu, ancak doğal hakların özel bölümlerinin olmadığını, mülkiyet hakkı ile özel mülkiyet hakkı arasındaki ayırımın yapılamadığına işaret ederek ortaya koyar.

Hak sözcüğüne ilk kez William of Ockham (1280-90) tarafından hukuksal bir nitelik kazandırıldığı tartışmalı biçimde de olsa ileri sürülmüştür<sup>57</sup>. Ockham doğal hak ve medeni hak ayırımını yapmaktadır. Doğal hak, aklın önerdiği hakla uyuşma gücünden başka birşey değildir. Oysa medeni hak (civil) bir anlaşmadan doğan kimi kez doğal hakla uyuşan kimi kez de uyuşmayan bir güçtür<sup>58</sup>. Örnek hak da mülkiyet hakkıdır<sup>59</sup>.

Özel hukuk anlayışı ile hakka yaklaşımın başladığı bu dönemde senyörlere subjektif kamu haklarının da tanınması<sup>60</sup> aradaki paralelliği yansıtır.

Önemli bir başka olay da iyi işlenmiş bir özel hukuk yapısına sahip eski Roma hukukunun 11. yüzyılda glassatörlerin çalışmalarıyla yeniden canlandırılması çabasıdır. Bu çalışmaların en etkin sonucu, 1495 yılında Almanya'da Reichskammergericht'in pandekt hukuka (Roma ortak hukuku) göre karar vereceğinin kabulüydü.

## 5. Doğal Hukuk Öğretisinde Hak ve Özgürlükler

İnsanın kendileyin bir değer oluşu, en etkin biçimde doğal hukuk öğretisi ile dile getirilmiştir. Bu öğretimin önemi ilk kez insa-

57) Paris üniversitesi profesörlerinden Michel Villey'in bu konuda ayrıntılı çalışmaları olduğu ve başka kimsenin hak sözcüğünü Ockman'dan önce tanımlamadığını Golding açıklar. bk. Bandman, s. 48.

58) Ockham's Opus Nonaginta Dierum (Work of Ninety Days) adlı eserinde bu satırların yer aldığını Golding söylemektedir. bk. Bandman, s. 48.

59) Yukarıda (58) no.lu dipnotuna bakınız.

60) Kapani, s. 16.

nın doğal yapısından ötürü benimsenmesi ve hukuk ilişkilerini insan- cıl boyutlarda ele alması giderek bu niteliği ile evrensel ve eşitlikci bir hukuk yapısı hazırlamasıdır<sup>61</sup>. İnsan olgusunun hukuksal ve töresel varlığını amaçlayan, iki ilke ile bütünlenir<sup>62</sup>; Birincisine göre, hukuk, devlet ve toplumun dışında ve üstünde bir ideal adalete dayanır ki bu- na “doğal hukuk” denir, ikinci ilke ise, hukukun amacının insan olma- sıdır ki bu da “bireycilik öğretisini” oluşturur. Her iki ilkeninde te- meli, hak ve özgürlük anlayışına dayanır.

İspanyol yazar Francesco Suarez (1548-1617) “ius” (hak) kavra- mını çeşitli anlamlara bölerek, doğal hukuka etki yapan anlamını fa- cultas quadum moralis (töresel yetenek çeşidi) kapsamıyla olduğunu söyler<sup>63</sup>.

Doğal hukukun babası sayılan Hollandalı Hengo Grotius'ta (1583-1645) Savaş ve barışın hukuku adlı ünlü eserinde ius (hak) “birşey yapabilmek ve birşeye malik olmak ehliyetinin töresel nite- liği” anlamına böyle bir önem vermektedir<sup>64</sup>.

## 6. Hobbes and Locke

16-17 yüzyıl İngiliz düşünürlerinden Thomas Hobbes (1588-1679) ilk kez ahlâk meteziğini yadsıyıp, insanlar arasında ilişkide çıkar te- melini<sup>65</sup> benimseyip devleti de çıkar dengesi üzerine oturtmuştur. Ona göre “doğal hak” her insanın kendi doğasını, kendi yaşamını korumak ve kendi muhakeme ve aklıyla bu amaca varmaya en uygun saydığı herşeyi yapmak için kendi gücünü dilediği gibi kullanma özgürlü- ğüdür<sup>66</sup>. Özgürlük ise kelimenin tam anlamıyla “dış engellerin yok- luğudur”<sup>67</sup>. Ona göre; engeller gücünün bir bölümünü, elinden ala-

61) Doğa yasası, doğal ihtiyaç, doğal eğitim düşüncesinin belirlen- mesi ile materyalizme doğru ilk adım olduğu görüşü için bk. Weyl, Monique - Roland. Hukukun Payı (çev.: Şiar Yalçın), İst. 1975, s. 24.

63) Golding, Suarez'in ve Hugo Gratus'un doğal hukuk öğretisin- de etkinliklerini vurgulamaktadır. Bandman, s. 48.

64) Golding için bk. Bandman, s. 48-49.

65) Tunçay, II, s. 116.

66) Tunçay, II, s. 125.

67) Tunçay, II, s. 125.

bilir fakat kalan gücü ile aklının emrettiğini yapmaktan alıkoyamaz. Bu ayırım gerçekten özgürlüğün insana neden maledildiğini açıklayacak güçtedir. Engel<sup>68</sup> dışında istediğince davranma, özgürlüğünün kendisidir. özgürlük bir yaşam kuralıdır.

Nitekim Hobbes'e göre doğa yasası "akılla bulunan ve insanın kendi yaşamı için zararlı, yada yaşamını koruma yollarını engelleyici olanı, yasaklayan bir genel kuraldır<sup>69</sup>" Ancak ölüm korkusu<sup>70</sup>, güven duygusu<sup>71</sup> insanları birarada yaşamaya itmiş, haklarının iktidara devretmeye yönelmiştir. Böylece dinsel kökenli de olsa<sup>72</sup> ilk kez insan haklarından başlayan, insan niteliği ile bağdaşan bir iktidar önerir<sup>73</sup>.

Bu sonucun konumuz açısından önemi büyüktür. Çünkü böylece bireysel hak demeti olan kişilik ve onun en önde belirtisi "insan yaşamı" hakkı en belirgin insan hakkı olarak devletin ortaya çıkış kaynağı ve sınırı olmakta" kamu özgürlükleri olarak, görünümüne çıkmaktadır<sup>74</sup>.

68) Engel kavramı tarihi sürecinde özgürlüğün asıl değişikliğe uğrayan yanıdır. Doğa karşısında bilgisiz kalan ilkel insan için engel, doğa daha ilerlemiş toplumlarda, kişinin karşılaştığı engel, bulunduğu toplumun yargıları ve donatımıyla, toplumun kendisi olmaktadır.

Hobbes'ta insanın özgürlüğünü (irade özgürlüğü), eğilim duyduğu şeyi yaparken, insanın bir durdurma ile karşılaşmaması biçiminde anlamaktadır. Tunçay, II, s. 149. Özgürlüğün korku ve zorunlukla bağdaşacağını söyler. Tunçay, II, s. 149, örnek olarak, hapsedilme korkusu ile borcunu ödemeyi (ödemeyebilirdi) ve suyun akmaya nasıl yalnız özgür değil zorunlu olduğunu gösterir. Böylece özgürlüğü zorunluluk ölçüsünde Tanrının kudretinde görür. Tunçay, II, s. 149.

69) Tunçay, II, s. 125; Hobes (IUS) hak ile (lex) yasayı birbirinden ayırmaktadır. Hak yapmak ya da sakınmak, özgürlüğün içindedir. Yasa ise bunlardan birisini saptar ve bağlar. Böylece yasa ve hak birbiri ile uyuşamayan yükümlülük ve özgürlük kadar birbirinden farklıdır.

70) Tunçay, II, s. 125.

71) Akın, s. 108.

72) Akın, s. 129; Tunçay, II, s. 149.

73) Akın, s. 114-115.

74) Bu nedenle de Akın, s. 263 te, genellikle kamu hak ve özgürlüklerinden söz açıldı mı, bunun toplumda bulunan her kişiye, her kişi topluluğuna tanındığını ve yöneticilere karşı ileri sürüle-

Daha sonra gene bir İngiliz düşünürü John Locke (1632-1704) Hobbes'tan farklı olarak insanların güvenlik için tüm haklarını değil yalnızca cezalandırma hakkını topluma bıraktıklarını dolayısıyla iktidara karşı yöneltilecek hakların kökeninin yazılı yasalar değil doğal haklar olduğunu savunur<sup>75</sup>. İlk doğal hak, varlığını sürdürme hakkı olarak bilinir<sup>76</sup>. J. J. Rousseau da (1712-1778) J. Locke gibi insanların doğuştan özgür hakları olduğunu ve insanların yaptıkları sözleşme ile bunların tümünü birden topluma aktarmakla, aslında haklarından hiçbirini vermeyip, tümünü elde tutmuş olduklarını savunur<sup>77</sup>. Böylece 18 yüzyıl doğal haklar öğretisi tamamlanmış, yönetenlerin var olan bir insan haklarını benimsemekten başka çözüm yolları olamayacağı görüşü kesinleşmiş olur.

Doğal haklar öğretisine evrensel boyutlu bir olayla yaklaşılmak istendiğinde bu olay yarattığı sonuçların önemi bakımından Fransız devrimi olarak görülür. Bu devrim sonraki hukuksal düzenlemelerin temel kaynağı sayılır. Örneğin 1804 tarihli Fransız Medeni Yasası, öz-

---

bilecek hak ve özgürlükler olduğunu anlamak gerekir, demektedir.

75) Akın, s. 133 ve 139. Akın, bu nedenle John Lock'la liberalizm doğuşunu başlatır. bk. Akın, s. 126. Thomas Hobbes'te uyruğun tüm özgürlükleri sözleşme ile egemene devretmediğini söylemektedir. Mete Tunçay, II, s. 153-154. Hobbes'e göre bizim boyun eğme eylemimiz hem uyma yükümüzden, hem de özgürlüğümüzden oluşur. Dolayısıyla, bütün insanların doğadan eşit ölçüde özgür olmalarından ötürü, hiç kimsenin üstünde kendisinin bir eyleminden doğmamış bir yükümlülük olmayacağı için, özgürlük konusu da oradan alınacak kanıtlarla çıkarsanmak durumundadır. Bu nedenle bir kimsenin kendi bedenini savunmak için yapacağı sözleşme hükümsüzdür, s. 127. Hak terkinin ya da devrinin amacı, insanın canının ve canını koruma yollarının güvenliğini sağlamaktan başka birşey değildir, s. 128. Hiç kimse ölümden, ve hapsedilmekten kurtarma hakkından vazgeçemez, yahut bu hakkı devredemez. Bundan ötürü şiddete karşı koymamak konusunda verilen söz, ne bir sözleşmede bir hakkı devreder, ne de bağlayıcıdır.

76) Akın, s. 130.

77) Akın, s. 160 ve 264. Topluma her şeyini veren, bir bakıma hiçbir şeyini vermemiş olur ve bütünün kendi parçalarına zarar vermesi mantığa aykırıdır der. J.J. Rousseau, s. 161.



gürlük, eşitlik ve kardeşlik temalarıyla işlenmişti<sup>78</sup>. Aslında bu gelişim daha önceki İngiliz ve Amerikan haklar bildirisinin sürüp giden çizgisidir<sup>79</sup>. Doğal hukuk anlayışı ilk kez özel hukuk yasası olarak, 1811 tarihli Avusturya uygarlık yasasında yer almıştır<sup>80</sup>.

## V. KİŞİSEL ÖZGÜRLÜKLER VE KAMUSAL ÖZGÜRLÜKLER

17. ve 18. yüzyıllar kişi hak ve özgürlüklerinin doğumu dönemidir<sup>81</sup>. Bu inanç, insan şahsının hukuksal ve töresel varlığını amaçlayan iki ilkeye dayanır<sup>82</sup>. Birincisi hukukun devlet veya toplumun dışında ve üstünde olduğunu ideal bir adaletin bulunduğunu söyler; (doğal hukuk öğretisi). İkincisi ise hukukun amacının kişinin hukuksal bağımsızlığını (otonomi) ve mutluluğunu yapmak olduğunu belirtir: (bi-reycilik öğretisi).

Bu iki öğretiyi insanlara bir takım hak ve özgürlükler tanındığı yolunda iki ayrı görüş ortaya koyar. Doğal hukuk öğretisi insanların doğuştan edindiği hak ve özgürlükleri olduğuna ve bu doğal kazanımın topluma yapılan bir "toplumsal sözleşme" ile aktarıldığını söyler<sup>83</sup>. Ancak doğal bir durumun varlığı ve sonra yapılan toplumsal sözleşme ile hukuksal garantilenmesi bir varsayımdan ileri geçmez, bu nedenle de doğal hukuka inanmayanlar için bir anlam taşımaz<sup>84</sup>. Ancak bir sözleşme aracılığıyla toplumu insan istencinin (irade) ürünü

78) İmre, s. 72.

79) Kapani'nin XVII ve XVIII doğal haklar felsefesinin özünün 12 Haziran 1776 Virginia Anayasası ve başına konmuş haklar bildirisinin 1. maddesi ile belirtildiğini, sonrakilerin az çok bunu yinelediği görüşü için bk. s. 37.

80) bk. İmre, Medenî Hukuka Giriş, s. 31. Yasanın 7. maddesi doğal hukuktan, 16. maddesi doğal haklardan sözeder.

81) Diderot bu nedenle: "Her yüzyılı belirleyen bir düşünce ve ruh vardır; bizimkisi de özgürlük düşüncesidir" der. Aktaran, Tanör, s. 45. Ancak zamanımızda da özgürlük önemini aynı derecede sürdürdüğüne göre, yazarın açıklaması özgürlüğün başlama çağı olarak daha da önem kazanmaktadır.

82) Kubalı, s. 164.

83) Locke, Puffendorf, Wolf... Aktaran, Kapani, s. 24.

84) Kapani, s. 23.

sayması açısından ilgi çekicidir<sup>85</sup>. Bir sözleşme ile kişinin istencinin açıklanması ve giderek ona uyulması gereği, istencin önemini vurgular. Kamu hak ve özgürlükleri için bu varsayıma gidilmesi ve kamu haklarının temelinde kişilerin istencinin yerleştirilmesi, kamu ve özel hukukun başlangıç çizgisindeki birleşikliği noktasından kesim ayırımı görüşlerinin, karşısına çıkar.

Kişinin, toplum karşısında varlığının hukuksal değeri sayılan kamu hak ve özgürlükleri, "varsayım tezi" kabul edilmese de varlığını bir başka yorumla koruyabilir. O da yine doğal hak öğretisinin kazandırdığı başka bir gerçektir. Ve bu nedenle doğal hukuk öğretisi gerçek yerini saklı tutabilir.

İnsanın insan olduğu için önemsenmesiyle doğrudan uyuşabilen yorum, özel hukukun ortaya çıkışının oturduğu doğru temeldir. İnsan insan olduğu için hak ve özgürlüklerin sahibidir. Bireycilik öğretisine göre, hukukun kaynağı hem özgür hem sorumlu varlık olan insandır ve bu nedenle hak ve özgürlüklerin sahibidir<sup>86</sup>. İnsanın hukuksal giydiri olarak "kişi" niteliği ile kavranması ve hukukun öznesi olarak her insanın alınması doğal hukukun en büyük aşamasıdır. Bir başka deyişle insanı kaynak alan bireycilik öğretisiyle hukuksal bir devrim yapılmıştır<sup>87</sup>.

Bu hem kamu hem özel hukuk için aynı ölçüde geçerlidir<sup>88</sup>. Çünkü her iki hukukun da kaynağı "kişi" diye adlandırılan, canlı varlık, insandır. İnsan doğasının hukuka girmesi günümüzde dek gelen bazı doğruları gündeme getirmiştir. Bunlar şöyle özetlenebilir<sup>89</sup>: 1) Hukukun kaynağı insandır. 2) Hukukun amacı insandır. 3) İnsan istenci, sorumluluğu ve özgürlüğü olan tek gerçek varlıktır. 4) Bu nedenle kendi maddi ve manevi varlığını, öz melekelerini geliştirmek

85) Akın, s. 272-273.

86) Kubalı, s. 166.

87) Ne var ki tüm insanların hukuk tarafından kendilerine sunulan hakları kullanması bu hukuksal devrim ile olanaksız olmuştur. Çünkü bu hukuksal devrimden yararlanan ekonomik açıdan da güçlenen burjuvazi takımı olmuştur. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bk. Tanör, s. 119-121.

88) Savcı, B., Yaşam Hakkı ve İnsan Hakları Armağanı, Ank. 1978, s. 25.

89) Kapani, s. 30-31 de bu sonuçlara değinmiştir.

en birinci hakkıdır. 5) İnsan devletin temel yapıcı unsurudur ve devlet insan içindir.

Gerçekten insanın insan olduğu için, bir takım hak ve özgürlüklerle donatımı günümüzde de baskın bir görüştür. Bunu doğal bir bilinmeze veya yapay zorlamalara gitmeden, buna gereklilik duyma yolundaki inançla savunabiliriz<sup>90</sup>.

Toplumda ki bireyin kişi olması, özel hukuk açısından, onun "haklar ve borçlar edinebilme yeteneği" olarak görünür. Dar anlamda kişi kavramını oluşturan bir sonuçtur bu. Türk uygarlık yasasında kişi kavramına geniş ve gerçek anlamıyla yer verilmiştir<sup>91</sup>. Buna göre kişi yalnızca hak öznesi değil ayrıca kişiliği olan bir varlıktır<sup>92</sup>. Uygarlık yasasının 23-24 maddeleri doğrudan konusu kişilik haklarıdır. İnsan olmanın hukuksal adı nasıl kişi ise her insanın bir kişiliği olması da insan olması ile açıklanan öyle bir şeydi. Kişilik hakları kamu ve özel hukukun atak konusudur. Çünkü kişinin insan olmasından kaynaklanan kişilik hakları başkalarına karşı da topluma veya örgütlenmiş biçimde devlete karşı da aynı önem ve anlamda vardır ve tek ortak amaca yöneliktir. Özgürlüğe temellenmiş bu haklar devlete karşı yöneltildiğinde bireysel kişilik hakları kamu hak ve özgürlükleri kişilere karşı yöneltildiğinde kişisel özgürlük görünümünde olurlar.

Kamu sözünden genellik herkese vergi olma anlaşılır<sup>93</sup>. Herkese vergi tek öge, insan olma dolayısıyla özgün olma temelidir. Özgürlük parça parça bölünerek vurgulanabilir<sup>94</sup> ancak türlü yüzleriyle bir bü-

90) Kapani, niçin kişilere bir takım hak ve özgürlüklerin tanındığı ve hukuka girdiği sorusunu, "niçin girdiği önemli değil, girdiği önemlidir" biçimde yanıtlamaktadır, s. 128-129. Topçuoğlu, XVII-XVIII. yüzyıl düşünürlerinin doğal hakları ileri sürerken aslında kendilerinin bir gereksinmesini açıklamaktaydılar, demektedir. Aktaran, Kapani, s. 130.

91) bk. Ataay, Şahıslar Hukuku, İst. 1978, s. 21-22; Dural M., T.M.H. Gerçek Kişiler, İst. 1977, s. 6-8; Özsunay, E., Gerçek Kişilerin Hukukî Durumu, İst. 1979, s. 97; Tekinay, S.S., Medenî Hukuka Giriş Dersleri, İst. 1970, s. 178.

92) Savcı, bunu "doğadaki birey hukuk alanına girince kişi olur ve onun bireysel kişilik hakları doğar, cümlesiyle buna değinmektedir. Savcı, s. 2.

93) Akın, s. 263.

94) İlk tanıma döneminde ortaya çıkan hak ve özgürlükleri Tanör

tün oluşturduğu da gözden kaçırılmaması gereken bir kavramdır<sup>95</sup>. Kamu özgürlüklerinin kökeninde insan olma bütünlüğüne varan kişisel özgürlük temeli yatmaktadır ve bu özgürlüğün amacı özel hukuk için olsun Kamu hukuku için olsun tektir. Bu nedenle de Tanör klasik hak ve özgürlüklerin doğumuna ilişkin olarak bunların yalnız devlet ve kişi ilişkisinin dışında halka da yönelik olduğunu söylerken<sup>96</sup> aslında özel ve kamu hukukunun bütünlük ilişkisini ortaya koymuş olmaktadır.

İnsan olmaya dönük hak ve özgürlükler, öğretide çeşitli biçimlerde dile getirilmektedir. Bu açıdan insan hakları deyimi bir özlemi dile getirmek için<sup>97</sup> kullanılmaktadır. İnsanın evrensel kapsamlı hukuk gereksinmelerini karşılar. Bu insan hakları devlet kişi ilişkisi ile ortaya koyuldukta geniş anlamda kamu hakları<sup>98</sup> özgül sıralamayla temel haklar olarak<sup>99</sup>, kişi ve kişi ilişkisi düzeyinde özel haklar<sup>100</sup> ve

şöyle aktarmıştır; düşünce özgürlüğü, dernek kurma hakkı, toplantı ve gösteri yürüyüşleri hakkı, dinsel özgürlükler, eşitlik hakkı, kişi dokunulmazlığı, konut dokunulmazlığı, kişi güvenliği, güvenlik hakkı, ticaret ve sanayi özgürlüğü, çalışma özgürlüğü, dilekçe hakkı, seçme ve seçilme hakkı, kamu hizmetlerine girme hakkı, tarafsız bir yargıç önünde yargılanma hakkı, direnme hakkı.

95) Tunaya, s. 313, "özgürlük bir tümdür" demektedir.

96) Tanör, s. 47 ve 57-58. Tanör, ayrıca Alman ve Fransız uygarlık yasalarına yaptığı gönderme ile örnek olarak göstermektedir. Biz bu nedenle halk sözünden özel hukuk açısından da durumun aynı olduğu sonucunu çıkardık. Gerçekten de Fransız ve Alman özel hukuk yasaları kişi kavramını, kişilik hakkını kabul etmeden dar anlamda benimsemişlerdir. Kapsamlı bir kişilik hakkı İsviçre özel hukuk yasası ile ortaya konulmuştur. Bk. Velidedeoğlu, Şahsın Hukuku, s. 101-102.

97) Kapani, s. 8

98) Daver, B., Kamu haklarını (kamusal sözcüğünü kullanmaktadır) insan haklarının pozitif hukukça kabul edilmiş kısmı, olarak tanımlamaktadır. Türkiye'de Siyasal Haklar, Türkiye'de İnsan Hakları Semineri, Ankara 1970, s. 42, dp. 4. Akın ise, kamu özgürlüklerini bölerek, yöneticilere karşı ileri sürüldüğünde, kamu hakları olduğunu açıklamaktadır, s. 263 .

99) Temel hakların insan hakları veya kamu hakları olarak tanımlanması için bk. Kapani, s. 8.

100) Bu anlamda özel haklar uygarlık hakları (medenî haklar) veya bireysel (ferdî) haklardır. Daver, bu hakları kamusal hak-

“özü” kapsamında kişilik hakları<sup>101</sup> diye isimlendirilirler. Aynı konuyu kapsayan kamu hukuku hakkı ile özel hukuk hakkı bu nedenle birbiri ile uyuşmalıdır<sup>102</sup>.

## VI. HAK VE ÖZGÜRLÜK AYIRIMININ YAPILMASI

Uygarlık yasasının 23. maddesinin hak, eylem ve özgürlük ayırımı gözeterek kişiliği koruduğuna baştan değinmiştik. Tüm hukuk düzeni için ilke katında olan bu kural hak ve özgürlük ayırımının yapılmasında da önemli bir dayanak sayılır.

İlk fıkra Almanca çevirisine uygun olarak, kişinin hak ve eylem yeteneğinden vazgeçemeyeceğine ilişkindir. Tarihsel sürecin irdelenmesi bunun, çok uzun bir zamanda oluşmuş geriye dönülmez bir kazanım olduğunu ortaya koymuştur. Tüm insanlar canlı bir hukuk öznesidir ve hukukun tek gerçeklik ögesidir.

23. maddenin ikinci fıkrası özgürlüğün veya onun kullanılmasının devrolunamayacağını yazmaktadır. Hak konusundan ayrı, özgürlüğün yinelenmesinin, özel bir önemi ve görevi vardır. Özgürlük hakların hem gerçekleşim yolu, hem de geniş kapsamlı amacıdır. Ayrıntıları ile konuyu incelemek hak ve özgürlük tiplerini bölerek başka araştırmalara konu olabilir. Biz genel olarak hak ve özgürlük ayırımını yapılması gerekliliğine işaret etmekle yetineceğiz.

Önce belirtilmesi gereken şey özgürlük kavramının hukuk dışında<sup>103</sup> kalan ve o açılımıyla hukuku yönleyen bir veri olmasıdır<sup>104</sup>.

---

ların dışında özel hukuktan doğan haklar olarak açıklamaktadır. Kamusal haklar insan olma özelliğinden kaynaklandığına göre kamusalın da bir ölçüde bireyselliğini gözden uzak tutmamak gerekir.

101) Kişilik hakları ile insan hakları ilişkisi için bk. İmre, s. 414.

102) Egger, s. 271-272.

103) Öktem, N., s. 5'te bunu “özgürlük felsefesi ve sosyolojik bir kavramdır” tümcesi ile açıklamaktadır. Öktem, Özgürlük, Sorunu ve Hukuk, İst. 1977, s. 5; Akın, s. 259 da yazılı hukukun özgürlükleri konusunda yetersiz kaldığını ve “kamu özgürlüklerinin kendisine özgü bir felsefi olduğu” sonucuna varıyor.

104) Güriz, A., İrade Hürriyeti (2), AHFM. 1967, Sy. 1-2, s. 28.

Hukuk dışında özgürlük sorunu en uzun geçmişi olan ve en çok tartışılan bir konudur. Ancak insan ölçüsünün başladığı aydınlanma çağı ve sonralarından bu yana gerçek temeline oturduğu söylenir<sup>105</sup>. Özgürlük görünümü insanın bilinçli eylemlerine bağlanır ve eylemin oluşumu; başlıca dürtü<sup>106</sup>, amaç, karar ve uygulama evreleriyle karşılanır<sup>107</sup>. Karara öncelen evrenin kararı kaçınılmaz kılıp kılmadığı, sorunun can-alıcı noktasıdır ve kesin bir çözüme bağlanmamıştır<sup>108</sup>. Bu konuda iki görüş ortaya çıkmaktadır<sup>109</sup>. Belirlenimcilere göre (determinizm) karar dış çevrenin (sosyal) ve iç çevrenin (fizyolojik psikolojik) kaçınılmaz bir sonucudur. Tüm olaylar gibi insan davranışları da nedenseldir. Dolayısıyla sorumluluğun kaynağı, istencin, bu çeşit oluşumundan ötürüdür. Oysa belirlenmezcilere (indeterminist) göre nedensellik gibi raslantı da nesnel bir gerçektir<sup>110</sup>. İçimizdeki kuruntular ve dürtüler dışımızdaki kuvvetler ve dürtüler arasındaki denge özgürlüğün açıklanmasından başka birşey değildir<sup>111</sup>. Özgürlük böylece bir "seçim sorumluluğu" yaratır<sup>112</sup>.

- 
- 105) Kapani, hukuksal açıdan bunu şöyle dile getirmektedir: "Doğal hukuk öğretisinin en önemli katkısı özgürlük kavramının insansal kaynağını ortaya çıkarmakla özgürlük sorununun çözümünü başlatmış olmasıdır" s. 128-129.
- 106) Dürtü ussal düzenden geliyorsa güdü (motif) duyular düzeninden geliyorsa devim (mobil) adını alır. Aktaran, Öktem, s. 13, dp. 8.
- 107) Öktem, s. 12. Derbon, amacı başta sayarak dürtüyü tutum alma olarak ele almaktadır. Hukuksal bir işlemde, dürtü amaca öncelen bir evrede düşünülür. Hukukî işlem sebebi de işleme en yakın olan amaçtır, yoksa dürtü değil.
- 108) Güriz, s. 219.
- 109) Bu konular için bk. Güriz, s. 200-210; Öktem, s. 251-255; Aral, Hukuk ve Hukuk Bilimi Üzerine, İst. 1975, s. 62-65.
- 110) Aktaran, Öktem, s. 257.
- 111) Güriz, s. 215.
- 112) İki görüşün "karar nasıl oluşur" sorusuna yanıtı da birbirinden farklıdır. Belirlenimcilerden Ribot bu konuda şu açıklamada bulunmaktadır: Dış etkenler insanın duyu sınırları ile beyine 'ihşaslar' olarak iletilmektedir. İhşaslar hayalleri doğurmaktadır. Hiçbiri kaybolmamakta ve bu hayaller kuvvetli ihşaslarla bütünlenerek fikirleri ve dolayısıyla hareketleri yapmaktadır. bk. Aktaran, Güriz, s. 204. Oysa istenç özgürlüğünü psikolojik alanda savunan Fonsengrive'ye göre ihşaslardan oluşan hayaller zihinde kaynaşmakta, benzer hayaller birbirini kuvvetlen-

Özgürlük bugünkü bakış açısını tarihsel incelemede vurguladığımız gibi “kişisel haklar öğretisi” ile kazanmıştır<sup>113</sup>. Gerek özel gerek kamu hukukun insan istencine bağlı bir açıklaması olanaklı kılınmıştır<sup>114</sup>. Böylece laik hukuk insanı özgür istenç (irade) yapıcısı ve bu nedenle de sorumlu bir özne öngörmüştür. Buna bağlı olarakta açıklanan ilk evrensel haklar, seçmeye bağlanan bir değerler demeti olarak sunulmuştur<sup>115</sup>. Bugün bu haklar klasik haklar olarak anılmaktadır.

Hukuksal alanda tanınmış haklar açısından özgürlüğe bakınca ilkin, bir seçme ve ayırtetme gücü olarak özgürlük hakkın değerini yansıtır<sup>116</sup>. Hak sahibi olmak bu nedenle hakkı kullanma zorunluluğunu değil hakkı kullanıp kullanmama olanağı verir<sup>117-118</sup>,

İkinci olarak hem özgür hem hak sahibi olmanın bir başka sonucu da kişinin yapılan saldırılara karşı hakkını ileri sürerek engel olabilmesinde görülür<sup>119</sup>.

---

dirmekte, benzemeyenler ise silinip gitmektedir. İnsan şuuru sonunda beliren genel hayalden doğmaktadır. Ayrıca hayallerden bağımsız bazı fikirlerin varlığı da araştırılmalıdır. Bunlar için bk. Aktaran, Güriz, s. 213-214. Doğada serbest bir seçimin kabul edilmesi görüşü için Sir Arthur Eddington ile İskoçyalı fizikçi P. Dicac'ın açıklamalarına bk. Güriz, s. 212.

- 113) Günümüzün filozoflarından Jean Paul Sarte, özgürlüğün insan doğasının değil insanın var olmasının özelliğidir, diyerek, özgürlüğü daha somut bir temele dayanmaktadır. Ona göre özgür sayılmak tasavvurları gerçekleştirmek anlamına gelir ki, bunun da kaynağı istenileni saptamaktır, yoksa uygulamak değil. Karşılaşılan mukavemet özgürlükte zorunluluk ayırımını gösterir, bk. Güriz, s. 194-195.
- 114) Ferdi ruhun evrensel fikirleri ortaya çıkardığı görüşü için bk. Güriz, s. 214.
- 115) İngiliz W. Blackstone, insan haklarının bir seçme gücü, serbest istenç, doğal özgürlük verdiğini söylemektedir. Hakların bu kimliği Fransız devrimiyle de siyasal ve evrensel boyutlar kazanmıştır. Bandman, s. 47.
- 116) Joe Feinberg, A postcript to a Nature and Value of Rights (1977); Bandman, s. 32.
- 117) John Holt, bunu, seçime katılma hakkını örnek vererek açıklar. Bandman, s. 322.
- 118) Hakkın tanımı için ayrıca bk. İmre, s. 223-224.
- 119) Feinberg, seçme hakkı vermeyip de yalnız yerine getirilme olanağı veren (claim) haklarda yarım özgürlüğün sözkonusu ol-

Ancak insanın özgür olmasının en önemli sonucu yeni haklar elde etme olanağı olarak belirir. Bu insanın hak sahibi olmasa da özgür bir varlık olarak varolmasının en güçlü kaynağıdır. Bandman ilginç yazısında, haklar nereden gelir, diye sorar ve buna hakların "claim" (istem, yakınma) lardan doğduğu, yanıtını verir<sup>120</sup>. Katıldığı W. James'e göre, yaşayan bir kişi tarafından yöneltilen istek, yakınma, yalnız bu nedenle bir borç yaratır ve başkalarının yakınmaları ile çelişmezse, doyurulmak istenir<sup>121</sup>. Claim'ler şeyleri gerçekleştirmek gücüne malik olmak arzusunun açıklanmasıdır<sup>122</sup>. Bunlar hakkın yaratıcı kaynağıdır. Hak edinmek için yakınmak bir hak değildir, çünkü haktan daha fazla yakınılır<sup>123</sup>. Bunun nedeni insanın özgür olması ve anına göre, temel gereksinmelerinin de değişmesidir. Bu da dolayısıyla hakları dinamik, değişken bir yapıya götürür.

Özgürlük bu üç niteliğiyle Jeanne Berthold'un çok güzel belirttiği gibi "kendi kaderini tayin etme hakkı" (the right to self-determination) olarak vurgulanabilir<sup>124</sup>. Gerektiğinde kişi var olan haklarını kullanarak bu haklar yetmediğinde hak edinme uğraşısı vererek, kendi kaderini özgürlüğü nedeniyle çizebilir. Yürürlükteki hukukta bu yol "kişilik hakkı" kavramından geçer. Bir başka deyişle kişinin kendi kaderini tayin hakkı uygarlık yasası 23. ve 24. maddelerin felsefik temelinde yatar. Hukuk alanında kişi olan insanın haklar edinimi, eylem yeteneği ve özgürlüğü ile bütünlenen bir kapsamda kişiliğinin varlığı ve korunması bunun apaçık bir kanıtıdır. Haklar açısından insana yaklaşım kişi, özgürlük açısından kişiye yaklaşım ise, kişilik kavramı ile oluşturulmuş ve her iki durumda kişiliği koruması soru-

---

duğuna değiniyor. Okul çocuklarının aşalanma hakkını buna örnek gösteriyor. Bandman, s. 33.

120) Bandman'a göre ister ilkel bir insan, ister bebek olsun acı veya istek haykırışı insandan gelen ilk ve temel açıklama biçimidir. Bandman, s. 37, dp. 2. Bu anlamdaki isteğin (claim) Feinberg'in ileri sürdüğü hak nedeniyle birisine karşı istekle (claim) bulunmaktan ayrı bir anlamı vardır. Bk. Bandman, s. 37.

122) Bandman, s. 37.

123) Bandman, s. 38.

124) Bandman, insan hakları olarak belirtilen hakların haktan öte, hakka yakınma biçiminde ortaya koyulduğunu söylüyor evrensel bildirilerde. Bk. Bandman, s. 322.



nunda birleştirilmiştir. İsviçreli Bär, Türk Uygarlık Yasasının 50. yılı nedeniyle İstanbul'da verdiği bir Konferansta İsviçre Uygarlık Yasasının, özgürlük ve kişiliğin korunması, kurallarıyla işlenerek, bireyi özgür ve eşit kılmasının, o zamanlar için neredeyse devrimci bir nitelikte olduğunu vurgulamıştır.

İncelememizin sonunda hak ve özgürlük kavramlarının birbirini kesen iki çember gibi birbiri içinde ve birbirinden bağımsız kavramlar olduğunu söyleyebiliriz. Bu ilişkiye başlıca iki açıdan bakmak yararlı olacaktır; köken ve kapsam.

İlkten özgürlük sürekli vurguladığımız ve Jellinek'in dediği gibi "hukuk ötesi" bir kavramdır<sup>127</sup>. Daha açık bir deyişle özgürlük bir yaşam kuralıdır<sup>128</sup>. Bu nedenle de pek çok anayasada özgürlük yaşam ile eş anlamlı olarak tanımlanmıştır<sup>129</sup>. Bu karşılımla asıl üzerine basılan, özgürlük ve yaşamın birbirinin vazgeçilmez parçaları olduğudur. Ayrıca yaşamın kendileyin özgürlüğün gelişimini başlatması özelliğiyle bütünleştirilebilir. Gerçekten yaşamak kendileyin bir gelişim sürecidir. Yaşayan kişi büyük ve önce bedensel sonra ruhsal sonra sosyal etkinliğini kazanır, demek ki özgürlük insanın bir gelişim sorunudur. Özgürlüğün yaşama bağlı olarak işlerliği, insanların ömürleri ile sınırlanmadan öteki insanların yaşamlarıyla sürüp gitmesinde görülür. Bu da özgürlüğün tarihsel gelişim süreci sorunudur. İşte haklar da çok geniş kapsamlı bir özgürlük karşısında önemli olan ancak sınırlı bir alanı kaplarlar. Bu anlamda özgürlük kavramı genel bir ereği belirtir. Düşünce özgürlüğü, yaşam özgürlüğü gibi. Bu kav-

125) Bandman, s. 322.

126) Bär, Rolf, İsviçre Medenî Kanunu, Medenî Kanununun 50. Yılı, Ank. 1977, s. 321. Uygarlık Yasası deyişi bu devrim anlayışına uygun bir betimleme olmamaktadır.

127) Aktaran, Kapani, s. 175.

128) İnsanın yaşama dönük ilk belirtisi ses ve devinimlerle açıklanır. Bu yalnız insanlar için değil tüm canlılar için ortak bir özelliktir. Hayvanların kaçma - kovalama davranışlarına bir devinim (hareket) özgürlüğü olarak bakılması ve "kuş gibi özgür" deyişi bu gereksinimin yanıtı olsa gerekir.

129) Savcı, bu konuda, s. 29'da Haiti anayasasında yaşamın özgürlük olarak açıklandığını, ayrıca sayfa 30'da Japon anayasasının 16. maddesindeki "yaşam bir özgürlüktür ve bir ölçüttür" örneğini vermektedir.

ramlar somut değişik isteklerin ileri sürülmesi için bir olanak görevini yüklenir. Bu nedenle de düşünce hakkından ve yaşama hakkından söz ettiğimiz zaman bir kişilik hakkı açıklaması yapmış oluruz özel konumda. Özgürlükler geleceğe açılmış bir penceredir ve insan bu geleceğe göre kendini var ederek haklarını kullanır, sınırlar, yenilerini yaratır.

Özgürlük ve hak kavramlarının ikisi de toplumsal kökenlidir. Ne varki özgürlük bir inanç birliğiyle oluşurken hak teknik bir işlem sonucu doğar. Toplumun özgürlüğü tüm bireylerinin özgür olması, anlamındadır. Burada özgürlük eşitlik kapsamı ile birleşir ve bir ölçüt olarak ortaya çıkar<sup>130</sup>. İnsanların özgürlük nedeniyle eşitlikleri gerek kamu gerek özel hukukta aynı şekilde geçerli temel bir öğedir. Eşitlik ilkesinin hangi düzeyde geçerli olacağı önemli bir çıkış noktasıdır. Bandman bu ölçütü "to a decent and fulfilling human life" olarak belirtmektedir<sup>131</sup>. "Saygın ve görevlerini yerine getiren bir insanca yaşam" diye çevirebildiğimiz bu ölçüt özgürlüğün hem koşulu hem sınırınıdır. Yürürlükteki hukukta dondurulmayan, gelişime açık tutulan, kişilik hakkı kavramının çağdaş yorumuyla bu ölçüt kavranabilir.

Yaşamının insanca yaşamada eşitlenmesi ilkesi, özgürlüğe gerçek istenç (irade) özgürlüğünden ayrı bir anlam kazandırır. Hukuksal sorumluluk kaynağı istenç (irade) özgürlüğü ile, insan olmadan kaynaklanan özgürlük inancı ayrı ayrı önemsenir. Örneğin, bilinçli bir istenç açıklamasından yoksun olan kişinin, özüne bağlı olarak sorumlu tutulmamasına karşın, bundan ayrı olarak insan olma özgürlüğü ile hukuksal korunma gereği böyledir. Nedeni de özgürlüğün kullanılmasından vazgeçilemeyeceğine ilişkin, uygarlık yasasının 23. maddesidir. 23 madde kişiyi bilinçli veya bilinçsiz istenç ayırımına gitmeden, genel olarak korumaktadır. Özgürlük, varsayımından yararlanmak, istencin özgür gerçekleşmesine bağlı değildir. Yalnız insan olmak korunmak için yeterlidir. Bu da kişinin özgür istenç sahibi olmamasına karşın,

130) Bandman, s. 55'de Joe, Feinberg'ten verdiği örnek ilginçtir: Birkaç işin varlığı herkes iş bulmaya engelse, çözüm Jesus'un yaptığı gibi işleri ekmek ve balıklara bölmektir.

131) Bu noktada sosyal haklar (welfare rights), seçenek hakların (option rights) sınırlar. Bandman, s. 57.

hak sahibi sayılarak korunması sonucuna yol açar. Böylece hak sahibi olma yeteneği, özgür kılmayı zorlar<sup>132</sup>. Gerçek özgürlük koşullarının yokluğuna karşın, korunma hakkından sözaçılması durumu ortaya çıkar. Burada hak kavramı özgürlükten daha kapsamlı bir uygulama kazanır.

---

132) Çünkü hak sahibi olma yeteneğinin nedeni salt "insan" olmaktır. Karş. Golding'in mandatory Rights görüşü ile Bandman, s. 45.