

HÜRRİYET PROBLEMİ (*)

3 — Tabii hürriyet tasavvuru ve tabii hukuk

Doçent Dr. Yavuz Abadan

I § a — Umumiyetle hürriyet probleminin münakaşasında ya hayatı nefyeden yahut kaotik bir istikrarsızlığa münce olan tasavvurlar üzerinde durulmaması, hiç olmazsa nazari ve akli imkân vâdeden bir hürriyet tasavvurunun mebdei hareket ittihaz edilmesi âdet hükümüne girmiştir. Bu neviden bir hürriyet tasavvuru, makul bir varlığın, kendi mukadderatını bizzat tayin edebilmesi imkânından ileri geçemez. Bu manâda hürriyet, zarurete ve lüzuma değil, ancak cebre aykırıdır; yabancı bir kudrete bağlılığın zıddıdır. Binaenaleyh, hareketlerinin saik ve müessirleri, yabancı kaynak ve kudretlerde olmayıp, kendi varlığında mündemiç bulunan insan, bu tasavvura göre hürdür.

Bu telâkki, ana hatları ve ruhu itibarile Ali Fuat Başgil'in şu tarifile tam bir tetabuk arz etmektedir: «Hürriyet en geniş manâsile, ferdin başka bir fert tarafından cebre ve tazyika uğramadan, dileğine ve tabiatına uyması ve hareket etmesi demektir» (14). Bu tarifin ihtiva ettiği unsurlara göre hürriyetin öz cevheri, insanın kendi hüviyetinde mündemiç bir asla irca edilmektedir. İnsanın zati dilek ve tabiatına uyması hür hareketin yegâne saikidir. Bundan dolayı da çıkış mebdeline uygun olarak - hür hareketin engeli başka bir fert tarafından gelen cebir ve tazyikten ibarettir. Tarif, alel-itlâk herhangi bir mebdee bağısızlığın ifadesi olan metafizik yahut irrasyonel bir keyfin mahsulü bulunan kaotik hürriyet telâkkilerini - her halde imkânsızlıklarından dolayı kasdi bir feragatle - nazari itibara almıyor. Burada mevzuubahs olan ancak akli imkânla mukayyet, «en geniş» hürriyet tasavvurudur.

Hür hareketin saikini, insanın dilek ve tabiatına irca eden bir

(*) Geçen nüshadan mabad.

(14) Prof. Ali Fuad Başgil, Esas Teşkilât Hukuku, cilt 2, s. 72.

hürriyet tasavvuru, irade ve hareketi prensipsizlikten kurtarıyor. Bu manâde hürriyet, lâalettayin «istenileni» değil, ancak tabiata has olanı «yapabilme» imkânıdır. Artık irade bir yandan hiç bir yabancı kudrete bağlı olmamasına mukabil diğer yandan insanın kendi hüviyetinde saklı bir kanuna tâbidir; iradenin kaynağı, insan tabiati, desteği ise aklı selimdir. Böylece gerek sübjektif bir hareket prensipi halinde irade, gerek bu iradî ehliyete tetabuk neticesi tezahür eden fiil, artık aklen ve filen muhale değil mümkün tevecüh ederler: İnsanın kendi hareketlerine hâkim olabilmesi, mukadderatını bizzat tayin edebilmesi imkânı..! Görülüyor ki insanın sırf kendi halinde ve âleminde yaşayabilmesi imkânına dair kat'î bir emniyet hissile birleşen bu türlü hürriyet tasavvuru, beşeri tabiatın muktezası olan zaruretlere değil, ancak cebre yani yabancı bir kuvvetin tazyikine aykırılık arzeder.

Bu izahat gösteriyor ki, insan tabiatına uygun bir hürriyet tasavvurunda merkezi sıkleti, irade değil, hareket teşkil ediyor. İstek tabiatla muayyen olduğuna göre, iradenin tezahürden önce akli ve derunî saiklerle istikamet değiştirmesi hürriyetsizlik sayılamaz. Şu halde burada hürlük kıstasını yalnız ve ancak dileğin tezahür şekli olan hareketin, bir engelle karşılaşmış veya karşılaşmamış olmasından çıkarabileceğiz. Zira hareket, iradenin kat'î istikametini göstermeğe yaradığı gibi menşei haricî olan bir cebrü tazyikin reaksiyonu da henüz tekevvün etmemiş bir dilekten ziyade hareket halinde tezahür etmiş veya hiç olmazsa tezahüre namzet bulunmuş bir isteğe karşıdır. Bu bakımdan insan tabiatına uygun bir hürriyet tasavvuru, hareketin, kendisini menetmeğe muktedir haricî kudretlerden istiklâli manâsını ifade eder. Maddî ve manevî, fizik ve psikolojik her türlü cebrin zıddı olarak tasavvur edilen, insanın her türlü dış faktörlerin tesirine kapılmaksızın kendi dileğine göre hareket edebilmesini icabettiren bu türlü bir hürriyet telâkkisi, ferdin tabiatan istediğini yapabilmesi, istemediğini de yapmaması imkânını ihtiva eder. İnsan tabiatının icabına göre bir fiili yapabilme veya herhangi bir hareketi terk edebilme imkânını taşıyan bu serbestî düşüncesine «tabii hürriyet» adını verenler (15) hiç de isabetsiz bir tavsifte bulunmuyorlar. Müstakil bir ferdi ben esasına dayanan tabii hürriyet klişesi altında saklı muhtevaya nüfuz edebilmek yani bununla nenin kastedildiğini anlayabilmek için her şeyden önce zıddı olan cebrin mahiyet ve vasıflarını araştırıp tesbit etmek gerektir.

(15) Eugen Huber. s. 132. 133 - 154 ilh ile mukayese.

b — Cebir diyince, bir kimsenin mekanik veya psikolojik vasıtalarla kendi arzu ve dileği hiledine bir harekete sevk olunması anlaşılır (16). Şu halde cebir, iki taraflı bir münasebetin ifadesidir. Taraflardan biri cebri yapan, diğeri cebre maruz kalandır. Demek ki cebir mefhumu aktif ve pasif irade sùjelerinin mevcudiyetini icab ettirir. Cebrin faili ile mevzuu arasında, cebri bir münasebetten bahsedilmek için de iki şartın vücudu gerektir: Evvelâ bir insanı, her hangi bir - ister icra ister terk suretinde olsun - hususa icbar etmek istiyen ve icabında hükmünü geçiren bir kudret mevcut olmalıdır. Sonra da cebrin mevzuu olan kimse, onu kendi temayüllerine aykırı olarak duymalı ve önüne geçme suretile tesirini kırmayı arzulamalıdır.

Şu halde biz cebrin, kendi varlığımızın dışından - hiç olmazsa, - insanın hakikî ve asıl hüviyetine aykırı bir kaynaktan geldiğini kabul ediyoruz. Bu meyanda cebreden kudretin, ya cemiyetin üzerimizdeki tazyiki veya kendimizden başkalarının bizim irade ve filimize zıd hareketleri, yahut yabancı bir iradeden çıkıp faaliyet sahâmızı çerçeveleyen kaideler hal ve şekillerinde tecellisi, esasa ait bir fark yaratmaz. Kudretin temayüllerimize aykırı bir istikamet takip etmesi ve bu aykırılığı bertaraf etme arzumuz, cebrin vücudunu kabule kâfi sebeplerdir. Cebrin bu şart ve vasıfları mevcut olmadığı takdirde tabii manâda bir «hürriyetsizlik» ten bahsolunamaz. Bu itibarla meselâ cazibe kudretinin insanı bir kuş gibi uçmaktan menetmesi, yahut bir kimsenin paraşütsüz tayyareden atlamaması hürriyetsizlik eseri sayılamaz. Çünkü her iki halde de insanın tabiatına aykırı ve kudreti haricindeki hareketler mevzuubahs olduğu cihetle maddî imkânsızlık mevcuttur. İşte bu imkânsızlık, menolunmanın cebri karakterini kaldırır. Şu halde tabii hürriyetten bahsolunabilmek için ancak mutad şartlar ve münasebetler dahilinde mevcut olduğu görülen bir hareket imkânının, yabancı ve haricî bir kuvvetçe önlenmemesi lâzım ve kâfidir.

Hareket için manevî imkânsızlığın vücudu halinde de hürriyetsizlikten bahsedilemez. Çünkü, ancak mümkünü istihsale mütevecch bir iradeye aykırı istikamet takip eden dış bir kuvvet, cebir ad ve vasfını taşıyabilir. Bu itibarla doktorun tavsiyesine uyarak güneşli bir günde yatağını bırakmayan ve kaldırımları aşındırmayan bir hasta, bu hareketleri yapmamış olmasından dolayı hiç te hürriyetinden fedakârlık etmiş sayılamaz. Çünkü o, normal şartlar içe-

(16) Burckhard'ın tarifile mukayese. Festschrift II, s. 14.

risinde yapacağı bu hareketlerden kendi ihtiyarile vazgeçmiştir. Daha doğru bir ifade ile, misalimizdeki hastanın iradesi, içinde bulunduğu vaziyetin icrasına esasen müsaade etmediği bir harekete, asla taallük etmemiş nazarile bakılmak gerektir. Şu izahat ve misaller gösteriyor ki tabii manâda hürriyeti tesis için haricî cebri yenmek kâfidir.

c — İnsan cebri iki şekilde, ya ona karşı nükmünü geçirmek yahut onu cebir olarak duymamak suretile yenebilir. Birinci halde hareketi yapanın yabancı kudret faktörlerine karşı filen galebesi, ikinci halde ise hareketin, failinin isteğiyle bu faktörlere uygun bir istikamet takip etmesi mevzuubahistir. Hareketin icrası hususunda hariçten gelen tesirleri kırmaktan veya o tesirlere kendi ihtiyarile uymaktan ibaret olan her iki şıkta da cebri önlemenin «insan tabiatı» dediğimiz aynı kaynaktan çıkan iki zıd tecelli şeklini görüyoruz: Birinci şıkta fert egoizminin, cebirle birlikte zaruretleri de tanımak istemiyen her türlü nizam ve bağlılığa düşman anarşik hürriyet temayülü gemi azıya almıştır. İkinci şıkta ise, insan yaradılışının hayat ve kâinatın manâsını idrâkle zaruretlere intibakından doğan uysal bir hürriyet tandansı, diğer faktörlerle barışmış; bu suretle yabancı kudretin tazyikından kurtulmuştur. Biri cebri kırmaya, diğeri ise onu benimsemeye müteveccih olan her iki tandans, hedeflerine varınca hürriyet gerçekleşmiş olur. Bunun aksine olarak, kendi ihtiyarile iradesini, haricî kuvvetlerle cebir olunandan gayrı bir şey ve istikamete tevcih etmek istiyen kimse, derhal bir hürriyet eksikliği duymaya başlar. Eğer bu irade ve ona dayanan hareket, yabancı kudretin tesirile asli istikametinden inhiraf eder, başka bir ifade ile, cebir, hükmünü geçirirse artık hürriyet kalmaz.

d — Hürriyeti selbeden cebir de ya tamamen zahiri ve maddî yahut ta deruni ve ruhi olabilir. Mekanik veya fizik cebir adını da verebileceğimiz birinci şıkta, cebredeninin, cebir mevzuunu kendi gayelerine ramedebilmesi için ondan daha üstün maddî kuvvet kullanması lâzımdır. Bu takdirde faik kuvvetin ilk ve vasıtasız hedefi, cebrolunanın bedenidir. İradesine tesir - eğer varsa - ancak dolayısiledir. Halbuki ikinci şıkta yani psikolojik cebirde kuvvetin, ilk tesir hedefi, iradedir. Yalnız deruni ve ruhi tesirlerin, - cebir sayılabilmeleri için - kaynaklarını dıştan almaları yani içten gelen ahlâki bir zaruretin ifadesi olmamaları gerektir.

Sırf haricî olan cebir, ona tâbi olanın hareket hürriyetine iki şekilde tesir eder. Bu tesir, ya hareketi önleme, akim bırakma şeklindedir. Meselâ: Mahkûmu çıkıp gezmekten hattâ ışığı görmekten

alıkoyan hücre (zindan), suçluyu uzuvlarını istediği gibi kllanmaktan meneden zincir, baskına uğraşan bir kimsenin imdat için bağırmasına meydan vermeyen ağzına tıkanmış mendil böyle bir cebrin vasıtalarıdır. Yahut cebrin, ona maruz kalanı hiç te istemediği neviden hareketlere doğrudan doğruya zorlayan bir kuvvet şeklinde tezahürü de mümkün ve kesretle vakidir. Meselâ, bir kimsenin itilerek alevler içine girmesi yahut uçuruma yuvarlanması, kolundan tutulmak suretile kıymetli bir vazunun zorla kırdırılması hallerinde olduğu gibi... Bütün bu faaliyetlere gerek saik gerek netice bakımından işleyenin iradesinin asla taallük etmediği meydandadır. Buna mukabil işleyenin iradesinin tallûkuna rağmen, sırf bu iradeye müessir haricî âmiller yüzünden hür karakterini kaybeden hareketler de vardır. Bu takdirde menşei hariçte olan ruhî bir cebir mevzuubahstır. Meselâ her hangi bir kimse, şeref ve haysiyetile sıkı sıkıya alâkadar bir sırrın faşedileceği veya göğsüne dayanmış dolu bir tabanca ile öldürüleceği tehdidinden ürkerek bir borç senedi imzalar yahut bir vaatte bulunursa, bu hareketinde elbette ki hürriyetten eser yoktur. Vakıa buradaki psikolojik safha, bundan önceki vaziyete uymuyor. Bedenî ve maddî cebir tahtında hareket edenin faaliyeti tamamen isteksizdir; yani bu halde, irade külliyyen mefkuttur. Halbuki ruhî cebre maruz kalanın iradesi harekettedir. Yalnız bu iradenin saiki, serbest karar değil, korku; gayesi ise şu tezahür şekliyle varılan neticeyi istihsal değil, muhatara ve tehlikeden sıyrılmaktır.

Birincide cebrin mahsulü olan fiil ve muamele, cebri kullanan tarafından, ikincide ise cebre maruz kalan tarafından yapılmış oluyor. Vakıa bu fark, istihsal olunan filî netice itibarile hiç bir ehemmiyet arzetmez. Ancak ayrı ayrı hukukî neticeler doğurması bakımından çok önemli bir mahiyet alabilir. Bir misal bu önemi belirtmeye kâfidir. Bir malın A tarafından gasbolunması ile B'nin aynı malın mülkiyetini, ikrah tahtı tesirinde A ya nakletmesi arasında filî netice itibarile hiç bir fark yoktur. Fakat hukukî neticelerin ne kadar değişeceği meydandadır. Burada izahı mevzuumuzun haricinde olan bu farka sadece işaretle geçiyoruz. Bu iki cebir nevinin birinden diğerine yani maddisinden manevîsine veya aksine geçişler de nadir olmayan tezahürlerdir. Her halükârda cebrin vücudunu belirten yegâne kriter, ona maruz bulunan iradenin, hürriyet içerisinde yapacağı şekilde faaliyet ve harekette bulunamayışıdır. İcbar olunan kimsenin irade ve hareket istiklâlini selbetmesi yüzünden

gerek maddî ve gerek ruhî cebrin doğurduğu neticeler hukukan ma'lûl ve gayri caizdir.

e — Mamafî, cebrin hukuka uygun bir mahiyet aldığı nadir ve istisnâî haller de vardır: Bu hallerde cebrin hukuka aykırılığı vasfı kalktığı cihetle, icbar olunanın hürriyetini kanun himaye etmiyor. Cebrin mevzuu, tıpkı hapse atılan bir suçlu gibi, kendinin davet ettiği hürriyetsizliğe katlanmak mükellefiyeti altına giriyor. Meselâ Ceza Kanunumuzun 49 uncu maddesi «1 - Kanunun bir hükümünü veya salâhiyettar bir merciden verilip infazı vazifeten zarurî olan bir emri icra suretile; 2 - Gerek kendisinin ve gerek başkasının nefesine veya ırzına vukubulan haksız bir taarruzun filhal defî zaruretinin bais olduğu mecburiyetle; 3 - Gerek nefisini ve gerek başkasını vukuuna bilerek mahal vermediği veya başka türlü tahaffuz imkânı da olmayan ağır ve mühlik bir tehlikeden muhafaza etmek zaruretinin bais olduğu mecburiyetle işlenen fiillerden dolayı,» faile ceza verilemeyeceğini tasrih ediyor. Diğer yandan Borçlar Kanunumuzun 52 inci maddesinin birinci ve üçüncü fıkraları gerek «Meşru müdafaa halinde mütecavizin şahsına veya mallarına yapılan zarardan» dolayı ve gerek «hal ve mevkie nazaran zamanında hükûmet müdahalesinin temin edilmemesi ve hakkın ziyaa uğramasını yahut kullanılması hususunun pek çok müşkül olmasını men için başka vasıtalar mevcut bulunmaması» hallerinde «kendi hakkını vikaye hususunda cebri kuvvete müracaat eden kimse» için tazminat mükellefiyeti tanımamaktadır. Şu hükümlere göre kanun ve mafevkin emrini yerine getirmek için yahut meşru müdafaa, ıztırar yani mecburiyet ve hakkı bizzat ihkak hallerinde yapılacak cebir, hukukîdir. Demek ki cebri, hukuk bakımından haklı ve haksız olmak üzere ikiye ayırmak mümkündür. Jhering, bizim haklı dediğimiz cebri de, icbar edenin ulaşmak istediği gayenin menfi veya müsbet oluşuna göre, bir tasnife daha tâbi tutuyor. Meşru müdafaa gibi sırf önleyici gaye takip eden cebre, propulsif (tedafüî yani tahrikin davet ettiği cebir); ihkakı hak gibi muayyen bir hareketin icrası maksadını güden cebre de, compulsif vasfını veriyor (17). Bu tasnifler içerisinde hangi kategoriye girerse girsin, cebir, daima cebirdir. İradenin serbestçe faaliyetine ve ferdî gayelerin istihsaline mâni olması nisbet ve derecesinde tabîî hürriyete aykırıdır. Her türlü cebir ve tagallübün,

(17) Rodulff v. Jhering, Hukukta gaye = Zweck im Recht. cilt I, s. 182.

insan hürriyetini ve bu hürriyeti koruyan tabii hukuku ihlâl etmekte bulunduğuna dair kanaatin en eski insanlık literatüründe yer alması da bunu gösterir (18).

f — Bu sebeple cebir hangi kaynaktan gelirse gelsin, ona maruz kalan fertte mukavemet hissi uyandırır. Hattâ her hangi bir hareketle onu davet eden de çok defa bu hisse ortaktır. Hangi şekilde tecelli ederse etsin, insan ruhunun cebre karşı almak itiyadında bulunduğu hoşnutsuzluk vaziyeti, tabii hürriyet duygusunun en şaşmaz farıkasıdır. Yalnız ferdin kendi şahsına değil, başkalarına yapılan açık ve kaba bir cebir de, sade insanlık hissini yaralamakla kalmaz; ekseriyetle tabii hürriyetin öz kaynağından kopup taşmak isteyen bir feveranı da davet eder.

Namık Kemal:

Kemendi cangüdazı ejderi kahrolsa cellâdın

Müraccahtır yine bin kerre zinciri esaretten.

mısraı ile cebre ve onun doğurduğu hürriyetsizliğe karşı ruhun derinliklerinden gelen isyanın en ateşli bir ifadesini yaratmış oluyor. «Cellâdın can yakıcı kemendi, kahredici bir ejder de olsa, onu esirlik zincirine bin kere tercih edeceğini» - bağıran bu sonsuz hürriyet âşığı, bu sözlerle dikkat edilecek olursa - bir yandan hürriyetsizliğin görünmez zincirine isyan ederken, diğer yandan daha filî ve daha kahhar bir cebir vasıtası olan cellâdın kemendine boyun uzatmaktadır. Daha ağır cebri tercih ettiren istek, onun vasfını da değiştiriyor. Hürriyete ulaşmak için ölüme de razı olunca, artık yabancı bir elle öldürülme bile cebir olmaktan çıkarak tabii hürriyeti selbetmiyen bir zaruret, hattâ bir lüzum haline geçiyor. Burada, yukarıda temas ettiğimiz «benimseme» suretile cebri yenmenin en yüksek bir örneğine rastlıyoruz. Yüksek gayeler uğruna da cebri, zaruretin telkin ettiği lüzuma kalbederek icabında, zindanı, mihneti, ölümü seve seve ihtiyar edebilenler hürriyetten mahrum biçareler değil, zaruretin çizdiği sınırlar içerisinde kendilerine has ruhî bir hürriyet âlemi yaratan kahramanlardır.

Cebri benimsemenin ve onu zaruret ve lüzuma kalbetmenin güçlüğü ve buna muvaffak olabilenlerin azlığı, bu yolda istihsal edilen hürriyetin ulviyet ve kıymetine eksiklik getirmez. Bilâkis...

Yalnız burada cebri yenmek için hayatını fedaya kadar giden-

(18) Bu hususta Prof. R. Honig'ın Eşil'e göre mes'uliyet mes'elesi adlı etüdüne bakılsın. «Prof. Cemil Bilsele Armağan, s. 211».

lerin hareketini, bilfarz intihar edenin maksatsız ve ümitsiz hareketinden katiyetle ayırmak gerektir. Hürriyeti ve vatan istiklâlini kurtarmak için hayatını hiçe sayanın - tıpkı bir zavallının diri diri yanması faciasını önlemek için kendini ateşe atan gibi - bu harekette şahsî bir menfaat ve maksadı olmayabilir. Hattâ faaliyeti, tamamen şahsî ve maddî menfaati aleyhine neticeler de davet edebilir. Fakat bu vaziyet, mezkûr harekete maksatsızlık isnadına müessir olamaz. Verdiğimiz misallerdeki hayatı istihkarın, başkalarının saadetine hizmet etmek, doğruluğuna inandığı bir fikri muzaffer kılmak gibi daha yüksek gayeleri vardır. Hareketi yapan, bu gaye uğrunda katlandığı fedakârlığa karşılık teşkil edecek bir şahsî menfaat istihsalini hatırından bile geçirmez. O, şahsî menfaat düşüncesinden ârî bir mükellefiyet duygusuna tâbi olarak hareket etmiştir. Bu hareketten en müsait şartlar altında onun hissesine düşen pay, nihayet başkalarının saadetine kendi ruhuna aksinden yahut güttüğü fikrin zaferi düşüncesinden doğan manevî bir hâz olabilir: Yapılan fedakârlığa ulviyet, güzellik bahşeden şey de bilhassa bu, yani hareketi yapanın onun doğurduğu faydalı neticelere şahsen öyle cüz'î bir iştirakle iktifaya önceden razı ve hazır oluşudur. Bu safhada hür hareket, yüksek bir ahlâkî kıymet ve renk kazanmış olur.

g — Bu tahlil açıkça gösteriyor ki haricî tezahürü itibarile gaye düşüncesile sıkısıkıya bağlı olan hürriyeti, en sonunda iç âlemimizin iki zıt kutup arasındaki ihtiyarına irca edebiliriz. Fîlhakika eşya ve hâdisat yığını arasında fert olarak mevkiimizin tayin ve tesbitine müessir olan maksat ve gayelerimiz, aynı zamanda hareketlerimizin teveccüh etmesi gereken istikametlerin ucundaki hedeflerdir. Hareketlerimiz, bu hedeflere doğru seyirlerinde ne kadar az engel ile karşılaşılırlar ve onlara ne kadar kolaylıkla ulaşırlarsa, kendimizi o kadar hür duyarız. Fakat mıknatıs zerrelere örneği uçsuz, bucaksız bir ağ halinde bütün insan mevcudiyetini çepeçevre saran bu gayelerin yekdiğerine zıd tandanslar taşıyan iki ayrı kaynaktan fıskırdıklarını unutmamak gerektir. Bu sebeple birine ferdi, diğeri-ne içtimai vasıflarını izafe ettiğimiz, iki türlü gayeler gurupu, tıpkı menfi ve müsbet elektrik uçları arasındaki alâka nevinden gergin bir münasebet vaziyetile insan hayatında karşılıklı yer alırlar. Ferdin, kendine hâs ferdi gayelere alâkası ne kadar tabî ve vasıtasız ise içtimai gayelere alâkası da o kadar zarurîdir. Ferdin alâkasını zarurî kılan nokta, bizzat içtimai gayeler ve onların mahiyet ve kıymetleri değil, belki cemiyet ve devletin bu gayelerin tahakkukuna

ferdî iştirak ettirme tarzıdır. Böylece içtimâî gayeler ve onların gerçekleşmesi hususu da, ferdî hürriyet problemi içerisinde, kendisine has mühim mevki alıyor.

h — Tek insan, - ister tabii hukuk telâkkisinin sun'î surette tarihi inkişaf ve içtimâî alâkalarından kopardığı mücerret bir fert, ister realist düşüncenin şe'nî âlemde ve topluluk içerisinde kendine has bir mevki verdiği bir cemiyet uzvu olarak mütalâa edilsin - her şeyden önce elbette kendi zatî gayelerile alâkadardır. Bu alâkaların hepsini, insan cebitlerinin tekâsüf ettiği bir nokta olan nefsi idame gayesi etrafında toplayabiliriz: Çünkü, bir kimsenin gayelere sahip olabilmesi, mevcudiyetile kaim olduğu gibi maksatlarına ulaşma imkânı da nefsini idame şartına bağlıdır. Görülüyor ki insanın zatî mevcudiyetile şahsî gayeleri arasında daimî, çözülmeyen bir iştirak; daha doğrusu bir ayniyet vardır.

Modern hususiye hukukunun şahsiyet temeli üzerine kurulması, işte bu ayniyetin zarurî neticesidir. Mademki fert, bizzat kendi için vardır; mevcudiyetinin zatî gayesidir. Şu halde bir kimsenin varlığının yalnız muhafaza ve idamesile kalmayıp şahsiyetini inkişaf ettirme imkânına da malik olması gerektir. Bu ise insanın yabancı gayeler için vasıtalık etmesile değil, bilâkis bizzat kendi gayeleri için icabeden vasıtalara tasarruf eylemesile temin olunabilir. Onun içindir ki hukukun da gayesini teşkil eden insan, hak sahibi yani diğer fertlerle müsavi surette haklar ve vecibeler taşıyabilme imkân ve ehliyetine malik bir şahıstır. Her şahıs, maksatlarını istihsal hususunda muhtaç bulunduğu vasıtaları, iradesini serbestçe izhar suretile temine çalışır. «Akit» denen hukukî müessese, müsavi hak sahiplerinin hür iradelerini uzlaştıran ve barıştıran şekli bir mekanizmadır. Gayeye nisbetle vasıta ne ise, insana nisbetle akit te odur. Bu vaziyet, insanın bir yandan kendi gayelerini bizzat tayin ve vazetme; diğer yandan da onlara ulaşmayı temin edecek vasıtaları seçme hususundaki serbestisini gösterir.

Bu serbestinin tahakkuku, insanın kendi nefesine hâkimiyeti ile eşya üzerindeki tasarrufunun vüs'at ve şümülüne bağlıdır. Modern cemiyetlerde - bir tek istisnasile - hukukî teminata mazhar bulunan ferdî mülkiyet esası, tasarruf imkânını şahsiyetin inkişafına müessir olacak surette genişletme düşüncesinden kuvvet alarak yerleşmiş bulunuyor. Bu sayede herkes, kendi emek ve gayretinin semereleri üzerinde dilediği gibi tasarruf imkânına; şahsî karakterin hakikî miyarını teşkil eden harcama serbestisine; ahlâkî hüviyetin kıstası olan hemcinsine kendi arzusu ile maddî yardım ve fedakârlıca bulun-

ma kudretine kavuşmuş oluyor. Görülüyor ki müsavi şahsiyet, serbest anlaşma, ferdi mülkiyet prensipleri, hususiye hukuku binasının üç temel direği ve aynı zamanda fert hürriyetinin en esaslı teminatıdır. Mezkûr prensiplerin hukukî zihniyete maledilip yerleşmesinde ise tabii hürriyet telâkkisinin ehemmiyetli rolü asla inkâr götürmez.

i — Hukukî tekâmülle sıkı alâkasını belirtmeğe çalıştığımız tabii hürriyet telâkkisi, - yukarıki izahatın da gösterdiği veçhile - insan tabiatının en iptidaî ve aslî bir temayülü olan nefsi idame gayesinden kuvvet ve kaynak alır. Nefsi idame gayesi, bir sevki tabii halinde her canlıda mevcuttur. Ancak insan, aklı meleke ve kudreti sayesinde nefsini idame cehdi ve imkânları bakımından da diğer canlıların bütün hareketlerine hâkim sevki tabii (enstenkt) çerçevesi içerisinde mahsur ve mahpus kalmıyor. Bilâkis enstenktif temayüllerde canlanan hayvanî tabiatın sesini boğmaya çalışmak, maddî hırsların sürükleyici tesirine mukavemet ederek hayatın temadisine hadim müteaddit vasıta ve imkânlardan bazılarını seçmek insanlık hasletinin ayırıcı vasfını teşkil ediyor. Böylece insan hayatı, diğer canlılarınkı gibi bir tek tarza bağlı kalmaktan kurtularak herkesin kendi yaşayış şeklini tayin ve intihap imkânını da ihtiva ediyor. Beşerin aklı tabiatına dayanan bu muhtelif ve mütenevvi hayat tarzları arasında dilediğini seçebilme imkânı, - ferdin sadece maddî refah ile kanaat etmeyip manevî huzuru da arzulaması yüzünden - büsbütün genişliyor.

İnsan tabiatının hem maddî, hem manevî huzuru istihdaf eden bu iki taraflı cehdi, ferdin hayatında maddî ihtiyaçlar yanında manevî ihtiyaçlara da yer verdiriyor ve iki gurup arasındaki nisbet, seviye yüksekliğine tâbi olarak sonuncular lehine değişiyor. Hayat iptidaileştikçe, seviye düştükçe ihtiyaçlar basit ve tezahürleri itibarile daha ziyade maddidirler. Ferdin gayeleri de hayat ve ihtiyaçlarına denk bir değişikliğe uğrarlar. Esasen fert, zatî gayelerini, şahsî ihtiyaçlarının telkini altında ve onların giderilmesi maksadile vaz' ve tayin eder. Hedeflerine ulaşma hususunda mazhar olduğu kolaylık ve faaliyetlerinde kavuştuğu serbestlik derecesi, huzur ve saadetinin miyarıdır. Gayelerin istihsalini geciktiren veya büsbütün önleyen her engel, insanda huzursuzluk, hattâ yerine ve derecesine göre elem doğurur. Huzursuzluk ve elem, ferdi, kendi insanlık tabiatına aykırı düşen hususları idrak edip onları bertaraf etmeye sevk eder. Diğer yandan şahsa, kendi hayatının icap ve şartlarına uymuş olma itminanını bahşeden de huzur, hâz ve sıhhat duygusudur. Şu halde maddî ve manevî huzur, beşer tabiatına uygun ferdi inkişâ-

fın işaret ve alâmetleridir. Bu inkişafın vasıtalarını intihap ve temin hususunda insan zekâsı, yalnız kendinin bildikleri ve bulduklarile mukayyet kalmayıp başkalarının, mazi ve haldeki hemcinslerinin tecrübelerinden de istifade eder. Böylece insiyakî ve iptidai temayüllerin, akıl, bilgi süzgecinden geçmek suretile tasfiyesi vukubuluyor.

Aynı tasfiyeye cinsiyet temayülünde de şahit oluyoruz. İnsanlık hasleti, onu iptidai mahiyetinden sıyrarak asilleştiriyor. Neticede cinsiyet sevki tabiisi, ferdi sırf behimî ihtirasların tatminine sürükleyen bir sinir sar'ası olmaktan çıkıyor; aynı zamanda bütün maddî ve manevî kıymetleri kucaklayan geniş bir sevgi duygusile, gerek tabiat gerek insan güzelliklerini idrake has engin bir zevkin de kaynağı haline giriyor. Ferdin bu kaynaktan taşan bediî ve sosyal alâkalarında mukabelesiz kalma endişesi, onu bir hamle daha yaparak başkalarına saygı telkin edecek ve kendini onlara beğendirecek harekete sevk ediyor. Bu ise başkaları için de yaşama ve bînetice ahlâkan olgunlaşma iştihakını alevlendiren bir saiktir. Böylece ferdi benlikte, altruist duygular da yer almağa başlamış, nefsi idame gayesi, süje ile alâka mevzuunu tek ve aynı nefiste birleştiren dar ve egoist çerçevesini kırarak nev'i ve cinsi idame gayesine genişlemiş bulunuyor. Bunun tabii neticesi de insan varlığında yakın ve hemcinsleri hakkında şefkat ve ihtimam duygusunun kökleşmesidir.

Aklın müdahalesi ferdin doğrudan doğruya kendi nefsinde duyduğu ilk ve iptidai ihtiyaçlara bu istikameti verince insan kalbine kendi veya başkaları için ihtimam duygusile birlikte istikbal kaygusunun da yerleşmesi zarurîdir. Aklın hamlesi, insanın diğer mahlûklardan bir bakımdan daha temayüzüne; yalnız halihazırını yaşamakla kanmayıp geleceği ve kendinden sonrakileri düşünmesine; sade günlük ihtiyaçların tatminile kanaat etmeyip yarınları hazırlamak maksadile bütün varlığını daha uzak daha ileri gayelere tahsisine müessir ve âmil oluyor.

k — Bu izahat gösteriyor ki: «aynî süjeden çıkıp yine ona dönen» tamamen «egoist» gayelerden bahsetmek ve ferdi faaliyetin saiklerini fizik, ekonomik ve hukukî olmak üzere üç gurupa ayırmak (19) sathî değilse bile indii bir görüş ve tasnif eseridir. Çünkü: iyi düşünülecek olursa sırf hayvanî ve behimî ihtirasların esiri ol-

(19) Jhering, yukarıda zikredilen eseri, cilt I, s. 46 ve sonrasına bakılsın.

mayan insan tabiati, ferdi gayelerin tamamen egoist bir mahiyet ve şekil almasını önlemek üzere daimî bir ceht halindedir. İnsandaki sosyal ve ahlâkî hüviyet, en şahsî ve hususî görünen maksatları da diğergâm temayüllerle besler. Bundan başka fizik, ekonomik ve hukukî vasıfları, ferdi faaliyetin saiklerini değil, olsa olsa tezahür tarzlarını göstermeğe elverişli bir tefrikin esasını teşkil edebilirler.

Kanaatimize göre burada ayrı ayrı menşelerden çıkan üç gurup maksatlar arasındaki mahiyet ayrılığı değil, kaynağı hep aynı yani fert kalan nefsi ve nev'i idame gayesinin muhtelif tahakkuk imkânları - daha başka bir ifade ile - bir bütün teşkil eden insan hayatının ayrı ayrı sahalardaki manifestasyonları mevzuubahstır.

Faaliyetlerimizin ilk bakışta muhtelif hedeflere birden teveccüh eder görünmesi, bizatihi hayatın systemsizliğine delâlet etse de bütünlüğünü ihlâl etmez. Her şey, hayat içindir. Uçsuz, bucaksız bir seri halinde her biri ulaşıldıkça çekiciliğini kaybederek uzayıp giden sayısız hedefler aynı hayat küllünün muhtelif merhaleleridir. İşte bu merhalelerle derunî irtibat ve münasebet tarzı ve mezkûr hedeflere erişme iştiağının şiddeti herkesin gayelerini tayin eden sübjektif unsurlardır. Bu gayeler maddî unsurlarından tecrit edilince idealler vücut bulur. Şu halde idealler, maddî bağlardan sıyrılıp müstakilleşen bir tasavvurun ancak etek ve eşığına ulaşabildiği elle tutulmaz, gözle görülmez manevî kıymetler âlemine taallûk etmekle beraber, yine hayat kaynağından kuvvet alırlar ve hayat içerisinde inkişaf ederler. İnsanlık idealizminin ezeli ve ebedî iştiağlarından kurulmuş bu ülküler âlemindeki idealler, ferdi tasavvura, daima mükemmele ve yükseğe doğru uzaklaşan bir sıra dahilinde aksetmekle beraber, sanki her birinin hududu muayyenmiş gibi birinin varlığı diğerinin mevcudiyetini unutturup örtemeyen bir kül teşkil ederler. Böylece varlığımızı saran maddî şe'niyetler gibi cehitlerimiz mihrakını teşkil eden manevî kıymetler de aynı hayat bütünü'nün unsurları haline gelmiş olurlar.

Hayat bütününde şe'niyetler ve kıymetler arasındaki bu imtiyaz, hareketlerin fayda veya zarar (menfaat yahut mazarrat) kadar iyi veya kötü (hayır veya şer) ölçüsüne vurulmasını da istilzam eder. Bilhaka hususî yahut umumî hayatın en kritik anlarında iyi veya kötü düşüncesinin beşerî faaliyetlere bütün şiddet ve kuvvetiyle hâkim olduğu görülür. İyi ve kötü tandanslar arasında çalkanan hayat bütününden tamamen hususî ve ahlâkî bir parçayı tecride ve hakikaten mer'î kıymetlerin zati mahiyetlerini araştırmağa lüzum görmeksizin denebilir ki, insanalrın bir arada yaşadıkları her

yerde kıymetler caridirler ve fertler bu kıymetlere, onlar da insanlara hizmet ederler. İnsanlarla kıymetler arasındaki bu karşılıklı ve girift hâkimiyet ve itaat, menfaat ve ahlâk münasebeti, hayatın en mühim kısmını doldurur. Bu bakımdan daima değişme ve yenilenme tandansile bizatihi hayat, en yüksek kıymettir.

Daima değişme ve yenilenme temayülü, - paradoksal da görünse - hayata bağlılıktan, hayatî kıymetlere sadakatten doğuyor. Yaşama veya yaşatma cehdinde - sırf hukukî sahada kalmak için - meselâ bir anlaşma (akit veya mukavele) meriyetten kalkıyor veya bir evlilik münasebeti bozuluyorsa bu değişmeler, yalnız haricî şartların tebeddülünden değil, aynı zamanda eski vaziyet ve bağlılığın alâkadarlar için hayata aykırı görünmesinden ve binaenaleyh kıymetini kaybetmesinden neş'et ediyorlar. Hayata aykırı bağlılığı kırmak ve hayatı yenilemek zarureti: İşte daha çok aksiyon ideali olan iyilik kıymetine bağlanan ve bu vasfile de diğer canlılardan ayrılan insanın, karşılaştığı hakikî ve en derin zorluk... Bu müşkülün karşımıza çıkardığı tek ve azameti nisbetinde katı sual şudur: Hayatı durdurmamak daha doğrusu ölümden daha kuvvetli bir hale koymak için ne yapmalı, ne yaratmalı, nasıl yaşamalı ve ne fedakârlıkta bulunmalıyız? Bu hususta düşüncemizin bize şaşmaz bir katiyetle telkin ettiği iki esas vardır: Evvelâ selâmet ve saadet, bizi kendiliğinden arayıp bulmaz, fiil ve hareketlerimizle biz onları davet ederiz. Saniyen hayat, ancak sıkı bir mücadele neticesi ve zafer ile hezimet, huzur ile ıztırap, çıkış ile düşüş arasına kurulmuş bir Sırat köprüsünden muvaffakiyetle geçme bahasına kazanılır. İşte bizi sonsuzluğa (istersek buna idealler âleminin namütenahiliği manâsında ebedilik de diyebiliriz) sürükleyen bu mücadele fırtınası yani tükenmez ve sonsuz yapma, yaratma ve inanma faaliyetidir. Bu bakımdan hayatı aksiyondan ve aksiyonu da hürriyetten ayırmaya imkân yoktur. Bu anlayış tarzı, hürriyeti, yaradılış icabı ve tabiat unsuru olarak tesise çalışan «tabii hürriyet» düşüncesinin isabetli bir hareket mebdeline malik olduğunu gösterir. Fakat temelin mevcudiyeti ve sağlamlığı, her zaman üzerene kurulan bina için de mutkayit tanımayan bağısızlığıdır.

II — § «Tabii hürriyet» telâkkisi, ferdi varlıktaki hayatî cevherin inkişafı düşüncesine bağlılığı nisbetinde isabet hissesi taşıyan hareket mebdeline mukabil, içtimai nizamın izah veya tesisine hiç de elverişli görünmüyor. Filhakika mezkûr telâkki, şe'nî olan cemiyetin izahını, mücerret tasavvurlara bırakmakla metodolojik bir hataya saplanmakta ve yeni bir içtimai nizamın tesisi bakımından

konstrüktif kifayetsizlikle malûl bulunmaktadır. Bunu tebarüz ettirmek için «tabii hukuk» cereyanını kısaca gözden geçirmeğe lüzum vardır. Çünkü tabii hukuk nazariyesinin merkezinde, cemiyet veya medeniyetin kendinden nez'ettiği hakları ve bu haklara tekabül eden tabii hürriyeti musırrane istemekte devam eden ferdiyet (hukuki mânâsile şahsiyet) bulunur. Bu sebeple de her devrin tabii hukuk telâkkisi, - hangi şekil ve muhtevayı almış bulunursa bulunsun - hürriyeti esas mefhum ve kıymet olarak kabul eder. Tabii hukuk cereyanı, hukuk sahasında «tarihî» ye karşı «tabii» nin; «şe'ni» ye karşı «aklı» nin; «reel» e karşı ideal» in zaferi için mücadelesine muvazi olarak, içtimai hayatta bağılılığa karşı bağısızlık savaşının sahte ve fakat şanlı bir bayrağıdır. Müsbet hukukun karşısına - müstakil ferdiyetçe taşınması hasebile - daha çok ahlâkî karakteri haiz bir kaideler sistemile çıkan tabii hukukun içtimai münasebet postülası, ferdin devlete karşı mutlak hürriyeti daha doğrusu iradenin ancak ferdi hususiyet ve tabiata uyan ve bunun haricinde hiç bir kayıt tanımayan bağısızlığıdır.

1 — a - İki bin beş yüz seneye yakın bir zamandanberi muhtelif varyasyonlarla, insanla beraber doğan tabii haklardan bahsedilir. Bunun asıl menşeyini, sofistlere kadar götürmek mümkündür. Filhakika «nomos» a yani mevzu ve binaenaleyh mekân ve zamana göre mütehavvil kaidelerden mürekkep müsbet nizama karşı «agrafosnomos» un yani yazılmamış, sadece insanların fitri basiret ve hukukî şuurunda mündemiç ve müesses değişmez kanunun, değerine ait ilk işaretlere sofistlerde rastlıyoruz. «Hak ve haksızlığı, tabiatın değil, belki mevzu nizamın eseri» (Platon, De lege X. 889) sayan Gorcias ile kanuna (bittabi mevzu kanun kasdolunuyor), «insanlığı ekseriya tabiatın hilâfına cebreden bir müstebit» (Platon, Protagoras, 337 D) vasfını veren Hippias, sofist ethiki'nin, «tabii» de kararlaştıran değişmez prensipine tercüman oluyorlar. Bu prensipin kıymeti, sofistlerin bilgi nazariyeleri hakkındaki ihtilâflı görüşe muvazi iki cepheli bir takdire müstait görünüyor:

Filhakika sofistlerin bilgi nazariyelerine esas olan düşünce, Protagoras'ın (M. E. 485 - 411) meşhur; «insan, her şeyin ölçüsüdür» sözünde toplanıyor. Bunu, sansüalist bir sübjektivizmin yani objektif bir hakikat, mutlak mer'iyeti haiz bir bilgi tanımamanın ifadesi diye kabul edersek nazari sahada şahsî his ve zannın bu hâkimiyetine mukabil amelî sahada da en doğru ve tabii hareketin, herkesin kendi enstenkt ve arzusuna tâbi olmakta tecelli edeceği neticesine varırız. Bu takdirde sofistler, hukuk ve ahlâk siyaseti bakı-

mında şansı keyif ve ihtirası kanuna, anarşiyi nizama tercih eden cemiyet ve devlet bozguncuları vaziyetine düşerler. Çünkü Zeller'in ifadesile «her hangi bir kimse için doğru, ona doğru görünen şey ise, her hangi bir fert için haklı ve iyinin de ona haklı ve iyi gelen şey olması zaruridir. Başka bir ifade ile kendi keyif ve ihtiyarına, kendi temayüllerine tâbi olmak herkesin tabii hakkıdır. Eğer insan kanun veya örf delâletile bundan menedilirse, bir tabii hakkın ihlâli mevzuubahistir. Böyle bir cebre, onu kırmak veya ondan kaçınmak kudretini haiz her hangi bir kimsenin, hiç de uyma mükellefiyeti yoktur» (20). Bu türlü bir tabii hak telâkkisinin taşıdığı müzaaf tehlike; bir yandan cemiyet ve devletin mevcudiyetini yıkma, diğer yandan hak yerine kuvveti hâkim kılma temayülü, hiç bir gözden kaçmayacak kadar aşikârdır. Netekim «hakiki adaleti, kuvvetçe üstün olanın nef'inde» bulan Trasymachos ve kudrete tesahüp ile onu kendi nev'ini idame veya gayesinin tahakkuku uğrunda pervasızca tatbik etmeyi «kavi» için «tabii hak» sayan Kalikles, sofistlerden son işaret ettiğimiz istikameti temsil eden şahsiyetlerdir.

Fakat Protagoras'ın «insan-ölçü» (homo - mensura) sünü kritik bir realizmin ifadesi olarak da kabul etmek mümkün ve hattâ akla daha yakındır. Bu takdirde Protagoras fenomenalizm (Phénoménalizme) inden, hissi ve tesadüfi kanaatlerin esiri ampirik tek insanı yani fizik ve organik hususiyetleriyle kendine benzerlerden ayrılan ferdiyeti silmek, onun yerine insan cinsini, daha doğrusu fertleri birleştiren umumî hasleti yani akli hassayı koymak icabeder. Devrin, milli hususiyetler üstünden daha geniş perspektiflere açılan umumî görüş tarzı ile; gözleri, mahallî ve mevzu nizamın fevkinde değişmez ve yüksek bir mutlak kanuna çeken hak ve adalet ideali, böyle bir ikameye pek müsaittir. Böyle olunca da «insan-ölçü» konstellasyonu, insan aklının nazari sahada hakikatleri ve eşyayı idrak kıstasını teşkil etmesinden, ameli sahada ise haklı ve iyi hareketi göstermesinden başka bir manâ ifade etmez. Görülüyor ki aynı prensipin nazari olarak iki şekilde tefsiri imkânı, ameli sahada hareket mebdei değişikliğini davet ediyor.

Bu vaziyet, ahlâk ve hukuk siyaseti bakımından sofistleri birinci veya ikinci noktai nazar etrafında toplama teşebbüslerinin akamete mahkûm olduğunu gösterir. Onları, cemiyet ve devlet hayatı için bozguncular, nihilistler, ferdi keyif lehine kanunlara itaatsizli-

(20) Zeller, Philosophie der Griechen, 6 ıncı tabı, s. 1395.

ği tamim eden sahte mütefekkirler şeklinde görmek istiyen geniş bir ekseriyet gibi bu isnatlardan tebriye ederek dünya vatandaşlığına genişliyen yeni bir fikrî cereyanın, ilk aydınlık devrinin öncüleri, bir nizamın mübeşşirleri sayan ekalliyet de (21) kanaatimize göre, tek taraflı görüyor ve düşünüyor. Hakikatte sofistler, her iki telâkki çerçevesine de girecek bir taksime uğramış bulunuyorlar. Aynı zümre mensupları arasındaki bu guruplaşma, mebdei hareket farkına istinat ediyor. Ferdin fizik ve fizyolojik hususiyetleriyle ona bağlı enstenktif arzu ve ihtirasları, esas tutulunca mütehakim ve cebbar tabiat; bütün fertlerde müşterek akli mevhibe ile ona bağlı manevî ve ruhî kıymetler gözönünde tutulunca da muvazeneli ve munsif şahsiyet, insan hüviyetinin farikaları haline giriyorlar. İnsan hüviyetini teşhiste düşülen bu tezadın izlerine bütün tabii hukuk süresince rastlayacağımız gibi, beşeri, doğuşundan sonra kötü tabiatlı gören «Machiavelli» ile, hissî saiklerinden kurtulmuş ahlâkî şahsiyette insanlığı takdis eden «Kant» ın görüşlerindeki zıddiyet te, bu hareket mebdei farkından doğuyor.

Bu iki guruptan hangisine dahil bulunurlarsa bulunsunlar, bütün sofistlerin bir tek noktada, ferdiyetçilik esasında birleştikleri şüphe ve inkâr götürmez. Onlar için, ister aklın hâkimiyetini tesise müncer olsun, ister kavinin zayıfa tahakkümüne revaç versin; ferdi kıymet esastır. Doğru ve yanlışın ölçüsü insan olduğu gibi iyi veya kötünün de kaynağı ferdi tabiattır. Ferdi tabiatta meknuz değer veya değersizliğin inkişafına engel olan her şey «gayrı tabii», ferdi, tabiatı hilâfına harekete icabr eden her bağ - meşru bir devlet otoritesince tanınmış kanunlara da istinat etse - bir istibdat eseridir (Hippias'ın yukarıda zikredilen sözü hatırlansın). Şu halde cebir, gayrı tabii yani insan yaradılışına aykırıdır. Çünkü Alkidamos'a

(21) Wundt ve Mühl gibi şahısların dahil bulunduğu - sofistleri, umumen hâkim kanaatin şiddetli ve insafsız ithamlarından kurtarmak istiyen - bu ekalliyete, 1937 tarihinde Hukuk Fakültesi Mecmuasında neşredilen «Sofistlerde tabii hukuk esasları» adlı etüdüle Richard Honig de katıldı. İhtiva ettiği geniş malzemedен bir kaç yerde mehaz mahiyetinde istifade ettiğimiz bu orijinal etüdün prosofist tandansı onu, metinde işaret ettiğimiz tek taraflı bir görüş kalmak âkibetine sürüklemiştir. Bütün sofistleri, lüzumsuz yere tek istikametli aynı sistem etrafında toplamağa çalışan mezkûr etüdün umumi hatları, bizzat Honig tarafından yazılıp yine tarafımızdan tercüme edilen «Hukuk idesinin müsbet hukuk için ehemmiyeti» başlıklı etüdde sofistler hakkındaki kanaatlerle mütenakız görünüyor. Her iki yazıyı Bilhassa Hukuk Fakültesi Mecmuası cilt III, s. 165 - 166 ile 201, 205, 207, 213 ve 214 ü mukayese.

izafeten ifade edildiği veçhile «Allah bütün insanları, hür yaratmıştır. Tabiat, hiç kimseyi esir yaratmamıştır» (Aristo, Rhetorik, Schol 1, 13 te zikredilen bu ifadede, Allah ve tabiat tâbirlerinin mütenazır ve müteradif manâda kullanılışı, nazarı dikkati bütün kuvvetile çekse yeridir). Bu hülâsa, izahatımızın başlangıcında Ali Fuat Başgil'in en geniş manâda hürriyet tarifile mutabakatını tesbit ettiğimiz «tabii hürriyet» telâkkisinin, fikir tarihinde - bu ane kadar pek de fark edilmiyen - ilk köklerini göstermekle kalmıyor, mezkûr telâkkinin bundan sonraki tekâmül ve inkişaf seyrini de oldukça kuvvetli bir ışık darbesile aydınlatıyor.

b — «Gayrı tabii» düşmanlığı, Atinalı Antistenes (M. E. 444 - 385) in kurduğu «Cynique» (22) mektepte bir akide, bir mezhep mahiyetini alıyor. Servet, ziynet, ihtişam; yapma ve sun'î olan her şey, «tabii» olanı, tabiatın öz cevherini bozduğu için bu mektep mensuplarının istihkarına hedefdir. Onlara göre, örfü, nizamatı, türlü türlü kayıtlarile şehir; zaptu raptı, inzibatı, kanunlarile devlet; ve nihayet ihtirasları alevleyici hissî bir dalaletin ifadesi olan millet yapma, sun'î şeylerdir. Bunların bozucu tesirlerinden kurtulmak tabiatın öz ve saf kucağına dönmek lâzımdır. «Tabii» nin, hem de en basit ve iptidai şekilde «tabii» nin haricinde mevcut her şeyi, her türlü bağılılığı, ananeyi, aristokrasiyi, hâkimiyeti red ve nefyeden bu negatif hürriyet aşkının, en esaslı neticesi, mahrumiyet ve sefalettir.

Hakikatte de sinikler, medenî hayatın bütün verimlerinden bilhassa maddî nimetlerden nefislerini mahrum kılmışlar, örfe ve hattâ âdaba karşı ölçüsüz bir lâubalilik ve lâkaydî göstermişlerdir. «Cynisme» in «hayasızlık ve arsızlık» manâsını da anlatan bir tâbir halinde yerleşmiş olması sebebini, halkın umumî âdap telâkkisini inciten bu mübalâtsizliklerde aramak gerektir. Bu suretle sinik dünyaya görüşü ve yaşayış tarzı, medenî hayat yerine «tabii hal» in, içtimai bağılılık yerine «tabii hürriyet» in, devlet otoritesi yerine kayıtsız ve başı boş bir serbestinin ikamesi dilek ve cehdi etrafında toplanıyor. Bu ise sonraki devirlerde daha kuvvetli taraftarlar bulan «tabiata avdet» cereyanının ilk tezahürüdür. Bu sebeple de A. Weber, sinikleri, «ilk çağın Rousseau'ları» addetmekte haklıdır (Felsefe tarihi, S. 44).

(22) Bu tabir köpek mânâsını ifade den yunanca «Kyon» kelimesinden istikak etmektedir. Bu sebeple eskiden bizde siniklerin temsil ettikleri mektebe kelbiyun mezhebi denirdi.

Bu mektebin ahlâk ideali lehine, yegâne şahadet teşkil eden bir noktayı kaydetmeden geçmemek icabeder: Sinikler, «tabii» yi mümkün olduğu kadar maddî unsurlarından ve ona bağlı hissi ihtiraslardan tasfiye davasındadırlar ve binaenaleyh hayatın bütün zevklerini istihfaf ederler. Bütün varlığın tek sebebi ve yegâne gayesi olan hayrı âlâ, insan hareketlerinin fazilet için fazilet düsturuna uymasını zarurî kılar. Bu düstura uyabilme ise maddî ve ruhî bütün engellerden tecerrüdü icabettirir. Böylece bir yandan Sokrat'ın (469-399) idealist ahlâkile ortaya atılan, nazari «ferdî muhtariyet» esası, amelî hayat sahasına nakledilmek isteniyor, diğer yandan da ilk izleri sofistlerde görülen bir temayül, milliyetçilik duygusunun sıkılaştırdığı disiplinli siyasî birliği parçalama pahasına, aynı tabiata malik olanların serbest ve pervasız hareketlerine imkân verecek kozmopolit bir dünya yurttaşlığı yaratma arzusu açığa vuruluyor.

c — Sofistler ve siniklerde bir takım işaret ve iymalardan ibaret kalan «tabii hürriyet» telâkkisinin şuurlaşmasına ve yayılmasına (Revakiyecilik) Stoacılık müessir olmuştur. Müessisi Kitionlu Zenon (M. E. 4 üncü asrın sonu ve 3 üncünün ilk yarısı) olmasına rağmen muhtelif kaynaklardan gelen tesirlerle dallanıp budaklanarak bir doktrinler kompleksi haline gelen ve Romaya da intikal eden Stoacılık, iyi düşünmek ve eşyanın mahiyeti hakkında doğru mefhumlara ulaşmaktan ibaret saydığı nazari hasleti, iyi yaşamak ve akla göre hareket etmekle hülâsa ettiği amelî hasleti vasıta ve yardımcı kıldığı için amelî ve ahlâkî hayatla alâkadar bulunan mevzuumuz için hususî bir ehemmiyet arzeder. Bu mektebin asıl şöret ve itibarını tesis eden ahlâkî idealizmi, ana hatlariyle - ileride izah edeceğimiz - Kant'ın ahlâkî hürriyet telâkkisini hatırlatacak izler taşıyor.

Stoacılıkta da ahlâkî hareketin ölçüsü, tabiata uygunluktur. Fakat bu mektepte tabiat, tamamen akli hüviyetle müteradif bir manâ ve muhteva kazanıyor. Stoacılara göre: Hayattan gaye, his ve ihtirasların tatmini, yahut rahat ve huzur değil, tabii yaşayıştır. Tabii hayat, akla göre hareket etmeyi, ihtiras ve temayüllere hâkim olma faziletini göstermeyi icabettirir. Fazilet, bizatihi fazilet, vazife sırf vazife olarak benimsendiği, bunların arızî karşılığı olan menfaat gözetilmediği takdirdedir ki, hareket, ulvî, asil ve ahlâkîdir. Böyle bir hareketi telkin eden iç cevher, hikmet, cesaret, itidal ve adalet esaslarında toplanan bütün faziletlerin kaynağıdır. Bu hasletler, dünyaya hâkim tabii nizamdaki umumî kanuniliği iyice idrak eden

aklı şuurumuzun rükünleridir. İyi bir insan, bu hasletlere malik olan yani akli tabiatına uygun hareket edebilendir. Böyle bir kimseye hakim vasfı verilebilir. Stoaçılar, akıl eksikliğinden ileri gelen hataların vukuunu binnetice iyiler gibi kötülerin de mevcudiyetini kabul ederler.

Akli tabiata uyma, hakikî hürriyetin esasıdır. Hareketlerinde aklın üstünlüğünü tesis edebilen kimse, gerek «gayrı tabii» tesirlerle, gerek kendi ruhunun fırtınalarına mukavemet ederek ihtiraslarını yenebilir ve hürriyetini kazanabilir. Çünkü «tabiatın sırlarını bilerek, kendini ve başkalarını tanıyarak bizzat kendi şuurile diğer kimselerin, asrın, içtimai hurafelerin» tesirlerinden; «aklın değil, keyif ve kaprisin ifadesi olan kanunların vesayetinden kurtulan hakim bahtiyardır ve hakikaten hürdür.» (23). Bu hürriyet, hayatın cereyanını tesadüflere bırakan bir bağısızlık ve kayıtsızlık değil, aklın hâkimiyetine istinaden ferdi muhtariyeti yani gerek harici âleme gerek iç ihtiraslara karşı istiklâli tesis ve temin eden bir esastır.

Böylece stoacılık, insan hayatının muhtelif safhalarını teşkil eden nazari ve ameli faaliyetleri teleolojik bir bütünle, aklın idrak eylediği tabii fazilet gayesile rabıta ve münasebet haline getirmekle beraber, hürriyeti mukaddere bağlama tevekkülünü de gösteriyor. Çünkü: Hürlük, ancak hakim olmanın, tabiatın sırlarına nüfuz edebilmenin neticesidir. Bu nüfuzu göstermeyen bahtsızların, mukadderatın yani kendi kötü tabiatlarının mahkûmu olmalarına karşı gelinemez. Şu halde stoacılığın ferdi muhtariyet prensipi, her hal ve kârda hür bir insan şahsiyeti yaratmaktan ziyade bilgin ve yetişkinin istiklâlini tesise elverişlidir. Mezkûr doktrinin, ancak Seneca ve Çiçeron (M. E. 106 - 43) gibi büyük mütefekkirler tarafından Romaya nakledilmesi, bu suretle imparatorların istibdadına karşı halk kütlesinden ziyade münevverler için ümit ve kuvvet kaynağı haline gelmesi, bu yüzdendir.

Roma, stoacılığın esas düşüncelerine sadık kalmakla beraber, ona daha çok hukukî olan kendi fikri karakterine uygun normatif bir kisve giydiriyor: Vakıa münevver bazı papaslarla birlikte stoacı mütefekkirler, tabiat kitabı mukaddesini telkin ve tamim etmekte devam ediyorlar: Bütün tesadüfi ve keyfi tezahürlerden müstakil,

(23) Alfred Weber, Felsefe Tarihi s. 88 ile Prof. Dr. Ch. Crozat, Âmme hukuku dersleri (Birinci kısım, İstanbul 1938) s. 127 karşılaştırılsın. Ayrıca Dr. Yavuz Abadan, Hakların iktisap ve istimalini tayin eden prensipler, C. H. P. konferansları serisi, kitap 9, Ankara, 1939, s. 44 ve 45.

müşterek ve tabii « naturae » ye - « tabii » nin aklı karakterini de ifade eden bir tâbir olmak üzere - « ratio naturae veya naturalis ratio » ya aykırı her şey boş ve değersizdir. Fakat Roma stoacılarının asıl gayreti, bütün insanlar için müşterek tabii kanun « lex naturae veya ins naturale » mefhumuna vuzuh ve sarahat verme, ona hukukî bir muhteva kazandırma hedefine müteveccihdir.

Bu muhtevaya vasıl olabilmek için tabii hukuk « ius naturale » a göre insanlar arasındaki münasebete hâkim olacak bir prensipi bulmak lâzımdır: İnsanlar, tabiaten hür doğdukları cihetle tabii hukukun barışamıyacağı düşünce, insanlar arasındaki efendilik esirlik münasebetidir. Esaret, tabiatata aykırı bir müessesedir. Şu halde tabii hukukun insanlar arasındaki münasebat düsturu, her ferдин hür olması esasından hareket mecburiyetindedir. Fakat bu manâda hürriyet, ne negatif, ne pozitif mutlak serbestîye genişliyemez. Her ferдин hürriyeti, kendi tabiatına uyabilmesi, kendi tabiatının icabetirdiği nisbet ve derecede hareket serbestisi imkânile mukayyettir. İşte ferdi hürriyetin tabiatla bu sınırlanmasında müsavat prensipile karşılaşırız. İnsanlar tabiatan yalnız hür değil, belki müsavi surette hürdürler. Fakat bu müsavat, insanların birbirleriyle münasebetlerinde her türlü ölçü ve takdiri kaldıran, bütün kıymet farklarını ve nüanslarını silen kör ve körletici adedi bir aynılık değil, herkese tabiata uyma imkânını veren nisbî bir beraberliktir.

Kanunlar, haklı ve âdil bir nizam tesis edebilmek için, bizim mahiyetimize has kanunun icabı olan müsavi hürriyeti, insanlardan her birinin tabiatına uygun hareket serbestisi hususunda aynı imkânı temin etmelidir. Demokratik « kanun nazarında müsavat » prensipi halinde bugüne de intikal etmiş bulunan bu esası, insanların eşya ile münasebatı sahasına da genişletince, « herkese kendi tabiatına uyan hisselerin tahsisi » neticesine varırız. Buradaki hisseyi, herkesin hayattan ve onun nimetlerinden maddî ve manevî istifade imkânı (bir tek kelime ile payı) manâsında kullandığımız cihetle, şümulüne şahsın hem hareket serbestisi, hem de tasarruf imkânı girer. Şu halde her hangi bir nizamın - tabii hukuk ölçüsüne göre doğru yani âdil ve haklı vafını kazanabilmesi için - « herkese, kendi payına düşeni tahsis » esası üzerine kurulması lâzımdır. Bu ise, - aynına Çiçeron'da da rastladığımız - meşhur Ulpian'ın hak ve adil hakkındaki ebedî tarifinde yer alan « ssum cuique = herkese kendi-

ninkini» formülünün başka kelimelerle ifadesinden ibarettir (24). Bu noktada, modern medenî hukukun esasları olarak yukarıda belirttiğimiz, şahsiyet, akit ve tasarruf serbestisi prensiplerile tabii hukuk düşüncesinin şu izahatta tecelli eden ana hatları arasındaki içten alâka, daha açık bir surette meydana çıkıyor.

d — Buraya kadar takip ettiğimiz tabii hürriyet ve dolayısıyla tabii hukuka ait fikirler, - Milâttan önce beşinci asırda başlayıp, hristiyanlığın yayılmasıyla nihayet bulan - Yunan aydınlık devrinin Roma'ya da geçmiş serpintileridir. Tabiatın - beşerî ve umumî her iki mânâsıyla - mahiyetini ve içtimai nizamla münasebet ve farkını araştıran Yunan «hikmeti tabiiye» (tabiat felsefesi ve bilgisi) sinin verimleridir. Bu esaslar, - hristiyanlığın, hayat ve hâdiselerin tazyiki altında yeni bir imana susamış geniş halk kütlelerine yayılmasıyla - ya ehemmiyetten düşmüşler, yahut ta tabii hukukun meriyet kaynağını ferdi tabiat ve akla irca eden lâik karakterini kaybetmişlerdir. Artık, bundan sonra bütün ortaçağ süresince tabii hukuktan ziyade ilâhî hukuktan bahsedilir. Yeryüzündeki içtimai nizamın ideali, ilâhî nizam, beşerî hukukun ideali, ilâhî hukuktur. Doğrudan doğruya tabii hukuk, dendiği zaman bile, teokratik renge bürünmüş bazı prensipler, ancak ilâhî iradeye uygunlukları nisbetinde meriyet kazanan içtimai hayat düsturları kastedilir.

Bununla beraber Ortaçağı karakterize eden skolastik düşüncenin, teoloji ve felsefeyi, iman ile akli birleştirme cehdinde İlkçağ tesirlerinden büsbütün kurtulamadığı da aşikâr bir keyfiyettir. İlâhî vahy ile akli tabiatın telkini arasında tenakuzsuzluğu, kendilerine hareket mebdeyi yapan bütün hristiyan filozoflarının sistemleri, bu tesirin bariz izlerini taşımaktadır. Bunu anlamak için hristiyan nazariyecilerin iki büyük kutbunca temsil edilen fikirlere kısa bir göz atmak kâfidir: Felsefi sahada Eflâtun idealizmi ile hristiyan «doğması» nı - daha kısa bir ifade ile - akıl ile imanı telif yolunu arayan A. Augustinus, (350 - 430), hukuk sahasında stoacılarla Çiçeron'un fikirlerini tevarüs ve onlara istinat etmektedir. Ona göre, insanın doğarken kendisile beraber getirdiği ebedî değişmez ve üniversal kanun, lûtfu ilâhî eseri olarak ferdin şuuruna yerleşir ve vicdanına kök salar. Âkiller ve lûtfu ilâhîye mazhar olanlar için bu tabii ka-

(24) Esasen Ulplan'ın Digest'lere geçmiş ifadelerinde «Tabii hukuk dolayısıyla hür doğmuş» bulunan «bütün insanların müsavi» oldukları rahatlen tebarüz ettiriliyor. Bu hususta Prof. Dr. Ch. Crozat, Âmme Hukuku dersleri, s. 187 ye bakılsın.

nunu aklen tayin ve tasrih etmek, onun yüklediği mükellefiyetleri kendiliğinden idrak ve tesbit eylemek her zaman mümkündür. Bu sebeptendir ki hukuk, tabiattan gelmektedir. Tabii kanun, aynı fitrete ve akli hüviyete sahip ve malik olanlar arasında birinin diğerine tahakküm etmesine, bir insanın diğer bir insan üzerinde otorite tesis eylemesine mânidir. Tabiat icabı bütün insanlar müsavi ve hürdürler (25).

Ancak insan küllüne ve cinsine râci olan bu müsavat ve hürriyet, parçalar arasında farklılığa ve hususiyetlere mâni olmadığı gibi fertlerin mutlak serbestisini de tesis edemez. İnsanlar, kendi kendilerine bırakılsalardı, belki tek başlarına, her türlü kayitten azade olarak yaşamağı tercih edeceklerdi. Fakat yalnız başına insan, iktidarsızlığın, hiçliğin mücessem şekli, kötü temayüllerinin esiri olduğu için, fertler sevkitabiilerine uyararak emniyeti temin maksadile toplanmış ve birleşmiş bulunuyorlar. Bu birleşme, ferdî hürriyeti tahdit ediyor. Mutlak hürriyet, ancak bütün hâdisat ve kâinatın halikı aslısi olan Allaha racidir. Âlemi ve kâinatı yaratma, bu mutlak hürriyetin fiil haline çıkmış ifadesidir.

Şu halde insan, varlığı ve her şeyile birlikte hürriyetini de Allaha borçludur. Kötü inhimaklerin esiri olmaya mahkûm insanı bundan kurtararak hürriyete, necata ulaştıran Allahın lütuf ve takdiridir. Allah, insanı hürriyete ve necata ulaştırır, çünkü bunu ister. Fakat bu necat ve hürriyete müstahak olanların seçimi ezelde, yani insan yaratılmadan önce vukubulmuştur. Bu bakımdan şahsın hayat ve hürriyeti, ezeli takdire bağlanmış bulunuyor. İnsan hürriyeti ile ilâhî takdir arasında kurulan bu sıkı münasebet ve alâkadan sonra, suç yahut günah, ceza yahut azap, mesuliyet, ilâh... meselelerinin hallinde ne büyük müşküller ve ne çapraşık izahlarla karşılaşılacağı aşıkârdır.

Büyük katolik ilâhiyatçısı Thomas D'Aquin (1225 - 1274), Allahın iradesini de akla tâbi tutarak, ilâhî takdirin ferdî vicdanı inciten keyfî ve şedit tecelliyatını tadil ediyor. Ona göre, zekânın istinat ettiği esas, akıl, iradenin prensipi ise «iyi» dir. Zekâ, kendi hüviyetini inkâr etmeden akli esastan ayrılamıyacağı gibi irade de hürriyetinden ferağat etmeksizin «iyi» den vazgeçemez. İrade tabi-

(25) Mukayeseli ve tafsilât için Prof. Dr. Ch. Crozat'nın «A. Augustinus'un siyasi fikirleri» yazısına bakılsın. Hukuk Fakültesi Mecmuası, cilt IV. sayı 14 ve bilhassa s. 223 - 226 ve 230.

aten ve zarureten iyiye, arzu (şehvet ve ihtirasla müterafık bir ma-nâda) ise kötüye müteveccihdir. Bu itibarla günahın kaynağı, iradenin kayıtsız serbestisinde veya seçme hürriyetinde değil, şehvet ve ihtirasın iradeyi felce uğratmasındadır. Bu vaziyette artık ilâhi iradenin, ferdî tabiatı önceden keyfî bir surette iyi veya kötü olarak takdir etmesi mevzuubahs olmaz. Bilâkis esasen akli çerçeve ile muayyen ve iyiye müteveccih bulunan ilâhî iradenin ferdî tabiata ait ezeldeki hükmü, olsa olsa ahlâkî bir muayyenliğe taallük edebilir.

Görülüyor ki İlkçağ tabii hukukçularını ikiye ayıran insan tabiatının iyi veya kötü karakteri üzerindeki ihtilâf, Thomas d'Aquinde, irade ile arzunun mücadelesi halinde meydana çıkıyor. Mücadelelenin neticesini, ilâhi bir prédéterminationna tâbi olmakla beraber insanda ferdî bir karakter halinde yerleşen ahlâkî hüviyet tayin eder. Böylece hürriyeti, iyiye müteveccih isteğin, şehvet ve ihtirası yenmesinde gören ve bilâhara Kant'ın tam bir vuzuhla ortaya attığı ahlâkî hürriyet tasavvurunu çok kuvvetle hatırlatan bu telâkkinin, - iyilik ve kötülüğü tamamen ilâhî takdire bağlayan Augustinus fatalizmine nisbetle - şahsiyet lehine arzettiği büyük terakki, her türlü izahtan müstağnidir.

İslâmi tefekkürün - mezhebî ihtilâflar yüzünden - çok ağırlık bir mahiyet arzeden istikamet inhirafları arasından, az çok umumî kabule mazhar olmuş felsefi bir sistemin bariz hatlarını meydana çıkarmak imkânsız denecek derecede güçtür. Bu sebeple, müslümanlığın dünya görüşüne ait esasları, bizzat Kur'anıkerimden istih-raca çalışmak, bize göre, müttehit bir telâkkiye varma hususunda en müsmir bir teşebbüs değerini taşıyor.

Her dinî telâkki gibi, müslümanlık da, bütün varlıkların ve bu meyanda insan ile onu muhit olan fıtrat ve tabiatın Allah tarafından yaratıldığı esasından hareket eder. Kur'anıkerimin bir çok yerlerinde sık sık tekrar edilen bu hakikate dair sarih bir işaret de «surei Kamer» in 49 uncu âyetidir: «İnna küllü şey'in halaknahü bikaderi». Burada yalnız bütün mevcudatın Allah tarafından halk olunduğu söylemekle kalınmıyor; belki aynı zamanda takdiri ilâhinin her şey ve hâdiseye taalluku açıkça beyan ediliyor. Bu suretle müslümanlığın muhtelif ve yanlış tefsirlere yol açmış en münakaşalı bir problemi yani, «kaza ve kader» meselesi ortaya atılmış oluyor. Meselenin bütün tafsilâtile burada münakaşasına imkân yoktur. Yalnız şu kadar söylenebilir ki, kaza ve kaderden maksat - geniş ve umumî manâsile - Allahın kâinat ve hâdisatta cari, hükmü

küllisidir. Bu hükmü küllî ise mukadderin değişmeyeceği esas kaidesine binaen ezelde muayyen olduğu veçh üzere sabit ve daimidir.

Bana kalırsa «Ma tera fi halkir - rahmani min tefavüt» ayeti celilesi, işte bu düşünceyi, ilâhî ve ezeli takdire bağlı bu değişmezliği anlatıyor. Yoksa, her oluştta, ilâhî takdirin keyfi ve hür tecellisini gören bir din için, durup dururken hılkat hâdiselerinde değişiklik ve farklılık görülmediğinin tesbiti, açık bir tenakuz teşkil ederdi. Hakikat halde, tabiat ve kâinatta, her istikrarın zarurî şartı olan değişmez bir kanuniliğin vücudu, fakat bunun takdiri ilâhî neticesi olduğu kabul ediliyor. Böylece ilâhî iradenin mutlak endeterminizmi ile onun tecelli sahası olan kâinat hâdiselerinin cereyanındaki nisbî determinizm, birbirine bağlanmış oluyor. Şu halde ilâhî iradenin tecelliyatı, keyfi olabilse de - kaza ve kaderi yanlış tefsir edenlerin kabul etmek istedikleri gibi - tesadüfî olamaz. Müslümanlık, kâinat ve hâdisatta ilâhî takdirin serbest ve mutlak hâkimiyetini kabul etmekle Allahın iradesini prima causa haline koymuş ve ancak bu illeti ulâ'nın muayyenliğini reddetmiş bulunuyor. Bütün hâdisatı önceden serbestçe tayin eden bir varlığın kabulü, mezkûr hâdiselerin cereyanında muayyen bir kanuniliğin (determinizmin) teessüsüne engel olmak şöyle dursun, prima causaya bağlı bir illiyet münasebetinin âdeta şartı aslisidir. Şu halde hâdisatın ezeli takdire göre cereyan etmesi keyfiyeti, tabiat ve kâinatta her an istikrar ve ahengi ihlâle saî tesadüflerin müessirliği değil, bilâkis ana hatları önceden ilâhî iradeye uygun bir surette çizilmiş umumî bir plânın tatbiki manâsına alınmalıdır.

Bu izahattan mevzuumuz için çıkarılacak mühim netice: İnsan hüviyet ve tabiatının ve buna bağlı olarak ferdi ve iradî hürriyetin de bu umumî plân çerçevesi içerisinde mütalâası zaruretidir. Bu mütalâa tarzı, bizi, kâh materyalist, kâh spritüalist temayüllerle beslene beslene islâm felsefesinin en dağdağalı bir mevzuu haline giren «cebriye» ve «kaderiye» münakaşasının (26), hakikatte mebdei ha-

(26) Kaza ve kader meselesinin ikna kuvvetinden mahrum indi izah ve tefsirine dayanarak bazı müellifler, bu münakaşayı bir determinizm ve fatalizm ihtilâfına irca eyliyorlar ve probleme yer değiştirttiklerinin farkında olmadan fanatik bazı hristiyan mütefekkiirlere karşı bir polemik kıymtini aşamayan iddialarla müslümanlık telâkkisine göre ferdi hürriyeti tasdik den bir neticeye varıyorlar. Bu hususta, Mehmet Fehmi, Hikmeti Hukuku İslâmiye, İstanbul 1329, s. 36 ve sonrası; Hâzık, Hürriyet, s. 2 ve sonrası; Din ve Hürriyet, s. 5 ve sonrası; Mahmut Esat, Te'hîsi Hikmeti Hukuk, s. 110 ve sonrası; Şeyh Muhsinî Fânî, Yirminci asırda İslâmiyet, s. 205 ve sonrasına bakılabilir.

reket farkı da bulunmadığına göre, problemin esasını aydınlatmaya yaramayan bir ihtilâf olduğu kanaatine götürür. Zira mebdede olduğu gibi beyhude bir muarazadan sonra - her halde istemiyerek - insan hürriyet ve şahsiyetini inkâr neticesinde de birleşen cebriye ve kaderiye, müslümanlık akidesine göre halik ile hilkat arasındaki münasebata hâkim endeterminist determinizm'in mânâ ve mahiyetini kavramamış görünüyorlar.

Cebriye, insanın bütün hareketlerini, içinde yaşadığı vasattan ve bu vasattaki hâdiselerden gelen tesirlerin tazyikine irca etmek suretile ferdi, bilhassa maddî muhitin âleti mesabesine indiriyor. İnsanın fiillerinde, manevî hüviyet etrafında temerküz eden şahsiyetin tesir ve müdahalesini külliye inkâr eden mezkûr telâkinin bu mutlak determinizmi, en küçük mikyasta da olsa her hangi bir takdire imkân ve yer bırakmıyor. Halbuki kaderiye, her hâdisede olduğu gibi ferdin hareketlerinde de her an, bir kudreti külliye tesadüfî ve keyfi müdahale ve tecellisini görmek suretile sonsuz bir fatalizme düşüyor. Her iki düşünce de kâinatı izah için - adı ne olursa olsun - bir prima causa'nın mevcudiyetini kabul ıztırarında olduklarına göre, hareket mebdeinde birleşiyorlar, ayrılık ondan sonra başlıyor. Aynı menşe ve mebdei ûlâdan, cebriye, hayat ve tabiata ve hâdiselerin cereyanına muayyen bir kanuniliğin; kaderiye ise keyif ve tesadüfün sirayet ettiğini kabul ediyor. Biri ferdi, muhitindeki görülür ve duyulur tesirlerin esaretine,* diğeri ise görünmez bir kudretin her an tecelliye hazır tahakkümüne terk ediyor. Böylece her iki telâkki, insanın ya hâdisatın yahut da tesadüflerin oyuncağı olacağı neticesinde tekrar bileşiyor.

Gerek hâdiselerin icbarı, gerek tesadüflerin sevkile hareket eden her hangi bir şahsın, kendi takdir ve ihtiyarı haricinde kalan fiillerinden dolayı muateb tutulması imkânsız ve mantıksız olduğuna göre, cebriye ve kaderiye mesuliyeti istinat ettirecek bir temel bulma hususunda aynı aciz ve akametle malûdürler. Halbuki Kur'anıkerim, insanların yaptıklarından mesul olduklarına bir çok yerlerde ve bilhassa surei Enbiya'nın 23 üncü âyetinde sarahatle işaret ediyor: «Lâ yüs'elü amma yef'alü ve hüm yüs'elun = Allaha ne yaptığı sorulmaz, fakat sizler mesulsünüz».

İşte bu mesuliyeti tesis edebilmek için, esasında kâinatla birlikte insan mukadderatına da serbest ve mutlak hâkimiyeti kabul edilen ilâhî takdirin nazarı mahiyetini ve bu itibarla ancak insanî fıtrat ve tabiatın ana hatlarına taallük ettiğini ve buna mukabil amelî bakımdan her şahsın kendi sübjektif hususiyetine göre hareket im-

kânma malikiyetini kabul etmek; endetermine ilâhi - külli irade ile determine cüz'î - ferdî irade arasındaki münasebeti ona göre kurmak lâzımdır. Nazarî olarak külli - ilâhî iradenin takdiri, tabiatı eşya ile birlikte insanî hüviyetin tayinine taallûk eder. Kemali serbestî ile ezelde vaki olan bu tayin, umumiyetle insan tabiatının iyilikle muttasıf olmasını istilzam eder. Allah insandan hidayetini esirgemez, fakat hidayet ve nura kavuşma, dalaletten kurtulanların, basiret sahiplerinin kârıdır. Basiret ise insan cinsinin müşterek vasfı olan akli hüviyete istinat eder.

Fakat ilâhî bir mevhibe olan akli hüviyet, ameli sahada herkesin aynı basireti göstermesini icabettirmez. Tatbikat ve teferruatta herkes, kendi tarzına, takdiri ilâhî ile muayyen yaradılış ve tabiatı icabına göre hareket eder (Küllün ya'melü âlâ şakiletihi). Şahsî mesuliyeti tesis eden işte bu imkândır. Ferdin hareketi, akıl ve basiretin mahsulü olması nisbetinde iyidir. Çünkü akıl ve basiret, insanı doğru yola götürür; ilâhî hidayet ve nura ulaştırır; kötü saiklerden kurtulup ilâhî emre imtisalde tecelli eden hakikî hürriyetine kavuşturur. Fakat ferdin hareketi takdiri ilâhîye ve onun tayin ettiği akli müşterek tabiata aykırılığı nisbetinde kötüdür. Aklın irşadından mahrum basiretsiz bir kimes kendi sübjektif hususiyetinin yarattığı ihtiras fırtınalarına kapılarak, hayvanî tabiatının esiri vaziyetine düşerek doğru yoldan sapmaya mahkûmdur. İşte, ferde isabet eden her iyiliğin Allahtan, her kötülüğün kendi nefsinden geldiğini tesbit eden âyeti celile, (Ma esabek min hasenetin femin-n-allahe ve ma esabek min seyyietin femin nefsike — surei Nisa, ayet 79) bu mülahazalarımızı en iyi şekilde hülâsa ve tekit ediyor.

Hıristiyanlık ve müslümanlık akidelerinin - mevzuumuza taallûku itibarile - esasatına ait bu izahat, bir yandan teokratik düşüncenin ferdî hürriyet ve hareket hedefini, iyiye tevcih etme hususundaki müşterek temayülünü tebarüz ettiriyor. Fakat diğer yandan da insan tabiatını ilâhî takdire, iyinin tayinini dinî emre bağlaması, makul hareketi Allahın emrine imtisalde görmesi sebebiyle de mezkûr telâkkinin, insanda müstakil ahlâkî şahsiyetin teşekkülüne mâni bulunduğunu gösteriyor.

2 — Yeni zamanın muhtelif sahalardaki yeni keşiflerle birlikte getirdiği siyasî ve içtimai gerginlikler ve bunlara bağlı kültürel dilekler, aklın ve müstakil insan şahsiyetinin hâkimiyetine müstenit bir tabii haklar sisteminin teessüsünü zarurî kılıyordu. Bu sistemin dayanacağı prensipleri ararken, teokratik düşünce ile gölgelenmiş olan İlkçağın tabii hukuk esaslarını, asli safiyetine irca etmek icap

ediyordu. Bu lüzumun ilk idraki nişanelerini, daha teokratik istikametin son mümessillerinde görüyoruz: Netekim İngiltere kralı sekizinci Henri'nin şansölyesi meşhur Thomas Morus (1480 - 1535) bir yandan hükümdarın ruhanî otoritesini kabul etmiyerek din ve dünya işlerinin ayrı karakterine ilk işaret teşkil eden bir davayı müdafaa ederken diğer yandan «bütün yurddaşların hukukî müsavâtı» (Utopie eserile) nı esasını ileri sürüyor. Fransada hemen yarım asrı doldurmayan bir fasıla ile meşhur epikürist ve moralist Montaigne'nin samimî arkadaşı La Boétie (1530 - 1568), tabii hukuktan - stoacıların tesiri altında bulunduğunu sarahaten gösteren bir tarzda - bahsediyor: «Tabiat, hepimize aynı vasfı ve şekli vermiş, hepimize arzı müşterek ikametgâh kılmış, böylece hepimizi aynı mekâna yerleştirmiştir. Hepimizin tabiaten hür olduğumuzdan şüphe edilemez, içimizden bazılarının tabiaten esarete ilka edildiklerini kimse tasavvur ve tahayyül edemez» (27).

Bütün bu iddialarda, müşterek bir hedef, muhtar, tabiat kanununa dayanan bir ahlâk ve hukuk telâkkisinin dinî kanaatten çözülmesi gayesi tedricen beliriyor. Aklın istiklâl ve hâkimiyeti davasına bağlı olan bu gayenin istihsali hususunda nazari zeminin hazırlanma safhalarını başka bir etüdümüzde belirtmiştik (Grotius ve tabii Hukuk, S. 4 ve sonrası). Burada yalnız, hürriyet şuurule rasyonel düşünceye has kudret duygusunu en orijinal surette birleştiren ve bizatihi fikir muhtariyetinin mücessem timsali olan Descartes'i, ferdin ahlâkî hayat sürmesine müessir insan tabiatının müstakil kudreti halinde aklın otonomisini - İlkçağ muharrirlerine ve bilhassa Çiçeron ve Seneca'ya istinaden - ileri sürenlerin başında gelen Fransız papası Charron (1541-1603) ve İngiliz filozofu Bacon (1561-1626) u zikretmekle iktifa edeceğiz. Bu fikri vaziyete tekabül etmek üzere devrin siyasî ve kültürel icaplarına uygun içtimai ve hukukî prensiplerin de tesbiti icab ediyordu. Dinî bağların gevşemesile başlayan yeni bir aydınlık devrinin fecrinde bu prensipleri, teokratik düşünce ve istikametten çıkarmağa çalışmak beyhude bir emek olurdu. Bunun için İlkçağın dinî tesirlerle bulanmamış hukukî-siyasî mefhumlarına avdet etmek, onları inkişaf ettirmek, bilhassa aklın mürakabasile mücehhez tabii haklar kaynağına dönmek gerekti.

(27) Etienne de la Boétie, Discours sur la servitude volontaire. Bu ifadenin tercümesini Wilh. Dielthey, s. 273 le mukayese ediniz. Son fıkra, düşüncenin esasında ilkçağ tefekkürünün tesirini bilhassa belirtecek bir şekil arz ediyor. Yukarıda Alkidamos'a izafeten zikredilen fikirle ifade müşabeheti, bilhassa dikkati çekiyor.

a — Tabii hukukun tam manâsile lâikleştirilmesi ve bir sistem haline getirilmesi hususunu Hollandalı Hugo Grotius (1583-1645) a borçluyuz. 17 inci asrın, cemiyetin yeni nizamını tayin edici hukukî ve siyasî prensipler arama cehdinde Bodin'in esasiye hukuku ve Althusius'un siyaset sisteminden sonra bu iki mütefekkiye istinaden modern tabii hukuk ve devletler umumî hukuku sistemini De iure belli ac pacis (1625) eserile kurma şerefi Batavia'lı hukuk âlimine müyesser oluyor. Hakikatte de, devrin felsefî esaslara istinat suretile, ahlâkî, hukukî, ve siyasî âlemin yeniden ve müstakillen inşası gayesini güden otonom bir moral sisteminin dayandığı temeli, insan tabiatının fitri tandanslarında gören müşterek ve hümanit telâkki tarzını, ondan daha kuvvetle temsil edecek bir şahsiyet yoktur. Cemiyet ve hukuka, insan tabiatının umumî ve müşterek temayüllerini temel olarak gösteren Olden Barnewelt'in sıkı dostluğu ve bundan doğan tesirler, Grotius'u büyük vazifesine hazırlamıştır. Bütün tahsil ve temaslarının, hayatta maruz kaldığı haksızlıkların ona sarsılmaz bir akide halinde telkin ettiği kanaat şudur: Hukuk, insanların vazettikleri kaidelerle tükenmez, kaynağı yalnız ilâhî kanunda da değildir. Hukuk daha ziyade insan tabiatile birlikte ebedî ve değişmez bir şekilde doğmuştur.

Bu kanaatle birlikte her sahada olduğu gibi hukuk vadisinde de insan aklının mutlak hâkimiyet ve kıymeti, tereddüt götürmez bir hakikat olarak yerleşmiş ve kabul edilmiş bulunuyor. Artık, tabii haklara, gökte kaynak aramaktan vazgeçiliyor. Tabii hukuk, tıpkı riyazî bir mütearife gibi, her türlü tecrübeden müstakil olarak insan varlığında mevcut ve mündemiçtir. Hattâ tabii hukukun bu istiklâl ve bağısızlığı, ilâhî tesire de şamildir. Allah nasıl riyazî mütearifeleri değiştirmese, öylece haklıyı haksız kılamaz. İki kere iki nasıl beş edemezse, derunî tabiat itibarile kötü olan şeyin, kötü olmasına müessir olamaz. Şu halde tabii hukuk, o kadar değişmez bir mahiyeti haizdir ki bizzat Allah ta onu değiştirmesin.

Böylece Grotius, tabii hukukun değişmez esaslarını, onun mevzuu olan münasebatın endividüel hususiyet ve illiyetinden müstakil olarak mütalâa ve inşa ediyor. Tıpkı şekillerini, cisimlerin fizik yaradılışına tâbi olmayarak çizen bir mühendis gibi... Müellif, vakıa gerek tabii hukuk prensiplerinin tayininde, gerek müsbet hukukî vaziyetin tesis ve tanziminde ahlâkî talepleri nazarı dikkate alarak ahlâk ve hukuk arasında karışıklıkları davet edecek mütehavvil bir sınır çiziyor. Fakat asla birbirine karıştırmadığı iki saha vardır: Hukuk ile din... O, ya endirekt aklı bir metot ile değişmezliğinden

veya bütün milletlerce değilse bile seviyece yükselmiş olanlarca benimsenmesinden tabii hukuk karakterine intikal ettiği hukukî mefhum ve hükümlerin meriyetini, gai bir ülûhiyet imanından tamamen müstakilleştiriyor. Ona göre: Allah var olmadığı halde bile, tabii hukuk esasları, muhtar ve müstakil bir umumî mer'iyete mazhar olacaklardır; hattâ, mer'iyet si'ası itibarile tabii hukuk, ilâhî hukuka takaddüm eder; İlâhî hukuk, ancak vahye nail olanlar için hüküm ve manâ ifade ettiği cihetle izafî bir mer'iyete hak iddia edebildiği halde; özü, kaynağı, bütün insanların ahlâkî hüviyetlerinde mündemiç bulunan tabii hukuk esasatı, mutlak ve umumî bir mer'iyete mazhurdur (Bu hususuta tafsilât Grotius ve tabii hukuk etüdümüzdedir. S. 26 ve sonrası).

İşte Grotius'un kökleri Sokrat ve Aristo'dan çıkarak sofistlerle dallanıp budaklanan ve stoa delâletile Romaya ve Ortaçağa intikal eden eski tabii hukuk esaslarile rabıta ve alâkasını isbat edecek surette Radoslu Andronikos, Çiçeron ve Seneca gibi müelliflere vaki sarih işaret ve atıflarına rağmen (28) onu, kendinden öncekilerden; hattâ *ius naturale*'yi, Allah tarafından insana aşılınmış hukukî şura irca etmek suretile teokratik düşünce ile alâkalarını tamamen tasfiye edememiş Pufendorf (1632-1694) Thomasius (1655-1728), Christian Wolf (1679-1754) gibi kendinden sonraki rasyonalist yeni çağ tabii hukukunun seçme simalarından ayıran en esashı vesif ve fark, bu noktada toplanmış bulunuyor. Onu bir sistem sahibi ve modern tabii hukukun müessisi mevkiine yükselten şey, düşüncesinin lâyük karakteri, beşerî ve akli hukukla ilâhî hukuk arasına kat'î bir hattı fasıl çizmiş bulunan tabii hukuk telâkkisinin, gai ve metafizik ülûhiyet rabıtasına bir derece bağlı kalan Roma stoacılığına nazaran, arzylediği şu yenilik ve ileriliktir.

Grotius tabii hukukunun bu ileri karakterine mukabli, bilhas- sa mevzuumuza taallûku bakımından zaafı da inkâr götürmez. O, sonrakiler gibi, ne hukuk nazariyesini ahlâktan ayırma hususunda titizlik gösteriyor, ne de fitrî ve ferdî hürriyet esasında ısrar ediyor. Vakıa o, içtimaî temaslardan önce bir «*sum cuique*» (en mükemmel hukukî ifadesini Ulpian'da tesbit ettiğimiz, herkesin payına düşen hisse) den bahsediyor. Fakat bu vaziyetten yani başkalarile münasebetten müstakil olarak tamamen tesadüfî ve keyfî dileğe göre taayyün edecek hakkın şumulünden ve tahavvül imkânın-

(28) Bu hususta G. Jellinek, Umumi Devlet Nazariyesi, s. 350 ile J. Kohler, Hukuk Felsefesi ders kitabı, 1917, s. 38 i karşılaştırmız.

dan ürkmüş gibidir. Allahın değiştirmeyeceğine dair kanaatine yukarıda işaret ettiğimiz cebbar, tamakâr, haris, kötü tabiatların - herkesin tabiatına uyarak temellük edebilmesi, herkesin neye ve ne kadara ihtiyacı olduğunu ancak kendinin bilip tayin eylemesi hak olarak kabul edildiği takdirde - bu hakkı, ne kadar genişletebilecekleri gözünden kaçmamıştır. Bu sebeple ona göre, tekin (yani ferdin) diğer insanlarla münasebetinden tecrit edilerek mütalâası halinde hak ve haksızlık, mevzuubahs olamaz. Hukukun teşekülünde mebdî hareket, suum cuique değil, societas'dır. hakların esas ve zemini, insanların içtimai münasebetleridir .

Sübjektif hakkın hamili, bizzat irade sahibi mahlûk ve bu itibarla menşede her hak şahsî ise de, hukukun kaynağı, hür ve tek taraflı irade izharı değildir. Bilâkis iradenin hür bir şekilde izharına salâhiyet, hukukun tesiridir. Hukuk, hürriyetten fışkırmaz, belki hukukî hürriyet, bir kimseye hukukan teveccüh eden salâhiyetler mecmu ve vüsatine müsavidir. Sübjektif manâda hak sarahaten bir «*facultas moralis*» olarak tavsif edildiği cihetle hakların istimali, onları haklı bir surette kullanma mükelelfiyetile mahduttur.

Bu mükellefiyet, bütün haklara şamildir: Bütün hakların başında gelen hayat hakkı, onu makul şekilde kullanma vecibesini de tahmil eder. Hürriyete gelince, o da ancak hukukan müesses bir salâhiyettir.

Bu suretle Grotius, ferdî hürriyet ile içtimai hukuk daha doğrusu insan şahsiyeti ile müsbet nizam tezadını kaldırmağa çalışıyor. Her telifçi teşebbüs gibi, bu gayretin de - sırf nazari sahada kalmak şartile - muvaffakiyetli bir neticeye varmasına şaşmamak icabeder. Çünkü «*appetitus sociales*» le meşbu olan insan tabiatı üzerine kurulmuş bir hukukun mevcudiyetini kabul etmek kolaydır. Bu hukukun ise, - istinat ettiği temelin hususiyetine uygun olarak - bir yandan şahsî haysiyetin, diğer yandan da diğerlerinin hak ve şereflerine riayette tecelli eden adaletin teminatına malik olması tabiidir.

Böyle olunca, artık içtimai nizamdan hariç bir tabii hürriyetten bahsolunamaz. Tabii hürriyet, olsa olsa ferdin her fiilini, kendi akli ve içtimai tabiatına tevfik etmesi serbestisi manâsına gelebilir. İçtimailik hissi, insanın diğerleriyle münasebetlerinde hoyrat ve hodbin değil, uysal ve feragatkâr olmasını âmir bulunduğundan, ferdin hak ve hürriyetlerinden kendi dileğile vazgeçmesi hukukan caiz olduğu gibi insanlık şerefine de aykırı düşmez. Netekim Grotius, meşhur eserinin muhtelif yerlerinde sadece «*subiectio ex con-*

sensu = ihtiyarî tebaiyet ve mütavaat» tan bahsetmekle kalmıyor, hürriyetin sarahaten kabili ferağ olduğuna işaret teşkil etmek üzere «hürriyetlerini karşılık koyarak kumar oynayan ecdadı» (29) da hatırlatıyor.

Burada, tabii hukukunun metodik vahdetinden inhiraf ederek akli ve dedüktif hükümler arasında Grotius'u, birdenbire tarihi bir delil serdine sürükleyen endişeyi sezme ve bunun sebebini anlamak için hiç te kehanete ihtiyaç yoktur. O, sisteminin yukarıda işaret ettiğimiz nazari ve zahiri telif muvaffakiyetini, fiili vakıaların şahadetile tetviç etmek istiyor. Tabiatındaki içtimailik hasletinin ona göre her ferdi, cemiyet içerisinde erimeğe, hürriyetinden fedakârlık etmeğe, içtimai hukuka kendiliğinden tâbi olmaya sürüklenmesi gayet tabiidir; ve işte bunu, verdiği misalde olduğu gibi, hâdiselerde tekit ve teyit eylemektedir. Şu halde Grotius'un üzerinde ısrarla durduğu en ehemmiyetli düşünce, ferdin âdeta enstenktif bir tarzda cemiyete bağlılığı fikridir. Görülüyor ki bu tasavvur, mufrit endividüalizmin, ölçüsüz nefsine itimadını hayli azaltıyor. Hakikat böyle iken Grotius'u, «tabii hukukun değil, fakat fazla fazla hukukî ferdiyetçiliğin babası» (30) saymanın isabetsizliği bize keşfin orijinalligine bağışlanamıyacak kadar açık ve büyük görünüyor.

Louis Le Fru'un «hukukî ferdiyetçilik» gibi cidden vüzuhsuz olduğu kadar suítefehhüme müsait bir mefhum paravanası arkasına gizlenmesi izahatında bizzat müteaddit tenakuzlara düşmesine mâni olamadığı gibi mezkûr kanaatini tevsik için M. Ch. Beudant gibi sor: liberal mektep mümessillerinin Grotius'a karşı duydukları hayranlığa istinat etmesi de iknakâr bir tesir yapmaktan hayli uzaktır.

Skolastiklerin kemmi bir şekilde kavramağa çalıştıkları aklın ilâhi veya beşeri mahiyeti münakaşasını ilk defa bir kalite meselesi ve farkı halinde ve insan tabiatının hususî mühtevasını teşkil etmesi itibarile tabii hukuku, beşerinin öz ifadesi olarak mütalâa eyliyen Grotius'un, ne manâda ve ne dereceye kadar tabii hukukun müessisi sayılması lâzım geleceğine yukarıda işaret ettik. Vakıa onun mer'iyet mekân ve sahasını bütün insanlığa teşmil ettiği tabii hukukun idraki, ancak ferdi aklın kârıdır. Yalnız tekin, cemiyet ve Alleha karşı bu istiklâli, tamamen nazari olup sadece bilgi sahasına münhasırdır.

(29) Hartenstein, s. 523.

(30) Louis Le Fur, s. 45.

Bilgi nazariyesi bakımından ferdiyetçi prensipin kabulü, aynı esasın ameli sahada da hâkimiyetini tazammun etmez. Ferdiyetçi prensipin nazari veya ameli sahalardaki tecelli hususiyeti, fikir hürriyeti ile fiil hürriyeti arasındaki farka tekabül eder. Amellerimizde ferdiyetçi prensipin hâkimiyeti, hukukan devredilemiyen hak ve hürriyetlerin kabulünü istilzam eder. Grotius, yukarıda da görüldüğü üzere bu derece ileri gitmemiştir. Vakıa düşünce ve fikir âleminde olduğu gibi fiil ve hayat sahasında da endividüalizmi yeğâne kıymet halinde yükseltenler, hattâ mezkûr prensipi, egoizmin aynası gibi kullananlar hep aklın mahsulü, değişmez ve zarurî tabii hukuk mebdeinde hareket ediyorlar. Fakat bunların, nazari bir sistemin esaslarını tatbikata nakil vesilesile düştükleri ifratlardan Grotius'u mesul tutmak, haksızlık olur. Şurasını unutmamalıdır ki esasen bir çok hususlarda anlaşamıyan tabii hukukçular arasında bilhassa endividüalizmin manâ va şumulüne ait noktai nazar tefavütü daha bariz bir şekil arz etmektedir.

Bu bakımdan Grotius ile muasır ve muakkipleri arasında bile tam bir mutabakat aramak beyhudedir. Gerek zaman, gerek fikir yakınlığı dolayısıyla şahsiyetleri Grotius ile âdeta kaynaşmış bulunan iki mütefekkirin esas düşüncelerine seri bir göz atmak bunu isbata kâfidir:

Evvelâ, Pufendorf'u ele alalım: O, içtimaîlik hissini, bütün hak ve vazifelerin kaynağı addetmesi bakımından büyük selefile hareket mebdeinde birleşiyor. Yalnız onun cemiyet telâkkisinin endividüalist karakteri, daha açık görünüyor. Cemiyet fertlerden te-rekküp ettiğ cihetle, hak gibi mükellefiyet de esasında ferdidir. Fakat - menşei itibarile endividüel bir mahiyet arz etmekle beraber - tabii hukukun mer'iyeti, yalnız «tabii hal» e münhasır olmayıp «societas» ın her safhasına da şamildir. Gerek iradenin, gerek buna bağlı olarak ferdî hak ve mükellefiyetin hür tecellisi, insan yaradılışının icabına ve binentice tabii hukuka uygundur. Ancak hürriyeti, keyif ile karıştırmamalıdır. İnsan keyfi, tabii hukuku değiştiremez. Çünkü bizatihi keyif mefhumu, akli cemiyetin mevcudiyetile mütenakızdır. Şu hülâsanın hülâsası gösteriyor ki Pufendorf, tabii hukuk mefhumunun ferdileştirilmesi cehdinde, Grotius'a nazaran, bir adım daha ileri gitmiştir.

Thomasius'a göre, tabii hukuk, insanların tabii hal fevzasına (Chaos hali) düşmemeleri için daima muhtaç buldukları müsbet ve mevcut nizamla müteradiftir. Bu nizam, insanların bir arada toplu yaşama meyline binaen arzularile vücut bulmuşsa da insanlık

şerefi için tanınması zarurî bazı hakların, her türlü iradî tezahürden müstakillen mevcut olmaları ve mezkûr nizamın esasını teşkil etmeleri icabeder. Şu halde, doğrudan doğruya insan varlığına yapışık ve şahsiyetin ayrılmaz rükünleri mahiyetini haiz bazı hakların, fitrî yani yaradılış icabı olduklarını kabul eylemek zarureti vardır ki, bunlar sonradan iktisap edilen bütün diğer hakların hakikî nüvesini teşkil ederler. Thomasius, fitrî mahiyeti haiz olmak üzere dört asli hak sayıyor: Hayat, hürriyet, şeref ve mülkiyet...

Mezkûr haklara ait, mukavele ile ferağın ademi cevazı ve esas teşkilât kanunîle nususî teminat nevinden bazı müesseselerin gerek hususiye, gerek âmme hukuku sahasında bugün de ehemmiyetli bir mevki işgal etmesi; ilk tohumu, Thomasius ile ortaya atılan fitrî ve müktesep haklar nazariyesinin syasî hayat ve hukukî tatbikatta oynadığı büyük rolü kâfi bir aydınlıkla gösterir. Fakat bizzat Thomasius'un, netice ve akisleri itibarile nazariyesinin kazanacağı bu ehemmiyet ve hususiyete vakıf bulunduğu dair hiç bir sarahat yoktur. Bilâkis Pufendorf'unki gibi onun endividualizmi de, sonrakiler tarafından ya kasdî surette yahut ta bilinmeden büyütmüş ve manâlandırılmış görünüyor.

Hakikatte Thomasius'un fitrî haklar kataloğu, - hürriyeti sarahaten içerisine almış bulunmasına rağmen - amelî, daha doğrusu mufrit ferdî kıymet taşımaktan uzaktır. Çünkü o, üzerlerine kendi müsbet ve aynızamanda tabiî hukuk sistemini kurduğu fitrî hakları, ferdî hususiyetlere değil, bilâkis sonradan Herder'in, hümanite mefhumile ayniyetini müdafaa ettiği insan cinsinin karakterine ayar ediyor. Bu karakter, esasında toplu ve müşterek yaşama istidadını da taşıdığı cihetle, fitrî haklar, ancak ferdiyetin içtimai yaradılışına aykırı düşmiyecek bir surette inkişafına hadim telâkki edilen şekli prensipleri ifade etmekle kalıyorlar.

Şu vaziyete göre Thomasius'un fitrî hakları, mutlak mahiyeti haiz olmadıkları için ferağ veya tahditleri de caizdir. Hürriyet, fitrî bir haktır, fakat sahası içtimai zaruretle mukayyettir. İçtimai otoriteyi temsil edenin hürriyete açık saha bırakması nisbetinde hak doğar. Kanunların ihtiva ettikleri takyit ve tahditlere riayet, ferde fitratının tahmil ettiği hukukî bir mükellefiyettir. Şu halde hukukî mükellefiyetin cereyan ve meriyetine müessir nihai sebep, ferdin yaradılışı icabı âmme kudretine iradî bağlılığıdır.

b — Bütün bu düşüncelerde, iktisaden kuvvetleşmeğe başlamış olan burjuva sınıfının gerçekleştirme azminde bulunduğu yeni ha-

yat şekillerine ait tasavvur ve fikirleri okumak mümkündür. Bu fikirlerin zaferile içtimai hayatı inhilâle uğratmadan, insan tabiatındaki müşterek temayüllere dokunmadan herkesin, hayat, şeref, hürriyet ve bilhassa mülkiyet haklarını kanunî teminata bağlama suretile burjuvazinin hâkimiyeti esasına müstenit yeni bir hayat nizamı davası, imkân nisbetinde tatminkâr bir hal şekline bağlanmış olacaktır. Bu yeni nizamın tesisi için hürriyet ve ferdî mülkiyet ile içtimai otoriteyi mükemmel olduğu kadar elâstikî bir surette uzlaştıracak, konstrüktif prensip olarak mukaveleden daha elverişli bir mefhum bulunamazdı.

Bu sebepledir ki mukavele, 16 ıncı asrın sonundan 18 inci asrın nihayetine kadar devam eden ve adına siyasi nazariye bakımından tabii hukuk devri denen iki asırlık Avrupa fikir tarihinin en merdub prensipi olmuştur. Riyazi - tabii ilimlerin inkişafına muvazi olarak felsefi rasyonalizmin mutlak hâkimiyet kazandığı bu devirde, aklın sayan, ölçen, hesap eden fonksiyonel hususiyeti hukuk, siyaset hattâ tarihe de nakil ve tatbik edilmek suretile küçük ve büyük, müsavi ve gayri müsavi, kemmi ve keyfi kütle ve varlıkları yekdiğerlerle münasebet ve müvazene haline koyan bir statu rationali'nin tesbit ve tesisi en esaslı dilektir. Cemiyet ihtiyacı, müstakil insan tabiatının icabı olarak kabul edilince fert ve cemiyet münasebeti bakımından bu dileğin tahakkuku için ilk adım atılmış; kemmiyet ve keyfiyetçe yekdiğerinden farklı iki varlık arasında muvazenenin teessüsü hususunda ilk temel hazırlanmış oluyor.

Filhakika, insan akli hüviyeti icabı, normal hayat için cemiyetin zaruret ve lüzumunu ve onsuz şahsi tekâmül ve inkişafın da imkânsızlığını tasdik ederse, toplu ve müşterek yaşamının istilzam ettiği esas ve kaidelere de şahsın kendiliğinden yani yabancı bir kuvvetin tesir ve müdahalesi olmaksızın riayet mükellefiyetini duyması tabiidir. Muhakkak ki «cemiyet olan yerde hukuk da vardır» (Ubi societas ibi jus).

Görülüyor ki bu düşüncede, hukuk ve cemiyet teşekkülünün, ferdin dilek ve tabiatına uygunluğu, tereddüde meydan bırakmayan bir açıklıkla ifade edilmiş bulunuyor. Bu suretle bir yandan tabii - ve onun delâletile de - müsbet hukuk için insanın akli hüviyetinde umumî ve değişmez karakteri haiz bir temel kazanılmış, diğervandan ise bu tasavvur, cemiyet hayatını bütün siyasi ve hukuki müesseselerle birlikte izah ve icabında tenkit için kullanılır hususi bir metot haline getirilmiş oluyor. 17 ve 18 inci asırlar tabii hukukuna karakteristik çehresini bahşeden bu sonuncu hususiyet, - yu-

karıda da işaret edildiği veçhile - mukavele nazariyesinde konstrüktif bir ifadeye kavuşuyor. Bu sebepledir ki mukavele konstüksiyonu devrin bütün tabii hukukçularını tek noktada birleştiren yegâne metodik mebdei harekettir.

Bununla beraber, mezkûr hukukçular arasında, bir çok hususlarda olduğu gibi, bizzat mukavelenin saik, mahiyet, netice ve tesiri mevzularında da ehemmiyetli anlaşamamazlıklar eksik değildir. Saik üzerindeki ihtilâf, insan tabiatının iyilik veya kötülüğüne ayâr edilmiş iki kutup arasında muhtelif mutavassıt hal ve izah teşebbüsleri şeklinde tecelli etmektedir. Bu meyanda mukavelenin akdi sebebini, insanların yaradılıştan yekdiğerine karşı duydukları sempatide yani aynı tarzda ve birbirine yardıma hazır bir surette toplu yaşama arzusunda gören Grotius, bir ucu; bilâkis bu sebebi fitratan karşılıklı itimatsızlık, korku ve antipati hisleriyle mütehassis fertlerin ölçüsüz ihtiraslarını önliyecek bir kudret yaratma endişesinde arayan Hobbes ise mukabil ucu teşkil etmektedir. İnsanları bir araya toplayan sebebi, nefsi idame arzusunda (Pufendorf) yahut huzur ve emniyeti tesis ihtiyacında (Wolf) ilâh... görenlerin telâkileri, nihayet bu uclardan bir veya diğeri daha çok yaklaşan uzlaştırıcı teşebbüsler mahiyetindedirler.

Saik üzerindeki görüş farkının mukavelenin mahiyet ve neticesi hakkındaki telâkkilere de tesir edeceği aşikârdır. Akitlerinin karakter ve tabiatları hakkındaki tasavvura göre mukaveleyi, zıt menfaatler arasında bir kompensasyon yahut müşterek menfaatler arasında bir ittihat telâkki etmek mümkündür. Birinci halde daha çok endividualist, ikinci halde daah ziyade kollektivist bir mukavele nazariyesi müdafaa edilmiş olur. Ancak hangi esasa istinat ve hangi temayülü takip ederse etsin, mukavele nazariyesi, - 17 ve 18 inci asırlar tabii hukukunun yardımcı, metodik bir konstüksiyonu olarak - hukuk ve devlet müesseselerini izah için kullanılmıştır.

Vakıa bu izah tarzı, bir yandan gerek hukuka gerek cemiyet ve devlete bağlılığın hukuki sebebini, mukaveleye daha doğrusu mukavelede tecelli eden hür ferdi irade prensipine irca etmekle, esasında endividualist bir mebde ve menşeden hareket ediyor. Fakat diğeri yandan insandaki anarşik insiyaklarla beslenecek mufrit bir endividüalizmin tahripkâr neticelerini önlemek üzere, ferdi menfaat ve iradeleri, yerine göre bir şahıs veya heyet tarafından temsil edilen âmme menfaat ve iradesine tâbi kılmakta da gecikmiyor. Hattâ içtimaî hukukun teşekkülünü, Hobbes gibi ferdi ihtiraslara set çekme zaruretine istinat ettirince, otoriteye olan bu bağlılığın ve

binaenaleyh ferdi haklardan feragatin mutlak bir karakter taşıyan çağını ve neticede mutlak hükümdarlığın haklı ve meşru bir müessese olacağını kabulde de tereddüt edilmiyor. Falhakika Hobbes'a göre, medenileşmiş yani hali iptidaideki vahşetten kurtulmuş cemiyet için insan, bütün hürriyetini kayıtsız ve şartsız bir surette feda ediyor. Demek ki mukavele - bilhassa devleti teşkil safhasında - hali asliye ait hürriyet ve müsavata tamamen kaldırıyor.

Hali aslinin bu müsavat ve hürriyeti, insan için özlenilir bir kıymet olmaktan uzaktır. Çünkü Hobbes'e göre devletten önceki müsavat, insanın hemcinsi hakkında en kötü emelleri beslemesinde ve buna karşılık başkalarından aynı şeyi yani her türlü kötülüğü beklemesinde tecelli eder. Şu halde tabii müsavatın temeli, herkesin diğer kimselerin ahlâkî şahsiyetlerine hürmetini tesis eden kültürel bağ değildir. O, bilâkis, insanların yekdiğerinin kötülüklerine karşı duydukları müşterek korkuya istinat ediyor.

Tabii hürriyete gelince, o da nihayet vücudu engelsiz hareket ettirme imkânından ibarettir. İnsan, ne kadar az fizik engellerle karşılaşır o kadar çok hürdür. Voltaire'de de hemen tıpkısına rastladığımız bu telâkki tabii hürriyetin değerini ne kadar düşürüyor (Traité de metaphysique, chap. VII le mukayese).

Görülüyor ki hali aslide kimsenin kimseye üstün bir mevki almaması ve hiç bir şahsın hürriyetinin asla tahdit edilmemesi - karşılıklı düşmanlıktan doğan daimî ve total mücadeleye dolayısıyla içtimaî bir fayda getirememeye ve bu itibarla fertler için de bir ve him ve hayalden ibaret kalmağa mahkûmdur. Şu halde bu müsavat ve hürriyetten vazgeçmek, onlara karşılık mukavele ile vücut bulan devletin tesis edeceği emniyete kavuşmak şayanı tercihtir. Bu sebeple devlet, hürriyet tanımaz. Hülâsatan nakledilen bu mülâhazalar, mukavelenin Hobbes ve emsali mütefekkirler elinde, endividualist menşesine ne kadar aykırı bir davanın müdafaasına âlet olduğunu gösteriyor.

Böylece mukavele nazariyesinin yarattığı mekanik inşa edilmiş bir cemiyet modeli, 17 ve 18 inci asırlar tabii hukukunun - anarşizmden totaliterliğe ve konservatiflikten kommünizme kadar türlü türlü ve yekdiğerine zıd siyasî programlarla ortaya çıkan muhtelif devlet telâkkilerini, aynı esas üzerine bina ve aynı metodla izah etmeğe elverişli - esas unsuru ve alâmeti farikası oldu. Tabii hukuk mektebi, siyasî tatbikat bakımından zıdları içerisinde toplayabilen böyle bir cemiyet modelinin inşasında, tarihî realitenin tesis ettiği bağlardan ayrılmaya mecburdu. Bu sebepledir ki mezkûr

mektep, ancak mücerret tasavvurlara yani tarihî tekâmülün ve içtimaî zaruretlerin üstünde ve dışında bir tabiata, - daha umumî bir ifade ile - realiteden müstakil, hür bir akıl mefhumuna istinat etmek ve revaç vermek vaziyet ve zaruretinde kaldı.

Tabii hukuk mektebinin mücerret akıl idesini, hükümlerin kıstası ve hareketlerin düsturu haline yükseltme, daha doğrusu nazari ve ameli sahada yalnız akli realiteyi mer'î kılma cehdi, bu zaruretin tabii bir neticesidir. Mahz aklın mahsulü olan akli raelitenin ise, insan fikrinin, - yukarıda sayma, ölçme, hesap etme fonksiyonlarına işaret ettiğimiz - riyazi hususiyet ve vasfına taallük ve tetabuku esastır. Bu itibarla cemiyet varlığını ve bağlılığını mahz aklın ve binnetice mücerret bir öz ve asli tabiat tasavvurunun icabı sayan mukavele telâkkisine, Croce'nin «geometrik yahut mekanik bir konstruktion» (S. 349) demesi, hiç de haksız ve isabetsiz bir tavsif rengini taşımıyor.

Maamafih yeni çağ tabii hukukunun, en kat'î farık vasfını teşkil eden bu rasyonel esasa sadakat hususunda da bocaladığı muhakkaktır. Netekim Rousseau'ya kadar mukavele, akli hüviyet üzerine bina edilmekle beraber, fiili bir vaziyetin ifadesi yani bir vakıa (factum) dır. Bu ise, bir yandan tabii hukuk mektebinin tarihîye karşı isyardan ibaret esas davasile mütenakızdır. Diğer yandan da tabii hukukun özlediği ferdî hürriyet şekillerini, ya mevcut yahut vaktile müesses fiili vaziyet ve unsurlara istinat ettirmeyi muciptir. Böylece mukavelelenin vakıa olarak kabulü ile, tabii hukukun içtimaî inkişafa göre hukukî teminatı yenilemeyi ve insanî kıymetler üzerine müesses daha iyi, daha yeni ve daha mükemmel bir hayat şekli yaratmayı hedef tutan inkılâpçı tandansı, darbelenmiş oluyor. Görülüyor ki, nazari bakımdan daima ve daha çok tecride temayül ederek siyasî sahada tarihin bağlayıcı bütün yadigârlarını kaldırmayı istihdaf eden rasyonalist istikamet içerisinde, «vaki-mukavele telâkkisi» hakikî rasyonel tasavvur sisteminin safiyetini bulandıran yabancı ve aykırı bir hüviyet taşımaktan kurtulamıyor. Grotius ve muakipleri, ya bunun farkına varmamışlar, yahut ta mevcut cemiyet ve devletin sureti zuhurunu izah endişesiyle akli bir bedahatin tarihî realite ile tekidi lüzumuna kani olarak bile bile esas prensiplerine sadakatten ayrılmışlardır.

Doçent Dr. Yavuz Abadan