

fenin rolünü bilimlerin dışına itmiş, buna karşın idealizm, dünyayı, düşünce devriminin bir ürünü olarak açıklayan dizgeyi oluşturmuştur⁽⁴³⁾. Bu yansımanın aynen hukuk felsefesi alanında da ortaya çıktığını görüyoruz. İşte tam bu noktada Kant bilgiyi değil insan aklını pratik ve teorik akıl olarak ayırarak kurmuş olduğu yani bilgi teorisi ile metodolojik bir çığır açmıştır. Böylece akıl ve deney arasındaki kesin ayırım birlikte değerlendirilmeye doğru kaymıştır. Bunun hukuk felsefesi alanındaki yansıması şekil-içerik ayrımının aşılmasıdır. Böylece hukuk birden fazla fonksiyonu ile de kavranabilecek bir bütün olarak daha anlaşılabilir kılınmıştır. Bu metodun başarılı değerlendirilmesini yapan Çağıl, Özbilgen ve Aral İstanbul Üniversitesi Hukuk Felsefesi içinde modern göndermelerle tamamlanmış bir Yeni Kantçı bakışın ortaya çıkmasını sağlayarak Türk hukuk felsefesine çok büyük katkılarda bulunmuşlardır⁽⁴⁴⁾.

Kaynakça

- Abadan, Yavuz, Hukuk Felsefesi Dersleri, Ankara, 1954.
- Aral, Vecdi, Hukuk Felsefesinin Temel Sorunları, Filiz Kitapevi, İstanbul, 1984.
- Aral, Vecdi, Hukuk ve Hukuk Bilimi Üzerine, Filiz Kitapevi, İstanbul, 2003.
- Aral, Vecdi, "Hukuk İlmîni Gerçek Bir İlim Haline Getirmek İçin Hukuka Bir Objektivite Kazandırma Gayretleri ve Bunların Değeri", İ.Ü.H.F. Mecmuası, Cilt: XXXI, Sayı: 1-4, 1966.
- Bochenski, Joseph, Çağdaş Avrupa Felsefesi, çev. Serdar R. Kırkoğlu, Kambalacı Yayınevi, İstanbul, 1997.
- Coleman, L., Philosophy of Law, An Introduction to Jurisprudence, Westview Press, London, 1990.

Çağıl, Orhan Münir, Hukuk ve Hukuk Bilimine Giriş, Fakülte Matbaası, İstanbul, 1971.

Çağıl, Orhan Münir, "İnsan Hakları ve Tabii Hukuk", İ.Ü.H.F. Mecmuası, Cilt: L, Sayı: 1-4, 1984.

Çağıl, Orhan Münir, "Bir Eser Münasebetiyle Hukuk Mevhumu ve Hukuk İdesine Dair Bazı Düşünceler", İ.Ü.H.F. Mecmuası, Cilt: XXIX, Sayı: 1-4, 1959.

Çağıl, "Hukuk Felsefesinde Tabii Hukuk", İ.H.F.M. Ord. Prof. Dr. Tahir Taner'e Armağan, 1956.

Drier, Ralf, "Recht und Moral", Recht-Moral-Ideologie, Frankfurt: Suhrkamp, 1981.

Kant, Immanuel, Gelecekte Bilim Olarak Ortaya Çıkabilecek Her Metafizikçe Prolema, çev. I. Kuçuradi, Hacettepe Üniversitesi Yayınları, Ankara, 1983.

Kant, Immanuel, Pratik Akılın Eleştirisi, Hacettepe Üniversitesi Yayınları, Ankara, 1980.

Kant, Immanuel, Philosophie Practice Universalis, Etik Üzerine Dersler I, Çev. Oğuz Özügül, Kambalacı Yayınevi, İstanbul, 1994.

Lord Lloyd of Hampstead, M.D.A. Freeman, Lloyd's Introduction to Jurisprudence, Stevens and Sons, London, 1985.

Ott, Walter, "Die Radbruch'sche Formel, Pro und Contra", Zeitschrift für Schweizwrisches Recht, NF 107, 1988.

Özbilgen, Tarık, Eleştirel Hukuk Başlangıcı Dersleri, Sulhi Garan Matbaası, İstanbul, 1976.

Paulson, Stanley L., "Radbruch on Unjust Laws: Competing Earlier and Later Views", Oxford Journal of Legal Studies, Vol: 15, 1995.

(43) Konu İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi ile sınırlandırıldığı için, Yeni Kantçı yaklaşım içinde yer alan diğer hukuk felsefecilerine burada gönderme yapılmamıştır. Kuşkusuz bu konuda katkısı bulunan birçok hukuk felsefeci daha vardır.

Pozitif Hukukun Meşruiyet Zemini

Neşet Tokun^(*)

Hukuk düzeni elbette kültürel bir veridir ve elbette ki hukuk kuralları toplumsal hayatın değişimine göre şekillenir. Ancak, verili dünyaya tabi olmayan akıl ve akıldan kaynaklanan hukuk idealleri de söz konusu kültürel-hukukî düzenin yaratılmasına katkıda bulunur. Esasen özgürlüğü mümkün kılan şey de rasyonalitenin böyle bir determinasyona muhatap olmamasıdır. Aksi takdirde hukuktan da bahsedilemezdi. Bu çerçeveden bakıldığında hukuk, evrensel bir özgürlük ilkesi (universal principle of right) gereğince, bireyin iradesinin ve eylemlerinin, diğer bütün bireylerin iradeleri ve eylemleriyle birlikte bulunmasını sağlayan kuralların bütünüdür ("Every action is right which in itself, or in the maxim on which it proceeds, is such that it can coexist along with the freedom of the will of each and all in action, according to a universal law.")⁽¹⁾ Bir diğer ifadeyle hukuk, evrensel-etik bir prensip tarafından, bireyler arasında cereyan eden ilişkilerin bitarafane tanzimidir. Haddizatında hukuk ve etik kurallarının ortak bir takım özellikleri vardır ve bu nedenle de hukuk ve etik arasındaki karşılıklı etkileşim önlenemez.

Geniş perspektifte değerlendirildiğinde mutlak bir ayırım imkânsız gibi gözükse de modernleşmeyle birlikte

etik ve hukuk ayırımına gidilmiştir. Şüphesiz yapılan bu ayırımın zorunlu nedenleri vardı. Sözlü geleneğin ya da dinin egemen olduğu modern öncesi klasik toplumlar; bireysel farklılaşmanın, daha doğrusu bireyselleşmenin yaygın olmadığı hayat tarzını sürdürdüklerinden; hukuk, etik bağlılığa dayanır, onunla birlikte bulunur ve ondan farklı değerlendirilmezdi. Çünkü her ikisinin de kaynağı tanrısal logos kabul edilirdi. Etiği yürürlüğe koymak aynı zamanda hukuku yürürlüğe koymaktı. Tanrısal logosu yürürlüğe aktarmanın bir vasıtası olan devlet de sadece tali bir öneme sahipti. Ne zaman ki sözlü gelenekten kopuş ve dinsel farklılaşmalar gerçekleşti, hem etik ve hukuk ayrımı zorunlu hale geldi hem de devletin önem derecesi birincil sıraya yükseldi. Bu değişim hukuk dilinde "statü hukuku"ndan "sözleşme hukuku"na geçiş ifade eder.

Statü hukukunun temel özelliklerini şu şekilde belirlemek mümkündür: 1- Statü hukuku, farklılaşmanın çok sınırlı olduğu bir kurallar sistemini içermekte olup, onu etik ve dinî öğelerden ayırt etmek zordur. 2- Statü hukukunda niteliksel eşitsizlik inancına bağlı olarak, bireyden ziyade onun mensubu bulunduğu grup ya da statü önemli olup, dolayısıyla bireysel haklara değil, bireysel

(*) Doç. Dr., Atatürk Üniversitesi Fen-Edebiyat Fakültesi Felsefe Bölümü Öğretim Üyesi.

(1) I. Kant, The Science of Right, trans., by W. Hastie, Great Books of the Western World, 1952, s. 3.

vazifelere ağırlık tanınır. 3- Statü hukuku normatif, emredici ve zorlayıcı olmaktan çok inandırıcılığı ön planda tutar. 4- Statü hukukunda ihtilafları müzakere ile çözmek, mahkemeye gitmekten daha fazla tercih edilen bir yoldur. 5- Statü hukuku oldukça durağandır ve bir toplumsal değişim aracı olarak fonksiyonel değildir.⁽²⁾

Statü hukukundan sözleşme hukukuna geçiş, bir takım değişimler sonucunda gerçekleşmiş olup, bu dönem, özellikle Avrupa'nın Rönesans ve Aydınlanma yüzyıllarına tekabül eder. Şüphesiz geçişi sağlayan en önemli faktörlerden biri, hümanizmin profilini çizmiş olduğu insan anlayışının kabul görmeye başlamasıdır. Hümanizm, Antik Yunan felsefesinin insan ve hayat anlayışından esinlenerek, Ortaçağ Avrupa'sında egemen olan sözlü geleneğe karşı yeni bir insan ve hayat anlayışı oluşturmayı içeriyordu. Bu kontekste hümanizm, insanda merkezini bulan bir hayat ve evren görüşü olarak tanımlanabilir. Kavramın ön plana çıkan bu felsefi niteliği, onun insan davranışını etkileyen ve özellikle toplumun yapılandırılmasında yön gösteren bir ideoloji niteliği taşıdığı anlamını da ifade etmektedir. Hümanizmle birlikte, insan ve insan eylemlerinin etik değerlendirilmesinde yeni bir sayfa açılmıştır. Klasik dönemlerde olduğu gibi etik eylemin amacı, artık insanın doğasını aşmak, bir takım soyut metafizik kurallara uymak değil, bilakis insanın yeteneklerini bir ahenk içerisinde geliştirmek, yani insanın doğasını gerçekleştirmektir. Bütün bunlar, hümanist etiğin, klasik geleneğin eskatolojik etiğinin aksine, temelde bu dünya içerisinde insanın yerinin ve görevlerinin tespit

edilmesine yönelik seküler bir etik anlamını taşıdığı gösterir. Yetkinlik anlayışının bu yeni ve dünyevi boyutları çerçevesinde toplumsal ilişkilerle ilgili gerçekler, kısa süre sonra yeni bir forma dönüşecektir. Rönesans hümanizmini klasik insan anlayışından keskin hatlarla ayıran asıl nokta, "insan onurunun (honour) temeli nedir?" sorusuna verilen cevapların değişmesidir. Hümanizm, klasik dönemin niteliksel eşitsizlik inancından kaynaklanan kategorik erdem ve hiyerarşik onur (honour) kavramının, türdeş onur (dignity) kavramına dönüşümünü sağlamış ve insan, hiyerarşik statülerden ötürü değil sadece ve sadece insan olduğu için onurludur, denmesini temin etmiştir. Hümanist düşüncenin en önemli şahsiyetlerinden; Giannozzo Manetti için insanın onuru, esasen onun çalışma gücünde, aklında ve yaratıcılığında. Çalışmasına özgün nitelik kazandıran şeyse onun özgürlüğüdür. İnsan, özgürlüğüyle kendi faaliyetinin sahibidir. Onur ve değer nihai temeli de budur. Giovanni Pico della Mirandola'ya göre ise özgür iradesi ve aklıyla evrenin merkezini oluşturan insan, kendi kaderini çizdiği gibi, kendi varlığının değerini de belirler. Dolayısıyla kendi kendisinin yaratıcısı da olur.⁽³⁾ Oysa ki klasik dönemin insanı, bizzatihi değil, muayyen anlamlara ve amaçlara sahip roller bütününe yerleştirilen; bir aileye, bir ülkeye, bir devlete, bir dine mensup olduğu için değerliydi.

Hümanist kültür, 18. yüzyıl Aydınlanma Çağı sonrası Avrupa'da istikrar kazanan ve bilahare bütün dünyayı etkisi altına alan yeni hayat tarzı ve yeni örgütlenme biçimlerini ifade eden "modernite"nin nirengi noktalarının oluş-

maya başladığı atmosferdir. Aydınlanma denilen şey; Alman filozof İ. Kant'ın ifadeleriyle, "insanın kendi suçu ile düşmüş olduğu bir ergin olmama durumundan kurtulmasıdır. Bu ergin olmayış durumu ise insanın kendi aklını bir başkasının kılavuzluğuna başvurmaksızın kullanamayışıdır. İşte bu ergin olmayışa insan kendi suçu ile düşmüştür. Bunun nedenini de aklın kendisinde değil, aklını başkasının kılavuzluğu ve yardımı olmaksızın kullanma kararlılığını ve yürekliliğini gösteremeyen insanda aramalıdır. ...oysa aydınlanma için özgürlükten başka bir şey gerekmez ve bunun için gerekli olan özgürlük de özgürlüklerin en zararsız olanıdır. Akli her yönüyle ve her bakımdan, çekinmeden kitlelerin önünde apaçık olarak kullanma özgürlüğü."⁽⁴⁾ Anlaşılabileceği üzere Aydınlanma zihniyetinin temel şartı rasyonalizasyondur. Varlığın, bilginin, değerlerin, kısacası insan ve hayatı ilgilendiren her şeyin sadece ve sadece akılla temellendirilmesidir. Böyle bir temellendirme de tabiatıyla sekülerdir. Kısacası modernite; ana unsurları bireysel, toplumsal ve siyasal hayatın rasyonalizasyonu ile ahlakın sekülerizasyonu şeklindeki yaşama biçimini tanımlayan ve kendisini tanrısal logosla bağlı olarak örgütlemeyen bir sosyo-politik projedir. Böyle bir örgütlenme içerisinde insan, rasyonel işbölümünü gösteren statülere bağlı, toplumsal yapının iyi biçimde işlemesine katkı sağlayacak rolleriyle belirlenmiş, eşit ve türdeş onuru haiz sosyal bir aktör olup, statüsünün gereği olan rolleri ifa ettiği takdirde değerlidir.

İşte tüm bu değişimler çerçevesinde oluşan modern devlet de; her türlü kutsaldan bağımsız, kendi akli ve kendi

çabasıyla kaderini kendisinin belirlediğine inanan ve rasyonel düşünen insanların yurttaş adını alarak, "eşit tanıma" temelinde örgütlendiği siyasal formu ifade eder. Elbette bu yeni siyasal formun meşruiyet zeminini de farklıdır. Klasik dönemde yönetim veya monarşi ya da aristokrasi kendisini doğal seçkinlik ve tanrısal logosla meşrulaştırırken; modern devlet, doğal eşitlik ve eşit tanıyan yurttaşlarla yani insanî logosla meşrulaştıracaktır. Devletin meşruiyet zemininin değişmesiyle beraber ahlak ve hukuk ayrımı da kaçınılmaz hale gelecektir. Klasik dönemlerde bu ayrım yapılmıyordu çünkü, doğuştan farklı toplumsal kategorilere mensup olmalarına rağmen insanlar, doğru ya da yanlış, aynı inancı paylaşıyorlar ve hayatları da söz konusu inanç temelli sözlü gelenekle, tanrısal logosla yahut dinle düzenleniyor ve bu tanzimin sonuçları da kader olarak kabul ediliyordu. Esasen niteliksel eşitsizlik düşüncesi de bu kader anlayışının bir uzantısıdır. Şüphesiz klasik dönemlerde devlet - toplum, kamusal alan - özel alan gibi ayrımların yapılmamasının, daha doğrusu modern anlamda yapılmamasının gerçek nedeni de budur. Klasik devlet, muayyen bir toplumsal kategoriye aitti ve o kategoriye niteliksel üstünlüklerinden ötürü tanrısal logos tarafından bahşedilmişti. Dolayısıyla doğal bir verili durum, bir entiteydi (entity) ve bu yüzden de bir sözleşmenin eseri değildi. Ayrıca, klasik siyasal düzen, patrimonial köle ekonomisine dayandığından, kamusal alan (publicity), devletin yani imtiyazlıların alanı demektir ve köylülük veya yoksulluk ya da köleden yoksulluk, daha doğrusu aristokrasiye mensup olmamak, kamusal alana kabul

(2) Mehmet Yüksel, *Modernite Postmodernite ve Hukuk, Siyasal Kitabevi, Ankara, 2002, s. 61.*

(3) Boğos Zekiyan, *Hümanizm, İstanbul, İnkılâp ve Aka Yay., 1982, ss. 22-28.*

(4) Immanuel Kant, *Seçilmiş Yazılar, Çev., Nejat Bozkurt, İstanbul, Remzi Kitabevi, 1980, ss. 213-215.*

edilmenin önündeki temel engeldi. Doğal olarak özel alan (privatus) da kamusal alana iştirak edemeyenlerin alanı anlamını taşıyordu. İşte bu kategorilerin yeniden yorumlanması, ancak modern devletin ve ondan ayrılan modern toplumunun oluşumuyla gerçekleşebilmiştir.⁽⁵⁾

Niteliksel eşitsizlik temelini oluşturan kategorik ayrımlarla ilgili anlam değişikliğinin kaynağı, Rönesans ve Aydınlanma dönemlerinde savunulmaya başlanan "doğal hukuk" doktrini-dir. İnsanlara yönelik niteliksel eşitsizlik inancının niteliksel eşitlik şekline dönüşümündeki en önemli pay, şüphesiz Hugo Grotius ile birlikte Avrupa'nın gündemine giren doğal hukuk doktrini-ne aittir. Monarşi ve aristokrasilerin yerini modern demokrasiler almışsa, muayyen bir zümreye ait olan devlet, halka ait temsili devlete dönüşmüşse elbette ki bunun kökeninde yatan şey, niteliksel eşitliğe vurgu yapan doğal hukuk düşüncesidir. Doğal hukuk; insan tabiatına neyin uyup neyin uymadığını gösteren, ilkesel anlamda emredici veya yasaklayıcı olan ve apriori bir şekilde metafizikten ya da eşyanın mahiyetinden yahut da adaletin özünden çıkarılan normlar bütünüdür.⁽⁶⁾ Bu çerçeveden bakıldığında hukuk, kurucu kurgulayıcı aklın buyrukları değil; insanların kalplerine ya da zihinlerine yerleştirilmiş olan doğal prensiplerin araştırılıp, keşfedilmesinden ibarettir. Eğer hukuk, kurucu rasyonalitenin emirleri ya da egemen gücün irade bildirimleri olsaydı, pozitivitenin (mevzuat) adaletle aynı şey olması, adaletin mevzuata tabi kılınması ve bunun sonucu olarak da ceb-

rin ve keyfi hareketin meşru görülmesi icap ederdi. Oysa ki sağduyu, nesafet duygusu ya da vicdan böyle bir tavrı reddetmektedir. Zaten tarih, adil olanın, sadece kanunlara uygun olandan ibaret olmadığını delilleriyle doludur. Akıl, sağduyu, nesafet ve vicdanla keşfedilen bu objektif ve daimi hukuk, bizzat menşei dolayısıyla öylesine amir durumdadır ki mevzuatla ilgili tearuz (çelişki) ve ihtilaf halinde ona müracaat zorunda kalınır.⁽⁷⁾ Sahip olmak için insan olmaktan başka herhangi bir şartı gerektirmeyen yaşama, özgürlük ve mülkiyet (lives, liberties, estates) gibi temel insan hakları iddiası kadar, doğal eşitlik iddiası da şüphe yok ki doğrudan doğruya doğal hukuktan kaynaklanırlar.⁽⁸⁾

Bu noktadan hareketle modern devletin temel niteliklerine dönülecek olursa şunları söylemek mecburiyeti vardır:

1- Modern devlet, insanların tebaa değil, birey ve yurttaş adı altında ve eşitlik ekseninde örgütlendikleri bir siyasal formdur.

2- Modern devlet, tanrısal logosun muayyen bir toplumsal kategoriye bahsettiği, verili bir durum, bir entite (entity) değil; tabiaten özgür olan insanların iradî kararları ve sözleşmeleriyle kurdukları bir sosyal organizasyondur.

3- Modern devlet, kendisinin değil, insanların siyasi organizasyona girişmeden önce de sahip oldukları doğal hakların güvencesidir.

4- Modern devlet, sınırlı bir devlet olup, doğal hukukun pozitivite edildiği bir temele dayanır ve bu hukuk onu da bağlar.

5- Modern devlet, temsili devlet olup, yalnızca imtiyazlı bir sınıfı değil, herkesi temsil eder.

6- Modern devlet, homojen bir toplumsal yapıyı temsil etmediğinden, belirli bir din ya da etik eksenli hukuku değil, doğal hukuk ilkeleri çerçevesinde farklılıkların müzakeresiyle tespit edilen ve "eşit tanınma" eksenli rasyonel hukuku uygular. Pozitif hukuk denilen şey de budur.

Sıralanan bu temel niteliklere "modern" olduğu iddia edilen siyasal formlar örnek gösterilerek bir takım itirazlar ileri sürülebilir ise de elbette ki onlara cevap vermek de mümkündür. İleri sürülebilecek itirazlar muhtemelen şunlar olacaktır:

1- Faşist ve sosyalist kolektivite temelli siyasal formların bireyci olmamaları modern olmaya engel midir?

2- Sözleşme karşıtı "devrimci" siyasal formlar, modern olmaya engel midir?

3- Hukuku "egemen gücün irade bildirimini" olarak tanımlayan, otoriter siyasal formlar, modern olmaya engel midir?

4- Devlet, "hak"ların, ya da "vazife"lerin kaynağıdır, diyen pozitivist siyasal formlar, modern olmaya engel midir?

5- Muhalefete yer vermeyen tek partili siyasal formlar, modern olmaya engel midir?

6- "Her egemen güc kendi hukukunu yaratır" ilkesi çerçevesinde kurgulanan rasyonel-pozitif hukuku uygulayan ve farklılıkları muayyen bir formda eşitleyen siyasal formlar, modern olmaya engel midir?

Bu nevi soruların, anlamlı olmakla beraber, bir takım manipülasyonları içerdikleri apaçıktır. Şöyle ki, moderni-

tenin ana unsurunun rasyonalizasyon olduğu dikkate alındığında elbette ki cevaplar daha çok olumlu yönde olacak ve modern olmaya engel değildir, denilecektir. Ancak, modernleşmenin aynı zamanda, klasik dönemlerin, hiyerarşik sosyo-politik yapılarına karşı, bir eşitlik ve özgürlük projesi, I. Kant vari bir aydınlanma projesi olduğu da kabul edilecekse bu taktirde cevaplar kesinlikle olumsuz olacaktır. Kollektivist siyasi projelerin özgürlüğü ortadan kaldırdığı inkâr olunabilir mi? Bireylerin farklılıkları benimsenmeden, eşitliklerinden söz edilebilir mi? Rızaya dayanmayan ve devrim zoruyla inşa edilen bir siyasal formun herkes için özgürlük ve eşitlik inşa etmesi mümkün müdür? "Egemen gücün irade bildirimini" hukuk aksine keyfiliği doğuramaz mı? "Hak yok vazife vardır" diyen bir anlayış, zorbalıktan başka bir şey olabilir mi? Doğruları yalnızca biz belirleriz, yaklaşımı hukuk gözetebilir mi? "Her egemen güc kendi hukukunu yaratır" ilkesini savunmak, hukukun aksine egemenliği, gücü savunmak değil midir? Başkalarını kurmaya ve kurgulamaya çalışan bir rasyonalite, yalnızca kendini kayırmaz mı? Farklılıkları yok ederek muayyen bir formu eşitlik diye sunmak, imtiyazlı bir form yaratmak olmayacak mıdır? Doğal olarak bu soruların cevabı sadece "evet"ten ibarettir. Dolayısıyla böyle anlaşıldığı taktirde modernleşme; Platon ve Aristoteles'in iyi siyasal form dedikleri monarşi ve aristokrasilerin, dejenerasyon sonucu, yerlerini kötü form dedikleri diktatörlük ve oligarşilere bırakması olacaktır. Oysa ki gerçek anlamda modernleşme; başkalarının keyfi ve cebrî isteklerinden bağımsızlaşma, doğal ve hukuki eşitlik ve de ekonomik refah demektir. Mo-

(5) J. Habermas, *Kamusal Alanın Yapısal Dönüşümü*, Ç., T. Bora - M. Sancar, İletişim Y., İstanbul, 1997, ss. 60-61.

(6) Stig Jørgensen, *Hukuk ve Toplum*, Çev., Ü. Yükselbaba - N. Beyhan, Donkişot Yay., İstanbul, 2001, s. 66.

(7) Henri De Page, "Tabii hukuk ve hukuk Pozitivizm", Çev., H. Uzbank, İÜHFİM., İstanbul, 1944, ss. 99-100.

(8) J. Locke, *Two Treatises of Government*, Book II., Ed. P. Laslett, Cambridge Uni. P., Cambridge, 1994, Chap. I.

narşi ya da aristokrasinin yerine diktatörlüğün ya da oligarşinin geçmesi, cumhuriyet veya demokrasi olarak adlandırılıyorsa bu olsa olsa sadece bir demagoji, bir manipülasyondur. Bu duruma maruz kalan özgürlük ve eşitlik müdafileri de tabiatıyla özgürlük ve eşitlik peşinde mücadeleye devam edeceklerdir.

Sonuç babında söylenecekse: Modern demokratik devlet; kurumsallaşmış bir siyasal iktidar yokken, doğal bir takım haklara sahip olan özgür insanların, kendi rızalarıyla yazdıkları anayasa (sözleşme) çerçevesinde ve eşitlik ekseninde örgütlendikleri bir organizasyondan ibarettir. Eşitlik, farklılıkların muayyen bir forma dönüştürülmesi değil, hukuk karşısında aynı muameleye tabi tutulmasıdır. Bu organizasyonun varlık nedeni de yalnızca insanların doğal haklarını güvence altına almaktır. Hakların korunmasında uygulanacak kurallar, varlığını aklın, sağduyunun, nesafetin ve vicdanın keşfettiği doğal hukuk ilkelerinin mevzuata dönüştürüldüğü pozitif kanunlardır. Pozitif kanunların geçerli olduğu kamusal alan, sözde imtiyazlıların alanı değil, tüm farklı kesimlerin eşitlik alanıdır. Bir başka ifadeyle; kamusal alan, insanların belirli bir anlayış çerçevesinde eşitlendiği, toplumdaki bağımsız, devlete ait bir alan olmadığı gibi, özel alan da bireylerin, kamusal alanda yaşayamadıkları farklılıklarını yaşayabilecekleri, bir nevi tecrit alanı değildir. Kamusal alan, bireylerin tüm farklılıklarıyla birlikte var olabilecekleri ve eşit tanınacağı, herkese ait eşitlik alanı; özel alan ise hiç kimsenin bir diğerinin eşiti olduğunu iddia edemeyeceği, yalnızca bireyin kendisine ait olan, bireysel mahremiyet

alanıdır. Bunun aksine tanımlamalar, sadece otoriter ve totaliter yönetimlere ait olup, gerçek demokrasiyle alakası yoktur.⁽⁹⁾ İnsanların rızaları ve sözleşmelerine dayanan modern demokratik devlet, ne insanların özgürlükleri ve kaderleri üzerine mutlak ve keyfi bir otorite ne de tanrısal ve kutsal bir otoritedir. Böyle bir iddiadaki devlet, modern de olsa oligarşik, diktatöryal ve gayri meşrudur. Oligarşik, diktatöryal ve gayri meşru otoritelere karşı koymak da bireyler için hem adil hem de haklı bir tavidir. Herhangi bir devletin yönetimi altında bulunmak, bireyleri o devletin hukukuna bağımlı kılıyor ise de kölesi yapmaz. Doğal hukuk eksenli olması gereken pozitif kanunlar haricinde muamelelere maruz kalan insanların, otorite meşru dahi olsa ona karşı direnme hakkı (right of resistance) vardır. Hatta, meşru olmayan şiddet uygulamalarına karşı yalnızca direnme hakları değil, hayatlarını tehdit eden durumlarda nefsi müdafaa, yani saldırganı ortadan kaldırma hakları da vardır. Zira hukuk, her türlü icraatında devlet için de bağlayıcıdır.

Hukuk, "tekillik ilkesi" (monizm) ileri sürülerek, doğal hukuktan bağımsız, devletin belirlediği anlamda pozitif kanunlara indirgenemez. Hak fikrini mutlak olarak tasavvur etmek, şuurun esası bir ihtiyacıdır. Aksi takdirde hakikati ve adaleti herhangi bir şahsın keyfine tabi tutmak gibi kabulü imkansız bir neticeye varılmış olur. Kanun, haksız davranışı önlemesi gereken kural; adalet de kanunların herkese eşit olarak uygulanmasıdır. Pozitif kanunlar emredici gücünü (imperatif), doğal hukuktan kaynaklanan adalet ilkesinin (empati) içeriğinden alırlar (kendine yapılmama)

(9) Neşet Toku, John Locke ve Siyaset Felsefesi, Liberte Yay., Ankara, 2003, ss. 154-155.

sını istemediğin şeyi başkasına yapma). Adalet ilkesi insan iradesinden kaynaklanamaz. Keyfi bir hukuk arzu edilmediği takdirde, pozitif kanunların içeriğinin, insana kendini apaçık şekilde sunan adil bir mahiyette olduğunu kabul etmek icap eder. Pozitif kanunlar içerik bakımından hipotetik -şartlı- (hırsızlık yaparsan cezalandırılırsın), emredici gücü (imperatif) bakımından da kategorik -yükümlü- (hırsızlık yapmamalısın) olmalıdırlar. Bu benimsendiği takdirde, pozitif hukuku, doğal hukukla aynı kaynağa bağlama imkanı doğacak ve pozitif hukukla doğal hukuk arasındaki ikilik de ortadan kalkacaktır. Netice olarak da hukukun tekilliği korunacak ve ayrılık sadece mevcut yegâne hukukun haiz olabileceği iki vasıftan ibaret görünecektir. Pozitivite, yani pozitif hukuk, hukukun yani doğal hukukun mahiyetini değiştirmeksizin ona ilave olunan bir takım niteliklerden ibaret olduğu takdirde de pozitif ve doğal şekilleriyle hukuk, yine aynıyetini yani tekilliğini sürdürecektir.⁽¹⁰⁾ Pozitif hukukun meşruiyet zemini derken kastettiğimiz şey de işte budur.

Kaynaklar

BONNARD Roger, "Tabii Hukuk ve Pozitif Hukuk" Çev., M. A. Aybar, İÜHFİM, İstanbul, 1936.

HABERMAS J., Kamusallığın Yapısal Dönüşümü, Ç., T. Bora – M. Sancar, İletişim Y., İstanbul, 1997.

JERGENSEN Stig, Hukuk ve Toplum, Çev., Ü. Yükselbaba – N. Beysan, Donkişot Yay., İstanbul, 2001.

KANT I., The Science of Right, trans., by W. Hastie, Great Boks of the Western World, 1952.

KANT I., Seçilmiş Yazılar, Çev., Nejat Bozkurt, İstanbul, Remzi Kitabevi, 1980.

LOCKE J., Two Treatises of Government, Book II., Ed. P. Laslett, Cambridge Uni. P., Cambridge, 1994.

PAGE Henri De, "Tabii hukuk ve hukuf Pozitivizm", Çev., H. Uzbank, İÜHFİM., İstanbul, 1944.

TOKU Neşet, John Locke ve Siyaset Felsefesi, Liberte Yay., Ankara, 2003.

YÜKSEL Mehmet, Modernite Post-modernite ve Hukuk, Siyasal Kitabevi, Ankara, 2002.

ZEKİYAN Boğos, Hümanizm, İstanbul, İnkılâp ve Aka Yay., 1982.

(10) R. Bonnard, "Tabii Hukuk ve Pozitif Hukuk" Çev., M. A. Aybar, İÜHFİM, İstanbul, 1936, ss. 34-59.