

tünlük değil demokratik ilkeler olacaktır.” (2004, Şenşekerci, 5)

İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi'nin (1948) temelinde bulunan insan hakları anlayışı nedir? İnsan hakları anlayışın temelindeki insan görüşü nedir? İnsan haklarını evrensel yapan nedir? Onlar nasıl normlardır? Bir şeyin -norm- evrensel olup olmadığını sınamak gerektiğinde onun dünya çapında yaygın olup olmadığını bakmak yerine, insan doğasına uygun olup olmadığını bakmak daha uygundur. Peki bir şeyin insan doğasına uygun olup olmaması ne demektir?

Bir normun evrensel olup olmadığını; diğer bir ifadeyle insanın doğasına uygun olup olmadığını görmek için bakılacak yer, o normun türetildiği kaynaktır. Başka bir deyişle, söz konusu normun “insanın değerinin bilgisinden türetilip türetilmediğine ve buna bağlı olarak da neyi korumayı amaçladığına, insan onurunu, değerini korumayı mı, yoksa başka bir şeyi mi korumayı amaçladığına bakmaktır. (2004, . 72)

Tek bir insan doğasından söz etmenin mümkün olup olmadığıdır. Bugün insan haklarının korunamıyor olmasının nedeni ‘insan hakları’ olarak ifade edilen hakların ne olduğunun ve bu hakların neyi talep ettiğinin tam olarak bilinmemesidir. İnsan hakları düşüncesinin bulanıklığının ve farklı tamamlanmasının nedenini, tüm düşünceler gibi getirene bağımlı olmadan tarihsel varlığa katılması oluşturur. (2004, 72)

Kaynakça

Scheler, Max, (1968) İnsanın Kosmostaki Yeri, çev. Tomris Mengüşoğlu, İstanbul Matbaası, İstanbul.

Skirbekk, Gunnar ve Gilje, Nils (1971) Felsefe Tarihi, çev. Emrah Ak-

baş ve Şule Mutlu, Üniversite Kitabevi, İstanbul.

Kant, Immanuel, (1982) Ahlak Metafiziğinin Temellendirilmesi, çev. İoanna Kuçuradi, TFK Yayınları, Ankara.

İonna Kuçuradi (Haz.) (1982) İnsan Haklarının Felsefi Temelleri, Metaksan Ltd. , Ankara.

Aristoteles, (1983) Politika, çev. Mete Tuncay, Remzi Yayınları, İstanbul.

Mengüşoğlu, Takiyettin, (1988) İnsan Felsefesi, Remzi Kitabevi, İstanbul.

Türkçe Sözlük, (1988) 1. cilt, Türk Dil Kurumu Yayınları, Türk Tarih Kurumu Basım evi, Ankara.

Mourgeon, Jacques, (1991) İnsan Hakları, İletişim Yayınları, İstanbul.

Platon, (1992) Devlet, Remzi Kitabevi, İstanbul.

Mathieu, Jean-Luc, (1994) Uluslararası Alanda İnsan Hakları, İletişim Yayınları, İstanbul.

Kuçuradi, İoanna, (1998) İnsan ve Değerleri, TFK, Ankara.

İnsan Haklarının Gelişimi, (2001) TÜBA Yayınları Ankara.

Cıvgın, Ayşe Gül, (2003) Takiyettin Mengüşoğlu'nun İnsan Anlayışının Günümüzdeki Yeri ve Önemi, Yüksek Lisans Tezi (Basılmamış), Uludağ Üniversitesi, Bursa.

Yavuz, Ayşe, (2004) İnsan Haklarının Kültürel Arka Planına Felsefi Bir Yaklaşım. Yüksek Lisans Tezi (Basılmamış), Uludağ Üniversitesi, Bursa.

Şenşekerci, Erkan, (2004) “Siyasal Boyutlarıyla Avrupa’da Aydınlanma; Aydınlanma Devrim”, Bilimin Işığında Aydınlanma Seminerleri, Uludağ Üniversitesi, Bursa.

Hukuk Doğmatikliği Çerçevesinde İnsan Haklarını Tanımlama ve Kavramı Temellendirme Sorunu - (Epistemolojik ve Aksiyolojik Bir Yaklaşım Denemesi)

Neval Oğan Balkız^(*)

İnsan haklarının konu bakımından geniş ve çok yönlü olması, teorik alanda insan hakları kavramının tanımlanmasını, kapsam ve sınırlarının belirlenmesini güçleştirmektedir. Günümüze kadar geçen süreçte insan hakları genellikle hukukun konusu olarak görülmüş, insan hakları ilkeleri de birer hukuk normu olarak kabul edilmiştir. Dolayısıyla insan hakları, hukuk teorilerinin ele aldıkları ve irdeledikleri temel konulardan biri haline gelmiştir. Hukuk teorileri; -ister doğal hukuk anlayışı, ister biçimci hukuk anlayışı (genel olarak hukuki pozitivizm), isterse sosyolojik hukuk anlayışı olsun- (hukuk dogmatikliği çerçevesinde) insan hakları normlarının içeriğini ve (hukukun genel teorisi çerçevesinde) bu normların yapısını ve biçimini incelemişler, bu hakların; norm olarak yapısına, ortaya konulması ve işleyişine, içeriğinde kurallaştırılan beşeri davranışın ne olduğuna, neleri talep veya emrettiğine yada yasakladığına ilişkin fikirler öne sürmüşler ve teoriler oluşturmuşlardır.

Bu fikir ve teoriler, bu üç hukuk anlayışının içinde var olan farklı akımlara göre de değişmektedir. Dolayısıyla in-

san haklarına ilişkin fikirler, sadece farklı hukuk anlayışlarına göre değil, aynı zamanda her hukuk anlayışının kendi içindeki farklı akımlara göre de çeşitlilik ve değişim göstermektedir. Hatta bu fikirlerin oluşturduğu insan haklarına ilişkin liberal teorilerin; insan haklarının kaynağı, bu hakları temellendiren öğelerin (özellikle bir hakkı insan hakkı yapan ölçütün) ne olduğu ve ne olması gerektiği, bu hakların tek tek içerikleri, özellikleri ve evrensel olup olmadıkları konularında birbiriyle çelişen görüşlere dayandığını söylemek mümkündür.^(1,2,3,4)

Günümüzde insan hakları giderek interdisipliner bir yaklaşımla incelenmeyi gerektiren toplumsal bir fenomen olarak görülmektedir. Böylelikle, disiplinlerin her biri (siyaset felsefesi, siyaset bilimleri, sosyoloji, tarih, antropoloji vb.) insan hakları disiplinine hukuksal olmayan bakış açıları getirmekte, disiplinin teorik ve analitik çerçevesini daha da genişletmektedir. Böylece oluşturulan farklı kavramsal modeller, farklı metodolojik yaklaşımlarla sonuçlanmakta, hatta bu farklı yaklaşımları gerekli kılmaktadır ve insan hakları ala-

(*) Dr.

(1) Maier'in ifadesi ile, "Vielleicht niemals seit ihrem Siegeszug im 18. Jahr hundert haben die "Rechte der Menschheit" so widersprüchliche Auslegungen gefunden, hat sich eine so fundamentale uneinigkeit über Wert, Bedeutung, Geltung dieser Rechte enthüllt wie heute...Hans Maier, Wie Universal sind die Menschenrechte? Herder Spektrum, Freiburg-Basel, Wien, 1997, s.7.

(2) (Bkz.: İbrahim Ö. Kaboğlu "Özgürlükler Hukuku-İnsan Haklarının Hukuksal Yapısı", Afa Yayınları, İstanbul, 1993, s.12 "İnsan hakları hukukça bahsedilen özgürlükler midir? Yoksa, insan hakları felsefesinin hukuksal anlatımını mı oluşturmaktadır? Yani insan haklarının statüsü değerler alanında mı yer alır? Dolayısıyla, insan hakları "mutlak değerler" yani doğal hukuk olarak düşünülen hukuki ölçütleri mi yansıtmaktadır? Bu haklar, ne özgürlük ne de pozitif hukuk ilkeleri değiller midir?"

nında aynı zamanda keskin felsefi ve metodolojik bölünmelere yol açmaktadır.

İnsan haklarının bu şekilde farklı kavramsallaştırılmasının epistemolojik arka planı her ne olursa olsun, her birinin bütünsel oluşumunun tamamını değil, ancak belli cephelerini açıklığa kavuşturmada yararlı olabilmektedir.

Teorik alanda insan hakları talepleri, genel olarak doğal hukuk kavramı ve anlayışına dayandırılmaktadır.

Habermas'ın deyişiyle "Burjuva devrimlerini ürünü olarak ortaya çıkan insan hakları beyannameleri doğal hukukun pozitifleşmesi anlamına gelmektedir."⁽⁵⁾

Hobbes-Locke çizgisinden gelen klasik liberal doğal haklar akımı, doğal haklar ile insan haklarını özdeşleştirmektedir. Bu akım savunucularına göre; insan hakları doğal hakların çağdaş dünyadaki yansımasıdır. Doğal hakların uzantısı ya da evrimsel sonucudur ve kendini illa da yasal haklar şeklinde ortaya koymak durumunda değildirler. Prepozitif nitelikli haklardır. Yasa koyucu tarafından verilmeleri veya geri alınmaları söz konusu değildir. Çünkü insan hakları, yol gösterici bir doğanın yönlendirmesinden çıkarsanırlar. İnsanlık veya insan doğasından kaynaklanmaktadır. İnsanlar da doğuştan eşit olduklarından, doğaları gereği bu

haklara sahip olmaktadır. Bu haklar, bireyin insan onuruna yakışır bir şekilde yaşam sürmesini sağlamayı amaçlamaktadır. Bu nedenle de ahlaki haklardır.⁽⁶⁾

Bu yaklaşımı savunan düşünürler arasında, insan haklarının temellendirilmesinde esas alınan "insan doğası" kavramının anlamı ve içeriği üzerinde oldukça yoğun bir tartışma sürmektedir. Bu düşünürlerin bir kısmı, insan doğasını insan ihtiyaçları ile tanımlama yoluna gitmektedir. Tanımlamalarında insanın "yapısal nitelikli bütünlük alanları" noktasından hareket etmektedirler.

Genel olarak insanın, -Lampe'nin deyişiyle- dirimsel, kişisel ve metafizik olmak üzere üç bütünlük alanının olduğunu kabul etmektedirler. İnsan haklarının ne olduğunu ve kaynaklarını ortaya koyarken; önce insanın yapısal nitelikli bu üç bütünlük alanından temel gereksinimlerinin saptanması yoluna gitmektedirler. Sonrada bu saptanan temel gereksinimlerden, insan hakları ve temel özgürlüklerini türetmektedirler. Temel gereksinimlere göre de sınıflandırmalar yapmakta, çeşitli insan hakları türlerinden söz etmektedirler.⁽⁷⁾

- (3) (Vgl) *Karşılaştırma için bakınız: Gertrud Nunner-Winkler, "Ethnozentrismus". Abwehr gegen das Fremde zur Tragweite nicht pathologisierender Erklärungsstrategien. In: A.J.Cropley, H.Ruddat, D.Dehn und S.Lucassen (Hrsg.), Probleme der Zuwanderung. Band 2: Theorie, Modelle und Befunde der Weiterbildung. Verlag für Angewandte Psychologie Göttingen, 1994, s.71-94. İnsan hakları, kültürel ve etnik farklılıklar gözetilmeksizin herkesi bağlayan, insan varlığının taşıdığı değerleri oluşturan haklar mıdır? Bu anlamda, insan hakları evrensel, tüm ulusları kapsayan bir politik kültürün esasını mı oluşturmaktadır? Oder Formulieren die Menschenrechte eine universell verbindliche Moral oder nur eine westliche (Zivil-) Religion, die ihren Anspruch auf Weltbürgerschaft nur ideologisch kaschiert ("Kultur imperialismus") und die Irreduzibilität einer kulturellen Vielfalt von Verfassungen, Lebensformen, und Moralien vorkennt oder verleugnet..... Was ist die inhaltliche Reichweite der Menschenrechte? Lassen sich über die bloß negativ definierten politischen Freiheitsrechte (erste Generation von Menschenrechten) hinaus weiter gehende wirtschaftliche, soziale und kulturelle Teilhabe recht (zweite Generation) bzw. Solidaritätsrechte auf Entwicklung, saubere Umwelt und Frieden ("dritte Generation") ausweisen?*
- (4) *Es scheint sich also nicht eine wesentlich größere Klarheit in der Zwischenzeit hergestellt zu haben als der "Meyer" dies von mehr als 100 Jahren ausdrückt: "die Gesamtheit derjenigen idealen Ansprüche, welche der Mensch als solcher an den Staat erhebt, also der Ansprüche des Menschen auf Rechte, welche mit ihm geboren sind"... über Inhalt und Umfang dieser M..... besteht in der Wissenschaft viel Streit und auch im Volk selbst keineswegs Einstimmigkeit." Meyers Konversations-Lexikon. Vierte Auflage. 11.Band- Leipzig: Bibliograph-Institut, 1888, s.479. In einem Taschenlexikon unserer Zeit Meyers großes Taschenlexikon, Band 14, Mannheim: Bibliograph. Institut, 1983, s. 187*
- (5) Jürgen Habermas, *Naturrecht und Revolution. Theorie und Praxis*, Frankfurt, Schurkamp, 1971, s.89 (+)Burada söz konusu edilen dinsel kalıplardan sıyrılmış laik kökenli doğal hukuk akımıdır. Doğal hukuk anlayışında, esas olarak "hukukun kaynağı nedir?" sorusuna verilen yanıtlara göre farklı doğal hukuk akımları ortaya çıkmıştır. Doğal hukuk ilkeleri kimilerine göre, insanın koyduğu değişebilir yasaların karşısında doğa gereği olan, kalıcı ve değişmez yasalardan, -değişmez, evrensel özellikleri olan insan doğasından kaynaklanmaktadır. Kimilerine göre de bu ilkeler, tanrısal kaynağıdır, kimilerine göre ise insanın aklından kaynaklanmaktadır. Dolayısıyla da hukuk literatüründe bu kaynaklara göre; tabiat felsefesine dayanan doğal hukuk, din felsefesinin etkisi altındaki doğal hukuk ve aydınlanma çağındaki doğal hukuk akımlarından söz edilmektedir. Yirminci yüzyıldaki doğal hukuk akımı da, dini ve laik kökenli doğal hukuku birbirinden ayırmaktadır. Ahlak ve adalet ideallerinden kaynaklanan değerlerin, pozitif hukukun değerlendirilmesinin ölçüsü olduğunu kabul etmektedir. Ancak bu ilkeler, daha önceki dönem doğal hukuk akımlarında savunulduğu gibi değişmez ve ebedi değildir. Bu akımların ortak özellikleri için genel olarak şunlar söylenebilir: Doğal hukuk ilkeleri ve pozitif hukuk kuralları arasında kesin bir ayırım bulunmaktadır. Pozitif hukuk kuralları egemen güç tarafından konulmakta ve onun iradesini yansıtmaktadır. Doğal hukuk ilkeleri ise, devlet dışındır ve geçerliliklerini devleti aşan bir güçten almaktadırlar. Onların hukuk olma niteliği, devlet tarafından tanımalarına ve güvence altına alınmalarına bağlı değildir. Doğal hukuk ilkeleri, pozitif hukukun üstünde yer alan ve pozitif hukuk kurallarını değerlendirmede kullanılan evrensel ölçüler kabul edilmektedir.

- (6) *Ayrıntılı bilgi için bakınız: A.J.M.Milne, in: "Ulusalüstü İnsan hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş" M. Semih Gemalmaz, Beta, İstanbul, 1997, s.333. Milne'ye göre "Eğer insan hakları varsa, bunlar mutlaka evrensel moral haklardır. Bunlar mutlaka evrenseldirler. Çünkü bunlar, ulusallık, din ve vatandaşlık, medeni hal, iş, gelir ya da başka herhangi bir toplumsal yahut kültürel nitelik ve ayrıca cinsiyet dikkate alınmaksızın sadece insan olmalarından ötürü insanların sahip oldukları haklardır. Pozitif hukukça düzenlenmiş olup olmadıklarından ayrı olarak insanlar bu hakların sahibidirler...Bu tür haklar var mıdır? Onları da kapsayan bir evrensel ahlak var ise Evet. Böyle bir ahlak var mıdır? Ünlü bir teoriye göre vardır, ve İngilizcede genellikle Doğal hukuk olarak anılmaktadır...".*
Bkz: Henry Shue, *Temel Hakların Evrenselliği*, Çev: Ülker İnce, İnsan Haklarının Felsefi Temelleri, Türkiye Felsefe Kurumu Yayınları, Ankara, 1996, s.30 "Yazara göre "Hak, haklı bir istemin ussal temelini oluşturur. Bir hakkı olmak demek başkalarından bir şeyler isteyebilecek bir durumda olmak demektir...Ahlaksal bir hak, bir öden yararlanmanın genel tehditlere karşı toplumun güvence altına alınması hakkı istemin ussal temelini oluşturur...Temel haklar ahlaklığın tabanıdır. Hiç kimsenin altına düşmesine izin verilmemesi gereken çizgiyi belirler..."
- Bkz: M. Cranston. *What are human rights?* London, B. Head, 1973, s.4-7 Cranston'a göre "Ahlaki değer taşıyan haklar doğal hukuktan kaynaklanır."
- Bkz: Jack Donnelly, *Teoride ve Uygulamada Evrensel İnsan Hakları*, Çev: Mustafa Erdoğan- Levant Korkut, Yetkin Yayınları, 1995, Ankara, s.22,25,27 Donnelly'ye göre "İnsan hakları, kelime anlamı olarak, kişinin sırf bir insan olduğu için sahip olduğu haklar demektir. Menschenrechte ... hak kelimesinin iki temel ahlaki ve siyasi anlamı vardır: doğruluk ve yetki. Birincisinde bir şeyin doğru (ahlaki) olduğundan, doğru, haklı olan bir eylemden söz ederiz. İkincisinde ise bir kimsenin bir hakka sahip olduğundan bahsediyoruz. ... İnsan hakları hakların özel bir grubudur, bir kişinin yalnızca insan olduğu için sahip olduğu haklardır. Bunlar en üstün ahlaki haklardır".
- (7) Bkz: Ernst-Joachim Lampe. *Rechtsanthropologie. Eine Strukturanalyse des Menschen im Recht. Erster Band: Individual Strukturen in der Rechtsordnung*, Dunker Humblot GmbH., Berlin, 1970, s.209. Lampe, *İnsanın 17 temel gereksinimini saptamakta ve "insanın hizmetinde olan hukuk bu temel gereksinimleri kendi genel ilkesi izin verdiği ölçüde tatmin etmek zorundadır."* demektedir.
Bkz. Johan Galtung, *Die Zukunft der Menschenrechte. Vision: Verständigung zwischen den Kulturen*, Campus Sachbuch Verlag, Frankfurt- New York, 2000 s.10, 15. Galtung, "... en temel ihtiyaçlar olarak güvenlik, refah, kimlik ve özgürlük ihtiyaçlarını vurgulamaktadır.
Bkz Christian Bay, *A Human Rights Approach to Transnational Politics.* "Universal Human Rights, Vol.1, No. 1, 1979, s.19-42. "İhtiyaçlar insan haklarının temelidir" diyen Bay'a göre, "insanın zorunlu gereksinimleri, insanın iyi halini refahını sağlamaya yönelik olarak önem sırası içinde, fiziksel yaşamı sürdürmeye ilişkin gereksinimler, sosyal aidiyete ilişkin gereksinimler ve bireysel özneliliğe ilişkin gereksinimler şeklinde belirtilebilir." Bkz. Otfried Höffe, *Zur Anthropologie der Menschenrechte in: Jahres- und Tagungsbericht der Görres-Gesellschaft*, 1990. Arica akınız; M.Keitner "Otfried Höffe transzendental-kontraktualistische Begründung des Menschenrechtes" In:W Kersting(Hrsg.), *Gerechtigkeit als Tausch? Auseinandersetzungen mit der politischen Philosophie Otfried Höffes*, Schurkamp, Frankfurt a.m. 1997. Höffe, *İnsan haklarının büyük bir kısmının tam da üç transsendental ilgilere grubundan, yani canlı varlık olarak, işbirliği yapılabilir varlık olarak ve dil ve akıl varlığı olarak insandan hareketle kendini haklı çıkarabileceğini iddia etmektedir.*
-Bkz. M.C Nussbaum. *Menschliches Tun und soziale Gerechtigkeit. Zur Verteidigung des Aristotelischen Essentialismus.*In: M. Brumlik und . H. Brunkhorst (Hrsg.), *Gemeinschaft und Gerechtigkeit*, Frankfurt a.M: Fischer Verlag, 1993. S.323-361

Bunlara karşılık kimi düşünürler ise, insan haklarına temel oluşturan insan doğasının, insanın ahlaki doğası (ahlaki bir postüla) olduğunu savunmaktadırlar. Bu görüş sahiplerine göre ahlaki bir postüla olan insan doğası, kişinin özündeki onurdan kaynaklanmaktadır. Bu nedenle insanın ahlaki doğasının, insan ihtiyaçlarına dayalı insan doğası ile ilişkisi çok zayıftır. İnsanın ahlaki doğasının içeriğini de insan onuru oluşturduğundan, insan haklarına hayat için değil fakat onurlu bir hayat için ihtiyaç duyulmaktadır.⁽⁸⁾

Fakat, İnsan onuru değişken içerikli, biçimsel, daha çok da taşıyıcı bir kav-

ramdır. Bu nedenle "insan doğasını" bu kavrama dayanarak tanımlamanın problematik olacağı iddia edilmekte ve itirazlar öne sürülmektedir. Özellikle, insanın toplumsal ilişkilerinden soyutlanmış tarih dışı bir varlık olarak ele alınmasına karşı itirazlar yöneltilmiştir. Örneğin Bloch bu konuda "insanın homojen antropolojik bir sabite olarak görülemeyeceğini, toplumla karşıtlık içinde tanımlanan kapalı statik bir insan doğası kavramının tarihin dinamizmiyle bağdaşmadığını" vurgulamaktadır.⁽⁹⁾ Aynı şekilde Kaufmann da hukuk idesi şemasında, insanın "bir yandan birey, sosyal kişilik ve bir kültür taşıyıcısı öte-

yandan otonom, heteronom ve hukukun amacı olmak özelliğinde olduğunu belirtmektedir.⁽¹⁰⁾ Dolayısıyla Klasik liberal doğal haklar yaklaşımında insan haklarının kaynağı olarak kabul edilen insan doğası kavramının, ne anlama geldiği ve içeriğinin ne olduğu teorik alanda halen belirsizdir ve tartışmaya açık bir konudur⁽¹¹⁾.

Rasyonalize edilmiş doğal hukuk anlayışı, yani insan haklarını Kant etiğinde bulan çağdaş-aydınlanmacı genel haklar kuramı ise hakların kaynağını farklı tanımlamaktadır. Bu akıma göre hakların kaynağı, insanın kendi kendine kurallar koyabilen ussal bir varlık olmasıdır. Bu sayede özerkliği yolu ile kendine haklar tanınması ve bu hakları talep edebilme yetkisidir. Bu yaklaşımda, doğa yasalarının özgürlüğe, özerkliğe yer bırakmadıkları bundan dolayı da ahlak yasasının temeli olarak görülemeyecekleri iddia edilmektedir.⁽¹²⁾ Dolayısıyla bu yaklaşımda, ahlaksal olarak yönlendirici bir doğa fikri ile birlikte hakların doğal hukuk geleneği çerçevesinde görülmesi de reddedilmektedir. Haklar özerkliğin sağladığı temelde saf pratik aklın ortaya koyduğu ahlak yasasının evrenselliğine bağlı koşulsuz buyruğun yönlendirdiği etik ilkeler olarak görülmektedir. Bu Kantçı çıkış noktasını genel haklar felsefesinde izleyen Rawls ve Dworkin modern hakların doğal haklar geleneğinden kopmalarını savunmaktadırlar.⁽¹³⁾ Hakların temellen-

dirilmesinde ve evrenselliklerinin ölçütünde ontolojik verilere başvurulamakta, insanın ne olduğu, neye yönelik bir varlık olduğu sorularını kapsam dışı bırakmaktadırlar. (Deontolojiktirler) İnsan haklarının evrenselliğinin ahlak yasasının evrenselliği ile ilgili olduğunu iddia etmektedirler.

Teorik alanda bu yaklaşımın, klasik liberal doğal haklar yaklaşımına göre bariz üstünlükleri olduğu savunulmaktadır. İnsan haklarının başka haklardan ayrılması ve evrenselliğinin etik norm olarak, hak kavramının evrenselliğinden çıkarsanması bakımından tutarlı ve sağlam bir zemin sunduğu öne sürülmektedir. Fakat bu iddialar bir çok yönden gerçeğe uymamaktadır. Çünkü bu yaklaşımda hak kavramı, doğal, tarihsal ya da yasal haklardan ayırılmıştır. İnsan hakları, doğal haklar gibi geçerliliği gerçekleştirilmesinden bağımsız ilkeler olarak kabul edilmektedir. Bu nedenle bu yaklaşım, evrensellik ile hakların gerçekleştirme ilişkisini büyük ölçüde göz ardı etmektedir. Ayrıca hakların evrenselliğini formel ve negativist bir çerçeveden uzak temellendirmede yetersiz kalmaktadır. Ayrıca, bu yaklaşımda birinci yaklaşım gibi kültürel görecelik iddiaları karşısında güçlü bir iddia getirmekten uzaktır. Çünkü Kant ve izleyicileri de başka tür bir Batı felsefesi geleneğine bağlıdır ve hakların evrenselliği bu tarihsel geçmişten kaynaklan-

- (8) Donnelly ebendort, s.27,28 ... insan haklarını nereden çıkarıyoruz? İnsan hakları terimi bir kaynağı işaret ediyor: insanlık/humanity, insan doğası bir kişi veya insan olma.... Dolayısıyla, insan haklarının kaynağı da insanlık/humanity veya insan doğasıdır...insan haklarının kaynağı insanın ahlaki doğasıdır; bunun ise, bilimsel olarak araştırılan ihtiyaçlara dayanan insan doğası ile ilişkisi çok zayıftır. İnsan haklarına hayat için değil fakat onurlu bir hayat için ihtiyaç duyulur. Bunlar insana Tanrı, Doğa veya hayatın fiziki gerçekleri tarafından verilmiş değildir. ...insan hakları insan onuru ve potansiyeline ilişkin belli bir görüşün, temel hakların kurumsallaştırılması yoluyla gerçekleştirilmesini amaçlayan bir sosyal pratiktir...insan hakları hukukun ileri sürülebilir hale getirildiklerinde hakları ihlal edenler normal olarak bunlara sahip olmaya devam etmekle beraber, insan haklarını değil, yasal hakları ileri süreceklerdir."
- Ayrıca bakınız Helmut Coing, *Der Rechtsbegriff der Menschlichen Person und die Theorien der Menschenrechte*, Mohr, Tübingen, 1950, s.170. Coing "Doğal haklar modern kuramının özü, insan haklarıdır. İnsan hakları bir moral kişi/varlık olarak insanın onuruna saygı gösterilmesine ilişkin moral postüla/ (moral postulate/forderung) üzerinde temellenmektedir. Bu postüla, hak düşüncesinde içerilmiştir" demektedir.
- Vgl: R.J Vincent *Human Rights and International Relations*, Cambridge University Press, Cambridge, 1988 s.13-14. M. Semih Gemalmaz, ebendort, s.329.Vincent'e göre, insan hakları, insan doğasına yapılan yollama üzerinde temellenmektedir. Bu yollamanın ilki fiziksel doğaya yapılan atıftır. İkinci yollama noktası, moral/ahlaki doğaya yapılandır.... Tanınan insan onuru kavramı ekseninde insanın potansiyellerinin gerçekleştirilmesi düşüncesine yollama yapılmaktadır. Üçüncüsü ise temel/esas hak olarak insan hakları, onurlu bir yaşamdan yararlanabilmek için ... ne gerekli ise ona yollama yapılması halidir."
8. Donnelly ebendort, s.27,28 ... insan haklarını nereden çıkarıyoruz? İnsan hakları terimi bir kaynağı işaret ediyor: insanlık/humanity, insan doğası bir kişi veya insan olma.... Dolayısıyla, insan haklarının kaynağı da insanlık/humanity veya insan doğasıdır...insan haklarının kaynağı insanın ahlaki doğasıdır; bunun ise, bilimsel olarak araştırılan ihtiyaçlara dayanan insan doğası ile ilişkisi çok zayıftır. İnsan haklarına hayat için değil fakat onurlu bir hayat için ihtiyaç duyulur. Bunlar insana Tanrı, Doğa veya hayatın fiziki gerçekleri tarafından verilmiş değildir. ...insan hakları insan onuru ve potansiyeline ilişkin belli bir görüşün, temel hakların kurumsallaştırılması yoluyla gerçekleştirilmesini amaçlayan bir sosyal pratiktir...insan hakları hukukun ileri sürülebilir hale getirildiklerinde hakları ihlal edenler normal olarak bunlara sahip olmaya devam etmekle beraber, insan haklarını değil, yasal hakları ileri süreceklerdir."
- Ayrıca bakınız Helmut Coing, *Der Rechtsbegriff der Menschlichen Person und die Theorien der Menschenrechte*, Mohr, Tübingen, 1950, s.170. Coing "Doğal haklar modern kuramının özü, insan haklarıdır. İnsan hakları bir moral kişi/varlık olarak insanın onuruna saygı gösterilmesine ilişkin moral postüla/ (moral postulate/forderung) üzerinde temellenmektedir. Bu postüla, hak düşüncesinde içerilmiştir" demektedir.
- Vgl: R.J Vincent *Human Rights and International Relations*, Cambridge University Press, Cambridge, 1988 s.13-14. M. Semih Gemalmaz, ebendort, s.329.Vincent'e göre, insan hakları, insan doğasına yapılan yollama üzerinde temellenmektedir. Bu yollamanın ilki fiziksel doğaya yapılan atıftır. İkinci yollama noktası, moral/ahlaki doğaya yapılandır.... Tanınan insan onuru kavramı ekseninde insanın potansiyellerinin gerçekleştirilmesi düşüncesine yollama yapılmaktadır. Üçüncüsü ise temel/esas hak olarak insan hakları, onurlu bir yaşamdan yararlanabilmek için ... ne gerekli ise ona yollama yapılması halidir."
- (9) Vgl Ernst Bloch, *Naturrecht und Menschliche Würde* Werkausgabe 6., Suhrkamp, Frankfurt, 1999, s.219

- (10) vgl. Arthur Kaufmann, "Problemgeschichte der Rechtsphilosophie" In: *Einführung in Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart*, (Hrsg.) Arthur Kaufmann, Winfried Hassemer, 5. Auflage, UTB Uni Taschenbücher Verlag, Heidelberg, 1994, s. 134
- (11) Vgl: G. Stratenwerth, *Rechtsphilosophie*, Das Fischer Lexikon: Philosophie, Frankfurt a. M.: Fischer Verlag, 1958, s.290-296
- (12) Immanuel Kant, *Ahlak Metafizikliğinin Temellendirilmesi*, Çev. Ioanna Kuçuradi, Türkiye Felsefe Kurumu, Ankara, 1995, s.26
- (13) Siehe John Rawls, *Gerechtigkeit als Fairness: Politisch und nicht Metaphysisch*. In A. Honneth (Hrsg.), *Kommunitarismus: Eine Debatte über die Moralischen Grundlagen Moderner Gesellschaften*. Frankfurt a.M.: Campus Verlag, 1993. Ayrıca, *Gerechtigkeit als Fairness ein Neuentwurf*. Pamos Verlag, Düsseldorf, 1996 -Siehe R. Dworkin, *Bürgerrechte ernstgenommen*. Frankfurt: Suhrkamp Verlag, 1984

diği için, bu yaklaşım açısından da halen sorunlu olmaya devam etmektedir.

Eleştirilen tüm bu yönlerine ve eksikliklerine karşın insan haklarının kökenini doğal haklar anlayışında bulmaya çalışan yaklaşımlar teorik alanda, yasal haklar ile insan hakları arasındaki farkı vurgulamada ve bu iki türden hakların ilişkisini kurumsallaştırmada önemli katkılar sağlamışlardır. Hatta bu yaklaşımların, doğal hukuk anlayışının önemli ortak unsurlarından biri olan "evrensellik fikri" bakımından bir üstünlük taşıdığı da öne sürülmektedir. Çünkü, hukukun kaynağını doğada veya akılda aramak her yerde ve her dönemde geçerli olacak ilkelerin varlığını kabul etmek anlamına gelmektedir. Böylelikle doğal hukukun uzantısı ya da evrimsel sonucu olan insan haklarının mutlaka yasal haklar şeklinde ortaya konulmasının gerekmediği, aksine insan haklarından yasal haklar şeklinde ortaya konulmasalar bile "bir meşruiyet ölçütü niteliğinde evrensel etik normlar olarak her zaman bahsetmenin mümkün olacağı" iddia edilmektedir.

Dolayısıyla doğal hukuku esas alan insan hakları yaklaşımlarının öncelikle hukuki pozitivistlere karşı, insan haklarının yasal haklara indirgenemeyeceği uyarısında bulunduğu ve bu konudaki yorum ve eleştirilere önemli bir yanıt oluşturduğu kabul edilmektedir. Doğal hukuk anlayışının bir diğer önemli ortak özelliğinin egemen keyfililiğini sınırlamaya yarayacak bir referans yaratma çabası olduğu da öne sürülmektedir.

Folkers, "Devlet tarafından bahsedilmiş olmayıp doğadan gelmiş kabul edilen insan hakları, devleti sınırlamaya yönelik kurgular arasında özel bir önem taşırlar"⁽¹⁴⁾ demektedir. Bu yaklaşım savunucularına göre, devletin toplum ve birey üzerindeki tahakkümünü temellendirmek veya bireyi baskının nesnesi haline getirmek amacıyla doğal hukuka başvurulması, geleneğin özüne aykırı bir durumdur.^(15, 16)

Dolayısıyla modern insan hakları teorisinin, doğal hukuk geleneğinin egemen gücün sınırlanması zorunluluğunu temel alan hukuk ve siyaset teorilerine bağlandığı anda doğduğu söylenebilir.

Yirminci yüzyıldaki doğal hukuk savunucularının bir kısmı insan haklarının pozitif hukukun üstünde yer alan normatif ölçütlere göre değerlendirilmesini savunmakla birlikte, bu değerlendirmeyi ifade etmek için doğal hukuk kavramının kullanılmasının artık gereksiz olduğunu öne sürmektedirler. Bu düşünelere göre doğal hukuk kavramı terk edilmelidir. Çünkü bu görüş sahiplerine göre doğal hukuk anlayışı ve kavramı; bilimsel bir temele dayanmamaktadır; tarihsel gelişim süreci içinde kavrama çok çeşitli anlamlar verilmiştir ve bunları bugün homojenleştirmenin fiilen imkanı bulunmamaktadır; ayrıca çoğu birbiri ile çelişen hatta birbirini inkar eden çok çeşitli amaçlarla kullanılmış olması ve değişik varyasyonlar ile bağlantılı şekilde yorumlanması da bu kavramı yıpratmış bulunmaktadır. Breuer'e göre, "köle ticare-

tinden nasyonal sosyalist rejime, kilisede ilahiler okuyanların hadımlaşdırılmasından mutlakiyetçi refah devletindeki kılık-kıyafet düzenlemelerine kadar egemenliğin ve baskının hiçbir çeşidi yoktur ki, kendisini doğal hukukla meşrulaştırmış olmasın."⁽¹⁷⁾

Kimi düşünürler ise doğal hukuk geleneğinin yeniden yapılandırılması gerektiğini savunmaktadırlar. Bu düşünürlere göre; insan haklarının bağlayıcılığı, münhasıran hukuk koyan bir merciin kararına dayandırılmamalıdır. Böyle olursa, insan haklarının nitelik ve biçim bakımından öteki hukuk kurallarından nasıl ve neden ayrıldığı yada farklı sayıldığı sorunu ortaya çıkacaktır. Bu nedenle bağlayıcılık unsurunun kendisi insan haklarının özelliği olarak ele alınmalıdır. Bunu yapmak için de, pozitifliği aşan bir adalet idesine başvurmakta ısrarlı olmak gereklidir. Bunu sağlayacak olan da tarihsel doğal hukuk modellerinin gelişiminden, modern toplumlar bakımından ilerici nitelikte ortak yapıları arayıp çıkarmaktır.⁽¹⁸⁾ Böylelikle insan haklarının bağlayıcılığı pozitif hukuku aşan bir adalet idesine dayandırmanın ve hukuki pozitivismin karşısında evrensel insan haklarından söz edebilmenin tek yolunun, insan haklarının doğal haklar olarak anlaşılması ve böyle anlaşılması gerektiğinin vurgulanması olduğunu savunmaktadırlar.

Relativist kökenli fikirler ile hukuk pozitivistleri doğal hukuk anlayışına dayalı insan hakları teorilerine çok farklı yönlerden kapsamlı eleştiriler yöneltmektedirler. Bu eleştirilerin ortak noktasını, adaletin rasyonel bir evrensel

teorisinin kurulma imkânının ve olasılığının reddi oluşturmaktadır.⁽¹⁹⁾

Hukuk pozitivistlerine göre; doğal hukuk anlayışlarına dayalı insan hakları teorileri, insan haklarının pozitif hukuka üstünlüğünü ve önceliğini temellendirirken doğal haklar modelini kullanmaktadırlar. İnsan haklarını doğadan veya akıldan türeyen doğuştan haklar olarak açıklamaktadırlar. Böylelikle insan haklarının tarihsel ve toplumsal bağlamlarını göz ardı etmektedirler. Oysa insan hakları, doğal hukuk akımlarının iddia ettiği gibi tarih dışı ve toplum dışı bir nitelik taşımamaktadırlar. İnsan hakları düşüncesini yasal haklar ve devlet otoritesinin ve hatta insan hakları bildirgesi ve sözleşmelerinin üzerinde kabul etmek içerik ve köken bakımından öyle temellendirmek, insan haklarının doğal hukuk anlayışı içinde eritilmesi sonucunu doğurmaktadır. Böylelikle çoğunlukla Hobbes ve Locke'un seküler doğal hukuk kuramlarına bağlanan insan hakları, siyaset felsefesi geleneğinde ancak belli dönemlerin doğal hukuk akımlarına bağlanmış olduğundan kolay kolay evrenselleştirilemeyen ilkeler bütünü haline gelmektedir. Bunun sonucunda insan haklarının tarihsel kökenlerini ve bu hakların evrenselliğini göstermek bir yana, tam tersi bir durum ortaya çıkmaktadır. İnsan haklarının evrenselliği çok çeşitli ve farklı olan doğal hukuk yorumları arasında yitirilmektedir.

Sonuç olarak bu düşünürler, ne eski doğal haklar ne de rasyonelize edilmiş doğal hukuk akımlarının insan haklarının evrenselliğini temellendirmede sağ-

(14) Vgl: Horst Folkers, "Zur Theorie der Menschenrechte-Perspektiven ihren weiterentwicklung." Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie. C.LXXVI (1990), s.19

(15) vgl: Ulrich Scheuner, Die Verwirklichung der bürgerlichen Freiheit. in: Günter Britsch (Hrsg.) Grund- und Freiheitsrechte im Wandel von Gesellschaft und Geschichte Musterschmidt Verlag, Göttingen 1981, s.376-401 hier: s.376 S "Als Charakteristikum der Menschenrechte zur Zeit ihrer Adaption in der Politik, also etwa ab Mitte des 18. Jahrhunderts... dass Sie in jener Epoche noch weitgehend die Bestimmung (tragen), die Aufgabe und Grundrichtung des Staates als einer Vereinigung seiner Bürger festzulegen"

(16) Ayrıntılı bilgi için bakınız: Franz. L. Neuman, "Typen des Naturrechts" In: Alfons Sölnner, F.L. Neumann (Hrsg) Wirtschaft, Staat, Demokratie. Aufsätze, 1930-1954, Frankfurt, Suhrkamp, 1977, s.248

(17) Stefan Breuer, Sozialgeschichte des Naturrechts. Westdt. Vlg, Wiesbaden, 1983, s.3.

(18) Bloch'un doğal hukuk anlayışının yeniden yapılandırılması hakkındaki görüşü için bkz: Jürgen Moltmann, Die Menschenrechte und Marxismus" in: Erwin Lendvai und and. (Hg), Ernst Blochs Wirkung. Ein Arbeitsbuch zum 90. Geburtstag; Schurkamp, Frankfurt, 1975

(19) Ayrıntılı bilgi için bkz. Franz L. Neumann Dipnot 17.

lam bir dayanak sunmadıklarını savunmaktadırlar. Bazı durumlarda insan haklarının etik özelliğinin evrenselleştirilmesi çabalarında, tersi bir sonuca gidildiğini öne sürmektedirler. İnsan haklarının kökeni tarihsel, geçerliliği kısmi olduğu itiraf edilen bir dizi ahlaksal norma indirgenildiğini belirtmektedirler. Hatta bu ahlaksal normları benimsemiş olduğu kabul edilen bir siyasal rejimin evrensel gereklerine bağlanabildiklerini⁽²⁰⁾ öne sürmekte ve bu durumun tehlikelerini vurgulamaktadırlar. Doğal hukuk teorilerinin doğal haklar olarak ilan ettikleri kataloglarda eleştirmekte, insan haklarının tamamlanmış kapalı bir katalogdan ibaret olmadığını savunmaktadırlar.⁽²¹⁾ Doğal hukuk anlayışı kaynaklı insan hakları yaklaşımında, mülkiyetin, doğal ve kutsal bir insan hakkı olarak kabul edilmesine de itiraz etmektedirler.⁽²²⁾

Doğal hukuk teorilerine yönelttikleri başlıca eleştirilerden biri de, genelde insan haklarını, özelde insan haklarının anayasalarda düzenlenen kısmı olarak tanımlanan temel hakları, devlet-kişi ikilemi içinde alması ve bu hakları isteme haklarına indirgenmesidir. Bu yaklaşım savunucularına göre; tüm temel haklar kişiler açısından bakılınca hak, toplumsal ilişkiler açısından bakılınca da değişik ölçülerde kurum güvencesi

niteliği göstermekte ve anayasa düzeninin kurucu unsurlarını oluşturmaktadır. Yani temel hak normları hem kişi haklarını hem de güvence altına alınan toplumsal alanları korumaktadırlar. Bu nedenle temel haklar, hukuk düzeninin objektif üstün kuralları olarak algılanmalıdır.⁽²³⁾ Fakat doğal hukukçu- bireyci teoriler, temel hakları devlet-kişi ikilemi içinde aldıklarından bu olgunun arka plana düşmesine ve subjektif talep hakkı kavramının öne çıkmasına neden olmuşlardır ve temel haklar sorununu kaçınılmaz olarak devlet-özgürlükler karşıtlığı içinde ele almışlardır. Oysa temel haklar ve devlet her alanda birbirini sınırlayan değerler olarak ortaya çıkmayabilir. Klasik haklar alanında daha çok hak ve özgürlükleri zedelemeye ve bunları koruma ile yükümlü tutulan devletin, sosyal hakların gerçekleştirilmesi ve korunması için işlevsel, güçlü olmasının gerekeceği ortadadır.

Sonuçta, temel hakların ve genelde insan haklarının çok yönlü bir işlevselliğe sahip oldukları ve bu işlevin devlet-birey çatışmasında, kişinin korunmasından- devletin sınırlanmasından ibaret olmadığını savunmakta⁽²⁴⁾ ve insan hakları ihlalleri bakımından tehlikenin yalnızca devletten geldiği varsayımının aşılması gerektiği öne sürmek-

tedirler. Dolayısıyla insan haklarının aynı zamanda bireylerin birbirine karşı da öne sürebilecekleri haklar olduğunu vurgulamaktadırlar.⁽²⁵⁾

Hukuksal pozitivistler, doğal hukuk kavramının ve her türlü hukuk ötesi değerlerin varlığını ve pozitif hukukun referansı olarak kullanılmasını kategorik olarak reddetmektedirler. Pozitif hukukun dışında bir tabiat alanının varlığını kabul etmek, pozitif hukuka aşamaya-cağı sınırlar koyma anlamına geleceğini savunmaktadırlar. Hukuku, münhasıran egemenin iradesine indirgemektedirler. İnsan haklarının yasa yapıcısının yasaların en özel yerlerine koydukları haklar olduklarını savunmaktadırlar.⁽²⁶⁾

İnsan haklarını bu hukuki ahlayışa dayandıran yaklaşımlar arasında da tartışma ve çelişkiler bulunmaktadır. Genel olarak bu yaklaşım savunucuları, pozitif hukuk sistemini normatif ölçütlerle göre değerlendirmenin, hukuksal pozitivistin hukukun (dolayısıyla insan haklarının) kaynağını egemenin iradesine dayandıran yaklaşımıyla varoluşsal bir çatışma içinde olduğunu kabul etmektedirler. Ancak kimi düşünürler, pozitif hukukla insan hakları ilişkisinin yasa denen fenomenin betimsel değil, ancak normatif kavramsallaştırılmasında düşünülebilecek bir ilişki olduğunu savunmaktadırlar.⁽²⁷⁾

Hukuki pozitivistin insan haklarına ilişkin bu yaklaşımlarına çok yönlü eleştiriler getirilmektedir. Pozitifleştirme işlemiyle insan haklarının bu özelliklerini yitirip yitirmedikleri bireyler açısından sahip oldukları pozitif hukuk üstü karakterleri kaybedip etmedikleri soruları gündeme gelmektedir. Bunlara karşı hukuksal pozitivistler, insan haklarının yasalara konu olmakla bu niteliklerini yitirmediklerini aksine yeni bir boyut kazandıklarını iddia etmektedirler. Pozitifleşen insan haklarının hukuksal geçerlilik gücü kazandıkları ve hukuk düzenince koruma altına alınan subjektif haklara dönüştüklerini ve bunların temel hakları oluşturduklarını

- (20) Bu duruma örnek olarak bakınız: J. Donnelly, a.g.e. s. 76, 83, 97 " ...insan haklarının, insanın eyleminden çıkan haklar olduğunu söylemekte, fakat öbür yandan, insan haklarının gerçekleştirilmeyi amaçladıkları koşulların bilgisine ulaşmada liberal birey merkezli anlayışın temel alınmasında ısrar etmektedir. Bu da onu insan haklarının evrenselliğini sorgulayanlara karşı, liberal düşüncelerin evrenselliğini savunmaya götürmektedir. Ona göre, "...uluslar arası düzeyde tanınmış insan haklarının tüm kapsamına yönelik temel bir siyasal taahhüt, yalnızca liberal bir rejimde bulunabilir."
- (21) Bakınız: M. Semih Cemalmaz, *Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş*, Beta, İstanbul, 1997, s. 311, 335. Yazar, insan haklarının temel değerlere ilişkin olmaları nedeniyle ve insan yaşamının onun eylemliliğinin toplumsal ve tarihsel geçerliliğinin süreklilik gösteren boyutuna bağlı olduklarından bir tür süreklilik gücünü özünde taşımakta olduklarını belirtmektedir.
- (22) Bkz. Mithat Sancar, *50 Yıllık Deneyimlerin Işığında Türkiye'de ve Dünyada İnsan Hakları* (Hrsg.) Ioanna Kuçuradi, Bülent Peker, *Türkiye Felsefe Kurumu Yayınları*, Ankara, 1999, s.
- (23) Ayrıntılı bilgi için bakınız: Theodor Maunz, *Deutsches Staatsrecht*, C.H. Beck Verlag, München, 1973, 19. Auflage, s. 281-283.
- (24) Ayrıntılı bilgi için bakınız: Hans-Otto Mühleisen, "Zum Verständnis der Grundrechte in: Informationen zur politischen Bildung. (Hrsg.) Bundeszentrale für politische Bildung, Franzis-Druck Verlag, München, 1993, s. 1,3, 11. -Bakınız: Yavuz Sabuncu: *İnsan Hakları Yılı, TODAİE Yayınları*, 1985-86 Cilt: 7-8, Ankara, s.25 -Bakınız: Ernst W. Böckenförde, : *Staat, Verfassung, Demokratie, Studien zur Verfassungstheorie und zum verfassungsrecht*, Suhrkamp, Frankfurt a.M., 1991.

- (25) Özellikle Alman ve Avusturya hukuk öğretilerinde, temel hakların 3 etkisi (Dritwirkung der Grundrechte) olarak nitelendirilen fikrin kabul gördüğü söylenebilir. Bu görüşe göre, "temel haklar, kendi tabiatlarının göre, açık ve belirli durumlarda kullanıma uygun oldukları ölçüde, kişilerarası ilişkilerde de kullanıma sahiptirler ve kullanılmalıdır. Vgl: Tartışma ve eleştiri için bkz:
- (26) Örneğin bkz: Felix Ermacora, *Grundriß der Menschenrechte in Österreich*, Manzsche Verlags und Universitätsbuchhandlung, Wien, 1988, s.37 s.4, 149 Yazara göre insan hak ve temel özgürlükleri pozitif hukuk kurallarının bir toplamıdır. -Ayrıca bkz. Jaques Mourgeon, *Les droits de l'homme*. Türkçesi için bkz: *İnsan Hakları Çevirenler: Ayşen Ekmeçli-Alev Türker*, İletişim Yayınları, İstanbul, 2. Baskı, 1991, s.11-12 Yazara göre "... kişi doğası gereği yeteneklerle donatılmıştır. Ancak bu yetenekler kendi başlarına hak değildirler. Bu özelliğe sahip olabilmeleri için özel bir statünün yani hukuk statünün konusu olmaları gereklidir. Hakların var oluşunu ve özünü kural dolağıyla düzenleyen iktidardır. Kural olmaz ise kişisel ayrıcalık hakkın oluşturucu öğesi olamaz. -Bkz. Georg Jellinek, "Die Erklärungen der Menschenrechte, Darmstadt, 1964, s.(1-77) Jellinek'e göre, "insan hakları pozitif hichte dur Erklärungen der Menschenrechte, Darmstadt, 1964, s.(1-77) Jellinek'e göre, "insan hakları pozitif hukukça kurulabilecek haklardır. Pozitif hukukça düzenlenip hak durumuna gelmeden önce hak değildirdirler, aksine sadece rechtspolitische veya ahlaki ilkelere olarak varlığa sahiptirler."
- (27) Eleştiriler için bkz: G.S Nino: *The Ethics of Human Rights*, s.10, 14, 16 Türkçe alıntı için bkz: 50 Yıllık Deneyimlerin Işığında Türkiye'de ve Dünyada İnsan Hakları (Hrsg.) Ioanna Kuçuradi, Bülent Peker, *Türkiye Felsefe Kurumu Yayınları*, Ankara, 1999, s. 68 Nino'ya göre, Hukuksal pozitivistin betimsel yasa anlayışı insan hakları düşüncesini her halükarda reddetmeye götürmektedir. Yasal düzeyde kodlanmamış/düzenlenmemiş hak diye bir şey yoktur, olsa bile, ancak yasal hak olarak var olabilir ki, bu da normatif ilkelere bütünü olarak insan haklarından bahsedemeyeceğimizi gösterir."
- (28) Bu konuda bkz: Jürgen Habermas, "Zur Legitimation durch Menschenrechte. Die Postnationale Konstellation, Suhrkamp, Frankfurt, 1998, s.183. Yazara göre subjektif haklar yapıları gereği hukuksal nitelik taşırlar ve kavramları gereği yasa koyucu organlarca yapılacak bir pozitifleştirilmeye bağımlıdır. Böylece insan hakları, soyut doktrin olmaktan çıkar ve hukuksal geçerlilik- temel hak haline gelmektedirler."

öne sürmektedirler.⁽²⁸⁾ Bu durumda da pozitifleşen insan hakları, nitelik ve biçim bakımından öteki hukuk kurallarından nasıl ve neden ayrılmaktadırlar ya da neden farklı sayılacaklardır sorusu ortaya çıkmaktadır. Bu yaklaşım savunucularına göre; pozitifleşen insan hakları, bu nitelikte olmayan diğer haklardan daha üstün konumda olmaktadır. Çünkü pozitifleşme esas itibarıyla anayasal tanıma işlemiyle yapılmakta, buda insan haklarını genellikle anayasanın yapısal ilkeleri arasına sokmaktadır. Bu nedenle insan hakları, bünyesine girdikleri hukuk düzenlerinde türevsel hukukun ölçüsü olma işlevi görmektedir.⁽²⁹⁾

Hukuk genel kuramının haklar ve ödevler arasında gözetdiği karşılıklı dengenin insan hakları bakımından geçerli olup olmadığı (yani bir hukuki ilişkinin insan hakları ilişkisi sayılması için hangi oranda ödevler yüklemiş olması gerekmektedir?) sorunu bu yaklaşımın diğer en tartışmalı ve cevabı güç noktasını oluşturmaktadır.⁽³⁰⁾

Hukuksal tanımanın pek çok olumlu sonucu beraberinde getirdiği şüphesiz doğrudur. Ancak hukuksallığı, insan haklarının varoluşunun tek biçimi olarak kabul etmek doğru bir yaklaşım değildir. İnsan haklarını hukuksal imkan ve tekniklerden ibaret görmek, ulusal ve uluslararası düzlemde pozitifleştirilmiş haklara indirgemek, onların kapsamını daraltmaktır ve onların tarihsel

normatif anlamlarına aykırı bir yaklaşımdır. İnsan haklarının hukuksallaşmadan önce bir talep ilkesi olarak var olduklarını gerçeğini de görmezden gelmektir. Ayrıca hukuksal pozitivistlerin öne sürdükleri, doğal hukukun yön gösterici, program olma karakteri taşınmasına karşın, pozitif hukukun yaptırım içeren geçerlik gücüne sahip olduğu, muhatapları doğrudan bağladığı şeklindeki görüşler de reddedilmektedir. Hukukun yetkili makamlarca verilen yaptırımlarla desteklenmesine karşılık, ahlakın kamuoyunun resmi olmayan yaptırımını arkasına aldığı belirtilmektedir. Bunun yanında, hukuksallaşmanın bir yandan insan haklarının en önemli gerçekleşme modelitesini oluştururken diğer yandan insan haklarının eleştirel ve gelişimci potansiyellerini törpülediği de iddia edilmektedir.⁽³¹⁾

Konumuz açısından hukuksal pozitivizme yöneltilebilecek en önemli eleştiri noktası ise, hukuki pozitivizmin norm nedir? sorusunu sormadan hukuk nedir? sorusunu soruyor olması ve dolayısıyla normların epistemolojik özellikleriyle ilgilenmemesidir. Bu nedenle hukuki pozitivizmin, insan hakları normlarının epistemolojik özelliklerini, bunları diğer norm türlerinden ahlak, kültür ve hukuk normlarından ayıran farklılıklarını göz ardı ettiği ve onları hukuk normuna indirgediği söylenebilir.

Felsefi antropolojik yaklaşımlar içinde de insan haklarının ne olduğuna

ilişkin farklı görüşler bulunmaktadır. Kimi görüşler, insan haklarının ne olduğunu göstermenin insan haklarının dile getirdiği insanlara ilişkin istemlerin kaynaklandığı yeri, yani bilgisel temelini göstermek olduğunu savunmaktadır. Bu düşünce antropolojik olarak insanı ilkin tür olarak insan yapan bazı yapısal olanaklar ve bunların değerinin bilgisi üzerinde odaklanmaktadır.⁽³²⁾

Kimi antropolojik görüşlerde insanı ilkin insan olması bakımından olanaklı kılan başlangıç koşulları üzerinde yoğunlaşmaktadır.⁽³³⁾ Felsefi antropolojilerin tartışmalı olmaları karşısında, insan hakları ile ilgili teorileri bu alandaki herhangi bir görüşe bağlamanın zorluğu bir yana bu tanımlamalar, çok önemli eksiklikler taşımaktadırlar. Çünkü bu görüşler, insan hakları konusunda, doğrudan doğruya geleneksel problem üzerinde durmaktadırlar. Sonuç durumların çok yanlışlığını ele almaya girişmemektedirler. Doğal haklar öğretisinin kaçınılmazlıkla bir varsayım dayandığı⁽³⁴⁾ ve ancak kabul edilip benimsendiği ölçüde geçerli olabileceği gerçeğini görmezden gelmektedirler. Bu bağlamda, herhangi bir hukuk sisteminde belli bir hak için hiçbir düzenleme yapılmamış olması durumunda ne olacağına ilişkin temel soruna yanıt vermekten uzaktırlar. Böyle bir durum-

da, bir moral hakkın, söz konusu hukuk sistemi içinde tanınarak kurumsallaşması yani, moral (ahlaki) haklar kategorisinde sayılanların, her zaman, her yerde ve herkes için geçerli haklar olup olmadığı ya da bu nitelikte olanların neler olabileceği sorunu gündeme gelmektedir.

Dolayısıyla insan haklarının ne olduğunu, kaynaklarını, norm olarak içerik ve yapısal özelliklerini ortaya koymaya ilişkin bütün bu tartışmaların genelde çok kısır kaldıkları söylenebilir. Bunun aşılması ve insan haklarının bütünsel oluşumunun tüm yönleri ile açıklığa kavuşturulabilmesi için bu tartışmalarda; özellikle empirik verilere büyük ölçüde başvurulmalıdır. Değişkenlerin bir sınıflandırılması yapılmalıdır. İlgili araştırma stratejilerinin kavramsallaştırılmasıyla sonuca gitme yoluna başvurulmalıdır.

Bu yöntemle oluşturulacak ve insanın, (değer bilgisi açısından) olanaklarının gerçekleşmesine bağlı varlık olarak anlaşılmasını sağlayacak bir yaklaşım, insan haklarının ve bu hakların varsaydığı insan anlayışının doğru temellendirilmesini sağlayabilir gibi görünmektedir.

Böyle bir yaklaşım aynı zamanda, insan hakları politikalarının doğru oluşturulması ve uygulanması olanağını da yaratabilecektir.

(29) Bakınız: Erhard Denniger, *Menschenrechte und Grundgesetz. Zwei Essays* Beltz Athenäum, 1994. Ayrıca bkz: *Über das Verhalten von Menschenrechten zum positiven Recht*, *Juristen Zeitung*, (1982/7) s.230

(30) Örneğin bkz: Felix Ermacora: a.g.e. yazara göre insan hakları normları aynı kişi için haklar ve ödevler oluşturacak şekilde oluşturulmuşlardır. S.10 ff38 -Ayrıca bkz: Andre Mercier, "İnsan Haklarının Temelleri" İn: *İnsan Haklarının Felsefi Temelleri*, Türkiye Felsefe Kurumu Yayınları, 1996, s.15. Yazara göre insan hakları ancak insan ödevleriyle birlikte düşünülebilirse temellendirilebilir.

(31) Vgl: Nberto Bobbio: "Die Universalität der Menschenrechte" *Recht, Gerechtigkeit, Menschenrechte* (Hrsg.), Brigitte Wiesen Cornelsen Verlag, Berlin, 2001, s.92. Ayrıca bkz: "Doctrine of Logical Correlativity" die eine symetrie zwischen Rechten und pflichten vertritt, wird hente unter anderem von Feinberg, Lyons, Martin, Nickel und Mc CLOSKEY abgelehnt

(32) Bkz: Kuçuradı, İtonna: "Felsefe ve İnsanın Hakları" İ. KUÇURADİ (Ed) *İnsan Haklarının Felsefi Temelleri*, Ankara, Türkiye Felsefe Kurumu, 2. baskı, 1996, s.49-54

(33) Höffe, Otfried:

(34) Bkz. Hedley, Bull: *Human Rights and World Politics*, R. Pettmann (Ed.), *Moral Claims in World Affairs*, New York, Australian National University Press, 1979, s.90.