

Diyanet

İLMİ DERGİ

DİN PSİKOLOJİSİ AÇISINDAN ERGENLİK DÖNEMİNDE DİNİ YAŞAM

Mustafa Koç

KUR'AN'DA "ÜSVE-İ HASENE" KAVRAMI -Model Alma Yoluyla Öğrenme-

Abdurrahman Kasapoğlu

SÜNNETİN TEMEL İLKELERİNİ KAPSAYAN BİR HADİSİN YORUMU

Seyit Avcı

DİVANLARDA DUA METİNLERİ

Halil İbrahim Haksever

İYİLİĞİ EMRETMEK VE KÖTÜLÜKTEN SAKINDIRMAK

(EL-EMRU BİL-MA'RUF VE'N-NEHYU ANİL-MÜNKER)

PRENSİBİ ÜZERİNE BİR İNCELEME

Selim Özarslan

İNSAN HAKLARINI DOĞAL HUKUKLA TEMELLENDİREN GÖRÜŞLERE

KELÂMÎ BİR YAKLAŞIM

Recep Ardoğan

AKRABA EVLİLİĞİNİN KÜLTÜREL NEDENLERİ-2

ANKARA ÖRNEĞİ

Dursun Ayan, Rahime Beder Şen, Gülsen Ünal, Semra Yurtkuran



İNSAN HAKLARINI DOĞAL HUKUKLA TEMELLENDİREN GÖRÜŞLERE KELÂMÎ BİR YAKLAŞIM

Recep ARDOĞAN *

Özet:

İnsan haklarının temellendirilmesinde, doğal hukuk, sosyal sözleşme kavramlarının ağırlıklı bir yeri olmuştur. Toplum sözleşmesi teorisi, insan tabiatı ve tarihsel gerçeklikle çelişmesi yanında, sosyal haklar için yer açmamaktadır. Tabii hukuk kavramı ise, insanın siyasal toplumu önceleyen haklara sahip olduğunu gösterse de, hakların içeriğini tespit için yeterli temellere sahip değildir. İslâm açısından ise insan hakları, belli bir insan anlayışı ve değerler sistemi sunan yaratılış öğretisiyle temellendirilir.

Anahtar kelimeler:

İnsan Hakları, Doğal Hukuk, Toplum Sözleşmesi, Yaratılış, İslâm

A Theological Approach to the Views that Built Human Rights on the Natural law

Abstract:

In western thought when tackling human rights we notice that such concepts as natural law, social contract, human nature and human honor come forward. The theory of social contract is contradiction with human social nature and historical reality. Besides, it doesn't make room for social rights. The idea of natural law isn't enough to justified human rights in its contents. From Islamic perspective, human rights are justified the concept of creation that put forward a definite human comprehension and system of values.

Key Words:

Human Rights, Natural Law, Social Contract, Creation, Islam

* Dr., MEB Eğitim Teknolojileri Genel Müdürlüğü

Giriş

İnsan hakları, kültür, anlayış ve inancı ne olursa olsun kimsenin ilgisiz kalamayacağı bir konudur. Nitekim, bireyler kadar, baskıcı rejimlerin bile artık insan hakları kavramına kayıtsız kalamadığı görülmektedir. Diğer yandan, Batı'da başta İslâm olmak üzere farklı din, gelenek ve kültürel mirası, insan haklarının kavramsal ve felsefi temellerinin tartışıldığı kültürel alanın dışına atmaya yönelik bir eğilim hep var olmuştur. Bu eğilim, Asya ve Afrika kültürlerinin bir insan hakları konseptine sahip olmadığı, ayrıca öğretinin dayandığı zihniyetle de uyuşmadığı iddialarıyla teyit edilir.¹ Oysa Batı'da da 'insan hakları (human rights)' teriminin II. Dünya Savaşı'ndan sonra kullanılmaya başlaması² bir yana, Batı kültürel mirasının da kavramın bugünkü anlam, içerik ve geleceğe dönük açılımları ne derece taşıyabilecek bir yapıya sahip olduğu akla gelen önemli bir sorudur.

Diğer yandan insan hakları öğretisine çeşitli kültürler ve düşünce ekollerine ait farklı yaklaşımlar olduğu gibi, son yüzyıllarda ortaya çıkan modernizm, laiklik, ulus devlet; günümüzde de demokrasi, globalleşme gibi olguların taşıdığı sorunlarla boğuşmak zorunda kalan İslâm dünyasında da başlıca üç yaklaşım sözkonusu olmuştur. Birincisi, insan hakları konusunda en entegrist eğilimi oluşturan, 'insan hakları' terimini kendi bilişsel evrenlerine dahil etme tavrıdır.³ İkinci eğilime göre, çağdaş insan hakları öğretisi, Allah'ın ebedî ve değişmez hukukuyla uyuşmaz ve tamamen beşerî orijinli bir öğreti olarak reddedilmelidir.⁴ İslâmî bir bakış açısından evrensel insan haklarına yer açmak için fikhın revize edilmesini öngören ilk görüşün tam aksine, kaynağı vahiy olmayan bir belgenin müslümanlar için bağlayıcı olamayacağı üzerinde duran bu yaklaşım, çağdaş insan haklarının arka planındaki doğa yasası, humanizm, liberalizm gibi doktrinlerin İslâm'la bağdaşmayacağı tezi ile desteklenir.⁵ İslâmî literatürde yer almamış kavramlara da reddiyeci tutum sergileyen bu zihniyetin karşısında, ilahî direktiflerin daima beşerîn anlama ve yorumlama sürecinden geçerek ilme dönüştüğü için İslâm'la onun geleneksel anlaşılma biçimlerini ayırt etme gereği üzerinde

1 Arkoun, Mohammed, *İslâm Üzerine Düşünceler* (trc. Hakan Yücel), İst. 1999, s. 144. Örneğin bk. Donnelly, Jack, *Universal Human Rights in Theory And Practice*, Ithaca And London 1989, s. 49-50.

2 Cranston, Maurice, "İnsan Hakları Nelerdir?", *Sosyal ve Siyasal Teori* (trc. ve nşr. Atilla Yayla), Ank. 1993, s. 311. Thoreau'nun 'insan hakları' terimi ilk kullanan filozof olduğu söylenir. *A Short History of the Human Rights Movement*, <http://www.hrweb.org/history.html>.

3 Hjärpe, Jan, "The Contemporary Debate in The Muslim World on The Definition of 'Human Rights'", *Islam: State And Society* (ed. K. Ferdinand & M. Mozaffari), London 1988, s. 27. Fransız Beyannamesi'nin hiçbir kritiğini yapmadan İslâm'ın ona uygunluğunu göstermeye çalışan H. K. Kadri'nin "*İnsan Hakları Beyannamesinin İslâm Hukukuna Göre İzahı (Teşri-i İnsânî ve İslâmî)*" (İst. 1949) adlı eseri bu eğilimin ilk ve bariz bir örneğidir.

4 Hjärpe, a.y.; an-Na'im, Abdullahi Ahmed, *Islam And Human Rights: Beyond The Universality Debate*, <http://www.flwi.rug.ac.be/cic/CIE/an-naim1.htm>

5 Bk. an-Na'im, A. A., *Toward An Islamic Reformation -Civil Liberties, Human Rights, And International Law-*, New York 1990, s. 171-172.

duran yaklaşım yer alır. Üçüncü eğilim, İHEB'nin bir kısmını reddetmekle birlikte onun kavramsal çerçevesinde kalarak ona çağdaş bir toplumda kabul edilebilir bir alternatif sağlamaya yöneliktir. Müslüman insan hakları bildirileri, '*İlmî entegrizm*' olarak adlandırılacak bu eğilimin sonucudur.⁶ Hem İHEB'ne öykünme hem de İslâm'ın özgünlüğünü gösterme çabası arasında bir sarkaç gibi görünen bu eğiliminin doğru biçimde değerlendirilmesi ise, bir yandan çağdaş insan hakları kavramının -felsefî, ahlâkî, siyasî ve hukukî boyutlarıyla anlam ve içeriğe ilişkin yanlış kullanımlardan kaçınmak üzere- dayandığı kavramsal ve felsefî temellerin ortaya konması ve sağlam bir temellendirme yapılması, diğer yandan İslâm'ın insana bakış açısının ve hakların dayanaklarının doğru tahlil edilmesine bağlıdır.

İnsan haklarını temellendirme konusunda, farklı hareket noktalarına karşın benzer argümanlara başvuran çeşitli teoriler arasında en eski ve en önemlisi doğal hukuk ve toplum sözleşmesi teorisidir. Bu çalışmada söz konusu teorisinin insan hakları için sağlam ve yeterli bir temel teşkil edip edemeyeceği, aklî ve vicdanî açıdan insan haklarının gerekliliğini tam anlamıyla doğrulayıp doğrulamadığı kelâmî bir bakış açısıyla ele alınacak, ancak soyut düzeyde ele alınan kavramın içerik, tasnif ve sınırlandırma gibi hukukî vechesi üzerinde durulmayacaktır. İslâm'da doğal hukuktan söz edildiğinde de bu, yaratılış gaye ve özelliklerine, insanın değer ve gelişimine uygun hukuk anlamında kullanılacaktır.

Öncelikle belirtelim ki, farklı anlamlar içeren 'doğal' kavramı, daha önce hukukun herhangi bir rasyonel tasarımının değil, fakat bir evrim ve doğal ayıklanma sürecinin -işlevini kavrayabileceğimiz ama halihazırdaki işlevi yaratılarının niyetinden tamamen farklı olabilecek - ürünü olduğunu ifade etmek için kullanılıyordu. Bu anlamıyla 'doğal' terimi, dış ve maddî dünyanın daimî düzenini tanımlar ve 'doğaüstü' veya 'yapma' sözcüklerine karşıttır.⁷ Doğal hukuk terimiyle de çoğunlukla doğru ve yanlış evrensel ilkeleri oldukları kabul edilen normatif bir dizi önerme, 'insanlık tabiatı'nda içkin ve yaşamada bulunurken güvenceye alınması gereken haklar kastedilmektedir. Bundan dolayı, o, ideal hukuktur.⁸ Sosyal sözleşme (içtimaî mukavele/social contract) üzerinde duran Aydınlanma düşünürlerinde ise doğal hukuk, toplum öncesi özgürlükleri ifade eder. Bu sebeple, hakları doğal hukukla temellendiren teorileri, doğal hukukun doğal hakları ve doğa durumu hakları şeklinde iki ayrı başlık altında değerlendirmek gerekmektedir.

6 Hjärpe, a.y.. Bu yaklaşımın ulaşabildiğim ilk örneği, Mevdu'di'nin bazı yeni görüşler yanında, konuyu klasik fikhî kavramlar ve hükümler doğrultusunda ele aldığı görülen ve "*Tevhid Dergisi*" IV/3 (1407/1975) sayısında yayınlan "*Human Rights In Islam*" (<http://www.İslamworld.net/hr.txt>) adlı makalesidir.

7 Hayek, Friedrich A., *Kanun, Yasama Faaliyeti ve Özgürlük* (trc. Mustafa Erdoğan), İst. 1995, s. 89.

8 Bk. Erdoğan, Mustafa, *Anayasal Demokrasi*, Ank. 1999, s. 169; Surûr, Ahmed Fethi, *eş-Şer'iyyetu'd-düstûriyye ve hukuku'l-insân fi'l-icraâti'l-cinâiyyeti*, Kahire 1995, s. 44; Mütevellî, Abdülhamit, *Mebâdiu Nizâmî'l-Hukm fi'l-İslâm*, İskenderiyye 1978, s. 349.

1. Doğal Hukukun Doğal Hakları

Doğal hukuk fikrinin kökleri, Panteist ve kaderci bir felsefeye sahip Stoa ekolüne kadar uzanır. Stoa'ya göre her şeyi kapsayan 'tanrısal akıl (logos)', bütün evrene yön vermektedir ki, onun bir parçası olan insan zihni de evreni kavrayabilir ve doğaya uygun yaşamak suretiyle ruh dinginliğine ulaşır. Bu yaklaşımda insan tabiatının birliği, eşitlik ve özgürlük fikrine dayalı, akılda mündemîç ve değişmez olan tabii hukuk, doğa tarafından verili değil, *doğaya uyum*; dünyanın gidişatı, varlık ve oluşun kanunlarıyla uyum içinde olan hukuktur.⁹ Roma Stoası'ndan Seneca, bir yandan bilge kişinin mutlak içsel özgürlüğünden, öte yandan özgürlüğün haricî boyutu ve koşulu olarak dış düzenle makul bir uyum içine girilmesinden söz ederek, önemsiz ama bir yazgı saydığı dışsal-bedensel köleliği makul göstermeye çalışır.¹⁰ Oysa, dış dünyada baskı ve esaret altındaki insan zihnen de özgür olamaz. İnsanın maneviyatını fizyolojisinden ayıran, ruhu dış koşullarından soyutlayan bu düalist anlayışın insanın dengeli varlıksal bütünlüğüyle uyummadığı, onu kabiliyetlerin köreldiği tek boyutluluğa indirgediği, dolayısıyla, insan hakları için temel oluşturamayacağı açıktır. İnsanın fizyolojisini, manevî ve medenî yönlerinden ayırmayan İslâm ise, yalnızca bireyin sosyalleşmesini değil, onun dengeli ve otonom yapısını geliştirecek adil bir sosyal düzen inşasını da öngörür.

Ortaçağ Hıristiyan teolojisinde ise kavrama, ilahî akıl-beşerî akıl ayrımını öne çıkartan yeni bir açıklama getirilmiştir. Buna göre, Tanrı'nın melekûtunun bir alt bölümünü teşkil eden ve insanın davranışına yön verecek olan tabii hukuk, onun aklına da kodlanmıştır. St. Augustin, St. Paul'un putperestlerin de 'yüreklerinde yazılı' bir yasanın varlığına ilişkin ifadelerinden¹¹ hareketle, insanın ilk günahattan ve bu nedenle de pozitif hukuka bağımlı kılınmasından önce bir doğal hukuk düzeni içinde yaşadığı sonucuna varmıştır. Ona göre, kutsal aklın ürünü olan 'ebedî yasa', doğal düzene riayeti emreder. Bu yasanın insan tarafından algılanış biçimi, insanın günahkarlığı yüzünden ebedî yasaya göre

9 Bloch, Ernst, "Marksizm ve Doğal Hukuk", *Defter*, sy. 40, İst. 2000, s. 130. Bk. "Tabii Hukuk" *Ana Britannica* (nşr. Philip W. Gretz ve dğr.) İst 1994, X, 237; Gökberk, Macit, *Felsefe Tarihi*, İst. 1999, 91. vd.

10 Ağaoğulları, M. Ali - Köker, Levent, *İmparatorluktan Tanrı Devletine -Siyasal Düşünceler-*, Ank. 1991, s. 64, 69. Roma Stoası, imparatorluğun çeşitli unsurlarının siyasi otoriteye itaatini sağlayacak evrenselleşme potansiyeli olan yeni bir anlayış ihtiyacını yansıtıyordu. Bk. Davutoğlu, Ahmet, "Küreselleşme, Zihniyet Bunalımı ve Demokrasi", *İslâm ve Demokrasi* (nşr. A. Bardakoğlu ve dğr.), İst. 2000, s. 91-92. Nitekim, Cicero, tüm insanların ona göre doğa yasalarını uygulayan Roma'nın hakimiyeti altına girmesinin doğrulamaya çalışırken emperyalizm, çözümsüzlük ve köleliği onaylamış olur. Bk. Ağaoğulları-Köker, *a.g.e.*, 39, 42-43.

11 "Kutsal Yasa'dan yoksun olan uluslar kendiliklerinden bu Yasa'nın gereklerini yaptıkça, Yasa'dan habersiz olsalar bile kendi yasalarını koymuş olurlar. Böylelikle Kutsal Yasa'nın gerektirdiklerinin yüreklerinde yazılı olduğunu gösterirler. Vicdanları buna tanıklık eder. Düşünceleri de onları suçlara ya da savunur." Romalılara Mektup, 2/14-15.

bozulmuş biçimi, 'doğal yasa'dır. Ondan sonra gelen 'pozitif yasa'nın adil olması, 'ilahî yasa'ya uygun olmasına bağlıdır.¹²

Thomas Aquinas da dört çeşit yasadaki bahseder: 1) Ebedî Yasa: Yaratılmış şeylere, evrenin hükümdarı olan Tanrı tarafından yol gösterilmesi şeklindeki yasadır. 2) Doğal Yasa: Tanrı'nın aklındaki kemaliyle insanlarca kavranamayan ebedî yasadaki insanların pay almasıyla beliren, aklın ilk buyruğu ve evrensel olan kurallardır. İnsana özgü iyiye doğru belli bir eğilim de dahil olmak üzere bütün eğilimler doğal yasaya dahildir. 3) Beşerî Yasa: İnsan aklının doğal yasanın öncüllerinden hareketle ulaştığı yasalardır ki, bunlar, doğal yasa'yı kaynak aldıkları ölçüde akla uygundur. 4) İlahî Yasa: İnsan bir sonsuz kutsanmışlık gayesine layık görüldüğü, bu da doğal insanlık yetileriyle orantılı olmayı kat kat aştığı için, insanı bu gayeye yöneltmek üzere doğal hukuk ve beşerî yasa yanında Tanrı tarafından verilmiş yasadır.¹³

St. Thomas, doğal yasa'yı, Duns Scotus ve Ockhamlı William gibi filozofların aksine ilahî iradeye değil, ilahî akla bağlar. Bu yaklaşım, İbn Teymiyye, Mutezile ve Maturidiyye'de görülen, 'ilahî iradenin bir hikmet içermemesinin Allah'ın yüceliğine yarışmayacağı' görüşüne yaklaşmaktadır.¹⁴ St. Thomas'a göre, doğal hukukun kendi iyiliğini gözetme, Tanrı bilgisini arama gibi temel kurallarının evrensel bir uygulaması bulunmaktadır. Çünkü, aklın genel ilkeleri bazında, herkesçe eşit ölçüde bilinen tek bir gerçeklik ya da doğruluk ölçütü vardır. Bunun yanında, teorik aklın tikel sonuçlarındaki gerçeklik ölçütü herkes tarafından eşit ölçüde bilinmez. Pratik aklın tikel sonuçlarının ise ne herkes için aynı doğruluk ölçütü vardır ne de herkesçe aynı şekilde bilinir.¹⁵

Daha sonraları XV-XVI. yüzyıllarda gelişen Rönesans ve Reformla birlikte, tabii hukuk anlayışı, ortaçağdaki ilahî hukuk mefhumundan ve dinden soyutlanma eğilimi göstermiştir. Buna göre tabii hukuk, melekût aleminin bir yansıması veya alt parçası değil, tabii düzenle bağıntılı ve/veya akılda mündemiçtir.¹⁶ Aydınlanma düşünürleri de kavram üzerinde önemle durmuş, farklı tanım ve açıklamalar getirmiştir.

12 *Ana Britannica*, X, 237; Ağaoğulları-Köker, *a.g.e.*, 139.

13 Thomas, "Toplu Dinbilim", *Batıda Siyasal Düşünceler Tarihi*, (trc. ve nşr. Mete Tuncay), Ank. 1985, I, 378-379.

14 İbn Teymiyye, *Mecmû'u'l-Fetevâ* (nşr. Abdurrahman b. Muhammed), Mekke 1381-1386.VIII, 480; Maturîdî, *Kitabu't-Tevhid*, (nşr. F. Huleyf), Beyrut 1970, s. 216; İzmirli, *Yeni İlm-i Kelam* (nşr. S. Hizmetli), Ank. 1981, 283. Eş'arîler ise voluntarist bir anlayışa sahip olmakla birlikte, hükümlerin aklın ve insan tabiatının benimseyebileceği şekilde açıklanan maslahatlar içerdiğini kabul eder. Şatbî, *Muvafakât* (trc. Mehmet Erdoğan), İst. 1990, II, 315.

15 Thomas, *a.g.m.*, 383.

16 Akbay, Muvaffak, *Umumi Âmm Hukuku Derstleri*, Ank. 1948, s. 178-179; Kapani, Münci, *Kamu Hürriyetleri*, Ank. 1976, s. 30; Hazard, Paul, *Batı Düşüncesindeki Büyük Değişme* (trc. Erol Güngör), İst. 1994, s. 286.

Devletin toplum sözleşmesiyle ortaya çıktığını ileri süren Grotius'a göre, ahlâkî ilkeleri ve bireylerin tabiatlarında mündemice hakları ifade eden tabii hukukun yürürlüğü, Tanrı'dan ve ilahî hukuktan önce gelir. Allah matematiksel bilgileri değıştirmedigi gibi, haklıyı da haksız kılmaz.¹⁷ Bu düşünce, ilahî iradeye bağılı olmaksızın ahlâkî değerlerin varlığını, başka bir ifadeyle, iyilik ya da kötülüğün davranışın özüne ait ve akılla kavranabilecek nitelikler olduğunu kabul eden Mu'tezilî görüşü hatırlatmaktadır. Mu'tezile'ye göre, mükellefin yapmakla ya da terk etmekle yükümlü olduğu ne varsa, Allah onları tafsilatsız biçimde akla yerleştirmiştir ki, yükümlülüklerin akla uygun olmasının açıklaması budur.¹⁸ Eş'arîlere göre de peygamberler, aklın reddetmediği, ama aynı zamanda hakikatine erişemediği gaybî bilgileri, va'd-va'id ve maslahatların ayrıntılarını getirir.¹⁹ Aklın kavramayı sağlayan bir vasıta olduğunu söyleyen Maturidîler açısından da vahiy akli aşan bilgiler içerir, ancak ona aykırı değildir.²⁰ Dolayısıyla kelâmcılar, ilahî hükümlerin insan fitratinın işaret ettiği ahlâkî normlarla çelişme ihtimalini kabul etmez.²¹ Grotius ise bir yandan tabii hukukun Tanrı'ya izafe edilebileceğini söylerken, diğer yandan, ilahî nizamın bir parçası olarak haklı görülen savaşların bir gün insanların yaptıkları kanunlarla yumuşayıp ortadan kalkacağını ve ilahî nizamdan beşerî nizama geçileceğini ileri sürer.²² Bu yaklaşımda, St. Augustin ve Thomas'da görülen ilahî hukuk-tabii hukuk ayrımı dönüştürülür ve tabii hukuk, ilahî hukuku aşacak bir beşerî nizama temel oluştururken, ideal olanı ifade ederken kelâmcılara göre, ideal olan, ilahî hükümlerin alternatifi değildir.

Grotius'un düşüncesinde tabii hukuk, somut bir durumda kendini göstermesi zorunlu olmayan, doğanın bütününe standart getiren, doğanın içine kazanmış ya da onu oluşturan bir hukuktur. Burada 'doğanın sözü (lex naturae)'ndeki iyelik hali, nesneye aittir. Doğa, yasaların evrensel uygulama alanı ya da yasalarca evrensel olarak hükmedilen alandır. Burada yer çekimi ile hukukun en temel ilkesi olan 'ahde vefa (pacta sunt servanda)²³ arasında yalnızca alan farkı vardır.²⁴ Akıl da

17 Meczûb, M. Saîd, *el-Hurriyyetü'l-âmme ve hukûku'l-insân*, Lübnan-Trablus 1986, s. 24-25; Erdoğan, a.g.e., 11; Abadan, Yavuz, *Hukuk Felsefesi Dersleri*, Ank. 1954, s. 137.

18 Kâdî Abdülcebbar, *el-Muhîb bi't-teklîf* (nşr. cs-Seyyid. Azmi, A. F. el-Ezherî), Kahire ts. (Dâru'l-Mısriyye), s. 31-32; *Şerhu'l-Usûli'l-Hamse* (nşr. Abdülkerim Usmân), Kahire 1988, s. 75, 42.

19 el-Cüvcynî, *el-Akîdetü'n-Nizâmiyye fi'l-erkânî'l-İslâmiyye*, İst. ts. (İFAV yay.), s. 63; Şchristânî, *el-Milel ve'n-Nihal* (nşr. E. A. Mchnâ, A. H. Fâur), Beyrut 1415/1995, I, 396.

20 Ebû Uzbe, *er-Ravdatü'l-Behiyye fî mâ beyne'l-Eşâ'ira ve'l-Mâturidiyye*, Haydarâbâd 1322, s. 37.

21 Bk. Ardoğan, Recep, "Kelâmcılara Göre Allah'a İmanda Akıl Yürütmenin Değeri", *C.Ü.İ.F.D.*, VIII/1 (2004), s. 155.

22 Hazard, a.g.e., 288.

23 Ona göre sosyal sözleşme gereği devlet, gerek biryle gerekse başka devletlerle olan ilişkilerinde, hatta savaşta da hukuka tabidir. Hirs, Ernest, *Hukuk Felsefesi ve Hukuk Sosyolojisi Dersleri* (nşr. S. B. Veziroğlu), Ank. 1996, s. 189-190. Grotius, Uluslararası Hukukun kurucusu sayılsa da Kur'an'da ahde vefanın vurgulandığı (el-İsrâ; 17/34; en-Nahl, 16/91; et-Tevbe; 9/4); İslâm'da savaşın belli nedenlere bağılı olduğu ve savaşta çocuklar, kadınlar, savaşamayacak durumda hasta ve yaşlı olanlar ve din adamlarına dokunulmamasının emredildiği bilinmektedir.

24 Bloch, a.y.

bütün sosyal, siyasal ve kişisel ilişkilere hakim olması gereken esası, ahlâk ve hukukun a priori ilkelerini gösterebilir. Oldukça soyut ve rasyonalist bu anlayışta tabîî hukukun²⁵ keşfedilmesi gereken, yani pozitif olanın karşısında ideali ifade eden bir hukuk olduğu söylenebilir.

Doğal hukuka ilişkin diğer bir görüş ise ‘kendiliğinden-gelişme’yi ön plâna çıkarır. Bu, daha ziyade Anglo-Amerikan anlayışdır ve pozitif hukukun, ‘common law’²⁶ gibi bir tür toplumsal evrim sonunda ‘doğal olarak’ ortaya çıkan kural sistemlerine göre iyileştirilmesi gerektiği düşüncesine dayanır. Bu, Hume ve İskoç Aydınlanma düşünürlerinin yaklaşımıdır.²⁷ Bu anlayışlarda doğal hukuk, keşfedilmeyi bekleyen bir sabite olup, toplum, toplumsal ilişkiler ve hukukun olmadığı ‘tabîî hâl (doğa durumu/natural state)’ özgürlüklerinden normatif oluşu yönüyle ayrılır. Bu ikinci anlama işaret etmek için burada, ‘doğa yasası’ tabiri kullanılacaktır.

2. Doğa Durumu Hakları ve Sosyal Sözleşme

İnsanın varlığına bağlı soyut haklardan söz eden Aydınlanma düşünürleri, bunlara iktidar-birey ilişkisi bakımından rasyonel bir temel sağlamak üzere, insanların hiçbir yasaya bağlı bulunmadığı doğa durumu ve sosyal sözleşme kavramlarına başvurmuşlardır. Ancak, sosyal sözleşme kavramına ilişkin başlıca üç başlıkta toplayacağımız önemli anlayış farklılıkları vardır.

2.1. Leviathan

İç savaş ortamında yetişen Hobbes, kralın yetkilerinin tartışmaya açılmasından duyduğu kaygılardan dolayı,²⁸ doğa durumu ve sosyal sözleşme kavramlarını bireysel ‘özgürlükler’i değil, amacı bireysel ‘güvenlik’ olan devletin²⁹ mutlak egemenliğini temellendirmek için kullanmıştır. Ona göre, ferдин doğal olarak her şeye hakkı olmasını ifade eden doğa yasası, herkesin herkese karşı daimî savaş halinde olduğu doğa durumunda, barışı ve kendini korumak için her insanın başkalarına karşı, ancak kendisine karşı onlara tanıyacağı kadar özgürlükle yetinmesi kuralını getirir.³⁰ Bunun yolu da insanların tüm güçlerini tek bir kişiye karşılıksız devretmeleriyle, bir ‘ejderha (leviathan)’ konumundaki devletin tesisidir.³¹ Hobbes, devletin özgürlüğünün toplumsal yasaların hiç olmadığı tabîî halde her bireyin sahip olduğu özgürlükle aynı olacağını söyler

25 Muftî, M. Ahmed - el-Vekîl, S. Salih, *en-Nazarîyyetu's-siyâsiyyetu'l-İslâmîyye fî hukûka'l-insânî'sher'iyye*, Katar 1410, s. 29; Başgil, A. Fuat, “Devlet Nizamı ve Hukuk”, *İ.Ü.H.F.M.*, XIX (1953), s. 582; Erdoğan, a.y.

26 Common law, örf ve âdet hukuku, teamül ve içtihatlarla dayalı hukuk demektir.

27 Erdoğan, a.y.

28 Sarıca, Murat, *100 Soruda Siyasî Düşünce Tarihi*, İst. 1993, s. 62.

29 Hobbes, Thomas, *Leviathan* (trc. Semih Lim), İst. 1993, s. 127.

30 Hobbes, a.g.e., 94, 97.

31 Hobbes, a.g.e., 129-130.

ki,³² bu, münferit yaşamın kaos ortamının yerini, birey-devlet arası güvensiz ortamın alışıdır.

Egemenliği mutlak; onun esası ve özünü oluşturan hakları devredilemez ve bölünemez sayan Hobbes'ta olduğu gibi,³³ onun etkisinde kalmış olan Benedictus De Spinoza'nın düşüncesinde de egemen güç, insanlar bütün haklarını, zımnen veya açıkça ona devrettiği için bir takım yasalarla sınırlanmış değildir, ama herkes ona uymak zorundadır.³⁴ Egemen, Tanrı'ya vahyolunmuş yasalara göre itaati reddederse, bunun riskini de göze almış olur, ama istediğini yapmak hakkına sahip olduğu için herhangi bir toplum ya da doğa yasasını çiğnemiş, uyrukların haklarını ihlal etmiş olmaz.³⁵ Oysa kelâmcılara göre, devlet başkanının gerekliliği ve varlık nedeni, onu da bağlayan dinî hükümlerin uygulanması, sosyal düzen ve bireylerin karşılıklı yararlarının sağlanmasıdır.³⁶

"Hiç kimse doğal olarak Tanrı'ya itaat borçlu olduğunu bilmez, bu bilgiye yalnızca aklını kullanarak da varamaz, ancak belirtiler ile desteklenen vahiy sayesinde ulaşabilir."³⁷ diyen Spinoza'ya göre, doğa durumu dinin ve yasanın, dolayısıyla da günahın ve suçun bulunmadığı ve insanların özgür olduğu bir durumdur. İslâm alimleri de vahyin ulaşmadığı insanların durumunu tartışmışlar, ancak bunun Spinoza'nın anlayışındaki gibi, tabî bir hâl olarak düşünmemişlerdir. "Doğal durumun, yalnız bilgisizlik bakımından, vahyolunmuş ilahî yasa ve haktan önce geldiğini ve bundan yoksun olduğunu öne sürmüyoruz; bu, aynı zamanda, bütün insanların özgür doğmuş olmaları açısından da böyledir."³⁸ diyen Spinoza'nın aksine, kelâmcılar, risaletin önceki vahyin unutulup hak dinin bozulacağı kadar duraksaması anlamına gelen "fetret" kavramıyla, bunun arizî bir olgu olduğunu belirtirler.³⁹ Diğer yandan Allah'a dair bilgilerin nazarî/iktisabî olduğunu düşünen Mutezili kelâmcılar, kendisine ilahî vahiy ulaşmasa da insanın Allah'ı bilmekle yükümlülüğünü, ayrıca nimet verene şükürün, iyilik ve kötülüğü bilmenin akli vacipler olduğunu kabul eder.⁴⁰ Eş'arîlerin temsil ettiği yaklaşıma göre ise, akıl, hükümlerin tümünün vacipliğinde şart olmakla birlikte 'hâkim' ve 'vacip kılıcı' olmadığından,

32 Hobbes, *a.g.e.*, 157-158.

33 Hobbes, *a.g.e.*, 136, 153.

34 Spinoza, Benedictus, "Din ve Siyaset Üstüne Bir İnceleme" (trc. Harun Rızatepe), *Batıda Siyasal Düşünceler Tarihi* (nşr. M. Tuncay), Ank. 1986., II, 266, 268.

35 Spinoza, *a.g.m.*, II, 269, 272. Ancak Spinoza, daha üstün gördüğü demokraside, hiç kimsenin doğal hakkını artık olaylarda bir daha hiç söz sahibi olamayacak şekilde devretmediğini belirtir. *a.g.m.*, II, 273.

36 Kâdî Abdülcobbâr, *a.g.e.*, 751; Gazzâlî, *el-İktisâd fi'l-İtikâd* (nşr. M. cd-Dınişki), Mısır ts. (el-Matabaattü'l-Edebiyye), s. 105; İbn Humâm, *Kitabu'l-Musâyere*, İst. 1400/1979, s. 254.

37 Spinoza, *a.g.m.*, II, 271.

38 Spinoza, *a.g.m.*, II, 272.

39 Bk. İbn Kesîr, *Tefsîru'l-Kur'âni'l-Azîm* (nşr. Y. A. Meraşlı), Beyrut 1987/1407, II, 37; Fahreddin er-Râzi, *Tefsîr-i Kebîr (Mefâtihu'l-gayb)* (trc. S. Yıldırım ve dğr.), Ank. 1990, IX, 11-12; Akçay, Mustafa, *Çağdaş Dünyada İnsan ve Dinî Sorumluluğu (Fetret Ehli Örneği)*, İst. 2002, 355 vd.

40 Bağdadî, *Usûlü'd-Din*, Beyrut 1401/1981 (İst. 1346/1928'den ofset), s. 256; *el-Fark beyne'l-Firak* (nşr. M. M. Abdülhamîd), Beyrut, 1416/1995, 129-130, 168. Şehristânî, *a.g.e.*, I, 66, 72, 84, 91.

şer'î hükümler gelmedikçe teklif gerçekleşmezken, Ebu Hanife ve İ. Maturîdî başta olmak üzere Maturidiyye'nin çoğunluğuna göre, vahiy ulaşmadığında kişi, ahlâk alanında sorumlu değilse de Allah'ı bilmekle yükümlüdür.⁴¹ Kelâmcılar, iyilik ve kötülüğün aklen vacipliğini 'aklî şeriatı kabul' olarak niteler ki,⁴² bu, Spinoza'nın doğal hukuk anlayışından oldukça farklıdır. Ona göre, 'Doğal hak' ve 'doğa düzeni', yalnızca her bireyi belli bir şekilde yaşamak ve davranmak üzere belirlediğini düşündüğümüz doğa yasalarıdır.⁴³ Kendine ve başkalarına zarar vermeden var olmak ve çalışmaktan ibaret olan⁴⁴ doğal hakkı belirleyen sağduyu değil, istek ve güçtür.⁴⁵ Oysa, mezkur kelâmcılara göre, aklî hukuk evrensel ahlâkî ilkeleri içerir ve akl-ı selîm tarafından belirlenir (kavranır).

Spinoza'nın açıklamalarında doğal hukuk, doğadan öğrenilen ve somut zemini doğada bulan kanunlardır. "Burada doğa kavramı, bir şeyin 'öz'ünden ya da 'doğa'sından panlojistik bir türeyişin devasalığına doğru yükselir. Kiranın, satın alınan ve despotizmin 'doğa'sından yapılan çıkarsamalar Roma hukukunda zaten görülmekteydi. Dünyanın mantığı ve onun yüce ilkesinden yapılan çıkarsamalar da başa aydınlanma dönemi boyunca görülebilir."⁴⁶ Burada varlığını sürdürme ilkesi, doğadan doğayla nasıl münasebet kurulacağını çıkarmayı sağlar. Bu yaklaşımda doğal hukukun, doğrulanması güç bir kapsayıcılığa; birbiriyle çelişen değişik görüşleri haklılaştırmak için kullanılacak bir açılıma sahip olduğuna dikkat edilmelidir.

Bu anlatılanlardan, Hobbes ve Spinoza'nın hak kavramını, ahlâkî bağlamından kopardığı ve 'olan'a indirgediği anlaşılmaktadır. Halbuki, bir haktan bahsedebilmek için, o hakkın konusundan yararlanma yetkisinin, hukuken ya da ahlâken, açıkça ya da zımnen 'tanınma'sı gerekir. Halbuki, doğanın düzenine bağlı, bireyin güç ve istemiyle belirlenen doğal hak anlayışı, aslında haklı olmayı güçlü olmaktan ayıracak ve neyin zarar verici bir davranış olduğunu gösterecek bir kriter sunamaz.

Diğer yandan, İslâm'a göre, insan kendi varlığının ve aslî haklarına zemin oluşturan potansiyellerinin nihaî sahibi olmadığı gibi, Yaraticıya karşı da bireysel olarak sorumlu oluşu⁴⁷ onun haklarını başka mercilere devretmesine engeldir. Birey, bir hakkın kendisinden değil, belli durumlarda kullanımından vazgeçebilir. Bu da sabit bir hakta mündemiç takdir yetkisinin kullanımınıdır.

41 cl-Cüvcyni, *el-Akîdetü'n-Nizâmîyye fi'l-Erkânî'l-İslâmîyye*, İst. ts. (İFAV yay.), s. 59, 63; Beyâzî, *İşârâtü'l-merâm min ibârâti'l-İmâm* (nşr. Y. Abdurrazık), Kahire 1368/1949, s. 84. Geniş bilgi için bk. Ardoğan, Recep, "Mu'tezile'ye Göre Allah'a İman Konusunda Aklın Gücü ve Sorumluluğu", *Marife*, III/3 (2003), s. 297-302.

42 Bk. Kâdî Abdülcebbar, *el-Muhît bi'l-teklîf*, 33; Şchristânî, *a.g.e.*, I, 91; İzmirli, *a.g.e.*, 183.

43 Spinoza, *a.g.m.*, II, 261, 271-273.

44 Spinoza, *a.g.m.*, II, 276.

45 Spinoza, *a.g.m.*, II, 262.

46 Bloch, *a.y.*

47 Bk. Meryem, 19/80, 95; cl-En'âm, 6/94, 164; cl-İsrâ, 17/13-14; cl-Bakara, 2/286; cn-Nccm, 53/38-39 vs.

Üstelik takdir yetkisi, her hak için, örneğin hayat hakkı için söz konusu değildir. Nitekim, intihar ve ötanazi⁴⁸ doğru görülmez.

3.2. Genel İstem

Rousseau'ya göre doğa durumunda özgür olan insanlar, ayrıca güvende olmak için, sınırları kişinin gücünde bulan doğal özgürlüğünün yerine, halkın oyuyla belirlenmiş ve gerçek bir yetki içeren toplum özgürlüğünü getiren bir toplum sözleşmesi yapmışlardır.⁴⁹ Bu mukâvele, doğal eşitliği ortadan kaldırmak şöyle dursun, tam tersine, doğanın insanlar arasına koyduğu maddî eşitsizlik yerine manevî ve haklı bir eşitlik getirir.⁵⁰

Rousseau, bir yandan egemen varlığın sınırlarını aşamayacağı toplum sözleşmesinde bireylerin bir takım haklardan vazgeçmesinin söz konusu olmadığını,⁵¹ öte yandan her bireyin kendini bütün haklarıyla topluma; sözleşmeyle ortaya çıkan 'genel istem'e bağladığını ileri sürer. Ona göre, herkes kendi üzerinde başkasına tanıdığı hakların aynısını elde etmiş ve elindekini korumak için daha çok güç kazanmış olduğundan, aslında, hiç kimseye bağlanmamış olur.⁵² Bunun yanında, kendini kurmuş olan kişilerden oluştuğu için, egemen varlığın bu kişilerin çıkarlarına aykırı çıkarı olmadığı gibi, herkesin insan olarak sahip olabileceği özel istemi de yurttaş olarak sahip olduğu genel isteme aykırı ya da karşıt olamaz.⁵³ Ütopik biçimde kişilerin ferdiyetinin kaybolduğu bu açıklamalar, genel istemin nasıl tezahür ettiği sorusunu gündeme getirmektedir.

Rousseau'ya göre, yalnız ortak yararı göz önünde tutma özelliğiyle 'genel istem', özel istemlerin toplamından ibaret olan 'herkesin istemi'nden ayrılır. Genel istem her zaman doğrudur, oysa, insanın kendi iyiliğinin ne olduğunu her zaman kestiremediği ve halkın da çoğu kez aldatılabildiğine bakılırsa, halkın kararları her zaman aynı doğrulukta değildir.⁵⁴ Rousseau'nun düşüncesinde, bireylerin tüm varlık ve gücünü hep birlikte genel istemin buyruğuna verdiği toplum sözleşmesiyle oluşan tüzel ve kolektif bir bütün içinde birey, egemen varlığın üyesi olarak kişilere karşı, sonra da devletin üyesi olarak egemen varlığa karşı bağlanmış bulunmaktadır.⁵⁵ 'Genel istem' konseptinin bu muhte-

48 Ötanazi, tedavisi mümkün olmayan, ağır ve son derece ızdırıp verici bir hastalığa müptela kişinin, ızdırabına son vermek üzere, kendi rızasıyla öldürmek ya da ölmesini çabuklaştırıcı yöntemler uygulamaktır. Ötanazi, kötüye kullanıma, hastanın tedavi edilemezliğine dair hatalı karar verilmesi, yeni tedavi yöntemlerinin keşfedilme olasılığı gibi argümanlarla modern tıpta da tartışmalı bir konudur. Bk. Çağlayan, M. Muhtar, "Ötanazi ve İntihar", *Adalet Dergisi*, sy. 1, Ank. 1966, s. 17; Kaboğlu, İbrahim Ö., *Özgürlükler Hukuku*, İst. 1996, s. 150.

49 Rousseau, *a.g.e.*, 30, 43.

50 Rousseau, *a.g.e.*, 34.

51 Rousseau, *a.g.e.*, 43.

52 Rousseau, *a.g.e.*, 25-26.

53 Rousseau, *a.g.e.*, 28-29.

54 Rousseau, *a.g.e.*, 39.

55 Rousseau, *a.g.e.*, 26-27.

vasıyla, milli iradeyi temsil ettiğini iddia eden siyasal irade için gerekçe oluşturabilecek soyutluğa sahip 'millet egemenliği' kavramına temel oluşturmaktadır ki, bu özelliğiyle bireysel hak ve özgürlüklerin inkar ve ihlalini haklılaştırıcı bir fonksiyona sahiptir. Temel ilgilerini liderlik ve liderin nitelikleri ve şartlarına veren⁵⁶ Müslüman kelâmcılar ise, ne yönde tezahür edeceği belli olmayan millet egemenliği kavramına yabancıdır. Bugünkü anlamda kurumsal ve tüzel kişiliğe sahip devlet kavramının gelişmemesi, birey-devlet ilişkisinin kavramlaşmamasına neden olmakla birlikte, halife, tasarruflarından bireysel olarak sorumludur ve dokunulmazlık hakkına da sahip değildir.⁵⁷ Dolayısıyla, toplum, siyasal iktidarı belirler, ancak soyut ve mutlak bir egemen varlığa kaynaklık edemez.

2.3. Sivil/Medenî Toplum

Çoğu düşünürlere göre, sosyal sözleşmeyle doğa durumundan medenî duruma geçilmiş ve doğal hakların yerini de 'medenî haklar (civil rights)' almıştır. Onlardan Liberalizmin öncüsü sayılan John Locke doğa durumunu insanın, başkasının iradesine bağlı olmadan, malları ve kişilikleri üzerinde uygun buldukları gibi tasarrufta bulunacağı mükemmel bir özgürlük ve eşitlik durumu olarak açıklar. Bununla birlikte doğa durumu, başıboşluk durumu olmayıp, tüm insanlığa eşit ve bağımsız olduklarını; kimsenin başkasının canına, özgürlüğüne veya mülküne zarar vermemesi gerektiğini öğreten ve herkes için bağlayıcı bir 'doğa yasası (akıl)' vardır.⁵⁸

Locke, insanların kendilerini bir yönetim altına sokarak devletlerde birleşmelerinin temel amacının, -canlarının, özgürlüklerinin ve mallarının karşılıklı korunmasını da içeren- mülkiyetlerinin korunması olduğunu söyler. Ona göre, insan, toplum sözleşmesiyle, saldırganları cezalandırma erkini tümüyle; kendisinin ve insanlığın korunması için uygun gördüğü her şeyi yapma erkini ise toplumun koyduğu yasalarla düzenlemek üzere, kendisinin ve insanlığın korunmasının gerektirdiği ölçüde bırakır.⁵⁹ O'na göre, Allah, bireye bile kendi yaşamına sahip olma hakkını vermediğinden, siyasal iktidarın bireylerin yaşamına sahip olmasının hiçbir gerekçesi yoktur. Yalnızca başka bireylerin hayat ve haklarını korumak gibi daha önemli bir sebeple meşrulaşmadıkça, uyruklarının hayatlarına karşı devletin giriştiği bir eylem ahlâka aykırıdır ve bu yüzden yasal olarak geçersizdir ve devrim için 'yeterli karineye sahip bir haklılık durumu (a prima facie case)' varolur.⁶⁰

56 Ayubi, Nazih, *Political Islam –Religion And Politics in The Arab World-*, London and New York, 1994, s. 15.

57 Mubarek, Muhammed, *Nizâmu'l-İslâm –el-Hukm ve'd-devle-*, Kahire 1394/1974, s. 24.

58 Locke, "The Two Treatises of Civil Government", 530.

59 Locke, *a.g.m.*, 558.

60 Frankel, Charles, *Human Rights And Foreign Policy*, New York 1978, s. 18.

Fertlerin kendi kişisel egemenlik hakkına dayanarak yaptıkları sözleşmeyle siyasal toplumun oluştuğunu söyleyen⁶¹ Thomas Paine de hakları 'tabii haklar' ve 'medenî haklar' şeklinde kategorize eder. 'Tabii haklar', insanda varlığının gereği olarak bulunan haklardır. 'Medenî haklar' ise bir insanın toplumun bir üyesi olmak sıfatıyla haiz bulunduğu haklardır. Her medenî hak, bireyin her zaman tek başına kullanamayacağı, bir tabii hakka dayanır. Güven ve korunma ile ilgili bütün haklar bu türdendir. Tabii hakları da iki kategoriye ayıran Paine'e göre, ferdin kendinde alıkoyduğu tabii haklar, onları kullanma ve saydırma kuvvetinin bireyde, hakkın kendisi kadar tam ve mükemmel bulunduğu haklardır. Bütün dinî özgürlükler de dahil olmak üzere fikrî haklar bu gruptadır. Fertçe alıkonmayan tabii haklar ise, 'kendi davasında hakimlik etme' gibi, bireyde hakkın kendisi tam olmakla beraber, onu kullanma ve saydırma kuvvetinin tam bulunmadığı, bu nedenle de onun için başvuru yeri olacak topluma bıraktığı haklardır.⁶²

Bu görüşlere göre, sosyal sözleşme, siyasî bünyeden önce gelen tabii hakları yasal niteliğe kavuşturacak bir temel sağlıyor, bireylerin hak ve özgürlüklerine saygı devletin amacı ve yükümlülüğü oluyor, bu da devlet otoritesini sınırlandırıyordu. Sonuçta, sosyal sözleşme kuramının temel işlevi, zorba yönetime direnme hakkını ilahî hukuka refere etmeden aklî siyasal gerekçelerle ortaya koymasıydı. Onlara göre, ilahî olana bağlı kalındıkça, din adamlarının ve kilisenin iktidarı; meşruiyetini Tanrı'nın iradesinden almış bir kral ve devletin kıskacındaki bir 'tebaa'dan başka bir şey çıkmayacaktı. Oysa, tevhit inancının gösterdiği üzere, ilahî irade ile beşerî irade ayırt edildiğinde, ne devlet ve siyasal otorite bir mülk olarak görülür ne de bireyin hakları kralın iradesine bırakılır.

3. Sosyal Sözleşmeye Yöneltilen Eleştiriler

3.1. Tarihî Gerçekliğe Aykırılık

Tarihsel ve Pozitivist Hukuk ekollerine göre devletler, insanların bireysel yaşamdan toplumsal yaşama geçiş kararı sonucu herhangi bir sözleşme ile değil, başından beri doğal olarak mevcut aile, kabile gibi ilk gruplaşmalar sonucu aşamalı olarak oluşmuştur.⁶³ Başından beri bir aileye bağlı olmasından dolayı insan, fiilî bir sözleşme olmaksızın riayet edilen belli bazı kuralları bulunan sosyal ilişkilerin dışında kalamayacaktır. Ayrıca, iktidar topluma içseldir; onsuz hiçbir kolektivite olamaz.⁶⁴ Diğer yandan, doğa yasasına rağmen bir anda böyle bir sözleşmenin nasıl yapıldığı, her ferdin onayının nasıl sağlandığı ve özellikle güçlüler açısından nasıl geçerli olduğu açıklama gerektirmektedir. Toplum sözleşmesi, bir varsayım şeklinde ortaya konulduğunda da, asıl önemli olan bu varsayımın doğrulanması ve temellendirilmesi; in-

61 Paine, Thomas, *İnsan Hakları* (trc. M. Osman Dostel), İst. 1988, s. 59.

62 Paine, a.g.e., 55-56.

63 Abadan, a.g.e., 162; Akın, F. İlhan, *Kamu Hukuku*, İst. 1979, s. 380; Kapani, a.g.e., 38. Abdulkcrim, a.g.e., 280.

64 Mourgeon, Jacques, *İnsan Hakları* (trc. Ayşen Ekmekçi-Alev Türker), y. y. ts. (İletişim Yay.), s. 14.

sanlar arasında adeta sözleşme yapılmış gibi bir durumun hakim olmasının niçin gerektiğinin açıklanmasıdır.

3.2. İnsanın Sosyal Tabiatına Aykırılık

İnsanı, toplumsal yaşamın dışında kurgulayan bir düşünce, bütünüyle temelsiz; sosyoloji, psikoloji ve antropolojinin verilerine tamamen aykırı ve ütöpiktir. Çünkü, kendisini toplumsal varlık olarak göremeyen insan için yaşamın anlamı kalmayabilir; en kutsal hakkı olan yaşama hakkını kullanabilme olanağını yitirebilir.⁶⁵

Vurgulanması gereken bir nokta da insan haklarının en başta medenî bir olgu, manevî bir değer olarak anlaşılma gereğidir. Çünkü, insanın doğallığıyla değil, doğallığı aşırıp medenî oluşuyla ilgilidir.⁶⁶ İnsanın kişilik, karakter ve anlayışını etkileyen pek çok sosyal faktörün tesiri altında beşerî varoluşunu gerçekleştirdiği göz önüne alınınca, onun sosyal bünyeden kopmuş, soyutlanmış biçimde tabîî, aslî ve ezelf haklarının varlığı doğrulanamaz.

Kur'an'a bakıldığında, Allah'ın insanı yaratınca ona eşyanın isimlerini, konuşma ve sözü (beyân) öğrettiğini vurguladığı görülür.⁶⁷ Dilin, yani zihindeki manaları dışı lafızlarla yansıtabilme yeteneğinin ancak toplum halinde yaşayan insanların birbirini anlama ihtiyacının gereği ve diyalogun temeli olduğunu⁶⁸ düşünürce, bu vurgulamadan ilahî iradenin insanın diyaloga girmesini, toplum ve umran oluşturmasını irade ettiği sonucuna ulaşılır. Belirtelim ki, bazı alimlerin insanların tabîî hukuka göre yaşadıkları bir dönemin olduğu sonucunu çıkarttığı "İnsanlar tek bir ümmetti..."⁶⁹ ayetindeki ümmet kavramı da münferit yaşam kurgusunu kaldırır. Maturîdî, ayetteki 'ümmet' kavramını 'sınıf' anlamına alır ve Allah'ın elçiler ve kitaplar göndermekle, bir onurlandırma ve ih-san olarak insanları [sıradan] bir sınıf olmaktan çıkarttığını söyler.⁷⁰ Ayrıca Maide 5/28. ayette geçen Habil'in sözlerine bakılırsa, Adem (a.s.)'den itibaren, hak ve adalet kavramlarının bulunmadığı bir doğa durumunun söz konusu olmadığı açıktır.

İnsan, tabîî ve sosyal çevreden izole edilmiş, 'ada' gibi görünen bir varlık olmayıp, ben-öteki arasındaki etkileşim ve diyalog bağlamında görünür ve ben bilincine

65 Çeçen, Anıl, *İnsan Hakları*, Ank. 1995, s. 30-31.

66 Bireysellik, çağdaş insan haklarının temel bir özelliğidir. Çünkü öznesi, herhangi bir gruba mensubiyet dikkate alınmaksızın yalnızca bir 'insan' oluşu itibarıyla bireydir. Ancak, yükümlü devlet olduğundan, siyasetin onun ikinci temel özelliğini teşkil etmektedir. İnsan hakları genellikle başka kişi veya gruplara yönelik iddialara temel oluşturulmazsa da, devlette bunlarla ilgili 'hukuk ve düzeni gerçekleştirme' yükümünü getirirler.

67 er-Rahmân 55/4.

68 Abduh, Muhammed, *Risâletü'l-Tevhîd*, Kahire 1366/1960, s. 97; Lyotard, Jean François, "Öteki'nin Hakları", *Liberal Düşünce*, IV/14 (1999), s. 147.

69 el-Bakara 2/213. bk. Yunus, 10/19.

70 Maturîdî, *Te'vilâtü Ehli's-Sünne* (thk. M. M. er-Rahman), Bağdat 1983, I, 440.

ulaşır. Bu durum, insan için sosyal yaşamın zorunluluğunun ve insanlığın ortak mirasından eşit olarak yararlanma hakkının da temelidir. İnsanın yeryüzünde halife oluşunun⁷¹ bir anlamı da, onun medenî bir varlık oluşudur. O, ancak toplumda tevarüs ettikleri ile beşerî varoluşunu gerçekleştirir, bunları geliştirdiği sürece kendini keşfeder. Kur'an'ın insanların 'referans kolaylığı olsun diye (li-teârafû)' kabile ve boylar halinde yaratıldığına ilişkin ifadesi⁷² de bu açıdan oldukça anlamlıdır. Çünkü, beşerî yaşam, bir diyalog süreci, toplumsal kimlikler de referans işaretleridir. İslâm açısından insan hakları, varoluşun bireyselliği ile sosyal karakter, özgünlük ile sosyal aidiyet arasında kurulması gereken dengenin yapıtaşları olmalıdır. Bunun yanında, aklın ve hakikatin yolu, mutlak doğruyu amaçlasa da, beşerî imkânları kaldırmaz ve farklılıklara yer verir. Bu farklılık ve özgünlük, kişi ve toplum için akıl ve hakikate bağlı bir mukadderattır.⁷³

Ahlâkî kavramların olmadığı münferit yaşam yerini sosyal düzene bırakırken, bir anda mülkiyetin temel bir hak olarak tanınması da düşündürücüdür. Nitekim Marksist öğretide doğal durum özel mülkiyeti reddedecek şekilde tasvir edilmektedir.

3.3. Ahlâkî Değerlerin İnkârı

Aydınlanma düşünürlerinin temel ilgisi klasik özgürlüklere yer açacak şekilde siyasal iktidarın sınırlanmasıdır. Bunun için de siyasal toplumun oluşumu ve amacının gösterilmesi yeterliydi. Dolayısıyla onlar, siyasal toplum olmadan bireyin kullandığı varsayılan özgürlükler üzerinde dururken, insanı tabiatın sıradan bir unsuru saymış, onun diğer varlıklardan ayrılan anlamını ve eşsiz özelliklerini, daha gelişmiş ve daha güçlü yapısına indirgemişlerdir.⁷⁴ Doğrusu, onlardan birçoğunun evrensel ahlâkî ilkelere atıfta bulunmaksızın tabîi haklardan bahsetmesi, doktrinde bir boşluk meydana getirmektedir. Çünkü, 'doğa durumu'yla belirlenen insan, doğada tasarrufta bulunmasını (ahlâken) hakka dönüştürecek bir niteliğe sahip değildir. Bu bakımdan, doğa durumundaki özgürlüklerin toplumsal sözleşmeyle fiilen hakka dönüşmesi, bunlara doğru ve yerinde olma bakımından bir temel sağlamazlar. Bu temel, yaşamaya yön verecek sabit değerlere dayanmalıdır. Çünkü, değerleri inkar ettiğimiz zaman, 'değer' kavramı da değerini yitirecek, insan hakları öğretisi, herkesin herkesle savaşı ve korku dengesine dayalı bireycilik ve ben-merkezcilik üzerine kurulacaktır. Bu nedenle doğal haklardan söz ederken, yalnızca sosyal sözleşme varsayımına değil, ahlâkî değerlere de baş vurulmalıdır. Diğer yandan Hukukî Pozitivizmin dikkat çektiği üzere, doğa durumunda, toplum ve toplumsal etik olmadığı gibi, toplumsal ilişkiler olmadan takdir yetkisi, tanınma, yükümlü ve yükümlülük gibi hakkın koşul-

71 cl-Bakara, 2/30; cl-Fâtır 35, 39.

72 cl-Hucurât, 49/13.

73 Bk. Ardoğan, Reccp, "İslâm Açısından Siyasal Özgürlük", *Düşünen Siyaset*, sy. 19, Ank. 2004, s. 198-201.

74 Killoğlu, İsmail, "İnsan ve Özgürlük Üstüne Bir Deneme", *Yeni Türkiye*, sy. 21, Ank. 1998, s. 691.

ları ve unsurları gerçekleştirilmeyeceği için özgürlük de gerçekte bir hak değil, başıboşluktur.⁷⁵ Gerçekte, özgürlükler ve hakların sınırlarının belirlenmemiş oluşu, bir anlamda, tanınmamış oluşu ve varolmayışı demektir. Ancak onlar, hakların ancak toplumsal yaşama, toplumca tanınmak suretiyle ortaya çıkabileceğini söylemek ve özgürlüğün temelini siyasal güce sahip iradede görmekle, özgürlük-otorite çelişmesini taraflardan birini aynı zamanda hakim yaparak çözmeye çalışmak gibi tehlikeli bir yola sapmışlardır.

Diğer yandan siyasal toplumun oluşumundan önce din ve ahlâkın yokluğu iması neye dayanmaktadır? Oysa, çoğu Mu'tezilîler marifetullahın a priori veya sezgisel bir bilgi, diğer bir çok kelâmcı da Kadir-i Mutlak şuurunun fitrî olduğunu söyler.⁷⁶ Bir çok psikoloğa göre de dinî ilgi doğuştan gelir.⁷⁷ Yine Antropoloji ve Dinler Tarihi üzerine yapılan araştırmalar, tarihte bir dinî inanca sahip olmayan toplum bulunmadığı sonucuna götürmektedir.⁷⁸ Burada belirtelim ki, doğal hukuk ve doğuştan hakların metafizik bir köke, idelere dayanmasına yönelen tenkitler, konuya farklı dinî grupları dışlayıcı bir perspektiften yaklaşmaktadır. Oysa, dinî kavram ve değerlerin yerine bir evrensellik yanılmasıyla ikame edilen sekülerci temel, insan haklarını dayandığı ortak ahlâkî zeminden koparmakta, dahası onun insan hakları için tek alternatif temel olarak düşünülmesi, insanların kendi mutluluklarına ilişkin arayış ve geleceklerini belirlemede izleyecekleri farklı yolları kapatmaktadır.

Burada ahlâkî normlar ilahî hükümlerle ortaya çıktığından, akılda mündemîç olmadığını ileri süren Eş'arî görüşle⁷⁹ Aydınlanma düşünürlerinin doğa durumu kavramı arasında belirgin bir ayrılık olduğunun altı çizilmelidir. İlahî mesajla gelen va'd ve va'id olmadıkça, insanların sorumluluklarını kavrayamayacağı üzerinde duran Eş'arî görüş⁸⁰ açısından, insan davranışlarının özünde sabit bir ahlâkî değer içermediği için dinî normlardan bağımsız olarak ileri sürülebilen tabii haklardan bahsedilemez. Bununla birlikte, dinî hükümler gelmeden önce davranışlar uhrevî cezaya konu olmadığı için, özgürlük aslî bir olgu olarak kalır. Bu noktada, Kur'an'ın yeryüzündeki her şeyin insanın yararlanması için yaratıldığını belirtmesi⁸¹ ve Fıkah'taki 'aslî

75 Kapani, *a.g.e.*, 39; Akın, *a.g.e.*, 381.

76 bk. Ardoğan, "Mu'tezilî'ye Göre Allah'a İman", 297-298.

77 Vergote, Antoine, "Çocuklukta Din" (çev. Erdoğan Fırat), *A.Ü.İ.F.D.*, XXII (1978), s. 318.

78 Kâsımî, M. Cemalüddin, *Delâilü't-Tevhîd*, Dımaşk 1326, s. 16.

79 Bakillânî, *Kitâbu't-Tevhîdî'l-evâil ve telhîsü'd-delâil* (nşr. I. Ahmed Haydar), Beyrut 1993/1414, s. 97; *el-İnsâf* (nşr. M. Z. el-Kevseri), Kahire 14132/1993, s. 49; Şehristânî, *Nihâyetü'l-ikdâm fî İlmî'l-Kelâm* (nşr. A. Guillaume), London 1934, s. 370; Gazzâlî, *a.g.e.*, 75-76. Âmidî, Scyfuddin, *el-İhkâm fî Usûlî'l-Ahkâm*, Mısır 1332/1914, III, 113-114.

80 el-Cüveynî, *a.g.e.*, 59, 63; Şehristânî, *a.g.e.*, 371; *el-Milel ve'n-nihal* (nşr. E. A. Mchnâ; A. H. Fâur), Beyrut 1415/1995, I, 115; Ebu Ya'lâ İbn Ferrâ, *el-Mu'temed fî Usûlî'd-Dîn* (nşr. V. Zeydan Harrad), Beyrut 1974, s. 21, 25; Gazzâlî, *a.g.e.*, 85-6; Âmidî, *a.g.e.*, III, 113; İbn Teymiyye, *Der' u teâruzi'l-akl ve'n-nakl* (nşr. M. Raşid Sâlim), y.y. 1401/1981, VIII, 25; İbn Humâm, *a.g.e.*, 160.

81 el-Bakara 2/29; Lokmân 31/20; İbrahim, 14/32-33; en-Nahl, 16/14; el-Hacc, 22/65; ez-Zuhruf, 43/13 vs.

ibâha (serbestlik)' ilkesi,⁸² İslâm'da özgürlüğün fitrî bir vakıa olarak tanındığı anlamına geldiğinin altı çizilmelidir. Bunun yanında, Eş'arî görüş açısından doğa durumu kurgusu, siyasal güç-bireysel özgürlük ikilemi bağlamında herhangi bir fikir içermez. Çoğu Maturîdîler ise, kendine vahiy ulaşmayan kimsenin amel alanında uhrevî bir sorumluluk taşımadığı noktasında Eş'arîlerle birleşmekle birlikte, iyilik ve kötülüğün davranışın özüne ait ve akılla kavranabilecek nitelikler olduğu hususunda Mutezile'yle birleşir.⁸³ Bu görüş, insan ilişkilerine yön verecek aklî-tabîî ilkeler, ahlâkî değerler olduğu ve dolayısıyla bunlara bağlı insan hak ve hürriyetleri bulunduğu fikrini ima eder.

Siyasal otorite-bireysel özgürlük ilişkisi, İslâm açısından tarihsel kurgu ve varsayımlarla değil, belli ilkeler bağlamında çözümlenebilir. İslâm'ın en önemli prensiplerinden biri, her şeyin; siyasal güç ve otoritenin de ilahî direktifler doğrultusunda, tüm toplum yararı için riayet edilmesi gereken bir emanet olduğudur.⁸⁴ Dolayısıyla, siyasal iktidar, ilahî bir hakka sahip olmayıp, halka ait olan ve toplumsal irade yoluyla ehline verilecek yetki anlamında düşünülmesi gereken emanetin yed-i emînidir. Dolayısıyla, İslâm açısından hak ve yetkilerde 'feragat' ya da 'devir' değil, 'emanet' anlayışı söz konusudur. Yönetici bireylerin ne kendi geleceğini belirleme özgürlüğünü ne de diğer insan haklarını devralır; o, insanların ona tevdi ettiğinin üstünde bir egemenlik hakkını değil, hakları en az müdahaleyle güvenceye alacak düzenlemelerde bulunma yetkisini yalnızca bir emanet olarak elinde tutar. Bu emanet (kamu velayeti), ilahî direktiflerle kayıtlı, halkın uzlaşmasına bağlı, toplumun iradesini temsil esasına dayalı; dolayısıyla sosyal ve siyasal açıdan topluma aittir ve -çoğu alime göre- toplum tarafından hür bir seçim ve akabinde 'güvenoyu (biat)'la ifadesini bulan toplumsal sözleşme sonucunda ortaya çıkar. Nitekim, bazı istisnalar dışında, fakihler ve kelâmcılara göre hilafette rıza ve seçim şart olduğundan, öncesinde hür bir seçimin olduğu biat gerçekleşmeden halifelik de teessüs etmez.⁸⁵

Bu anlayış çerçevesinde toplum sözleşmesinin ilk İslâm siyasal toplumunun oluşumunda fiilen gerçekleşmiş olduğu da ayrıca belirtilmelidir.⁸⁶ Teorik açıdan da devlet başkanının tayini, halkın özgür iradeleriyle seçimi ve 'güvenoyu' denebilecek olan biat yoluyla iki taraflı bir 'anayasal sözleşme' örneği oluşturur. Dolayısıyla, İslâm hukukunda, Aydınlanma düşünürlerinin başvurduğu zımnî veya farazî bir sözleşme değil, gerçekleşme, geçerlilik ve son bulma bakımlarından hükümlerinin yü-

82 Şatbî, *el-Muvâfakât*, I, 152.

83 Maturîdî, *Kitabu'l-Tevhîd*, 178, 201.

84 en-Nisâ, 4/58.

85 Mâverdî, *el-Ahkâmü's-Sultâniyye* (trc. Ali Şafak), İst. 1994, s. 36; Senhûrî, Abdurrezzâk A., *Fıkhu'l-Hilâfe ve Tatavurühâ* (Arapçaya trc. Nâdiyc Abdurrezzâk Senhûrî, nşr. T. M. eş-Şâvî), Kahire 1989, s. 256.

86 İslâm Peygamberi'nin Medine'ye hicretinin ardından düzenlenen '*Medine Vesikası*', mevcut dinî ve etnik grupların tanıdığı ve sosyal uzlaşmayı sağlayan bir sözleşmedir. Bk. İbn Hişâm, *es-Sîretu'n-Nebeviyye* (nşr. Mustafâ es-Sekâ ve dğr.), Beyrut ts., II, 147-148.

rürlükte olduğu fiilî, hakikî bir sözleşme söz konusudur.⁸⁷ Nitekim, devlet başkanı kendine emanet edilen yönetsel yetkilerinin kullanımından, hem iyiliği emir ilkesinin bir gereği olarak toplum önünde hem de emanet ve imtihan olgusunun sonucu olarak Allah huzurunda sorumludur. İslâm Fıkında halifenin ‘vazifeleri’nden söz edilişi, bu güven ve sorumluluk anlayışına bağlı olup, istibdat ve mutlak egemenliğin tanınmadığını gösterir. Siyaseti ahlâkın önüne koyan anlayışların aksine İslâm’ın tevhit ilkesinin sosyal yansıması olan eşitlik ilkesi gereğince, kimse hukukun üstünde olmadığından, bireylerin özgürlüklerini kaldıramaz ve kısıtlayamaz.

4. Doğal Haklara Yöneltilen Eleştiriler

4.1. Pozitif Hukuk Ekolünden Gelen Tenkitler

Klasik tabii hukuka yönelik en önemli tenkit, hakkın a priori ve indî bir prensipten istidlal edilemeyeceği, hakkın en az iki kişinin varlığını gerektiren toplumsal bir ide olduğu üzerinde durur. Bu tenkitten göz ardı edilen, esasında, toplumsal ilişkilerin de insan tabiatına bağlı olduğudur. İnsan bütün donanım ve karakterini pasif biçimde toplumdan alan bir obje değil, aynı zamanda toplumu kuran ve toplumsal ilişkilere etki eden bir öznedir. Bu nedenle, toplumsal ilişkiler olmadan haktan bahsedilemeyeceği gibi, hakları yalnızca toplumsal ilişkilere dayandırmak da yerinde değildir.

Bireyin bir soyutlama olduğunu, gerçekte ise insanın toplum içinde var olduğu üzerinde duran ‘kişisel haklar’ fikrine göre de haklar, ancak toplum içinde ortaya çıkar. Ancak, bütün hakların toplumun kişiye bir bağısı sayılması da yanlışır. Çünkü, insanı temel alan bir kriter konmadığında toplum o zaman kişiye ancak kendi koşullarına uygun haklar tanır.⁸⁸ İnsanın tabii özellikleriyle açıklanamayan hak ve özgürlükleri, toplumsal ilişkiler ve siyasal iktidarla açıklamak da hakların nasıl oluştuğunu gösterse bile, niçin oluştuğunu gösteremez.

Hukuka kaynak olacak soyut-sabit bir aklın söz konusu olmadığını vurgulayan Tarihselcilik ekolü de insan aklı ve fikrinin değişken sosyal, kültürel ve siyasal şartlarıyla şekillendiği gibi hukukun bu şartlara göre değişeceğini ve hukukun kaynağının ilahî iradedden mülhem olan ‘halkın hukukî vicdanı (mâşerî fikir)’ olduğunu ileri sürer.⁸⁹ Bu ekol, bireysel hak ve özgürlüklerin toplumsal teamüller ve mâşerî fikir gereği kaldırma veya kullanılamaz biçimde kısıtlamaya imkân hazırlamaktadır. Diğer yandan doğal hukuk, ‘doğa durumu yasası’ dışında, ‘olması gereken’ anlamıyla değerlendirildiğinde, tarihsel olgu ve toplum açısından yapılan eleştiriler tutarlı olamaz;

87 Bunun teorik ifadesi, Ebu Ya’lâ’da görüldüğü üzere, bu işe en layık (efdâl) kimsenin bile devlet başkanlığının ancak ‘hal ve akd’ grubu tarafından akdedilmekle gerçekleşeceği. Ebu Ya’lâ, *a.g.e.*, 238, 250.

88 Akın, *a.g.e.*, 379-380; *Temel Hak ve Özgürlükler*, İst. 1968, s. 113-114;

89 Honig, Richard, *Hukuk Felsefesi* (trc. M. Yavuz), İst. 1935, s. 103, 109-110; Hırş, *a.g.e.* 88; Mütevellî, *a.g.e.*, 351.

çünkü ‘olması gerekeni’ ‘olan’la açıklamak, vak’a ve değer kavramlarını karıştırmak demektir.

Doğal hukuk anlayışına yöneltilen yaygın bir eleştiri de rölâтивist bir anlayışa dayanır. Buna göre, yalnız tabiata bağlı; evrensel ve değişmez bir hukuk var olsaydı, insanoğlunun hukuk anlayışı farklı toplum, tarih, kültür, geleneklerde değişiklik arz etmezdi.⁹⁰ Ancak hukukun metot ve ilkeler bazında da tamamen izafi saymak, ‘hukuk’u ‘yasama’ ile özdeşleştirmeye varacaktır.

Hakların yalnızca pozitif hukuktan kaynaklandığını, ama pozitif hukukun da fayda maksimiyle temellenmesi gerektiğini savunan faydacılık ekolüne göre de, hakların bazı mücerret ilkelerden çıkarsanması değil, ‘en fazla sayıda insanın en fazla mutluluğunu’, amaçlayan faydacı ilkelerle uyuşması önemlidir. Hakların ahlâkî terimlerle değil, faydacı terimlerle değerlendirilebileceğini ileri süren Jeremy Bentham’a göre hiçbir insan fiili mutlak olarak iyi veya kötü olmayıp, değeri kişinin kendi ya da başkaları üzerindeki tesirine, haz ve eleme bağlıdır. Dolayısıyla insan tabiatına has, ezeli ve evrensel bir hak yoktur.⁹¹ Kelâmcılar ise, hasen ve kabihin çeşitli anlamları arasında saydıkları ‘insanın tabiatına uygun; yararlı ve maksada uygun olup olmama’yı etik tartışma konusu yapmazlar. Çünkü bu anlamıyla iyi ve kötü, zatî olmayıp görelidir.⁹² Bununla birlikte, Mutezilî görüşte, akılda sabit ahlâkî ilkeler olduğu gibi, ‘ahlâkî değer’i ilahî iradeye bağlayan Eş’arî görüşte de ‘mutlak iyi’ olan ilahî irade değer ifade eder.⁹³ Dolayısıyla, değerın yerine olguyu koyan Faydacılığın aksine, kelâmcılar açısından ya icmalî biçimde ya da vahiy yoluyla akılla kavranan bir ide olarak sabit değerler ve insan tabiatı (fitrat) söz konusudur ki, bu, faydacı ahlâk yerine bir ilkeci ahlâk ve olması gerekeni keşfe dayalı bir toplum anlayışı sunar.

Faydacılık, insan tecrübesinin, örneğin ahlâkî merhamet maksimi gibi, hayat, bireyin gelişimi ve paylaştıkları sosyal ilgiler için en üst derece faydalı olduğu görülen ve dolayısıyla korumaya değer ilkeler yığını bıraktığını belirtir. Bu şekilde fayda maksiminden hareketle, düşünce özgürlüğünün gerekli yararı adına J. Stuart Mill’de⁹⁴ ve benzer tarzda başka faydacılarda görüldüğü üzere, umumî bir insan hakları listesine kültürler arası bir mantıkî temel (rationale) verilebileceği ileri sürülür.⁹⁵

Mill, faydayı ‘mücerret doğru’ya tercih eder ve tüm ahlâkî meselelerde faydayı, başvurulacak son kriter sayar.⁹⁶ Öyle görünüyor ki o, doğrunun alternatifinin fayda değil, yanlış olduğunu, çıkarların çatıştığı bir dünyada ahlâkî belir-

90 Güriz, Adnan, *Hukuk Başlangıcı*, Ank. 1994, s. 201.

91 Yayla, Atilla, *Liberal Bakışlar*, Ank. 1993, s. 89; Başgil, a.g.e., 588.

92 İcî, Adudiddin, *el-Mevâkıfî İlmî'l-Kelâm*, Kahire 1325, 323-324; Âmidî, Seyfuddîn, *el-İhkâm fi usûli'l-ahkâm*, Kahire 1967, III, 113-114.

93 bkz. Kılıç, Recep, *Ahlâkın Dini Temeli*, İst. 1996, s. 110, 112.

94 Bk. Mill, J. S., *Hürriyet* (trc. Mehmet Osman Dostel), Ank. 1988, s. 31, 100-101.

95 Frankel, a.g.e. 31-32.

96 Mill, a.g.e., 19.

lemek için faydaya değil, maksimum faydayı belirlemek için ahlâka dayanıldığını göz ardı ediyor.

Faydacılık, kendi itirafına göre, zaman ve kültür sınırlı bir felsefedir ve en kesin faydacı ilkeyi dahi atıl bırakacak makul sebepler olabilir. Böylesi bir felsefe, insanların prensibe karşı tutumunu yumuşatır, mazeretler ve istisnalar aramaya ve ahlâkı haz ve elem hesabına dayalı bir çeşit ekonomik sisteme dönüştürmeye yol açar.⁹⁷ Bu yaklaşımın sonucunda ahlâk, dayandığı menfaatin gerçekleşmesiyle işlevini tamamlamış olacağından geçici ve göreceli bir ahlâktan,⁹⁸ daha doğrusu talepleri yücelterek değer diline yansıtan bir projeksiyondan ibaret olacaktır. Diğer yandan neyin faydalı olduğunun kime göre tespit edileceği, çatışma halinde önceliği hangi değerlerin alacağı da açıklama gerektirmektedir. Bir kültürde ahlâken insanın yüceltilmesi veya toplumsal gelişim en önce gelen faydayı belirlerken, diğer bir kültürde faydalıyı, bireyin özgürlüğünü genişletip genişletmeme belirleyebilir. Bunun yanında, fayda yaklaşımı, birey üzerinde devletin nüfuz alanını genişlettiği ve baskıyı haklılaştıracak şekilde yorumlanabildiği için, bu meşrulaştırma zayıf kalmaktadır.⁹⁹ Dolayısıyla, ne faydacılıkla temellenen bir ahlâk insan haklarını güvenceye alacak bir hukuka ve siyasal yapılanmaya temel oluşturmakta yeterlidir ne de insanın yalnızca bir insan olduğu için sahip olması gereken haklar kavramıyla uyumludur.

4.2. Toplumcu Ekollerin Tenkitleri

Toplumcu anlayışlar da, yukarıdaki argümanların yanında, doğal hukukun bireysel-siyasal özgürlükleri tanıma sınırında durup, bu özgürlükleri kullanabileceği bir yaşamın gereklerini her birey için sağlayıcı düzenlemeler öngörmemesini tenkit eder. Doğal haklar öğretisi, Jelinek'in tasnifiyle 'negatif statü' ve 'aktif statü hakları'dan ibaret 'Birinci Kuşak Haklar'ı içermekte, ancak mahrum insanlar için bu hakları kullanma gücünü temin edecek 'pozitif statü hakları'nı, yani 'sosyal ve ekonomik hakla-

97 Frankel, *a.g.e.*, 32; Kılıç, *a.g.e.*, 76, 82.

98 Fâr, Abdülvahid M., *Kanûnu'l-hukûkî'l-insân fi'l-fikri'l-vad'i ve 'ş-Şeri'atîl-İslâmiyye*, Kahire 1991, s. 128.

99 Belirtilim ki, bireyin özgürlük hakkının melekeleri erginliğe ulaşmamış kimselere uygulanmayacağını, başkaları tarafından gözetilmeye muhtaç olanların, başkalarından gelecek zararlara olduğu kadar, bizzat kendi fiillerine karşı da himaye olunmaları gerektiğini söyleyen Mill'e (*a.g.e.*, 18, 156-157) göre, ergenlik çağına gelmemiş sayılabilecek geri toplumlar da böyledir. Bu durumda Mill'in faydacılığı, "*Hükümdar sadece yaşamını ve devletin varlığını sürdürmeyi amaçlar. Bunu sağlamak için başvuracağı araçlar her zaman doğru ve övgüye değer olacaktır.*" diyen Machiavelli'nin (*Hükümdar* (trc. Selâhattin Bağdatlı), İst. 1985, s. 85.) 'gayc vasıtayı meşru kılar' şeklindeki siyaset felsefesini anımsatan bir noktaya uzanır. Çünkü ona göre, medeni olmayanları idarede istibdat, gayc onların ıslahı ve kullanılan vasıtaların haklılığı da o gayeyi fiilen sağlamaları ile sabit olduğu sürece, meşru bir hükümet tarzıdır. Mill, *a.g.e.*, 18-19.

Mill'in bu yaklaşımı, 1791 Fransız Anayasası'ndaki, Fransa'nın kolonilerinin İmparatorluğunun bir parçası olmakla birlikte, Fransız Beyannamesi'ndeki hakların bunları kapsamadığını ifade eden maddesi (bk. Vyshinsky, Andrei Y., *The Law of The Soviet State* (translated from Russian by H. W. Babb), New York 1948, s. 555.) için de faydalı (!) bir zemin oluşturmaktadır.

nı (İkinci kuşak haklar)¹⁰⁰ dışlamaktadır. Doğal hukuk anlayışında başkalarının özgürlüğüne saygı dışında bireylerin pozitif yükümlülükleri olmadığından dengeli bir toplumsal doku oluşamaz.¹⁰¹

Neo-liberalizmin öncülüğünü yapan Thomas Hill Green'e göre özgürlük, olumlu bir güç ve yeterlilik olduğundan, insana bu imkânı sağlayan hukukî bir çerçeve yanında, onun fiilî olanaklardan, toplumun ürettiği mal ve hizmetlerden pay almasını da gerektirir. Çünkü, örneğin kiracının toprak sahibiyle sözleşme özgürlüğü, eğer anlaşamaması, aç kalması demek oluyorsa, biçimden öteye gitmeyen bir özgürlüktür.¹⁰² Bu bakımdan, özgürlük de bireysel olduğu kadar toplumsal bir kavramdır. Her hakkın bir toplumsal ilişkiyle anlam kazandığını belirten Green'e göre, birlikte yaşayan bir grup insana karşı ileri sürülen hak da onlarla ya da başkalarıyla eşitlik bakımından genel bir birliğe dayanır. Bu nedenle toplumun ihtiyaçlarına ya da yararına aldırılmadan topluma karşı hak talebi, mümkün değildir.¹⁰³ Ortak refah ve pozitif özgürlük kavramlarıyla Green, sistemini pozitif haklar anlayışıyla tamamlar ve liberal hükümeti belli sosyal haklarla özgür bir topluma destek sağlaması gerektiğine inanır.¹⁰⁴ Burada, insanî varoluşunun gerçekleşmesi için toplumun şart olduğuna dikkat çekilmelidir. Çünkü birey, toplumsuz olamadığı gibi, toplumu kendisi yaratmıyorsa ona karşı sorumluluklarını üstlenmelidir.

Marksizm de insanın, üzerine doğal bir hukuk kurulabilecek statik özelliklere sahip sabit bir türsel özü olmadığını, aksine tarihin akışının baştan sona insan doğasının sürekli dönüşümünün bir kanıtı olduğunu ileri sürer.¹⁰⁵

Klasik haklar teorilerinin ve onlarla bağlaşıklar liberal sosyal teorilerin belirli bir tarih kesitindeki sınıfsal ilişkileri haklılaştırma çabası olarak ideolojik bir işlev üstlendiğini öne süren¹⁰⁶ Marx için 'insanın haklarını sayıp duran cafcıflı liste' yerine, 'gösterişsiz Magna Charta' dediği işgününü 10 saatle sınırlayan yasa tercih edilir.¹⁰⁷ Şekil özgürlükler - gerçek özgürlükler ayrımını vurgulayan Marksist öğretisi, süreç içerisinde soyut hakların somutlaşmasını; hak ve özgürlüklerin salt burjuvazinin lehine değil, herkesin yararına biçimlenmesini savunmak suretiyle, insan hakları öğretisinin sosyal hakları da kapsayacak şekil-

100 'II. kuşak haklar', sosyal ve ekonomik haklar yanında 'kültürel hakları' da içerir. 'III. Kuşak Haklar' ise 'çevre, barış ve gelişme/kalkınma hakları' nı içerir.

101 Mütevelli, a.g.e., 343.

102 Green, Thomas Hill, "Siyasal Boyun Eğme Yükünün İlkeleri Üstüne Dersler" (trc. Oğuz Onaran), *Batıda Siyasal Düşünceler Tarihi* (nşr. M. Tuncay), Ank. 1986, III, 163; Sabine, George, *Yakın Çağ Siyasal Düşünceler Tarihi* (trc. Özer Ozankaya), İst. 1997, s. 146-147.

103 Green, a.g.m., III, 162.

104 Yayla, a.g.e., 8, 90.

105 Bloch, a.g.m., 129.

106 Hatemi, Hüseyin, *İnsan Hakları Öğretisi*, İst. 1988, s. 176.

107 Marx, Karl, *Kapital* (trc. Alaattin Bilgi), Ank. 1993, I, 293.

de evrimine dolaylı olarak katkıda bulunmuştur.¹⁰⁸ Bununla birlikte, kişisel özgürlüğün insanın insanı sömürsünün kaynağı olduğunu ve hakların ancak sınıf çatışmalarıyla elde edildiğini ileri süren Marksizm'in insanın sosyal karakterinden hareketle onun ferdi tabiatını dikkate almaması ve bireysel özgürlükleri reddetmesi insan varlığını küçültücü bir sapmadır.

Adil bir toplumu amaçlayan İslâm ise, mülkiyeti temel bir hak saymakla - onu bizatihi ve tek başına kötülüğün ve adaletsizliğin kaynağı sayan- Marksist öğretiden, hakkın kötüye kullanılmasını yasaklamak, mülkiyetin sosyal işlevine dikkat çekmek, sosyal sınıfların doğuştan ve değişmez sınıflar haline dönüşmemesi ve mülkiyetin yaygınlaşmasını öngörmekle¹⁰⁹ de Katı Liberalizmden ayrılır. "Küçüklüğünden itibaren yaşam koşullarının günlük azığını kazanmak için çalışma zorunda bıraktığı bir kişi için fikir özgürlüğünün önemi nedir?" diye soran Marksist öğretisi, esasında Katı Liberalizm kadar aynı sorunun muhatabıdır. Çünkü, üretim araçlarına sahip olmayan ama çalışma ödevi olan, üreten ama mülk edinemeyen, dolayısıyla emeğine, topluma ve kendisine yabancılaşan bireyin düşünce, ifade özgürlüğünün, dini ve siyasi özgürlüklerin bilincine varması ve bunların gereğini hissetmesi zordur.¹¹⁰

Tabii hukuk ve doğuştan hakların metafizik anlamlar taşıdığı gerekçesiyle reddedildiği de görülmektedir.¹¹¹ Bu görüşe göre, insanın doğuştan sahip olduğu sabit haklar değil, fikren gelişmiş, hürriyet bilinci uyanmış insanların duydukları hürriyet ihtiyacının bir ifadesinin hak talebi olarak ortaya çıkması, siyasal iktidara karşı ileri sürülmesi ve mücadelelerle elde edilen haklar vardır. Buna göre hukukî normların oluşumundaki evrim süreci, değişik kuşaklar içinde 'gereksinimler', 'çelişkiler' ve 'mücadeleler' üçlüsünde toplumsal etmenleri somutlaştırır. Hukuk kuralları, başlangıçta bir dilek olarak orta-

108 İHEB'nin sosyal ve ekonomik haklara yer verilmesinde, beyannamenin hazırlandığı BM'deki müzakere sürecinde SSCB'nin de etkisi olmuştur. Bk. Çağıl, O. Münir, "İnsan Hakları ve Tabii Hukuk", *İ.Ü.H.F.M.*, L/1-4 (1984), s. 113.

109 bk. el-Haşr, 59/7.

110 Marksist ideoloji, işbölümünün sonucu, başkalarının çalışma kapasitelerinin ve ürünlerinin tasarruf edilmesi için bir araç olduğu gerekçesiyle özel mülkiyeti kaldırmakta, özgürlüklerin ancak üretim araçlarının mülkiyetinin devlet tekelinde olduğu bir siyasal düzen altında güvenceye alınabileceği iddiasıyla, hükümete bireyleri devlet hizmetinde çalıştırma ve tüketim maddelerini ihtiyaçları oranında bireylere dağıtma yetkisi vermektedir. Ancak bu, Marks'ın iddiasının aksine toplumsal sınıflaşmayı kaldırmamış, üretim ve zenginliğin azalması yanında iktidardaki sosyalist parti üyeleri, üst-zengin tabakanın yerini almıştır. Bu ise ara sosyal sınıfların da bulunduğu öncekinden daha tehlikeli bir tabakalaşmadır. Dolayısıyla, siyasal gücü elinde tutan sınıfın hakimiyet aracına dönüşen devletin bu hakimiyet ilişkilerine son vermesini beklemekle Marksist teori ütopyaya dönüşmüştür. Geniş bilgi için bk. Çağıl, *a.g.m.*, 107; Mütevellî, *a.g.e.*, 349-353; Fâr, *a.g.e.*, 51-52; Çam, Esat, *Siyaset Bilimine Giriş*, İst. 1975, s. 104.

111 Örneğin bk. Akın, *a.g.e.*, 381; Kapani, *a.g.e.*, 142-143. Marksizme göre, "Doğal hukuk, tanımlamaları, tarihe işlenmiş ve onun içinde gelişen bir şey olarak tarihten değil, bu tür sahte yükseltilerde geliştirilmiştir. Yani yukarıdan, idealler olarak, fetiş biçiminde önceden karıştırılmış bir doğadan çıkarılmıştır." Bloch, *a.g.m.*, 132.

ya çıkar, sonra uyumsuzluğu ve çıkarlar çelişkinin varlığını gösteren 'hak istemi' biçiminde somutlaşır, daha sonra bu sürecin itici gücü olan mücadele sonunda hukukî norm haline dönüşür. Ancak gereksinimler talebe dönüşürken, bunların insanın maddî ve manevî varlığının serbestçe gelişebilmesi için gerekli olduğu inancına dayanılır.¹¹² Bu yaklaşıma göre, durağan değil dinamik karaktere sahip; sürekli değişen ve gelişen insan hakları kavramı, ebedî, değişmez prensipler olarak anlaşılabilir tabii hukuk kuralları ile değil, modern devletin plüralist (çoğulcu) yapısından doğan ve devleti insan hak ve hürriyetlerini tanımaya zorlayan sosyal gereklerle açıklanabilir.¹¹³ Ancak tabii hakların, dolayısıyla insan tabiatına uygun değerlerin yokluğu, insan tabiatının, bir insan kavramının da olmadığı anlamına gelir. Aynı şekilde, ahlâkın epistemik temeli, ahlâkî yargıların soyut düzeyde ontolojik temele sahip olmasını; etike konu olan davranışın özünde iyi veya kötü olmasını, bu da insanın belli fitrî özelliklere sahip olmasını gerektirir. Yoksa, hangi taleplerin haklı ve insan için iyi, hangilerinin de asılsız bir iddia olduğu anlaşılabilir. Ayrıca, tek başına tarihsel arka plân ve fiilî oluşum, teorik temelleri ortaya koyamaz. Yine fertlerin hürriyet bilincinin dayandığı temeller ortaya konmadan bunların kuruntu ve haksız istekler olmadığı açıklanamaz. Diğer yandan, sosyal mücadeleler, insanın kendine yabancılaşmasına yol açan sonuçlar da verebilir. Nitekim, üzerinde durulan sosyal gerekler hak ve hürriyetlerin kısıtlanması ve ihlali için de ileri sürülen bir kavramdır.

Bu görüşlerin temel yanışı, 'olması gereken'i dışlamasıdır. Oysa, ihtiyacın bilincine varma ile ahlâken bir şeye hakkı olma tamamen ayrı şeylerdir. Örneğin, akli yeterli düzeyde gelişmemiş ya da zihinsel hastalığı bulunan insanlar da sorumlu olmadıkları halde ahlâken belli haklara sahiptir ve bunlar hukuk tarafından da korunur. Dolayısıyla haklılık temeli, hakkı kullanma ve saydırma gücü değildir. Ayrıca, devlete karşı bireyin hak ileri sürülmesini, bunun mücadelesinde başarı göstermeye bağlamak, yalnızca bir insan olma itibarıyla haklara sahip olma fikrine de karşıttır. Halbuki İslâm'ın tevhid ilkesi, mutlak adalet fikrini içermekte, dolayısıyla evrensel ahlâkî idelerin varlığını ve bunların sosyal çatışmalardan önce gelen ve görece ahlâk anlayışının üstüne çıkan pratiklerinin olacağını ortaya koymaktadır.

Tabii hukuk fikrine yöneltilen bir eleştiri de, konseptin anlamsız; kat'î bir değer ve fonksiyondan uzak olduğu yönündedir. Çünkü insan haklarının soyut formüller halinde düşünülmesi, muhtevası ve uygulama koşullarını gösteren bir kanunla düzenlenmedikçe bizzat devleti etkili bir şekilde sınırlayamaz.¹¹⁴ Oysa, pozitif hukukun yaptırımına karşılık doğal hukuk, insan haklarını tespitite kılavuzluk eden vicdanî otoriteye sahip olduğu gibi, olması gerekeni keşfe dayanmayan, insan hakları-

112 Kapani, *a.g.e.*, 142; Kaboğlu, *a.g.e.*, 25-26.

113 Kapani, *a.g.e.*, 143-145.

114 Savcı, Bahri, *İnsan Hakları (Kanunilik Yolu İle Korunması)*, Ank. 1953, s. 21.

nı temel almayan bir hukuk sisteminin ‘soyut ideler’den daha anlamsız olduğunun da bir ifadesidir. Doğrusu, siyasal iradenin teyidinden ibaret bir hukukun İslâm nazarında da anlamı, heva ve zandan ibarettir.

Doğal hukuk fikrine yönelik bir tenkit de doğanın insan haklarına varlık verecek bir hukuku bulunmadığına dairdir. Buna göre, insan hakları, eşitliği temel alırken, doğada ancak eşitsizlik vardır, doğa insana, insanlar arasında ayırım konusu olan nitelikler vermiştir.¹¹⁵ Doğanın ilahî sıfatların tecellisi değil de taşıyıcısı gibi tasvir edildiği üsluba katılmamakla birlikte, bu tenkitte işaret edilen olgu göz önünde bulundurulduğunda, hakların doğallığına, insan varoluşunu gerçekleştirmede bunlara sahip olmanın ve bunları etkin biçimde kullanmanın gerekliliğinden fazla bir anlam yüklenmemelidir.

Bir diğer tenkit de tabîî hukukun doğayı yasanın öznesi sayan anlamına yöneliktir. Buna göre, “doğa hiçbir standart veya ideal koymaz; standartlar doğal olmayıp, insanların tercihleriyle belirlenir. Doğal olayların ve doğal varlıklar olarak insanların kendi başına bir değeri yoktur... Doğal haklar iyi bir toplumun şartları olsa da bu şartlar, doğa tarafından verilmiş veya insanın özülüyle ve zorunlu amacıyla mistik bir bağlantısı olan şartlar değil, fakat insanların kararlarıyla belirlenen şartlardır.”¹¹⁶ Katı Liberalizmin savunucusu Hayek de sosyal adaletin doğal kavramına dayandırılmasına karşı çıkarken bu noktayı vurgulamaktadır. “*Adil davranış kurallarının, eşyanın dış ve ebedî düzeninin bir parçası oldukları veya insanın değişmez doğası içinde sürekli kök salmış oldukları anlamında veya hatta insanın zihninde bu belirli davranış kurallarını benimsemesini zorunlu kalacak tarzda ve sonsuza dek geçerli olmak üzere biçim verilmiş olduğu anlamında, doğal olarak gösterilmesi için hiçbir haklı neden yoktur.*”¹¹⁷

İnsan haklarının doğal hukukta içkin düşünülmesi, insan haklarına, karşı iddialara direnme konusunda güçlü bir zemin kazandırmaktadır. Ancak “Bu hakları saptamaya ahlâkî (ve hukukî) açıdan kim yetkilidir?” sorusu, doğal hukuk kavramının insan haklarına tek başına temel oluşturamayacağını yeterince göstermektedir. Yine bu soruyu, “Haklar mutlak mıdır, yoksa kullanımlarının sonuçlarına ilişkin bazı akılcı değerlendirmelerle sınırlı mıdır?” ve her şeyden öte “Kimin insan haklarını kullanmaya hakkı vardır?” gibi sorular izlemektedir. Bazı düşünürler, sorunun doğru yanıtının ‘herkes’ olmadığını belirtir. Örneğin reşit olmayan bir kimse, bu hakların en azından tümüne sahip değildir. O, bu hakları kendisi ve başkaları açısından erdemli ve güvenli biçimde kullanacak akli kapasiteye de sahip değildir. Bebekler kullanamıyorsa, psikopatlar, caniler, yabancılar ne olacak? Kapasiteyi, kapasite yokluğundan ayıran

115 Bk. Bennâ, Cemâl, *Menhecû'l-İslâm fî takrîri hukûkî'l-insân*, Kahire, 1519/1999, s. 92.

116 Macdonald, Margaret, “*Natural Rights*”, *Theories of Rights* (ed. J. Waldron), 1992, s. 30-34’ten naklen Erdoğan, Mustafa, “İnsan Hakları Öğretisine Giriş”, *H.Ü.İ.İ.B.F.M.*, XI (1993), s. 36.

117 Hayek, *a.y.*

kendiliğinden aşikar bir çizgi yoktur ve böyle bir çizgi kesinlikle doğal hukuktan da çıkarılamaz.¹¹⁸

Seküler yanıtın yeni sorunlar eklediği bu soruya İslâmî bakış açısıyla, tabîi hukukun ilahî mesajın kılavuzluğunda tespit edileceği cevabı verilebilir. Dünya insanın çeşitli ihtiyaç, ilgi ve yeteneklerine karşılık gelecek şekilde düzenlenmiş ve insana bu düzenden yararlanma olanak ve potansiyelleri verilmiştir. İnsanın, bu beşerî potansiyellerin fiiliyata geçmesi için Allah tarafından yaratılışın başlangıcında takdir edilmiş, yani kazanıma bağlı olmayan aslî hakları vardır. İslâm açısından haklarla ödevlerin birbirinin korelatı oluşu da sosyal alanda her hakkın bir ödevi gerektiriyor, mukabil yükümlülükler yerine getirilmediğinde hakların korunamıyor oluşudur. Tabîi haklar, insanın dinî, ahlâkî, aklî ve medenî boyutlara sahip yapısal özelliklerine bakılmak suretiyle belirlenebilir. Bir değerler sistemi olan dinin rolü, bu süreçte insana kılavuzluk etmek, onu bencillikten ya da her problemi pragmatik ve faydacı bir yaklaşımla ele alan dar ufukluluktan kurtaran değerler sunmaktadır. Örneğin, anne karnındaki (planlanmamış) bir çocuğun belli haklarını Allah'ın insanı dizayn biçimiyle açıklamayacaksak, hangi seküler, pragmatik ve faydacı yaklaşım tatminkar bir temel sağlayabilir?

Anlaşılabileceği üzere, yaratılış öğretisi, insan hakları için daha güçlü bir temel teşkil etmektedir. Müslüman düşünürler, İslâm'da insan haklarının esasının, doğal haklar ve doğal hukuk kavramıyla ilişkilendirilen Allah'ın fitratı olduğunu,¹¹⁹ insana halifelik ödevi verilmesinden ve insanın 'nefs monad'ı ile Allah arasındaki, bu ödevi yüklenme 'ahd'inden doğduğunu¹²⁰ ve insanın Allah tarafından onurlandırılması (tekrim) olduğunu söylemişlerdir.¹²¹ İnsanın onurlandırılmasını esas alan yaklaşım, insan haklarının -kişisel kimliği güvenceye alan ve insan toplumunu yükselten öz-saygı derecesinde- bireyin saygınlığıyla ilgili olduğunu düşündüğümüzde, yerinde bir hareket noktasıdır. Ancak bize göre, insan haklarının temeli, tevhit inancını, insanın onurlandırılmasının gerçek bir açıklaması, özü ve gayesiyle insan anlayışını da içeren yaratılıştır.

Yine İslâm'ın tevhit ilkesi, ilahî niyette için bir insan tabiatı olduğunu; tüm insanların Allah tarafından bir değişiklik söz konusu olmaksızın aynı yaratılış özelliği (fitrat) ve insanlık onuruyla yaratıldığını vurgularken, ırk, renk ve dil farklılıkları temelinde ayrımcılık ve sosyal ayrıcalıklılığı;¹²² Allah'a yakınlık için araya aracı koy-

118 Wallerstein, Immanuel, *Liberalizmden Sonra* (trc. Erol Öz), İst. 1998, s. 145.

119 Tabîi, Mohammed, "Religious Liberty: A Muslim Perspective", *Islamochristiana*, XI (1985), s. 102. Referans alınan ayet için bk. cr-Rûm, 30/30.

120 Hatemi, Hüseyin, "İslâm'da İnsan Hakkı ve Adalet Kavramları" *Doğu'da ve Batı'da İnsan Hakları*, Ank. 1996, s. 4. Referans alınan ayet için bk. el-Arâf, 7/172.

121 Zuhaylî, Muhammed, *Hukûku'l-İnsân fi'l-İslâm -Dirâsetun Mukâranetun me'a'l-İ'lâni'l-Âlemi ve'l-İ'lâni'l-İslâmî li-Hukûki'l-İnsân-*, Beyrut 1418/1997, s. 130-132; Mubarek, a.g.e., 111; Muftî -el-Vekîl, a.g.e., 42. Referans alınan ayetler için bk. el-İsra; 17/70; et-Tin; 95/4; Sâd, 38/7.

122 cr-Rûm 30/22; el-Hucurât; 49/13; el-Kasas, 28/4-5.

mayı reddetmek suretiyle¹²³ de birey üzerindeki vesayeti kaldırmaktadır. Bunun yanında, adalet ilkesi¹²⁴ sosyal siyasal yapılanmada denge unsurunun sağlanmasını; ilim ilkesi, taklit, zan ve şüphenin yerine her alanda akıl yürütme ve delilin,¹²⁵ niha-yet makul, adil ve vasat olanın öne çıkmasını, düşünsel özgürlüklerin güvenceye alınmasını; maslahat ilkesi de insan hak ve özgürlükleri üzerindeki sınırlamalarının belli değer ve amaçlara bağlı olmasını gerektirir. İslâm peygamberinin 'Medine Sözleşmesi'nde uygulamasını ve adalet, barış ve emân gibi kavramlarda fikrî zeminini bulan çoğulculuk ilkesi¹²⁶ özgürlüklerin ve farklılıkların sosyal ve siyasal alanda ifadesine imkân vermekte, şûrâ¹²⁷ ve iyiliği emir ilkeleri¹²⁸ de bireylerin kendi geleceğini tayin (self-determination), hukuk ve toplum yararına aykırı politikalara muhalefet etme hakkını ortaya koymaktadır.

5. Sonuç

İnsan haklarının gelişiminde önemli bir yeri olan toplum sözleşmesi teorisi, insanı -daha gelişmiş ve güçlü olması dışında- tabiatın sıradan bir unsuru sayması yanında, tarihsel gerçekliğe, insanın sosyal tabiatına aykırıdır. Ayrıca, doğa durumundaki yeterlilikler toplumsal sözleşmeyle birlikte fiilen tanınan bir yetki içerseler de, bunun ahlâken haklılık kavramıyla özdeş olmadığı açıktır. İnsan haklarını toplum sözleşmesiyle temellendirmenin en zayıf noktası ise güçsüz ve mahrum insanlar için bu hakları kullanma gücünü temin edecek 'sosyal ve ekonomik hakları' dışlamasıdır.

İnsan hakları öğretisi, tarihsel ve felsefi açıdan doğal hukuka uzanmakla ve ilke olarak ondan esinlenmiş olmakla birlikte, bugün içerik açısından bu öğretinin çok ötesinde bir anlam taşımaktadır. İnsan haklarında devlet faktörü gündeme gelir ve içerik açısından bir belirlilik söz konusudur. Doğal hukuk öğretisinde ise doğal haklar, daha soyut ve ideal olanı ifade etmektedir. Dolayısıyla, onun önemi, tekil sosyal problemleri çözmesinde veya insan haklarını formüle etmesinde değil, bu hakları sağlayacak hukuk düzeni için ahlâkî zemin oluşturmasında ve yönlendirmededir.¹²⁹ Bu yönlendirmede doğal haklar, insan hakları formülasyonuna temel oluşturan iki prensibe işarete eder:

Birincisi, hak ve özgürlükler, belli bir ülke vatandaşlığı veya bir dinî veya etnik gruba mensubiyet avantajından değil, bir insan olduğundan dolayı tabiatı gereği kişiye aittir.

123 el-En'âm, 6/162-163.

124 el-Hadîd, 57/25; en-Nahl, 16/90; el-Arâf, 7/29.

125 Bk. el-İsrâ 17/36; el-Arâf 7/179; el-Enfâl, 8/22. Kur'an'da ilmin vahye dayalı ve hakikatle örtüşen bilgi olması dolayısıyla cahiliye döneminin taklide dayalı bilgisi zan konumuna düşmektedir. Bk. en-Necm, 53/23. Bazı Mutezîliler de taklide dayalı inancı, bilgi tanımının dışında tutarlar. Bk. Bağdadî, *Usûlü'd-Dîn*, 5.

126 Bk. el-Mâide, 5/48; el-Hüd 11/118; el-Bakara 2/253. Ayrıca bk. el-Mümtehcine, 60/8.

127 Âl-i İmrân, 3/159; eş-Şûrâ, 42/38.

128 Âl-i İmrân, 3/104, 110 ve 114; el-Arâf, 7/165.

129 Mütcevelli, *a.g.e.*, 352.

İkincisi, fiilen değilse de fikren pozitif hukuktan bağımsız olan insan haklarını¹³⁰ belirlemede bir 'yapma/yasama' değil, beşerî vicdanda mevcut, insanî varoluşun gereklerini oluşturan normları 'keşf' asıldır. Ancak doğal hukuk fikri, soyut anlamda insan haklarını temellendirse de somut manada bir formülasyon için iki nedenden dolayı yeterli değildir. Birincisi, doğa kavramının kendisinin ve 'doğal'ın ne olduğunun da bir açıklamaya ihtiyaç duymasındır. İkincisi, doğal hukuk kavramı, bir ahlâk idesi olarak karşımıza çıksa da, ne kapsamlı bir ahlâk felsefesi ne de iyi düşünülmüş bir sosyal ve siyasal teori ortaya koymaktadır. Metafizik kavramlardan ayıklanmış akılcı bir siyasal teori ortaya koyma girişimini yansıtan sosyal sözleşme teorisi ise, ahlâkî temelden uzaklaşmış; özgürlükleri kurgusal bir durumdan çıkarmaya yönelmiştir.

Sekülerci temele dayalı bir insan hakları öğretisi, dışlayıcı perspektifi bir yana, hak kavramının metafizik bir kavram olduğunu göz ardı etmekte, pragmatik yaklaşımla da ortak ahlâkî zeminden uzaklaşmakta; etik alanda 'niçin'i 'nasıl'a indirgemektedir. Onun önemli bir zaafı da insan haklarını tespit için bir arada düşünülmesi gereken yüksek (gaî) değerler ve insan tabiatını, bireysel otonomiden ibaret görmesidir.

İslâm açısından ise insan hakları yaratılış öğretisi ile temellenir. Yaratılış öğretilerinde insan, anlamını yaratıcının iradesinde; onu onurlandırması, ona akıl, vicdan ve dil (konuşma ve diyaloga girme) yeteneğini vermesi, (emanet ve misak olayıyla) insanın bilinç-dışına sorumluluk duygusunu yerleştirmesinde bulur. Bu anlayış, hukukun siyasal iradenin yasalaştırmasından ibaret olmadığı, hak ve özgürlüklerin keşfe dayalı olduğu noktasında doğal hukuk idesi ile ortak bir zemine sahiptir. Ancak, batılı birçok düşünürün aksine İslâm alimleri, akli hukuk ile ilahî direktifler arasında bir çelişki olamayacağını, akl-ı selimin kavradığı ahlâkî normları vahyin tafsil ettiği vurgular.

Siyasal güç-bireysel özgürlük antagonizması da İslâm açısından, siyasal gücün ilahî direktifler doğrultusunda, tüm toplum yararına kullanılması gereken bir emanet olduğu fikriyle çözümlenebilir. Buna göre, siyasal iktidar, ilahî bir hak değil, fiilî bir sözleşmeye dayalı ve hukukla kayıtlıdır. Bu fikir bizi, hak ve özgürlüklerde 'feragat' ya da 'devir' anlayışı değil, siyasal yetke de 'emanet' anlayışını benimsemek gerektiği sonucuna götürmektedir. İslâm'da yasamanın bir keşf niteliği taşıması, yürütme ve yargının hukuka bağlılığı da insan haklarına hukukî bir güvence sağlamaktadır.

130 Erdoğan, *Anayasal Demokrasi*, 166.