

TABİİ HUKUK DOKTRİNİNİN EPİSTEMOLOJİK TAHLİLİ

Doç. Dr. Selahattin KEYMAN

I. SUNUŞ

A priorism - A posteriorism; "olan" ile "olması gereken" arasındaki farkın reddi: Tabii hukuk denildiğinde, müsbet hukuktan tamamen farklı bir hukuktan söz ediyoruz demektir. En geniş anlamda tabii hukuk, temelleri en genel anlamda tabiatta yatan, kaynağı ampirik olarak (yasama organı, yargıç, toplum) teşhis edilemeyen hukuktur. Müsbet hukuk ise, pozitivist anlayışa uygun biçimde incelenmeğe müsait, ampirik bir kaynağa bağlanabilen hukuktur. Bu ampirik kaynağı dar veya geniş anlamak mümkündür. Devletçi pozitivizm, hukuku, egemen iradenin ürünü olan ve resmi müeyyide ile donatılmış emirlerden ibaret görür. Felsefi pozitivizmden esinlenen hukuki pozitivizm için ise, önemli nokta, hukukun gözlemlenebilir bir kaynağın ürünü olmasıdır. Bu sonuncu akım, gözlemlenmeğe elverişli kaynakların ürünleri arasından, devletin koyduğu kurallar ile devletin varlığına razı olduğu kuralları hukuk saymak eğilimindedir¹. Anayasaya göre konulan kurallarla, örf adet ve içtihatlar bu kategoriye girer. Hukuki pozitivizm görüşteki boşlukların varlığını kabul eder; bunların doldurulmasında kullanılan ve müsbet hukuktan çıkartılan araçlar arasında hukukun genel ilkelerini de sayması, bu sonuçların da müsbet hukuka ithal edilebileceği izlenimini vermektedir². Hukukun genel ilkelerini hukuki kurumların ruhu ve özü ya da hukuk düzenini etkileyici faktörler olarak kabul eden, dolayısı ile bunları hukuk kuralı kategorisine sokmayan düşüncelerin varlığı unutulmamalıdır. Bu sonuncular arasında, hukukun genel ilkelerinin kaynağını tabii hukukta arayanlara rastlanmaktadır.

1. Batiffol, 11; Cotta, 647 vd.

2. Keyman, Hukuki Pozitivizm, 43; agy. Hukuka Giriş, 34 vd 79 vd.

Nihayet, serbest hukuk (Kantarowicz) serbest bilimsel araştırma (Gèny) ve toplumun özerk alanından kaynaklanan hukuk ise (Betti), devlet tarafından kabul görene kadar, söz konusu tanımın dışında kalacaklardır³. Tabii hukuk ise, bütün bunlardan bağımsızdır. Hukuku, mahkeme kararları ile yürütmenin uygulamalarından oluşan maddi ve gerçek bir olgu sayan Amerikan gerçekçiliği de, tabii hukuk doktrinine yabancıdır. Bununla beraber, tabii hukukun, Amerikan yargı kararlarını etkilediği bir gerçektir: "Mahkeme... İngilizce konuşan halkın geçmişten kalan doğruluk ve adalet anlayışına aykırı olup olmadığını inceler. Bu adalet ölçütleri hiç bir yerde yazılı olmamasına rağmen bellidir". (Rockin v. California)⁴.

Tabii hukukla müsbet hukuk arasındaki farklılığın bu şekli görünümünün içeriğinin belirlenmesi de öğreticidir. Anglo-Amerikan geleneğinde müsbet hukuk, somut bir yargı kararına ulaşmak veya bir yürütme işlemini kurmak için kullanılan, tarihi gelişim ve birikimin sonucu oluşan bazı mecburi dayanak ve yol gösterici ölçütlerin bütünüdür. Siyasi olarak örgütlenmiş bir toplumda, bu mecburi dayanak ve yol gösterici ölçütler, toplumsal kontrol işlevini yerine getiren organlara, dar anlamda kurallar, ilkeler ve kavramlar olarak intikal ederler. Bunlar aynı zamanda, yargı kararları ve yürütmenin işlemlerinin öngörülebilmelerine yani evvelden kestirilebilmelerine (düzenlilik) hizmet ederler. Kıta Avrupası geleneğinde ise (hukuki pozitivizm), müsbetlik şekli geçerliliktir; yani müsbet hukuk şeklen geçerli olan kurallar bütünü diye tanımlanır. Geçerliliğin bu sosyolojik veya normatif anlayışları, tabii hukuka yabancıdır: Tabii hukuk geçerliliğini sosyolojik veya normatif bir olgudan değil de, tabii aklın tezahürü olan kendi içeriğinden alır⁵.

Tabii hukukun varlığının kendiliğinden hissedildiği, herhangi bir araca ve özellikle hiç bir normatif olguya başvurulmaksızın algılandığı, köklerinin fizik tabiatla insanın ortak tabiatını temsil eden tabii akılda yattığı ve dolayısı ile de tabii hukukun soyut ve evrensel olduğu iddiaları, müsbet hukuktan farklılığının doğal sonuçlarıdır. Tabii hukuk doktrini tarafından aynı bir bütünü oluşturdukları kabul edilen tabiat ve akıl, bu hukukun meşruiyetinin maddi (içe, içeriğe ilişkin) ölçütüdür.

-
3. Keyman, Hukuka Giriş ve Metodoloji, 125-128; Betti, Cours, 192; Betti, Negozio, 209 vd.
 4. Altıparmak, 222.
 5. Chroust, 70-72; George, 325.

Tabii hukuk normları zorla kabul ettirilmezler; çünkü oluşumları iradeden bağımsızdır. Bunlar daha ziyade, davranış modeli şeklinde önermelerdir. Tabii hukuk normları emredici değildirler; neşir ve ilân edilmezler; buna kararlık insan bilgisinin konusudurlar yani akıl aracılığı ile öğrenilebilirler. Asıl işlevleri, müeyyide tehdidi ile iradeyi belli bir davranışa zorlamak değil de, insan hareketine bir nitelik, değer ve amaç kazandırmaktır. Modern hukuk biliminin iradeciliği reddetmesi, hüküm (önerme) ya da emir yerine norm terimini benimsemesi, tabii hukukun etkisi sayılabilir. Çünkü her iki yenilik de, tabii hukuk teorisyenlerinin iddialarının olumlu bir değerlendirilmesini ifade etmektedirler; örneğin hukukun birinci işlevinin emretmek değil de nitelenmek ve değerlendirmek olduğunun kabulü gibi. Trafik kanununun normlarını, yaşama hakkını nazara almaksızın, egemen gücün emirlerinden ibaret sayamayız. Tabii hukuk teorisyenleri bunu, hukukun iradiliğinin yanında ve bundan da önce, sahip bulunduğu aklî nitelik ile açıklamaktadırlar⁶. Bir 16'ncı yüzyıl filozofunun (Hooker) dediği gibi, tabii hukuk, hukukun, üstün otoritenin zorla kabul ettirdiği kurallar olarak değil de insan hareketi ile ilgili ve buna model oluşturmak görevini yerine getiren her türlü kural olarak anlaşılmasıdır⁷.

Dolayısıyla tabii hukuk doktrininin karşılaştığı felsefi sorunlardan ilki, a priori ile a posteriori arasındaki modern epistemolojiye aykırı ilişkidir.

Bir kavramın a priori olması, deneye bağlı olmaması, varlığının peşinen kabul edilmesi anlamına gelir. Tabii hukukun kaynağı doğa ve aklı kucaklayan bir tabiattır. İnsanı ve toplumu da kapsayan bu tabiattan çıkartılan hukuk kendiliğinden ve apaçıktır. Sözleşme, gelenek, resmi yasama işlemleri ile tarihi gelişimin ürünü olan hukukî kurumlardan bağımsız olması, tabii hukukun a priori niteliğinin kanıtıdır. Tabii hukuk cansız şeylerle (eşya) insanın en deruni tabiatı (akıl) arasındaki uyumu temsil ettiğinden, doğru ve haklı gibi değer yargılarını hak eden hukukun temelini oluşturur.

Sayılan nitelikleri dolayısıyla bir tür tabii olgu diye nitelendirilmesi mümkün olan tabii hukuk, gerçek bir ampirik veri oluşturan (yazılı hukuk, örf adet, içtihatlar) ve tarihi gelişimin ürünü olan hukukun karşıtıdır; her türlü müsbet hukukun kaynağını bünyesinde barındırdığı gibi, her müsbet hukuk sisteminin a priori yani kendin-

6. Chroust, 70 vd.; Weber, 869; George, 325.

7. d'Entrèves, Droit Naturel, 189.

den önce var olan önşartını oluşturur. Bununla da kalmaz, kendisinden çıktığını iddia ettiği müsbet hukukun değerinin, geçerliliğinin ve haklılığının ölçütü olmak görevini yerine getirir, yani ampirik müsbet hukuk ideal tabii hukuka uygun olduğu ölçüde olumlu değer kazanır. Tarihi gelişimin ürünü olan siyasî ve toplumsal güçlerden bağımsız olarak yaşayan tabii hukukun bizzat kendisi, her türlü ampirik siyasî ve toplumsal gücün varlık nedeni, son nedeni, haklılığının ölçütü ve sınırlarının belirleyicisidir⁸.

Bu iddiaların felsefî anlamı, modern epistemolojiyi şaşkınlığa düşürmektedir. Bu da, tabii hukukun "olan" ile "olması gereken" arasındaki farkı reddetmesidir. Nitekim yukarıda aktarılan iddialar, hukukun, nesnel ve değiştirilemez bir durumdan çıktığı anlamına gelmektedir. Tabii hukuk, tek kelime ile "olması gereken" in ifadesi değil de "olan" in tasviridir. Aynı bütünü oluşturan tabiat ile akıldan çıkartılan kurallar, tabiat ve akıl ile aynı şeydir. Yani "olması gereken" in (kural) kaynağı "olan" dır (tabiat). Böylece, "olması gereken"i temsil eden hukukla, "olan" (tabiat) aynı düzeye gelmektedir⁹. Bu iddianın köklerine inmeden, çağdaş yansımalarını irdelemeden evvel, "olan" ile "olması gereken" arasındaki farkın reddedilmesinin, bilim ile nesnel eşit tutanlarda uyandırdığı şaşkınlığı Hume'un kaleminden aktaralım. Bu, sorunun felsefî boyutunu gözler önüne sermek bakımından çok yararlı olacaktır. Hume, İnsan Tabiatının Tretesinde (Treatise on Human Nature, III, I, 1), "Burada (önemli) bir gözlemi eklemek istiyorum. Bugüne kadar bilgisine ulaştığım ahlâk sistemlerinde hep, her yazının belli bir süre, normal akıl yürütme biçimlerine uygun olarak, Tanrı'nın varlığını kanıtlamaya (çalıştığını) ya da beşeri faaliyete ilişkin gözlemlerle ilerlediğini farkettim: Ama belli bir andan sonra, her önermenin alışılmış **dir**, **değildir** eki ile bitmesi yerine, sadece "olması gerekir" veya "olmaması gerekir" önermeleri ile karşılaştığımı şaşkınlıkla farkettim.

Burada... çok önemli bir değişiklik söz konusudur. "Olması gerekir" veya "olmaması gerekir" önermelerinin yeni bir ilişkiyi ifade etmeleri karşısında, bu... (değişikliğin) açıklanması zorunludur; aynı zamanda böyle bir değişikliğin nedenleri de açıklanmalıdır. Nasıl olur da bu (son) ilişki kendisinden tamamen farklı ilişkilerden çıkartılabilir"¹⁰. Nitekim, bilimsel çalışmadan, ya da genel

8. Chroust, 71 vd.; Weber, 867-871.

9. Chroust, 71-72; Weber, 867 vd.

10. Naklen, d'Entrèves, Droit naturel, 153.

olarak bir hareketin doğrudan doğruluğundan, hareket kuralları konusunda değer yargıları alanına geçtiğimizde "**olan**" dan "**olması gereken**" e geçiliyor demektir^{10a}. Yani **olan** tabiat bilimlerine, olması gereken de normatif disiplinlere ilişkin bir kategoridir^{10b}. Tabii hukuk felsefesinin modern düşünce açısından doğurduğu en büyük güçlük budur. Dolayısıyla, tabii hukuku açıklamak için, nasıl olup da, **olana** ilişkin önermenin **olması gerekene** dönüştüğünü göstermek gerekir.

Tabii hukuk doktrini, aşkın değer ve idelerle tarihi gelişimin ürünü olan müsbet hukuk arasında, özel bir ilişki kurmaktadır. Tabii hukuk doktrini ile diğer hukuk felsefesi akımlarını birbirinden ayıran da, bu ilişkinin felsefi anlamıdır. Hukuk felsefesi ile ilgilenen herkes, er geç, bu farklılaşmanın epistemolojik sonuçlarının ve ontolojik önşartlarının farkına varacaktır. Tabii hukuk felsefesinin **olan**'la **olması gereken** arasında kurduğu, epistemolojinin ruhuna aykırı bu ilişkinin kökenleri, klâsik Yunan felsefesinde yatmaktadır. Platon'un kozmik düalizmi, Aristoteles'in tabiatı yöneten ve amaca (mükemmeliyet) yönelik düzenlilik kavramları hep aynı sonuca, **olan** ile **olması gereken** arasındaki kesin ayırım ve bağdaşmazlığın reddine ulaşmaktadır.

II. Klâsik Yunan Tabii Hukuk Felsefesi

Ontolojik düalizm-Tabiatın amaççı düzenlilikleri Platon'un kozmik düalizmi, düalist bir ontolojiye dayanır. Duyu organları ile algıladığımız maddi dünyaya ait nesnelere, bunun gibi tarihi gelişimin ürünü olma sıfatıyla, ampirik gerçekliğe sahip müsbet hukuk, Plâton'cu düşünce içinde tek nesnel varoluş biçimini temsil etmezler. Bunun yanında evrenselliği ve akliliği nedeni ile, daha nesnel ve daha gerçek bir varoluş biçimi vardır

A priori olan bu dünya ontolojik önceliğe sahiptir; bu niteliği dolayısıyla da ampirik dünyanın önşartını oluşturur. Hukuk da dahil olmak üzere bu dünyada varolan herşey, a priori, aşkın ve ideler dünyasındaki aslının bir kopyasıdır. Modern epistemoloji açısından hiçbir geçerliliğe sahip bulunmayan bu iddianın ciddi sonuçları vardır: Duyu organları ile algıladığımız dünya, müsbet hukuk da dahil olmak üzere, gerçek anlamdan yoksun, hayali ve aldatıcıdır; dolayısı ile sadece aşkın olan gerçek sayılmaya lâyıktır¹¹.

10/a. Bobbio, *Introduzione*, 27.

10/b. Kelly, 389.

11. Chroust, 73-75; Kelsen, *Methamorphoses*, 369 vd.

Bu iddialar, insan akıl ve düşüncesinin çok tehlikeli bir yanını ortaya koymaktadır. Bu da, aklın varsayımlarının gerçekliğe dönüşmesidir. Deontolojik sorun ve postülalar, insan aklının dışında, ondan bağımsız gerçekler haline dönüşmektedirler. Bu süreç hukuki ideallerin gerçek ve özerk olgular niteliği kazanmalarına, bunu takiben de hukuki, ahlâkî, toplumsal gelişimin etkili nedenleri işlevini üstlenmelerine yol açmaktadır. Değer ve gerçeklik, ideal ve olgusal varoluş birbirinin eşiti olmaktadır. Platon'un kozmik düalizmi bu yolla, "olan" la "olması gereken" in aynı düzeyde ele alınması sonucunu doğurmaktadır¹².

Aristoteles'de ise, tabiatın amaca yönelik düzenlilikleri olduğu ve değer in insan dışında nesnel bir gerçekliğe sahip bulunduğu iddialarına rastlanmaktadır. Bu hareket noktaları, "olan" ile "olması gereken" i aynı sayan bir felsefi akımla karşı karşıya olduğumuzu göstermektedir¹³.

Kendisine özgü bir tabiat fikrine dayanan bu akımda, gözlemlenebilir dünya, sadece tabiat kanunlarının (illiyet bağı) gösterdiği düzenliliklerle açıklanamaz. Tabiatla var olan şeyler, sadece varlıklarını korumaya yönelmiş objeler değildirler; bunlar, aynı zamanda, kendilerine uygun bir amacı ifade eden ve mükemmeliyet diye nitelendiğimiz bir azami şartlar bütününe ulaşmayı amaçlamaktadırlar. Bu, içinde farklı mükemmeliyet aşamalarını içeren bir tabiat kavramıdır.

Nasıl, ifadesini tabii olgulara ilişkin kanunlarda bulan bir fizik düzen varsa, ifadesini tabii hukuk normlarında bulan, insan ilişkilerini yöneten tabii ve fakat beşeri bir düzen de vardır. Özellikle insanın kendi amacına doğru gelişirken geçirdiği aşamalar düzenlidir. Bu aşamaları, insanın hareketini, gelişimini ve değişimini tasvir eden genellemeler aracılığı ile tasvir etmek mümkündür. Tabii hukuk doktrininin dayandığı bu tabiat anlayışında, vukubulan herşey, amaca doğru atılmış bir adım olduğu isbatlandığı sürece, iyi ve olması gereken şeklinde nitelenmektedir. Tasvire dayalı bu genellemeler, sadece olanı değil, amaca ulaşmak için gerekli olanı, yani "olması gereken" düzenlilikleri de göstermektedirler. Tabii anlam-

12. Chroust, 73 vd.

13. Aristoteles modeli için bk. Villey, *Histoire*, 139 vd.; Villey, *Philosophie*, 53 vd.; Cotta, 647 vd.; Keyman, *Hukuka Giriş ve Metodoloji*, 96-97 dipnot: 43; Gürkan, 89-90; Hırş, 76 Vd. İnsanın mükemmeliyete ulaşmasına ilişkin tabii hukuk normları konusunda bk. George, 321, 323.

da olan "olması gereken" i de göstermektedir. "Olması gereken" i temsil eden hukuk ve norm, tabiat ve onun derinliklerinden çıkarılmaktadır. Olgular dünyasının düzenliklerine ilişkin önermelerle, tabiattan çıkartılan davranış kuralları aynıdır. Bu, "olması gereken" in "olan" a eşit sayılması anlamına gelir. Açıklanan yolla ulaşılan tabii hukuk kuralları, bağlayıcıdır ve hiçbir müsbet hukuk sistemi bunlarla çelişki içine düşmemelidir.

Aynı akımın, hukukun nasıl bulunup öğrenileceği konusunda da, kendine özgü bir bakış açısı vardır. Genel olarak hukukun kaynakları sorusuna felsefeden kaçınarak bir cevap getirmek istediğimizde, önce kanuna sonra da içtihatlarla başvururuz. Ama bu, kanun koyucuya, hukuku nasıl bulup da kanunlaştıracağını, yargıca da, bir içtihatlar bütünü nasıl inşa edeceğini öğretmemektedir. Amerikan gerçekçilerinin (Holmes), "Hukuk sözcüğü ile, yargıçların nasıl karar vereceklerinin önceden kestirilmesinden başka birşey kasdetmiyorum" ifadesi, işadamları ve danışmanlar bakımından mükemmel bir formül oluşturur. Ama, yargıçların verecekleri kararı dayandıracakları hukuku nasıl ve hangi kaynaktan çıkartacakları sorusuna cevap getirmez. Böyle bir yaklaşım, kaynaklar sorunu ile karşı karşıya gelmeyi reddetmek demektir.

Akım en başında, hukukun kaynağı olarak fiziki anlamda tabiatı görür. Hukuk her şeyden evvel bu fiziki anlamda tabiatın gözlemlenmesinden çıkartılmaktadır. Çünkü bir tabiat ve tabii hukuk vardır. Aktarılan yaklaşım çağdaş bilimcilerin metafizik diye reddettikleri bir büyük önermeden hareket eder: Yaşayan varlıkların hareketleri, nihaî amaçlarına bakarak açıklanabilir. Bitkilerin büyümelerinin bir amacı vardır: Çiçek ve meyva vermek. İnsan dışındaki canlıların amacı yaşamlarını sürdürmek, beslenmek ve türünün devamını sağlamaktır. Bunların yaşamlarını, etkili nedenlerin mekanik sonuçları ile açıklamaya imkân yoktur: Bunlar, nihaî amaçlarının yönettiği başka tür bir düzen içindedirler.

İnsanların davranışlarına gelince, bunlar pratik açıdan daha karmaşıktır ve anlaşılmaları daha zordur. Çünkü insan, özgürce hareket edebilme yeteneği ile donatılmıştır. Hareket özgürlüğü aynı zamanda, insanın kendisini doğal amaçlara götüren yoldan sapabileceğini de ifade eder. Hukuka düşen görev de, insanın nihaî amaçlara uygun davranışları ile akıl dışı sapmaları ve hayali amaçları izlemeye yönelik hareketleri birbirlerinden ayırt etmektir. Somut bir durum olarak, insanın aklını ve erdemlerini geliştirmek amacını

alabiliriz. Bu amaç, uygun bir eğitim ile çocukluk ve gençlik dönemlerinin sağlam bir aile çerçevesi içinde yaşanması gerekliliklerini de beraberinde getirir. İşte biz insanın bu alandaki tabii eğilimlerinin (olan) gözlemlenmesinden, aile hukuku normlarını (olması gereken) çıkartırız.

İnsan faaliyetinin bir amacı olduğu, insanın bazı tabii nihaî amaçlara yöneldiği iddiasının bir varsayımdan ibaret bulunduğu kuşkusuzdur. Ama bu varsayım, modern bilimin temelini oluşturan etkili nedenlerin belirlediği determinist düzen postülasından daha keyfi değildir. Klâsik Yunan felsefesi bakımından bunları metafizik saymak da mümkün değildir. Nihayet kültürel olgu (belli bir zaman ve yerde, topluluğun yarattığı maddi ve manevi değerler) sıfatıyla hukuku, değere kapalı düşünce ile (maddi illiyet bağı) anlamının ne derece mümkün olduğu tartışmaya açıktır.

Klâsik Yunan felsefesi tek bir disiplinin, yani felsefenin, tümün bilgisi olduğu iddiasındadır. Aristoteles'in eserleri arasında, ahlâka, politikaya, hukuka, retorige, mantığa, psikolojiye, metafizik, matematik ve fiziğe ilişkin olanlar vardır. Felsefe nesnel bilim sayılmakta, iyi, güzel, adil kavramları da bu disiplinin konusu içinde mütalâa edilmekte idi. Klâsik Yunan filozofları bakımından bugün a priori diye nitelenen söz konusu kavramları böyle nitelenmek çok şaşırtıcı olurdu.

Özünde sübjektif olan pratik akıl aracılığı ile çıkartılan ahlaki kategorik emirler (özgür iradenle öyle bir davranış seç ki, bu, evrensel bir kural haline gelebilsin) ve soyut aklın kendileri aracılığı ile dış dünyayı kavradığı akli şekiller (yer, zaman, illiyet bağı), klâsik Yunan felsefesine yabancı idi. Klâsik Yunan filozoflarına göre, gerçek anlamda bilimin konusu, ancak sübjektif akıl ve bilincimizin dışındaki şeyler olabilirdi. Klâsik Yunan felsefesinin amacı da, gerçek anlamda bilgi sahibi olmak, görmek anlamına gelen theorien fiilinden türetilen teori yani dış dünyaya bakış olmaktadır. İnsan bilincinin dışında yer alan, insan aklına oranla haricilik niteliğine sahip ve filozofun kendisine baktığı dış dünya, çağdaş bilimin kuşku ile karşıladığı değerleri de içermektedir. Modern bilim ruhu içinde yetişenleri en çok rahatsız eden de budur. Modern bilim, eşyayı içerdiği niteliklerden sıyırmakta, dünyayı sahip olduğu değerden soyutlamakta, sadece olgulara ve bunlar arasındaki ilişkilere bakmaktadır.

Modern jeolog bir arazi parçasına baktığında, sadece bunun yapısı ve arazi tabakaları ile ilgilenir. Anatomist kemik ve kas sayısı ile biyolog da dokuyu etkileyen kimyasal etkileşim ile yetinir. Dil bilimci sesler, sentaks ya da konuşanlar arasındaki ilişkilerle (duygular, yaş vb.) meşgul olur. Aristoteles ise, yıldız kümeleri veya bir canlının organlarına baktığında, bunlarla nihaî amaçlar arasında ilişki kurmaya çalışır. Bu düzenin içinde tabiatın sanatçı elini görür. Platon anayasaları incelediğinde, amacı, adil olanla olmayanı kavramaktır.

Klâsik Yunan felsefesinin bir amacı da bilgeliğe kavuşmaktır. Bilgelik (hikmet), bilim ve gerçeğin bilgisine sahip olmaktır. Bilge kişi, bilim ve gerçek bilgi aracılığı ile, iyi ve doğru davranmak erdemine ulaşır: Yani bilgiden (olan) çıkartılan ahlâk (olması gereken). Klasik Yunan felsefesinin iddiası, kozmozun daha bütün bilgisine sahip bulunan bilge kişinin, kendi bilgisinden yaşam biçimini çıkartacağıdır. Felsefenin bir işlevi de bilgiden (olan), genel bir davranış yönlendirmesi (olması gereken) çıkartmaktır.

Bu tabii hukuka ulaşmanın metodu, soyut insan ve toplum anlayışından sıyrılıp, somut anlamda mükemmeliyete ulaştığı varsayılan insanlığı ele almaktır. Biz, mükemmeliyet diye tanımladığımız bu nihaî amacı bilemeyiz. İnsanlık, tarih boyunca bu mükemmeliyeti aramış, zaman zaman buna çok yaklaştığını düşünmüş ama başarıya ulaşmamıştır. Tabii hukuku araştırırken gözlem alanımız, olduğu biçimi ile insan ve duyu organlarımızla algıladığımız düzen, yani toplumdur. Ama burada, özgür hareket yeteneği dolayısıyla her gün yeni yaşam biçimleri, farklı girişim modelleri geliştiren farklı insanlar buluruz. Dolayısıyla, bütün değişiklikleri içinde tek tek insanı değil, bütün insanların, beşeriyeğin tabiatını gözlemlememiz gerekir. Modernler, bu tesbitten hareketle, eski Yunan tabii hukuk mitolojisinden kurtulmak istemektedirler. Çünkü tabii hukukun bağlandığı değerler, üstün ilkeler, içinden çıktıkları tarihi gerçekliğin ötesine taşarlar; ama bunlar özünde insanlığın fiilen ve kalıcı olmak üzere kazandığı değerlerdir (tabii hakların zaman aşımına uğramaması). Evrensellikleri, mutlaklıkları, kazanıldıkları çağla, o zamanki şartlarla sınırlı olmamaları, bunun ötesine geçmelerini ifade eder. Kamu özgürlükleri ve anayasal özgürlükler, tarih içinde, insanın kişilik haklarının korunması ve geliştirilmesine ilişkin fiili iradi davranış ve kararlardan oluşurlar. Tabii hukuk kuralları ve ideallerinin

mutlaklık ve evrensellik gibi niteliklerini böyle bir içerik çerçevesinde ele almak gerekir^{13/a}.

Bunu en iyi sezenler Roma Hukukçuları olmuştur. Aristoteles doktrinine yollamada bulunarak, olduğu biçimi ile dünyanın gözlemlenmesine öncelik vermişlerdir. Ulpian, hukuk bilimi ile içtihatların herşeyden evvel, eşyanın tabiatının gözlemlenmesi olduğunu, buradan hareketle adil olanla olmayana ayırabileceğimizi söyler. Roma hukukçularının eserlerinin çoğu kazuistiktir; yani her dava ayrı ve bağımsız bir gözlemin konusunu oluşturur. Bodin 16'ncı yüzyılda, halkların hukuki kurumlarını incelemiş, bunlar içinden adil biçimde zaman ve şartlara uydurulabilenleri teşhise çalışmış, hangilerinin tabii düzenin dışına çıktığını araştırmıştır¹⁴.

Tabii hukukun temel aksiyomlarından biri, hukukun tümden gelime dönüştürülemeyeceği ve bilim olma zorunluluğu bulunmadığıdır. Pozitivist ve normativistler, herkese hakkını ver (suum cuique tribuere) formülünü, herkesin hakkının ne olduğu konusunda bir ölçüt koyamadığı, yani içerikten yoksun şekli bir kavram olduğu için eleştirmişlerdir. Ama hukukun amacı adil çözüm yolunu bulmaktır. Hukuk bilimsel doğruyu değil haklı ve adil olanı arar^{14/a}.

III. Sözleşmecilik

Tabii hukuk felsefesinde Platon ile başlayan, 16'ncı yüzyıldan itibaren belirginleşen bir değişiklik gözlemlenmektedir. Bu tarihlerden itibaren kişiden kişiye değişmeyen ve insan tabiatının tezahürü olan teorik (saf, soyut) akıl, tabii hukukun kaynağı olmak bakımından tabiatın yerini almaktadır. Bu akımın üç büyük temsilcisinin farklı postülâları vardır.

Hobbes (1588-1679), insanı özünde bencil, kötü, korkak ve saldırgan bir yaratık olarak görmektedir. Örgütlü devletin yokluğunu temsil eden tabiat halinde, nefret korku ve düzensizlik vardır. Herkes savaş içindedir ve eşittir. Hukuki ve ahlaki alanda haklı haksız yoktur. Bunun yanında, insanı, barışa iten saikler vardır: Güçlü bir ölüm korkusu, belli bir alanda yaşamak için gerekenlere sahip olmak isteği, bu araçları kendi emeği ile elde etme ve koruma umudu. Bu saikler insana, tabiat kanunu sıfatıyla, barışı aramasını

13/a. Peticone, 954, 955. Pound'un aynı yönde düşünceleri için bk. Hunt, 16,17.

14. Villey, Leçons, 138 vd.

14/a. Villey, Philosophie, 63.

emreder. Heryerde barışı aramak, en temel tabiat kanunudur. Bu temel kanundan diğer aklî kanunlar çıkartılmaktadır: istediğini yapabilmek hakkından vazgeçmek, sözleşmelere uymak, kendisine tehlike yaratmadan başkalarına yardım etmek, uyuşmazlıkları çözecek tarafsız mahkemelerin kurulması. Barış ve tabii hukuk, toplum üyelerinin bir sözleşme yapıp bütün yetkilerini bir kişi veya topluluğa devretmelerine bağlıdır. Bu egemen güç Leviathan (ölümlü Tanrı), barış ve mutluluğu sağlamak için tam yetkili olmalıdır¹⁵. Hükümdarın iradesini kabul ettirmesinin aracı, müsbet kanunlardır. Hobbes'in hukuk felsefesindeki ayrı yeri, tabii hukuku müsbet hukukun temeli, destekleyicisi ve meşruiyet nedeni olarak görmesidir¹⁶.

Hemen diğer bütün tabii hukuk akımlarının aksine, hukuk düzeninin içeriğinin tesbiti, beşeri kanunkoyucu yani hükümdara aittir. Tabii hukukun işlevi, tebayı hükümdarın bütün emirlerine uymaya mecbur tutmaktır. Tabii hukukun temel kanunu, bu suretle beşeri kanunkoyucuya bir meşruiyet temeli sağlamaktadır. Tabiat kanunu, sözleşmelerin ihlâlini yasaklayan diğer bir tabiat kanunu uyarınca bütün müsbet kanunlara itaat etmeyi emreder. Bütün tabii hukukun tek bir norma indirgenmesi anlamına gelir: Eşitler toplumunda verilen sözler tutulmalı; eşit olmayanlar toplumunda ise üstün otoriteye itaat edilmelidir¹⁷.

Grotius (1583-1645) ise, insanı, zekâsı ölçüsünde, hemcinsleri ile örgütlü ve barış içinde yaşama isteğine sahip bir varlık olarak görür. İnsanın toplumsal tabiatına ve aklına uygun herşey adil ve haklı, diğerleri haksızdır. Devletin kökeni sözleşmedir. Akla dayalı beş tabii hukuk aksiyomu vardır: (a) Başkasının malına el uzatmamak; (b) başkasının malını kendisine iade etmek; (c) verilen sözleri tutmak; (d) kusurlu olarak neden olunan zararı tazmin etmek; (e) hakedeni cezalandırmak. Bunlar toplum içinde ve uluslararası ilişkilerde güce başvurmadan yaşayabilmenin temel şartlarını oluşturur. Ahde vefa (sözlerin tutulması) en önemli ilkedir: İç hukukta yönetenlerle yönetilenler arasındaki ilişkilerin temelini oluşturur; uluslararası hukukta da, üstlenilen yükümlülüklerin yerine getirilmesini sağlar¹⁸.

15. Bodenheimer, 39 vd.

16. Bobbio, Giusnaturalismo, 130-131.

17. Bobbio, Giusnaturalismo, 130-131.

18. Bodenheimer, 36; Keyman Hukuka Giriş, 124.

Bir başka sözleşmeci Rousseau (1712-1778), farklı bir yaklaşıma sahiptir: "Herkes kişiliğini ve yetkisini üstün ortak genel iradenin emrine koyar". Bu birleşmede her üye, kişiliğini kaybetmez, bütünü bölünmez parçası haline gelmiştir. Her üye, kendisini bütüne vermekle, hiç kimseye vermemiş olur: Kendisi de başkaları üzerinde aynı hakkı elde ettiğinden eşitlik bozulmaz. Böylece manevi bir bütün, topluluk oluşur. Birey artık bir hükümdar ya da bir gruba değil, üyelerin topluluğundan oluşan genel iradeye tâbidir. Temel toplumsal normun amacı tabii hakları korumak değil de ege-men genel iradenin üstünlüğünü sağlamaktır¹⁹.

Bu model ve sistemler sayıca çok fazladır. Bu bir belirsizliğe neden olmuştur. Ama yine de insan aklını esas alan tabii hukuk doktrinlerinin dört evrensel postülâsından söz edebiliriz: (a) Tabii hukuk doktrini her zaman bir veya bir kaç değer yargısına sahip olmuştur (yukarıdakiler ve herkese hakettiğini ver; iyilik yap, kötülükten kaçın, insan onurunun üstünlüğüne saygı). Bu genel ilkelerden bir seri hukuki norm çıkartılabilir. Bunların içeriklerini daha fazla açıklığa kavuşturmaya gerek yoktur; (b) bu değerlerle tabii akıl arasında tam bir uyum vardır; (c) bu değer yargıları akıl aracılığı ile bulunup, öğrenilebilirler; (d) bu değerler, bir kere öğrenildikten sonra bütün müsbet hukuklardan önce gelirler²⁰.

IV. Genel Değerlendirme

Tabii hukuka yöneltelen eleştirilerin çoğu hukuki pozitivizmden kaynaklanır: Ontoloji, amaç, işlev, tabii haklar, tabii kurumlar vb. Ama en önemlisi, modern epistemolojinin, "Kant tabii hukuku öldürmüştür" dedirten eleştirisidir. Yani, "**olan**"dan hareketle "**olması gereken**"e (norm) ulaşamayacağı, olgudan normun çıkartılamayacağıdır. Bütün tabii hukuk doktrinleri bunun tam bir antitezidir.

1- "Olan-Olması Gereken" Ayırımı: Kant herşeyden evvel, tabiata yapılan yollamaları reddeder. Eşyaya, olgulara bakarak "**olması gereken**" in, fiilen vukubulana bakarak hukuk normlarının çıkartılması mümkün değildir. Olgu ile pratik aklın emirleri; olan ile olması gereken arasında derin bir uçurum vardır. Yani tabiatın kanunları ile davranışa ilişkin normatif emirler aynı düzeyde değildir. Tabiatın insanın varolmasından hareketle, insanın varolması gerektiği önermesine ulaşamayız.

19. Kelly, 256, 257; Bodenheimer, 53 vd.

20. Chroust, 72-73; Radbruch, 60; Lask, 7; Ambord, R, 51.

Toplum üyeleri arasındaki bağımlılığa (olan) bakarak, "toplum içinde görevimizi yerine getirmemiz gerekir" ahlaki önermesini çıkartamayız. Bu sonuçlar ancak, "**insanların bulunması gerekir**"; "**ahlaklı toplum olması gerekir**" gibi önermeler bilimsel olarak doğrulanabilirse, kabul edilebilirler; daha sonra bunlardan hareketle diğer normatif önermelere ulaşabiliriz. Fiilen var olan veya vukubulanın kanıtlanması mümkün olabilir; olması gerekene ilişkin normatif önermelerin doğrulanıp kanıtlanmaları çok zordur²¹.

Tabii hukuka yöneltile eleştiriler ise, sonuçta aynı ama yaklaşım bakımından biraz farklıdır: Tabii hukuk teorisyenlerinin, değeri (olması gereken) tabii olgudan çıkarttıkları iddiası doğru değildir. Yakından bakıldığında, tabii hukuk doktrinlerinin ulaştıkları değerler, maddi bir olgu yani fiilen vukubulandan değil de, bir diğer değer yargısından çıkartılmaktadırlar; yani vukubulandan vukubulması gereken çıkartılırken, olguya (olan) peşinen olumlu veya olumsuz bir değer yargısı atfedilmektedir. Sonra da bundan başka bir değer yargısı çıkartılmaktadır. İnsan tabiatı esas alınırken, tamamen tasvir sınırları içinde kalınmamakta, insan tabiatı peşinen olumlu ya da olumsuz bir değer yargısına tabi tutulmaktadır. Hobbes, her yerde barış ara "tabii kanununu" maddi olgudan yani tabiat halinden mi çıkartmıştır? Yakından baktığımızda söz konusu kanunun, "**savaş kötüdür**", "**yaşam en üstün değerdir**" gibi değer yargılarından çıkartıldığı görülecektir. Her yolla barışın araştırılması gerektiği kuralı, "**tabiat hali bir savaş durumudur**" gibi olgusal bir tasvirden değil de "**savaş durumu kötüdür**" şeklindeki bir değer yargısından çıkartılmaktadır. İnsanın aklını ve erdemlerini geliştirmek amacı bakımından da aynı şeyi söyleyebiliriz. Dolayısıyla eleştiri orijinal hali ile de doğrudur: Olması gereken, olandan değil, tabii hukuk normları olgudan değil de başka bir normdan kaynaklanmaktadır²².

Tabii olanla olmayan ayrımı, adil olanla olmayan ayrımında kullanılan ölçütle örtüşmemektedir. Bir eğilimin tabiiliği konusunda ortak kabul, bunlara yüklenen değer yargısını da ortak kılmaya yetmemektedir. Bazılarına göre bencil içgüdüler tabii fakat kötüdürler; diğerlerine göre ise iyidirler.

Mülkiyet konusunda paylaşılan iki kabul vardır: a) Mülkiyet, kökeninde ortaktır. b) İnsanlarda ortak bir özel mülkiyet içgüdüğü

21. Villey, Leçons, 257-258; Keyman, Hukuka Giriş ve Metodoloji, 71-73.

22. Bobbio, Giusnaturalismo, 172 vd.

vardır. Ancak olana ilişkin bu tasvirî hükümden çıkan ortak bir değer yargısı yoktur²³.

Demek ki "**olanla**" "**olması gereken**" arasında farklılık, zıddiyet anlamında olsa bile bir ilişki vardır. İkisi arasında kesin ayırım, biçimsel mantığa öncelik vermek anlamına gelir "**Bütün insanlar ifade özgürlüğüne sahip olmalıdır**", (A) da insandır; (A) da ifade özgürlüğüne sahip **olmadır**." sillojisinin (tasım) bilimsel doğruluğu, büyük önermenin kanıtlanıp, doğrulanmasına bağlıdır. Biçimsel mantık buna elverişli değildir. Ancak, olması gereken'in unsurlarını bulacak bir metod arayışından vazgeçmek bilimsel bir zorunluluk değildir. Kontrollü bir araştırmanın yanılıp tekrar denemek yolu ile de olsa, olması gereken'e ilişkin hükümlerin bulunup doğrulanmasını mümkün kılabileceği unutulmamalıdır²⁴.

2- Değerler Sorunu: Değerler fizik bilimi anlamında deneye dayalı nesnelere değildirlir. Fakat değer tamamen sübjektif sayılabılır şeklinde mutavassıt bir varsayımdan hareket etmemize engel yoktur. Nesnel bilimin metafizik diye nitelediği değerler, yine de, somut varoluş ve yaşam deneylerimiz aracılığı ile doğmaktadır. Değerler, insanın varoluşu (yaşam) diye tanımlayabileceğimiz bir gerçeklikle (bio kültürel nitelikte) ilişki içindedirler. Varoluş ve yaşamın, sübjektif "ben" den ibaret olmayışı bunun kanıtıdır. Yaşam sübjektif "**ben**" i şartlayan, bunu saran objelerden oluşan bir çerçeve içinde akıp gitmekte ve anlam kazanmaktadır. Varoluş (yaşam), sübjektif "**ben**" ile bunun maddi çevresinden oluşmaktadır. Sübjektif "**ben**" ile maddi dünya arasındaki ilişkiler yaşam ve varoluşun tezahürleridir. Bu düalizm ("ben" ve çevre) yaşama ilişkin diğer gerçekliklerin, seçimlerin, imkânların zemin ve çerçevesini oluştururlar. Yaşam bu ikisi arasındaki ilişkilerin bütünüdür. Sübjektif "**ben**" bu maddi çevre ile kendi iç dünyası arasında gidip gelir; çevrenin sunduğu imkanlar arasında seçimler yapar; her an bir adım sonraki hareketlerini düşünür ve tasarlar. Değerin de bu süreç, bu macera sırasında bir yollama, bir doğrulama noktası olarak doğmuş olması mümkündür: Acı, zevk; mutluluk-mutsuzluk; ortak yarara katkıda bulunmuş olmak duygusu gibi. O halde değerler, sübjektif "ben" in bir durum karşısındaki keyfi tavır ve tercihlerinden ibaret olmamaları anlamında nesnelirdirler.

23. Bobbio, Giusnaturalismo, 174.

24. Keyman, Hukuka Giriş ve Metodoloji, 71-73.

Nesnelliklerini, insanın maddi varoluşundan alırlar. Ama bazı idelerle ilişki içinde olduklarından a priori nitelikleri de vardır, çünkü fizik bilimi anlamında deneyden doğmazlar. Bununla beraber, subjektif "ben" in yaşama ilişkin deneylerinden bağımsız değildirler. Sübjektif "ben" in kendisine sunulan imkânlar karşısında yaptığı seçim, geniş anlamda deneylerden doğup, zihnimize izlerini bırakırlar. Değerler, fizik bilimi anlamında deneyin doğrudan sonucu değildir, ama kendisinden bağımsız bir başka deneyle (yaşam) ilişki içindedir; bütün beşeri eserler gibi doğar, tarih boyunca birikir ve uyum sağlama mekanizmaları kazanır²⁵.

Daha evvelden de belirtildiği gibi değerler sembolik evrenselliklerini tarihi bir çerçeve içinde kazanırlar. Kişilik, özgürlük, dayanışma gibi değerler içlerinde, belli bir tarih ve ortak yaşam vizyonu taşırlar. Tabii haklar, insan tabiatı (akıl) ile ilişki içinde ama öte yandan da, tarihen kazanılmış değiştirilemez, ortadan kaldırılamaz değerlerdir^{25a}.

3- Bilim - Olması Gereken İlişkisi: Olması gereken ve değer bilimin konusunu oluşturamayacağı ilke bazında doğru sayılsa bile, yine de bu alanda ileri aşamada bazı araştırmalara girilebilir. Bilim, bir değer yargısını benimsemenin hangi ön şartları gerektirdiğini gösterebilir; yani her değer yargısının hangi başka varsayımları zorunlu kıldığını ortaya koyabilir. Değer yargısı tahlil edilerek hangi diğer değer yargılarını da içerdiği bulunabilir. Bunlar yetmez. Ayrıca o değer yargısını gerçekleştirmek için hangi araç ve gereçlerin gerekli olduğu da belirlenmelidir. Kendisine özgü bir "olması gereken" (değer) ölçütüne ulaşan her hukuk sistemi, kendisi ile illiyet bağı içinde bulunan araç, gereç ve diğer değer yargılarını bir sistem içinde bütünleştirmek zorundadır. Bilim böylece bir değer yargısına bağlanmanın, sistem olarak neyi ifade ettiğinin bilincine varacaktır. Bunları nazara almayan hukuki pozitivizm, hukukun kesinliğini, içerikten yoksun bir değer haline getirmiştir²⁶.

4- Şekli Geçerlilik ve Tabii Hukuk Doktrini: Değer ve olması gerekenin belirsizliği doğru olabilir. Ama pozitivist hukuk biliminin temel taşı "**şekli geçerlilik**" kavramı, en az, değer kavramı kadar belirsizdir. Kelsen'in saf hukuk teorisi, anayasanın geçerliliği

25. Siches, 63 vd. Benzer bir açıklama için bk. Gürkan, 19-20. Değerin yokluğu gereceliliği (objektif olarak bilineme) konusunda pozitivist anlayışı için bk. Gözler, Anayasa normlarının, 18 vd; Gözler, Hukukun, 56 vd.

25/a. Perticone, 955.

26. Keyman, Hukuka Giriş ve Metodoloji, 71-73

söz konusu olduğunda, şekli ölçütten vazgeçerek, temel norm adını verdiği, içeriğini etkillik olarak belirlediği, sosyo-politik bir varsayımına atlamaktadır. Temel normun içeriği olan etkililiğin bir amacı vardır: Etkili güce ulaştığı varsayılan siyasi otoritenin anayasa normlarını koyması ve etkili biçimde uygulaması. Her somut hukuk sisteminin geçerliliği belli bir zamanda oluşan etkili siyasi otorite (güç) postülasına dayanmaktadır. Bu postülanın, değere ilişkin olarak naklettiğimiz postülaya oranla, ne ölçüde daha nesnel olduğu tartışmalara açıktır. Bazı yazarlar, Kelsen'in saf hukuk teorisinin, temel normun açıklanmasındaki zorlukları dolayısı ile bir tür tabii hukuk doktrinine dönüştüğünü düşünmektedirler²⁷. Kelsen'in, temel normun geçerliliğini açıklamak için, "(a) belli bir etkili egemenlik oluşturan topluluk devlet kabul edilmelidir; (b) ihtilâl veya darbeye iktidara gelen hükümet, gerçek bir itaat sağladığı takdirde, meşru sayılmalıdır" yolundaki uluslararası kurallara başvurması da, soruna normatif bir çözüm getirememektedir. Çünkü temel normun geçerliliği ve buna itaat görevi, tabii bilimlere ait "olan" kategorisine dahil unsurlarla açıklanmakta, yani temel normun geçerliliği, şekli ölçütlere (normatif) değil de olgusal bir tesbite (olan) dayandırılmaktadır^{27/a}. Bunun yanında, temel norm varsayımı, normlar hiyerarşisi sistemine yabancı psikolojik, etik vb. unsurlar içermektedir. Tabii hukukun etkisi (müsbet hukuka itaati emreden tabii kanun) hesaba katılmaksızın, uluslararası hukuk normlarının nasıl olup da bu şemaya dahil edildiği anlaşılammamaktadır. Adeta son çare olarak kendisine başvuru ve normatif sayılamayacak etkililik ölçütü de gözden kaçırılmamalıdır^{27/b}. Kelsen'in bu hukuki pozitivizminin arkasında, bütün müsbet hukuk düzenlerinde olduğu gibi, güce dayalı Hobbes'çu bir tabii hukuk düşüncesinin yattığı iddiası tümünden yanlış sayılmamalıdır^{27/c}.

5- Tabii Hukuk Doktrininin Nihâî Değerlendirilmesi:²⁸ Bu zorlukları aşmaktan ziyade, bunları anlaşılır hale getirmenin yolu, tabii hukuk doktrininin temel tezlerini yeniden ele almaktır.

"Hukuk" nedir sorusuna verilen bütün ampirik cevapları reddeden tabii hukuk doktrininin temel tezi şudur: Hukuk, değerler sisteminin bir kısmıdır; tabii hukuk, hukuki olanla değere ilişkin olan arasında bir arabulucuk işlevi üstlenmektedir. Bu akımın en iyi ta-

27. Perticone, 955

27/a. Keyman, Hukuka Giriş ve Metodoloji, 44-45; Kelly, 385.

27/b. Kelly, 388-389.

27/c. Bobbio, Studi, 87 vd; Villey, 289 vd.

28. D' Entrèves, Natural, 112 vd; D' Entrèves, Droit naturel, 150-152-153.

nımı, değerle hukuk arasındaki kesişme noktasını ifade eden bir isim olmasıdır.

Hukukî açıdan, böyle bir kesişme noktasının gerekliliği açık ortadadır. Hukuku tamamen ampirik olarak de aldığımızda (hukuki pozitivizm), çözüm bulunamayan bir sorunlar dizisi ile karşılaşırız: Adalet, haklılık, itaat zorunluluğunun temeli vb. Müsbet hukuku ampirik bir siyasi güce (egemenlik) bağlamak; ya da bir ideoloji seçmek yoluyla bu sorunlardan kurtulamayız. Söz konusu sorunları, hukuku egemen güce başlayarak çözmek ya da varlıklarını reddetmek, güç (might) ile doğru ve haklıyı (right) aynı saymak anlamına gelir. İdeolojiler ise, bizzat kendileri değerler sistemidirler.

Konuya değerler açısından baktığımızda, tabii hukukun bazı değerlerin normatif biçimde ifadesi teşebbüsü olduğunu görürüz. Değerin mutlaklığı değil de, normatif bir dile dönüşüp dönüşmediği önemlidir; değer ancak bu şartla anlam kazanır. **"Bu iyidir"** önermesi, muhataba belli bir davranış modeli gösterdiği, onu somut bir harekete sevkettiği takdirde anlam ifade eder. En önemli tabii hukukçular, "oranlılık" (Aristoteles) veya "iyilik" kavramlarının, **"herkese hakkını ver"** **"iyilik yap, kötülükten kaçın"** gibi hükümlere dönüştürülmesinde ısrar etmişlerdir.

Pratik yaşamda normlar çok önemlidirler. Nitekim kanun, insan hareketini değerlendirecek ölçütlerin araştırılmasıdır. Norm böyle bir ölçütü temsil eder ve iki yönü vardır: **"Kesinlik"** ve **"doğruluk"**. Kesinlik, egemenliğe ve egemen iradeye başvurulacak açıklanır. Şekli geçerliliğin bir olgu diye nitelenmesi buradan gelir. Ama, akıl bunu algılamakta desteğini siyasi güçten yani zorlama unsurundan alır, bu akıl bozulmuş ve bulanıklaşmıştır; çünkü bireyeye zorla kabul ettirme söz konusudur. Bazen kanunlara uymakta zorlanırsınız; ama zorlayıcı güce (egemenlik) sahip oldukları için de itaat ederiz. Hukukun geçerliliğini güvence altına alan, egemenlik yanında ve onun ötesinde, hukukun **"doğruluk"** niteliğidir. Doğruluk, kanunun içerdiği ve aklın ürünü olan değerlerdir.

Norm da, değerlerin normatif dile çevrilmesinden başka birşey değildir. İradi olarak norma uyma kararını verdiren, bu konudaki seçimi belirleyen en önemli faktör "zorunluluk" değil de doğruluk" unsurudur. Bu, normla değerlerin kesiştiği, örtüştüğü noktadır. Bütün bunlar, tabii hukukun normun hüküm unsurunu (davranış niteleyip buna hukuki sonuçlar bağlayan unsur), müsbet hukukun da müeyyi-

de unsurunu oluşturduğu şeklinde yorumlanabilir^{28/a}. Ancak önemli olan, bütün hukuki düşüncenin müsbet hukukla ilgili dogmatik, tarihi ve sosyolojik anlayışlardan ibaret bulunmadığıdır.

Müsbet hukukun normatifliği, değer yargısına başvurulmaksızın anlaşılabilir. Değer yargısı yanlış, gayri adil olsa bile bir değer arayışının işaretidir. Müsbet hukukun bütün unsurları ampirik anlamda müsbet değildir. Normu hukuki kılan içeriği değil de nasıl konduğudur demek, çok vahim şeyleri meşru kılmayı göze almaktır.

6- Tabii Hukukun Anlamı: Her tutarlı tabii hukuk teorisyeninin, müsbet hukukun şekli geçerliliğini tabii hukukun ampirik tezahürü olarak görmesi, yukarıdaki düşüncelerin sonucudur. Müsbet hukukun şekli geçerliliği, tabii hukukun etkililiğinin normatiflik niteliği kazanmasını ifade eder. Müsbet hukukun şekli geçerliliğinin tek kaynağı, normatif ölçütün yanında ve bunun ötesinde, hiç değilse bir ölçüde tabii hukukun ampirik tezahürü olmasıdır. Tabii hukuk bu yolla, harici bir mecburilik ve zorlayıcılık kazanmaktadır²⁹. Bu düşüncenin en aşırı ucu, şekli geçerlilik unsurlarının tümünün ortadan kalkması, bunların yerini tabii hukukun emir ve postülaların almasıdır. Diğer bir deyişle şekli geçerliliğin, normun mutlak anlamından ve içerdiği ideal değerlerden kaynaklandığının var sayılmasıdır. Geçerlilikle ilgili bütün diğer ölçütler bir kenara itilerek, bunun yerine her türlü beşeri kanun koyucudan bağımsız akıl konulmaktadır. Akıl en üstün şekli kaynak olmakta, akılla çatışan hukuk geçersiz sayılmaktadır^{29/a}. Bu da belirsizlik demektir. Bu aşırı uca düşmemek isteniyorsa, normla değerlerin kesişme noktasına özen göstermek gerekir.

Epistemolojik açıdan ne kadar önemli olursa olsun, hiç bir eleştiri, tabii hukukun önemini inkâr ettirememiştir. İhtimallere dayalı, akli karıştıracak ölçüde rölatif bir dünyada, dürüstçe, nihaî bir amaç bir değer aramaktan vazgeçmemenin ince anlamı gözardı edilemez. Tabii hukuk ile hukuk felsefesi adına layık diğer hukuk teorileri arasındaki ortak nokta da, bu temellerin arayışına yönelmiş olmasıdır. Her felsefe nihaî tahlilde a priori ile a posteriori, gerçeklik ile değer arasındaki düalizmden hareket eder. Hukukla ahlâk arasındaki belirsiz sınırı keşfedenler, egemen kanun koyucunun

28/a. Bobbio, Giusnaturalismo, 130.

29. Croust, 77-78.

29/a. Lask, 6-7.

nisbi bağımsızlığını sağlayanlar, bireysel vicdanların reddedilemez haklarını güvence altına alanlar hep tabii hukuk teorisyenleridir³⁰.

Tabii hukukun geçmişteki önemine bakarak, gelecekte oynaması muhtemel rolü kestirebiliriz. Belki şu an bile, biz farkına varmaksızın, kurulu düzenin geçerliliğini destekleyerek ya da bunun temellerini sarsarak, geçmiştekine benzer bir rol oynamaktadır. Müstakar, hukuki ve değere ilişkin yükümlülüklerin uyum içinde olduğu, örtüştüğü bir toplumda tabii hukukun varlığı unutulabilir. Bütün değerlerin sorgulandığı kriz anları ile yeni bir hukukun doğma süreci içinde, tabii hukuktan vazgeçemeyiz. Çünkü, müsbet hukuk sisteminin maddi meşruiyeti değerlere dayanmaktadır. Gierke'nin dediği gibi, tabii hukukun müsbet hukuka girmesini yasaklarsak, odanın içinde bir hayalet gibi dolaşır ve hukukun kanını emme tehdidini yollayan bir vampire döğünür³¹

KAYNAKLAR

- Altıparmak, K: Due Process of Law Kavramının Amerikan Hukukundaki Yeri Üzerine bir İnceleme, A.Ü.H.F.D. 1998.
- Ambord, B: Du droit naturel au droit positif, Fribourg, 1956.
- Bartiffol, H: Problèmes de base de la philosophie du droit, L.G.D., 1979.
- Betti, E: Cours de droit comparé des obligations, Milano, 1956.
- Betti, E: Negozio giuridico, Novissimo digesto, Italiano, c 11.
- Bobbio N: Arguments contre le droit naturel (In Institut international de la philosophie politique, Annales de philosophie politique-3), Paris, 1959.
- Bobbio N: Giusnaturalismo e positivismo giuridico, Milano 1972.
- Bobbio N: Introduzione alla filosofia del diritto, Torino, Tarihsiz.
- Bobbio N: Studi sulla teoria generale del diritto, Torino, 1955.
- Bodenheimer, E: Jurisprudence (The philosophy and method of law), Harvard University Press, 1974.
- Chroust, A.H: The nature of natural law (in Interpretations of modern legal, philosophies, New York, 1974).
- Cotta, S: Diritto naturale, Enciclopedia del diritto, 12.
- D' Entrèves A.P: Le droit naturel (in institut international de la philosophie politique, Annales de philosophie politique-3) Paris, 1959.
- D' Entrèves A.P: Natural Law (An introduction to legal philosophy) London, 1951.
- George,Robert, P.; Natural law and positive law, (In The autonomy of law, New York, 1966)
- Gözler, K.: Anayasa normlarının geçerliliği sorunu, Bursa, 1999

30. D' Entrèves, Natural, 121.

31. D' Entrèves, Natural, 113; D' Entrèves, Droit naturel, 156-157.

- Gözler, K.: Hukukun Genel Teorisine Giriş, Ankara, 1998
- Gürkan, Ü: Hukuk Sosyolojisine Giriş, Siyasal Kitabevi Ankara, 1999.
- Hart, H.L.A: The concept of law; it, çev. Il Concetto del Diritto, çev; Cattaneo, M. Milano, 1966.
- Hirş, E: Hukuk Felsefesi ve Hukuk Sosyolojisi Dersleri, Ankara, 1996.
- Hunt, A.: The sociological movement in law, London, 1978.
- Kelly, F.M. A short history of western legal theory, Oxford, 1997.
- Kelsen, H: The Methamorphoses of idea of justice (in interpretations of modern legal philosophies, New York, 1947.
- Keyman S: Hukuka Giriş ve Metodoloji, Ankara, 1981.
- Keyman S: Hukuka Giriş Lefkoşa, 1997.
- Keyman S: Hukuki Pozitivizim, A.Ü.H.F.D., 1978.
- Lask, E: Legal philosophy (Legal philosophies of Lask, Radbruch and Dabin), Harvard University Press, 1950.
- Perticone, G: Diritto naturale, Novissimo Digesto Italiano.
- Radbruch, G: Legal philosophy (Legal philosophies of Lask, Radbruch and Dabin), Harvard University Press, 1950.
- Siches, L.R: Ideas and historical conditioning in the realization of juridical values (Interpretations of modern legal philosophies) New York, 1947.
- Villey, M: Leçons de l'histoire de la philosophie du droit, Paris, 1962.
- Villey M: Philosophie du droit, I., Paris, 1986.
- Weber M: Economy and law (Sociology of law), Cambridge, 1954.

Tek bir çalışmasına başvuru yapan yazarlar, dipnotlarda, sadece isimleri ile, diğerleri ise isimleri ve yollamada bulunulan çalışmanın başlığının ilk kelimesi ile gösterilmişlerdir.