

HUKUKUN ERDEMİ VE FULLER'İN AHLAKLARI*

(VIRTUE OF LAW AND MORALITIES OF FULLER)

Araş. Gör./ Res. Asst. O. Vahdet İşsevenler**

ÖZ

Doğal hukukun ve teleolojik görüşün çağdaş temsilcisi olan Fuller, başyapıtı Hukukun Ahlakı'nda dört farklı ahlaktan bahsetmiştir: ödev ahlakı, gaye ahlakı, hukukun iç ve dış ahlakı. Bu dört ahlak teleolojik görüş açısından bir bütün oluşturur. Makale, klasik Yunan felsefesini hatırlatarak, bu görüşe neden hukukun erdemi diyebileceğimizi ve Fuller'ın iddiasını temellendirirken doğal hukukun maddi amaçlarından vazgeçişini özetliyor.

Anahtar Kelimeler: Hukuki ahlak, teleolojik doğal hukuk, erdem.

ABSTRACT

Lon Fuller, who is one of main figures of contemporary natural law theory, in his magnum opus The Morality of Law, talks about four different moralities: morality of duty, morality of aspiration, internal and external moralities of law. These are all together making a unity from teleological viewpoint. So, in this article, I, by mentioning Greek thought, will try to explain why Fuller's stand can be called virtue of law and how he is abandoning the substantive aims of natural law doctrine while justifying his own claim.

Keywords: Legal morality, teleological natural law, virtue.

*Hukukun pratik etkililiği için
hukuki ahlaka asgari bir itibar gösterilmesi gerektiği
önermesi oldukça bariz olmasına rağmen
açıklamak için bu kadar çok zaman harcamış olduğum için
aslında özür dilemem gerekiyor¹.*

Burada ne *Hukukun Ahlakı*'nın nasıl okunacağına dair bir kılavuzluk vazifesi üstleniyorum ne de metnin tercümesinde sorumluluk sahibi birisi olarak hataları örtecek kılıfı örüyorum. Zira esasları Fuller'dan öğrenilecek bir öğretiye tarafgirlik kaygım olmadığı gibi İngilizce kelimelere münasip karşılıklar bul-

* Bu makale, 11.10.2016 tarihinde Editörler Kurulu'na ulaşmış olup, 25.10.2016 tarihinde birinci hakem; 09.11.2016 tarihinde ikinci hakem onayından geçmiştir.

** İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Anabilim Dalı, vahdetissevenler@hotmail.com.

¹ L. L. Fuller, Hukukun Ahlakı, çev. Engin Arıkan, İstanbul, Tekin Yayınevi, 2016, s. 188.Vurgu bana ait.

makla hallolacak bir sorunumuz olduğunu düşünenecek kadar konudan habersiz yahut saf da değilim. Öte yandan bu tip çalışmaların eserlerin önsözüne yahut açıklamalarına sızdırılması gibi bir alışkanlık mevcut. Ne ki tekrar pahasına vurgulamam gerekir: ne Fuller'ın anlaşılmasının (varsa) çözüm için yeterli olduğunu düşünmek durumundayım ne de yorumun sınırları tartışmak istediklerime yeterli alan sağlıyor. Bu nedenle eserin çevrilmesi vesilesiyle bir makale yazmayı uygun buldum.

Hukuka ve ahlakla ilişkisine dair süregiden tartışmayı derinleştirmek, yeni argümanları tartışmaya dahil etmek kadar kavramların üzerine giderek hafızamızı ve muhayyilemizi canlandırmak suretiyle anlam tarlasını sürmek demeye de geliyor. Fuller'ın eseri hem farklı bir argümanı ileri sürdüğü hem de ahlak denildiğinde akla ilk gelen den başka bir anlamı işaret ettiği için bu işleve hizmet edebilir. Bu makaledeki amacım da bu minval üzere 'ahlak'ı Fuller'ın eserinde kullandığı haline atıfı ele almak. Zira ne vakit hukukun ahlakından ve/veya hukuktaki ahlaktan bahsedilirken Fuller'a değinilse aynı refleksin gösterildiğine şahit oluyorum: "Ama onun ahlak dediği böyle bir şey değil." Bunun çok da gizemli olmayan bir sebebi var: Türkçe hukuk felsefesi yazınında Fuller, Hart ve öncülleri yahut Kelsen kadar alaka görebilmiş birisi değildir ve genellikle pozitivismle girdiği tartışma bağlamında, cevap veren konumunda biliniyor². Haliyle Fuller'ın argümanları aksine ikna edebildiği nispette takdir görmektedir. Sanki argümantasyon bir tek buradan kurulabilirmiş gibi. Kaldı ki tartışmanın kahramanları Hart ve Fuller, anlaşmazlığın merkezinde temel kabullerinin farklılığının olduğu hususunda hem fikirdir³. Dolayısıyla pozitivismin kabulleri ile sınırları belirlenen bir haritada Fuller'ın işaret ettiği ufku görmeye teşebbüs en iyi ihtimalle şaşılıkla sonuçlanır. Bir adım daha atıp bu ufkun ardına göz atmak istediğinizde faydacı ahlaktan, bu ahlakla uyumlu insan ve dünya görü-

² Bu eşleşme hukuk-ahlak ilişkisini de resmeder: Bir yanda Austin'in "Var olan bir yasa, ondan hoşlanmasak veya o benimseydiğimiz standartlardan ayrılsa bile yasadır" (Austin, Hukukun Belirlenmiş Alanı, çev. Saim Üye, Ülker Yükselbaba, Umud Koloş İstanbul, Tekin Yayınları, 2014, s.126.) sözünde en berrak ifadesine kavuşan, bir yasanın hukuk sayılmasının bizim ahlaki kabullerimizle bir alakası olmadığını belirten ayrılabilirlik tezi diğer yanda ise Aquinas'e atfedilen "adil olmayan hukuk, hukuk değildir" mottosuna sıkıştırılmış doğal hukuk karikatürü. Binlerce yıllık doğal hukuk geleneğinin bir cümleye sıkıştırılması, bu gelenek içinde birbiri yerine geçmesi mümkün olmayan farklı argümanların görünmez kılması bir yana doğal hukuka eğilimi olanları her pozitif yasanın üstün bir ahlakla gerekçelendirildiği ve itaat yükümlülüğünü haiz olduğu gibi saçma ve imkansız bir iddiayı savunma görevini rızası hilafına üstlenmeye zorlar. En tehlikelisi, pozitif yasalar karşısında eleştirel bir tavır almak zorunluluğu karşısında bu konuda iş görebilecek en etkin silahlardan biri olan doğal hukukçu argümanlara, kendisini önemli ölçüde onu eleştirerek var etmiş akrabası tarafından gölge düşürülmüş olur. Modern toplumda politik meşruiyetin temininde en etkin yol hukuka verilen referanslardır ta ki hukuk gücünün sıradan bir emri olarak algılanana kadar. İşler bu noktaya vardığında vâzneler ya daha güçlü olmaya bakar ya da "Emir emirdir, yasa yasadır" diyerek özneliklerini yitirirler. Nihayetinde ikisi de aynı kapıya çıkar. Hukuki pozitivism taraftarlarının çoğunluğunun hukuka itaat yükümlülüğünü savunmadığı göz önüne alındığında bu sonucun kimse tarafından arzulanmadığını söylemek abes olmayacaktır.

³ "Hart bu yazısının ilk paragrafında "hukuk felsefesindeki başlangıç noktalarımız ve ilgi alanlarımız o kadar farklı ki birbirimizin eserlerini tam olarak anlayamamak kaderimizde yazılı" ifadesini kullanmıştır. Kitabıma dair eleştiri yazıları geldikçe ben de söz konusu müzakeranın gerçekten de belli "başlangıç noktalarına" dayandığının farkına vardım." (Fuller, Hukukun Ahlakı, s. 225.

şünden beslenen İngiliz hukuki pozitivizminin ön kabulleri artık ayak bağı olmaya başlar.

Fuller'in analitik pozitivizmin sahnesinde temsil edilmesi yani ona tâbi olması yine kendisinin tespit ettiği hukukçunun kafasında ahlakın hukuka tâbi oluşuyla paralellik gösterir. Nasıl hukukçu, hukuku anlamaya çalışırken, dolaylı olarak ilgilendiği ahlak gibi diğer konuları kendi başlarına anlamaya fazladan bir çaba göstermezse bir şekilde pozitivizm rüzgarıyla ahlaka konan kimse de yabancıya yaban kalmaktadır. Nitekim Fuller, hemen birinci bölümde hukukçunun sadece hukuku düşünerek hukuk-ahlak ilişkisini çözme pratiğine karşı çıkar ve dengeyi kurabilecek, bölüme de adını veren iki ahlaktan bahseder: *morality of aspiration* ve *morality of duty*. Ona göre bu ayrımı dikkate almak hukuk ile ahlaki düşünürken ihtiyaç duyulan itidali temin eder.

Ödev ve gaye ahvakları⁴

İlkin, kaynağı olarak Yunan felsefesini işaret ettiği gaye ahlakı⁵ *morality of aspiration* üzerinde durur. Bu ahlak iyi yaşamın ahlakıdır. Daha doğrusu iyiyi yaşamın zira bildiğimiz üzere Fuller'in Yunan felsefesi olarak işaret ettiği yazın aslında teleolojik Sokratik okuldur ve bu görüşte iyi, en yüksek amaçtır. Bu amaca insan tüm potansiyelini gerçekleştirerek erişir, onun kuvve halindeki formu fiil olduğunda mükemmeliyete erişir, kamil olur. Nitekim Fuller da tarifinde efradı sayarken iyi yaşamın peşinden *excellence*'a yer verir ki İngilizce bu sözcük klasik metinlerin tercümesinde daha tanıdık bir ifade için kullanılır: Yunanca *aretê* Türkçede erdem, fazilet, üstünlük İngilizcede *excellence*, *virtue* ile karşlanır⁶. Askerin erdemi cesarettir zira askerlikte mükemmeliyet cesaretle mümkün olur. Nitekim *aretê* işleve vurgu yapar. Yunan için bir şeyin *aretê*si yerine getirdiği işlevde onu ehil kılandır. Yani erdemli olan o işte ehliyet sahibidir, yetkindir⁷. Tıpkı muvaffak askerinin cesur, bıçağın keskin, hukukun genel, açık, geriye yürümeyen vb. olması gibi.

⁴ Fuller, Hukukun Ahlakı, s. 15-46.)

⁵ Hukukun Ahlakı, tıpkı Concept of Law yahut Reine Rechtslehre gibi Türkçe yayınlanmadan önce hakkında monografi yazılmış bir eser. Dolayısıyla eser çevrilmeden, işlediği kavramlara karşılıklar önerilmişti. Aktaş, ideal/arzulanan buna karşılık Aki ise özlemi tercih etmektedir. (Aktaş, Prosedürel Doğal Hukuk Lon F. Fuller'in Hukuk Kavramı, s. 14vd., Aki, "Lon L. Fuller'da Hukukun İç Ahlakı", s. 84 vd.) Her iki eser de Türkçe yazının görebildiğim kadarıyla tamamında olduğu gibi duty ile aspiration arasındaki ayrıma değil hukukun iç ve dış ahlakına odaklanıyor. Yine de tercihlerden çıkarılabileceğimiz sonuçlar mevcut. Arzu ve özele, öznenin durumuna işaret ederken ideal, yönelimde olduğu nesneyi ön plana çıkarıyor. İşin aslı bu durumda yönelimde olunan ayrıca bir nesne yoktur. Öznenin olmayı amaçladığı bir hal vardır. Bu amaç için öznenin insan olduğu durumlarda gayret etmek bir yana bunu amaç olarak seçme konusunda iradenin özel bir yeri de yoktur. Durum daha ziyade meşe tohumu ile onun ağaç hali arasındaki ilişkiye benzer. Bu bağlamda öznenin doğal hareketinin bir sonucu diyebiliriz. Gaye ifadesi aslında hukuk yazınının hareket bağlamında tanıdık olduğu bir terim. Ceza hukuku felsefesindeki yaygın hareket teorilerinden biri, amaçsal, ereksel yahut gai ile ifade edilir. Bu teinin arkasında da Fuller' da dahil edebileceğimiz teleolojik düşününenin idealist temsilcisi vardır.

⁶ Francis Peters, Antik Yunan Felsefesi Terimleri Sözlüğü, çev. Hakkı Hünler, İstanbul, Paradigma Yayıncılık, 2004, s. 46.

⁷ W.K.C. Guthrie, İlkçağ Felsefesi Tarihi, çev. Ahmet Cevizci, 2. Baskı, Ankara, Gündoğan Yayınları, 1999, s. 15.

Fuller kolayca erdem, fazilet demek yerine şecerisini takip ettiğimizde (spirit – aspire- aspiration) bizi nefes almak'tan ruha, ruhun nefesi arzulanacağı gibi arzulamaya götüren şevk, bir şey için can atmak demeye gelen ‘*aspiration*’ı kullanıyor. Böylelikle onun vurgusu amaca oluyor. Bu ahlakın buyruğu yapma değil yap der. Nelerden men ettiğini değil neleri yerine getirmen gerektiğini söyler:

“Bir kimse; bir vatandaş veya bir devlet görevlisi olarak yetersiz olabilirdi. Bu durumda o kimse bir başarısızlıktan dolayı kınanırdı ödevde sadakatsizlikten dolayı değil. Yine aynı şekilde o kişi noksanlığından dolayı kınanırdı haksızlığından dolayı değil. Yunanlılarda genellikle doğru-yanlış, ahlaki iddia ve ödev düşüncelerinden çok, doğru ve münasip olan, insan olma işlevini en iyi yerine getiren davranış fikrini görüyoruz.”⁸

Gaye ahlakı insan yetisinin tepesinden başlarken, ödev ahlakı en aşağıdan başlar. Ödev ahlakı düzenli bir toplumun onlarsız yapamayacağı veya belli amaçları gerçekleştiremeyeceği temel kuralları koyar. Ödev ahlakı, Eski Ahit’in ve On Emir’in ahlakıdır. “Edeceksin”den daha ziyade “etmeyeceksin” kalıpları ile kendisini ifade eder. İnsanları kendi kabiliyetlerini bütünüyle gerçekleştirmeye yönelik imkânları kullanmadıkları için kınamaz. Bunun yerine, onları toplumsal yaşamın temel gereksinimlere uymadıkları için kınar.”⁹

Yasaklamak Fuller’in ayırımında *morality of duty* payına düşer. Fuller bu ikinci ahlakın ayırt edici bir diğer özelliği olarak toplumsallığını işaret eder. Ona göre birinci ahlak yetkinlik için gerekenleri ikincisi ise toplumun bekası için çığnmemesi gerekenleri ortaya koyar. “Öldürmeyeceksin, çalmayacaksın!” gibi. Birinci ahlak hor görür ikincisi cezalandırır.

Morality of duty ve *morality of aspiration*’a dair bu özetin yeterli olduğunu düşünüyorum. Buraya kadar ifade ettiklerim dahi *morality of aspiration*’ı hukukun erdemi olarak okuyabileceğimizi ima eder.

Hukuk açısından Fuller’in çıkarımını fark etmek güç olmayacaktır. Ödev ahlakı söz konusu olduğunda, ahlak yasası ve hukuk yasası aynı akıl yürütmenin sonucudur. Yani hukuk kurallarının içeriği ödev ahlakını çağrıştıracak şekilde oluşur. Gaye ahlakı ise hukuk normlarının içeriğine ilgisizdir. En azından Fuller’a göre hukukun insanları daha iyi kılmak gibi bir gündemi yoktur. Gaye ahlakı hukukun iç ahlakıyla ilgilidir¹⁰. Yani hukukun kendisinin iyi olmasıyla. O, insan davranışlarını yönlendirme amacını gaye edinmiş hukukun bu amacına ulaşmakta sergilediği karakterdir. Burada bir şerh düşmemiz gerekiyor. Bir örneğe başvuralım gaye ahlakı bıçağın keskin olmasıyla ilgilidir, onunla neyi keseceğinizle değil. Fuller’a göre hukukun insani mükemmeliyette yapısal bir payı yoktur. Lakin *morality of aspiration*’ın fikir babaları için aynı şeyi söyleyemeyiz. Hem Platon hem Aristoteles iyi yurttaşın iyi *poliste* yetişebileceğini düşünürdü. Her şey de olduğu gibi *poliste* de bir işlev gören Aristoteles’in açıkça *poliste* iyi yurttaş yetiştirme amacı verdiğini ve Platon’un Devlet’tе bunun üzerinde uzun uzadıya durduğu malum.

Burada klasik düşünürlerin vurguladığı basitçe yasa koyucunun bu misyona uygun yasalar koymasından kesinlikle fazlasıdır. Yasa koyucuya öğüt-

⁸ Cf. “Yunanlılar hiçbir zaman modern hukuki hak kavramına benzer bir şey tasarlamadı.” Jones, *The Law and Legal Theory of the Greeks* (1956), s.151.

⁹ Fuller, *Hukukun Ahlakı*, s.16.

¹⁰ Eserin kendisi buna şüphe bırakmayacak denli yalın olsa da Fuller kimi yerlerde bunu açıkça da söyler: Fuller, *Hukukun Ahlakı*, s.58, 127.

ten ziyade yapısal bir ilişkiye dikkat çekerler. Bugün literatür bu konuyu genellikle hukuk-ideoloji ilişkisi bağlamında değerlendiriyor. Hukukun formel yapısı gaye ahlakıyla anlaşılabilir nitelikte olsa da onun içeriği, hukuk aracılığıyla nesnelleşen, toplumsal etki kapasitesine kavuşan ideolojinin, dolayısıyla ödev ahlakının etkisi altındadır. Fuller her ne kadar gaye ahlakının bireysel olduğu yönündeki yanlış anlamaya karşı önlem almaya çalışsa da onun uyarısı gaye ahlakının kültüre bağımlılığı ile sınırlıdır. Eserde ortak amaçların imkanına dair bir imaya rastlamayız. Ne ki hukuk insan eylemini yönlendirirken sadece bazı yolları kapamaz kimilerini koruyarak ayrıcalıklı da kılar. Hukukun kurgusunda sadece formel bir kişi anlayışı yer almaz. Bu kişi kabı belirli bir ideolojiyle dolar. Bunu en başından bilen klasik düşünce tam da bu yüzden ikisini birbirinden ayırmamıştı. Bir politik birliği niteleyen şeylerden biri de onun neye iyi dediği, neyi gerçekleştirmeye çalıştığıdır. Fuller'a göre neyin yasaklanması gerektiğine karar verebilmek için kendimize bir iyi seçmemize gerek yoktur. Bu doğru olsa bile sonuç itibarıyla bir iyinin diğerlerine baskın gelmesi gerçeği sabittir. Bu şerhi şimdilik yarım bırakmak durumundayım. Fuller'ın hukukun formel amacını gerçekleştirmek için sahip olması gereken özellikleri ile aynı kaynaktan çıkan maddi amaçlarına kayıtsızlığını aşağıda ele alacağım.

Fuller'ın analizinde benim için heyecan verici noktalardan biri gaye ahlakının estetik, ödevin ise hukuk ile akraba olduğunu ifade etmesidir. Bu, amacı tayin eden poetik akıl ile araçsal, hesaplayan aklın pratiğin alanında gün yüzüne çıktığı yerdir. Estetik ifadeler iki artı ikinin dört oluşundaki biçimsellikten farklı olarak anlam taşırlar ve bunları idrakte Fuller'ın da belirttiği gibi genellikle başvuru yolu, sanatçının amacını sorgulamaktır. Burada kast edilen sanat eseri gibi herhangi bir eserin anlamının onu yaratanın amacıyla sıkı sıkıya bağlı olduğuna yönelik bir iddiadan ziyade insan davranışlarını eylem kılan anlam-amaç faktörünün yasa düşüncesinden farklı bir yerde olduğudur. Sanatçıya sorulan neden sorusu hesap vermesi beklendiğinden değil ne anlatmaya çalıştığını idrak edebilmek içindir.

Fuller'ın da ödünç aldığı analogiyi sürdürecektir olursak yasa düşüncesi dilbilgisi kurallarını buna karşılık gaye ahlakına dair düşünürlerin ifade ettiği olması gerekenler ise edebiyat eleştirmenlerinin öğütlerini çağırıştırır. *Dönüşüm*'ün edebiyat tarihinin en etkileyici giriş cümlelerinden birine sahip olması elbette Kafka'nın dilbilgisi kurallarına hakimiyetiyle alakalı değildir.

Nitekim gaye ahlakı, amaç düşüncesiyle alakalıdır. Hangi amacın, uğrunda yaşamaya değer olduğunu bir kenara bırakalım ve düşünürlerin bu konudaki iddialarından herhangi birinin makbul olduğunu varsayalım. Sokratik okul örneğimiz olsun. Onlarda görebileceğimiz ortak özellik bedeninin eğilimlerini tatminden ziyade ruhu olgunlaştırmanın gereğidir. Basitçe, "Ne yapmalıyım?" diye sorduğunuzda kendi görüşleri çerçevesinde iyi yaşamın tarifine uygun yaşamamız gerektiğini ifade ederler¹¹. Lakin ikinci ahlak bu soruyu cevapsız bırakır zira o neden sorusundan ziyade nasıl sorusu ile ilgilenir. "Nasıl yaşamalıyım?" diye sorduğunuzda örneğin, yalan söylemeden, hırsızlık yapmadan vb. cevaplar verir. Fuller tam da bu noktada ikinci ahlakın mübadele mantığına dayandığını, ticaretin dilini kullandığını ortaya koyar. Bu bezirgan ahlakının kaygısı alış verişini güvenceye almaktır: Ticaretimizi güvenli bir şekilde gerçek-

¹¹ Bu aslında tam da erdem ahlakının bir özelliğidir. (Sercan Gürler, *Ahlak ve Adalet: Çağdaş Ahlak Felsefesi ve Adalet Sorunu*, İstanbul, Legal Yayıncılık, s.50 vd.) Bize Fuller'ın teorisini hukukun erdemi adıyla anmak için bir nişan daha verir.

leştirmek istiyorsak birbirimize yalan söylememeliyiz. Burada yalan söylemenin yahut benzeri ödevlerin kendi başlarına ne gibi bir değere sahip oldukları tartışmasından ziyade arkasında yatan mantığın ilişkileri güvenceye almak olduğu iddiası söz konusudur. Gerçekleştirmek istediğiniz amaçtan bağımsız olarak herhangi bir amacın çıkar ortaklığı dahilinde güvenliğini temin söz konusudur. Birinci ahlakın ne uğruna yaşamak gerektiğini öğrettiği yerde ikincisi hayatta kalmayı temin eder. Sen oy ver ki oy vermenin kıymeti olsun; kimse oy vermezse senin gibi, neler olurdu? Doğruyu söyle ki herhangi birinin yalan söylüyor olabileceği güvensiz bir toplulukta diken üstünde yaşamak zorunda kalma. Bu evrenselleştirme temasının altındaki yasallığın yürüttüğü mübadele mantığıdır.

Hukukun iç ve dış ahlakı

Fuller'ın bir diğer ayrımı ise hukukun iç ve dış ahlakı arasındadır. Hukukun iç ahlakı, yasanın neyin olması gerektiğini söylemesinden bağımsız olarak içeriği herhangi bir şekilde belirlenebilecek bu isteğini gerçekleştirebilmesi için (hukuk kuramının diliyle ifade edecek olursak hukukun etkinleşebilmesi) için uyulması gereken sekiz ilkedir: Hukukun genel olması, ilan edilmesi, geriye etkili kanunlar olmaması, kanunların açık, birbiriyle çelişmeyen, imkansız talep etmeyen yapıda olması, süreklilik arz etmesi ve ilan edilen kural ile kuralı ilan edenin eylemlerinin uyumlu olması. Görüldüğü üzere bunların tamamı hukuka dair özelliklerdir; eşitliğin gereği, mülkiyetin kutsallığı vb. gibi insani iyiler değildir. Bu gibi iyiler, Fuller'ın ayrımında, bunların felsefi olarak ne kadar savunulabilir olduklarından bağımsız olarak hukukun varlığına alakasızdır. Dolayısıyla bunların adresi hukuk dışındadır.

Kurallar sekiz ilkede özetlenen karakteri sergiledikleri ölçüde hukuk görünür hale gelir. Fuller için bir teşebbüs olarak hukuk, insan eylemlerini yönlendirme amacı olan bir araçtır¹². Hukuk insan eylemleri üzerindeki etkisiyle var olur, Fuller'ın aktardığı sekiz ilkedenden ne kadar uzaklaşırsa etkisi o kadar az olacaktır. Dolayısıyla bahse konu sekiz ilkeye riayet edilmediği takdirde insan eylemleri üzerindeki hukuk etkisi sifıra inecektir yani hukukun varlığından bahsedilemeyecektir. Burada farkı yaratan üç özellik mevcuttur.

Birincisi hukukun karakterini ortaya koyan yani hukukun doğasına dair olan bu sekiz ilke hukuk aracılığıyla hakim kılınmak istenen davranış kalıplarına karşı ilgisizdir. Alışıldık tabirle söyleyeceksek hukuk kuralının ahlakı içeriğine kayıtsızdır. Hukukça neyin olması gereken olarak belirlendiğine dair değil herhangi bir olması gerekeni hukuki kılının diğer bir ifadeyle onun hukukun gücünden istifade edebilmesinin koşullarıdır. Ki bu durum ona hukuk formu verir. Dolayısıyla hukuktaki asgari iyiden pay alır. Örneğin Fuller'a göre bu ilkelere uyulsa idi Nazi pratikleri mümkün olmayacaktı. Buradaki prosedürel olmayan, maddi yan Hart'ın asgari doğal hukukunu çağırıştırır.

İkinci özellik ise sekiz ilkenin hukukun varlığına ya da yokluğuna değil tabiri caizse azlığına-çokluğuna dair bir kriter oluşudur. Örneğin normatif pozitivizme göre hukuka ait olan normların tamamı aynı hukuk sistemindeki bir diğer normun verdiği yetkiyle çıkarılmıştır¹³. Dolayısıyla geçerliğini dayandıra-

¹² Fuller, Hukukun Ahlakı, s. 69,77,118,129.

¹³ Joseph Raz, "Kelsen'in Temel Norm Kuramı", çev. Şule Şahin Ceylan, AUHFD, 62 (4) 2013: 1169-1193, s. 1170.

çağı bir üst norm olmayan daha da ileri gidelim kendisinden yukarıda yer alan norma açıkça aykırı, ve çıkarılmasında herhangi bir normun yetki vermediği bir ifadenin hukuk olarak bahsedilemez. Aynı durum sekiz ilke için birebir geçerli değildir. Muhatabının uyması mümkün olmayan, “Kamu görevi esnasında araçsız uçmayanlar hakkında görevi kötüye kullanma hükümleri uygulanır.” gibi bir madde sıfır derecesindeyken birbiriyle çelişen yahut yeterince açık olmayan kuralların varlığında kimi durumlar için hukuk aktüelleşemeyecektir/etkinleşemeyecektir.

Üçüncü özellik ise bu sekiz ilkenin görünür olduğu yerin hukuk normları olmasına karşılık aslında tek tek normların geçerliliğinden değil bir hukuk sisteminin yekun etkinliğine, insan eylemlerini yönetme kapasitesini ne kadar gerçekleştirebildiğine odaklanılır. Bu özellik de yine aktüel-potansiyel ayrımında görünür olur. Bu paydada son iki özelliği bir kabul edebiliriz ki bu Fuller'in kısmen hukuk dediği şeydir:

“...hukuk kuralları da hukuki sistemler de kısmen var olabilirler ve olurlar da. Bu durum da bunların tam olarak ortaya çıkması için gerekli amaçlı gayretin ne yazık ki sadece kısmen başarılı olması durumunda gerçekleşir”

“Neden bir adam kısmen kel olabiliyor da bir ülke kısmen hukuk olan bir sistem ile yönetilmesin? Sanıyorum ki Dworkin yaptığı ayrımı bazı gündelik dil alışkanlıklarından alıyor. Gündelik dilde “hukuk” kelimesi gerçekten de bir “ya var ya yok” kelimesidir. Bu açıdan oldukça yakın bir kuzeni olan “adalet” kelimesi ile farklılık gösterir. Örneğin şu iki ifadeye bakalım: “Önerdiğin eylem biraz adaletsiz.”, “Önerdiğin eylem biraz hukuka aykırı.” İkinci cümleye bariz bir ironi tadı bulmuşştır. İlk cümlede ise bu yoktur; en azından aynı derecede yoktur. Adaleti zor tanımlanan bir şey olarak düşünmeye alıştık; adaletin sınırlarının gölgeli ve belirsiz olduğunu açık bir şekilde kabul etmekten çekinmiyoruz. Diğer yandan “hukuk” kelimesi ise kendi içinde bir siyah-beyaz eğilimi geliştirmiştir. Hukuk insan yapımı olduğundan eğer yeteri kadar gayret edersek neyin hukuki ve neyin hukuki olmadığını kesin bir şekilde tanımlayabileceğimizi varsayıyoruz. Bu varsayım da bizim kelimeleri nasıl kullandığımızı şekillendiriyor. Dil alışkanlıklarımız aslında bu gayretimizdeki azmimizi gösteriyor. Çok belirsiz bir şekilde düzenlenmiş bir kanunun sınırlarının nerede olduğunu belirlemenin imkânsız olabileceğini pekala biliriz. Ancak bu konuda konuşma şekillerimiz normal olarak yine “ya var ya yok” şekilde devam edecektir. Bu durum sadece belli eylemlerin hukuka uygunluğu veya aykırılığı ile sınırlı değildir; hukuk sisteminin bir bütün olarak “varlığı” meselesinde de bu geçerlidir.”¹⁴

Hukukun Erdemi ve Fuller'in Ahlakları

Gelelim bundan ne kadar ahlak olarak bahsedebileceğimize ve doğal hukuk meselesine. Fuller'in, hukukun doğasından bahsettiği, hukukun bir doğası olduğunu düşündüğü ayan. Elbette bu doğanın keşfinde aklın payı var lakin doğal hukuk dendiğinde kimilerinin anladığı gibi düşünürün temel kabullerinin mantiki sonucu olan ne var ki toplumsal gerçeklikle irtibatı şaibeli olan müstakil bir doğallık değil. Kaldı ki sekiz ilkeye hukukun kaynağının toplam olduğu gerekçesiyle itiraz etmek botanik biliminin hiç de halkçı olmadığını demeye

¹⁴ Fuller, Hukukun Ahlakı, s.148, 237.

benzer¹⁵. Fuller'in doğal hukuk başlığı altında yer alması ahlak dediğinde ne anlattığı ekseninden uzaklaştıkça ders kitaplarının içindekiler kısmı hazırlanırken düşünülecek tali bir mesele haline alır.

Konu ahlak olduğunda hatırlanılmaktan hoşlanılan ayırım ahlak ile etik arasındadır. Sıkça birbiri yerine kullanılan bu kelimeler arasında etimolojik fark aramak nafilidir. Her ikisi de enikonu alışkanlık, karakter, huy, görenek demeye gelir. Fark literatürle oluşur; Tukidides'in cesareti, Thrasymakhos'un öfkesi, yarışmalardan sonra düzenlenen sempozyumlar, toplu yemekler vb. toplumsal fenomenler ahlak, söz gelimi Aristoteles bunları araştırmasına dahil edince yani ahlak hakkında felsefe icra edilince etik denilir¹⁶.

Etik ile ahlakın ayırımını vurgulayan düşünürlerden biri de Kuçuradi'dir¹⁷. Bu ayırımın pozitif ahlakın, ahlaqsızlığın cezalandırılması gerekçesiyle hukuka sızmasındansa insan haklarına dayalı bir hukuk için elzem olduğu da iddia edilmiştir¹⁸. Aki, Kuçuradi'nin görüşlerinden hareketle Fuller'in açıkladığı sekiz ilkenin etik ilkeler olup olmadığını sorgular¹⁹. Buna göre sekiz ilke insan değerinin bilgisinden türetiliyorsa etik ilkeler olarak kabul edilebilir. Fuller, sekiz ilke dışında, hukukun iç ahlakının, davranışlarından sorumlu tutulabilen bir özneyi varsaydığını belirtir:

“Hukuki ahlakın birçok etik meselede tarafsız kaldığının söylenebileceğini defalarca ifade ettim. Ancak hukukun ahlakı insana olan bakışında tarafsız olamaz. İnsan davranışını kuralların yönetimine tabi kılma teşebbüsüne kal-

¹⁵ Öte yandan pozitivizmin dayandığı sosyal kaynaklar ve konvansiyonellik tezlerinin ima ettiği uzlaşmsallığı Eleştirel Hukuk Çalışmaları bir süredir deşifre ediyor. Kaldı ki hukukun toplumsallığını teleolojik düşünüş daha önce başka başka açılardan işaret etti. Aralarındaki farklılıkların ortaklıklardan fazla olduğu ve Fuller'in açıkça uzak durduğu bu okulun materyalist temsilcisi Marksizm hukukun kaynağı toplumdur derken bambaşka bir şeyi kast ediyordu. İdealizm ayağındaki Hegel'in de Hukuk Felsefesinin Prensipleri'ni yazarken aklındaki Aquinas'ın savını ispatlamak olduğunu sanmıyorum. Fikir pornografisinden keyif alıyor değilim, burada işaret etmek istediğim pozitivizm, hukuki olanın kriteri ahlakilik değildir dediğinde ayağımızın altından çekilen zemine işaret etmek istiyorum. Bu durum aslında argümanın maddi doğal hukukla alakası olmadığını vurgularken Fuller için de geçerli zira hukukiliğin kriteri ahlak olmasa da hukukun içinde hep bir ahlak bulunur, pozitivist literatürün pozitif/toplumsal ahlak dediğini hukuki olmadığını gerekçesiyle tartışma dışına itemeyiz. Toplumların, hukuklarının korunan bir iyileri her zaman vardır. Bu iyinin sorgulanması da elbette etigin konusudur.

¹⁶ Özlem, eserinde bu ayırım ve güçlüğü üzerinde uzunca durur. Bkz. Özlem, Etik: Ahlak Felsefesi, İstanbul, Notos Kitap, 2014, s.174-185.

¹⁷ Kuçuradi, başta Etik ismini taşıyan eserinin yanında farklı yerlerde yaptığı konuşmalarda, verdiği röportajlarda ve yayınlanan makalelerinde bu konuyu işler. Benim künyesini paylaştığım eserinde ise bu ayırımın imasını takip eden şekilde ahlausal normlar ve hukuk normlarından insan hakları normlarının farkına dair görüşlerini de açıklar. (Kuçuradi, Etik İlkeler ve Hukuk, HFSA 8, ed. Hayrettin Ökçesiz, İstanbul Barosu Yayını, 2003, ss. 5-11.)

¹⁸ Gülriş Uygur, “Ioanna Kuçuradi'nin Görüşlerinden Hareketle Hukuk Normlarının Türetilmesindeki Temel Problem: Etik mi Ahlak mı?”, Çağın Olayları Arasında Ioanna Kuçuradi, Ed. B.Çotuksöken - G.Uygur -H.Şimga, Tarihçi Kitabevi, İstanbul 2014, S. 165 vd. Öte yandan Kantçı okul pozitif ahlakı örf, adet, gelenek olarak işaret edip, ahlak ile hukuku ise kaynak, amaç ve yaptırım bakımından ayırır. Bkz. Işıқтаç, Hukuk Felsefesi, s.500-510.

¹⁹ İrem Aki, “Hukukun İç Ahlakı: Lon L. Fuller'in Görüşleri Çerçevesinde Bir İnceleme”, AÜHFD, 64, 2015, ss. 1-35.

kışmak ister istemez belli bir insan görüşünü gerektirir. Bu görüşe göre de insan; sorumlu, kuralları anlama ve bunlara uyma yetisine sahip ve kabahatleri için hesap veren veya en azından verebilen bir fail olmalıdır.”²⁰

Sekiz ilkeyi anlamlı kılan, hukukun iç ahlakının varsaydığı bu öznedir. Zira hukuk tek yönlü, otoritenin emirlerinden oluşan bir setten ziyade karşılıklılığa dayanan muhataplarının hukukla işbirliği yaptığı bir teşebbüstür²¹. Dolayısıyla bu ilkeler de insan potansiyelini gözetmektedir ve etik ilkeler olarak kabul edilebilir.

Öte yandan etik hep irade özgürlüğü yahut doğru eylemin ölçütü vb. insani konuları kendine sorun edinir gözükse de neyin iyi olduğu, neyi, nasıl yapmak gerektiği yönündeki araştırmalarda insana merkezi ve ayrıcalıklı bir yer vermek her zaman başvurulmuş bir yol değildi. Diğer bir ifadeyle temellendirme her daim antropolojik değildi ve Fuller'in kaynak olarak işaret ettiği Yunan Felsefesi'nde modern öznenin dahil olmadığı diğer örneklerdeki gibi antropolojik bir temellendirme yapılmıyordu. Bugün onlara özgü olanı anlatmak için tercih edilen adlandırma, kozmolojiktir. Mikrokozmos yani insan, makrokozmos ile paralellik arz eder. Kaldı ki, malum olduğu üzere felsefe ve bir dalı olarak etik tarihsel olarak kozmogonilerden ve teogonilerden sonra ortaya çıkmıştır. Dolayısıyla felsefe, kavramlarını evreni, doğayı (natura) değil, açıklamaya çalışan şemalardan hatta öncesinde anlatan mitoslardan devralır. Biz bu kavramlarla gerçekliği anlamlandırdığımız gibi inşa da ederiz. Hukukun ahlakının ne menem bir ahlak olduğunu anlamak için tam da bu yüzden geriye gitmek uygundur.

Sokrates'in iyi olanla bilgi arasında kurduğu ilişki hukukçular arasında dahi malum dahası adlandıran ve sisteme sokan Aristoteles olsa dahi, mikrokozmosun yani insanın dolayısıyla ahlakın felsefenin konusu olması, etiğin ortaya çıkması da yine Sokrates-Sofistler hattında olur. Nitekim bu nokta geriye gitmek için doğru adrestir. Sanıyorum Cevizci'nin, Platon'un Menon (Erdem Üzerine) diyaloguna yazdığı şu şerh aydınlatıcı olacaktır:

“Yunan felsefesinde, **canlı ya da cansız bütün nesnelere** her türden iyiyi kapsayan bir şey olarak *areté*, erdemden kesinlikle daha genel ve kapsayıcı bir anlamda kullanılmıştır. Teleolojik bir dünya görüşüne mensup Yunanlılarda, oldukça genel bir çerçevede içinde, “bir şeyin kendine özgü yetkinliği”ni ifade eden bu terim eserde çoğunluk insanda en fazla değer verilen, verilmesi gereken temel ahlaki özellik anlamında erdemle eş anlamlı olarak kullanılır. Bu açıdan bakıldığında, erdemın veya insana özgü yetkinliğin (*areté*) ne olduğu ile ilgili tartışmanın, felsefenin Sokrates ve Sofistlerin elinde, doğa üzerine bir araştırmadan insana ya da mikrokozmosa ilişkin bir araştırmaya dönüştürülmesinin ardından, milattan önce beşinci yüzyıl koşullarında Yunan'da felsefenin en önemli konularından biri olup çıktığını söyleyebiliriz. **Areté**, başlangıçta **moral bir belirlemeden yoksun** olan ve herhangi bir şeyin, bu şey her ne olursa olsun, belli bir alandaki yetkinliğine karşılık gelen bir sözcük olarak ortaya çıkmıştır. Her ne ya da kim olursa olsun işi yapana, kendisine özgü **işlevi** yerine getirene, kendi uygun ve gerçek **amacına** erişene, Yunan'da *aretés* olan yani yetkin bir şey ya da meziyetli insan denirdi.

²⁰ Fuller, Hukukun Ahlakı, 195.

²¹ Metin, “Lon. F. Fuller ve Prosedürel Doğal Hukuk Yaklaşımı”, Çağdaş Hukuk Düşüncesine Giriş, Ed. Ertuğrul Uzun, İthaki Yayınları, 2015, s.180.; Aki, “Hukukun İç Ahlakı: Lon L. Fuller'in Görüşleri Çerçevesinde Bir İnceleme”, s. 20.

Sokrates aretêyi, işte bu zemin üzerinde insanın yerine getirmek durumunda olduğu işleyle, onun amacına gönderme yaparak tanımlar... “İnsana özgü faaliyet türü nedir? İnsan varlığı, başka varlıkların yerine getiremeyeceği hangi işlevleri yerine getirmek durumundadır?”²²

Böylelikle iyi insan, insan olmanın gereğini bilen ve bunu yerine getirendir. Aynı askerin, askerliğin gereği olan cesareti haiz olması, iyi askerin cesaret erdemine sahip olması gibi. Buradan çıkaracağımız üç sonuç vardır: Birincisi *aretê* canlı cansız nesnelere hepsi için geçerlidir. Yani iradeyle bir alakası yoktur. İrade bunu bilgisiyse seçecek insan söz konusu olduğunda denkleme dahil olur. İkincisi nesnenin amacıyla uyumlu olan işlevinden kaynaklanır. Üçüncüsü bu işlevi iyi yerine getirebilmesi, diğer nesnelere de bu yanın fazla olması yani faziletli olmasıyla alakalıdır. Bu onun üstünlüğüdür. Yukarıda *aretê*nin *excellence* ile karşılandığını belirtmişim: üstünlük, yetkinlik, mükemmellik. Bunun güzide bir örneğini Homeros’un İlyada’sında bulabiliriz: “Bugün Akhalar, başka biri için yarış etselerdi/İlk ödülü ben alırdım götürürdüm barakama; benim atlarımın üstünlüğü (*aretê*) sizce de belli.”²³

Nitekim Yunan için bir şey amacını yerine getiriyorsa iyidir. Amacı işleyle uyumludur ve bu onun doğasından ileri gelir. Tam da buna atıfla hukukun ahlakından onun erdemi olarak bahsedebileceğimizi söylüyorum. Hukukun amacı Fuller’a göre insan davranışlarını yönlendirmektir ve o bunu sekiz ilkenin yerine getirilmesiyle yapar, bu sekiz ilkeyi yansıtmayan bir yönetim hukuk karakteri sergilemez. İyi hukukun ne olduğu onun sekiz ilkede özetlenen karakterinde, *ethos*unda, doğasında bulunur.

Hukukun ahlakını, insanı değil hukuku düşünerek tartışmakta bu bağlamda ısrar ediyorum zira buradaki kaygımız yasa koyucunun değil hukukun değerini ortaya koyabilmektir. Hukuku farklı kılan nedir? O hangi işlevi yerine getirir? Şüphesiz bu sorulara Fuller’la aynı cevabı vermek zorunda değiliz. Belki siz açıklamanıza Fuller’dan farklı olarak maddi doğal hukuku da dahil ederseniz ya da başka bir şey. Bunun için hukukun erdemi dediğim şeyi görmezden gelmek gerekmiyor. Fakat aksi durum argümanı yasa koyucuya öğütler noktasına taşıyabilir ki bu yasama faaliyetleriyle hukuku eşitleme tehlikesini de beraberinde getirir. Fuller’in argümanın en kıymetli yanlarından biri herhalde politik yönelimlerin paranteze alındığı prosedürel bir adaletin temin edilmesidir.

Teleolojik görüşün bir diğer katkısı da aktüel-potansiyel ayrımıdır. Hukukun iç ahlakının hukukun potansiyelini gerçekleştirmeyle alakalı olduğu Fuller’ın argümanının bel kemiğini oluşturuyor. Fakat bu ayrım elbette hukukun iç ahlakına özgü değildir. Felsefe tarihinde bu ayrım sükûnet-hareket gerilimini aşmakta iş gördü: Tuğla, kereste, harç ev yapacak potansiyeli haizdir yani evin maddi nedeni olabilir. İş onların ev formunda bir araya gelmesidir. Tıpkı saçlarımı kestirdiğimde aynı kişi olmaya devam edeceğim gibi eve sonradan bir balkon eklenmesi, badanasının değiştirilmesi, yılların eskitmesi vb. onu evlikten çıkarmaz. Lafın özü, değişim özde değil ilinektedir. Gerçeklik, görünüş değişiyor olsa da öz aynıdır vb. Aynı sorun hukuk için de geçerlidir. Pozitif hukuk, hukukçuya ezeli ebedi görünür. Avukat savunmasını, savcı iddianameyi

²² Platon, Menon, Çeviren ve Yorumlayan: Ahmet Cevizci, 2. Baskı, Bursa, Sentez Yayıncılık, 2009, s.26. (Vurgular bana ait.)

²³ Homeros, İlyada, 23. 275. Gören’in dipnotunda daha fazla örnek ve açıklama bulunabilir: Platon, Sokrates’in Savunması, Çev. Erman Gören, İstanbul, Kabcacı Yayınevi, 2006, s.114.

hazırlarken mevzu hukuka doğa yasası muamelesi yapar. Öte yandan hukuku toplumsal bir fenomen olarak ele alan görüşler onun etkinliğini sorun edinirler. Hukuk sosyologları için hukuk etkin olan kuraldı, dahası değişime tabiydi. Toplumsal değişimin bazen hukuk kurallarını kadük bıraktığı bazense yeni durumlar, uyuşmazlıklar için yeni kurallar talep ettiği sağduyunun da fark ettiği bir vakadır. Dolayısıyla herkes, geçerli de olsa bir hukuk kuralının, uygulanacağı toplumca meşru görülmediği müddetçe etkinleşmekte sorun yaşayacağını kabul etmek durumundadır. Bir kuralı uygulanmadığı ve uyulmadığı müddetçe hukuk olarak anmanın da pek bir anlamı yoktur. Resmi gazetede yayınlanmış olmasına karşılık edebi bir eserdeki normatif ifadeden toplumsal gerçekliğe yaptığı etki nispetinde bir farkı yoktur. Hukuken olmasa da edebi eserlerin “Düğünlerde Men'i İsrâfat Kanunu”ndan daha etkili olduğunu söyleyebilmek için saha araştırmasına ihtiyaç duymayız. Elbette burada hukuk ontolojisinin köklü sorunlarını masaya yatırma maksadında değilim. Fuller'in kısmen hukuk adlandırmasının, hukukun sadece prosedürel yanı için değil içeriği için de geçerli olduğunu fark etmek adına hukuk sosyolojisi literatürünü hafızamızda şöyle bir canlandırmanın yeterli olacağını işaret etmek istiyorum. Zira burada konu doğal hukukun maddi amaçlarından vazgeçiş dediğim yere gelmektedir. Yani hukukun dışına terk edilen ahlaka. Benim burada iki sorunun var.:

Birincisini yukarıda yarım bırakmıştım: Fuller'in doğal hukukun maddi amaçlarından vaz geçerken mübadele mantığının toplumsal ilişkilerin doğasından kaynaklandığını ima ederek tacir *ethos*unun hukuktaki egemenliğine kayıtsız kalışı:

“Nasıl bir toplumda bu koşulların sağlanması daha olasıdır?’ diye sorduğumuz zaman sürpriz bir cevap alırız: tüccarlardan oluşan bir toplum. Böyle bir toplum doğası gereği doğrudan ve iradi mübadele ilişkileri kurar. Eşitliğe gelince, farklı iyilerin değerini belirleyecek tam bir ölçü oluşturabilmek için serbest piyasa gibi bir şeye kesinlikle ihtiyaç duyarız²⁴. Böyle bir ölçü olmaksızın, eşitlik kavramı maddi içeriğini kaybeder ve bir tür metafor seviyesine iner. Son olarak, tüccarlar sürekli rol değişiminde bulunurlar: bir gün satarsınız diğer bir gün alırsınız. Mübadelelerinden doğan ödevler bu nedenle iki taraflı olarak sadece teoride değil ama aynı zamanda pratikte de yer değiştirir. Bir tüccar topluluğunu karakterize eden rol değişimi başka hiçbir yerde aynı derecede olmaz. Bu farklılık; ebeveyn ile çocuk, karı ile koca, vatandaş ile devlet arasındaki ödevleri düşündüğümüz zaman daha da açığa çıkar. Hayek, hukuk devletinin belli bir toplumsal koşula bağlı olduğunu savunur. Ona göre öyle bir toplum olmalıdır ki insanlar bugün ödevler doğuran yasama faaliyetlerinde bulunurken yarın bu söz konusu ödevlerin yükümlülere veya hak sahipleri olacaklarını bilmemeleri gerekir. Anlaşılacağı üzere Hayek, böyle bir toplumu piyasa ilkesi üstünde şekillenen bir toplum olarak görür ve piyasa ilkesini terk eden her toplumda hukuk devletinin yıkılacağını öngörür²⁵.

²⁴ Bununla beraber sosyalist bir ekonominin piyasa ilkeleri ile yönetilmesine dair öneriler (ki bunlar Sovyet blokunda en azından bir miktar uygulanmıştır) unutulmamalıdır. Örneğin bakınız: Oskar Lange, *On the Economic Theory of Socialism* (1936-37); aynı başlıkla tek cilt halinde tekrar basımı, ed: Benjamin E. Lippincott (1938), ss. 55-129.

²⁵ Bölüm VI, “Planning and the Rule of Law”, *The Road to Serfdom* (1944), ss. 72-87.

Bu analiz, ahlak ve hukuk anlayışının tam olarak ancak kapitalist bir düzende gelişebileceği şeklinde biraz ürkütücü bir çıkarıma bizi götürür.”²⁶

Fuller’a göre ödevin gerisinde mübadele mantığı vardır. Dolayısıyla hukuk, ödev anlayışını muhafaza ettiği müddetçe her ne kadar kendi varlığına ilgisiz olsa da toplumsal ilişkileri mübadele mantığına uygun düzenler. Diğer bir ifadeyle formel hukuk kişinin özelliği sorumluluk yüklenebilen, irade sahibi bir varlık olmasından ibaretken onun içeriği seçimlerini mübadele mantığıyla gerçekleştiren bir tacirle doldurulur. Anlaşılan o ki Fuller’ın tacir *ethos*unun tüm toplumda egemen olmasıyla yahut amaçlarımızı ancak başkalarının aracı olacağımız bir win-win durumunda gerçekleştirebilir olmamızla bir sorunu yok.

İkincisi aslında bu sorunun esas kaynağıdır: Geçerlilik kriteri ahlaki olmasa da hukuk kuralının her daim ahlaki bir içeriğinin oluşu. Diğer bir ifadeyle hukukun ne olduğu sorusunun geçerliliğe indirilmesi, türetilmesi ve etkinliğinin göz ardı edilmesiyle dolayısıyla fenomenin bu görünümündeki ahlakın saklı kalması. Yukarıda hukukta bir iyinin her zaman bulunduğunu belirtmiştim²⁷. Fuller’ın ayırımında hukukun iç ahlakının hukukun ideolojisine denk gelişi gibi şu an dikkat çekmeye çalıştığım iyi de hukuka etki eden, baskın çıkan ideolojiyi ima eder. “İdeoloji...bizim toplumsal gerçekliği mevcut bilişsel dayanaklarımız çerçevesinde tanımlamamızı ve bu gerçekliğe uyum ve uyumsuzluğumuzun **ahlaksal gerekçelerini** ihtiva eden bütünleştirici bir düşünsel ifadedir.”²⁸ Teleolojik skalanın sağladığı bir diğer imkanın pozitif ve eleştirel ahlakın arasını kapamak olduğunu düşünüyorum. Eleştirel ahlak yahut felsefi bir temellendirmeyi haiz etik ilkeler nihayetinde politik taleplerdir. İnsan potansiyeline dayanarak hukukun iyileştirilmesine yöneliktir. Eni konu diğerlerini ikna etme işlevi görürler. Hukukun maddi amaçlarını oluşturan biraz da bu iletişim sürecidir. Kuçuradi’nin yakınması maksadını özetler nitelikte:

“Bu satırları yazmaya başladığım günün bir önceki akşamı, birçok televizyon kanalında kiraların artışına getirilen sınırlama tartışılıyordu: kimisi Anayasaya aykırı olduğunu, kimisi de olmadığını savunuyordu; ama insan haklarıyla bağlantı kurana –pek vurgulamadan bağlantı kuran bir hukukçumuz dışında rastlamadım. Örneğin şöyle bakılabilirdi konuya: İnsanların barınağı olması temel bir haktır. Kira artışlarına çizilen sınır –yani ekonomik hakka çizilen sınır- yurttaşların barınma hakkının korunması için (yurttaşların bu konuda birbirine karşı korunması için) yapılan bir düzenlemedir. Bu nedenle....Ama böyle bir tartışma olmadı, ya da olduysa da ben rastlamadım.”²⁹

Nitekim etik hakkındaki literatürün değeri söz konusu iletişime bir farkındalık katma iddiasındadır. Hukuk kuramı açısından konu artık daha fazla kuralların geçerliliği değil türetilmesidir. Diğer bir ifadeyle etik ilklere yer verilmesi hukukun geçerlilik kriteri için değil türetilmesinde zorunludur³⁰. Dolayısıyla geçerli hukukta ya tartışılmış, gerekçelendirilmiş etik ilkeler bulunur ya da pozitif ahlak...

²⁶ Fuller, Hukukun Ahlakı, s. 36, 37.

²⁷ Bkz. 14. dipnot.

²⁸ M. Tevfik Özcan, Hukuk Sosyolojisi, 4. Baskı, İstanbul, Oniki Levha Yayınları, 2011, s.146. Vurgu bana ait.

²⁹ Kuçuradi, Etik İlkeler ve Hukuk, s. 4, 6.

³⁰ Gülriş Uygur, “Hukuk Kavramı: Normların Türetilmesi ve Geçerliliği Ayrı Sorunlar Mıdır? İnsan Hakları Bakımından Bir Değerlendirme”, s.151.

Normların türetilmesinde gaye ahlakının tutabileceği yeri işaret ederek sonlandırmak istiyorum. Fuller, gaye ahlakının gerisindeki mantığı anlamak için sanatçı örneği vermişti:

"...gaye ahlakı bu bağlamda estetik ile yakın ilişki içindedir. Sanatsal ifadenin yeni bir biçimini anlamaya çalıştığımız zaman, gayretimiz (eğer bilinçli isek) hemen sanatçının amacına yönelecektir. Kendimize sorarız; "Ne yapmaya çalışıyor? Neyi anlatmaya çalışıyor?" Bu soruları cevapladığımız zaman söz konusu eseri beğeniriz veya beğenmeyiz. Ancak anlayışımız ile beğenimiz arasına ayrı bir aşama girmez. Eğer beğenmemize rağmen yargımızdan şüphe duyuyorsak kendimize yanlış beğeni ölçütünü kullanıp kullanmadığımızı sormayız; her şeyden önce sanatçının yapmaya çalıştığı şeyi gerçekten anlayıp anlamadığımızı sorgularız."³¹

Buna karşılık, hukukun ve ödev ahlakının mübadele mantığı ile işlediğini de belirtmişti. Bu bağlamda gaye ahlakının işlev görmesinden anladığımız *ratioya*, hesaba, alış-veriş mantığına dayanan araçsal akıldansa poetik olanın iş görebileceğidir. Aradaki fark pazarlık sonucu değil yani bir sana verdiğim için bir de bana talep ettiğimden değil, öyle olması gerektiği için ve hayatta kalmayı sağlayan değil, hayatı anlamlı kılanı talep ettiğim bir söylemin dile getirilmesidir. Buradaki esas niyet gaye ahlakının hukukun içeriğiyle de alakalı olabileceğini ima etmekten ibaret olduğundan dolayı birkaç pasaj paylaşmakla yetineceğim.

Önce Fuller ile başlayalım. Mütakabiliyet anlayışının ödev kavramına içkin olduğunu belirttikten sonra, ödevlerden bağımsız bir toplumsal bağ düşünebileceğimizi söylüyor:

"Böyle bir bağ, derin bir aşk içinde olan bir çift arasında veya acil bir durum karşısında (örneğin etraflarını saran düşman karşısında son bir direnişte bulunmak için) birleşmiş ufak bir grup insanda mevcut olabilir. Böyle bir durumda tarafların gruba olan katkılarının ölçülmesi düşünülmez. Münasip organizasyon ilkesi "hepimiz birimiz, birimiz hepimiz için" olur. Ancak ne zaman tarafların katkı payları tayin edilir ve ölçülür (yani ne zaman ödevler olur); işte o zaman beklenen katkı paylarının kapsamı ve niteliğini belirleyecek belli bir ölçüte (her ne kadar kaba saba veya takribi olsa da) ihtiyaç olunur. Bu ölçüt, bireysel eylemleri birbirine bağlayan toplumun kumaşındaki yapıdan türemelidir. Toplumun dokusundan ciddi bir kopuş, insanların yükümlülüklerini ortadan kaldırır çünkü artık bu ödevlerin varlık sebebi olan toplumsal etkileşim yapısı yıkılmış olur."³²

Fuller'in vurgusu şayet toplumun ülkü edineceği amaçların kendi yapısından türetilmesinense getireceğimiz bir itiraz yok. Aynı şekilde aşkı ve tehlike durumunu doğrunun hesabı gerektirmeyen apaçık halleri olarak sunuyorsa da. Muhakkak ki hukukun da aktüelleşmesinde rol alacağı potansiyel toplumun kendisindedir. Fakat bunun ancak belirli özel durumlarda geçerli olabileceğiysen iddiası bundan emin değilim. Ahlakın tarihselliğini ve politikliğini konu edindiği eserinde Nietzsche şöyle diyor:

"... -en eski "devlet" **insan hammaddesi** ve yarı hayvanların sonunda yalnızca tümüyle yoğrulup uysallaştırılmayıp ayrıca onları **biçimlendirinceye** dek işleyişini sürdürdüğü korku verici bir tiranlık, ezici, acımasız bir makina olarak ortaya çıktı... Evet, yeryüzünde "devlet" böyle başladı: Sanırım şu "söz-

³¹ Fuller, Hukukun Ahlakı, s.25.

³² Fuller, Hukukun Ahlakı, s.34.

leşme”nin başladığı eski hayalcilik ortadan kaldırılmış bulunuyor. Buyurabile- nin doğuştan “efendi” olanın, davranışlarında ve işlerinde zorba olanın – sözleşmeyle ne ilgisi olabilir ki! Bu yaratıklarla hesaplaşılmaz: Bir yazgı gibi sebepsiz, hesapsız, bahanesiz gelirler; bir şimşegin oluşumu gibi oluşurlar, nefret edilemeyecek denli çok korkunç, çok ani, çok ikna edici, çok “fark- lı”dırlar. Yaptıkları, içgüdüsel bir yaratma, bir biçim verme çabasıdır; var olan en gönülsüz, en bilinçsiz **sanatçılardır**...Suçun, sorumluluğun, hesaplı davranışın ne olduğunu bilmez bu doğuştan örgütleyiciler... şu korkunç **sanatçı** bencilli- ğinin örneğini oluştururlar.”³³

Nietzsche’ye göre de suçun ve kara vicdanın oluşumunda bir çeşit müte- kabiliyetin olduğu malum lakin kendi kuralını koyanın bundan azade olduğu- nu da bu pasajda ortaya koyuyor. Bu pasajı devletlerin tek taraflı olarak muk- tedirlerce kurulduğu, devlet medeniyetinin insanın ehlileşmesi üzerine kurul- duğu şeklinde yorumlayanlar da olacaktır. Bunda bir hakikat de yok değildir. İnsanlığın potansiyelini yaşayabildiğine yönelik iddia naifliğe dahi sarnıp sak- lanamaz. Mevcut sistemin devam edebilmek adına zora dayandığı ortada. Te- leolojik görüşün espirisi de buradadır zaten: olanla birlikte olabilecekleri, doğal seyrinde olması gerekenleri söyler. Bu nedenle ben burada kuruluştaki hesaba gelmeyen, köle gibi pazarlığa girmeyen yani efendinin nişanı olan bir istenci, Fuller’ın gaye ahlakını betimlemeye çalışırken örneklendirdiği sanatçıdaki gibi bir sorumsuzluğa, yaratıcılığa –ki bunun benzerini oyun oynayan bir çocukta, yahut bir aşıkta görürüz- dikkat çekmek istiyorum. Fuller’ın bu durumu izah için estetiği anması gelişi güzel bir tercih değildir: Estetik tavır, harici başka bir gerekçe ile değil sadece estetik bir kaygıyla bakmak demeye gelir yani gayesinin kendisinde (auto-telos) olması durumu söz konusudur; tıpkı bir oyundaki gibi sadece öyle olduğu için öyledir³⁴.

Burada kelebeğin kozasını yırtışındaki gibi bir zor vardır. Onun efendiliği aslında ötekine kayıtsızlığı ima eder. İsteğini yerine getirir, potansiyelini gerçek- leştirir o kadar. Pazarlığa girmez. Ve evet, bu eser ülke tuvaline insan ham- maddesiyle yapılır! Şehrin maddesi insan, formu anayasadır. Tarihsel olarak hukukun içeriği mübadele ilişkilerine tabi hale gelmiş olabilir, kelebek de koza- sından hiç çıkamayabilir. Bu ondaki potansiyelin etkin olmadığı ifade eder, var olmadığını değil. Fuller’ın dağarcığıyla ifade edecek olursak, hukuka içkin olan gaye ahlakı onun içeriğinde de yer alabilir.

Nihayet Fuller’ın hepimiz birimiz için düsturundan ayrılığın gerçekleşe- ceğini işaret ettiği şu katkı payı ve ölçüt meselesine gelecek olursak:

“Hiç kuşkusuz, yüz paralık bir toplama bir para koymuş olanın diğer doksan dokuz parayı bulanla eşit pay alması adaletli değildir. Fakat devlet bir yatırımdan fazlasıdır; amacı yalnızca yaşamayı olanaklı kılmak değil, yaşamaya değer bir hayat kurmaktır...Devlet, bir karşılıklı koruma sözleşmesinden ya da mal ve hizmetleri değiş-tokuş etmek için yapılan bir anlaşmadan da fazla bir şeydir...”³⁵

Hukukun Ahlakı’nın konusundan uzaklaştığım, dahası toplumsal gerçek- liğimizin bu nevi ideallerden bahsedebilmekten uzak olduğu düşünülebilir la-

³³ Nietzsche, *Ahlakın Soykütüğü*, çev. Ahmet İnam, 4. Baskı, İstanbul, Say Yayınları, 2010, s. 102. Vurgu bana ait.

³⁴ İsmail Tunalı, *Estetik*, Cem Yayınları, 1984, s. 38-43.

³⁵ Aristoteles, *Politika*, 1280a, b.

kin öyle sanıyorum ki Fuller da göstermeye gayret ettiğim olasılığa yabancı değildi³⁶: “Thomas Aquinas'ın çok önceden fark ettiği üzere eğer bir kaptanın en nihai hedefi gemisini korumak olsaydı onu sonsuza kadar limanda tutardı.”³⁷

KAYNAKÇA

- Aki İrem, “Lon L. Fuller'da Hukukun İç Ahlakı”, AUHFD, 64, 2015.
- Aristoteles, Politika, çev. Mete Tunçay, Remzi Kitabevi, 2014.
- Austin, Hukukun Belirlenmiş Alanı, çev. Saim Üye, Ülker Yükselbaba, Umut Koloş İstanbul, Tekin Yayınları, 2014.
- Aktaş Sururi, Prosedürel Doğal Hukuk Lon F. Fuller'in Hukuk Kavramı, s.14vd.,
- Özlem Doğan, Etik: Ahlak Felsefesi, İstanbul, Notos Kitap, 2014.
- Francis Peters, Antik Yunan Felsefesi Terimleri Sözlüğü, çev. Hakkı Hünler, İstanbul, Paradigma Yayıncılık, 2004.
- Gülriiz Uygur, “Ioanna Kuçuradi'nin Görüşlerinden Hareketle Hukuk Normlarının Türetilmesindeki Temel Problem: Etik mi Ahlak mı?”, Çağın Olayları Arasında Ioanna Kuçuradi, Ed. B.Çotuksöken - G.Uygur -H.Şimga, Tarihçi Kitabevi, İstanbul 2014.
- Gülriiz Uygur, “Hukuk Kavramı: Normların Türetilmesi ve Geçerliliği Ayrı Sorunlar Mıdır? İnsan Hakları Bakımından Bir Değerlendirme”, Felsefe Söyleşileri, ed. Betül Çotuksöken- Ahu Tunçel, T.C. Maltepe Üniversitesi Yayınları, 2011.
- Joseph Raz, “Kelsen'in Temel Norm Kuramı”, çev. Şule Şahin Ceylan, AUHFD, 62 (4) 2013: 1169-1193.
- Fuller, Hukukun Ahlakı, çev. Engin Arıkan, İstanbul, Tekin Yayınevi, 2016.
- Homeros, İlyada, çev. Azra Erat- A. Kadir, Can Yayınları, 1999.
- Işıқтаç Yasemin, Hukuk Felsefesi, Filiz Kitabevi, 2010.
- Kuçuradi, Etik İlkeler ve Hukuk, HFSA 8, ed. Hayrettin Ökçesiz, İstanbul Barosu Yayını, 2003.
- Metin Sevtap, “Lon. F. Fuller ve Prosedürel Doğal Hukuk Yaklaşımı”, Çağdaş Hukuk Düşüncesine Giriş, Ed. Ertuğrul Uzun, İthaki Yayınları, 2015.
- Özcan M. Tefik, Hukuk Sosyolojisi, İstanbul, 4. Baskı, İstanbul, Oniki Levha Yayınları, 2011.
- Nietzsche, Ahlakın Soykütüğü, çev. Ahmet İnam, 4. Baskı, İstanbul, Say Yayınları, 2010.
- Platon, Menon, Çeviren ve Yorumlayan: Ahmet Cevizci, 2. Baskı, Bursa, Sentez Yayıncılık, 2009.
- Platon, Sokrates'in Savunması, Çev. Erman Gören, İstanbul, Kabcacı Yayınevi, 2006.
- İsmail Tunalı, Estetik, Cem Yayınları, 1984.
- W.K.C. Guthrie, İlkçağ Felsefesi Tarihi, çev. Ahmet Cevizci, 2. Baskı, Ankara, Gündoğan Yayınları, 1999.

³⁶ Fuller, Hukukun Ahlakı, s. 221.

³⁷ Summa Theologica, Pt. I-II, Q. 2, Art. 5. “Dolayısıyla bir kaptan kendisine emanet edilmiş gemiyi korumayı nihai bir amaç olarak düşünmez. Ne de olsa bir geminin asıl amacı başka bir şeydir: denizcilik.”