



Hukukun Teleolojisi^(*)

Legal Teleology

Dr. Öğr. Üyesi Muzaffer DÜLGER^(**)

Öz

Teleolojik düşünce, her nesneyi, yaşam formunu, doğal veya kurumsal mekanizmayı, insan ve hukuk da dahil olmak üzere, varoluşundan gelen bir hedefe sahip varlık olarak kavrar. Bu şekilde teleolojik düşünme yöntemi de her fenomeni, ortaya çıktığı sebebe bağlı değil, hizmet ettiği nihai hedefe göre açıklar. Bu konuda ilk sorunsal ünlü 'arkhe' sorusunu meydana getirirken, ikinci soru 'telos' hakkındadır. Hukuk felsefesi alanında da teleolojik bakış açısına sahip önemli bir düşünce geleneği bulunmaktadır ve bu çalışma, klasik filozoflardan başlayarak Jhering, Pound, Radbruch ve Fuller'a dek pek çok modern düşünürün içinde bulunduğu bu bakış açısının analizine özgülenmiştir. Bu filozofların teleolojik tartışmalarından bazı önemli kavramsal çıktılar sudur etmiştir. Adalet, hukuk güvenliği ve pratik amaç, bu bağlamda öne çıkan üç kavramdır. Bu üç kavramın çatışkılı ilişkileri ve doğaları, Çobanoğlu, Aral ve Çağlı gibi bazı Türk hukuk düşünürlerinin de katılmış olduğu bu teleoloji tartışmalarının ana temasını meydana getirmiştir. Bu çalışmada bizler işbu çalışmalar vasıtasıyla, teleolojik çatışkılı analiz etmeye ve bu konunun felsefi ve hukuk bilimsel açılımlarına işaret etmeye çalışacağız.

Anahtar Kelimeler

Teleoloji, Adalet, Hukuk Güvenliği, Pratik Amaç, Çobanoğlu, Fuller, Radbruch.

Abstract

Teleological thought comprehends every object, life form, natural or institutional mechanism, including human beings and the law, as a being has an ultimate purpose in existing. So teleological method of thinking explains every phenomena in terms of the ultimate purpose it serve, rather than of the cause by which it arise. While the second philosophical question is well known 'arkhe' question, but the first one is about 'telos'. There is also an important tradition of thought has a teleological point of view in legal philosophy; and this study is allocated to analyzing this viewpoint consisting of many legal philosophers, from classical philosophers to modern thinkers like Jhering, Pound, Radbruch and Fuller. Some important conceptual outcomes have emerged from these philosophers' teleological

^(*) Araştırma Makalesi / Makale Geliş Tarihi: 28.04.2023 - Makale Kabul Tarihi: 03.07.2023
DOI: 10.56701/shd.1289406

^(**) Sakarya Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Anabilim Dalı, Sakarya - Türkiye
E-posta: muzafferdulger@sakarya.edu.tr
Orcid No: <https://orcid.org/0000-0002-0359-9368>

discussions. Justice, legal security and practical aim are three prominent concepts within this context. The antinomial correlations and natures of these three concepts have constituted main themes of these teleological discussions which also some Turkish legal thinkers like Çobanoğlu, Aral and Çağıl participated in. In this study, we will try to analyze the teleological antinomy, and to point out the philosophical and jurisprudential expansions of this subject, by means of these studies above-cited.

Keywords

Teleology, Justice, Legal Security, Practical Aim, Çobanoğlu, Radbruch, Fuller.

I. GİRİŞ: TELEOLOJİ VE HUKUKTA GAYE TARTIŞMALARININ FELSEFİ MAHİYETİ

Teleoloji gaye/erekbilim demektir. Kelime, kökenini Antik Yunanca *telos* (τέλος) teriminden alır. Gaye yahut amaç terimi, malum olduğu üzere, varılmak istenen bir noktayı, aşamayı ifade etmekle birlikte; *telos* böylesine basit bir gaye anlamına sahip değildir; özellikli bir anlama sahiptir; nihai bir hedefi, mükemmel noktayı, bitime/sona varmayı ve tamamlanmışlığı ifade eder¹. Tahmin edileceği üzere varılmak istenen hedeflere bir çırpıda varılamayabilir; bunun merhaleleri, ara durakları, ara hedefleri söz konusu olabilir ve tüm bunlar *telos* kavramının dışındadır. *Telos*, nihayete dair bir bildirim içerir; varlıkların davranış ve ilişkilerinin kendisiyle değerlendirilmek durumunda olduğu nihai hedef ya da amacı bildirir². İşte teleolojik düşünce, her şeyi bu nihayetin nokta-i nazarından tahlil etmek demektir.

Hukuk düzenleri muhakkak pek çok hedefe ya da gayeye aynı anda erişmek yönünde, bir gaye çeşitliliğini bünyesinde taşıyabilir. Fakat felsefenin en klasik uğraşı olarak, çeşitlilik içinde esas olanın araştırılıp bulunması merakı ve hevesi, hukukta gaye sorunsalını ve “esas gaye” araştırmasını önemli bir felsefi tartışma konusu hâline getirmiştir. “*Bir kanun tabii ki belli bir amaca, güruha veya ilgili hedeflere hizmet eden amaçlı bir şeydir. Asıl itiraz edilen şey, tekil kanunlara belli amaçlar yüklenmesi değil, bir bütün olarak hukukun öyle olduğu iddiasıdır*”.³ Dolayısıyla hukukun kapsayıcı, esas, üstün ve tek bir gayesinin, yani Antik Yunan filozoflarının deyimiyle *telos*’unun olup olmadığı ya da ne olduğu sorusu felsefi bir soru, ve hatta önemli ölçüde “hukuk nedir?” sorusuna eşlik eden bir soru olmuştur⁴. Hukukun ne olduğuna dair cevabı, onun içeriği, biçimi ya da işlevine bakarak veren bakış açıları, dolaylı olarak hukukun gayesinin ne olduğuna dair cevapları da içerik, biçim ya da işlevinden çıkararak türetirler.

Gaye hiç şüphesiz istemek ile ilgilidir. Faydalı olan istenir ve istenen de bu yüzden bir değer ifade eder. Dolayısıyla gayenin “değer”, “fayda” ve “çıkart”

¹ Francis E. Peters, *Antik Yunan Felsefesi Terimleri Sözlüğü* (çev.& haz. Hakkı Hünler, İstanbul: Paradigma Yay., 2004), 369.

² Ahmet Cevizci, *Paradigma Felsefe Sözlüğü* (İstanbul: Paradigma Yay., 1999), 837.

³ Lon L. Fuller, *Hukukun Ahlakı* (çev. Engin Arıkan, İstanbul: Pinhan Yay., 2016), 175.

⁴ Orhan Münir Çağıl, *Hukuk ve Hukuk İlmine Giriş* (4. b., İstanbul: Fakülteler Matbaası, 1971), 29.

kavramlarıyla bir irtibatı olsa gerektir⁵. Fakat çıkar sahibi olan, değer yükleyen varlığın insan olması hasebiyle bu sefer şöyle bir soru ortaya çıkar; gaye, rasyonel bir varlık olarak sadece tekil insana atfedilebilir bir kavram mıdır; ya da diğer bir deyişle sadece insanların mı gayeleri olur; yoksa onların birleşiminden oluşan kolektivitelere de gaye hasredilebilir mi? Bu hususta kolektif yapıların büyüklüğü ne derece etki gösterir; dernek ve şirket gibi kolektivitelerden başlayarak toplum ve millet kavramlarına varan büyük kolektivitelere hasredilebilecek gayelerden bahsedebilir miyiz? Hatta bu şekilde bireyselden kolektif akıllara uzanır şekilde düşünülebilecek gayelerle, devlet ve hukuk gibi kavramların arka planındaki gâiyyetin ne türden irtibat noktaları olabilir? Hukuk ne zaman bireysel gayeleri ne zaman kolektif gayeleri nazara alır? Hatta hukukun, bireyler ve kolektivitelerinkinin dışında ve üzerinde, kendine ait üstün gayeleri var mıdır? Hukuk aynı anda birden çok gayeyi gerçekleştirme hedefine sahip olabilir mi ve gâî evrende, gayeler arasında yarışmacı ve hiyerarşik düzenden bahsedilebilir mi?

Hukukun gayesinin neler -ya da daha iddialı bir yanıtla “ne”- olduğuna dönük değerlendirmelerin, günümüze kıyasla geçmişteki hukuk teorisi kitaplarında daha sıklıkla rastlanılan bir konu başlığı olduğunu belirtmekte fayda vardır. Bugün, hukukun gayesi yerine hukukun işlevleri terimiyle daha sık karşılaşmak olasıdır. Dolayısıyla gâî düşünüşten fonksiyonel düşünüşe doğru bir geçişin yaşandığı da dile getirilebilir. Bu bağlamda böylesine bir geçişin sebeplerinin neler olabileceği sorusu ayrıca önem kazanmaktadır.

Canlı ya da cansız, her varlığın belli bir sebeple donandığı ve belli bir gayeye doğru gidişatının olduğuna dair, felsefi, mistik ve dinî pek çok öğreti ve inanç düzeni bulunmaktadır. Dolayısıyla gâiyyet meselesi derinliği olan bir konudur. Antik Yunan filozofları, gaye kavramına, canlı, cansız tüm varlıklara ithafen, onların evrensel bütünlüğün ve kozmik düzenin en mükemmel hâline katılmaları anlamını yüklerler. Bir varlığın doğasıyla kastettikleri o varlığın ilk değil, nihai ve yetkin hâlidir⁶. Bu yetkinlik seviyesini Platon idealar alemiyle açıklamaya çalışırken⁷, Aristoteles söz konusu testi yeryüzüne indirir ve dört neden teorisiyle erdem etiği üzerinden izaha çalışır⁸. Bu teleolojik kavrayış, her varlığı bir gaye

⁵ Çağıl, *Hukuk ve Hukuk İlmüne Giriş*, 455.

⁶ “Biz herhangi bir şeyin yetkinleşme sürecinin tamamlanmış ürününe o şeyin doğası deriz. İnsan, ev, aile, herşey o olmayı (kendi doğasına erişmeyi) amaçlar. Bundan başka, amaç ve son (sonul neden) ancak iyi olandır...” Aristoteles, *Politika* (çev. Mete Tunçay, İstanbul: Remzi Kitabevi, 1975), 9 [Kitap I, Bölüm 2].

⁷ Platon’un idealar ve fenomenler evreni olarak tanımladığı ayırım çerçevesinde fenomenler evrenindeki her varlık, idealar evrenindeki ideal formunun basit (nâmükemmel) birer kopyasından ibarettir. O şeyin ideası ise onun en mükemmel, tamamlanmış hâlini ifade eder. Mesele, her varlık için o noktaya varmak ya da yaklaşmaktır. Bkz. Suri Ratnapala, *Jurisprudence* (New York: Cambridge University Press, 2009), 128.

⁸ Örneğin Aristoteles’in, *Metafizik*’in birinci kitabında ortaya koyduğu “Dört Neden Teorisi”ne göre, *arkhe* sorusu bir şeyin kendisinden çıktığı ‘maddi neden’i ya da biçimine bağlı kavranabilen bir varlık söz konusuysa ‘biçimsel neden’ini ifade ederken, ‘niçin’ sorusu bir şeyin ne için yapıldığını bildiren

ile yüklü kavrar ve o gayeye yaklaşma derecesinde yetkin kabul eder⁹. Platon ve Aristoteles'in takipçisi düşünürlerce de bu teleolojik bakış açısı sürdürülmüş; hukukta gaye (ya da gayeye eriştiği ölçüde yetkinlik, mükemmellik ya da doğasına uygunluk) arayan yaklaşımların temellerini bu düşünceler kurmuştur¹⁰.

Nereden gelindi (sebebe), nereye gidiliyor (gaye/hedef)? İlk soru, her şeye ilksel bir neden ya da temel bulmaya dönük felsefe tarihini meşgul eden ünlü *arkhe* sorusudur. Bir şeyin neyden olageldiğini ve onun ardındaki 'neden'i ele alır. Bu soru, 'niçin'den farklı bir sorudur. "Ne için" sorusu en az 'neden' sorusu kadar büyük bir sorudur; fakat ilksel nedeni değil, nihai hedefi yani gayeyi araştırır. Yani 'neden' sorusu geçmiş zaman ile şimdiki zaman arasındaki bir kesiti içerirken, 'niçin' sorusu şimdiki zamanla gelecek zaman arasındaki bir kesitin sorusudur. Aristoteles'te ve klasik düşüncede karşılaştığımız gâiiyetçiliğin 'ne için' sorusunun, Descartes ve Bacon ile birlikte adımları atılıp Newton ile birlikte palazlanan modern bilimsel aklın 'nasıl' sorusuna dönüştüğünden; her şeyin başında ve sonundaki tanrısal aklı ve onun varlık dünyasına yansıyan gayesi ve planını aramaktan ziyade, bu planın unsurlarının ardışıklık ve benzeşimlerinin değişmez yasalarının keşfedilip, onların işlevleri ve sağladıkları faydalara bakılmaya başlandığından bahsedebiliriz. Yani "su niçin kaynıyor" gibi artık anlamlı bulunmayan bir sorudan ziyade, su neden (ne sebepten ötürü) ya da *nasıl* kaynıyor soruları insan zihninin ön saflarına geçmiştir. Modern bilimsel zihniyet, gâiiyetçi zihniyetin duvarlarında açılmış önemli bir gediktir.

Gâii düşünme biçiminin duvarlarında açılmış bir diğer delik de muhtemelen evrimci teori ve biyolojizm vasıtasıyla oluşmuştur. Evrimci düşüncede, Aristotelyen felsefedeki "ereksel varlık"tan değil, bir "oluş" hâlinde bahsedilebilir. Soru ise şudur: İçinde bulunulan bu sürecin gayesi, bu güçlü mekanik sürecin edilgen bir unsuru tarafından nasıl tayin edilebilir? Evrimci düşünceden, görece gelişkin ve güçlü modellere/türlere evrilmeye dönük bir düşünsel çıktı üretilebilir; ancak bunun nihayette

⁹ 'ereksel neden'i tanımlar. Örneğin bir heykelin heykeltraşça bir mabedi süslemek için yapılması ya da Aristoteles'in deyimiyle yürüme eyleminin 'sağlık için', hatta nihai olarak 'mutluluk için' yapılması gibi ereksel nedenler teşhis edilebilir. Bu anlamda, yürüme eyleminin ereksel nedeni basit bir kas hareketi değildir. Bkz. Aristoteles, *Metafizik* (çev. Y. Gurur Sev, 2. b., İstanbul: Pinhan Yay., 2016), 48 [993b32]

⁹ David Copp, "Legal Teleology: A Naturalist Account of the Normativity of Law", *Dimensions of Normativity: New Essays on Metaethics and Jurisprudence* (ed. David Plunkett, Scott Shapiro, Kevin Toh, New York: Oxford University Press, 2019, 45-64), 45.

¹⁰ Örneğin Aristoteles'in Hristiyan ilahiyatındaki takipçisi Thomas Aquinas, tıpkı Aristoteles gibi evredeki tüm varlıkların yapısında ve işleyişinde kendilerine ait bir gaye olduğunu düşünür. Hukuk da bu kapsamdadır. Onun "beşeri hukuk (*lex humana*) / ezeli ve ebedi hukuk (*lex aeterna*)" ayrımında; kendisini açık (*lex divina*) ve örtülü (*lex naturalis*) biçimlerde açığa vuran *Lex aeterna*'nın gayesi/ereği her bir varlığın kendi doğaları ölçüsünde Tanrının mükemmel tasarımına dahil oluşlarıdır. Daha alt bir hukuk kategorisi olan *Lex humana*'nın ereği ise bu makro tasarımla uyumlu bir biçimde insanlar arası müşterek iyiliğin tesisi olup, bu doğrultuda insanlar arası doğru yaşamın koşullarının oluşturulması, barış ve düzenin temini ve idamesidir. Bkz. Thomas E. Davitt, "Law as Means to End: Thomas Aquinas", *Vanderbilt Law Review* 14/1 (1960), 65-99, 67-8, 76-7.

iyi ve arzu edilecek (gaye edinilecek) bir sonuca varıp varmayacağı üzerine bilimsel bir tartışma ne derece yapılabilir? Güçlü olanın hayatta kaldığı olgusu, tekil olarak tüm türlerin yaşamda kalma gayesini besleyebilir. Fakat güçlü olanın ayakta kalması, evrim sürecinin ancak bir yasası olarak düşünülebilir ve bu önermeden hareketle evrim sürecinin gayesinin ‘güçlü olanı ayakta tutmak’ olduğu çıkarımı yapılamaz. Gâî düşünceye karşı evrimci düşünceyle doğalcılığı yahut mekanik doğalcılığı bu durumda aynı noktada konumlandırabiliriz. Çünkü doğalcılık da evrimci düşünce gibi ‘neden’ sorusu üzerinde dururken, ‘niçin’i soruşturmayı anlamsız bulur; zira pek çok olgu rastlantısallıklar üzerinden şekillenir. Yani varlıkların ve oluşumların anlaşılabilmesi için bir ereksel nedene ihtiyaç yoktur. Her şey temelde mekanik bir işleyişe bağlı olarak şekillenmekte, bir şeyin işlevinden (ki *gaye/hedef/erek* bunun dışında düşünülebilecek bir kavram da değildir) söz edildiğinde, bu zorunlu olarak o mekanik düzenin bir neticesi olarak gelişmektedir. Tüm bu özellikleri nedeniyle evrimci teoriyle teleolojik düşüncenin keskin bir zıtlığı söz konusudur¹¹.

Gâî düşüncenin duvarlarına açılmış bir başka gedik olarak, kısaca, sosyal bilimlere ve özellikle iktisada ve politikaya etki etmiş bir bakış açısını daha zikretmek yerinde olabilir. Bu bakış açısı, medeniyetin adımlarının pek çoğunun, insanoğlunun bir hedefe dönük planlanmış (gâî) adımları şeklinde atılmadığını, bilakis bunların pek çoğunun planlı adımların planlanmamış neticelerinden vücuda geldiğini dile getiren “kendiliğinden düzen”ci İskoç felsefesidir. Adam Smith ve onun takipçilerinden Herbert Spencer bu konuda pek çok örnek sunar. Örneğin esas olarak soylularla kral arasında gerçekleşmiş bir ahit olan *Magna Carta*’dan, soyluluğa bağlı olmaksızın tüm insanların temel hak ve özgürlüklerinin hukuki zemin kazanması yolunun açılacağını, kimse 1215’te bırakın planlamayı, tahmin dahi edemezdi. Ya da bir hırka bir lokma, sürekli eziyet çekerek pejmürde bir biçimde tanrı peşinde dolaşan ilk Hristiyanlardan serveti dillere destan bir Roma Kilisesi’nin gelişebileceğinin planlanabilmesinin mümkün olmayışından, Fransız Devrimi’nin kendi çocuklarını yemesine dek, tarih öngörülemez ve plan-dışı vakalarla doludur. Dolayısıyla bu görüşe göre, medeniyetin pek çok adımı hedeflenerek ve planlanarak atılmamıştır. İnsan iradesi geleceği planlayabilmekte sınırlı bir gücü ifade eder, her şey planladığı ve *hedeflediği* gibi gerçekleşmeyebilir¹². Keza bir kanunun, belli bir hedefle tasarlanmasına rağmen, gelecekte bunu gerçekleştirilememesi ve hatta planlanmamış başka sonuçları tetiklemesi mümkündür¹³.

¹¹ Ratnapala, *Jurisprudence*, 126-7.

¹² Benzer mahiyette çeşitli örnekler ve değerlendirmeler için bkz. Muzaffer Dülger, “Adam Smith Felsefesinde Hukukun Temelleri”, *Felsefi Düşün - Akademik Felsefe Dergisi: İskoç Aydınlanması*, ed. Gökhan Murteza, Sayı: 16 (Nisan-2021), 62-81, 70-71; Herbert Spencer, *Devlete Karşı İnsan* (çev. Yavuz Selim Altındal, İstanbul: Litera Yay., 2016) 97 vd.

¹³ Hukukta teleolojik tartışmaların, hukuk kurallarının yorumlanması konusuyla da doğrudan bir bağlantısı vardır. Bilindik hukuk metodolojisi kamplarını birbirinden ayıran bir fay hattı gibi ortada duran

Toparlarsak, mevzubahis ‘hukuk’ olduğunda, hukukun belli hedef ve planlarının olması durumuyla ilgili olarak ilaveten neler sorulabilir? “Hukuk ne için / niçin vardır?” sorusu, pekâlâ bir gaye araştırması sorusudur. Bu soruya “insan davranışlarını yönlendirmek için” biçiminde verilecek bir cevap, gayeyi bildirir, ancak bu, o gayenin nihai bir gaye (*telos*) olup olmadığıyla ilgili bir bildirim değildir; çünkü bu durumda ‘niçin’ sorusunu tekrar sorabiliriz: “Hukuk niçin insan davranışlarını yönlendirmek için vardır?” Yani insan davranışlarını yönlendirmek amacı, daha ileri ve nihai bir amaca hizmet eden ikincil bir amaç olarak düşünülebilir; yahut hukukun işlevi insan eylemlerini yönlendirmek olabilir. Ayrıca bu yönlendirme amacını din, ahlâk, örf ve âdet gibi başka normatif düzenler de hedefler; dolayısıyla hukuk üzerine bu konuyu düşünüyorsak, hukuka has bir özellik de olsa gerektir; yoksa niçin hukuk ayrıca varolsun? İşte bu soru gaye arayan bir sorudur.

Çalışmada, yukarıda arz olunan soru çeşitliliği çerçevesinde, hukukun *telos*’una dair yerli ve yabancı hukuk felsefesi literatüründe üretilmiş başlıca cevaplar mercek alınarak, bu cevapların birbirleri üzerinde kurdukları etkiler tahlil edilmeye çalışılacaktır. Fakat şu hususu tekrar vurgulamak gerekir ki, esasında hukuk felsefesi literatüründe hukukta gaye problemine temas etmeyen isim neredeyse yoktur. Çünkü, en başta da dile getirdiğimiz üzere, çoğu zaman ‘ne için’ sorusuna ‘nedir’ sorusuyla birlikte cevap verilmeye çalışılmıştır. Biz burada satır aralarında geçmiş cevaplardan ziyade, münhasıran açılmış başlıklara yahut yazılmış kitaplara, ve konu üzerine özel olarak yoğunlaşan teorik çalışmalara yer vererek ilerleyeceğiz.

II. KITA AVRUPASI VE ANGLO-AMERİKAN HUKUK FELSEFESİ LİTERATÜRÜNDE HUKUKUN TELEOLOJİSİ ÜZERİNE ÖNE ÇIKAN GÖRÜŞLER

A. RUDOLPH VON JHERING: HUKUKTA GAYE

Hukukta gaye problemine dair 1883 yılında *Der Zweck im Recht* (Hukukta Gaye) başlığıyla kapsamlı bir eser¹⁴ vermiş Rudolph von Jhering (1818-1892), entelektüel yaşamına hocası Savigny ve Puchta’nın etkileriyle kavramcı ve tarihselci bir perspektifle başlamış, fakat sonradan görüşlerini değiştirmiştir. Hukukta tüm olanakların, verili kavramsal şema içerisinde türetilebileceğini (kavramcı hukuk teorisi / *begriffsjurisprudenz*) ve hukukun tarihsel bir gidişat içerisinde tekâmül ettiğini, dolayısıyla tepeden inme bir biçimde hiçbir hukuki kurumun yapay biçimde inşa edilemeyeceğini (tarihçi hukuk teorisi) salık veren bu iki bakış

konuların başında, sübjektif değerlendirmeleri bünyesinde toplamaya elverişli olduğu ölçüde hudutları belirsizleşen Gâî (Teleolojik) Yorum gelir. Bir kanun maddesinin, içinde olduğu bütünden ve bağlamdan izole bir biçimde anlamlandırılmasının güçlüğü ölçüsünde tekil kurallara atfedilebilecek gayelerle hukukun bütünsel gayeleri arasında bir ilişkinin varlığı araştırılmaya değerdir. Ancak konunun metodolojiye uzanan boyutları bu makalenin kapsamı dışında bırakılmıştır.

¹⁴ Jhering bu eserinin ilk cildini yayımlamış fakat ikinci cildini bitiremeden yaşamını yitirmiştir.

açısının tersi yönünde bir fikrî dönüşüm geçiren Jhering, bu dönüşüm neticesinde hiçbir hak ve özgürlüğün toplumda kendiliğinden bir bilinçlenme ile oluşup birilerince diğerlerine bahşedilmediği, irade gösterilerek ve mücadele edilerek elde edildiğini savunmuştur. Bu iradi bakış açısını 1872 tarihli *Der Kampf um das Recht* (Hukuk Uğruna Mücadele) başlıklı kitapçıkta ortaya koyan Jhering, gâfiyatçı çizgisini de *Der Zweck im Recht*’te detaylandırmıştır.

Jhering *Hukuk Uğruna Mücadele* isimli eserinde hukukun gayesini barış ve düzen ortamının oluşturulması olarak belirtmekle birlikte, bunun aracının her daim mücadele olageldiğini vurgular. Hiçbir kazanım, yenilik veya değişim, uzun uğraş ve mücadeleler olmaksızın gerçekleşmemiştir. Bu görüş, onun Tarihçi Okul’a eleştirisini özetler. Bu mücadeleyi bir bireyin, hakkını çığneyen bir başka bireye dava açmasından, bir devletin başka bir devlete savaş ilan edişine dek çeşitli şekillerde görebiliriz. Mücadele ve kendi hukukunu müdafaa, müdafî tarafın kendine dönük bir vazifesinden, maddi ve manevi açıdan varlığını koruması kanunundan doğar¹⁵.

İrade ile gaye kavramları arasında Jhering’e göre doğrudan bir bağ vardır. Çünkü örneğin bir taşın düşüşü mekanik bir neden-sonuç zincirini tanımlayan “çünkü” ifadesiyle birlikte açıklanabilirken (*causa efficiens*); iradenin hareketi mekanik değil psikolojiktir ve gayeye dönük bir vurgu içeren “-mek için” ile (*causa finalis*) açıklanabilir¹⁶. Dolayısıyla cansız varlıklar nedensellik kanununa bağlıyken, canlı ve iradi bir varlık olan insan gaye kanununa bağlıdır; her eyleminin ardında bir istenç söz konusu olup, tüm bunlar iki doğal duygunun, acı ve hazzın belirleyiciliğine tâbidir¹⁷. İnsan davranışlarına devletin zor gücü aracılığıyla düzen getiren hukuk da bu ölçüde gâf ve iradi bir düzeni ifade eder. Yukarıda hukukun işlevinin ya da tâli gayesinin insan eylemlerini yönlendirmek olarak düşünülebileceğini; fakat bunun, din, ahlâk, örf ve âdet gibi diğer normatif düzenlerde de hedeflenmesi dolayısıyla hukukun bu hususta kendine has özelliğinin ne olduğuna dair bir soru sormuştuk. Jhering bu soruya cevap olarak da hukukun bu noktadaki kendine has özelliğinin, devlet vasıtasıyla cebri araçların kullanım pratiğini oluşturması olarak cevap verir¹⁸. Amaçların taşıyıcısı toplum olmakla birlikte, toplumsal yaşam ihtiyaçları devletin cebri gücüyle ve hukuk aracılığıyla güvenceye alınır¹⁹. Devlet organizasyonu, birçok bireyin gayesini bir araya getiren ve uyumlulaştıran, pozitif (sevk edici) ve negatif (önleyici) zorlama pratikleri vasıtasıyla bireysel/egoist gaye takiplerini yönlendiren bir mekanizma-

¹⁵ Rudolph von Jhering, *Hukuk Uğruna Savaş* (çev. Rasih Yeğengil, İstanbul: Sinan Basım ve Neşriyat Evi, 1935), 21.

¹⁶ Rudolph von Jhering (Jhering), *Law as a Means to an End* (trans. by. Isaac Husik, Boston: The Boston Book Co., 1913), 2, 16-17.

¹⁷ Jhering, *Law as a Means to an End*, 26-27.

¹⁸ Jhering, *Law as a Means to an End*, 33-35.

¹⁹ Altan Heper, *Serbest Hukuk Akımı: Sosyal Bir Olgu Olarak Hukuk* (İstanbul: On İki Levha Yay., 2016), 41.

dır²⁰. Özetle Jhering'e göre, devlet ve ondan bağımsız olarak düşünülemez olan icbarî gücü²¹, yani hukuk, topluma ve toplumsal ihtiyaçlara hizmet etmek gayesiyle varlık bulur. Hukuku soyut bir kavram olan adalet var etmez, adalet hukuk vasıtasıyla var olur. Hukuku var eden de menfaat takipleri neticesinde ortaya çıkan amaçlar ve bu amaçları yüklenen devlettir²².

“Hukuk, en geniş ifadeyle, dışsal zorlayıcı aygıtlar vasıtasıyla devlet gücü tarafından güvence altına alınmış toplumsal yaşam koşullarının yekûnudur”.²³

Dolayısıyla Jhering açısından hukukun kendi başına bir ontolojik değeri yoktur, toplumsal ihtiyaçlara cevap verdiği ölçüde, araçsal bir değeri söz konusudur. Bu bakış açısına göre hukukun, toplumun mevcudiyet şartlarını temin etmesi gerekir. Böyle bir gâî yönü söz konusudur ve bu gaye, ister istemez hukuku toplumun bir vasıtası, devleti de onun hizmetçisi hâline getirir²⁴. Bu noktada Jhering, bireyin iyiliğini ikincil bir konuma iter ve toplumsal iyiliğe hizmet eden bir hukukun dolaylı olarak tekil bireyin de yararına sonuç doğuracağı fikrini savunur. Bu yönüyle Jhering, kendisine benzer bir görüşü “en büyük sayıda insanın en büyük mutluluğu” maksimi üzerinden dile getirmiş olan Jeremy Bentham'a benzetilmektedir. Fakat İngiliz faydacılarından farklı olarak toplum karşısında bireyin kendi faydasına değer atfetmediği²⁵ için “sosyal faydacı” bir teorisyen olarak ifade edilir²⁶.

B. ROSCOE POUND: HUKUKTA GAYE DÜŞÜNÇESİNİN TARİHSEL DÖNÜŞÜMÜ

Roscoe Pound (1870-1964), hukukta gaye problemine özel olarak eğilmiş bir başka önemli düşünürdür. Bu konuda *Harvard Law Review*'da her biri hacimli üç

²⁰ Ihering, *Law as a Means to an End*, 176-7, 472.

²¹ “Hukuk sırf bir nazariye değil, belki canlı bir kuvvettir. Bunun içindir ki adalet bir elinde hukuku tartan bir teraziyi, öbür elinde bu hukuku müdafaa eden kılıcı tutuyor. Terazisiz kılıç bayağı bir kuvvet, kılıçsız terazi ise hukukun aczi demektir.” Jhering, *Hukuk Üçüncü Savaş*, 5.

²² Ihering, *Law as a Means to an End*, 240.

²³ Ihering, *Law as a Means to an End*, 380.

²⁴ Jhering, hukuku bu şekilde kendinin dışında, harici bir gayeye (toplumun varlığını idame ettirmesi) araç kılması dolayısıyla eleştirilir. Bkz. Çobanoğlu, *Hukukta Gaye Problemi*, 55.

²⁵ İngiliz faydacılığı ahlâkî davranışın temel gayesini ifade eden fayda ilkesi yani “en büyük sayıda insanın en büyük mutluluğu” maksimiyle, bireyin kendi faydasını görmezden gelerek hep daha fazla sayıdaki ötekileri düşünmesini salık vermez. Bu özgecilliktir (*altruism*); ve insanın haz arayan doğasını görmezden gelen bir anlayıştır. Bunun tam tersi olan bencillik (*egoism*) ile de faydacı ilkenin özdeşliği söz konusu değildir. Bentham'ın yazdıklarına bakınca, faydacı ilkenin hem egoizmden hem de özgecillikten (ya da Hristiyan ahlâkına sinen çileci versiyonundan) farklılığını defalarca dile getirdiğini görebiliriz. Faydacılık bu iki aşırı anlayışın ortasında insan doğasıyla daha uyumlu bir ahlâk teorisi olma iddiasındadır. Ahlâkî eylemin, hem bireyin kendi menfaatine uygun hem de diğer insanların menfaatlerine uygun ya da onlara zarar vermeyen eylem olduğunu savunur. Yani hem ‘ben’in hem de ‘öteki’nin hanesine (+) yazmaya çalışır. Diğer bir deyişle “en büyük sayıda insan”ın içine ‘ben’ de dahildir. Dolayısıyla bireysel çıkarı görmezden gelmez. Fakat Jhering’te bireysel çıkar, toplumsal iyilik karşısında bu derece önemli değildir, hatta değersizdir.

²⁶ Adnan Güriz, *Hukuk Felsefesi* (8. b., Ankara: Siyasal Kitabevi, 2009), 258; Edgar Bodenheimer, *Jurisprudence: The Philosophy and Method of the Law* (Massachusetts: Harvard University Press, 1974), 89

müteakip makale yayımlamıştır. 1914-17 yılları arasında yaptığı bu yayınların²⁷ özet bir içeriğini 1922 yılında bastırması olduğu *An Introduction to the Philosophy of Law* başlıklı kitabındaki “The End of Law” isimli bölümde anlatır.

Pound hukukta gaye tartışmasına tarihsel bir perspektifle, ilkel toplumlardaki barış ortamının temini gayesinden başlar; ona göre ilkel hukukun ardındaki başlıca hedef barıştır²⁸. Antik Yunan filozoflarının ise bu gayeye erişmenin yolunun toplumsal *status quo*'nun korunmasından geçtiği yönünde bir düşünce ürettiklerinden bahseder²⁹. Buna göre, hukuk, herkesi toplumda onaylanmış ve olması gereken yerinde tutar. Erdem, *arete* (ἀρετή), herkesin doğanın kendisine biçtiği limitleri bilmesidir; bunun tersi olan *hybris* (ὕβρις) ise bilerek ve farkında olarak sınırları aşmak, küstahlık yapmaktır. Aristokratik Antik Yunan kültürünün sözcülerinin yazıp çizdiği kozmik adalet düşüncesi esasen bu küstahlığın cezalandırılmasını konu edinir. Örneğin Platon'daki adalet düşüncesi bu muhafazakâr bilinci yansıtır³⁰. Pound, toplumsal kurumların muhafazası yoluyla toplumsal statükonun, böylece de toplumsal barış hâlinin korunmasının sadece Antik Yunan değil, Antik Roma ve Orta çağın hukuk zihniyetinin ardındaki temel gaye olduğunu söyler³¹.

Pound, 16. yy.'da İspanyol hukukçu-teologlar vasıtasıyla, önceki yüzyıllarda toplumsal kısıtlarla çevrelenen bireyin düşünsel merkeze yerleşmesinden ve hukukun gayesinin de ahlâki ve rasyonel bir varlık olan bu bireyin doğal haklarının peşinden koşabilmesinin fırsatlarını temin etmeye dönüşmesinden bahseder. 17 ve 18. yy.'larda kapitalist üretim ilişkilerinin yoğunlaştığı coğrafyalarda, herkesin iyiliği için bireysel özgürlüğe olabildiğince alan açılmasının yasama faaliyetinin temel gayesi hâline geldiğini belirten Pound, bu mentalitenin oturmasında İngiliz faydacılarının tezlerine de önemli bir pay verir³².

Pound 20. yy. başları itibarıyla hukukun gayesini biçimlendiren yeni bir anlayışın ortaya çıktığından bahseder. Son iki-üç yüzyılın merkezî bir önem yüklediği bireyin³³ benlik (*self-assertion*) davası gütmesine olanak tanıyıp ve bunu

²⁷ Roscoe Pound, “The End of Law as Developed in Legal Rules and Doctrines”, *Harvard Law Review*, 27/3 (Jan.-1914), 195-234; Roscoe Pound, “The End of Law Developed in Juristic Thought”, *Harvard Law Review*, 27/7 (May-1914), 605-628; Roscoe Pound, “The End of Law as Developed in Juristic Thought - II”, *Harvard Law Review*, Vol. 30, No. 3 (Jan.-1917), 201-225.

²⁸ Roscoe Pound, *An Introduction to Philosophy of Law* (New Haven & London: Yale University Press, 1922) 73.

²⁹ Pound, *An Introduction to Philosophy of Law*, 74.

³⁰ Pound, konvansiyonel kabuller ve statükoya bağlılığın izlerini Aristoteles ve Aziz Paul'un düşünceleri ile *Institutiones*'te (I,i) de bulunduğunu ekler. Pound, *An Introduction to Philosophy of Law*, 76-79; Pound, “The End of Law Developed in Juristic Thought”, 605-607.

³¹ Pound, *An Introduction to Philosophy of Law*, 75-76. Ortaçağda bu bağlılık geleneklere bağlılık biçimine dönüşerek geleneksel bir hukuk düzenini ortaya çıkarmıştır.

³² Pound, *An Introduction to Philosophy of Law*, 86.

³³ Ki Pound'un bahsettiği bu birey, günümüz liberal hukuk ideolojisinin bir modeli olarak dilediği gibi ve gerekirse farklı olma ve farklı yaşamının tüm olanaklarını sonuna kadar talep eden ahlâkî bireyi

maksimuma çıkarmaya dönük bireyci bakış açısının yerini, bireylerin göreceli çıkarları ve değerlerini dengeleyerek tatmin etmeye, yahut aralarından bazılarını öncelemeye dönük yeni bir bakış açısının geliştiğini vurgular³⁴. Öyle ki kendisinin de içinde bulunduğu sosyolojik hukuk okulunun (*sociological jurisprudence*) temel meselesi de bu yeni bakış açısına uygun bir hukuki doktrin oluşturmaktır.

Pound içinde bulunduğu dönemin, toplumsal mühendisliğe dönük açılımlar barındıran ve hukuki düşünüşe toplumsal menfaatler üzerinde bir dengeleme ya da değerlendirme ve önceleme mantığını zermeden bakış açısının, bazı Fransız hukukçularca “hukuki idealizmin yeniden yürürlüğe konusu” olarak ifade edildiğinden bahseder³⁵. İki dünya savaşının arasında (ve hatta öncesi ve kısmen sonrasında) çeşitli coğrafyalarda gelişmiş olan idari ve regülatif devlet mantığının, Pound’un alıntılıyarak zikrettiği idealist ve o ölçüde de gayeci bir hukuk düşüncesini beslediği söylenebilir. Pound’un sosyolojik hukuk akımının güçlendiği ABD’nin *New Deal* dönemi ve Jhering’in sosyal faydacılığının belirlediği karmalist Alman hükümetleri, gayeci bir hukuk mantığının biçimlenmesi ve hukukun belli gayeler ölçüsünde planlanıp işlemesine örnek teşkil edebilir.

C. GUSTAV RADBRUCH: ADALET, HUKUK GÜVENLİĞİ, AMAÇSALLIK

Weimar Cumhuriyeti döneminde Almanya’da adalet bakanlığı görevinde de bulunmuş olan ve Nazi dönemi yasalarına karşı 20. yy.’ın ilk yarısında doğal hukuk düşüncesinin tekrar güçlenişinde önemli bir pay sahipliği bulunan ünlü hukukçu Gustav Radbruch (1878-1949) hukukta gaye sorunsalına dair üç önemli kavramı ve bu kavramların birbirleriyle antinomik doğasını, son derece çarpıcı bir şekilde, hukuk felsefesinin gündemine getirmiştir. Hukukta gayeyi bildiren bu üç kavram: (i) adalet, (ii) hukuk güvenliği ve (iii) amaçsallıktır (pratik amaç). Hukuka bütünsel boyutuyla kendine has bir gaye atfedileceği zaman tarih boyunca önplana çıkan kavramlar bunlardır ve çoğu zaman bu kavramlar birbirleriyle çatışma içerisine girerler. Örneğin Antik Roma’nın cumhuriyet devrinde halkın iyiliği, hukukun gayesi olarak *salut populi suprema lex* gibi bir topiği bugünlere kadar ulaştırmıştır; fakat bu topiğin ortaya koyduğu anlayıştan, halkın genel olarak istekleriyle uyuşan her durumun “adil” olabileceğini çıkarsayamayız. Örneğin, genel faydaya dönük olduğu kabul edilerek benimsenmiş kölelik kurumundan, bu kurumun söz konusu konsensus nedeniyle adil olduğu sonucuna varamayız. Radbruch’un teleolojik antinomi konusundaki vurucu örneği kendi yaşadığı dönemden, Nazi Almanyası’ndandır. O dönemde “kinci muhbir” davaları olarak isimlendirilen davalara konu olan ve en

değil, eski çağların minör iktidar düzenlerinin çeperi içindeki patriyarkal zincirlerinden olabildiğince sıyrılarak ticari alanda istediği işlemleri yapmaya ehil hale getirilmeye çalışılan bireydir. Bu konudaki vurgu için bkz. Pound, *An Introduction to Philosophy of Law*, 86.

³⁴ Pound, *An Introduction to Philosophy of Law*, 89.

³⁵ Pound, *An Introduction to Philosophy of Law*, 91.

yakın aile üyelerinin bile politik düzen-karşıtlığı ithamlarıyla ihbar edilmesine neden olmuş vakalar özelinde, muhbirlerin kendi haklılıklarını savunmalarının arkaplanında o dönemki (kişilere ihbar ödevi yükleyen) Nazi yasaları yer almaktadır. Fakat Nazi Almanyası çökünce, bir geçiş dönemi adalet problemi olarak, bu yasaların o dönem prosedüre uygun bir biçimde çıkarılıp tatbik edilmelerine rağmen adil olmamaları yahut adil yorumlanmamaları³⁶ ortaya ciddi bir ikilem çıkarmıştır: İçinde bulunulan dönemin hukukuna güvenin korunması suretiyle söz konusu muhbirlerin yaptıkları geçerli mi sayılacaktır, yoksa prosedürel olarak geçerli olmakla birlikte gayriadil yasal pratiklere dayanmaları nedeniyle tüm yaptıkları hukuk-dışı mı değerlendirilecektir? Burada belki hukukun üstün gayesi tartışması kapsamında akla gelecek iki kavram, “hukuka güven ya da hukuk güvenliği” ile “adalet” sağlama gayeleri arasında çok belirgin bir tezatlık ve aralarından birinin seçimi, diğerinden sarfı nazar edilmesi zorunluluğu ortaya çıkar. Yani amaçsallık ile adaletin çatışma ihtimali gibi, hukuk güvenliği ile de adalet çatışabilir. Öyleyse hukukun gayeleri olarak ön plana çıkmış bu üç temel değer yahut gaye arasında bir hiyerarşiden bahsedebilir miyiz? Ya da bunlar arasında esas ve nihai gaye (*telos*) hangisidir? Radbruch şöyle bir değerlendirme yapar:

“Şüphesiz içeriğine hiçbir önem atfetmeden her pozitif yasa bir değer içerir; çünkü herhangi bir yasa, en azından hukuk güvenliği yarattığı için, hiç yasa olmamasından her zaman daha iyidir. Fakat hukuk güvenliği hukukun yaratacağı yegâne ve nihai belirleyici değer değildir. Hukuk güvenliğinden başka iki değer daha vardır: amaçsallık [Zweckmäßigkeit³⁷] ve adalet [Gerechtigkeit]. Bu değerlerin hiyerarşik sıralamasında, kamu yararına hizmet eden hukukun amaçsallığını en son yere [letzte Stelle] yerleştirmeliyiz. Hiçbir şekilde hukuk, “halka faydalı olan” herhangi bir şey veya herşey değil, tam tersine sonuç itibariyle halka faydalı olan şey hukukun hukuki güvenlik yaratması ve adalete yönelme çabasıdır. Yürürlüğe konulmuş olmasından ötürü her

³⁶ Adil yorumlanmama hususu önemlidir. O dönemin kinci muhbir davalarına temel teşkil eden ihbar yasalarının varlığına rağmen kişilerin kendi yakınları aleyhine tanıklıktan kaçınma hakları, Nazi Almanyasında dahi pozitif olarak düzenlenmiştir. Ayrıca ihbar yasalarıyla, kişilere, kapalı kapılar ardında aile bireyleri arasında gerçekleşmiş konuşmaları ihbar etme görevi yüklenmemiş, aleni bir biçimde yazı veya söz yoluyla gerçekleştirilmiş düzen karşıtı söylemler hakkında ihbar görevi yüklenmiştir. Fakat o dönemin politize olmuş mahkemeleri, “iki kişinin bildiği artık alenilemiştir”e varan aşırı yorumlar üzerinden özel alandaki konuşmaları bile kural içinde yorumlamışlardır. Olağanüstü hal ve topyekün seferberlik dönemleri içerisinde otomize biçimde işleyen bu şedit politize yargı, kinci muhbirlerce, kurtulmak istedikleri kişilerden (hatta aile mensuplarından bile) kurtulabilmeleri için *araç* olarak kullanılabilmiştir. Yani atılan çamur öyle bir çamurdur ki, iz bırakmakla kalmıyor, zehirleyip öldürüyordu. Bkz. Sevtap Metin / Altan Heper, *Ceza Hukuku Felsefesine Katkı: Radbruch Formülü* (İstanbul: Tekin Yay., 2014), 44-48.

³⁷ “Belirlenmiş bir amaca uygun oluş” olarak da düşünülebilir. Radbruch amaca uygunluğun rölatif bir kavram olduğunu belirtir. Belli bir zamanda ve belli bir yerde mevcut felsefe, politika ve ekonomik koşullar çerçevesinde belirlenir. Metin/Heper, *age*, 31.

*pozitif yasanın taşıdığı karakteristik değer olan hukuk güvenliği, amaçsallık ve adalet değerleri arasında bir yerde bulunur. Zira hukuk güvenliği bir yandan kamu yararı bir yandan da adalet için gereklidir”.*³⁸

Radbruch’a göre bir hukuk sistemi bu üç değerden sadece birinin üzerine inşa olmaz, zaman zaman çatışan söz konusu üç temel değer arasında bir denge kurar³⁹. Bu üç değerden, kamu yararı kavramı ile yakın bağlar içeren amaçsallık, hukuk-politika ekseninde şekillenen rölatif bir değerken⁴⁰, adalet ve hukuk güvenliği mutlak değerlerdir⁴¹. Amaçsallık hiyerarşik olarak en alt kademedeki değerken, adalet, Radbruch tarafından nihai ve en üstün hedef ya da değer olarak sunulmaktadır. Aslında Radbruch hukuk güvenliğinin aynı zamanda şekli bir adaleti sağlaması itibariyle önemini yadsımaz. Radbruch formülünden, hukuk güvenliğinin, Nazi dönemindeki vakalar gibi yasal haksızlıklar ürettiğinde ve tahammül edilemez radde- de adaleti doğrudan yok etmeye dönük yasaların varlığı durumunda, adalet değeri karşısında geriye çekilmesi gerekliliği çıkar. Yani hukuk güvenliğinin üstünlüğü koşullu bir üstünlüktür. Koşulunu sağlayamazsa, “yasa üstü hukuk” olarak adalet, nihai bir gaye (*telos*) olarak hukuk güvenliğini bastırır⁴².

D. LON L. FULLER: GAYE AHLÂKİ VE PROSEDÜREL DOĞAL HUKUK

20. yy. doğal hukuk düşüncesinin, özellikle İngilizce konuşulan coğrafyalarda önde gelen isimlerinden biri olan Lon L. Fuller (1902-1978) hukuka gâî bakış açısının savunucularından biridir. *Hukukun Ahlakı* başlıklı ünlü eserinin “Hukuk Kavramı” başlıklı üçüncü bölümünü iki epigrafla açar: “*Hukukun ne olduğuna dair düşüncelerin altında büyük ölçüde hukukun ne için olduğuna dair düşünceler yattığı için, hukukun doğasına dair düşüncelerin kısa bir incelemesini yapmak ... faydalı olacaktır. (Roscoe Pound)*”. “*Amacın unutulması, en sık yapılan budalalıktır. (Friedrich Nietzsche)*”. Bu imâli açılışın peşinden Fuller’in hukuku tanımlayışı da gâî düşünce tarzını gösteren çok net açılımlar barındırır: “*hukuk, insan davranışlarını genel kuralların yönetimine ve kontrolüne tâbi kılma teşebbüsüdür.*”⁴³ *Teşebbüs* olması dolayısıyla bir “aktivite”dir, “oluş”tur. Hukuk sistemi bu yönüyle “amaca yönelik devamlı bir gayret”i içerir. Fuller, son derece

³⁸ Gustav Radbruch, “Yasal Haksızlık ve Yasaüstü Hukuk” (*içinde*) *Ceza Hukuku Felsefesine Katkı: Radbruch Formülü* (çev. Sevtap Metin, Altan Heper, İstanbul: Tekin Yay., 2014, 74-101) 89.

³⁹ Metin/Heper, *Radbruch Formülü*, 30

⁴⁰ Dikkat edilirse Pound ve Jhering’in üzerinde ziyadesiyle durmuş oldukları gaye, hukuk-politika ekseninde şekillenen pratik amaçtır. Her ikisi de bu bakış açısının yanında adalet ve hukuk güvenliğine o derece değer vermemişlerdir.

⁴¹ Metin/Heper, *Radbruch Formülü*, 32

⁴² Metin/Heper, *Radbruch Formülü*, 66-67. Melike Belkis Aydın, “İyi İnsanlar Kötü Kurallara İtaat Etmez: Gustav Radbruch”, *Çağdaş Hukuk Düşüncesine Giriş* (ed. Ertuğrul Uzun, İstanbul: İthaki Yay., 2015), 124.

⁴³ Bkz. Fuller, *Hukukun Ahlakı*, 128, 176.

naif bir amaç⁴⁴ olarak zikrettiği “insan davranışlarını kuralların yönetimine tâbi kılmayı” hukukun içsel ahlâki koşullarında⁴⁵ mümkün olabilecek bir hedef olarak tasarlar; fakat bu hedef, mükemmeliyetçi bir hedef⁴⁶ olması dolayısıyla daimi bir teşebbüs hâlini ifade eder. Diğer bir deyişle, hukukun içsel akhâki ilkeleri olarak Fuller’in zikrettiği ilkelerin tamamının en iyi seviyede gerçekleştirilmesi mükemmeliyetçi bir hedefi imler ve esas olan buna ulaşılması değil, ulaşmaya teşebbüstür, yaklaşımdır.

*“Bu görüşe karşı olarak hukukun toplumsal bir otorite veya gücün tecelli ettiği bir olgu olarak incelenmesi gerekir. Hukukun olduğu ve yapıldığı şeylere bakılır, olmaya veya yapmaya çalışıldığı şeylere değil”.*⁴⁷

Ama Fuller’in hukuk teorisi, bu olguculuğun tersine, hukuku, olmaya veya yapmaya çalışıldığı şeylerle tanımlar. Böylelikle “örneğin X ülkesinin hukuk sisteminin Y ülkesinin hukuk sisteminden daha büyük bir hukukiliğe ulaştığını” iddia edebiliriz⁴⁸. Ya da hukuki bozukluklar veya çelişkilerle ilgili konuşurken, bunların tanımlanıp giderilmesi hususunda ölçütler belirleyebiliriz. Bunun tersine hukuku bir otoritenin yaratımı olarak tanımlayan görüşlerde, o otoritenin belirlediği şey hukuk olmakla birlikte bu belirleme sürecinde bir seviye sorunu olmaz; yani o hukuka “başarılı” yahut “başarısız” bir hukuk diyebilmenin imkânı yoktur⁴⁹.

Özellikle Radbruch’ta gözümüze çarpan üç gâî kavramın, yani adalet, hukuk güvenliği ve amaçsallığın (ve bunların birbirlerinden üstünlüğü meselesinin) Fuller’in zihnindeki görünümü ilginçtir. *“Nasıl ki hukuk, iyi hukukun ön şartı ise, bilinen bir*

⁴⁴ Fuller, hukuk düzenine bütünsel bir hedef izafe edilmesinin, Alman ve İngiliz idealist felsefesine ve Hegel’in ruhunun yeniden canlanma “tehlikesi”ne uzanabilecek açılımları olduğunu, meselenin önünde sonunda “devletin amacı” sorunsalına dönüşebileceğini belirtir ve kendisinin hukuka yüklediği amacın son derece naif bir amaç olduğunu tekrar tekrar vurgular. Fuller, *Hukukun Ahlakı*, 175-6.

⁴⁵ Fuller’in hukukun içsel ahlâki dediği, ‘iyi’ hukukun kıstaslarını sunan, hukuktan beklenen ahlâkîlik ilkeleri şunlardır: (1) Kuralların genel oluşu, (2) Kuralların ilan edilmiş olması, (3) Kuralların geriye etkili olmaması, (4) Kuralların açık ve anlaşılır olması, (5) Kurallar arasında çelişkiler olmaması, (6) Kuralların imkânsız talep etmemesi, (7) Kuralların sürekliliği, (8) Resmî eylem ile ilân edilmiş kural arasındaki uyum. Bkz. Fuller, *Hukukun Ahlakı*, 62-112.

⁴⁶ Fuller, kitabının başında iki tip ahlâktan bahseder: “ödevci ahlâk” ve “gayeci ahlâk”. Fuller’in deyişle ödev ahlâki, ödev yükünün bitimiyle ahlâkî sorumluluğun oluştuğunu bildirirken; kendi deyişle görünmez bir ibrenin ahlâki skalada ödev yükünün tamamlandığı noktadan itibaren mükemmeliyetçiliğe dönük seyri gayeci bir ahlâki imler. Yani Fuller’a göre gaye ahlâki *mükemmeliyetçi* bir anlayıştır, insan için en yüksek iyiye dair bir görüş ifade eder. Ödev ahlâki, mevcut durumla alakalı yapılması ya da yapılmaması gerekenleri bildirirken; gaye ahlâki olabileceklerin en iyisinin olmasını hedefler. Bkz. Fuller, *Hukukun Ahlakı*, 17, 20, 29. Kitabın Türkçe tercümesinde “gaye” olarak çevrilen “aspiration” üzerine Türkçe literatürdeki tercihler ve değerlendirmeler hakkında bkz. O. Vahdet İşsevenler, “Hukukun Erdemi ve Fuller’in Ahlakları”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, 74/2 (2016), 576.

⁴⁷ Fuller, *Hukukun Ahlakı*, 174.

⁴⁸ Fuller, *age*, 176.

⁴⁹ Fuller, *age*, 177.

*kurala göre hareket etmek de hukukun adaletinin anlamlı bir şekilde kıymetinin takdir edilmesi için bir ön şarttır.*⁵⁰ Zira hukuki bilinebilirlik ve güvenlik en azından şekli adaletin teminatıdır. Dolayısıyla Fuller hukuk güvenliği ve adalet arasında ortaya çıkabilecek çatışki durumuna ilişkin Radbruch gibi maddi (içeriksel) adalet kavramına odaklı bir cevap vermez. Öyle ki onun doğal hukuk anlayışı, adalet kavramının içeriğinden çıkarsanacak önermelerle örülü bir doğal hukuk anlayışı değildir. Kendi deyişiyle bu anlayış, “usulî ve kurumsal bir doğal hukuk” anlayışı olup⁵¹, kendini hukukun içsel ahlâkî ilkelerinde açığa vurur. Tüm bunlar çerçevesinde Fuller’in Kral Rex hikayesiyle anlattığı hukukun bu içsel ahlâkî ilkelerine bakıldığında, öncelikle akıllara gelen şey, bu ahlâkî ilkelerin doğrudan hukuk güvenliği ile irtibatıdır.

III. TÜRK HUKUK FELSEFESİ LİTERATÜRÜNDE HUKUKUN TELEOLOJİSİ

A. RAHMİ ÇOBANOĞLU

Türk hukuk felsefesi literatüründe, hukukta gaye tartışmalarına ilişkin tek münhasır eserin yazarı Rahmi Çobanoğlu’dur. 1964 tarihli *Hukukta Gaye Problemi* başlıklı eserinin ilk kısımlarında, Çobanoğlu, tabii bilimler ile normatif bilimler arasında ayırım bir yapar. Buna göre, bilim, bir gerçeği ortaya koyarken, normatif bilimler “kıymet hükümleri teşkil etmekten ibaret bir objeye ve bu kıymet hükümlerinin tenkidinde kendini gösteren bir gayeye sahip olmaları itibariyle, realitenin sadece izahından, gerçek vakıalar arasındaki illiyet münasebetlerinin açıklanmasından ibaret bulunan tabii veya fiziki ilimlerden ayrılır. Bu bakımdan normatif ilimler <Teleolojik veya gaî ilimler>, tabii ilimler ise <Causal veya explicatif ilimler> diye de isimlendirilmektedirler.”⁵² Yani hukukun da içine girdiği normatif bilimler beğeni, temenni ve arzuları yansıtan değer yargılarıyla doludur ve bu değerler kültürel olarak çeşitlenir; örneğin aristokratik bir kültürde asalet ve onur temel değerken, din temelli bir kültürel çevrede iman ve itikat, militarist ya da ticari kültürel çevrelerde ise başka başka değerler ön plana geçer⁵³.

Çobanoğlu kitabının bir yerinde, bizim Radbruch sayesinde gözümüze çarpan üç temel gayeyi birleştiren bir gaye tanımlaması yapar: “*Hukukun gayesi, adalet vasıtasıyla nizam ve emniyeti sağlayarak, toplumu teşkil eden fertlerin hepsine ait hayrı, yani müşterek hayrı gerçekleştirmelerine imkan veren şartları yaratmaktan ibarettir*”.⁵⁴ Çobanoğlu güvenlik ve adaletin antinomik kavramlar

⁵⁰ Fuller, *age*, 189.

⁵¹ Fuller, *age*, 220; Sururi Aktaş, *Prosedürel Doğal Hukuk: Lon L. Fuller’in Hukuk Kavramı* (İstanbul: On İki Levha Yay., 2011) 64 vd.

⁵² Rahmi Çobanoğlu, *Hukukta Gaye Problemi* (İstanbul: İstanbul Üniversitesi Yay.-Sermet Matbaası, 1964), 6.

⁵³ Çobanoğlu, *age*, 7.

⁵⁴ Çobanoğlu, *age*, 13.

olmadığını, bunlardan biri olmaksızın diğerinin de olamayacağını, ortak iyiliğin bunların birarada olması hâlinde ortaya çıkacağını savunur⁵⁵. Hatta tartışma konusuna üçüncü kavram olan ‘ortak iyi’yi de katarak bu üç gaye arasında gerçek ve olumsuz manada bir antinomi olamayacağını, görünürdeki zıtlıkların “hayatın zenginliği için zaruri” olduğunu dile getirir⁵⁶.

Hukukun gayesini “ortak iyinin ... surette koşullarını kurmak” olarak tanımlaması Çobanoğlu’nun tanımındaki Kantçı izleri de gösterir. Kant felsefesinin bir diğer temsilini ise Çobanoğlu’nun hukukun gayesini, bireyin kendisi olarak zikredişinde görebiliriz. Buna göre insan toplum için değil, tersine toplum insan içindir. Aslında tek ve nihai gayenin tanrı olduğunu söyleyen Çobanoğlu, yeryüzünde bir gaye aranacaksa insandan başka bir yere varılamayacağını dile getirir. Totaliter rejimlerde ise, bireyle toplumun yerlerinin değiştirildiğinin ve böylelikle tanrının yeryüzündeki aksının da artık birey değil toplum olduğunun altını çizer⁵⁷. Bireyin, öncelikle türü (nev’i) içerisinde birey, sonrasında ise toplum içerisinde birey olduğunu ifade etmek suretiyle Çobanoğlu, Thomas Aquinas ve Jacques Maritain’in görüşlerinden de yararlanmak suretiyle, bireyin toplum ve devlete, sunulan yaşama koşulları sayesinde şahsiyetini inkişaf ettirdiği ölçüde borçlu olduğunu ve hatta bu borcun kendini feda edebilmeye kadar ulaşabileceğini, ancak ve ancak toplumun ya da devletin hiçbir zaman bireyden manevi menfaatlerinden fedakârlık bekleyemeyeceğini söyler⁵⁸.

Çobanoğlu, Radbruch’taki amaçsallık olarak ifade edilen kavramın analizine odaklandığı “siyasetin icapları” başlıklı hacimli bölümde, siyasetin hukuka biçtiği pratik amaçların, adalet ve hukuk güvenliği karşısında görece değersizliğini dile getirir⁵⁹. Çünkü ona göre siyaset zamana bağlı değişken, dinamik bir zemindir. Hukuk ise tüm insan davranışları gibi insanın siyasi edimlerini de adalet değerini koruyarak belli kurallar alanı içerisinde örgütlemeye çalışır. Bu yönüyle siyasetin icapları ölçüsünde gayeler yüklenen bir hukuk düzeni, hukuk devleti kavramıyla çelişir⁶⁰.

⁵⁵ Çobanoğlu, *age*, 16.

⁵⁶ Çobanoğlu, *age*, 208. Çobanoğlu, kitabının bir başka yerinde, bu üç gaye arasında birinin diğerinden üstünlüğünü belirleyecek üst bir normun olmadığını, üçünün hukuk üzerinde birlikte hakimiyetinin (*condominium*) mevzubahis olduğunu belirtir. Bkz. Çobanoğlu, *age*, 115.

⁵⁷ Çobanoğlu, *age*, 22, 68.

⁵⁸ “Her beşeri şahıs, doğrudan doğruya kendi nihai hayrı demek olan Allah’a teveccüh eder. Fert olarak her şahıs, yani cemiyetin bir parçası olarak ele alınan insan, icabında hayatını cemiyete feda etmelidir. Fakat Allah’a yönelmiş bir şahıs olarak ele alındığı vakit, cemiyet ve devlet onun içindir.” Çobanoğlu, *age*, 187.

⁵⁹ Çobanoğlu, eserinin başka bir kısmında, ‘fayda’ ve ‘sosyal tesanüd’ (toplumsal dayanışmanın), ‘selameti umumiyeye’ (genel iyilik), ‘sosyal koruma’ ve ‘sosyal ahenk’in, münhasıran hukukun idesi, görevi veya gayesi olarak tanımlanamayacağını düşünür. Fayda ve dayanışma, ona göre, her bir bireyin faaliyet gayesidir. Bkz. Çobanoğlu, *age*, 42-43.

⁶⁰ Çobanoğlu, *age*, 66.

Dolayısıyla Çobanoğlu, çalışmasının başlarında, ortak iyi, düzen ve adaleti biraraya getirerek vermiş olduğu gaye tanımını, adaleti görece merkezileştirmek suretiyle tekrar tekrar formüle eder görünmektedir. Bu bakımdan şu pasajı dikkat çekicidir:

[H]ukukun gayesi adalettir. Adaletin gayesi ise, manevi kıymetlerin, vicdanlar dahilinde gerçekleşmek suretiyle, gelişmesidir. Öyle bir gaye ki, ancak şahısların serbest faaliyetleriyle takip olunabilir. Adalet ve hukuk böylece moral faaliyetin haricî garantileri olurlar. Adalet ve dolayısıyla hukuk, bu faaliyeti, mümkün olan bütün vasıtalarıyla himaye etmek mecburiyetindedirler. Şu halde hukuk, bu mânada, basit bir zabita kuvveti karakterine sahip olmakla kalmayıp, aynı zamanda pozitif yaratıcı bir vazife ile bağlıdır. Bu vazife, bütün moral faaliyetlerin, yaşanmış manevi kıymetlerin tahakkuku vasıtasıyla serbestçe gelişebilmeleri için en iyi sosyal şartları organize etmek vazifesidir.⁶¹

B. HUKUKA GAYE YÜKLEYEN DİĞER GÖRÜŞLER

Türk hukuk teorisi literatürü incelendiğinde, Çobanoğlu'nun münhasıran hukukta gaye sorunsalına özgülenmiş kitabı dışında, özgün bir kitap söz konusu değildir. Fakat bununla birlikte, çeşitli yazarlarca, hukukta gaye problemine ilişkin kitap bölümleri oluşturulmuş ve bu kısımlarda konu tartışmaya alınmıştır. Örneğin Vecdi Aral'ın, kitaplarında bu konuyu tartıştığı kısımlar incelendiğinde, onun, Radbruch'un yaklaşımını önemli ölçüde takip ettiği fark edilebilir. Aral, hukukun üç temel gayesini Radbruch'un zikrettiği üçlüyü aynı sırayla karşılayacak biçimde; (i) adalet, (ii) düzen ve (iii) sosyal ihtiyaçların karşılanması ya da bir diğer deyişle "pratik amaç" olarak ifade eder⁶². Tıpkı Radbruch'un da altını çizdiği gibi pek çok durumda bu üç gayenin birbirleriyle çatışık hale gelebildiğini ifade eden Aral'a göre, örneğin hukuk, düzen temin ederken çoğu zaman statüler oluşturur ve sınıflamalar yapar; fakat bunu yaparken tekil bireyler ya da olgular arasındaki spesifik özellikleri çoğu zaman görmezden gelerek, düzen uğruna hakkaniyeti (dolayısıyla adaleti) arka plana iter⁶³. Yani düzen gayesi ile adalet gayesi her an çatışma içerisine girebilir.

Aral'ın çalışmalarından da önce Orhan Münir Çağıl, *Hukuk ve Hukuk İlmine Giriş* başlıklı hacimli eserinde, daha önce aktardıklarımıza benzer biçimde hukukun gayelerini üç başlıkta tasnif eder: (i) şekil, düzen ve emniyet, (ii) pratik gayeler (maksada uygunluk) ve (iii) adalet⁶⁴. Bunlardan en son başlık açıp işlediği

⁶¹ Çobanoğlu, *age*, 39.

⁶² Vecdi Aral, *Hukuk ve Hukuk Bilimi Üzerine* (7. b., İstanbul: XII Levha Yay., 2010), 14.

⁶³ Aral, *age*, s. 14. Benzer şekilde: Çağıl, *Hukuk ve Hukuk İlmine Giriş*, 38.

⁶⁴ Çağıl, *age*, 24-34.

adalet gayesini “hedef gaye” olarak zikreder. Diğer gayeleri ise “vasıta gayeler” olarak tanımlar⁶⁵.

Radbruch’tan Çağıl’a dek, hiyerarşik olarak adalet ve hukuk güvenliğinin (düzen) altına yazılan “pratik amaç” kavramı, “maksada uygunluk” yahut bir kanunun kendi kastettiğini sağlayabilmesi ve faydalı olması ile de bağlantılı addedilir ve bu açıdan “kamu yararı”, *utilitas publica*, maslahat-ı müsele veya bunu sağladığı ölçüde “hikmet-i hükümet” ile ilişkili olduğu belirtilir⁶⁶. Bu kapsamda eski hukuk öğretilerinden müdahaleci devlet modeli içerisinde işlevselliği söz konusu olabilecek ve hukukçuya toplumsal mühendislik fonksiyonu yükleyen sosyolojik hukuk biliminden ve onun Kıta Avrupası’ndaki *Freirechtsschule* gibi öncüllerinden, bunun yeni versiyonlarına, örneğin hukukun ekonomik analizi akımının hukuki kural ve kurumların ekonomik etkinlik (*efficiency*) sağlaması yani toplumsal zenginliğe katkı yapması gerektiği yönündeki normatif çıktısına dek, tüm bu bakış açılarının maksada uygunluk yahut pratik amaç gayesinin şemsiyesi altında düşünülebilir olduğu bir kenara not edilebilir. Bu pratik amaç gayesi sıklıkla adalet ve düzen gayeleriyle çatışabilir. Örneğin düzen ile çatışmanın ortaya çıktığı koşullarda hukuk sülelerinin, fayda yahut pratik amaç uğruna, düzeni temin eden hukuk kurallarını dolanarak işlem yaptıklarını dile getirir, Çağıl⁶⁷.

Son bir husus olarak Çobanoğlu’nun, bir yerde Antik Yunan filozofları ve İslâm geleneğindeki gibi, gaye tanrıdır⁶⁸ ancak yüzümüzü yeryüzüne dönersek orada insandan başka bir gaye bulamayız diyerek, temel gayenin insan olduğuna dair bir vurgu yaptığını söylemiştik. Nihai gaye olarak “İnsaniyyet” vurgusunu Çobanoğlu gibi, Münif Paşa ve Çağıl’da da görürüz⁶⁹. Fakat satır aralarındaki bu insaniyyet gayesinin, yazarların ortak bir biçimde dile getirdikleri üçlü (gaye) tasniflerinin neresine oturduğu, hepsini kuşatıp kuşatmadığı konusunda açık bir tartışma yapmadıkları söylenebilir⁷⁰. Bununla birlikte, insaniyyet ile gaiyeti eşleştiren bakış açısının İslam Fıkhi geleneğinde takip edilebilir izleri olduğunu da

⁶⁵ Çağıl, *age*, 30.

⁶⁶ Çağıl, *age*, 36.

⁶⁷ Çağıl, *age*, 38.

⁶⁸ Çobanoğlu, kitabının bir başka kısmında da, hukuku uygulayan hâkimin çifte bir sorumluluk altında bulunduğunu; birinci olarak topluma ve ikinci olarak (adalette tezahür eden) tanrıya karşı sorumlu olduğunu; hâliyle ikincisinin daha ağır bir sorumluluk olduğunu ve gerektiğinde tanrıya müracaat edemeyecek bir hâkimin kendini basit bir siyasi memur durumuna indirgeyeceğini belirtmektedir. Çobanoğlu, *Hukukta Gaye Problemi*, 72.

⁶⁹ Çağıl, *Hukuk ve Hukuk İlmine Giriş*, 38; Münif Paşa, *Hikmet-i Hukuk* (haz. Gökhan Doğan, Konya: Çizgi Kitabevi, 2016), 230.

⁷⁰ İstisna olarak Çağıl’ın hakikat, hürriyet ve insaniyyet’in adalet, düzen ve fayda’dan önce geldiği yönünde çok da doyurucu olmayan bir açıklamasını görürüz. Çağıl, *Hukuk ve Hukuk İlmine Giriş*, 38.

belirtmek gerekir. Bu bakış açısının ardında, büyük ölçüde, kâinattaki varlık ve oluşların insanın hizmetine verildiği inancı yatmaktadır. Bu yüzden İslam hukukunun da temel gayesi olarak zikredilen ve dünyevileştirilebilir yegâne kavram “insaniyyet” olmuştur⁷¹.

Yukarıda anılmış belli başlı çalışmalar dışında günümüzün hukuk teorisiyle ilgili yerli literatüründe gâî yaklaşımları örneklendiren çalışmalar sınırlı sayıdadır⁷². Modern akıl, gaye gibi kestirilebilmesi iddialı kavramlardan ziyade, görünürdeki işlevlere odaklanmıştır. Bununla birlikte, Işıktaç’ın hukuk tanımı, Antik Yunan teleolojisinde ve Fuller’in çalışmasında göze çarpan gâî yönelimi, tamamlanmamışlığı ve mükemmelliğe *yönelen* boyutu bildirir gibi görünüm arz eder: “Hukuk, adalete *yönelmış* toplumsal yaşama düzenidir.”⁷³

IV. HUKUKA GAYE YÜKLEYEN GÖRÜŞLERE DÖNÜK BAŞLICA ELEŞTİRİLER

Çobanoğlu, nihai gaye olarak ‘ortak iyi’yi öne alan amaçsallığı ‘polis devleti’ ile, ‘adalet’i ‘doğal hukuk düşüncesi’yle, ‘düzen ya da hukuk güvenliği’ni ise ‘hukuki pozitivizm’ düşüncesiyle irtibatlandırır ve yakın bulur⁷⁴. Hukukun teleolojisi üzerine, yine adalet, hukuk güvenliği ve pratik amaç kavramlarını ön plana çıkarmış olan Radbruch da, belki yukarıda sunduğumuz Pound’un görüşleriyle aynı paralellikte, üç farklı hukuk kültürü üzerinden teleoloji tartışmasını devam ettirir. Buna göre bir hukuk kuralı, (i) bireye, (ii) birey-üstü kolektif bir kişiliğe yahut (iii) medeniyet ürünlerine hizmet edebilir. Bu kavramlara odaklı hukuk kültürlerinde hukukun nihai gayesi de sırasıyla (i) özgürlük, (ii) millet/toplum ve (iii) kültür hâlini alır⁷⁵. Jhering gibi 19. yy. düşünürlerinin (ii) üzerinde

⁷¹ İslam hukuku felsefesine baktığımızda da hukuka gaye yükleyen bakış açılarını görebilmemiz mümkündür. *Makāsidi’ş-Şeria* (Şeriatın maksadı) konusuna temas edilen eserlerde “İslâm’ın getirdiği hükümlerin nihai gayesinin insanların maslahatlarını gerçekleştirmek, yani yararlı sonuçların elde edilmesini ve zararlı olanların giderilmesini sağlamak olduğu ve bu noktada İslâm âlimleri arasında görüş birliğinin bulunduğu ifade edilir”. Bunun temeli olarak da İslâm’ın bir fitrat dini oluşu, bu yüzden “İslâm hukukunun genel amacının insan fitratını koruma ve bozulan yanlarını düzeltme olduğu”, çünkü “kâinattaki varlık ve oluşların insanın hizmetine verildiği, bu durumun evrendeki bütün varlıklar içinde özellikle insanı gâiyyet planında merkezî bir konuma getirdiği”, insanın da fitratı gereği kendi iyiliği doğrultusunda yararlıyı arayan zarardan kaçınan bir varlık olduğu vurgulanmıştır. Hatta bu hususta Cüveynî ve Gazzalî’nin çalışmalarının etkisiyle, İslâmın teşrii gayeleri olarak korumayı hedeflediği insanı merkeze alan temel ‘iyi’ler, faydalar yahut insan için zaruriyetler (zarûriyyât), *i* - hayat (can), *ii* - nesil (nesep, ırz), *iii* - akıl, *iv* - mal ve *v* - din olarak sıralanmıştır. Bkz. Ertuğrul Boynukalın, “Mekāsidi’ş-Şeria”, *Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi*, <https://islamansiklopedisi.org.tr/makasidus-seria> (26/04/2023)..

⁷² Münhasıran hukuk üzerine olmamakla birlikte “anayasa” kavramına, Aristoteles teleolojisi üzerinden dört farklı nedensellik ve erek-neden yani *telos* nokta-i nazarından bakan bir çalışma olarak bkz. O. Vahdet İşsevenler, *Kurucu İktidarın Eleştirisi: Anaysanın Maddi ve Fail Nedeni* (İstanbul: Pinhan Yay., 2019) 67 vd.

⁷³ Bkz. Yasemin Işıktaç, *Hukuk Felsefesi* (5. b., İstanbul: Filiz Kitabevi, 2018) 439 vd.

⁷⁴ Çobanoğlu, *Hukukta Gaye Sorunu*, 115.

⁷⁵ Metin/Heper, *Radbruch Formülü*, 31.

yoğunlaşmış toplumcu bakış açısının tersine, liberal felsefeyle zihinleri donatılı yazarlar, hukukun bireyi amaç edinen bir sistem oluşunu, bireyin maddi ve manevi bütünlüğü ve iyiliğinin üstün gaye olduğunu dile getirirler. Örneğin John Stuart Mill, en büyük sayıda insanın en büyük mutluluğunu hedefleyen ve büyük sayıları dikkate alan (Benthamcı) fayda ilkesinin esas anlamını “bireysel özgürlük” ideali üzerinden bulabileceğinden bahisle, Benthamcı zihniyetten, bireyci-faydacı düşünceye geçişin en bilindik örneklerinden birini sunar⁷⁶. Keza Kant’ın, hukuku, evrensel özgürlüklerin yasalarına göre, bir kişinin iradi fiillerinin diğer kişilerin iradi fiilleri ile uzlaştıran şartların bütünü olarak tanımlaması da birey odaklı liberal hukuk kültürünün bir başka örneğini sunar. Hukuk üzerine vermiş olduğu tanımda bu husus oldukça belirgindir: “*Hukuk, birinin [dışsal, fiili, olgusal] seçimiyle diğer birinin [dışsal, fiili, olgusal] seçiminin, özgürlüğün genel yasaları altında birleştirilebildiği bir koşullar sistemidir.*”⁷⁷

Daha sonraki liberal düşünürler, bu bakış açısından daha da ilerleyerek, hukukun kendi başına bir gayesi olamayacağını, ancak ve ancak rasyonel varlıklar olarak bireylerin gayeleri olabileceğini ve bireylerin o gayelerin peşinden giderken tabiri caizse birbirlerinin ayaklarına basmamalarının koşullarının hukuk tarafından çizildiğini ve hatta hukukun bundan sebep varlık kazandığını savunurlar.

Dolayısıyla bireyi merkeze alan yaklaşımlar, hukuka gaye yüklenmesine karşı söz ve eleştirilerin ortaya çıktığı yaklaşımların başında gelir. Bunların en bilindik örneklerinden birini Friedrich August von Hayek (1899-1992) sunar. Hayek, hukuk devletinin yapısına uygun “yasa” kavramıyla, totaliter rejimlere özgü gördüğü “emir” kavramı arasındaki farkı, bunların amaç yahut hedef yüklü olup olmamaları kriteri üzerinden çizer. Buna göre *emir (command)*, münhasır ve somut olup, bireye dönük o bireyin üstünde bir kudretin direktifini ifade eder. Münhasır bir amaç/hedef yüklüdür. Emir icabı ifa edilen fiil de, emreden kudretin münhasır amaçlarına hizmet eder. Emir, ifa edilecek fiili spesifik bir biçimde belirlenir ve faille kendilerine bilgileri kullanma veya kendi tercih ve hedeflerini takip etme şansı bırakmaz. Buna karşılık, *yasa (law)* genel ve soyut olup, diğer insanların haklı beklentilerine zarar vermeden, bir failin genel eylem çerçevesini çizer. O alanda irade ve seçim özgürlüğü faildedir ve yasa sadece o failin vereceği kararlarda hesaba katması gereken ilave bilgiler içerir. Dolayısıyla belli bir amaç/hedeften masundur⁷⁸. Hayek’in düzen tasavvuru içerisinde emirlerle örülü bir düzen mümkündür; fakat bu düzenler kurucu-rasyonel dizaynın mümkün olabileceği

⁷⁶ Bu konuda bkz. Muzaffer Dülger, “John Stuart Mill ve Hukuk Kuramına Etkileri”, *Beytulhikme Int. J. Phil.* 10/4 (2020), 1471-1493, 1475.

⁷⁷ Immanuel Kant, *Ahlak Metafiziği: Hukuk Öğretisi* (çev. Altan Heper, İstanbul: Fol Kitap, 2022), 70.

⁷⁸ Friedrich August von Hayek, *Özgürlüğün Anayasası* (çev. Yusuf Ziya Çelikkaya, Ankara: Binbang Yay., 2013), 235-6.

mikro düzenlerdir. Hayek'in *taxis* düzenler olarak zikrettiği bu düzenlere örnek olarak bürokrasi, kurucu-rasyonel iradenin hedefleri doğrultusunda emir-komuta zincirleriyle işletilebilir bir yapıya sahiptir. Hayek'in *kozmos* olarak zikrettiği kendiliğinden (*spontaneous*) doğal düzenler ise bu tip tepeden-inme emirlerle belli bir plan/tasarım doğrultusunda işletilebilecek düzenler değildir. Bu tip büyük, karmaşık ve gelişkin düzenlerde, kendi hedefleri peşinden sayısız yolla giden çok sayıda fail vardır ve bu failerin davranışları sadece genel bir çerçeve (yasa) içerisine alınabilir⁷⁹, münhasır bir hedef doğrultusunda yönlendirilemez. Tüm failerin eylemlerinin münhasır bir hedef doğrultusunda programlandığı, *taxis* karakterinin *kozmos* düzenlere yüklenmeye çalışıldığı düzenler ise Hayek'e göre tam anlamıyla totaliter olan düzenlerdir. Yukarıda zikrettiğimiz Smith-Spencer yaklaşımına benzer bir düzen tasavvuru olduğu pek açık olan Hayek'e göre, bu yüzden, sosyal düzenlere gaye yüklenemeyeceği gibi bu düzenin koşullarını kuran hukuk düzenlerine de gaye atfedilemez. Hukuk sadece oyunun kurallarını koyar; gayeleri ve bunlara dönük stratejileriye oyunculara bırakır.

Çobanoğlu, hukuka gaye yükleyen görüşlerin antitezlerine de kitabında yer verir. R. Bonnard'a atıfla, hukuk güvenliği sağlayan ve hukuki pozitivist düşünceler tarafından bir hedef olarak telakki edilen kanunilik, insanların subjektif kamusal hak ve hürriyetlerinin koruyucusudur. Bununla birlikte "*hukuk, bu hürriyetler önünde sanki hedefine varmış gibi duraklar. Fakat bu hedef bir gaye değil, bir duraklama noktası, bir basamaktır ki, asıl onun ötesinde, kendi kendilerini tayin eden ve kendilerine mahsus kanunları olan hürriyetler başlar. Bu bakımdan pozitif hukukun gayelerinin neler olduğunu araştırmak faydasız, hatta mütenakız olur. Zira bu gaye hürriyettir.*"⁸⁰

Yukarıda bahsedilen, bireyi ve bireysel özgürlükleri önplana alan liberal yaklaşımların gâî düşünüşe uzaklıkları yanında, hukuka gaye yükleyen bakış açılarının genellikle hiyerarşik olarak en alt kategoride konuşlandığı pratik amaçlara odaklı yaklaşımlar da, en azından adalet gibi mutlak ve nihai hedefler peşinde koşan yaklaşımlara nazaran, gâî açıdan vulgar ve göreceli bir tablo yansıtırlar. Gerçek Pound'un tarih içinde hukuki gayenin göreceliğini ve evrimini vurgulayışı, gerekse kendi dönemi içerisinde hukuk-politika ekseninde hukuk pratiğine sosyal mühendislik işlevi yüklemesi bunu gösterir. Pound gibi evrimselliğe vurgu yapan sonraki yazarlar, gaye kavramına olabildiğince uzak olup, rastlantısallığı ve duruma bağlı değişkenliği ifade eden bir kavramı hukukun biçimleniş sürecini tarifte kullanırlar: *contingency* (olumsallık). Bu kavrama odaklı fikirler üretmiş hukuki

⁷⁹ Hayek, hukuk devleti kavramını tanımlarken, bir hukuk devletindeki yasaların sahip olması gerektiğini zikrettiği temel karakteristik özellikler şunlardır: (1) Genellik, (2) Soyutluk, (3) Süreklilik, (4) Geçmişe yürümeme, (5) Herkese eşit ve tarafsız olma, (6) İlan edilmiş ve Kesin olma. Bkz. Hayek, *Özgürlüğün Anayasası*, 314-5.

⁸⁰ Çobanoğlu, *Hukukta Gaye Problemi*, 117.

pragmatistler, hukuki kural ve kurumların, sistem içinde tutunumlarının pek çok değişkene bağlı olarak olumsal imkânından bahsederler. Örneğin bu yazarlardan en bilineni Richard A. Posner, bu olumsallığın arka planında söz konusu kural ve kurumların toplumsal zenginliğe katkı yapıp yapmadığı kriterini zikreder. Buna karşılık adalet gibi ahlâkî kavramları modern toplum açısından göreceli ve içeriği belirsiz kavramlar olmaları hasebiyle bir yüksek sınavıcı kriter olarak addetmez. Bu yönüyle hukuk dediğimiz fenomen de içeriği itibarıyla sınanabilir olmayan, dolayısıyla belli bir gaye-yüklü de olmayan, hukuk-politika ekseninde sürekli yeniden biçimlendirilebilir formel ve evrimsel bir fenomen hâlini alır. Hukuki kural ve kurumların da daimî bir evrimi ve doğal seleksiyonu söz konusudur ve kendi deyimiyle “doğal seleksiyonun bir teleolojisi olmaz”⁸¹

SONUÇ VE DEĞERLENDİRME

Klasik “olan hukuk hukuk” ve “olması gereken hukuk” ayırımı yaparken, belki farkında olmadan “olması gereken” ile teleolojik bir vargıyı dile getiriyoruz. Buna göre *olan hukuk*, mükemmel nokta olarak *olması gereken hukukun* vulgar bir suretinden, tamamlanamamış bir versiyonundan başka bir şey değildir. Dolayısıyla bu ikili yargı üzerinde çok fazla duran doğal hukuk düşüncesinin teleolojiyle sıkı bir irtibatı olduğunu söylesek yanlış bir şey demiş olmayız⁸². Fakat teleolojik bakış açısını yalnızca doğal hukuk düşüncesiyle ilişkili görmeyen yaklaşımlar da söz konusudur⁸³. Bir pozitif hukuk düzeninin de yetkin bir seviyeye ulaşması adına belli başlı kriterlere sahip olması gerektiği en sıkı pozitivistlerce bile dile getirilmiştir⁸⁴. Gözlerimizi hukukta gaye tartışmaları bağlamında ortaya çıkmış antinomik üç kavrama çevirdiğimizde ve bunların hangisinin diğerleri üzerinde nihai sınavıcı olduğu sorusuna odaklandığımızda ise, yine belki bu kavramların ilineksel birliktelikleri ve muğlaklıkları ölçüsünde yetkin sayılamayabilecek birkaç çıkarımda bulunabiliriz. Söz konusu gâî kavramlardan pratik amaçların karşılanması amacı, Radbruch’un dediği ölçüde rölatif olan ve siyasetin değişmesi ölçüsünde değişebilir, dinamik bir içeriğe sahiptir. Bunun önplana çekildiği bir düzende hukukun siyaset karşısında otonomisini kurabilmesi ve bir depolitik iktidar⁸⁵ oluşturabilmesi mümkün değildir. Bu göreceli kavramın üstünde teleolojik bir sınavıcı üstün ilke gibi duran adalet de rölativite eleştirisinden masun değildir. Radbruch’un taham-

⁸¹ Richard A. Posner, *Law, Pragmatism and Democracy* (Cambridge: Harvard University Press, 2003), 9.

⁸² Ratnapala, *Jurisprudence*, 126.

⁸³ Copp, “Legal Teleology”, 64.

⁸⁴ Örneğin hukuki pozitivismizin en kaba versiyonlarından biri olarak addolunan Bentham-Austin iradeciliğinde bile hukukun anlaşılabilir bir biçimde ilan olunması (kodifikasyonu) gibi kriterler üzerinde durulmuştur.

⁸⁵ “Depolitik iktidar olarak hukuk” kavramı ödünç alınarak kullanılmaktadır: Mehmet Tefik Özcan, “Ethics and Law: Reassessment on the Legal Positivism”, *Philosophy Study* 4/2 (Feb.-2014), 75-96, 76.

mül edilemez derecede adaletsizlik yaratmaya dönük olduğu gerekçesiyle hukuk kavramıyla özdeşleştiremediği Nazi yasalarını bile, o dönem aile üyelerini dahi ihbar eden kişiler pekâla tahammül edilebilir bulmuş olacaklardır ki, bu yasalara dayanarak ihbarlarda bulunmuşlardır. Keza o dönemin rövanşist ve intikamcı adalet düşüncesine göre, Almanya'nın düşmanı olan herkese bu şedit yasaları tatbik etmenin kendisi adalet olarak tasavvur edilmiştir. Bu eleştirilere karşı, gerçek manada adaleti tanımlama girdabına kapılmaksızın nihai gaye olarak adaleti gerekçelendirebilmek mümkün değildir. Bu zorluk karşısında 20. yy. doğal hukuk düşüncesi temsilcilerinden Fuller'in teleolojik kavrayışı, maddi adalet tartışmaları girdabına çekmeden, *prosedürel* bir doğal hukuk anlayışında dönüştürdüğünü ve bu kapsamda aslında hukuki güvenliğin kriterlerini zikrettiğini görürüz. Bu bakış açısı, doğal hukukçu düşüncenin çağdaş açılımlarında teşhis edilebilir bir boyutu örneklendirir: hukukun pratik amaçları ve kurallar düzeni üzerinde, maddi içeriği kesin bir biçimde kestirilebilir olmayan adalet kavramı yerine, kültürel atmosfere bağlı gelişen ahlâken kabul edilebilirliğin bir üst kriter olarak kabul edilmesini... Bu kabulün gerekçesini ise doğal hukukçu nazariye, insanın ahlâkî bir varlık olduğu gerçeğini sunarak, bir çırpıda verebilir. Fakat bir başka açıdan, bu boyut hukukun paradoksal doğasının bir yönünü de gözlerimize iştirir. Ahlâken kabul edilebilirlik ve adalet bilincinin her teleolojik kabulünde, bunun kültürel boyutu ve göreceliliği ölçüsünde, hukukun düzen boyutu belirsizliklere itilirken, öte yandan belki yeni olanakların hukuk düzeni içerisine dahiline kapı aralanırken, hukuk sistemi kendi dengesini Fuller ve Hayek'in örneklendirdiği teşrii standartları sağlamak suretiyle tekrar tesis eder. Pratik amaçlar, bu açıdan hukuk güvenliği ve adaletin sadece yardımcı ekipmanlarını teşkil eder. Hukukun bu üç kavramın antinomik olduğu ölçüde ilineksel ilişkisini ve hukukun yukarıda zikrettiğimiz şekilde kendini sürekli dengeye alma biçimini Çobanoğlu, Roma hukuku topikleri üzerinden şöyle açıklar⁸⁶:

Romalılardan beri hukukta adeta darbimesel olarak yerleşmiş bulunan dört eski cümle, hukukun üstün prensiplerini ve bu prensipler arasında hüküm süren derin ve kuvvetli antinomileri gözlerimizin önüne serer. İşte bunlardan birincisi: <Salus populi suprema lex esto>. Fakat ikinci cümle derhal buna cevap verir: <Iustitia fundamentum regnorum>. Hukukun gayesi müşterek hayır değil, adalettir. Bununla beraber bu adalet supra-pozitif bir adalettir ve bu, pozitif adalet, daha doğrusu <Fiat iustitia, pereat mundus> diye ifade edilen üçüncü cümlelerin nazara aldığı kanunilik değildir. Kanunun ihlal edilemezliği, müşterek hayrın dahi üstüne yerleştirilmek iktiza eder. Nihayet buna dördüncü bir cümle itirazda bulunur: <Summum jus, summa iniuria.> Kanunlara çok sıkı bir riayet, ekseriya, en bariz adaletsizliklere yol açar:

⁸⁶ Çobanoğlu, *Hukukta Gaye Problemi*, 101.

KAYNAKÇA

- Aktaş, Sururi, *Prosedürel Doğal Hukuk: Lon L. Fuller'in Hukuk Kavramı*, İstanbul: On İki Levha Yay., 2011.
- Aral, Vecdi, *Hukuk ve Hukuk Bilimi Üzerine*, 7. b., İstanbul: XII Levha Yay., 2010
- Aristoteles, *Metafizik*, çev. Y. Gurur Sev, 2. b., İstanbul: Pinhan Yay., 2016
- Aristoteles, *Politika*, çev. Mete Tunçay, İstanbul: Remzi Kitabevi, 1975.
- Aydın, Melike Belkis, “İyi İnsanlar Kötü Kurallara İtaat Etmez: Gustav Radbruch”, *Çağdaş Hukuk Düşüncesine Giriş*, ed. Ertuğrul Uzun, İstanbul: İthaki Yay., 2015.
- Bodenheimer, Edgar, *Jurisprudence: The Philosophy and Method of the Law*, Massachusetts: Harvard University Press, 1974.
- Boynukalın, Ertuğrul “Mekasidü’ş-Şeria”, *Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi*, <https://islamansiklopedisi.org.tr/makasidus-seria> (26/04/2023).
- Cevzici, Ahmet, *Paradigma Felsefe Sözlüğü*, İstanbul: Paradigma Yay., 1999
- Copp, David, “Legal Teleology: A Naturalist Account of the Normativity of Law”, *Dimensions of Normativity: New Essays on Metaethics and Jurisprudence*, ed. David Plunkett, Scott Shapiro, Kevin Toh, New York: Oxford University Press, 2019, 45-64.
- Davitt, Thomas E., “Law as Means to End: Thomas Aquinas”, *Vanderbilt Law Review*, Vol. 14 (Dec.-1960), 65-99.
- Çağıl, Orhan Münir, *Hukuk ve Hukuk İlmine Giriş*, 4. b., İstanbul: Fakülteler Matbaası, 1971.
- Çobanoğlu, Rahmi, *Hukukta Gaye Problemi*, İstanbul: Sermet Matbaası, 1964.
- Dülger, Muzaffer, “John Stuart Mill ve Hukuk Kuramına Etkileri”, *Beytulhikme Int. J. Phil.* 10/4 (2020), 1471-1493.
- Dülger, Muzaffer, “Adam Smith Felsefesinde Hukukun Temelleri”, *Felsefi Düşün - Akademik Felsefe Dergisi (İskoç Aydınlanması)*, ed. Gökhan Murteza, Sayı: 16 (Nisan-2021), 62-81.
- Güriz, Adnan, *Hukuk Felsefesi*, 8. b., Ankara: Siyasal Kitabevi, 2009.
- Hayek, Friedrich August von, *Özgürlüğün Anayasası*, çev. Yusuf Ziya Çelikkaya, Ankara: Binbang Yay., 2013
- Heper, Altan, *Serbest Hukuk Akımı: Sosyal Bir Olgu Olarak Hukuk*, İstanbul: On İki Levha Yay., 2016
- İşıktaç, Yasemin, *Hukuk Felsefesi*, 5. b., İstanbul: Filiz Kitabevi, 2018
- İşsevenler, O. Vahdet, *Kurucu İktidarın Eleştirisi: Anaysanın Maddi ve Fail Nedeni*, İstanbul: Pinhan Yay., 2019
- İşsevenler, O. Vahdet, “Hukukun Erdemi ve Fuller’ın Ahlakları”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, Cilt: 74, Sayı: 2 (2016), 573-590
- Jhering (Ihering), Rudolf von, *Law as a Means to an End*, trans. by. Isaac Husik, Boston: Boston Book Co., 1913.

- Jhering, Rudolf von, *Hukuk Uğruna Savaş*, çev. Rasih Yeğengil, İstanbul: Sinan Basım ve Neşriyat Evi, 1935
- Kant, Immanuel, *Ahlak Metafiziği: Hukuk Öğretisi*, çev. Altan Heper, İstanbul: Fol Kitap, 2022
- Metin, Sevtap / Heper, Altan, *Ceza Hukuku Felsefesine Katkı: Radbruch Formülü*, İstanbul: Tekin Yay., 2014. (Kısaca: *Radbruch Formülü*)
- Münif Paşa, *Hikmet-i Hukuk*, haz. Gökhan Doğan, Konya: Çizgi Kitabevi, 2016.
- Özcan, Mehmet Tevfik, “Ethics and Law: Reassessment on the Legal Positivism”, *Philosophy Study* 4/2 (Feb.-2014), 75-96
- Peters, Francis E., *Antik Yunan Felsefesi Terimleri Sözlüğü*, çev.& haz. Hakkı Hünler, İstanbul: Paradigma Yay., 2004.
- Posner, Richard A., *Law, Pragmatism and Democracy*, Cambridge: Harvard University Press, 2003
- Pound, Roscoe, “The End of Law as Developed in Legal Rules and Doctrines”, *Harvard Law Review*, Vol. 27, No. 3 (Jan.-1914), 195-234.
- Pound, Roscoe, “The End of Law as Developed in Juristic Thought”, *Harvard Law Review*, Vol. 27, No. 7 (May-1914), 605-628.
- Pound, Roscoe, “The End of Law as Developed in Juristic Thought - II”, *Harvard Law Review*, Vol. 30, No. 3 (Jan.-1917), 201-225.
- Pound, Roscoe, *An Introduction to Philosophy of Law*, New Haven & London: Yale University Press, 1922.
- Radbruch, Gustav; “Yasal Haksızlık ve Yasa Üstü Hukuk”, çev. Sevtap Metin, Altan Heper, *Ceza Hukuku Felsefesine Katkı: Radbruch Formülü*, İstanbul: Tekin Yay., 2014, 74-101.
- Ratnapala, Suri, *Jurisprudence*, New York: Cambridge University Press, 2009.
- Spencer, Herbert, *Devlete Karşı İnsan*, çev. Yavuz Selim Altındal, İstanbul: Litera Yay., 2016.