

HUKUKUN İSTİKAMETİ*

(Çeviri)

DOI: <https://doi.org/10.33717/deuhfd.1089775>**Oliver Wendell Holmes Jr.****
(Çev.) Berk ÖZÇELİK***

* Bu konuşma, Massachusetts Yüksek Mahkemesi Hâkimi Mr.Holmes tarafından, 8 Ocak 1897 tarihinde, Boston Üniversitesi Hukuk Okulunun yeni salonunun açılış töreninde yapılmıştır. Makalenin özgün kimliği: "The Path of Law," *Harvard Law Review*, Vol. 10, No. 8 (1897), pp. 457-478 DOI: <https://doi.org/10.2307/1322028>

** 1841-1935. Amerikan iç savaşı öncesinde Harvard'da edebiyat eğitimi gören Holmes, savaş yıllarının ardından yine Harvard bünyesinde hukuk eğitimi almaya başladı. Mezuniyetinin ardından bir süre avukatlık yapan Holmes, daha sonra Massachusetts Yüksek Mahkemesinde yargıçlık yapmaya başladı. Bu göreviyle eş zamanlı olarak Harvard'da dersler verdi. Massachusetts Yüksek Mahkemesinde baş yargıçlığa kadar yükseldiği 20 yılı aşkın sürenin ardından ABD başkanı T.Roosevelt'in adayı olarak Amerikan Yüksek Mahkemesi hakimliğine seçildi. 1902 yılından emekli olduğu 1932 yılına kadar bu görevini sürdürdü. Emekli olduğunda 91 yaşına basmak üzereydi. Holmes 1881'de yayınladığı Common Law adlı eserinde hukuki sorumluluğu ilkel toplumlara kadar götürdü ve ahlaki sorumluluğun yasal sorumluluktan ayrıldığı günümüz toplumlarının farklı nitelikte çözümlere gereksinim duyduğunu söyledi. Hukuk ve ahlak arasındaki ayırımı dikkat çeken Holmes, ahlaki kıstasların hukukçuyu yanlış yollara sürükleyebileceğine işaret etmiştir. Hukuki ve ahlaki idealerin benzeşimi istisnai niteliktedir. Ortaya koyduğu öngörü (prediction) teorisiyle ona göre hukuk, mahkemelerin ne yapacaklarını öngörmekten başka bir şey değildir. Holmes'e göre hakim sosyal avantajları da göz önünde bulundurarak değerlendirme yapmalıdır. Böyle bir hakim kararı öngörü teorisin amacına uygun olacaktır. Buradan sonra ortaya koyduğu kötü insan (bad man) teorisiyle hukuka yalnızca maddi neticeleri öngören biri gibi bakılması gerektiğini söyledi. Bu teoriye göre vicdani yaptırımlar bizim alanımızın dışındadır, bizi ilgilendiren sadece mahkemelerin vereceği kararlardan nasıl etkileneceğimizdir. Holmes ortaya koyduğu bu oldukça pragmatist bakış açısıyla hukuki realizmin öncülleri arasında sayılabilir. Çağdaşı Roscoe Pound onu ağırlıklı olarak sosyolojik yaklaşımın temsilcisi olarak görmektedir. Max Rodin'e göreyse Holmes hukuki realizmin kurucusudur. Biyografik bilgiler için bkz. <https://www.britannica.com/biography/Oliver-Wendell-Holmes-Jr>

Holmes ve hukuki realizm üzerine değerlendirmeler için bkz. Wilfred E. Rumble Jr, *Journal of the History of Ideas*, Vol. 26 No. 4 (1965), pp. 547-566; Hamide Topçuoğlu (1969), *Hukuk Sosyolojisi* C. I. (3.baskı). Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları no. 174; Ülker Gürkan (1967), *Hukuki Realizm* Akımı. Ankara, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları no. 225.

*** İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Yüksek Lisans Programı Öğrencisi, İstanbul (bozcelik5@gmail.com) ORCID: 0000-0002-4870-0036 (Geliş Tarihi: 03.12.2021-Kabul Tarihi: 28.01.2022) *Yazar, eserinin Derginize ait bilimsel etik ilkelere uygun olduğunu taahhüt eder.*

Öz

Amerikan hukuki realizminin öncüsü olan Holmes bu çalışmasında, hukukun niteliğini sosyolojik bir yaklaşımla açıklamaya çalışmaktadır. Yazar hukuki işleyişin dinamiklerini saptarken sosyal olguları dikkate alarak hareket etmiştir. Sosyal olguların hakimler tarafından dikkate alınması hukukun işleyişinin önemli bir gelişim dayanağı olacaktır. Bu sayede mahkeme kararları daha işlerlik kazanacaktır. Hukuk ve ahlak arasındaki karmaşaya da dikkat çeken yazar, bu karmaşanın hukuki değerlendirmeleri büyük yanlışlara sürüklediğini bundan kurtulmak için hukuki kavramların otonomisini sağlamak gerektiğini söyler. Kavramların niteliklerini maddi neticelere bakarak değerlendirmek daha doğru olacaktır. Holmes, bu makalesinde pragmatist bir bakış açısıyla bu sorunları değerlendirmiştir. Özetle Holmes tarafından dile getirilen hukuk anlayışı hukukun toplumsal gelişime paralel gitmesini sağlama çabasından başka bir şey değildir.

Anahtar Kelimeler

Holmes, Amerikan Hukuki Realizmi, Sosyolojik Hukuk İlmi, Ahlak, Common Law

THE PATH OF LAW

(Translation)

Abstract

Holmes, the pioneer of American legal realism, tries to explain the nature of law with a sociological approach in this work. While determining the dynamics of the legal process, Holmes going by taking into account the social facts. Consideration of social facts by jugdes will be an important development base for the treatment of law. By this way, court decisions will become more functional. The author who is drawing attention to the confusion between law and morality, says that this confusion leads to great errors in legal evaluations and that in order to get rid of this, it is necessary to ensure the autonomy of legal concepts. It would be more accurate to evaluate the qualities of the concepts by looking at the material results. Holmes evaluated these issues from a pragmatist point of view in this article. In summary, the understanding of law expressed by Holmes is nothing but an effort to ensure that law goes parallel with social development.

Keywords

Holmes, American Legal Realism, Sociological Jurisprudence, Morality, Common Law

Biz hukuk üzerine çalışırken, bir gizemle değil oldukça bilinen bir uzmanlık alanı üzerine çalışıyor oluruz. Hakimlerin huzuruna hangi isteklerle çıkacağımız ya da insanları mahkemelerden uzak tutacak tavsiyeler üzerine çalışırız. Bunun meslek sayılmasının, insanların kendilerini savunmaları için avukatlara ödeme yapmalarının sebebi, bizimki gibi toplumlarda kamu gücünün belirli vakalarda yargıçlara emanet edilmesi ve gerektiğinde yasaların ve hükümlerin uygulanması için devletin tüm gücünü ortaya koymasıdır. İnsanlar hangi şartlar altında olduklarını, karşılarındaki kendilerinden çok daha güçlü riskin ne kadar uzakta olduğunu bilmek istiyor ve bu tehlikenin ne zaman korkulacak düzeye erişeceğini bilebilmek bir uzmanlık haline geliyor. O halde çalışmamızın konusu bir öngörü, kamu gücünün mahkemeler aracılığıyla ne sıklıkla ortaya çıkacağı öngörüsüdür.

Çalışmamızın araçları, burada ve İngiltere’de geçmişte altı yüz seneye uzanan ve aralarına her yıl yüzlercesi eklenen birtakım raporlar, antlaşmalar ve yasalardır. Bu kehanetle ilgili sayfalarda, geçmişte görülen davalarda oluşan dağılmış kehanetler toplanır. Bunlar uygun bir şekilde hukukun vahiyleri olarak adlandırılır. Hukuki düşünüşün her yeni çabasının en önemli ve neredeyse tüm anlamı, bunları daha kesin bir hale getirip genelleştirip tümüyle bağlantılı bir sistem haline getirmektir. Avukatın vakıya ilişkin beyanından itibaren ilk aşama, müvekkilinin hikayesindeki dramatik unsurların elenip yalnızca hukuki mahiyetteki olguların bırakılıp nihai analizi ve hukuk ilminin soyut, tümel, teorik açıklamalarını içerir. Mrs. Quickly’nin yaldızlı kadeh ve kömür ateşinden bahsedilmesi gerektiğinden emin olmasına rağmen, avukatın müvekkilinin sözleşmeyi yaparken beyaz bir şapka giydiğinden bahsetmemesinin sebebi, müvekkilinin kafasında ne olursa olsun kamu gücünün aynı yönde hareket edeceğini öngörmesindedir. Geçmişin öğretilerinin genel çerçevelere oturtulup ders kitaplarında toplanması ve yasaların genel formlarda yapılması kehanetleri daha kolay hatırlanabilir ve anlaşılabilir kılar. Hukuk ilminin ilgilendiği temel hak ve ödevler sadece kehanetlerdir. Şimdi söyleyeceğim hukuki ve ahlaki düşünceler arasındaki karışıklığın en kötü etkilerinden biri, bu teorinin arabayı atın önüne koymaya eğilimli olması¹, hak veya yükümlülükleri ihlal neticeleri haricinde ve bağımsız bir halde ele alması ve müeyyideleri sonradan eklemesidir. Ancak göstermeye çalıştığım gibi, hukuki yükümlülük bir adamın belirli şeyleri

¹ Orj: “get the cart before the horse”. İşleri yanlış sırayla yapmak anlamına gelen bir deyim. – ç.n

yapması ya da ihlal etmesi sebebiyle acı çekeceğini, hukuki bir hak sebebiyle yargılanacağını öngörmektir.

Öngörülerimizi genelleyip, bir sisteme dönüştürdüğümüzde bunların sayısı kontrol edemeyeceğimiz bir boyutta değildir. Bunlar, kendilerini makul bir sürede uzmanlaşılacak birtakım dogmalar olarak sunarlar. Sürekli artan raporların sayısından korkmak büyük bir hatadır. Bir nesil boyunca verilmiş yargı kararları hukukun neredeyse tamamını içermekte ve o günün bakış açısını özetlemektedir. Eğer elimizdeki tüm külliyat yanmış olsaydı biz bunlardan faydalanarak külliyatı yeniden oluşturabilirdik. Hakkında bitirmeden evvel konuşacak olduğum geçmiş kararların kullanımı, geniş ölçüde tarihseldir.

Yapabilirsem, hukuk olarak adlandırdığımız bu birtakım dogmalar ve sistematik öngörülerini çalışanlar ve bunu geleceklerini kestirebilmek maksadıyla araç olarak kullanmak isteyenler için temel ilkeler koymak ve çalışmayla ilgili olarak hukukumuzun henüz erişmemiş olduğu bir ideali göstermek isterim.

İlk olarak bunu ciddi bir şekilde anlayabilmek için işin sınırlarını anlamak gerekir dolayısıyla kanaatimce bazen bilinçli bir teori boyutuna ulaşan ancak genellikle bu aşamaya gelmeden detaylarda boğulan ahlak ve hukuk karmaşasını yok etmek uygun bir tercih olacaktır. Açıkça görebilirsiniz ki kötü bir insan da kamu gücüyle karşılaşmaktan kaçınmak için iyi bir insan kadar sebebe sahiptir; bu bağlamda ahlak ve hukuk arasındaki farkın pratik önemini görebilirsiniz. Komşuları tarafından hiçbir etik kuralı umursamadığı görülmüş bir adam bile büyük ihtimalle para ödemekten kaçınmak için iyi bir anlaşmayı ve hapisten uzak durabilmeyi umursar.

Dinleyicilerimin bu alaycı bir dille söylediklerimi yanlış anlamadığını kabul ediyorum. Hukuk manevi hayatımızın tanığı ve harici teminatıdır. Bunun tarihi ahlakın nesiller boyu gelişiminin tarihidir. Bunun uygulaması, yaygın küçümsemelere rağmen iyi vatandaşlar ve iyi insanlar yetiştirme eğilimindedir. Hukuk ve ahlak arasındaki farkı vurgularken aynı zamanda hukuku öğrenme ve anlama bakımından tek bir yol göstermiş oluyorum. Bu amaçla kesinlikle bunun özellik arz eden noktalarında uzmanlaşmalısınız bu nedenle sizlerden bir an için diğer ve daha büyük şeylere kayıtsız kaldığımızı düşünmenizi isteyeceğim.

Tüm matematiksel ayırımların sonsuzlukta yok oluşu gibi, hukuk ve ahlak arasındaki ayırıma ilişkin tali nitelikte ya da önemsiz daha geniş bir perspektifin bulunmadığını söylemiyorum. Ancak bu ayırımın, sınırları anlaşılmalı ve sınırları belli birtakım dogmalar olarak ele aldığımız hukuk

üstüne uzmanlaşmak ve onu doğru çalışmak için en önemli ayırım olduğunu söylüyorum. Az önce ifade ettiklerimin pratik sebeplerini gösterdim. Sadece hukuku anlamak istiyorsanız hukuka, hareketleri için hukuki ya da hukuki olmayan sebepleri, belirsiz vicdani yaptırımları göz önüne alarak davranan iyi biri gibi değil, sadece bilgisi dahilinde öngörebildiği maddi sonuçları önemseyen kötü bir adam gibi yaklaşmanız gerekir. Öznenin mantığını doğru kavrayabilmek istiyorsanız bu ayırımın teorik önemi azımsanamaz. Hukuk tamamen ahlaki deyişlerle doludur ve biz zihnimizden önce bir engelimiz olmadığından eminken, dilin saf gücü bizi konuyu tam kavrayamadığından bir alandan diğer bir alana geçmeye zorlar. Hukuk haklar, ödevler, kötülük, kast, ihmal ve daha basit olmayan benzer kavramlar hakkında konuşur ve şöyle söyleyebilirim hukuki düşünüşte daha yaygın olarak bu kavramları ahlaki anlamlarında kullanmak argümanın bazı aşamalarında hata yapmaya sebep olur. Örneğin, ahlaki düşünüşle bir adamın haklarından bahsederken bireysel özgürlüğünün sınırlarının vicdanen belirlendiğini -ya da idealimiz ne şekilde oluştuysa- düşünürüz. Zamanın en aydınlanmış fikirlerinin karşı olduğu veya tüm uygulaması ahlakın çizdiği sınırları aşan hukuklar uygulanmış ve kuvvetle muhtemel bazıları halen uygulanmaktadır. Dolayısıyla, ahlaki anlamda bir insanın hakları ile anayasal ve hukuki haklarının eşit olduğu kabul edilirse düşünüşün karmaşası buradan doğabilir. Şüphesiz ki anayasal bir yasak bulunmamasına rağmen bazı olağan ve olağanüstü öngörülebilir vakalarla ilgili yasalar oluşturmaya yasa koyucunun gücü yetmez; zira toplum isyan ve karmaşaya sürüklenebilir, dolayısı ile bu bize hukukun ahlakın parçası değil ahlak tarafından sınırlandırıldığı tezi için bir miktar akla yatkınlık sağlamaktadır. Ancak bu gücün sınırları herhangi bir ahlaki sistemle eşdeğer genişlikte (coextensive) değildir. Çoğunlukla bir sistemin sınırları dahilinde kalır, bazı durumlarda bunun ötesine geçer çünkü sınırları birtakım insanların belirli bir zaman içindeki davranışları belirler. Bir keresinde merhum Profesör Agassiz'in bira fiyatlarına iki sent zam yapılsaydı Alman toplumunun ayaklanacağını söylediğini duymuştum. Böylesi bir durumda yasa yanlış olduğu için değil uygulanmadığı için geçersiz olacaktır. Hiç kimse yanlış yasaların olabildiğini ve uygulanabildiğini reddetmeyecektir ancak hangi yasaların yanlış olduğu konusunda fikir birliğine tam anlamıyla varılamaz.

Uğraştığım karmaşa açık bir şekilde hukuki kavramlarla kuşatılmıştır. Temel bir soruyu ele alalım; Hukuku ne meydana getirir? Hukukun Massachusetts ya da İngiltere mahkemelerinin verdikleri kararlardan farklı bir şey olduğunu, kararlarda görülebilen ya da görülemeyen, birtakım gerekçeler sistemi, etik ilkelerden ya da kabul edilen veya edilmeyen aksi-

yomlardan seçmeler olduğunu söyleyen yazarlarla karşılaşacaksınız. Eğer kötü insanın bakış açısını ele alacak olursak arkadaşımızın, onun aksiyom ya da etik neticelerini önemsemediğini ancak Massachusetts ya da İngiltere mahkemelerinin bu durumda muhtemelen ne yapacaklarını bilmek istediğini göreceğiz. Ben de onun gibi düşünüyorum. Hukuk olarak ifade ettiğim mahkemelerin bilfiil ne yapacağını öngörmekten daha iddialı bir şey değildir.

Genelde hukukun içerdiği en geniş kavram olarak anlaşılmış bir fikri tekrar ele alalım: bahsetmiş bulunduğum hukuki ödev kavramı. Kelimeyi ahlaki kıstaslarla dolduruyoruz. Ancak bu kötü bir insan için ne demektir? İlk olarak belirli davranışları gerçekleştirdiğinde tutuklanması veya tazminat borcuna maruz kalması gibi nahoş neticeleri öngörmek gelecektir. Ancak onun bakış açısından para cezasına çarptırılmak ile belirli bir şeyi yaptığı için vergilendirilmek arasındaki fark nedir? Onun bakış açısına göre hukuksal ilkelerin uygulanışı, mahkemelerin yasal zorunluluk olarak para cezası veya vergilendirme üzerine yaptığı tartışmalarda ortaya çıkar. Bu sorunun cevabı, kararların hukuki olarak doğru veya yanlış olmasına ve adamın yükümlülük altında veya özgür olmasına bağlıdır. Ceza yasalarını bir kenara bırakacak olursak, *the mill acts and statutes*² ya da kamulaştırmayı düzenleyen yasaların doğurduğu yükümlülükler ve geri dönüşü mümkün olmayan yanlış tayin edilmiş mülkiyetin doğurduğu yükümlülük arasındaki fark nedir? Her iki durumda da mesele şundan ibarettir; bir başka adamın mülkiyetini alan topluluk jürinin belirlediği değeri ödemek zorundadır. Hukukun bakış açısına göre birini doğru birini yanlış olarak adlandıran ayırım nedir? Zorunlu ödeme kararı verildiği sürece, eylemin bir övgü veya kabahat olarak tanımlanması ya da yasanın bunu yasaklaması ya da izin vermesi önemli değildir. Kötü insanın bakış açısından konuşmaya devam edelim; eğer bunların bir önemi varsa, bir vaka sebebiyle olması gerekir ve yasanın eylemiyle ilgili başka bir dezavantajlı durum ya da daha ileri bir yaptırım sebebiyle olmamalıdır. Şimdiye kadar görebildiğim, bununla ilgili diğer dezavantajlar, çok önemli olmayan ve fazla çaba harcanmadan çürütülebilecek iki hukuk doktrininde görülür. Bunlardan biri, yasaklanmış eylemi içeren sözleşmenin geçersizliği, diğeri ortaklaşa bir zarara sebebiyet verenlerden zararı tazmin edenlerin diğer ortaklara rücu edememesidir. Kanaatimce hepsi bu kadar. Ödev kavramının belirsiz çemberini kuşkucu bir dil (cynical acid) ile yıka-

² 18. yüzyılda başlayan, özellikle Kuzey-Güney Savaşı sonrasında sayıları artan, özel kişilere başkasının arazisi üzerinde değirmen ve sanayi tesisi kurma izni veren yasalar. Bu yasalar, ırmak kıyısında ve ırmağa suyun enerjisini kullanmak üzere baraj vb. tesis yaparak başkasının arazisine su değirmeni kurma imtiyazı olarak başladı. – ç.n

dığımızda, çalışmamızın amacı -hukukun eylemleri- hariç her şeyi dışarıda bıraktığımızda, çemberin nasıl küçülüp kusursuzlaştığını görürüz.

Hukuki ve ahlaki fikirler arasındaki karışıklık hiçbir alanda sözleşme hukukunda olduğu kadar belirgin değildir. Bu arada, yine burada sözde temel hak ve ödevler, açıklanabilen, belirlenebilen şeyler yerine mistik anlamlarla belirlenmiştir. *Common Law* sisteminde sözleşmeye uygun davranma ödevi, sözleşmeye aykırılık halinde zararı tazmin etmeyi öngörmekten başka bir anlam içermez. Eğer bir haksız fiilde bulunursanız, bu zararı gideci edimi yerine getirmek zorundasınız. Eğer bir sözleşmeyi ihlal ederseniz yol açtığınız zararı karşılamak zorundasınızdır, tüm fark bundan ibarettir. Ancak meseleye böylesi bir bakış, etik kuralları önemsemenin kendilerine hukukun bir avantaj sağlayacağını düşünenlerin burunlarına kötü kokular gelmesiyle sonuçlanır. Nasıl olursa olsun, birçok vakada olduğu gibi bu, benim de katıldığım gibi, Lord Coke³ için yeterince iyiydi. İngiliz Kraliyet Mahkemesinde (King's Bench) görülen *Bromage v. Genning* davasında, Galler sınırlarında görülen kiralamaya ilişkin bir davada aynen ifa talebine karşı ret kararı istendi; Coke bunun sözleşmeyi yapanın, zararı gidermenin yahut kiralamayı gerçekleştirmenin kendi kararı oluşunu bozacağını söyledi. Davacı vekili Harris, meseleyi vicdanına aykırı ele aldığını itiraf etti ve ret kararı verildi. Bu şu an istediğimiz noktadan daha öteye geçiyor ama, Mr. Harriman'a rağmen, naçizane düşüncem oldukça hünerli sözleşmeler üzerine kitabında yanılarak farklı bir sonuca vardığıdır; söylemeye çalıştığım şeyin başlangıcından itibaren *Common Law* bakış açısı olduğunu gösteriyor.

Sadece *Common Law* için konuştum; çünkü burada medeni yükümlülüklerin anlaşılabilir mantiki gerekçelerini bulabileceğimiz bazı vakalar vardır. Birinin mahkeme emrine uymadığı, adaletin mahkeme emriyle kişiyi zorla hapse koyduğu yahut başka türlü cezalandırdığı durumlar görece az sayıdadır. Ancak ben genel teorinin istisnalara göre şekillendirilmesini doğru bulmuyorum; ve bence kehanetlerimizi hukukun yaygın olarak dayattığı bu uygun olmayan kavramlarla ifade etmektense bütünüyle temel hak ve ödevlerin bizi rahatsız etmelerini engellemek daha iyi olacaktır.

Ahlak, kötü niyet, kasıt, ihmal kavramlarının hukuki kullanımından bahsetmişim. Kötü niyetin -biz hukukçuların haksız fiil hukuku olarak adlandırdığı- medeni yükümlülük anlamındaki kullanımını incelemek bize kavramların ahlaki ve hukuki farklılıklarını göstermek için yeterlidir ve ayrıca birbiriyle çok az ya da hiç ilgili olmayan prensiplere aynı isimlerin

³ 16. Yüzyılda yaşamış İngiliz hukukçu. – ç.n

verilmesiyle aradaki farkın nasıl yok olduğunu gösterir. Bundan üç yüz sene önce, bir papaz verdiği vaazda Foxe'nin *Book of Martyrs*'ndan (Şehitler Kitabı), azizlerden birinin işkence görerek ölmesine yardım edip daha sonra telafi edici ruhsal işkence çekerek ölen bir adamın hikayesini anlattı. Foxe'nin yanıldığı ortaya çıktı. Adam yaşıyordu, tesadüfen vaazı duydu ve papaza karşı dava açtı. Baş yargıç Wary jüriye sanığın sorumlu olmadığını çünkü vaazın kötü niyetle anlatılmadığını söyledi. O kötü niyeti belirtirken bunu ahlaki anlamda kullandı. Ancak günümüzde hiç kimse, kötü niyetli olmayan birinin yol açtığı maddi zararlardan sorumlu tutulamayacağını düşünmez. İleri sürülen iddiaları belirlerken, hala sanığın davranışını kötü niyetli bulmalıyız; ancak, en azından ben öyle düşünmekteyim, bu kelime saiki ve hatta davalının geleceğe yönelik tutumunu göstermez ama davranışının niteliğinin açık şekilde belirli şartlar altında müştekinin zararına yol açma eğiliminde olmasını gösterir⁴.

Sözleşme hukukunda ahlaki ifadelerin kullanılması, kısmen gösterdiğim gibi aynı kargaşaya yol açtı. Ahlak kuralları, bireyin gerçek iç durumuyla, neyi istediğiyle ilgilenir. Romalılar döneminden bu yana bu ilgi, sözleşme hukukunun dilini etkilemiş ve bu dil düşünceye etki etmiştir. Sözleşmeden taraflarının iradelerinin uyuşmaları olarak bahsediyor ve bu yüzden iradelerin uyuşmadığı için var olmayan sözleşmeler karşımıza çıkıyor; çünkü ya taraflar farklı şeyler istiyor ya da taraflardan biri diğerinin rızasını bilmiyor. Yine de hiçbir şey, tarafların ikisinin de niyet etmediği bir durumun varlığı olsa ve taraflardan biri diğerinin rızasını bilmese de tarafların sözleşmeyle bağlı olabileceğinden kesin değildir. Zamanını belirtmeden bir konferans verilmesini öngören bir sözleşmenin usule uygun biçimde yapıldığını düşünelim. Taraflardan biri edimin bir seferlik ve bir hafta içerisinde gerçekleşeceğini düşünüyor. Diğer taraf kendisi müsait olduğunda gerçekleşeceğini düşünüyor. Mahkeme ise uygun bir vakitte anlam ifade edeceğini söylüyor. Taraflar sözleşmeyi mahkemenin söylediği şekilde yorumlamasalar da mahkemenin yorumuyla bağlıdır. Kanaatimce, sözleşmelerin iki tarafın irade uyuşmalarına değil, iki tarafın dışa yönelik beyanlarına -ancak bu beyanlar tarafların aynı şeyi kastettiklerini değil aynı şeyi söylediklerini gösterir- ve resmi şekle bağlı olduğunu anlamadan genel sözleşme teorisini tartışmak ya da birtakım temel soruları sorabilmek mümkün değildir. Dahası, beyanlar bir duyuya yönelik olabilir -görme ya da duyma gibi- ve beyanın doğası gereği beyan sözleşmenin yapıldığı ana da bağlı olacaktır. Eğer bu beyan elle tutulur somut bir şeyse, örneğin bir mektupsa, sözleşme kabul

⁴ Bkz. *Hanson v. Globe Newspaper Company*, 159 Massachusetts 293-302.

mektubu teslim alındığında gerçekleşir. Eğer tarafların isteklerinin buluşması gerekiyorsa, kabul mektubunun üçüncü bir kişi tarafından kaçırıldığı bir durumda sözleşme oluşmayacaktır.

Şu an teoriyi ayrıntılı olarak tartışmanın, bu genel bakışlarda ortaya çıkan besbelli şüphelerin ve sorunların cevaplanmasının zamanı değil. Biliyorum, bunların hiçbirini cevaplamak kolay değil ancak ben şu an birtakım ipuçlarıyla, hukuk doktrininin dar istikametini ve iki gizli tehlikeyi -ki bence tehlikeli bir biçimde yan yanlardır- aydınlatmaya çalışıyorum. Bunlardan ilkiyle ilgili yeterince konuştum. Umarım açıklamalarım ahlak ve hukuk karmaşasının teorik ve pratik tehlikelerini ve hukuki dilin yolumuza kurduğu tuzakları göstermiştir. Kendi açımdan, ahlaki anlamı olan kelimelerin hukuktan tamamen çıkarılmasının ve hukuki ideaları iletecek kelimelerin başka hiçbir alandan etkilenmemiş olmasının bir kazanç olup olmadığı konusunda sık sık şüphe duyarım. Bir hayli çok olan tarihin fosil kalıntılarını ve etik ilişkilerden gelen heybeti silmeliyiz ancak kendimizi gereksiz bir kafa karışıklığından korumak için zihnimizin açıklığından oldukça faydalanmalıyız.

Hukukun sınırları için bu kadar yeterli. Tartışmak istediğim sıradaki şey, bunun içeriğini ve büyümesini belirleyen kuvvetlerin ne olduğudur. Siz de hukuku telaffuz eden ilk insanlar yargıçlar olsa bile, Hobbes, Bentham ve Austin gibi hukukun iktidardan doğduğunu sanabilirsiniz ya da *Zeitgeist'in*⁵ sesi ya da neyi beğeniyorsanız o olduğunu düşünebilirsiniz. Bunların hepsi benim şu anki amacım bakımından aynıdır. Her hüküm despot ve tuhaf bir zihne sahip bir egemenin yaptırımına ihtiyaç duysa bile, yine de öngörülerle, bazı emirleri keşfetmekle, rasyonel açıklamalarla ve onun koyduğu kuralları geliştirmekle ilgili ilkelerle ilgilenmeliyiz. Her sistemde böylesi açıklamalar ve ilkeler bulunabilir. Bunlarla ilgili, açıklamanın önemli olduğunu düşündüğüm ikinci bir büyük yanılgı bulunuyor.

Bahsettiğim yanılgı, hukukun gelişiminde tek gücün mantık olduğu düşüncesidir. Aslında bu, en geniş anlamıyla doğrudur. Evren hakkında kabul ettiğimiz varsayım, tüm fenomenler arasında ve bunların nedenleri ve etkileri arasında sabit nicel ilişkiler olduğudur. Böylesi ilişkilere sahip olmayan bir fenomen varsa bu bir mucizedir. Bu, nedensellik ilkesinin dışındadır bu nedenle düşünce gücümüzü aşar ve muhakeme edebileceğimiz yahut ilerleme noktası olarak kabul edebileceğimiz bir şey değildir. Evren hakkında düşünmemizin koşulunu, rasyonel düşünebilme kapasitemiz belirler; başka kelimelerle söyleyecek olursam, bu durumun tüm sebep ve

⁵ Zamanın ruhu. – ç.n

sonuçlarını en aşına olduğumuz şeyler belirler. Yani en geniş anlamda, her şey gibi hukukun da mantıksal bir gelişim olduğu doğrudur. Bahsettiğim tehlike, diğer fenomenleri yöneten ilkelerin hukuku yönettiğini kabul etmez; fakat bizimki gibi verili bir sistemde bazı genel aksiyomların örneğin matematik gibi çözülebilmek imkânı vardır. Bu okulların bir hatasıdır ancak onlarla da sınırlanmış değildir. Bir keresinde çok saygın bir yargıcın doğrulugundan kesinlikle emin olana kadar hüküm vermediğini duymuştum. Dolayısı ile yargıda talep tarafları, taraflardan birinin hesabını düzgün yapmadığı ve eğer taraflar biraz daha çaba gösterebilirlerdi hüküm kaçınılmaz olacakmış suçlamasıyla sıklıkla hedeftedir.

Bu tarz bir düşünüş oldukça doğaldır. Hukukçuların eğitimi mantık eğitimidir. Mukayese, ayırım, tündengelim süreçleri genellikle bireysel olarak ilerler. Yargı hükmünün dili esasen mantığın dilidir. Ve mantıki yöntem ve biçim, her zihinde olan kesinlik ve huzur arzusunu destekler. Ancak kesinlik bir yanılısamadır, huzur ise insanın kaderi değildir. Mantıki biçimin arkasında, ilgili değer ve hukuki sebeplerin yarışmasının önemine dair bir yargılama vardır, genellikle anlaşılabilir ve bilinçsiz bir yargılama; bu doğrudur yine de bu sürecin kökü ve hassas noktasıdır. Herhangi bir sonuca mantıki form verebilirsiniz. Bir sözleşmeyle herhangi bir durumu belirtebilirsiniz. Ancak bunu neden belirtirsiniz? Bu topluluğun ya da bir sınıfın uygulamalarına ilişkin inançtan veya politik fikirlerden ya da kısaca üzerinde kesin niceliksel ölçüm yapamayacağımız konuyla ilgili tutumlardan kaynaklanır ve dolayısı ile kesin mantıksal sonuçlara varılamaz. Böylesi konular, her zaman için iyi olacak saptamaları bulabileceğimiz araçların olmadığı, belirli bir yerde ve belirli bir zamanda oluşturulmuş tercihleri somutlaştırmaktan daha fazla bir şey yapamayacağımız mücadele alanlarıdır. Halkın zihnindeki ufak bir değişimin hukukumuzun ne kadar büyük bir parçasını yeniden tartışmaya açabileceğini kavrayamayız. Kabul etmeye ne kadar hazır olursak olalım hiçbir somut önerme aşikâr değildir; Mr. Herbert Spencer'in, "herkes istediğini yapmakta özgürdür ancak komşularının hakkını ihlal etmemek kaydıyla", önermesi bile.

Bir hizmetli hakkında dürüstçe bilgilendirme yapılmışsa, neden haksız ve yanlış bir ifade imtiyazlı olsun? Çünkü ifadenin özgürce verilmesi gerekliliği, bireyin diğer koşullar altında dava edilebilecek bir yanıştan korunmasından daha önemli olduğu düşünülmüştür. Bir adam mahallesini yok edebileceğini bildiği bir işi kurmakta niçin özgürdür? Çünkü serbest rekabetin kamu yararına en iyi şekilde hizmet edildiği kabul edilmektedir. Açıktır ki, benzer değerlerle ilgili yargılamalar çeşitli zaman ve yerlere göre farklılık gösterebilir. Yargıç neden jüriye, iş sırasında sakatlanan işçinin sakatlığın-

dan ihmalkâr davranmadığı sürece işverenin sorumlu olmadığı söyler ve eğer dava jüriye intikal etmişse jüri neden çoğunlukla davacı lehine karar verir? Basiretli bir adamın yaralanmayı veya en azından tehlikeyi öngörebileceği vakalarda yasamızın geleneksel tutumu sorumluluğu sınırlamaktır; oysa toplumun genel eğilimi belirli sınıflardaki insanların güvenliklerini işverene karşı korumaktır. Son sözler yazıldığından beri, gerekliliğini gördüğüm bu tür bir sigorta, tanınmış işçi kuruluşlarından birinin programının bir parçası olarak ortaya konmuştur. Yasama politikası üzerine gizli ve biraz bilinçli bir tartışma var, eğer biri bunun tümünden gelen bir sabit olduğunu söylerse ben bunun teorik olarak yanlış olduğunu ve pratikte kabul edilemeyeceğini söylerim *semper ubique et ab omnibus*⁶.

Aslında, eğer bir tartışma açılırsa ne söyleyeceğimi bilmiyor olmama rağmen, teorimizin şu an bile yeniden değerlendirmeye açık olduğunu düşünüyorum. Haksız fiil hukukumuz, hukuki yargılama tarafından zararların yanlış belirlenmiş olabileceği, iftira, saldırı, genelleşmemiş yanlışlar ve benzerleriyle sarılı eski günlerden gelmektedir. Ancak bugün mahkemelerimizin meşgul olduğu haksız fiiller açıkça iyi bilinen vakalardandır. Bunlar kişiye karşı veya demiryolları, fabrikalar gibi mülkiyete karşı gerçekleşen eylemlerdir. Bunların sorumluluğu öngörülmüştür ve öncesinde veya sonrasında kamuya yük olan bedele tekabül eder. Kamu gerçekten bu bedeli ödüyorsa ve yeterince üzerinde durulursa sorumluluk problemi şöyle ortaya çıkıyor: kamu üretimini kullandığı kişilerin güvenliğini sağlamaya ne kadar isteklidir? Böylesi vakalarda davalının lehine karar çıkması genellikle bir şans eseridir, ara sıra hakem kararıyla olağan sürecin kesilmesi büyük olasılıkla vicdanlı davacının çekilmesi durumunda gerçekleşir dolayısıyla bunları geride bırakmak daha doğru olacaktır. Öte yandan bir yaşamın bile toplum için ekonomik değeri tahmin edilebilir ve hiçbir tazminin bu değeri geçmemesi gerektiğini söylenebilir. Belirli vakalarda, *Leges Barbarorum'da*⁷ gördüğümüz yaşam ve uzuv tarifesinin daha ileri bir düzlemde taklit edileceğini düşünebiliriz.

Yargıçların sosyal avantajların önemini tartma ödevlerini yeterince yerine getiremediklerini düşünüyorum. Bu ödev kaçınılmazdır ve böylesi düşüncelerle uğraşmakla ilgili sık sık ortaya çıkan hukuki isteksizliğin sonucu, daha önce söylediğim gibi yargılamayı dayanaksız, anlaşılmaz ve sıklıkla bilinçsiz bırakır. Sosyalizm ilk kez konuşulmaya başladığında toplumun ayrıcalıklı sınıfları oldukça korkmuştu. Bu korkunun, burada ve

⁶ Her zaman her yerde herkes tarafından anlamına gelen latince deyiş. – ç.n

⁷ Eski Cermen yasaları. – ç.n

İngiltere’de yargısal eylemi etkilediğinden kuşkuluyorum ancak atıfta bulunduğum kararlarda bu korkunun bilinçli bir faktör olmadığı kesin. Bence benzer bir şey, yasama organını artık kontrol edebilme ümidi kalmayan insanları, yargıya anayasanın yorumlayıcısı olarak bakmaya yöneltti ve bazı mahkemeler bu durumu görmeden yaklaşık elli sene önce geçerli olan ekonomik doktrinin kabullerine uygun ilkeler ve hukukçuların doğru olmadığını düşündüğü yasaklar ortaya koydu. Eğer hukukçuların eğitimi, onları koydukları kuralın haklı kıldığı sosyal avantaj üzerine daha yakın ve açık düşünmeye yönlendirseydi, bazen şu anda güvendikleri konumdan tereddüt edeceklerine ve tartışılması gereken önemli sorunlarda taraf tuttuklarını göreceklarına inanmaktan kendimi alamıyorum.

Mantıksal biçimin yanılıcılığı için bu kadarı yeterli. Şimdi, hukukun şu anki durumunu bir çalışma konusu olarak ele alalım ve hangi ideale yöneldiğini düşünelim. Hala ulaşmak istediğim bakış açısının uzağındayız. Henüz kimse buna ulaşmadı veya ulaşabilecek gibi değil. Biz bir felsefi tepkinin, çoğu alanı üzerinde kasıtlı, bilinçli ve sistematik sorgulama yapılmadan çantada keklik görülen doktrinlerin yeniden değerlendirilmesinin daha ilk aşamasındayız. Hukukumuzun gelişimi bir bitkinin gelişimi gibi bin yıldır sürüyor, her nesil bir sonraki kaçınılmaz adımı atıyor ve zihinler tıpkı konumuz gibi kendiliğinden, gelişen hukuka uyum sağlıyor. Olması gerektiği gibi: tamamen doğal ve doğru. Dikkate değer bir yazar olan Fransız M. Tarde⁸ hayran olunası *Les Lois de l’Imitation* adlı kitabında gösterdiği gibi, uyma insan doğasının bir zorunluluğudur. Yaptığımız şeylerin çoğunu, atalarımızın ya da komşularımızın yapmalarının sebeplerinden daha iyi bir sebep için yapmıyoruz ve bu gerçek şüphelendiğimiz alanlardan daha geniş bir alanda geçerlidir. Bu iyi bir sebeptir ancak ömrümüzün bize yeteri kadar vakit vermemesinden ötürü en iyisi de değildir. Bu hayatımızın bazı alanlarını mantığa uymayarak düzenleyebileceğimiz ya da kolektif olarak tüm gidişat boyunca mantığa uygun davranma arzusu içinde olmamız gerekmediği anlamına gelmez; çünkü düşüncemizi ve eylemimizi dayandırdığımız inançların birçoğunu ikinci elden almak zorundayız. Hukuk söz konusu olduğunda, bir evrimcinin kendi sosyal fikirlerinin evrensel geçerliliğinden ya da yasada bulunmasını düşündüğü ilkelerden tereddüt edeceği şüphesiz doğrudur. Bunları en iyi şekilde burada ve şimdi kanıtlayabilirse memnun olur. Evrendeki mutlak bir en iyi hakkında hiçbir şey bilmediğini hatta insanlar için kalıcı bir en iyi hakkında hiçbir şey bilmediğini kabul etmeye

⁸ Gabriel Tarde 1843-1904. Kriminoloji, sosyal psikoloji ve sosyoloji alanlarında çalışmalar yapmış Fransız düşünür. – ç.n

hazır olabilir. Yine de hukukun yapısının, içerdiği her kural hizmet ettiği neticeye göre kolay anlaşılır ve keskin bir şekilde atıfta bulunduğu ve bu neticenin istenmesinin dayanağı belirtilmiş veya ifade edilmeye hazır olduğunda, daha rasyonel ve medeni olduğu bir gerçektir.

Şimdi birçok vakada hukuk kuralının neden belirli bir şekil aldığı ve az ya da çok neden hepsinin var olduğunu bilmek istiyorsak, geleneğe yöneliriz. Bunu yıllıklarda, belki Salic Frankların geleneklerinde, tarihteki bazı yerlerde, Cermen ormanlarında, Norman krallarının isteklerinde, egemen sınıfların varsayımlarında, genelleşmiş ideaların yokluğunda takip ederiz; şimdi en iyinin bu dayanaklarla değerlendirilmesi ve insanların bunu kabullenmesinin pratik nedenlerini buluyoruz. Rasyonel hukuk çalışması, hala büyük ölçüde tarih çalışmasıdır. Tarih çalışmanın bir parçası olmak zorunda çünkü onu çıkardığımızda konumuz olan kuralların kesin alanlarını bilemeyiz. Bu akılcı çalışmanın bir parçasıdır çünkü bu aydınlatılmış bir şüpheliğin yani kuralların değerinin kasıtlı olarak yeniden değerlendirilmesinin ilk adımıdır. Bir ejderhayı gündüz vakti mağarasından bir düzluğe çıkarabilirseniz dişlerini ve pençelerini sayabilir, gücünün ne olduğunu ölçebilirsiniz. Ancak onu dışarı çıkarmak sadece ilk adımdır. Sonraki adım onu öldürerek ya da ehlileştirerek işimize yarar hale getirmektir. Hukukun akılcı çalışması için belki, kuralı tartışmadan uygulayan insan (black-letter man⁹) günümüzün insanı olabilir ancak geleceğin insanı istatistik ve ekonomi uzmanı olacaktır. Bir hukuk kuralı için IV. Henry zamanındaki kurala istinat etmekten daha iyi bir gerekçeye sahip olmamak sarsıntı yaratıcıdır. Dayandığı gerekçeler uzun zaman önce ortadan kalkmasına rağmen kuralın geçmişin bir kör taklidi olarak sürdürülmesi daha da sarsıcıdır. Açıklamaya çalıştığım yakın tarihli bir Massachusetts dava dosyasında teknik kuralın *ab initio*¹⁰ suiistimali olduğunu düşünüyorum¹¹.

Birkaç kelime ile açıklanabilecek olan bir hukuk kuralı ile ulaşılmak istenen sosyal amacın, kuralın bütünüyle değişmesi yerine bu kuralın formunu tarihsel aşamalarının birikiminden alması sebebiyle nasıl saklı kaldığını ve kısmen erişilebildiğini, en son bakışa atıfta bulunarak örneklemek isterim. Birinin malının bir başkası tarafından zilyetliğine geçirilmesinin engellenmesini istenilir buluyoruz ve hırsızlığı suç haline getiriyoruz. Bu kötülük, malın malikinin elinden bizzat alan biri veya malı haksız bir şekilde

⁹ Brian Bix, Holmes'un bu ifade ile fikren doktrinlere bağlı insanı kastettiğini belirtiyor. Bkz. Jurisprudence : Theory and Context, 5th ed. 201. – ç.n

¹⁰ Latince en temelinden başlamak anlamına gelen deyiş. – ç.n

¹¹ Commonwealth v. Rubin, 165 Massachusetts. 453.

ele geçiren kişi tarafından işlenmesi de aynıdır. Ancak zayıf tarafla ilkel hukuk, zorbalığı önleme çabasını ilerletmekte çok çaba harcamadı ve çok doğal olarak kusurlu şekilde ele geçirmeyi, tecavüzü kendi ceza tanımlamasının içine dahil etti. Modern zamanlarda yargıçlar failin mülkü, aldatma veya hile ile ele geçirdiğinde suçun oluştuğunu savunarak bunu biraz olsun genişletmişlerdir. Bu gerçekten haksız müdahalenin gerekliliğini reddediyor ve hukukun şimdiki konusuna uygun olarak gerekliliği tümünden reddedip mantıksal yaklaşıma daha uygun kılıyor. Ancak bu çok cüretkâr bir hamleydi ve yasaya bırakıldı. Zimmete geçirme bir suç olarak kabul edildi. Ancak geleneğin kuvveti bugün zimmete geçirmenin hırsızlıktan çok farklı bir şey olarak kabul edilmesine yol açtı, bazı yargılama alanlarındaki hatalı köşeler hırsızlar için, eğer hırsızlık için suçlanıyorlarsa zimmete geçirmekle suçlanmaları gerektiğini eğer zimmete geçirmekle suçlanıyorlarsa hırsızlık için suçlanmaları gerektiğini ileri sürebilme ve bu dayanakla ayak sürüme imkanlarını açık bıraktı.

Babalarımızın cevapladığından daha iyi cevaplar bekleyen çok daha fazla temel sorular var. Mevcut formuyla ceza hukukunun zarardan çok fayda getirdiğini gösteren kör bir tahminden daha iyi neyimiz var? Mahkumlara onur kırıcı davranmanın onları daha büyük suçlara itebileceğini ya da suçluya verilen para cezası veya hapis cezasının suçludan çok eşine ve çocuklarına etki edebileceği sorunlarından bahsetmeyi bırakmıyorum. Akımda daha geniş kapsamlı sorular var. Ceza caydırıcı mıdır? Suçlularla ilişkimizi uygun ilkelere göre mi sürdürüyoruz? Avrupalı modern bir kriminologlar okulu, ilk olarak *Gall*¹² tarafından söylenen şu formülü öne sürdü: suçtan çok suçluyu düşünmemiz gerekiyor. Bu formül bizi çok ileri götürmese de bu araştırmalar sorularımın bilime dayalı cevaplarının ilk adımlarını atıyor. Suçlu kişi bir yılanı ısırma iten güdüler gibi doğal bir zorunluluk sebebiyle dolandırıcılık veya öldürme suçları işleyecek kadar yozlaşmışsa onu klasik hapis cezasıyla cezalandırmaktan bahsetmek fuzuli laftan ibarettir. Suçludan kurtulmalıyız; o iyileşemez veya yapısal tepkilerinin tahakkümü altındadır. Öte yandan, eğer suç normal bir insan davranışı gibi taklit meselesi ise, cezalandırma onu modanın dışında tutmayı isteyecektir. Suçlular üzerine çalışmak, bazı tanınmış bilim adamlarınca halihazırda bulunan hipotezi sürdürmek için düşünülmüştür. Kalabalık yerleşim yerlerinde, örneğin iş imkanlarının çok olduğu yerler, yoğunluğun az olduğu yerlere göre bağlı suç artışının daha çok olduğu istatistiği ikinci görüş lehine kullanılmıştır. Böyle olsa bile ağırlıklı görüş şuna inanır: “Suçun niteliğinden ziyade suç-

¹² Joseph Gall 1758-1828. Frenolojinin kurucusu olarak kabul edilmektedir. – ç.n

lunun tehlikeliliği, suçluya karşı oluşan kaçınılmaz sosyal tepkiye rehberlik edebilecek tek makul hukuksal kriterdir.”¹³

Hırsızlık hukukunda göstermiş olduğum rasyonel genellenmenin ayak bağı hukukun diğer dallarında olduğu gibi suç hukukunda da ortaya çıkar. Sözleşme ve benzeri şeyleri ayrı tutarak, zararlar için medeni sorumluluğa ya da haksız fiil hukukuna bakın. Böylesi bir yükümlülüğün genel bir teorisi var mıdır ya da bunu içeren vakalar teker teker sayılmış mıdır? Doğru davranışı bilmenin kolay olduğu iftira ve mülkiyete tecavüz gibi iyi bilinen birtakım haksızlıklarda olduğu gibi her haksızlığın özel tarihi var mıdır? Kurulmuş ve kabul edilmiş değil, eğilim aşamasında olmasına rağmen keşfedilmesi gereken bir genel teori olduğunu düşünüyorum. Hukukun, davacıyı korumayı reddettiği ya da davalıya ayrıcalık tanımadığı durumlar haricinde maddi zararın tazmininden sorumlu insanı, eğer bildiği koşullar altında eyleminin oluşturduğu durum genel deneyime göre açıkça tehlike oluşturuyorsa ya da kendi deneyimlerine göre -bu daha kapsamlı olabilir- tehlike oluşturduğu açıksa dava edilebilir olduğunu kabul ettiğini düşünüyorum¹⁴. Genel olarak kötü niyet, kasıt ve ihmâl, aktörün bildiği koşullar altında sadece ve açıkça tehlikenin derecesini ifade ediyor ancak bazı durumlarda ayrıcalıklı bir kötü niyet fiili bir kötü niyet anlamına gelebilir ve böylesi bir güdü bilerek zarar vermeye yol açabilir; bunun dışında kamu yararı gerekçesiyle böyle bir davranışa izin verilebilir. Ancak başka bir gün bu görüşümü seçkin bir İngiliz hakime açıkladığımda bana şunu söyledi: “Siz hukukun nasıl olması gerektiğini tartışıyorsunuz; hukukun yaptığı gibi hakkı göstermeniz gerekir, ihmalkar davranan bir adam ödevle yükümlü değilse sorumlu değildir.” Aramızdaki farklılık kelimelerin farklılığından daha fazlasıysa ya da istisna ve kural oranıyla ilgili ise, o halde ona göre fiilden sorumluluk eylemin genel eğilimine atıfta bulunamaz çünkü maddi zarar için genel açıklama yeterlidir; ancak zararın özel doğasına atıfta bulunulmalıdır ya da genel bir açıklamanın bulunmadığı eylemin aşikâr eğilimin dışındaki bazı özel şartlardan kaynaklanmalıdır. Böylesi bir bakışın yanlış olduğunu düşünüyorum ancak bu gayet yaygındır ve İngiltere’de genel olarak kabul edildiğini söyleme cesaretinde bulunabilirim.

¹³ Havelock Ellis, *The Criminal*, 41 Garofalo’dan alıntı. Ayrıca bakınız. Ferri, *Sociologie Criminelle*, passim; cf. Tarde, *La Philosophie Penale*.

¹⁴ Hukukun davacıyı korumadığı duruma şöyle bir örnek verebiliriz: Kullanımı özel şarta tabii bir yolda bir yabancı tarafından yolu kesilen insanın o hafta o yolu kullanma hakkının olmayışı. Bir hafta sonra yeni bir hak kazanacaktır ancak şu an için izinsiz girmiştir. Ayrıcalıkla ilgili örneği zaten vermiştim. İş dünyasındaki rekabet en iyi örneklerdendir.

Her yerde ilkenin kökeni gelenektir; böylesi bir durumun varlığında geleneğin önemini olduğundan daha fazla görmek tehlikesiyle karşı karşıyayız. Geçtiğimiz günlerde Profesör Ames, diğer şeylerin yanı sıra, *Common Law*'un belirli durumlarda dolandırıcılığa karşı bir savunma öngörmediğini ve onun ahlaki olarak hakkaniyetli öznel doğasından kaynaklanan bir savunmanın varlığını göstermek için öğretici bir makale yazdı. Söylediğim gibi, eğer tüm sözleşmeler biçimselse, sözleşmenin yapılmasını engelleyen şekli hatalar ile rasyonel olarak adlandırmamız gereken herhangi bir sistemde, bu güdülere sırdaş olan sistem hariç, kabul edilmeyecek yanlış güdüler arasındaki fark tarihsel değil teoriktir. Bu bir uzmanlık alanında hap-solmuş değil evrensel bir uygulamadır. Söylediğim şeye Mr. Ames'in katılmayacağını düşündüğümü de eklemeliyim.

Ancak sözleşme hukukuna bakacak olursak, onu tarihle sarılı buluyoruz. Borç, anlaşma ve sözleşmeye dayanan zarar tazmini talebi arasındaki farklar sadece tarihseldir. Hukuk tarafından belirlenen para ödeme yükümlülüklerinin sınıflandırılması, hiçbir anlaşmaya bağlı olmayan akit benzerleri¹⁵ gibi yalnızca tarihseldir. Karşılıklılık doktrini¹⁶ yalnızca tarihseldir. Mühre verilen etki kabiliyeti, yalnızca tarihle açıklanmalıdır. --- Karşılıklılık sadece bir biçimdir. Bu gerekli bir biçim midir? Öyleyse neden her sözleşme için zorunlu olmasın? Bu mühür yalnızca bir biçimdir ve karşılıklılığın gerçekleşmiş olması gerekliliği parşömenlerde ve yasalastırmalarda kayboluyor, üzerlerinde mühür olsun ya da olmasın. --- Neden yalnızca tarihsel bir ayırımın, bir iş insanının hak ve yükümlülüklerine etki etmesine izin verilsin?

Bu konuşmayı yazmamdan sonra geleneğin kendiliğinden rasyonel politikayı yok etmediği, ancak geleneğin bir anlamı olduğu anda bir yanlış anlaşılmanın ardından daha geniş ve yeni bir kapsam kazandığı bundan sonra rasyonel politikayı yok ettiğine dair çok iyi bir örnek buldum. Yapılmış bir sözleşmede tarafların yaptığı değişikliklerin kendileri aleyhine olmasının önlenmesi İngiliz hukukunda yerleşik bir kuraldır. Doktrin, hukukun genel eğiliminin aksi yönündedir. Bir insan bir seferinde yalan söylemiş ise biz jüriye, onun bunu sürdüreceğini söylemiyoruz. Şahıs aldatmaya çalışsa bile bu, onun gerçeği ispatlama hakkını engellemek için yeterli değildir. Genellikle itirazlar kanıtın kabul edilebilirliğine değil etkisine yönelir. Dahası bu kural aldatmadan bağımsızdır ve kanıtlarla bağlı değildir. Bu sözleşme

¹⁵ Orj: *quasi contracts*. Tarafların irade birliği neticesinde değil mahkeme kararıyla meydana gelen sözleşmeler. – ç.n

¹⁶ Orj: *doctrine of consideration*. Sözleşmenin hukuken dikkate alınabilmesi için taahhüt edilen tarafın bunun karşılığında bir uyum hareketi göstermesi gerektiği doktrini. – ç.n

metninin kullanılamayacağı anlamına değil ancak sözleşmenin bittiği anlamına gelir. Bu ne demektir? Yazılı sözleşmenin varlığı, teklif eden ve teklif edilenin yazılı iradelerinin değiş tokuşuna dayanır; bu iradelerin devamına değil. Ancak bağlantı bakımından ilkel kavrayış daha farklıydı. Sözleşme parşömeden ayrılamazdı. Bir yabancı onu tahrip ettiyse, mührü değiştirdiyse veya yok ettiyse, alacaklı kusursuz olsa bile zararını tazmin edemez; çünkü davalının sözleşmeyle bağlılığı gerçek anlamda mührüyle olur, bağlı olduğu biçim yeniden üretilemez. Yaklaşık yüz sene önce Lord Kenyon¹⁷, ara sıra hukukun zararına yaptığı gibi, mantığını bu gelenek üzerine kullanmaya kalkıştı ve onu anlamadan, bir bono için doğru olanın diğer sözleşmeler için doğru olmaması için bir sebep göremediğini söyledi. Borç içeren senetlerle ilgili tercihi doğrudu, burada *Common Law* sözleşmeyi üzerine yazıldığı kâğıttan ayrılmaz olarak görüyordu, ancak mantık geneldi ve kısa süre sonra diğer yazılı sözleşmeleri de kapsar hale geldi ve saçma ve gerçekçi olmayan politik dayanaklar bu genişlemiş kuralı açıklamak için icat edildi.

Hukuku çok özgürce eleştirdiğim için kimsenin, saygısızlıkla konuştuğumu düşünmeyeceğine güveniyorum. Hukuku, özellikle de bizim hukukumuzu insan aklının en geniş ürünlerinden biri olarak görüyor, saygı duyuyorum. Hiç kimse, kuvvetli bütünle karşılaştırıldığında en iyisinin güçsüz kalacağı, bir miktar ekleme ve iyileştirme yapmak için çaba harcayan sayısız zekayı benden iyi bilemez. Bu saygı duyulan nihai bir unvana sahip, bu Hegelci bir hayal değil insan hayatının bir parçasıdır. Ancak birisi saygı duyulası bir şeyi bile eleştirebilir. Hukuk hayatımı adadığım iştir; eğer tüm gücümle onu geliştirmeye çalışmadıysam, bana geleceği için ideal gelen şeyi algıladığımda ona işaret edip tüm kalbimle üzerine gitmediysem, yaptığım hayatımı adamak değildir.

Muhtemelen bugün tarih çalışmasının hukukun akıllıca çalışılmasında oynadığı gerekli rol hakkında yeterince konuştum. Bu okulun ve Cambridge'in eğitiminde, bu konunun küçümsenme tehlikesi yoktur. Burada Mr. Bigelow, orada Mr. Ames ve Mr. Thayer unutulamayacak önemli katkılarda bulundular ve İngiltere'de, Sir Frederick Pollock ve Mr. Maitland erken dönem İngiliz hukukunun yakın tarihiyle ilgili büyüleyici çekicilikte dersler bıraktılar. Antikacılığın kurduğu tuzaklara karşı dikkatli olmalı ve geçmişle ilgilenmemizin amacının bugüne tuttuğu ışık olduğunu unutmamalıyız. Dogmaların açıklanmasında tarihin rolünün oldukça az olacağı günü sabırsızlıkla bekliyorum, ustaca araştırma yapmak yerine enerjimizi ulaşı-

¹⁷ 18.yüzyılda yaşamış İngiliz politikacı ve avukat (barrister). – ç.n

mak istenen amaçlara ve bu amaçları istemenin sebeplerine harcayacağız. Kanaatimce bu ideale doğru yönelen bir adım olarak her hukukçunun ekonomiyi anlamak için çaba sarf ediyor olması gerekir. Günümüzdeki siyasal iktisat ve hukuk okulları arasındaki ayrılık, bana felsefi çalışmalardaki gelişmenin hala ne kadar çalışılmaya muhtaç olduğunun kanıtı gibi geliyor. Aslında, siyasal iktisadın mevcut durumunda biz tekrar daha geniş ölçekte tarihine yaklaşıyoruz, ama bu bizi, ona ulaşmanın araçlarını, maliyetini ve yasamanın halini düşünmeye ve bunları ölçmeye yönlendiriyor. Kazandığımız her şey için bir şey kaybettiğimizi, kazandığımız her avantajı kaybettiğimiz diğer avantaja göre belirlememiz gerektiğini ve bu seçimleri yaparken ne yaptığımızı anlamayı öğreniyoruz.

Bazen, pratikleşmiş akıl tarafından küçümsenen bir çalışma daha var bunu iyi bir kelimeyle adlandırmak isterim ancak iyiden iyiye yoksul içerik bu kelimenin kapsamındadır. *Jurisprudence* dediğimiz şeyin çalışmasını kastediyorum. *Jurisprudence* kavramında benim gördüğüm, en genelleşmiş kısımlarıyla hukuktur. Bir vakayı bir kurala indirgemek için verilen her çaba *jurisprudence*'un çabasıdır, ancak bu kelime İngilizcede en geniş kurallara ve en temel kavramlara hapsolmuştur. Harika bir hukukçunun alameti, en geniş kuralların kullanımını görmesidir. Vermont sulh yargıcının hikayesinde bir çiftçinin diğerine süt kabını kırdığı için açtığı bir dava vardır. Yargıç düşünmek için biraz zaman harcadı ve yasalarda süt kaplarıyla ilgili hiçbir şey bulamadıklarını söyledi ve davalı lehine hüküm verildi. Aynı zihin durumu genel kavrayışlarımızda ve ders kitaplarında da vardır. Sözleşme veya haksız fiile ilişkin temel kuralların kullanımı Demiryolları veya Telgraflar başlıkları altına sıkıştırılmıştır veya Nakliye ve Hakkaniyet gibi tarihsel alt bölümler hakkındaki iyi bilimsel eserlerde görülür ya da Ticaret Hukuku gibi pratik akla çekici gelen keyfi bir başlık altında toplanır. Bir insan uzmanlaşmak için hukuk ile meşgul olursa ve bunda uzmanlaşırsa bu şu demektir: tüm dramatik olaylara doğrudan bir bakış ve kehanetlerin doğru temellerini anlamak. Bu sebeple, hukuk, hak, ödev, kötü niyet, kasıt, ihmal, zilyetlik, mülkiyet ve benzeri kavramları kullanırken neyi kastettiğini kesin bir şekilde anlamak gereklidir. Aklımda, en yüksek mahkemelerin bu kavramlar hakkında açık ve net fikirleri olmadığı için bocaladığımı düşündüğüm bazı vakalar var. Bunların önemlerini halihazırda göstermiş bulunuyorum. Eğer daha ileri bir açıklama arzu edilirse, Sir James Stephen'ın *Criminal Law* kitabının zilyetlik konulu ekine ve sonra Pollock ve Wright'ın aydınlatıcı kitabına bakılabilir. Sir James Stephen, hukuki düşüncüyü analiz etme girişiminde, tek bir sistemin doğru anatomisi yerine tüm sistemlerin işe yaramaz özetlerini elde etmeye çalışan ve neticesinde kafası karışan tek yazar

değil. Austin'deki sorun, onun İngiliz hukukunu yeterince bilmemesiydi. Yine de Austin'i, onun selefleri Bentham ve Hobbes'u ve onun değerli halefleri Holland ve Pollock'u iyi bilmek pratik açıdan avantaj sağlar. Sir Frederick Pollock'un son kitabı, tüm çalışmalarını izi bulunan mutlulukla değindiği bütünüyle sapkın Roma modellerinden tamamen sıyrılmıştır.

Yaşlıların gençlere verdiği öğütler en iyi yüz kitap listesi kadar gerçek dışı olmaya eğilimlidir. En azından ben kendi zamanımda böylesi öğütlerden payımı almıştım ve bu gerçek dışı nasihatlerin arasına Roma hukukunu çalışma önerisini koyuyorum. Böylesi bir tavsiyenin, Lord Coke'un Bracton'a tavsiye ettiği gibi, söylevi birkaç Latince özdeyişle süslemek amacından daha fazlası olduğunu düşünüyorum. Eğer amaç buysa, *De Regulis Juris Antiqui* bir saat içinde okunabilir. Eğer amaç Roma hukukunu iyi bir şekilde araştırmaksa, onu çalışan bir sistem olarak ele almak doğru olacaktır. Bu bizim sahip olduğumuzdan daha zor ve daha anlaşılmasız bir dizi teknik ayrıntıda uzmanlaşmak ve kabul ettiğimiz Roma hukukunu daha iyi anlamlandırabilecek bir tarih çalışmasının gerekliliği anlamına gelir. Eğer benden şüphelenen biri varsa ona Keller'in preator kararlamelerini incelediği *Der Romische Civil Process und die Actionen* adlı eserini, Muirhead'in *Historical Introduction to the Private Law of Rome* ve ona en iyi imkanı sunacak kitap Sohm'un *Institutes* adlı eserini okumasını öneririm. Hayır. Konumuz için özgür ve geniş bir bakışa sahip olmanın yolu kitap okumak değil, onu alt üst etmektir. Bunu yapmanın araçları olarak ilk önce, *jurisprudence'in* yardımıyla birtakım dogmaların en üstün genellemelerini takip etmek gerekir; daha sonra tarihe bakarak nasıl bugünkü haline geldiğini anlamak gerekir ve son olarak elinizden geldiğince, çeşitli kurallar ile ulaşılmak istenen amaçları, niçin bu amaçların istendiğini, bunları kazanmak için nelerden vazgeçildiğini ve bunların bu değere sahip olup olmadıklarını düşünmeniz gerekir.

Hukuk üzerine çok az teorimiz var, bilhassa bu son çalışma alanında. Tarihten bahsederken bir hırsızlık örneği ile hukukun belirli bir amacı sağlayacak somut ve açık bir formda düzenlenmiş kuralı olmadığına nasıl kıvrandığını göstermiştim. O halde demek oluyor ki bu sorun, ilgili kuralın daha dar kapsamlı bir amacın hedeflendiği bir zamandan kalmış olmasından kaynaklanıyor. Güncel vakalarla ilgili kararları anlamak için hukukun amacını anlamının pratik önemini göstermek amacıyla, bildiğim kadarıyla şimdiye kadar elverişli bir yolla açıklanmamış yahut kuramlaştırılmamış kuralardan örnek vereceğim. Zamanaşımı kurallarına ve hak düşürücü süreye atıfta bulunuyorum. Böylesi kuralların sonu bellidir, ancak aslında saf bir kötülük olan zamanaşımı sonucunda bir insanı haklarından mahrum bırak-

manın gerekçesi nedir? Bazen delillerin kaybından söz edilir ancak bu tali önemde bir konudur. Bazen de barışın arzulanmasından söz edilir, barış yirmi yıl sonra daha çekici bir hale mi gelmiştir? Barışın, yasanın yardımı olmadan vuku bulması gitgide daha kolay bir hale gelmiştir. Bazen de şu söylenir: eğer bir insan hakkını aramayı ihmal ederse ve hukuk da onun izinden giderse bir süre sonra hakkıyla ilgili bir talepte bulunamaz. Bu konuda söylenecekler bu kadarsa büyük ihtimal davacı lehine karar vereceksiniz ancak önereceğim bakışı tercih ederseniz davalı lehine karar verirsiniz. Bir adam başkasının arsasına tecavüzden dolayı dava edilir ve geçit hakkına dayanılarak lehine hüküm verilir. Davacı, yolun yirmi senedir açık bir biçimde kullanıldığını kabul ediyor, ancak bunun sebebinin yetkili olmamasına rağmen makul bir şekilde davalının yetkili temsilcisi sandığı biriyle yaptığı sözleşme olduğunu dolayısıyla aslında kazanılmış bir hak olmamasına rağmen bu geçit hakkının haklı olduğunu sandığını belirtiyor. Davalı bir hak kazanmış mıydı? Davalının kazancı genel olarak sanıldığı gibi malikin yanlışına ve ihmeline dayanıyorsa, burada böyle bir ihmal yoktur ve hak kazanılmamıştır. Eğer davalının danışmanı olsaydım, zamanaşımıyla hak kazanımının temeli için, hakkı kaybedenin konumundan değil kazananın konumundan bakmasını önerirdim. Sir Henry Maine, arkaik mülkiyet kavramını kazandırıcı zamanaşımı ile eklemeyerek bunu rağbet gören bir hale getirdi. Ancak bu bağlantı, kaydedilen ilk tarihinden epeyce eskidir. Bu insan aklının doğasındadır. Uzun zamandır severek, kendinizin olduğunu düşünerek kullandığımız bir fikir veya bir mülkiyet, benliğinizde kökleşecektir ve nasıl edinmiş olursanız olun, sizin bu eyleme karşı bir tavrınız ve kendinizi savunmaya çalışmadan bu hak sizden ayrılmayacaktır. Hukuk, en derin insan içgüdülerinden daha iyi bir gerekçe sunamaz. Önceki maliki kötü bir sonuca uğrattığımız iddiasına karşı tek cevap şöyledir: onun ihmalinin, amacı ve kendisi arasında tedricen ayrılmaya yol açtığı ve yine tedricen başkasıyla ilişkilenebilmesine sebep olduğudur. Eğer bu kişi, birinin davranışlarının gösterdiğine göre böylesi bir ilişki kurmaya yöneldiğini biliyorsa, riski taşıyan tarafın izni var mı, uyarılmış mı ve gerekirse durdurulmuş mu bunu adil bir şekilde tartışmam gerekir.

Hukuk üzerine çalışmakla ilgili konuşuyorum, ancak bu bağlamda genel olarak konuşulan, ders kitapları, vaka sistemi ve doğal olarak öğrenicilerle ilgili konularda hiçbir şey söylemedim. Onlar hakkında bir şey söylemeyeceğim. Benim konum pratik değil, teoridir. Şüphesiz benim zamanımdan bu yana öğretim metotları gelişti, ancak yetenek ve çaba işlenmemiş malzemeyi her halükârda geliştirecektir. Bir binanın inşasındaki en önemli parçanın mimar olması gibi, teori de hukuk dogmasının en önemli parçasıdır.

Son çeyrek asrın en önemli gelişmesi, teorinin gelişimidir. Bunun için ehli olmak için kullanışsız olduğundan kuşkulamayın; bu açıkça konunun temelinde inmek demektir. Genel fikirlere ilginin özel bilginin eksikliği demek olduğu söyleyişi gibi, bazen bu yetenezsizler için doğrudur. Askerdeyken, en düşük seviye için sınav olan ve bölük tatbikatını sorduklarında, on binden az erkeğin gelişimini hiç düşünmediği cevabını veren bir gencin hikayesini okumuştum. Fakat zayıf ve aptallar kendi aptallıklarına bırakılmalıdır. Tehlikeli olan, yetenekli ve pratik zekalıların, işleriyle alakası uzak olan fikirlere itimatsız ve umursamaz bakmalarıdır. Geçenlerde, yüksek bir maaş verdiği uşağı olan bir adamın uşağının hatalarına bağlı olarak maaşında kesinti yaptığı bir hikâye duydum. Kesintilerden biri şöyleydi: “Hayal gücü eksikliği, beş dolar!”. Bu eksiklik sadece uşaklar için geçerli değil. Güç ve hırsın konusu bugünlerde sadece para olarak ortaya çıkıyor. Para en dolaysız biçimdir ve uygun bir arzu nesnesidir. Rachel’e göre servet zekanın ölçüsüdür. Bu aptallar cennetinin dışındaki aydınlanmış insanlar için iyi bir metindir. Ancak Hegel’in dediği gibi¹⁸: “Neticede tatmin edilmesi gereken arzu değil fikirdir.” Herhangi bir kapsamda hayal için en geniş kapsamlı biçim paranın gücü değil, fikirlerin emirleridir. İyi örnekler istiyorsanız, *Mr. Leslie Stephen’in History of English Thought in the Eighteenth Century* adlı eserini okuyun ve ölümünden yüz yıl sonra Descartes’in soyut teorilerinin, insanın davranışları üzerinde nasıl pratik bir güce dönüştüğünü görün. Büyük Alman hukukçularının eserlerini okuyun ve bugün dünyayı Bonaparte’ın değil Kant’ın yönettiğini görün. Kant veya Descartes olamayız ancak hepimiz mutluluğu isteriz. Ve mutluluk, birçok başarılı insanı tanıdığım için eminim ki, büyük şirketlere danışmanlık yapmakla ve elli bin dolarlık gelire sahip olmakla kazanılmaz. Ödüller kazanacak kadar büyük bir zekanın, başarının yanında başka gıdalara da ihtiyacı vardır. Hukukun daha uzak ve daha genel görünüşü onun evrensel ilgi uyandıran taraflarıdır. Onlar aracılığıyla sadece ilginizin bir uzmanı olmakla kalmaz, aynı zamanda konunuzu evrenle bağlı hale getirir, sonsuzluğunun bir yankısını, dipsiz gidişatından bir belirtiyi, evrensel hukuktan bir ipucunu yakalarsınız.

¹⁸ Hegel, *Philosophie des Rechts*, 190.