

ANKARA ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ YAYINLARI No. 160

SOSYOLOJİK HUKUK İLMİ

Yazan : Dr. Ülker GÜRKAN

Ajans Türk - Matbaası
ANKARA, 1961

**BABAMIN AZİZ RUHUNA
ve ANNEME**

Ö N S Ö Z

Değerli asistanım Dr. Ülker Gürkan'ın çağdaş Amerikan hukukî düşüncesine istikamet vermiş olan belli başlı sosyolog hukukçuların ilgi çekici görüşlerini Türk hukukçularının önüne seren bu kıymetli eserini meslekdaşlarıma takdim etmekten büyük bir haz duymaktayım.

Sosyal hayatın ana düzeni olan hukukun bu hayatın türlü cepheleriyle sürekli ve girift tesirleşmeler içinde bulunduğu çağdaş hukukçunun hiç bir zaman unutmaması gereken bir hakikattir. Hukuk normları gökten inmiş, değişmez düzen kalıpları değil, belki toplumsal yaşamının insan iradesine ister istemez yüklediği zarurî davranış örnekleridir. Bu normların yaratılmasında insan şuur ve iradesinin rolü toplumun uygarlık seviyesine paralel olarak artmakta ise de, bu, hiç bir zaman hukukun dış sosyal şartların tesirlerinden tamamen âri olarak dilendiği gibi yaratılıp yaşatılabileceği bir seviyeye erişememiştir ve erişemez. Hukuk, bizzat düzenlemeğe çalıştığı sosyal hayat münasebetlerinden ister istemez müteessir olur, ya unutulur, ya ölür, ya da onların gelişmelerine uygun değişikliklere maruz kalır. Kısacası hukukla hayat arasındaki münasebet tek taraflı değil, belki karşılıklıdır : Hukuk hayatı tanzime çalıştıkça, hayat da hukuku değiştirmeye, kendi icaplarına uydurmağa zorlar.

Hukukun sırf iradî veya sırf akli bir mahsul olduğu yolundaki görüşlerin ilmî zaafı artık sabit olmuş ve hukukun ancak fonksiyonel bir izahının doyurucu bir görüşü temsil edebileceği sonucuna varılmıştır. Böylece hukukun sosyal hayatın, sosyal bünyenin ve sosyal münasebetlerin hem nâzımı, hem de tâbii olduğu teslim edilmiştir. Hukuk normlarının kısmen cemiyetin karmaşık ve köklü ihtiyaçlarından ve anonim şahsiyetinden doğma spontane bir kültür mahsulü olduğu, kısmen de sosyal istek ve ihtiyaçları tesbit ederek toplumun seyrine belirli bir yön vermeğe çalışan insan akıl ve ira-

desinin şuurlu bir eseri olarak is d a r edildiği malûmdur. Örf ve âdet hukukundan kanun hukukuna kadar hukukun çeşitli neveleri, tipleri ve billurlaşma dereceleri vardır ve bunlar cemiyetlerin ömürleri boyunca sürekli bir şekilde, yanyana doğar, gelişir, silinir ve yenilenirler.

Hukukun hayata intibakı vetiresi hukuk sosyolojisinin belki en önemli konularından birini teşkil eder. Hukukçunun görevi bu intibakı sağlamanın yollarını, çarelerini, imkânlarını sosyal ilimlerin yardımıyla bulmağa ve uygulamaya çalışmaktır. Bu ise, her şeyden evvel, hukukun düzenlediği sosyal hayat münasebetlerinin kendi tabii düzenliliklerini, mecralarını, belirli gelişme temayüllerini öğrenmeğe bağlıdır. Hukuk sosyal hayatın tabii seyrini muayyen bir ideale göre çizilmiş belirli mecralara sevketmeğe çalışır. Bu, onun aslî fonksiyonudur; fakat bu fonksiyonu başarabilmesi için, her şeyden evvel, olayların tabii seyrinin yönünü, âmillerini, şartlarını tanıması lâzımdır; aksi takdirde ne kadar gayret ederse etsin, ne kadar yüksek ilkelerden ilham alırsa alsın, çizdiği muntazam kanallar boş kalacak ve hayat kendi gelişi-güzel mecrasını takip edip gidecektir : Hukuk edebiyatı doğmadan ölen kanunlarla, muhtevasını isdar edenlerin dahi unuttukları metinlerle doludur.

Bacon «tabiata itaat edilerek hükmedilir» demişti; cemiyet de öyledir. Cemiyetin hukukî tanzimi, cemiyet gerçeğinin ilmi teşhisi-ne dayanmak zorundadır; zira, teşhise dayanmayan tedavi, tesadüfî denemekten başka bir şey değildir.

Jaurès'in dediği gibi «ideale ulaşmak, ancak gerçeği anlamakla mümkündür». İşte sosyolojik temayüllü çağdaş Amerikan hukukçularının esas itibariyle yapmak istedikleri budur. Roscoe Pound'ın tâbiriyle hukukçuluk, bir «sosyal mühendisliktir» ve bir hukukî yapının sağlamlığı düzenliyeceği sosyal gerçekliğin, ciddi ve ilmi bir bilgisine dayanmasına bağlıdır.

İnceleme konusuna gereği gibi tasarruf etmesini bilmiş olan genç meslekdaşım, eserinde sosyolojik hukuk ilminin etraflı bir iza-hını yaparak Türk Hukuk Edebiyatına kıymetli bir hizmette bulunmuştur; yazarı tebrik eder ve gelecek başarıları için en iyi temennilerini sunarım.

Prof. Dr. Hâlide TOPÇUOĞLU

İÇİNDEKİLER

	<u>Sayfa</u>
ÖNSÖZ	V
KISALTMALAR	XI
GİRİŞ	1 - 2

BİRİNCİ BÖLÜM

SOSYOLOJİK HUKUK İLMİNE MÜESSİR OLAN NAZARİYE VE FİKİRLER

I

AVRUPA'DA HUKUKUN TEFSİR VE TATBİKATINDA YENİ TEMAYÜLLER

§ 1. GENEL OLARAK	3
§ 2. RUDOLPH VON JÄERING	6
§ 3. INTERESSENJURISPRUDENZ MEKTEBİ	11

II

AMERİKAN HUKUKÇULARINDA SOSYOLOJİK TEMAYÜLLER

§ 4. GENEL OLARAK	16
§ 5. OLIVER WENDELL HOLMES Jr. (1841 - 1935)	19
A. Şahsiyeti	19
B. Holmes'e Göre Hukuktan Beklenen Nedir ve Hukuk İlmi Nasıl Olmalıdır?	21

VII

	Sayfa
C. Holmes'in Hukuk Anlayışı	24
a) Hukuk ve Ahlâk Ayrımı	24
b) Hukuk ve Tarih Münasebeti - Hukukun Tarihi İzahı	29
D. Holmes'in Fikirlerinin Değeri	33

İKİNCİ BÖLÜM

SOSYOLOJİK HUKUK İLMİNİN KURULUŞU

I

ROSCOE POUND

§ 6. ŞAHSİYETİ	37
§ 7. ÇEŞİTLİ HUKUK NAZARİYELERİ HAKKINDA POUND-UN GÖRÜŞLERİ	39
§ 8. SOSYOLOJİK HUKUK İLMİNİN DURUMU VE ESASLARI	45
§ 9. POUND'UN HUKUK ANLAYIŞI	48
A. Hukukun Mahiyeti ve Unsurları	48
a) Otoriter Kaideler	52
b) Teknik	53
c) İdealler	54
§ 10. HUKUKİ DÜŞÜNCENİN GELİŞME İSTİKAMETİ	55
A. Hukukun Gelişme İstikameti ve Gayesi	55
a) İptidai Hukuk Safhası	56
b) Formalist Hukuk Safhası	57
c) Nasafet ve Tabii Hukuk Safhası	59
d) Hukukun Yetkinleşmesi Safhası	60
e) Hukukun Sosyalleştirilmesi Safhası	61
B. Hukukta Gaye	63
a) Emniyetin Sağlanması	63
b) Mevcut Sosyal Nizamın Muhafazası	64
c) İradeler Ahenginin Sağlanması	67
d) Menfaatler Ahenginin Sağlanması	68
§ 11. MENFAATLER NAZARİYESİ	70
A. Ferdi Menfaatler	71
a) Şahsiyetle İlgili Menfaatler	73

VIII

	Sayfa
b) Ailevi Münasebetlerle İlgili Menfaatler	75
c) Ferdin Maddi Varlığı ile İlgili Menfaatler	75
B) Âmme Menfaatleri	75
a) Devletin bir Hükmi Şahsiyet Olarak Menfaatleri ...	76
b) Devletin «Sosyal Menfaatlerin Muhafızı» Olması Bakımından Menfaatleri	77
C. Sosyal Menfaatler	78
a) Genel Emniyetle İlgili Sosyal Menfaatler	80
b) Sosyal Müesseselerin Emniyeti ile İlgili Sosyal Men- faatler	81
c) Genel Ahlâk ve Adap ile İlgili Sosyal Menfaatler ...	82
d) Sosyal Kaynakların Muhafazası ile İlgili Sosyal Menfaatler	82
e) Umumî Terakki ile İlgili Sosyal Menfaatler	83
f) Ferdî Hayatla İlgili Sosyal Menfaatler	84
§ 12. MENFAATLERİN DEĞERLENDİRİLMESİ	85
§ 13. POUND'UN FİKİRLERİNİN DEĞERİ	86

İKİNCİ BÖLÜM

BENJAMİN NATHAN CARDOZO (1870-1938)

§ 14. ŞAHSİYETİ	92
§ 15. KAZAİ FAALİYETİN SOSYOLOJİK TAHLİLİ	94
§ 16. KAZAİ FAALİYETTE HUKUKUN GELİŞMESİ	96
A. Kazai Faaliyette Hukukun Doğuşu - Cardozo'nun Hu- kuk Anlayışı	96
B. Kazai Faaliyette Hukukun Gelişmesi	98
§ 17. KAZAİ FAALİYETİN METODLARI	100
A. Felsefi veya Mantiki Metod	100
B. Tarihi Metod veya Evrim Metodu	102
C. Teamül veya Örf Âdet Metodu	103
D. Sosyolojik Metod	104
§ 18. KAZAİ FAALİYETTE ŞUURALTI ELEMANLARININ RO- LÜ - SÜBJEKTİVİZM İLE OBJEKTİVİZMİN TELİFİ	109
§ 19. KAZAİ FAALİYETTE METODLARIN SEÇİMİ VE TELİFİ	111

	<u>Sayfa</u>
§ 20. KAZAI FAALİYETTE ADALETİN GERÇEKLEŞMESİ	113
A. Hukukun Temel Zıddiyetleri	113
B. Cardozo'nun Adalet Anlayışı	115
§ 21. HUKUK KAİDELERİNİN ISLAHI	117
§ 22. CARDOZO'NUN FİKİRLERİNİN DEĞERİ	119
NETİCE	123
BİBLİYOGRAFYA	127

KISALTMALAR

a.g.e.	: Adı geçen eser.
a.g.m.	: Adı geçen makale.
bak.	: Bakınız.
C	: Cilt.
Colum. L. Rev.	: Columbia Law Review.
ev.	: Çeviren :
İ.H.F.M.	: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası.
Harv. L. Rev.	: Harvard Law Review.
Law Quart. Rev.	: The Law Quarterly Review.
S.	: Sayı.
sh.	: Sahife.
Vol.	: Volume.



GİRİŞ

XIX. yüzyıl sonlarında Fransa ve Belçika'da başlayan serbest ilmi araştırmalar cereyanı ile Almanya ve Avusturya'da başlayan serbest hukuk cereyanı çok geçmeden Amerika'ya da ulaşmış ve bu memlekette sosyolojik temayüllü iki mektebin kurulmasında müessir olmuştur. Bu mekteplerden ilki, araştırmamızın konusunu teşkil eden ve bütün dünyada hakikaten ilgiyle karşılanan «Sosyolojik Hukuk İlmi», diğeri ise müfrit iddia ve davranışçı (behaviorist) temayülü ile temayüz eden «Realist Mektep» tir. (Realist Mektep, Holmes'in tesiri altında, hukuku hâkimlerin davranışlarına istinad ettirmektedir).

Ancak, «Sosyolojik Hukuk İlmi»ni «Hukuk Sosyolojisi» ile karıştırmamak lâzımdır. Çünkü «Hukuk Sosyolojisi», hukukun sosyoloji zaviyesinden tetkik ve tahliline taallük eder. Halbuki Roscoe Pound tarafından tesis edilen ve dilimize «Sosyolojik Hukuk Nazariyesi» veya «Sosyolojik Hukuk İlmi» (1) olarak çevirebileceğimiz «Sociological Jurisprudence» ise, sosyolojik metodun hukukun tefsir, tatbik ve yaratılmasında kullanılmasına taallük etmektedir (2).

Sosyolojik Hukuk İlmi, sosyal faydacı bir hukuk felsefesi müdafaa etmekte (3) Avrupa'da Ehrlich ile başlayan ve Interessenju-

- (1) Biz «Sociological Jurisprudence» terimini, «Sosyolojik Hukuk İlmi» olarak tercüme etmeyi tercih ettik. Çünkü Pound, kurduğu disiplinin etik'ten, felsefeden, ekonomiden, siyasetten ve sosyolojiden istifade eden bir ilim olduğu iddiasındadır.
- (2) Pound, R. : Foreword of «Sociology of Law». (G. Gurvitch) London 1953, sh. XV.
- (3) Radbruch, G. : Anglo - American Jurisprudence. (52 The law Quart. Rev.) sh. 542.

risprudenzen mensupları ile gelişen cereyana muvazi bir seyir takip etmektedir. Bu Mektep mensupları, tıpkı Avrupa'da olduğu gibi, klâsik hukuk mantığını ve tefsirini kifayetsiz bularak, yeni metodlar yaratmak isterler. Bu suretle hayatın her an değişen ihtiyaç, menfaat ve meselelerini karşılayabilecek bir hukukun meydana getirilebileceğine inanırlar.

Bu Mektebin hukuk ilmine en büyük hizmeti, ilerde de göreceğimiz veçhile, hukuk sahasındaki tecerrüde son vermek, hukukun fonksiyonel bir davranış kazanmasını, sosyal talep ve menfaatlerle ilgilenmesini sağlamak olmuştur.

Sosyolojik Hukuk İlmine taallûk eden bu araştırmada, evvelâ bu Mektebin kurulmasında müessir olan Avrupa ve Amerika menseli nazariye ve müelliflerin fikirlerini inceliyecek, daha sonra Mektebin kurucusu Pound ve en meşhur temsilcilerinden biri olan Cardozo üzerinde duracağız.

BİRİNCİ BÖLÜM

SOSYOLOJİK HUKUK İLMİNE MÜESSİR OLAN NAZARİYE VE FİKİRLER

I

AVRUPA'DA HUKUKUN TEFSİR VE TATBİKATINDA YENİ TEMAYÜLLER

§ 1. GENEL OLARAK :

XIX. yüzyıl ilmi düşüncenin en velûd çağlarından birini teşkil eder. Her ilim sahasında olduğu gibi, hukuk ilminde de en ileri adımlar bu asırda atılmış ve günümüzün modern hukuk ilmini hazırlamıştır. Ancak, XIX. yüzyılın başı ve sonu kendi sahamız bakımından zıd iki kutbu ifade eder. Öyle ki hukuk nazariyatında, asrın başlarındaki durgunluk ve tecerrüde mukabil, sonlarında derin bir canlılık hâkimdir.

XIX. yüzyılın başları yeni bir tedvin devrine tekabül eder. Bu bakımdan her hukukçuda, hukukun istenen her kalıba dökülebileceği, bu suretle her meselenin, kalıplar iyi bir şekilde tâyin edildiği takdirde, kolayca halledilebileceği kanaati mevcuttur. İşte bu kanaatin sevkıyla, hukuk âleminde yeni bir serhler ve tefsirler devri açılmış, bunun neticesinde de hukukun hayatla olan irtibat ve münasebetine gözler ve kulaklar kapatılmıştır. XIX. yüzyılın büyük bir kısmına hâkim olan bu eksik ve sakat görüşün temsilcileri olarak karşımıza üç büyük mektep çıkmaktadır: Fransa'da «Tefsirci Mektep» (Ecole de l'Exégèse), Almanya'da «Mefhumlar İctihadı Mektebi» (Begriffsjurisprudenz) ve Anglo - Sakson memleketlerinde «Tahlilci Mektep» (Analytical Jurisprudence).

«Tefsirci Mektebe» göre hukuk, Kanun vazının ısdar ettiği kaidelerden, yani kanunlardan ibarettir; kanunu da ancak devlet yaratabilir. Halledilmesi gereken yeni meseleler zuhur ettikte, bunlar kanunların tefsiriyle çözümlenecektir. Ancak, tefsirin yaratıcı bir rolü mevzuubahis değildir. Çünkü hukuk, kanunun ısdariyle yaratılmış ve tamamlanmıştır. Görülüyor ki, bu mektep, hayatın daimî değişimleri karşısında, böyle dar bir tefsirin ne derece kısır kalacağından bihaberdir.

Almanya'da beliren cereyan ise, Fransa'da başlayan tedvin hareketinin, bu memlekete sirayetini önlemeğe mâtuftu. Bu sebeple Alman hukukçuları, hukukun insan aklı tarafından yaratılan bir şey olmadığını, onun, bir milletin irade-dışı tarihî gelişmesinde, bu muğlâk gelişmeyi ifade eden «Halk Ruhu» nda bulunabileceğini savunuyorlardı. Ancak Tarihçi Mektebin ortaya attığı bu «Halk Ruhu» mefhumunun, sosyal realite ile hiç bir ilgisi olmayıp, âdeta mistik bir muhtevaya sahip olduğu görülür. Bir nevi millî vicdanı ve hukukun kaynağını ifade eden «Halk Ruhu», toplumların gelişme merhalelerine göre örfler ve kanunlar halinde tebellür etmektedir. Hukukun tabii gelişmesine sed çekmemek için, onun kalıplar içinde vakitsiz dondurulmasından, yani acele tedvininden kaçınmak gerekmektedir. Yeni meseleler ortaya çıkınca, artık bunlar örf âdet ve kanun hukukundan istidlâl suretiyle hukukçular tarafından meydana getirilmiş bir hukukî mefhumlar sisteminin yardımıyla, halledilecektir. Bu mefhumlar ise, Savigny'nin gösterdiği mantıkî kıyas yoluyla inşa edilmişlerdir. Böylece hukukun tesbit şekillerine, örf âdet ve kanuna ilâveten, bunların bıraktıkları boşlukların kıyas yoluyla doldurulması suretiyle meydana getirilen bir «Hukukçuların Hukuku» veya «Mefhumlar İçtihadı» adı verilen üçüncü bir nev'i ilâve edilmiş olmaktadır.

Görülüyor ki, «Mefhumlar İçtihadı» neticede, Tefsirci Mektebin görüşüne yaklaşarak, hukukta hâkimin rolünü inkâr etmiş, muhafazakâr zihniyeti ile de hukukun müstakbel gelişmesini baltalamıştır.

Tefsirci Mektep ile aynı zamanda doğan ve gelişen Tahlilci Mektebe gelince, bu Mektep te hukukun devlet tarafından yaratılan ve müeyyidelendirilen normlardan ibaret olduğunu kabul eder.

Hukukun tahlilci nazariyesinde, her yeni vakıa durumu için, daima eski vakıa durumlarına, emsâller veya kanun maddeleri halinde kalıplaşmış metinlere bakarak netice istihraç etmek mecburiyeti görülür. Böylece Anglo-Sakson âleminde hukuk, kanunlar ile mahkemelerin yarattığı emsâllerden ibaret telâkki edilmiştir.

XIX. yüzyılın ortalarına doğru, hukuk hakkındaki bu düsture ve kendi kabuğuna çekilmiş görüşün, cemiyetin hayatî meselelerinin halletmek hususunda ne kadar kısır kaldığı anlaşıncı, hukukçular yeni hal çareleri peşinde koşmağa başladılar. Bazıları tabii hukuktan medet umarken, bazıları da yavaş yavaş mevcudiyet kazanarak sosyal ilimleri meydana getiren etnografya, kriminoloji, iktisad ve sosyolojiye başvurdular. Bu suretle, hukukun köklerini cemiyet realitesinde arayan yeni bir cereyan gelişmeğe başladı. Düsture ve içine kapanmış hukuk anlayışına reaksiyonu ifade eden bu cereyana «Hukuk İlminde Sosyolojik Reaksiyon» veya «Hukuk İlminde Sosyolojik İsyân» adları verilmektedir (1) ki başlıca temsilcileri Almanya'da «Serbest Hukuk Mektebi» (Freirechtschule), Fransa'da «Serbest İlmî Araştırmalar Mektebi» (Libre Recherches Scientifiques, Ecole Scientifique) ve XX. yüzyıl başlarında Amerika'da beliren «Sosyolojik Hukuk İlmi» (Sociological Jurisprudence) mensuplarıdır.

XIX. yüzyılın sonlarında gelişerek asrımıza ulaşan bu yeni cereyanlar hukuka hayatiyet kazandırmakla kalmamış, siyasî hukuk tarafından kesin surette tefrik edilen teşriî ve kazaî faaliyetin birbirlerinin, tamamlayıcısı olduklarını da göstermişlerdir (2).

Cemiyetin ihtiyaçlarına gözlerini kapayarak kendi kabuğuna çekilen hukuk düşüncesinde devrim yapmak gereğine inanan bu umumî cereyan, muhtelif memleketlerde az çok farklı istikametlerde gelişmişse de genel hedefi şu şekilde özetlenebilir: Hukuk düşüncesinde tecerrüde son vermek, mefhumlar istibdadını yıkmak,

(1) Topçuoğlu, Doç. Dr. H.: **Hukuk Sosyolojisi**. Ankara 1960, Güzel Sanatlar Matbaası, sh. 23.

Gurvitch, Georges : **Sociology of Law**. London 1953, 2th ed. Routledge and Kegan Paul Ltd. sh. 123.

(2) Friedmann, W. **Law in a Changing Society**. Berkeley and Los Angeles 1959, University of California Press. sh. 24

kifayetsiz mantıkî tefsir metodu yerine veya ona yardımcı olmak üzere yeni metodlar bulmak, her gün değişen sosyal hayatın mesele ve ihtiyaçlarına cevap verebilecek bir hukuk yaratmak ve bu hususta kanun vazına, hâkimlere ikazlarda bulunmak, XIX. yüzyılın ekonomik ve sosyal münasebetlerinin ortaya koyduğu yeni hukuk nevilerini karşılayamayan hususî hukuk mefhumlarının baskısından hâkimi kurtararak ona, hukukî gerçekliği doğrudan doğruya incelemek ve değerlendirmek vazifesini tahmil etmek.

§ 2. RUDOLPH VON JHERING :

A. B. D. de «Sosyolojik Hukuk İlmi» nin kurulmasına Rosecoe Pound üzerindeki tesirleriyle doğrudan doğruya, ve Almanya'da «Serbest Hukuk Cereyanı» içersinde müstakil bir varlık kazanan «Interressenjurisprudenz» mektebine olan tesiriyle de dolayısıyla müessir olan Alman hukukçusu Jhering'in görüşleri üzerinde ehemmiyetle durmak icap eder.

Almanya'da hukukî düşüncede devrim yapmak zarureti, daha evvel «Tarihçi Mektebe» mensup Kirchmann'ın 1848 deki tenkitleri ile başlamıştır. Kirchmann, kanunların keyfî ve tesadüfî olduğunu beyanla, cemiyetin kendi hukukî hayatının bir takım kanunları olduğunu, hukuk ilminin de bu hakikî kanunları ortaya çıkarmakla vazifeli bulunduğunu; müsbet kanunun da muhteva ve şekil bakımından cemiyette yaşayan bu «Tabiî Hukuk» u (Kirchmann'ın tabiî hukuktan muradı, klâsik tabiî hukuk olmayıp, bu gün spontane hukuk adı verilen, ferd ve gruplar arasındaki münasebetlerden dolayı kendiliğinden zuhur eden hukuktur.) ifade ettiği nisbette gayesine ulaşabileceğini söylüyordu (3).

Kirchmann dan sonra, hukuk düşüncesinde yeni gelişmeler başlamış, hukukun reel hayatla ilgisi üzerinde durulmuştur. İşte bu yeni görüşler de Jhering'in nazariyesine sosyolojik bir zemin teşkil etmiştir.

(3) Kirchmann, J. H. von : **İlim Olmak Bakımından Hukukun Değersizliği**. (Çev. Dr. C. Üçok) Ankara 1949, Güney Mat. ve Gaz. T. A. O. sh. 18.

Jhering, Tarihçi Mektebe mensup olmakla beraber, onun kusurlu neticelerini, bilhassa mefhumlar inşası yoluyla hukuk yaratmasının ifratlarını tenkit ederek, bu usulde ıslahat yapmak ve kendi inşa metodunu ikame etmek istemiştir.

Jhering'e göre hukuk gaî (teleolojik) bir tefsire tâbi tutulmalıdır; çünkü hukuku yaratan gayesidir. Bunu belirtmek üzere Jhering evvelâ beşerî iradenin müteveccih olduğu hususu araştırır ve bunun gaye olduğunu söyler. Her insanda nefesine müteveccih iradî istikamet egoismi teşkil eder. Şu halde herşeyi cemiyet için değil, kendisi için isteyen egoizm karşısında cemiyet nasıl yükselebilecektir? Jhering'in bu suale verdiği cevap şudur: cemiyetin egoismi kendi hizmetine alarak, onda kendi gayelerine karşı ilgi uyandırmak suretiyle yükselebilecektir (4). Demek ki cemiyet içersindeki menfaatlerin bir gaye veya gayeler etrafında toplanması ile cemiyet nizama ulaşabilecektir (5).

Jhering, gayeleri organize edilmiş ve edilmemiş olarak ikiye tefrik ettikten sonra, tabiat ve cemiyetteki organize edilmemiş gayelere (içgüdülerin yöneldiği şuarsuz gayeler) mukabil, insandaki şuurlu egoist gayelerin organize gayeleri, yani cemiyet halinde yaşamayı sağlayan müesseseleri vücade getirdiğini söyler (6).

Ferdin gayeleri, cemiyet içindeki fizikî varlığına taallük etmek üzere «ferdî veya egoist varlığın idamesini sağlayan gayeler» (ki ferdin tabîî, iktisadî, hukukî varlığının idamesi hususlarını ihtiva eder) (7) ve beşerî varlığın içtimai fiil ve hareketleriyle ilgili «içtimai gayeler» olmak üzere ikiye ayrılabilir. Ferdi, ikinci şekilde harekete sevkeden saikler, ondaki ahlâk duygusu ve devlet ile cemiyetin egoismi kendi hizmetlerine dahil etmek üzere kullandığı vasıtalar, ceza, mükâfaat v. s. kısacası hukuktur (8).

(4) Jhering, R. von : Der Zweck im Recht. Leipzig 1893, Druck und Verlag von Breitkopf und Härtel. I, sh. 24.

(5) Honig, Ord. Prof. Dr. R.: Hukuk Felsefesi. (Çev. Doç. Dr. Y. Abadan) İstanbul 1935, Burhanettin Mat. sh. 132 - 133.

(6) Jhering, R. von : a. g. e., I, sh. 31 - 32.

(7) Jhering, R. von : a. g. e., I, sh. 44.

(8) Çağır, Doç. Dr. O. M.: Jhering'in Hukuk Nazariyesinin Temel İlkeleri. (İ. Ü. H. F. Mecmuası. 6. XI, S. 3 - 4) sh. 244.

Jhering, cemiyeti büyük bir mekanizmaya, fabrikaya benzetir. Fabrikada olduğu gibi, cemiyet mekanizmasını da ayakta tutan muhtelif vasıtalar, manivelâlar (ücret, cebir, vazife duygusu, sevgi gibi) vardır. Bunlar görüntüde müstakil ve ayrı istikametlerde hareket ediyor ve sanki birbirlerini yok etmek istiyorlarmış gibi bir manzara arzederler. Halbuki aslında hepsi tam bir ahenk içinde ve tek bir gayeye çevrili bulunmakta, bir plân dahilinde idare edilmektedirler. Cemiyeti harekete getiren kudret, beşerî irade yani, birbirine zıd gayret ve faaliyetler, menfaatler arasındaki mücadelelerin muhassalası olan milyonların iradesidir (9). Beşerî iradeyi ve menfaatleri disiplin altına alan da cemiyettir ve bunu hukuk vasıtasıyla yapar.

Hukukun hayatla yakın ilgisi görüldükten sonra, artık hukukun tefsir, tatbik ve tamamlanmasında sırf mantıkî inşâların kâfi gelmiyeceği aşikârdır. Hukuk ilmini, bir hukuk matematiğine çeviren mantığa tapınmayı bir tarafa bırakmak, hayatın mefhumlar için değil, bilâkis mefhumların hayat için meydana getirildiğini kabul etmek lâzımdır. Yaşamağa hakkı olan mantık değil, ister mantiken zarurî, ister mantiken imkânsız olsun, hayatın, sosyal münasebetlerin, adalet hissinin istediği şeydir (10).

«Roma Hukukunun Ruhı» adlı tretesinde Jhering, her hukukî hakkın hukuken korunan bir menfaat olduğunu söyler (11). Hakkın temelini teşkil eden bu menfaat mefhumu da onu, hukukun gayesini aramağa sevkeder.

«Hukukun gayesi nedir?» Jhering, hukuka temel teşkil eden herşeyin hayatın hedefine yönelmiş olduğunu belirtir. Hayatın, yaşayan canlıların gayesi de kendi mevcudiyetlerini gerçekleştirecek

(9) Çağır, Doç. O. M.: a. g. m., sh. 244 - 245.

(10) Jhering, R. von : Der Geist des römischen Rechts. III, sh. 302. (Doç. Dr. Topçuoğlu naklediyor : Hukuk Sosyolojisi. Sh. 26, n. 63).

Jhering, R. von : Hukuk Uğrunda Savaş. (Çev. Rasih Yeğen-gil) İst. 1935. «Hukuk sadece bir nazariye değil, canlı bir kuvvettir». sh. 5.

(11) Patterson, E. W.: Jurisprudence. Brooklyn 1953, The Foundation Press, sh. 459.

şartları aramak olduğuna göre, hukukun gayesi : cemiyetin yaşama şartlarının teminatını, devlet cebri ile gerçekleştirmektir.

Şu halde yaşama şartları nelerdir ? Hayata ait ne varsa yaşama şartlarını teşkil eder. Bunların başında fizikî hayat şartları gelir. Fakat hayat sadece maddiyattan ibaret değildir; şeref, din, san'at, ilim gibi ideal değerleri de muhtevidir (12). Ancak, yaşama şartları aynı zamanda rölatif bir karakterde olup, zaman ve mekân bakımından cemiyetlere göre değişir (13). Hukukun rolü de bu cemiyet şartlarını karşılamak, beşer talep ve ihtiyaçlarını tatmin etmek hususunda : (1) ferdi gayeleri, (2) devletin gayelerini ve (3) âmmenin gayelerini karşılamak üzere üç şekilde belirir (14).

Böylece Jhering, hukukun mahiyetinden ziyade, gayesi, fonksiyonu meselesine önem verince, hukukun hayatla ilgi ve temasının devam ettirilmesi hususunda bir çığır açılmış oldu. Gaye de menfaatlerin telifi olunca, hukuk ferdiyetçilikten sosyalleşmeğe doğru temayül etti. Bundan böyle de hukuk, artık ferdin cemiyete karşı ileri sürdüğü bir talep değil, cemiyet tarafından ferde sağlanan bir şey oluyordu (15).

Jhering, nazariyesinde gayeye ulaşma vasıtası üzerinde de durmuştur. Hukukun gayesi, menfaatleri telif ederek sulh ve nizama ulaşmak olduğu halde, bu gayeye erişme vasıtası, ona göre mücadelerdir (16). Hukukta, zamanla binlerce ferdin ve bütün sınıfla-

(12) Jhering, R. von : Der Zweck im Recht. I, sh. 442 - 445

(13) Jhering, R. von : a. g. e., I, sh. 435 - 436

(14) Jhering, R. von : a. g. e., I, Sh. 436 ilâ...Jhering'in bu tablosu, Pound tarafından kendi nazariyesine şu şekilde adapte edilmiştir : Hukukun karşılamakla mükellef olduğu menfaatler : (1) Ferdi Menfaatler, (2) Âmme Menfaatleri - devletin hukukî şahsiyet olarak hakları, (3) Sosyal Menfaatler. Bak. İkinci Bölüm, Birinci Başlık, VI

(15) Pound, Roscoe : The Scope and Purpose of Sociological Jurisprudence. (24 Harv. L. Rev. 1910 - 11) sh. 43

(16) Jhering, R. von : Hukuk Uğrunda Savaş, sh. 5

Jhering'in bu husustaki fikirleri B. N. Cardozo tarafından Hukukta sabitlik, yani bir teminat olmak üzere muayyeniyet ve sosyal hayatın her günkü ihtiyaçlarına cevap verebilmek üzere hareketlilik, yani gelişme meselesi ve bunlar arasındaki müca-

rın menfaatleri birbirine okadar sıkı bir şekilde bağlanmıştır ki, bunları ihlâl etmeksizin o hukuk değiştirilemez. Bir hukuk kaide veya müessesesini mesele haline koymak, halihazır bütün menfaatlere savaş açmak demektir. Bu nev'i her teşebbüs, mevcudiyeti muhafaza içgüdüsünün tabii neticesi olarak, ihlâl edilen menfaatlere şiddetli bir direnmesiyle karşılaşır. Bu vetire, aynı zamanda, efkârı umumiyenin uzun zamandan beri mahkûm ettiği müesseselerin çok defa mevcudiyetlerini, hayatlarını nasıl olup da devam ettirebildiklerini, uzatabildiklerini de izah eder.

Hukukun değişmez, nâmütenahi bir hayatı olduğu iddiası, hak fikrinin tahkiri demektir. Çünkü hukuk daimî bir oluşturdur; o, «kendi mazisini ifna ederek» gençleşen (17), ancak bu suretle yaşama şansına malik olabilen bir müessesedir.

Jhering'in fikirlerinin değeri meselesine gelince: Jhering'in nazariyesinde sosyal realiteye - kısmen - ehemmiyet verdiği görülmektedir. Hukukun yaratıcısı olarak telâkki ettiği gaye, a priori gaî bir ide değil, bilâkis beşerî, amprîk bir vakıadır. Müsbet hukuk kaidelerine değer ölçüsü vazifesini gören bu amprîk gaye ile hukuk arasında bir illiyet rabitası mevcuttur. Bu sebeple gaye, hukuku yaratan bir âmildir. Gaye terimi ile de Jhering, cemiyetin tarihi gelişimi içersinde değişen hayat şartlarının ve menfaatlerin karşılanmasını kastedtiğini açık bir şekilde belirtmiştir.

Jhering'in hukuku gaî bir tefsire tâbi tutması, hukukun «ne için» mevcut olduğu meselesini ortaya attığından, artık hukukun fonksiyonel bir izahını da gerekli kılmış oluyordu.

İşte hukukun gayesi ve fonksiyonu meselesinin ele alınması, hukuk âlemindeki tecerrüdü sona erdirmesi bakımından mühim neticeler tevhit etmiştir (18). Bundan sonra hukuk nazariyelerine, yeni bir zihniyetin, sosyolojik bir zihniyetin nüfuz ettiğini görmekteyiz.

dele «The Paradoxes of Legal Science» adlı eserinde incelenmiş ve ortalama bir yol bulunmağa çalışılmıştır. Bak. İkinci Bölüm, İkinci Başlık.

(17) Jhering, R. von : a. g. e., sh. 10 - 11

(18) Topçuoğlu, Doç. Dr. H.: a. g. e., sh. 27

Jhering, R. von : Der Zweck im Recht. I, sh. 435

Fakat Jhering hukuku, devletin yarattığı bir şey olarak kabul etmekle (19), sosyolojik zihniyete karşıt bir durum takınmış, hukukun yaşıyan gerçekliğine gözlerini yumarak kendisini, zamanının beylik prejüjelerine kaptırmıştır (20).

§ 3. INTERESSENJURISPRUDENZ MEKTEBİ :

Jhering'in hukuk düşüncesinde açtığı çığır, gene Almanya'da «Serbest Hukuk» cereyanına mensup müellifler tarafından daha müttekâmil bir seviyeye ulaştırıldı. Jhering'le hemen hemen aynı zamanda «Mefhumlar İctihadına» karşı mücadele eden Alman hukukçuları F. Adickes, S. Schlossmann, J. Kohler, O. Bülow (21) bilhassa hâkimin hukuk yaratma faaliyetinde müessir bir role sahip olması gereği üzerinde durmuşlar, E. Ehrlich de «Hukuk Boşlukları Hakkında» (Über Lücken im Recht) adlı etüdünde bu sahadaki fikirleri sarahate ulaştırarak, o ana kadar, hâkimin kanunda ve örf âdette, elindeki meseleye kabili tatbik hükümler bulamadığı zaman, çaresizlik içinde, ne kadar umumî ve hudutları belirsiz mefhumlardan istifade yolları aramak zorunda kaldığını belirtmiş (22), daha sonra, sosyal gelişmeler karşısında hukukçuların, kanunları yaratıcı bir tefsire tâbi tutmaları gereğini savunmuştur (23).

Böylece, Jhering'in hukuku gaî bir tefsire tâbi tutması, onu pratik bir zaviyeden incelemesi (24) ve hukuka, ihtiyaçların temel

-
- (19) Hırş, Ord. Prof. Dr. E.: Hukuk Felsefesi ve Hukuk Sosyolojisi Dersleri, Ankara, 1949, Güney Mat. ve Gazetecilik T. A. O. sh. 288 «Hukuk cemiyet şartlarını temine matuf bir garantinin tezahür şeklidir ki, bu garanti devletin cebri vasıtasıyla yaratılır.»
- (20) Gurvitch, G.: *Éléments de Sociologie Juridique*, 1940. (Çev. Dr. H. Topçuoğlu) «Hukuk Sosyolojisinin Mübeşşirleri» (A. H. F. D. 1950 Ayrı Bası) sh. 29
- (21) Fritzche, Hans : Oskar Bülow. *Encyclopedia of Social Sciences*. Vol III, sh. 65
- (22) Topçuoğlu, Doç. Dr. H.: *Hukuk Sosyolojisi*. sh. 29
- (23) Friedman, W.: *Legal Theory*, London 1953, Stevens and sons Ltd. sh. 234 - 237
- (24) Binder, Julius : *Remarks on the Controversy About Legal Method in the Science of Private Law*. (The Jurisprudence of In-

teşkil ettiğini belirtmesi; E. Ehrlich'in de tesis ettiği «Serbest Kazaî Kararlar» nazariyesi (25), P. Heck, Max Rümelin, P. Oertman, H. Stohl gibi müellifler tarafından temsil edilen «Interessenjurisprudenz» (Menfaatler İçtihadı Nazariyesi) mektebinin kurulmasına müessir olmuştur.

Bu mektebin gayesi, hâkimleri, kanunlara sıkı sıkıya bağlı olmaktan kurtarmağa matuftur (26). Jhering'in Tarihçi Mektebe karşı, mefhumlardan istihraç edilen mantıkî neticelerin, pratik hayatın ihtiyaçlarıyla kontrol edilmesi gerektiği hususındaki fikirleri, bu mektep mensuplarını ikaz etmiş, bu ikaz neticesinde de «hukuk bulma metodları» önem kazanmıştır.

Interessenjurisprudenz Mektebinin kurucusu P. Heck, sadece sistematik bir nazariye kurmakla kalmıyarak, Mefhumcu Mektebin müfrit dedüktif metoduna ve bu metodun neticesi olan tam ve mükemmel, boşluksuz kanun anlayışına da en büyük darbeyi indirmiştir. Bu arada Code Civile ile başlayan ve gelişen pozitivizm cereyanına karşı, mektebin diğer mensupları, bütün teşriî faaliyetin nihai mâna ve gayesini araştırmak lüzûmunda ittifak ettiklerinden, artık kanun vazıları birer kanun yaratan san'atkâr olarak değil, milletin sosyal hayat içerisindeki münasebet ve faaliyetlerinin birer nâzımı olarak kabul edilmeğe başladılar (27).

Heck'in iddiasına göre, Interessenjurisprudenz hukukun pratik gayelerine hizmet etmek üzere meydana getirilmiş bir metodlar bütünüdür; esas gayesi de hâkimne, kazaî faaliyeti esnasında rehberlik etmektir. Çünkü hâkim, artık, hukukî bir nizamda, menfaatlerin ve kabul edilen ideallerin gerçekleşmesi hususunda, kanun vazısı ile teşriki mesai etmek (28), ona, menfaatlerin değerlendiril-

terests. Trans. and Ed. by. M. M. Schoch. Massachusetts 1948, Harvard University Press.) sh. 281

(25) Heck, Philipp : **The Jurisprudence of Interests.** (The Jurisprudence of Interests) sh. 32

(26) Heck, P.: **a. g. m.**, s. 32

(27) Rümelin, Max : **Developments in Legal Theory and Teaching During my Lifetime.** (The Jurisprudence of Interests.) sh. 16 - 17

(28) Heck, P.: **a. g. m.**, (The Jurisprudence of Interests.) sh. 31

mesi vetiresinde zeki bir yardımcı rolü oynamak mecburiyetindedir (29). Fakat, Interessenjurisprudenz, menfaatlerin değerdendirilmesinde, kanun vazının, hâkime tekaddüm ettiğı gerçeğini inkâr etmez (30). Böylece Heck, gaî, fakat kanuna sadık bir hukuk tatbikatından ayrılmayan bir görüş ileri sürmektedir. Bu sebeple, Stohil'un, hâkimlerin hüküm verirlerken kanunlara itaatle mükellef olmadıkları, kaidelerin, hükümlerin kaynağını teşkil etmeyip, sadece hükme yardımcı oldukları hususundaki tezini reddeder (31).

Mamafih, kanunların günlük hayatın ortaya çıkardığı aktüel meselelerin çeşitliliğı ve zenginliğı ile karşılaştıkları zaman, çok kere kifayetsiz, nâtamam ve hattâ bunlarla mütenakız bir durumda kaldıkları hakikatini kabul eden Heck, kifayetsizliğinin şuuruna vakıf olan modern kanun vazının, kanunların sükûtu halinde, hâkime yeni kaideler yaratma veya hatalı kaideleri tashih etme yetkisini tanıdığını, tanıması gerektiğini ileri sürer. Ancak, hâkim bu yetkinin kendisine tanınması halinde dahi, kanun vazının geniş mânada korunmasını murad ettiğı menfaatler toplamını göz önünde tutacak, koruyacak ve hareketlerini bu duruma göre ayarlıyacaktır (32).

Heck, mefhum yolu ile hukukî inşalarda bulunma metoduyla, müşahhas menfaat durumlarının hesaba katılması suretiyle kararlara varılması metodları arasındaki farkı belirttikten sonra (33), hâkimin kaza vazifesini nasıl ifa edeceği meselesine geçer. Artık, Hayatın ve hukukun hâkimden istediğı, onun, kanun vazına tedbirli, zeki bir yardımcı olması, yalnız kelime ve emirlere bağı kalmıyarak, kanun vazının esas maksadına müdahale ederek, bu esas maksadı bulmağa çalışması (34), çarpışan menfaatlerin durumunu araş-

-
- (29) Heck, P.: The Formation of Interests and the Jurisprudence of Interests. (The Jurisprudence of Interests.) sh. 103 - 104
(30) Heck, P.: The Jurisprudence of Interests. sh. 40
(31) Heck, P.: The Formation of Concepts and the Jurisprudence of Interests. sh. 185 - 186
(32) Heck, P.: The Jurisprudence of Interests. sh. 41
Fridmann, W.: Legal Theory. London 1953, Stevens and Sons Ltd. sh. 235
(33) Bu hususta bak.: Doç. Dr. H. Topçuoğlu : Hukuk Sosyolojisi, sh. 29
(34) Friedman, W.: a. g. e., sh. 235

tırıp inceliyerek hukukla beraber onları da değerlendirmesidir. Böyle fonksiyonel bir araştırma ve çalışma neticesinde, hukuk ilminde, mantığın üstünlüğü prensibi yerine, hayatın tetkiki ve değerlendirilmesinin üstünlüğü prensibi kaim olacaktır. (35).

Görülüyor ki, mektebin başlıca konularından biri menfaatlerin tesbiti ve değerlendirilmesidir. Menfaat teriminden kasdedilen cemiyette, karşılaşılan arzu ve taleplerin heyeti mecmuasıdır. Fakat menfaat terimi, içersine yalnız halihazır arzu, ihtiyaç ve talepleri değil, gayri şuurda mevcut olup, her an ortaya çıkması mümkün müstakbel arzu ve ihtiyaçları, ferde, guruplara veya cemiyete müteallik ihtiyaçları ve aynı zamanda estetik, din, ahlâk ve eşitlik'e ilgili ideal değerleri ve nihayet ikinci derecede olmak üzere iktisadî menfaatleri de alır (36).

Bu mektebe göre, hâkimin kazaî serbestisi, kanun vazının genel iradesi, genel maksadiyle sınırlandığına göre, hâkim, kanun vazının öngörmediği bir mesele ile, yani kanun boşlukları karşısında kaldığı zaman ne yapacaktır? Evvelâ anlaşmazlığa sebebiyet veren zıd menfaatlerin neler olduğunu arayıp bulacak, sonra aynı mahiyetteki zıd menfaat durumlarının kanun vazı tarafından diğer vakıa halleri için, diğer bir kanunda tanzim edilip edilmediğini araştıracaktır. Eğer böyle bir durum varit ise, o kanunu önündeki anlaşmazlığa tatbik edecektir. Fakat, o kanundaki menfaatlerin değerlendirilmesi, önündeki vakıa ile mütenakız bir durum arz ediyor veya kanunda bu hususta bir boşluk görülüyor ise, hâkim artık kendi öngörüşüyle hareket edecek (37), halkın adalet duygusuna başvuracak, genel menfaatle mutabık kalmak üzere kendi sübjektif adalet hissiyle, çarpışma halinde bulunan menfaatleri değerlendirecek, böylece anlaşmazlığa bir hal sureti bulacaktır. (38).

(35) Friedmann, W.: a. g. e., sh. 235

(36) Heck, P.: The Formation of Concepts and the Jurisprudence of Interests., sh. 130 - 131

Heck, P.: The Jurisprudence of Interests., sh. 33

(37) Heck, P.: The Jurisprudence of Interests., sh. 41

(38) Rümelin, M.: a. g. m., sh. 23

İsviçre M. K. nun vazettiği birinci madde Alman hukukunda da kabul edilmiş olup, hâkimin böyle bir değerlendirmeyi ne

Bu durum, hukukun yaratılmasında hâkimin de bir rolü olduğunu bize gösteriyor. Ancak, hâkim tarafından tesis edilecek kaide-ler teşriî bir mahiyeti haiz olamayacağından, diğer hâkimleri bağ-lyamıyacaktır. Modern hâkim, asla hukukî bir otonomiye sahip olamayıp, kanun vazının menfaatleri geniş çapta değerlendirme vazifesini, kendi ferdî değerlendirmesi ile tamamlamak durumun-dadır (39).

Hülâsa olarak diyebiliriz ki, mektebin temel gayesi, kanunla-rın tefsir ve tatbikinde hâkime hürriyet tanımak, ona, kanun vazı-nın umumî iradesinin hudutları içinde kalmak şartıyla, ihtilâfların temelini teşkil eden menfaat durumlarını arayıp bulmak ve de-ğerlendirmek yetkisini tanımak, fakat bu yetkiyi kullanırken, dai-ma kanun vazının korunmasını derpiş ettiği geniş çaptaki men-faati gözetmek, bu suretle kararında kanun vazının hakikî maks-a-dını en yakîn bir şekilde belirtmek vazifesiyle mükellef kılmaştır.

Görülüyor ki, Interessenjurisprudenz Mektebi, Jhering'in men-faatlerin uzlaştırılmasının, hukuk ilmi için en yüksek vazifeyi teşkil ettiği fikrini geliştirmiştir. Başlangıçta, yalnız hususî hukukun me-seleleri ve tefsiri ile meşgûl olurken, daha sonra sahasına ceza ve âmme hukukunu da dahil etmiş, böylece menfaatlerin uzlaştırıl-masında hususî menfaatler kadar âmme menfaatlerini de; maddî menfaatler kadar ideal menfaatleri de nazarı itibare almıştır (40).

Mektebe vaki tenkitler, daha ziyade, kazaî kuvvetin yetki sa-hasını aşarak, teşriî kuvvete müdahale ettiği ve hâkimin, menfaat-leri kendi öngörüşü ile değerlendirmesinin tehlikeli bir sübjektivisme yol açacağı noktasında birleşmektedir. Bu tenkitlere karşı mektep mensuplarının verdiği cevap şudur : Teşriî kuvvetin kazaî kuvvete üstünlüğü bir hakikat olmakla beraber, kanun vazının ka-nun yaratma hususunda hudutsuz bir serbestiye sahip olmadığı ve çok kere ısdar ettiği kanunlarda, hayattaki menfaatlere tam mâna-sıyla nüfuz edemediği, bunları belirtmediği hatırlanmalıdır. Sonra,

dereceye kadar doğru yaptığının takdir edilebilmesi için, de-ğerlendirmeyi ne suretle yaptığını, kararının gerekçesinde be-lirtmesi öngörülmüştür. Bak.: a. g. m., sh. 23

(39) Heck, P.: a. g. m., sh. 42

(40) Friedmann, W.: a. g. e., sh. 236

tecübeler iyi bir hâkimin, katı kaidelere sınıksı bağlı olmadığı hallerde, ferdî hususiyetleri daha iyi takdir ederek, daha iyi kararlar verdiğini göstermiştir. Kazaî kuvvetin hukuk yaratarak, teşriî kuvvetin faaliyetini tamamlaması tezinin kabulünü işte bu hususlar makûl ve makbul kılmaktadır (41).

Kanaatımızca, *Interessenjurisprudez*, mensupları tarafından devrinin ihtiyaçlarını karşılayabilecek bir metod olarak kabul edilmekle (42) beraber, hâkimin hukuk yaratma faaliyetinde keyfiliğe ve sübjektivisme kaçmamasını sağlayacak objektif kıstasların neler olduğunu belirtemediğinden, vazifesini tam yapamamış, eksik bırakmıştır.

II

AMERİKAN HUKUKÇULARINDA SOSYOLOJİK TEMAYÜLLER

§ 4. GENEL OLARAK :

XIX. yüzyılın sonlarında, Amerikan hukuk düşünüşünde, hukukun hayatla münasebetini araştıran bir cereyan, bir canlanış göze çarpmaktadır. Fakat itiraf etmelidir ki bu canlanış, hukukçulardan ziyade sosyologların gayretlerinin neticesinde olmuştur. Hukukla sosyal vakıaların bir nev'i olarak meşgul olan sosyologların gayretleri, aynı zamanda Amerika'ya has sosyolojik bir zihniyeti de geliştirerek, Avrupa'nın klâsik sosyoloji telâkkisinin terkinini mucip olmuştur.

Şimdi bu sosyolojik cereyanın en mümtaz sosyolog simaları olan Lester Ward (1841 - 1913), William Graham Sumner (1840 - 1910) ve E. A. Ross'un (1866 - 1951) fikirlerini kısaca gözden geçirelim.

(41) Rümelin, M.: a. g. m., sh. 21 - 23

(42) Binder, Julius : Remarks on the Controversy About Legal Method in the Science of Private Law. (The Jurisprudence of Interests.) sh. 297 ilâ...

Lester Ward, insan iradesini küçümseyen «Uzviyetçi Mekteb» in müfrit determinist tezini reddederek, psikolojik karakterdeki sosyolojisi ile, cemiyet ve hukukun hayatında beşerî gayretlerin rolünü belirtmiş ve bu suretle «Sosyolojik Hukuk İlmî» nin öncülerini arasına girmiştir. Lester Ward'ın bilhassa teşriî faaliyetin sosyolojik araştırmaların sonuçlarına dayanması gereğini belirtmesi, kanun vaz'ında sosyal gerçekliğin muayyeniyetlerinin nazara alınması hususundaki ısrarı (Cazip Kanunlar Tezi) (43), cemiyeti tanzim ve terakki ettirici, hukuk yaratıcı devlet telâkkisi (44), «Sosyolojik Hukuk İlmî» nin kurucusu Roscoe Pound üzerinde müessir olmuştur.

Sumner da, örf âdetin, hukukun ve kanunların temelini «Folkways» (Halk Tarları) adını verdiği davranış modellerinin teşkil ettiğini; bu davranış modellerinin yapılagelmekten mütevellit devamlılıklarının örf âdet, ahlâk, hukuk v. s. normlarını yarattığını ifade eder (45). Summer'a göre kanunlar, belirli bir halk tarzının muayyen bir gelişmeye ulaşmasını ifade eden örflerin neticesidir. Yani bir kanun maddesi, siyasî bir teşkilâta sahip zümrelerin, henüz örf seviyesinde bulunan bir halk tarzına, kendi özel müeyyidelerini katmalarıyla vücade gelmektedir (46).

Summer'ın fikirleri, bilhassa hukukun köklerinin cemiyet vakıaları arasında bulunduğunu göstermesi bakımından değer arzettir.

Ross'a gelince, gerek genel sosyolojiye, gerek «Sosyolojik Hukuk İlmî» ne sosyal kontrol (Social control) mefhumunu kazandıran bir sosyolog olmak bakımından ehemmiyet arzettir. Ross'un sosyal kontrolden muradı, zümrenin ferd üzerinde iradî bir şekilde baskı yaparak, arzu edilmeyen davranışlarını bastırması, arzu edilenleri teşvik etmesini ifade etmektir. Ona göre hukuk da,

(43) Topçuoğlu, Doç. Dr. H.: **XIX. Yüzyıl Sosyologlarında Hukuk Anlayışı**. Ankara 1961, Ajans Türk Mat. sh. 206

(44) Topçuoğlu, Doç. Dr. H.: a. g. e., sh. 207

(45) Topçuoğlu, Doç. Dr. H.: a. g. e., sh. 211 - 217

Stern, Bernhard: William Graham Summer, Encyclopedia of Social Sciences., sh. 463 - 464

(46) Topçuoğlu, Doç. Dr. H.: a. g. e., sh. 218 - 220

çeşitli sosyal kontrol nev'ileri arasında diğer bir nev'iden başka bir şey değildir (47).

İşte Ross'un sosyal kontrol terimi, «Sosyolojik hukuk İlmi» mensupları tarafından iktibas edilerek, hukukun hayatı tanzim ve cemiyette çarpışan menfaatleri telif vetiresini ifade etmek üzere kullanılmıştır.

Böylece gerek Avrupa'daki hukukçuların, gerekse yukarıda zikredilen sosyologların hukuk hakkındaki fikirleri, Amerika'daki hukukçuları ikaz ederek, bunların da hukuk düşünüşündeki uyanış hareketine iştiraklerini sağlamıştır. Amerika'da bu realist cereyanın öncülüğünü hukukçulardan John Chipman Gray, Hâkim Brandeis ve Hâkim Oliver Wendell Holmes Jr. deruhte etmişlerdir (48).

Gray, Tahlilci Mektebe müteniayıl olmakla beraber, bu mektebin müfrit kanuncu telâkkisine muhalefet ederek, hukukun yapılmasında siyasî sempatilerin, büyük şahsiyetlerin, ekonomik nazariyelerin ve peşin hükümlerin de müessir birer faktör rolü oynadıklarını İngiliz ve Amerikan hukuk tarihinden aldığı misallerle isbat etmiş ve bu sahada - hukukun yapılmasında - hâkimin de bir rolü olduğunu göstermiştir (49).

Hâkim L. Brandeis kaza vazifesini ifa ederken hayatî vakıalara formüllerden ziyade ehemmiyet veren (50), yaşayan hukuku bilmek ve yaşayan hukukun bir sistemine sahip olabilmek için eski kaidelerin bilgisine hâkim olmak gereğini belirten (51), dâva konusu olan ihtilâflarda kanunun lâfzının cemiyetin değişen şartlarına göre mütalâa ve tefsirini talep eden (52) bir hukukçu olması

(47) Topçuoğlu, Doç. Dr. H.: a. g. e., sh. 226

(48) Cohen, Morris R.: Justice Holmes and the Nature of Law. (31 Colum. L. Rev.) sh. 356

(49) Friedmann, W.: a. g. e., sh. 197

(50) Hughes, Charles E.: Mr. Justice Brandeis. (2 Colum. L. Rev.) sh. 1072

(51) Brandeis, L.: «That ancient rule must prevail in order that we may have system of living law». Walter, H. Hamilton naklediyor: The Jurist's Art. (31 Colum. L. Rev.) sh. 1073

(52) Hamilton, Walter H.: a. g. m., sh. 1083

sebebiyle, Amerika'daki realist cereyanın en mümtaz tatbikatçılarından birini teşkil eder. Hukuka fonksiyonel ve sosyolojik bir açıdan yaklaşmak icap ettiğini kavrayan Brandeis, aynı zamanda Amerika'da sosyal ilimlerin, ideolojik, psikolojik, kriminolojik mütâların, iş ve idare tatbikatının neticelerini, hukuku tamamlamak hususunda ilk defa kullanan bir hukukçu olmak bakımından da nazarı dikkati celbetmektedir (53).

Brandeis'i meşhur eden hâdise, 1907 de Federal Yüksek Mahkemeye intikâl eden Muller v. Oregon dâvasında verdiği ve «Brandeis Brief» diye tanınan raporudur. 1907 de Oregon eyaletinin, kadınların herhangi bir iş yerinde on saatten fazla çalıştırılmamasını derpiş eden bir kanunu, çalışma ve çalıştırma hürriyetini baltaladığı, dolayısıyla Anayasaya aykırı olduğu iddiasıyla Federal Yüksek Mahkemeye intikal ettirilmişti. Brandeis, istatistik bürolarından, sağlık koruma teşekkül ve komitelerinden, fabrika müfettişlerinden sağladığı raporlardan edindiği malûmata istinaden, kadının fizik yapısının, analık fonksiyonunun, sağlık ve moral durumunun on saatten fazla çalışmaya müsaade etmediğini, had bir çalışmanın kadın ve cemiyet bakımından faydadan ziyade zarar tevliid edeceğini göstererek, böyle tehlikeli bir durumun önüne geçmeği sağlayacak mezkûr kanunun Anayasaya aykırı değil, bilâkis uygun olduğunu isbat etmişti.

Yaşadığı devir için, Brandeis'in ihtilâlcî telâkki edilebilecek olan bu tekniği, umumen kabul görmüş ve daha sonra Federal Yüksek Mahkeme tarafından pek çok dâvada kullanılmıştır (54).

§ 5. OLİVER WENDELL HOLMES Jr. (1841 - 1935) :

A — Şahsiyeti :

Hâkim Holmes, XX. yüzyılın en meşhur ve en kuvvetli Amerikan hukukçularından birisidir. Yazmış olduğu «The Common

(53) Friedmann, W.: a. g. e., sh. 444

Cardozo, B. N.: The Growth of the Law. New Haven 1946, Yale University Press, 7th Ed. sh. 124

(54) Friedmann, W a. g. e., sh. 442

Law» adlı kitabındaki, konferans, mektup ve kaza kararlarındaki fikirleri, hukuk literatüründe kıymetli bir yer işgal etmekle kalmıyarak, bir taraftan Pound ve Cardozo üzerindeki tesirleri ile «Sosyolojik Hukuk İlmî» ne, diğer taraftan da M. Radin, T. Arnold, F. K. Beutel, H. Yntema tarafından temsil edilen «Realist Mekteb» e zemin teşkil etmiştir.

İyi bir eğitim gören Holmes, Harvard Hukuk Fakültesini bitirdikten sonra, Amerikan hukuku üzerinde tetkikler yapmağa ve o sıralarda yeni tesis edilmiş olan «American Law Review» da ilk makalelerini yazmağa başlamıştır. Bu makaleler daha sonra kendisini bütün dünyada meşhur edecek olan «The Common Law» adlı eserinin malzemesini teşkil etmiştir.

1882 yılında Harvard Hukuk Fakültesinde anayasa asistanı olarak akademik kariyere intisap eden Holmes, aynı yıl içerisinde Massachusetts Temyiz Mahkemesine tayin edilince, bundan sonra kendisini hâkimlik mesleğine vakfetmiş ve 1902 de de Federal Yüksek Mahkeme üyesi olmuştur (55).

Holmes, genel fikirleri bakımından W. James ve C. Wright'ın temsil ettiği faydacılık (Pragmatism) cereyanına bağlıdır; hâkimlerden sosyal faydalar hakkındaki kanaatlerini tartıp değerlendirmelerini talep etmesi bakımından da J. Bentham ve J. S. Mill'in faydacılığını hukuka tatbik etmektedir (56). Holmes'in mühlhem olduğu müellifler de Montesquieu ile J. Marshall'dır. Holmes tıpkı Montesquieu gibi, hukuk ile cemiyetin diğer müesseseleri arasında rabitaların mevcudiyetini (57) ve insanların her devir ve cemiyette farklı felsefe ve ilim anlayışına sahip olduklarını kabul

-
- (55) Patterson, E. W.: a. g. e., sh. 501 - 502
Frankfurter, Felix: *The Early Writings of O. W. Holmes.* (44 Harv. L. Rev. 1930 - 31) sh. 718, 720
- (56) Patterson, E. W.: a. g. e., sh. 502 - 505
Cohen, M. R.: a. g. m., sh. 360
- (57) Holmes, O. W.: *Law and the Court.* (The Mind and Faith of Justice Holmes. His Speeches, Essays, Letters and Judicial Opinions. Ed. by Max Lerner. New York 1954, The Modern Library.) sh. 370

eder (58). Nihayet J. Marshall'ın tarih konusundaki fikirlerine de iltihakla, hukuk ile tarih arasındaki ilgiyi daima ve objektif bir şekilde belirtmeğe gayret eder.

B — Holmes'e Göre Hukuktan Beklenen Nedir ve Hukuk İlmi Nasıl Olmalıdır ?

Holmes'in hukuka faydacı (pragmatik) bir açıdan yaklaştığını söylemiştik. Ona göre hukuk üzerindeki çalışmalarımızın gayesi, mahkeme huzuruna çıkmak için lâzım gelen hususları öğrenmek, insanlara, kendilerini mahkemelerden uzak tutacak konular hakkında bilgi vermektir. Halkı en ziyade ilgilendiren husus : kendisinden çok üstün olan devlet kudretiyle hangi şartlar altında karşılaşmayacağını bilmek, böyle bir tehlike zuhur ederse, neticelerinden nasıl sakınılacağını öğrenmektir.

Hukukçular için ise, hukuk üzerinde çalışmak, hukuku bilmek demek Anglo - Amerikan âleminde altıyüz yıl kadar geriye uzanarak, hâle kadar devam eden ve hergün sayıları yüzlerce artan anlaşmaların, kanunların ve mahkeme kararlarının topunun incelenmesi demektir. Bütün bunlar, mazinin dağınık kehanetlerini, hukukun kehanetlerini teşkil etmektedir. Hukukî düşüncenin başlıca gayesi de bu kehanetleri daha kat'i bir hale getirmek ve bir sistem dahilinde umumileştirmektir (59).

Holmes, Darwin, Spencer ve W. Bagehot'tan mülhem olarak hukuku, medeniyetin bir mahsulü addeder. Ona göre gerek insanlar, gerek müesseseler için hayat, bir mücadele sahnesidir; hayat, kuvvetlerin çarpışmasından ibaret olup, hukuk da hâkim grupların menfaatlerini sağlayan bir vasıta (60), fikirlerin çarpışması netice-

(58) Holmes, O. W.: Montesquieu, (The Mind and Faith of Justice Holmes. His Speeches, Essays, Letters and Judicial Opinions.) sh. 373

(59) Holmes, O. W.: The Path of the Law. (10 Harv. L. Rev. 1896 - 97) sh. 457 - 458

(60) Ancak Holmes'in Darwinizm'i mütedildir. Ona göre cemiyet bir ormana benzer, fakat insanlar «iştihaya» olduğu kadar «idealler» e de sahiptirler. Bak : Max Lerner «The Mind and Faith of Justice Holmes» sh. 44

sinde, zafer kazanarak fiiliyat sahasına inkılâb eden inançların muhassalasıdır (61). Bu şu demektir ki, en kuvvetli menfaatler, kanun vazına tesir eder ve buna göre ısdar edilen kaidelerin duruma en çok uyanları yaşama, mer'iyet şansına sahip olur (62).

Bu oluşu gözönünde bulundurması icap eden hâkime düşen en mühim vazife de, kararlarında hiçbir zaman cemiyetin görüşü hilâfına kendisininkini ikame etmemek (63), çarpışan fikirlerden sempatisini celbedene meyletmemektir. Aksi halde gerçek hukukun anlaşılması ve yaratılması kolay kolay mümkün olmaz (64).

Hukuk, cemiyetteki mûdil kuvvetlerin, insanlar arasındaki menfaat ve arzuların çarpışmasının, adetâ c o s m o s u n bilinen ve bilinmeyen kuvvetlerinin heyeti mecmuası olduğuna göre (65), hukukçunun bilmesi icap eden husus, hukuk kaidelerinin hizmet ettikleri ihtiyaç ve gayelerin neler olduğudur. Esasen bir hukuk sistemi, her kaidesi bir gayeyi ihtiva ettiği ve bu gayeye hizmet ettiği nisbette aklî ve mer'î olur (66).

Zamanındaki hukuk öğretimini beğenmiyen Holmes, mantık ve ilhamla karışık bir metod takip edilmesinden, yani değerleri münâkaşa edilmeyen postulalar kabul ederek, neticeleri bunlardan istihraç etmek hususunda sırf mantığa dayanan metoddan şikayet eder. Dogmaların öğretilmesinde bu metodun lüzümlü olduğuna kani olmakla beraber, hukuktan beklenen hususun sosyal gayeleri tahakkuk ettirmesi olduğunu hatırlatarak, sırf mantıkla yetinilemeyeceği-

(61) Holmes, O. W.: Law and the Court. (The Mind and Faith of Justice Holmes) sh. 390

(62) Holmes, O. W.: «Masters and Men». The Gas - stokers' Strike, (The Mind and Faith of Justice Holmes) sh. 50

(63) Lerner, M.: The Mind and Faith of Justice Holmes., sh. 92

(64) Holmes, O. W.: Law and the Court., sh. 92

(65) Holmes, O. W.: a. g. m., sh. 367

Holmes, çarpışma halinde bulunan menfaatler, arzular ve kuvvetleri ifade etmek için şöyle der: Hâkimler mahkemede hûküm verirken tam bir sükûnet içersindedirler. Fakat bu sükûnet bir kasırganın merkezindeki sükûnetin aynıdır. «We are very quiet there, but it is the quiet of a storm center.» a. g. m., sh. 388

(66) Cohen, M. R.: a. g. m., sh. 71

ni (67), hukukun kendine mahsus fonksiyonunun diğer metodların yardımı ile de (sosyal ilimlerin, sosyolojinin v. s. nin metodları da dahil olmak üzere) aranması ve sosyal faydalar ve mazarratlar hakkında umumen kabul edilen kanaatlerin değerlerinin daima yeniden ele alınarak tartışılması gereğini belirtir (68).

Şu hale göre hukuk ilmi, hukuku, mazisi ve bu günkü hali ile, sosyal fonksiyonu ve tahakkuk ettirmeğe çalıştığı gayesi ile ele alacak, bunun için de sosyal ilimlerden, iktisat, felsefe ve sosyolojiden istifade edecektir (69). Hukukun hakikî ilmi, dogmaların incelenmesinden veya matematikte olduğu gibi sırf bir mantikî faaliyetten veyahut ta sırf antropolojik bir çalışmadan ibaret değildir. Artık hukuk ilmi, sosyal talepleri tam bir şekilde değerlendirmek ve tahakkuk ettirmek zorundadır (70). Bundan başka hukukun ancak

(67) Holmes, O. W.: Law in Science and Science in Law. (12 Harv. L. Rev. 1898 - 99) sh. 460

Holmes, O. W.: The Common Law. Boston 1923, 3th. ed. Little Brown and Comp., sh. 1

Holmes, zamanın ihtiyaçlarının, cari olan ahlâk nizamının, siyasî nazariyelerin, çeşitli müesseselerin, şuurî veya gayrî şuurî hissiyatın, prejüjelerin hukuku tâyinde rol oynadıklarını ifade eder.

(68) Cohen, M. R.: a. g. m., sh. 360

Holmes'in istifade ettiği metodlar arasında tarih, etnoloji ve filoloji de mevcuttur. Buna misâl olarak «The Common Law» adlı eserini gösterebiliriz. Holmes, bu eserini yazdığı sıralarda, Almanya ve İngiltere'deki hukuk âlimleri, hukuku antropolojik bir açıdan - kültürün organik bir parçası olarak - incelemekteydiler. İşte bu durum Holmes üzerinde müessir olmuştur. Bak: M. Lerner: The Mind and Faith of Justice Holmes., sh. 46 - 47

(69) Holmes, O. W.: The Path of the Law., sh. 469

Holmes, O. W.: Your Business as Thinkers, (The Mind and Faith of Justice Holmes), sh. 32. Holmes bilginin herhangi bir şubesini bilmek, ona tam mânasıyla hâkim olabilmek için civarındaki bilgi şubelerine de hâkim olmak gerektiğini söyler. Meselâ bilinmek istenen hukuk ise, antropoloji, siyasî ekonomi, kanun yapma tekniği, etik ve diğer bazı ilim şubeleri hakkında malûmat sahibi olmak lâzım gelmektedir.

(70) Holmes, O. W.: Law in Science and Science in Law., sh. 452

pratik çalışmalarla öğrenileceği kanaatine veda etmek (71), hukukçuları emsâl kararları içinde boğulmaktan kurtarmak zamanı gelmiştir. Zira pratik gayeler peşinde koşan, hukukun ancak pratik bir çalışma neticesinde öğrenilebileceğini kabul eden, emsâl kararlarından başını kaldıramıyan hukukçu, hukukun ana meselelerine, hukuk nazariyatına nüfuz edememektedir (72). Halbuki hukukun esas ve temeli hakkında en doğru bilgiyi bize hukuk nazariyatı verebilir (73).

Görölüyor ki, Amerika'da hukuk sahasında nazariyenin ehemmiyetini ilk belirten hukukçu olmak şerefi de Holmes'e ait bulunmaktadır.

C — Holmes'in Hukuk Anlayışı :

a — Hukuk ve Ahlâk Ayrımı :

Holmes, hukukun mahiyetini incelerken, ahlâktan farklı bir mahiyeti olduğu hususunda ısrarla durur ve bu sebeple de Amerikan hukuk pozitivizminin babası olarak kabul edilir.

Amerika'lı hukukçu Prof. L. Fuller, hukuk âleminde pozitivizmin «olan ile olması lâzım gelen hukuk arasında kesin bir ayrımın» yapılması olduğunu söyler (74). Bu bakımdan Holmes'in «The Path of the Law» (Hukuk Mesleği) ve «Natural Law» (Tabii Hukuk) adlı makalelerinde ve «The Common Law» da serdettiği fikirler, Fuller'in yukarıdaki tarifine uygun düşmektedir.

(71) Pollock, Frederick : Mr. Justice Holmes. (44 Harv. L. Rev. 1930 - 31) sh. 693

(72) Holmes, O. W.: The Path of the Law., sh. 475 - 477
Holmes, Tahlilci Hukuk Mektebinin emsâllere bağlılığını tenkit etmek üzere bir sulh hâkimine izafe edilen şu hikâyeyi anlatır : Bir köylü komşusunun yayığını kırar, yayık sahibi de dâva açar. Hâkim uzun araştırmalardan sonra ne kanunlarda ne de emsâl kararlarında yayıklar hakkında bir hüküm bulunmadığı için dâvacının dâvasını reddeder.

(73) Howe, Mark de Wolfe : The Positivism of Mr. Justice Holmes. (64 Harv. L. Rev. 1918 - 19) sh. 40 - 44

(74) Holmes, O. W.: Natural Law. (32 Harv. L. Rev. 1918 - 19) sh. 40 - 44

Holmes evvelâ hukuk ile ahlâk arasında bir tefrik yapmak gerektiğini belirttikten sonra, hukuku haklı ve haksız terimleri, etik prensipleri ile tarif etmenin faydasızlığı üzerinde ısrar eder. Burada Holmes'i bu kanaate sevkeden âmillër üzerinde biraz durmak faydalı olacaktır. Holmes, 1864 yılı sonlarında hukuk çalışmalarına başladığı sıralarda, hayatında iki mühim merhale atlatmış bulunmaktaydı. Evvelâ çevresinde münasebet tesis ettiği, muhtelif dinî akidelere sahip şahısların fikir ve telkinlerinin tesiriyle dinî inançları sarsılmıştı. Sonra bilfiil iştirak ettiği dahili harbde ahlâk hakkındaki şahsî kanaatlerin üniversal veya objektif bir etik sistemi yaratmağa müsait olmadıklarını öğrenmişti. İşte bütün bunlar, onun çevresine şüpheyle bakması neticesini tevhit etmişti ve bu şüpheci durumu kendisine çevresinin, Harvard hukuk nazariyatının harb öncesi yılların atıl inançlarıyla dolu ve ağırlaşmış bir vaziyette olduğunu göstermişti. Kitaplardaki hukuk, yapmacıklı mantıkî ve etik fikirlerin bir yığıntısından ibaretti; kitapların dışındaki hukuk ise, gösterişli dinî iddialarla yüklüydü. Meşhur hâkimler, hâlâ İngiliz hukuk prensiplerini Amerika'nın değişen bünyesine tatbik ediyorlardı. Meşhur Rufus Choate da, hukuk müesseselerinin değil, ferdi egoizmin ıslahı ile Amerika'nın yeni ihtiyaçlarının karşılanabileceğini ifade ile, hukukun hâkimlerin yapmağa muktedir olmadıkları bir şey, geçmişin ve iyinin sesi olduğu hususunda ısrar ediyordu.

Bütün bu iptidai ve geri fikirlere karşı Holmes, hukukun yaratıcı bir spekülasyon hususunda geniş imkânlarla sahip olduğu kanaatindeydi. Bu sebeple enerjisini hukukun yeniden tahliline ve yeniden tenkit süzgecinden geçirilmesine hasretti. İse evvelâ tahlilci an'aneyi sıkı bir teftişe tâbi tutmakla (75) ve sonra da hukuktaki ahlâkî postulaların değerlerini hiç bir korku ve endişe hissetmeksizin yeniden ele almakla başladı. Holmes, gayretlerinin semeresini çok geçmeden «The Common Law» adlı eserinde topladı. Eser, Anglo - Sakson hukuk âlemine ışık tuttuğu kadar, Kara Avrupa'sında da ilgi topladı. «The Common Law» ile Holmes, bir taraftan yeni hukukçular nesline Coke'un «mantık hukukun hayatıdır» postulasının isabetsizliğini göstererek, onlara bir hakikatı ifa-

(75) Howe, M. de W.: a. g. m., sh. 537 - 539

de eden «hukukun hayatı mantıkî değil, tecrübi olmuştur» (76) maksimini kabul ettirerek, o zamana kadar hukuk âlemine hükmeden Austin'in mantığa dayanan tahlilci metodu yerine tarihi metodu ikame etti; diğer taraftan, ahlâkî mefhumların hukukun ilk ısdar edilişi esnasında ehemmiyetli rol oynamalarına mukabil, zamanın, bu ahlâkî mefhumların mânalarını mebdelerinden tamamen farklı bir hale soktuğunu misallerle göstererek, sübjektif değerleri olan ahlâkî mefhumların, bu günün hukukunda da mebdelerinden tamamen farklı mânaları ihraz ettiklerini isbat etmiş oldu (77).

Holmes, hukuk ile ahlâkın karıştırılmasının hatalı neticeler tevliid edeceği hususunda daima ısrar etmiştir. Bunun için, hukukla meşgul olanların, hukuk ile ahlâk arasındaki tedahülleri gidermelerini ister. Çünkü, çok defa ahlâkî mefhumlar neviyet farkları nazarı itibare alınmadan, olduğu gibi hukuka ithal edilmektedirler ve bunun neticesinde de karışıklıklar meydana gelmektedir. Ayrıca Holmes, ahlâksız ve kötü bir insanın da, ahlâklı iyi bir insan kadar hukukun himayesinden istifade edebileceğini (78), hattâ bu insanın, hukukta pek çok kullanılan hile, ızzar, hata v. s. gibi terimlerin hangi mânaları ifade ettiğini, ahlâk sahibi insana nazaran çok daha iyi bilebileceğini (79) pek doğru olarak belirtir. Fakat Holmes bu iddialarıyla, ahlâkın hayatımızdaki rolünü, hukuk ile ahlâk arasındaki münasebeti, hukukun ihtiva ettiği vazife, ihmâl, ızzar, kasıt ve buna benzer birçok ahlâkî terimlerin ehemmiyetini inkâr ediyor değildir. Bilâkis o, bunların hukuk üzerindeki tesirle-

(76) Holmes, O. W.: The Common Law., sh. 1 : «The life of the law has not been logic : it has been experience.» Aynı fikir için bak: O. W. Holmes: Law in Science and science in law., sh. 44, «Bana öyle geliyor ki insanlar hukuka teori ile değil müşahhas dâvalarla başladılar ve uzun bir zaman katettikten sonra neticelerini sistemleştirdiler.»

(77) Howe, M. de W.: a. g. m., sh. 539

(78) Holmes, O. W.: The Path of the Law., sh. 459

(79) Howe, M. de W.: a. g. m., sh. 540

rini tamamen teslim etmektedir. Fakat bu, her iki kavramın nevi özelliklerini tefrikan mani değildir (80).

Holmes'e göre hukuk, ihlâl edildiği takdirde doğuracağı neticeler nazarı itibare alınmadan izah edilemez. Ahlâksız bir insan da ahlâk sahibi iyi bir insan kadar hukukun himayesinden müstefid olabileceğine göre, acaba hukuk nedir? Bu suale, hukuk üstün siyasî bir makamın, ferdleri muayyen bir istikamette harekete zorlayan, müeyyidelendirilmiş emridir (81); mantukî bir sistemdir;

ahlâkî prensiplerden istihraç edilmiş kaidelerdir mealinde cevaplar verilmiştir. Fakat Holmes bu cevapları reddeder. Ona göre hukuk «mahkemelerin yaptığı şeydir», hukuk ilmi de kehanet demektir; mahkemelerin yapacakları şeyin evvelden keşfedilmesi, evvelden kestirilmesi (82).

Holmes, hukuk ile ahlâk arasındaki farkı daha iyi belirtmek üzere «hukukî vazife» mefhumunu misâl alıp, ahlâkî mânası üzerinde durarak, bunun ahlâksız bir insan için ne ifade ettiğini araştırır. Ahlâksız insan için mühim olan, hukukun kendisine terettüp eden vazifeyi yapmadığı veya istenildiği şekilde ifa etmediği takdirde nasıl bir nahoş netice ile karşılaşacağını önceden bilmektir. Böyle bir insanın noktai nazarından da durumunu tâyin edecek husus, mahkemeden sadır olabilecek hükümdür. Görülüyor ki bu insanın nazarında etik prensiplerin hiç bir değeri yoktur (83).

(80) Holmes, O. W.: *The Path of the Law.*, sh. 460. Holmes, hukukun gelişmesinin beşer nev'inin ahlâkî gelişmesiyle paralel olduğunu; ahlâkın insan üzerinde ve iyi vatandaş yetiştirilmesi hususunda müessir bulunduğunu; Hukuk ile ahlâk arasındaki fark üzerindeki ısrarının tek sebebinin, hukukun kendine mahsus hususiyetlerini, fonksiyonlarını öğrenmek ve anlamak için olduğunu söyler.

(81) Holmes, O. W.: *Codes and Arrangement of the Law.* (44 Harv. L. Rev. 1930 - 31) sh. 728, (1th ed. 1870, 5 AM. L. Rev.)

(82) Holmes, O. W.: *The Path of the Law.*, sh. 461, «what constitutes law? The prophecies of what the courts will do in fact, and nothing more pretentious, are what I mean by the law.»

(83) Patterson, E. W.: a. g. e., sh. 119

Holmes, O. W.: *The Path of the Law.*, sh. 461

Holmes, hukuk lisanında kullanılan ızzar, kasıt, ihmâl gibi terimlerin mânâlarının ahlâktakinden farklı olduğunu belirterek, ahlâken takbih edilen hususların her zaman hukukî mesuliyeti mucip olmayacağını, buna mukabil, ahlâken cevaz verilen bazı hususların ise hukukî mesuliyeti icap ettirebileceğini pek haklı olarak ifade eder.

Bundan sonra Holmes, hukukun muhtevasını ve gelişme seyri-ni tâyin de rol oynayan faktörler ve kuvvetler üzerinde durur. O, bir çok müelliflerin iddia ettiğ i gibi, hukukun hâkimiyetten neşet ettiğ ine inanmaz (84), bunun için, eğer her karar, iktidar sahibinin despotik kuvvetinden neşet eden bir müeyyideye istinad etseydi veya kaideler insan aklının kaprislerinin eseri olsaydı; hukuk, üzerinde uğraşılmağ a değmeyen bir şey olurdu der. O halde Holmes'e göre hukukun aklî bir izahını yapmak gerekmektedir (85), ve bu izahı yaparken de, her hukukî sistemde rastlanılan aklî unsurlara bakarak, hukuken gelişmesinde tek bir faktörün, bilhassa mantığın yegâne müessir faktör olduğ u batıl iddiasına saplanmamak gerekmektedir. Mantığın, hukukta geniş bir anlamda kullanıldığ i takdirde, bir rolü vardır. Evren tetkik edildiğ inde, fenomenlerin kendilerinden evvelki ve sonraki fenomenlerle münasebet halinde oldukları görülür. Böyle bir münasebet olmaksızın hiç bir şey mevcut olamaz; aksi varit ise bir mucize ile karşı karşıyayız demektir. Hukuk için de aynı şey varittir: İletsiz ve neticesiz hukuk olamaz. İşte bu mânada hukuk, diğer vakıalarda olduğ u gibi, mantıkî bir vetirenin neticesi telâkki edilebilir. Tehlike, muayyen bir hukuk sisteminde, hukuku, cemiyeti tanzim ettiğ i hususunda kabul edilen bir iki mantıkî veya aklî prensipten istihraç etmiye kalktığ ımız zaman belirlemektedir. Bundan başka, hukukta mantığın neticesi olan tam bir kat'iyet de aramak beyhudedir. Nitekim mantıkî şekillerin gerisinde, teşriî faaliyetin temellerinde, hattâ bütün hukukî münasebetlerin derinliklerinde mevcut olan müphem ve gayri şuurî endişelerin ve şüphelerin sebebini, insanların, bir mesele hakkında tam ve doğru bir takdirde bulunmağ a, kat'î mantıkî neticeler elde etmeğ e muktedir olmadıklarını bilmeleri vakıası teşkil etmek-

(84) Holmes, O. W.: Codes and Arrangement of the Law., sh. 728

(85) Holmes, O. W.: The Path of the Law., sh. 465

tedir. Bu da bize, bir meseleye her zaman, en iyi şekilde tatbik edilecek mantıkî çarelerin mevcut olamayacağını göstermektedir. Her hâl çaresi, farklı zaman ve mekândaki cemiyetlerin birbirinden farklı tercihlerinin ifadesidir (86). Bir hukuk sistemi de, ancak mevcut olduğu zaman ve mekânın ihtiyaçlarını karşılaya bildiği, her kaidesi hizmet edeceği bir gayeyi muhtevi olduğu ve tahakkuku arzu edilen gayeler için gerekli prensipleri tâyin ve ifade edebildiği zaman en iyi, aklî ve medenî olabilir (87).

Demek oluyor ki, Holmes'e göre hukuk, düsturlarda kalan, mantık prensiplerinden istihraç edilen, etik veya felsefî nazariyeler tarafından talep edilen bir şey değil, yaşayan ve cemiyette tahakkuk eden bir müessesedir.

b — Hukuk ve Tarih Münasebeti - Hukukun Tarihi İzahı :

Holmes, hukukun tıpkı matematikte, olduğu gibi bir iki aklî prensipten istihraç edilemeyeceğini belirttikten sonra, hukukun aklî izahı yanında tarihî izahının da gerekli olduğunu beyan eder.

Holmes'e göre, insanlar pek çok şeyi, ataları, komşuları o şekilde yaptıkları için yaparlar. Bu bakımdan her sahada olduğu gibi, hukuk sahasında da, kaidelerin bekası bakımından taklid ve görenekler mühim bir rol oynarlar. Şu halde bir hukuk kaidesinin «ne için mevcut olduğuna», «niçin o şekilde ifade edildiğini» anlamak hususunda göreneklere, tarihe müracaat etmek normal ve hattâ zarurî olmaktadır (88).

Eski devirlerde insanlar, evrenin herhangi bir parçasını, onun muayyen bir gayeye uygunluğunu göstererek veya ilahî bir nizamın nihai illetine uygunluğunu isbat ederek izah etmeğe çalışırlardı. Bu gün ise, herhangi bir obje, bir sistem dahilinde ilk mebdesine kadar takip edilerek ve nasıl bir gelişme seyri takip ettiğine bakılarak izah edilmektedir. İşte bu modern tarihî izah vetiresini hukuka da tatbik etmek gerekmektedir (89). Zira mevcut hukuk kaide-

(86) Holmes, O. W.: *The Path of the Law.*, s. 465 - 467

(87) Holmes, O. W.: *a. g. m.*, sh. 469

(88) Holmes, O. W.: *a. g. m.*, sh. 469

(89) Cardozo, B. N.: *Mr. Justice Holmes.* (44 Harv. L. Rev. 1930 - 31).,

lerinin menşeleri ciddi bir şekilde arandığında salnâmelere, daha eski vesikalara meselâ, Frankların âdetlerine, Germen ormanlarına, Norman krallarının hususî ihtiyaçlarına kadar gitmek icap etmektedir. İşte bu vetire bize kaidelerin daima en iyi kaideler olduklarından dolayı değil, çok kere günümüze kadar uzanan bir geleniğin tesiriyle mevcudiyetlerini idame ettirdiklerini, bu tarihilik ve gelenekselliğin onları nazarmızda matlup kıldığını, meşruiyetlerinin bir bakıma alışkanlıktan ileri geldiğini göstermektedir (90). Hukuk, yaşayan bir bitkiye, binlerce sene evveline kök salarak yeni bir hayat için meyvalarını toplayan ve bu suretle özünü geliştirerek inkişâf etmeğe çabalayan bir bitkiye benzer (91). Hukuk, bir milletin asırlarca süren gelişme seyrini aksettirir. Şu halde hukukun ne olduğunu bilmek için, ne olmuş olduğunu ve hattâ ne olmağa mütemayil bulunduğunu (92), vaktiyle hangi gayeleri karşılamak için ısdar edildiğini (93), o zaman kaidenin ısdarını gerekli kılan şartların veya ihtiyaçların günümüzde baki kalıp kalmadığını araştırmak ve bilmek gereklidir. Bir çok müellifler kaidelerin mevcudiyetini aklı selime uygunluklarına raptetmektedirler. Bu anlayış şekli hatalıdır. Zira çok defa kaidelerin mahiyetine, Germen kabilelerindeki usullere veya Decemvir'lerin (94) idaresi altındaki Roma'nın sosyal şartlarına müracaat etmek suretiyle nüfuz etmek mümkün olabiliyor (95), hattâ bazen daha gerilere, iptidai kavimlerin inanç, âdet ve ihtiyaçlarına kadar inmek gerekiyor. Bu vakıa şöyle izah edilebilir: Çok defa iptidai inanç ve ihtiyaçların yarattığı bazı kaideler, asırların geçmesiyle, bunlara vücut

sh. 685. (Holmes, müteaddit araştırmalarında eski İngiliz adaletini, icra hukukunu v. s. yi inceliyerek hukukun derinliklerine kadar inmiş ve bu derinliğin, hukukun yüksekliğinin temelini teşkil ettiğini daima göz önünde tutmuştur.) Bak. Cardozo: a. g. m., sh. 683

(90) Holmes, O. W.: *The Path of the Law.*, sh. 469 - 470, 472

(91) Holmes, O. W.: *Law and Social Reform.* (The Mind and Faith of Justice Holmes.) sh. 39

Holmes, O. W.: *The Path of the Law.*, sh. 468

(92) Holmes, O. W.: *The Common Law.*, sh. 1

(93) Holmes, O. W.: *The Path of the Law.*, sh. 469

(94) Eski Roma'da on azalı hükümet heyeti.

(95) Holmes, O. W.: *The Common Law.*, sh. 2

veren âdet, ihtiyaç ve inançlar kaybolduğu halde baki kalmaktadırlar. Çünkü, bu kaideye vücut veren sebepler unutulduğu halde, bazı hünerli zekâlar bu bakiye kaidelerin, kendi zamanlarının ihtiyaçlarına nasıl cevap verebileceklerini araştırmağa koyulurlar. Böylece kaideler, kendileri için bulunan yeni hâl suretlerine rapte-dilerek yeni bir hizmet ifa etmeğe başlarlar. Şimdi, eski kalıplar yeni birer muhteva kazanmışlar ve hattâ kendilerini kazanmış oldukları bu yeni muhtevalara uydurmağa çalışır bir hale gelmişlerdir (96).

İşte pek çok hukuk kaidesinin tekevvün seyri bundan ibarettir ve bu tekevvün seyri bilinmedikçe de, kaidelerin mahiyetlerine nüfuz etmek pek mümkün değildir. Hernekadar hukuk, bir taraftan hayattan aldığı yeni prensipleri bir gayeye bağliyerek seyretmekte ise de, diğer taraftan da -hattâ çok defa- maziden intikâl eden kaideleri muhafaza ederek yaşamaktadır. Meselâ modern hukukta kabul edilen muhtelif mes'uliyet tiplerini inceliyecek olursak, menşelerinin iptidaî «öç alma» zihniyetine dayandığını görürüz (97). İstihdam edenin mes'uliyetini ele alalım: Hukuk tarihinde bu mes'uliyet nev'inin menşeiini eski Yunan ve Roma'da mevcut bir âdet teşkil etmektedir. Şöyle ki, hür bir şahsın esirinin veya hayvanının, diğer bir hür şahsa verdiği zararın bir «öç alma» vesilesi olmaması için, zarar veren esir veya hayvan mutazarırına terkedilirdi. Bu âdet, daha sonra, mal sahibinin merfaatını korumak üzere, esir veya hayvanın mutazarırına terki yerine, zararın tazmini âdetine inkılâb etmiştir. Bu sonraki âdet te asırlar boyunca zamanın ihtiyaçlarına ve aklın icaplarına uygun düşecek şekilde işlenerek günümüzdeki modern halini almıştır (98). Sonra bu gün bir hak v. s. temin etmemekle beraber, bazı iptidaî akit nev'ilerinin, mese-lâ sözlü yeminlerin hukuk sahasında hâlâ kullanıldığına, eski hukukun bir bakiyesi olarak yaşadığına şahit olmaktayız (99).

Demek oluyor ki, bir çok hukuk kaide ve müesseselerinin mahiyetlerine nüfuz edebilmek, günümüzün ihtiyaç ve gayelerini kar-

(96) Holmes, O. W.: a. g. e., sh. 2

(97) Holmes, O. W.: a. g. e., sh. 36 - 37

(98) Holmes, O. W.: a. g. e., sh. 9 - 10, 23

(99) Holmes, O. W.: a. g. e., sh. 247

şılamağa salih olup olmadıklarını anlıyabilmek için, bunların vaktiyle hangi gayelere hizmet ettiklerini ve hangi ihtiyaçları tatmin etmek üzere ısdar edildiklerini hukuk tarihi araştırmaları yaparak öğrenmek zorundayız.

Holmes, bu arada mühim bir noktaya işaret eder: Her ne kadar hukuku pratik bir zaviyeden inceliyorsak da, doğru ve sağlam neticelere ulaşmak için, hukuk tarihi araştırmalarının ilmî bir şekilde yapılması gerekmektedir (100). Sonra, hukukçu, kendisinin bir tarihçi olmadığını hatırla tutmalıdır. Çünkü araştırmalarında tarihçi için hukuk bir sabite teşkil ettiği halde, hukukçu için, daima değişiklik arzeden bir mûtâ olmaktadır (101). Ayrıca, tarihe müracaat hususunda ölçüyü fazla kaçırmamak da gerekmektedir; tarihe az müracaat kadar çok müracaat ta hata teşkil eder (102). Unutmamalıdır ki hâl, maziye nazaran kendini hükümran kılmak hususunda bir rüçhan hakkına sahiptir. Şu halde maziye ancak icap ettikçe başvurulacaktır (103). Nihayet, hukukun tetkikinde geçmişe (Holmes'in tabiriyle antikacılığa) bağlılığın tuzaklarına karşı uyanık bulunacak, maziye müracaatın, hukuk kaide ve müesseselerinin geçmişte hangi gaye ve ihtiyaçlara hizmet ettiğini öğrenmek suretiyle, kendi devrimizin hesabına istifade etmek gayesine matuf olduğunu daima hatırla tutacağız (104).

(100) Holmes, O. W.: Law in Science and Science in Law., sh. 452 - 462

(101) Holmes, O. W.: a. g. e., sh. 461. Holmes'e göre hukuk, daima sosyal gayelere cevap verme cehdinde olan bir müessesedir, sosyal gayeler de çarpışan çeşitli arzu ve menfaatlerin toplamı olduğuna, arzu ve menfaatler de her zaman ve mekânda farklı veçheler arzedeceğine göre, bu manzara değişikliği normaldir.

(102) Plucknet, T. F.: Holmes, The Historian. (44 Harv. L. Rev. 1930 - 31) sh. 713

(102 a) Holmes, O. W.: The Common Law., sh. 2
Holmes, O. W.: The Path of the Law., sh. 472

(103) Holmes, O. W.: The Black Spearheads of Change. (The Mind and Faith of Justice Holmes.) sh. 35

(104) Holmes, O. W.: The Path of the Law., sh. 471
Wigmore, John H.: Justice Holmes and Law of Torts. (29 Harv. L. Rev. 1915 - 16), sh. 605 - 606: Holmes, kaidelerin daima bir tarihi olduğunu düşünür ve Amerikan hukukunun Avrupa menşeli olduğunu ifade ederdi... Tarihin insanları yanıltma-

D — Holmes'in Fikirlerinin Değeri :

Holmes, hukukun sosyal hayatla ve cemiyette çarpışan menfaatlerle ilgisini belirterek Pound ve Cardozo üzerinde müessir olmuş, bu suretle «Sosyolojik Hukuk İlmi» nin ilk ve hakikî öncüsü sıfatını almağa hak kazanmıştır.

Holmes'in hukuk hakkındaki kanaat ve fikirleri gerek Avrupa'da gerek Anglo-Sakson âleminde muteber telâkki edilmekle beraber, pek çok hücumlara da hedef teşkil etmiştir. Bu tenkitlerin mihrak noktasını bilhassa, hukuk ve ahlâk arasında tefrik gereği ve hukuka ahlâksız bir insanın noktai nazarından bakılması hususları teşkil etmektedir. Meselâ Prof. L. Fuller, Holmes'in ahlâkla hukuku tefrik etmekle meseleyi aydınlatamadığını, eşasen böyle kat'i bir tefrikin hâtalı neticeler doğuracağını ifade etmektedir (105). Fakat şurası muhakkaktır ki Holmes'in ahlâk ve hukuk ayrılığı hakkında serdettiği fikirleri yanlış bir tefsirin kurbanı oluşturun. Çünkü o, hiç bir zaman sosyal hayatta ve hukukta ahlâkın rolünü inkâr etmemiş, hukukun ahlâkî hayatın şahidi ve haricî teminatı olduğunu; hukuk tarihinin, bir kavmin ahlâkî tarihinin tekâmülünü havi bulunduğunu (106) müteaddit defalar belirtmiş, böyle bir tefrikin lüzûmunda ısrar edişinin yegâne sebebinin, hukukun mahiyetini anlama ve öğrenme hususunda kolaylık sağlamağa matuf bulunduğunu ifade etmiştir. Henry M. Hart Jr. da Holmes'in, ahlâkî hukukun muhtevâsından ziyade kaynağı olarak kabul ettiğini, hukukun mahiyet itibariyle ahlâktan ayrı olduğuna kani bulunmakla beraber,

ması gereği üzerinde durarak, geçmişe bağlılığın her zaman bir vazife teşkil etmediğini belirtirdi.

(105) Howe, M. de W.: a. g. m., sh. 530 - 532

(106) Holmes, O. W.: *Collected Legal Papers.*, sh. 170, M. de Wolfe Howe naklediyor. Bak : a. g. m., sh. 541

Howe de bu sahadaki tenkitlere itiraz ederek Holmes'in «The Common Law» da «Hukuk kaideleri umumen kabul edilmiş ahlâk kaidelerine dayanan veya dayanması gereken kaidelerdir» dediğini, muarızlarının bu satırları görmemezlikten geldiklerini söylüyor.

içersinde ahlâkı da ihtiva ettiğini ifadeden kaçınmadığını belirterek, bu haksız tenkitlere itiraz etmektedir (107).

Holmes'in «Hukuk, mahkemelerin yaptığı şeydir» mealindeki tarifi de bir taraftan gene hukukun seyrinde ahlâkın rolünü reddettiğini mülâhazasıyla (108), diğer taraftan da bu tarifi davranışçılığın (behaviorism), yani hâkimlerin yapacakları şeyin ehemmiyet kazanması ve hâkimler için mazideki kaza memurlarının «davranışlarının» yegâne hukukî malzeme teşkil etmesi gibi bir netice tevhit edeceği, bu takdirde de hâkimden beklenen şuurlu araştırmaların bir hiç mesabesine ineceği korkusuyla red ve tenkit edilmektedir (109). Bu tenkitler de onun tezinin yanlış anlaşıldığını göstermektedir. Çünkü daha evvel gördüğümüz üzere, hukuku manevî ve moral hayatın şahidi ve teminatı olarak kabul eden Holmes, ahlâkın Hukuktaki rolünü inkâr etmemektedir. Hukuk «mahkemelerin yaptığı şeydir» mealindeki tarifinden de düsturlarda kalan değil, cemiyette tahakkuk eden kaidelerin asıl hukuku teşkil ettiğini anlamamız gerekmektedir.

Holmes'in hukukçulardan ve hâkimlerden ısrarla istediği, kelimelerin değil, meselenin esası üzerinde durmaları, cemiyetin taleplerini tahakkuk ettirmeleridir. Hâkim için en mukaddes vazife, «hizmetkârı olduğu cemiyetin taleplerini tam olarak değerlendirmesi» dir. Esasen onun (hâkimin) kudretinin menşeiini de bu vazife teşkil eder (110). Holmes, bu fikirleri serdetmekle kalmayıp bizzat tatbik etmiş bir hukukçu olarak karşımıza çıkmaktadır. Meselâ «Lochner v. New York (198 U. S.) 1905» dâvasında ekseriyetin kararına iltihak etmiyerek kaleme aldığı muhalefet şerhinde bu durumu açıkça müşahade edebilmekteyiz. Bu davanın konusu şu

(107) Hart, H. M. Jr.: **Holmes' Positivism - An Addendum.** (64 Harv. L. Rev. 1950 - 51) sh. 930

Friedmann, W.: a. g. e., sh. 454, Holmes, mutlak bir kıymetin mevcudiyetini kabul etmediği için, çeşitli hücumlara maruz kalmış, haksız bir şekilde bir cynik olarak tavsif edilerek, Hobbes ve Hitler'e dahi benzetilmiştir.

(108) Fuller, L.: **Reason and Faith in Case Law.** (59 Harv. L. Rev. 1946 - 47) sh. 376, 383

(109) Hart, H. M. Jr.: a. g. m., sh. 932 - 934

(110) Howe, M. de W.: a. g. m., sh. 542

idi : New York eyaleti, fırın işçilerinin günde on, haftada altmış saat çalışmalarını meneden bir kanun ısdar ederek, işçilerin sağlık durumlarını himaye etmek istemişti. Bunun üzerine, kanunun akit serbestisini, dolayısıyla Anayasayı ihlâl ettiği ileri sürülerek dâva açılmıştı. Federal Yüksek Mahkemede ekseriyet, kanunun lâfzına bakarak, işçi sağlığı ile ilgili olmadığını, esasen Yüksek Mahkemenin kanunun saiki ile ilgilenemeyeceğini ifade ile ve kanunun, akit serbestisini ihlâl ettiği kanaatine binaen, Anayasaya aykırı olduğunu beyan etmişti. Holmes, muhalefet şerhinde, akit serbestisini himaye eden genel kaidenin (Fourteenth Amendment) Spencer'in sosyal statüğü gibi telâkki edilemeyeceğini ve böyle genel mahiyeteki hükümlerin müşahhas davalara olduğu gibi tatbikinin hata teşkil edeceğini, kanunun saikinin aranmasının en doğru bir sureti hâl şekli olduğunu ve bu saikin de işçilerin sağlık durumlarını himayeye matuf bulunduğunu beyan ile, hâlâ laissez-faire formülünde ısrar eden bir kapitalist zihniyetin kötülüğünü belirtmişti.

Çalışan kadınların asgarî ücretlerini tâyin eden bir kanunun akit hürriyetini baltaladığı ve bu sebeple Anayasaya aykırı olduğu iddia edilerek Federal Yüksek Mahkemeye intikâl ettirilen «Adkins v. Children Hospital (261 U. S.) 1923» dâvasında Holmes, gene ekseriyetin kararına muhalif kalarak, çalışan kadınların asgarî ücretlerinin tâyininin, çalışma saatlerinin tâyini kadar, onların sağlık ve moral durumlarıyla ilgili olduğunu ve erkeklerin asgarî ücretlerinin tâyinine nazaran daha büyük ehemmiyet arzettiğini belirterek, kanunların gaf (teleolojik) bir tefsire tâbi tutulmalarının lüzumunu göstermişti. Holmes bilhassa «White-Smith Music Co. v. Apollo Co. (209 U. S.) 1908» dâvasında kanunun kelimelerinden ziyade ruhuna bakılması gereği hususunda ısrar etmişti. Bu dâvanın mevzuu şu idi : Davacı olan müzik kumpanyası iki şarkıyı notaya geçirterek bastırır. Davalı kumpanya da karşı tarafın müsaade almaksızın bu iki şarkıyı, o sıralarda «pianolas» adı ile meşhur olan, otomatik surette kendisine adapte edilen parçaları çalan piyanolara adapte ederek satışa arzeder. Davacı kumpanya, telif hakkının korunması için New York Seyyar Mahkemesine müracaat eder, burada ve Temyuz mahkemesinde davasını kaybedince, Federal Yüksek Mahkemeye baş vurur. Yüksek Mahkemede ekseriyet 1831 tarihli «Telif Hakkı Kanunu» nun bu nev'i müzik icrasına mütedair

hükümleri muhtevi bulunmadığını beyanla Seyyar Temyiz Mahkemesinin kararını tasdik eder. Halbuki «Telif Hakkı Kanunu» nun 15. maddesinde «pianolas» malûm değildir. Bu duruma vakıf olan Holmes, ekseriyetin kararına muhalif kalarak, kanunların zamanın şartlarına ve icaplarına göre tefsir edilmesi, kelimelerin gerisindeki esas gayenin bulunup çıkarılması gereğini savunmuştur.

Holmes, daima hukukun ana meselelerine temas eden, hukukun mahiyetinin, menşeinin, mevcudiyet sebebinin, maksat ve gayesinin ne olduğu suallerine cevap arayan realist bir hukukçu olmuştur. Case Law sisteminin gelişmesinde mantığın rolünün ne olduğunu (111) ve menşesindeki gaye ve ihtiyaç ortadan kalktığı halde tatbikte ısrar edilen kaide ve emsâllerin terki lüzûmunu belirtmekle Common Law'un gelişmesine zemin hazırlamıştır (112).

Holmes'in hukuk nazariyatına en büyük hizmeti, hukukun hakikatte insanlar tarafından yapıldığını, insanlığın bir parçası olması hasebiyle beşerî bir karaktere sahip bulunduğunu (113), tatbik edildiği veya edilebildiği nisbette müessir olabileceğini, en mühim vazifesinin, cemiyette çarpışan arzu ve talepleri karşılamak ve telif etmek olduğunu göstermek suretiyle, «Sosyolojik Hukuk İlmi» nin kuruluşuna müessir olmasıdır. Kanaatimizce Holmes'de en ziyade tenkit edilecek husus, dağınık çalışması ve fikirlerini bir sistem dahilinde işliyerek ifade etmemesidir.

(111) Cohen, M. R.: The Place of Logic in the Law. (29 Harv. L. Rev. 1915 - 16) sh. 622 : Holmes, hukukta mantığın rolünü tamamen inkâr etmemiştir. «The Common Law» da, pek çok hukukî meselelerin mantıkla, mantıkî tahlillerle nasıl halledilebileceğine dair mebzul misâller mevcuttur.

Coben, M. R.: Justice Holmes and Nature of Law. (31 Colum. L. Rev.) sh. 356

(112) Cardozo, B. N.: Mr. Justice Holmes. (44 Harv. L. Rev. 1930 - 31) sh. 685

(113) Holmes, O. W.: Brown University - Commencement. 1897. (Collected Legal Papers., sh. 164) T. F. Plucknet naklediyor : a. g. m., sh. 716

İKİNCİ BÖLÜM

SOSYOLOJİK HUKUK İLMİNİN KURULUŞU

I

ROSCOE POUND

§ 6. ŞAHSİYETİ :

Münevver bir ailenin çocuğu olan Pound, 1870 de Nebraska'da, Lincoln'de doğmuştur. Henüz onüç yaşında iken de Nebraska Üniversitesi'ne girmiş, burada klâsik ve botanik tahsil etmiş ve botanik sahasında doktora yapmıştır (1).

Klâsik ve botanik tahsili ile iktifa etmeyen Pound, 1889-1890 yılında Harvard Hukuk Fakültesine kaydolmuş, fakat, üç yıllık ders programını iki senede bitirmesine müsaade edilmediği için, birinci senenin sonunda fakülteyi terketmiş ve Lincoln'e dönerek pratik hukuk çalışmalarına başlamıştır. Bir müddet sonra Nebraska Temyiz Mahkemesi yardımcı hâkimliğine tâyin edilmiş, daha sonra Nebraska Hukuk Fakültesinde ve 1916-1936 yılları arasında Harvard Hukuk Fakültesinde hem hocalık hem de dekanlık yapmıştır (2). 1936 dan sonra muhtelif Amerikan üniversitelerinde hukuk ders-

(1) Pound'un yazılarında kendini gösteren tasnif merakı ve itiyadının, botanik tahsil etmesinden ileri gelmesi kuvvetle muhtemeldir.

(2) Patterson, E. W. : a.g.e., sh. 509 - 510.

Kocourek, Albert : Roscoe Pound as a Former Colleague Knew him. in «Interpretations of Modern Legal Philosophies.» Ed. by Paul Sayre. New York 1947, Oxford University Press. Sh. 421 - 422.

leri vermiş, pek çok mühim devlet işlerinde müşavirlik yapmıştır. Halen de kurmuş olduğu nazariye üzerinde çalışmakta ve bu konuda eserler vermeğe devam etmektedir (3).

Pound, hukuk üzerinde çalışmağa başladığı yıllarda Amerika'da hukuk nazariyesi son derece zayıf bir manzara arz etmekteydi. Bunun için Pound, gerek Avrupa, gerek Amerikan hukukçu ve sosyologlarının fikirlerinden istifade ederek, hukuk nazariyesine ilmi ve sistematik temeller bulmak istemiştir.

Pound'un mülhem olduğu Avrupa'lı müelliflerin başında Jhering, Kantorowicz ve Ehrlich, Amerikan müelliflerinin başında da E. A. Ross, W. Jones ve Holmes gelir. Pound, Jhering'den hukukta gayenin ve menfaatlerin ehemmiyetini, Kantorowicz ve Ehrlich'den de hukukun cemiyete istinad ettiğini; E. A. Ross'dan hukukun bir «sosyal kontrol vasıtası» olduğunu, W. Jones'dan ferdi menfaatlerin hukuktaki ehemmiyetini, Holmes'den de sosyal talep ve menfaatlerin cemiyet şartlarına göre tartılması ve değerlendirilmesi ve hukuk tarihi araştırmaları yapmanın gereğini öğrenmiştir.

Pound'un fikirlerinde, kısmen istifade ettiği müellifler de Hegel (Hukukun gelişme istikameti bakımından) ve Kohler (hukukun kültür mahsulü olarak kabul edilmesi bakımından) dir (4).

Şu hususu kabul etmek gerekir ki, Pound'un nazariyesi, büyük ölçüde kendinden evvelki hukukçuların çalışmaları ve nazariyeleri üzerine bina edilmiştir. Fakat bu husus, onun nazariyesinin kıymet ve orijinalitesinden hiç bir şey kaybettirmemektedir, bilhassa «Menfaatler Nazariyesi», kendine has bir özelliğe sahip olup, gerek Avrupada gerek Amerika'da ilgiyle karşılanmaktadır.

Pound, başlangıçta Ehrlich'in hukuk sosyolojisinin tesiri altında kalmışsa da, faydacı ve pragmatik zihniyetinin sevgiyle, daha sonraları nazariyesini, tamamen nazari bir ilim olan hukuk sosyolojisinden tefrik etmiştir. Pound'un hukuk nazariyesi daha ziyade emri bir hüviyet taşımakta ve bilhassa kanun vazına, hukukun ge-

(3) Patterson, E. W. : **Roscoe Pound on Jurisprudence**. (60 Colum. L. Rev. 1960, No. 8), sh. 1125 n.

(4) Patterson, E. W. : a.g.m., sh. 1128 - 1129, 1130 - 1131.

liştirilmesinde sosyal ilimlerden, sosyolojiden ve felsefeden istifade edilmesi hususunda tavsiyeleri havi bulunmaktadır.

Pound'un nazariyesinin hikmeti vücudünü anlıyabilmek için, evvelâ onun, muhtelif hukuk görüşleri ve nazariyeleri hakkındaki araştırmalarını kısaca incelemek faydalı olur kanaatindeyiz. Bu suretle Pound'un nazariyesine temel teşkil eden görüşlerin hangileri olduğunu ve niçin «Sosyolojik bir Hukuk İlmi» kurmak zaruretinin hissettiğini de öğrenebiliriz.

§ 7. ÇEŞİTLİ HUKUK NAZARİYELERİ HAKKINDA POUND'UN GÖRÜŞLERİ :

Pound, XX. yüzyılın başlarına kadar, hukukun mahiyeti ve hukuk ilminin vasıl olması gereken hedef hakkındaki görüşleri üç büyük gruba ayırır ve bunlara «Felsefi Mektep», «Tarihçi Mektep» ve «Tahlilci Mektep» adlarını verir.

Pound'a göre Felsefi Mektep kendi içinde üçe ayrılır : XIX. yüzyıl Tabii Hukuk Mektebi, XIX. yüzyıl hukuk düşüncesine hâkim olan Metafizik Mektep ve nihayet bir mektepler topluluğu manzarası arzeden Sosyal - Felsefi Mektep.

Tarihçi Mektep de felsefi metodu kullanan Alman Tarihçi Mektebi ile gerek tarihî gerek felsefî metodu birlikte kullanan İngiliz Tarihçi Mektebi'ni içine alır.

Tahlilci Mektebe gelince, eski ve yeni olmak üzere iki veçhe arzeder. Eski tipi, tamamen tahlilci metoda sadakati ile, tahlilci olduğu kadar tarihî metodu da kullanan daha sonraki İngiliz Tahlilci Mektebinden tefrik edilir (5).

Pound itibarlarını kaybeden bu eski mekteplerin yıkılmak üzere olduğuna ve bunların harabeleri üzerinde daha vaitkâr bir mektebin doğmakta olduğuna işaret eder. Ona göre, XX. yüzyıl hukukçuları, muhtelif hareket noktalarına sahip olmakla beraber, yeni bir zemin üzerinde birleşir görünmektedirler ki, bu müsterek zemine «Sosyolojik Mektep» adı verilebilir.

(5) Pound, R. : Scope and Purpose of Sociological Jurisprudence. (24 Harv. L. Rev. 1910 - 11) sh. 591 - 593

Burada, daha evvel de işaret etmiş olduğumuz gibi, Pound'un nazariyesine, tabir caizse temel taşları vazifesini gören bu mektepler üzerindeki orijinal görüşleri üzerinde durmak faydalı olacaktır. Çünkü Pound, bu mektepleri incelerken hem hukuk teorisi hakkında malûmat sahibi olmak gayesini gütmüş, hem de hukuk düşüncesinde tecerrüdün terkedilmesiyle sosyolojik bir hukuk anlayışının nasıl doğduğunu ve bu sosyolojik hukuk anlayışının «Sosyolojik Hukuk İlmi»ne ne suretle zemin teşkil ettiğini göstermek istemiştir.

Pound, bütün XIX. yüzyıl mekteplerini (Tahlilci, Tarihçi ve Felsefi Mektepleri) medeniyetin gelişmesiyle ve cemiyette cereyan eden sosyal hadiselerle ilgilenmemeleri bakımından tenkit eder. Bu yüzyıla hâkim olan üç büyük mektebin kullandıkları tarihî felsefî ve tahlilci metodlar bir itiyad neticesi, uzun zaman hukuk ilminin yegâne metodları olarak kabul görmüş, fakat kendilerinden hiç bir zaman tam mânasıyla istifade mümkün olmamıştır. Pound, Tahlilci Mektebin bir nev'i «Mefhumlar İlmi» tesis ettiğini, gelecekte surette kabul edilen mefhumları, tahliller ve dedüksiyonlar vasıtasıyla, her yeni durumu halletmek üzere kullandığını, hukukî öncüllerin hangi gayeye hizmet ettiklerini araştırmadığını, Tenkidî ve deontolojik bir hukuk anlayışını hukuk ilminin haricinde bir husus telâkki ettiğini belirterek, hukuku bir hükümler kuvvet tarafından tesis edilmiş emrî kaideler mecmuası kabul eden tahlilci nazariyenin, cemiyette beliren tanınmaya ve himayeye muhtaç menfaatlerle ilgilenmediğini, tenkit edilecek bütün bu hususların Tarihçi ve Felsefi Mektepler için de varit bulunduğunu ifade eder (6). Bundan sonra Pound, siyasî, ekonomik ve sosyal ilimlerin gelişmesiyle Avrupa'da yeni bir cereyanın, «sosyolojik temayüllü» bir cereyanın doğuşuna işaret eder.

Bu yeni istikametteki cereyan, ilk önce Alman'ya'da Tarihçi Mektep mensupları arasında başlamıştır. Bu mektep mensupları, tarihî metodun yanına etnolojik metodu da ilâve etmek zaruretini his-

(6) Pound, R. : *Fifty Years of Jurisprudence*. (51 Harv. L. Rev. 1937 - 38). sh. 444 - 445.

Bak. R. Pound : *Scope and Purpose of Sociological Jurisprudence*.

setmişlerdir. 1878 de de Dahn, hukuku cemiyetin bir müessesesi olarak tarif etmiş ve hukukun ilmi felsefesinin ancak mukayeseli hukuk araştırmalarıyla sağlanabileceğini belirtmiştir. Daha sonra İtalya'da Nani, tarihi ve Tabii hukuk nazariyelerinin hareket noktalarını reddederek hukuk ilminin mukayeseli etnoloji ve antropoloji üzerine tesis edilebileceği tezini savunmuştur. Bu cereyan çok geçmeden İngiltere'ye sirayet etmiş, bu memlekette de tarihi ve tahlilci metodların yanıbaşında mukayeseli metod itibar kazanmaya başlamıştır. (7) Böylece Pound, XIX. yüzyıl sonlarında hukukçuların, felsefi tarihi ve tahlilci metodların, tek başlarına kullanıldıklarında kiyafetli olmadıklarını, ancak tamamlayıcı birer metod olarak kendilerinden istifade edilebileceğini idrak etmeğe başladıklarını belirtir. Bu yeni uyanışın neticesinde XX. yüzyıl hukukunu hazırlayan üç büyük mektep doğmuştur. Pound, bunlardan ilkinin sosyolojik temayüllü «sosyal - Felsefi Mektep», ikincisinin Marksist nazariyenin tesiri altında hukuk müesseselerinin ekonomik tefsirine mütemayil «Ekonomik Mektep (Hukukun ekonomik tefsiri) ve üçüncüsünün de hukuku bir sosyal müessese olarak kabul eden ve hukuki müesseselerin fonksiyonel araştırmasına tevessül eden «Sosyolojik Mektep» olduğunu söyler. (8)

Pound, sosyal - Felsefi Mektebin mütecanis bir mektepten ziyade, farklı görüş noktalarından hareket eden sosyolojik temayüllü bir mektepler grubu teşkil ettiğini belirterek bu tâli mektepleri dört grupta mütalâa eder : «Sosyal Faydacılar,» «Neo - Kantistler,» «Neo - Hegelyanlar» ve «Tabii Hukuk Rönesansı Mensupları.»

Pound'a göre hukuk ilminde radikal değişmeler, sosyal - Felsefi Mektebin öncüsü olan sosyal faydacıların dikkat nazarlarını hukukun mahiyetinden, maksad ve gayesine çevirmeleriyle başlar.

Sosyal faydacıların lideri Jhering, Tarihçi Mektebin klâsik Roma hukuku üzerine inşa ettiği mefhumlar içtihadının faydasızlığını görerek, nazariyesinde hakikatlere dayanmak istemiştir. Pound,

(7) Pound, R. : **Scope and Purpose of Sociological Jurisprudence.** Sh. 613 - 616.

(8) Pound, R. : **Fifty Years of Jurisprudence.** sh. 446 - 47.

Pound, R. : **Scope and Purpose of Sociological Jurisprudence,** sh. 618.

Jhering'in hayata hâkim olan maksad ve gaye üzerinde durduğunu ve kollektif hayatın ilmini teşkil eden hukukun bu bakımdan gai (teleolojik) metodu kullanması gerektiğini belirtmekle büyük bir iş başarmış olduğunu söyler.

Pound'a göre Jhering'in nazariyesi, gerek hukukçuları gerek pratisyenleri, uğraştıkları meselenin şuuruna varmaya sevketmiştir. Hukuk ilmine en büyük hizmeti de cemiyette hakların teminatını teşkil eden «menfaatlerin» nazarı itibare alınması gereğini göstermesi bakımından olmuştur (9). Böylece klâsik tabii haklar tablosu, hukukun korumağa mecbur olduğu, kanun vazının siyasî ve ahlâki ehemmiyetini gözettiği bir menfaatler tablosu haline inkılâb etmiştir (10).

Pound, Jhering'in nazariyesinde, hukukun sosyal gayelerle irtibatını göstermesi ve muhtelif menfaatleri korumakla ilgili fonksiyonuna işaret etmesi bakımından «Sosyolojik Hukuk İlmi'ne pek büyük hizmetler gördüğünü kabul eder (11).

19. yüzyılın sonlarında Almanya'da tabii Hukuk Mektebinin yerini Felsefi Mektep almış, daha sonra Tarihçi Mektebe karşı, hukukçuların tepkileri başlamıştı. Bu tepkiler tahlilci eğilimli sosyal faydacılarla, felsefi eğilimli Neo — Kantistleri ortaya çıkarmıştır.

Pound, Neo — Kantist'lerin felsefi hukuk nazariyesinin, günümüz hukukunun temelini teşkil eden «menfaatler'in tanınması, sınırlandırılması ve himayesinde ölçü teşkil eden kıymet problemi ile ilgilenmesi bakımından ehemmiyet arzettiğini kabul eder (12).

Pound'a göre, Neo — Kantistlerin «Sosyolojik Hukuk İlmi'ne en büyük faydaları ferdiyetçi felsefe yerine, sosyal felsefeyi ikame etmeleri ve sosyal adaletin ehemmiyetini belirtmeleri olmuştur (13).

(9) Pound, R. : **Fifty Years of Jurisprudence**. sh. 447.

(10) Pound, R. : **Scope and Purpose of Sociological Jurisprudence**. sh. 143.

(11) Pound, R. : **a.g.m.**, sh. 145 - 147.

(12) Pound, R. : **a.g.m.**, sh. 448 - 449.

(13) Pound, R. : **Scope and Purpose of Sociological Jurisprudence**. sh. 150 - 154.

Pound, Almanya'da tarihçi mektebin yıkılışının, tarihî metodun terki neticesini tevlid etmediğini, zira doğru kullanıldığı takdirde, bu metodun, hukukun hayatla telifini mümkün kılabileceği hususunun umumen kabul edilmiş olduğunu belirtir. Ona göre, Neo — Hegelyanlar, tarihî metodu muhafaza ve inkişaf ettirerek, hukukun milletlerin kültürlerinin mahsulü olduğunu ve nihayet hukukun antropoloji, etnoloji ve ekonomi ile münasebetini göstererek sosyolojik Hukuk ilmine hizmet etmişlerdir (14).

Pound, XIX. yüzyıl sonlarında Fransa'da C Charmont'la beraber tabii hukuk cereyanının yeniden nüfuz kazanmağa başladığını; fakat 1891 senesinde başlıca gayesi, ferdî devlete karşı korumak olan ve kökleri insan hakları beyannamelerine dayanan siyasî tabii hukuk nazariyesini yeniden ele alarak, hukuku bunun üzerine inşa etmek isteyen «siyasî idealizmin» veya «tabii hukuk rönesansı»nın, klâsik tabii hukuktan farklı olduğunu belirtir. Çünkü bu cereyan içersinde âdalet eski mutlak ve ebedî değer ve manaasını kybetmiş, kazaî faaliyet, cemiyetin değişen şartları nazarı itibare alınarak tahakkuk ettirilen ; zaman ve mekân şartlarına göre değişen muhtevaya sahip bir adalet olaraak kabul edilmeğe başlamıştır (15).

Pound, bütün sosyal - felsefî mekteplerde sosyal ilimlerin neticelerini birleştirmek ve bunlardan istifade etmek temayülünün müsterek olduğunu, belirterek bu mekteplerin, nazariyelerinde cemiyetteki arzu, talep ve menfaatlerin değerlendirilmesi meselelerine yer vermek suretiyle, sosyolojik temayüllü hukuk nazariyelerinin kurulmalarına hizmet etmiş olduklarını kabul eder (16).

Pound, tarihin tefsir tarzının hukuka da aksettğini belirtir ve hukuk ilmine akseden bu tefsir şekillerini şöyle hülâsa eder : Hegel'de en yüksek derecesine ulaşan «İdealist tefsir», «Dini tefsir», «Siyasî tefsir» «Coğrafi tefsir», «Etnolojik tefsir», «Kültürel tefsir» ve nihayet «Ekonomik tefsir».

(14) Pound, R. : a.g.m., sh. 155 - 158.

(15) Pound, R. : a.g.m., sh. 159 - 162.

Pound, R. : **Fifty Years of Jurisprudence**, sh. 464 - 66.

(16) Pound, R. : **Fifty Years of Jurisprudence** sh. 471 - 72.

Pound, R. : **An Introduction to the Philosophy of Law**. New Haven 1950, Yale University. Press, 8 th. ed. sh. 94.

Ekonomik tefsir en yüksek seviyeye Marx'da ulaşmıştır. Marx'a göre «ekonomik müesseseler, tarihî kategorileri şekillendirir, bu sebeple tarihin kendisi ekonomik tekâmülün ışığı altında tefsir edilmelidir (17).

Pound, ekonomik tefsirin, XX. yüzyıl başlarında Anglo - Sakson âleminde de taraftar bulunduğuna, Brooks Adams ve Bohlen tarafından Anglo —Amerikan hukuk tarihine tatbik edildiğine işaret eder. Adams'a göre hukuk, ekonomik muharriklerin sevkettiği, ekonomik bakımdan hâkim sosyal sınıfların daha zayıflara karşı kendi menfaatlerini korumak üzere empoze ettiklerini diktalar (18).

Pound, Marx'ın sınıf mücadelesi fikrinin tesiri altında kalan bütün görüşlerde, XIX. yüzyıl hukuk düşüncesine hâkim olan, hukuku tek bir izah tarzına bağlama temayülünü müşahede eder (19). Ekonomik tefsircilerin hepsinin kanaati, cemiyetin sosyalist bir şekilde teşkilâtlandırılmasıyla, sınıf zıddiyetinin, dolayısıyla hukukun ortadan kalkacağı noktasında toplanır (20). Pound, ekonomik tefsircilerin, hukukta geleneksel elemanların ehemmiyetini idrak edemediklerini belirtir. Ona göre, Hukukun temelini ekonomik vakıalar teşkil etse dahi, bu temeli sınıf mücadelesi olarak kabul etmemek gerekir; olsa olsa yeni beliren ihtiyaç ve menfaatlerin baskısıyla tedricen değişen ekonomik şartlar hukuka temel ittihaz edilebilir (21).

Pound'a göre ekonomik tefsirciler iktisadî menfaatler haricindeki diğer menfaatleri hiç nazarı itibare almamışlardır. Ancak bu ekol mensuplarının çalışmaları, Amerikan cemiyetinde başlayan ve tedricen gelişen sınıf teşkilâtlanmasından bihaber bulunan hâ-

(17) Pound, R.: **Scope and Purpose of Sociological Jurisprudence.** sh. 163.

(18) Pound, R.: **Fifty Years of Jurisprudence.** sh. 778 - 79.

(19) Pound, R.: **a.g.m.,** sh. 780.

Pound, R.: **The Economic Interpretation and the Law of Torts.** (53 Harv. L. Rev. 1939 - 40), sh. 365 - 366.

(20) Pound, R.: **Fifty Years of Jurisprudence.** sh. 780.

(21) Pound, R.: **a.g.m.,** sh. 784 - 785.

Kim ve hukukçuları ikaz etmek bakımından faydalı olmuştur (22).

Pound'un 1910-1911 yıllarındaki kanaatına göre sosyolojik mektep henüz gelişme devresinde olup, sosyolojik temayüllü hukukçulardan ziyade, sosyologlar arasındaki farklı görüşleri aksettirmekteydi. Mâmafih, bu durum, hukuk ilminde bir sosyolojik cereyanın başladığının inkârı demek değildi (23).

Pound, sosyolojik Hukuk İlminin kuruluşunu hazırlayan sosyolojik mektebin bir anda yetkinliğe ulaşamadığını, «mekanik», «biyolojik» ve «psikolojik» safhalardan geçerek nihayet, çeşitli sosyal ilimlerin verilerinin ve metodlarının «telif ve terkibi» safhasına ulaştığını belirtir. Bu vakte kadar klâsik hukuk nazariyeleri, hukuku hayattan tecrid ederek ele aldıklarından, onun sosyal vakıalarla yakın ilgisini görememişlerdir. XX. yüzyılın başlarında, sosyal ilimlerin ve bilhassa sosyolojinin gelişmesiyle, hukuk adı verilen müessesenin sosyal hayatla ve cemiyette hâkimiyet için çarpışan menfaatlerle ilgisi üzerinde durulmağa başlanmıştır. Pound, bu suretle modern hukuk ilminin fonksiyonel bir davranış kazandığını, diğer sosyal ilimlerin yardımlarından istifade etmeğe başladığını ve beşerî talep, arzu ve ihtiyaçların, beşerî menfaatlerin tatminini ön plâna aldığını söyler (24).

Pound, hukuk nazariyesindeki bu telif ve terkip safhasının Amerika'da Holmes, Bigelow, Thayer ve Maitland'la (25) başladığına işaret ettikten sonra, kurmuş olduğu sosyolojik hukuk nazariyesinin durumunu incelemeğe ve esaslarını vazetmeğe başlar.

§ 8. SOSYOLOJİK HUKUK İLMİNİN DURUMU VE ESASLARI :

Pound'a göre sosyolog hukukçular, insanların birbirleriyle münasebetlerinde ne şekilde davrandıklarını, bu münasebetleri iyi bir şekilde idame ettirebilmeleri için nasıl hareket etmeleri gerektiğini ;

(22) Pound, R. : a.g.m., 781 - 784, 785.

(23) Pound, R. : *Scope and Purpose of Soc. Juris.* sh. 489, (Pound burada hukuk sosyolojisi cereyanını ima etmektedir.)

(24) Pound, R. : a.g.m., sh. 503 - 509.

Pound, R. : *Fifty Years of Jurisprudence.* sh. 811 - 12.

(25) Pound, R. : *Scope and Purpose of Soci. Juris.* sh. 510 - 512.

Medeniyetin gelişmesinde sosyal, ekonomik, siyasî ve hukukî müesseselerin veya ahlâkî hükümlerin ne dereceye kadar rol oynadıklarını (26) bilmek mecburiyetindedirler. Ayrıca, kanun vaz'ında, hukuk kaidelerinin tefsir ve tatbikinde başarı sağlanabilmesi için de sosyolog hukukçuların, hukuk kaidelerinin taallûk ettikleri veya tatbik edilecekleri sosyal vakıaların neler olduğunu araştırmaları ve öğrenmeleri gerekmektedir (27). Nihayet bunlar, yaptıkları tetkik ve araştırmaların neticelerinden kanun vazıları ile kanunları tefsir ve tatbikle ilgili olan hâkimleri istifade ettirmek, onlara yol göstermek mükellefiyetini de yüklenmek zorundadırlar.

Şu halde Sosyolojik Hukuk İlmi mensuplarının hususiyetleri şöyle özetlenebilir :

- (1) Hukukun mücerred muhtevasından ziyade, hayattaki tahakkukuna ve işleyişine bakmak.
- (2) Hukuku, insanın aklî gayretleriyle ıslâh edilebilecek sosyal bir müessese telâkki etmek ve bu kabil gayretleri destekliyecek ve idare edecek en müessir vasıtaların keşfini hukukçular için bir vâzife saymak.
- (3) Hukukun müeyyidesinden ziyade, hizmet ettiği sosyal gayeler üzerinde durmak.
- (4) Kanun hükümlerini, sabit kalıplar olarak değil, sosyal bakımdan adalete götürecek rehberler telâkki etmek.
- (5) Nihayet, çalışmalarında pragmatik felsefeden ilham almak (28).

Sosyolojik Hukuk İlminin konusuna ve çalışma programına gelince, Pound, 1911 - 12 senelerinde bu hususu şöyle tesbit ve hülâsa etmiştir :

-
- (26) Pound, R. : **The Call for a Realist Jurisprudence**. (44 Harv. L. Rev. 1930 - 31), sh. 703.
- (27) Pound, R. : **Scope and Purpose of Sociological Jurisprudence**, sh. 512 - 513.
- (28) Pound, R. : **a.g.m.**, sh. 516.

- (1) Herşeyden önce hukukî müessese ve nazariyelerin cemiyet-teki fiilî sosyal neticelerini ve tesirlerini incelemek. (Demek oluyor ki hukuk ilminde artık, hukukun muhtevasından ziyade, onun hayattaki tahakkuk şeklini ve işleyişini ön plâna almak gerekmektedir.)
- (2) Kanun vazına, hukukun hazırlanmasında yardım etmek üzere sosyolojik tetkikler yapmak. Bu suretle yalnız tahlilci ve yalnız mukayeseli metodla iktifa etmemek lâzım geldiği anlaşılmış bulunmaktadır. Sonra en mühim bir mesele olarak, kanunların tatbikatta ne gibi neticeler hasıl edeceğini önceden araştırmak ve tahminlerde bulunmak gerekmektedir).
- (3) Kanun kaidelerini müessir kılacak vasıtaların neler olabileceğini araştırmak. (Pound, bu hususun şimdiye kadar tamamen ihmal edildiğini, eskiden kanunların vazedilmekle kendilerini derhal infaz edeceklerinin sanıldığını, hakikatın ise bunun tamamen tersi bulunduğunu ifade eder.)
- (4) Sosyolojik esaslara müstenid bir hukuk tarihi araştırması yapmak.
(Fakat bu araştırma yalnız hukukî nazariyelerin ne şekilde geliştiğine taallük etmekle kalmıyarak, geçmişte hangi sosyal faktörlerin bu hukuk nazariyelerini tevhit ettiğini de gösterecektir. Böyle bir hukuk tarihi araştırmasında, geçmişte hukukun sosyal, ekonomik ve psikolojik şartların tesiriyle nasıl zuhur ettiğini ve kendini bu şartlara nasıl uydurduğunu öğrenmek suretiyle, bu bilgilerden bu günkü kanun yapma faaliyetinde istifade edilecektir.)
- (5) Müşahhas ferdî ihtilâflarda, kanunun hakkaniyete uygun bir tatbikini sağlamak. Bunun için kanun maddelerini, hâkimi âdil neticeye sevkedecek umumî rehber prensipler telâkki ederek, dâvada tarafların taleplerini müessir bir şekilde karşılayabilmesi için hâkime serbesti tanımak.
- (6) Nihayet, bütün bu hususların birer vasıta teşkil ettiğini,

esas maksadın, hukukun kendi gayesini müessir bir şekilde tahakkuk ettirmesine yardım etmek olduğunu kabul ederek, hukukun gaf (teleolojik) bir tetkikini yapmak (29).

Görülüyor ki Pound'un kurmuş olduğu hukuk nazariyesi sosyolojik bir hüviyete sahiptir. Nazariyenin başlıca gayesini de hukuku bir cemiyet ilmi olarak geliştirmek; hukuku, sosyal ilimlerin (felsefe etik, siyaset ve sosyoloji gibi) neticeleriyle teçhiz etmek; cemiyette, tanınmaları hususunda baskı yapan beşerî ihtiyaç, talep ve arzuları, bir kelime ile beşerî menfaaatleri hukuk vasıtasıyla düzenlemek ve uzlaştırmak ki Pound bu vetireye «Sosyal Mühendislik adını verir» — meseleleri teşkil etmektedir.

Pound, Sosyolojik Hukuk İlminin çalışma programını tesbit ettikten sonra eser ve makalelerini, büyük ölçüde bu programa giren konulara hasretmiştir. Bunların başında hukukun mahiyeti ve elemanları, hukukun gayesi ve bilhassa hukukun tanımak ve korumakla görevli bulunduğu çeşitli menfaatlerin tanzim, tasnif ve telifi meseleleri gelir. Şimdi bu konuları yakından inceliyeceğiz.

§ 9. POUND'UN HUKUK ANLAYIŞI :

A — Hukukun Mahiyeti ve Unsurları.

Pound, cemiyetlerin teşkilâtlanmaya başladıkları ilk zamanlardan beri, bilhassa adaletin ne suretle gerçekleşeceği hususunu araştırdıklarını ve adaletin gerçekleşmesinde hukuktan medet umduklarını belirtir. Fakat buna rağmen, zaman zaman menfaatleri koruyacak, tahakkuk ettirecek ve böylece adaleti gerçekleştirecek olan hukukun mevcudiyetine itiraz edildiğine, adaletin hukuksuz da gerçekleşebileceğine mütedair fikirlerin serdedildiğine işaret eder. Meselâ XIX. yüzyıl felsefî anarşistleri, müfrit bir hürriyet taraftarı olarak, cemiyette sosyal kontrolün cebirsiz, hukuksuz ve devletsiz dahi işleyebileceğini, ahlâkî hasletlere sahip insanların aralarındaki nizaları, kendi hür iradeleri ve akli selimleri ile halledebilecekleri tezini savunmuşlardır. Bunların yanı sıra Marxisler de, hukukun bir

(29) Pound, R. : a.g.m., sh. 513 - 515.

(30) Pound, R. : The Task of the Law. sh. 11 - 13 - 18 - 19.

istismar vasıtası teşkil ettiğini, sınıflara vücut veren hususî mülkiyet müessesesinin ilgasiyle, hukuka ihtiyaç kalmıyacağını, bunun neticesinde cemiyetteki nizamın hukuksuz da sağlanabileceğini iddia etmişlerdir (30).

Pound bu fikirleri reddederek, tarihte hiçbir zaman hukuksuz cemiyetlere rastlanmadığını belirtir. Ve Cemiyetlerin teşkilâtlanmalarına muvazi olarak, en mühim bir sosyal kontrol nev'ini teşkil eden hukukun da kuvvetlenip, teşkilâtlandığına dikkati çeker.

Tecrübeler, hukuksuz adalet idealinin, bilhassa münkeşif ekonomik nizama sahip cemiyetlerde beşer psikolojisine aykırı olduğunu göstermiştir. Pound, adaletin, hukuksuz gerçekleşmeyeceğine dair ciddi karinelerin mevcudiyetini belirtir. Bir kere insanda, diğer insanları kendine tâbi kılmak hususunda kuvvetli bir meyil, insiyak mevcuttur. Bu meyil çok defa otorite korkusu ve cebir ile önenebilir. Sonra, gelişen ve gittikçe müdilleşen ekonomik nizam içersinde fertlerin emniyetle muamelelerde bulunabilmeleri için, herkesin bilebileceği muayyen kaide ve formüllere ihtiyaç vardır. Tecrübeler — kendilerinden medet umulan — en yüksek seviyesine ulaşan ahlâk ve adalet hissiyatının, çatışan talep ve menfaatleri uzlaştırmak hususunda kifayetsiz kaldığını göstermiştir. Nihayet, ekonomik nizamın gelişebilmesi için muayyen prensip ve kaidelere ihtiyaç vardır. Meselâ, ekonominin gelişmesinde rol oynayan iş bölümü vakıası, hürriyetlere bazı tahditler ve takyidler vazını icap ettirmektedir. Bu tehdit ve takyidlerin vazında kat'iyet, muayyeniyet ve eşitlik olmasa, ekonomik gelişme aksar (31).

Pound, hukukun mevcudiyetinin elzem olduğunu belirttikten sonra hukukun mahiyeti ve unsurları meselesini inceler.

Sosyal kontrolün en müessir bir nev'ini teşkil eden hukukun, mahiyet ve cevheri meselesi eski Yunandan beri münakaşa konusu olmuştur. Pound hukukun, mevcut olduğu devirlerin hususiyetlerine göre çeşitli izah tarzlarına raptedildiğini belirtir. Meselâ dinî inançların insanlara hakim olduğu ilk zamanlarda hukuk, uluhiyetin beşer hareketlerini tanzim hususunda ısdar ettiği kaideler ola-

(31) Pound, R. : a.g.e. sh. 15-18.

rak (32), ikinci bir adımda ilâhlar tarafından şâyanı kabul adde-
dildiği sanılan eski adetler olarak kabul edilmiştir. Daha sonraları
hukuka Roma İmp. da eşyanın tabiatını izah eder felsefî prensipler
sistemi klâsik, tabii hukuk telâkkisinde insanlar arasında aktedilmiş
mukavelenin mahsulü ; Justinyen devrinde üstün otoritenin emirleri
Orta Çağda, kâinata hükmeden ilâhî aklın eseri olarak bakılmıştır.
XVII ve XVIII. yüzyıllarda hukuk Fransız Monarşisinin merkezileş-
mesi sırasında tekrar üstün otoritenin iradesinin mahsulü telâkki
edilmeğe başlanmıştır (33). XIX yüzyılda ise hukuk, beşer tecrü-
belerinin neticesinde keşfedilen veya felsefî araştırmalarla bulunan,
hukukî eser ve kazaî kararlarla geliştirilen prensipler sistemi ; eko-
nominin gelişmesi ve hukukun ekonomik tefsiri neticesinde ekono-
mik bakımdan hâkim sınıfların istismar vasıtası olarak kabul edil-
miştir (34). Hukukun mahiyeti hakkında revaç bulan diğer görüş-
lere göre ise hukuk, bazen kuvvet mahsulü (35), bazen de demok-
rasi cereyanının kuvvetlenmesi sırasında çoğunluğun iradesini tem-
sil eden resmî merci ve memurların yaptığı kaideler şeklinde tarif
edilmektedir (36).

Pound'a göre, hukukun mahiyeti hakkında hakikate en yakın
görüş, onu, çarpışan beşer arzu ve taleplerini değerlendiren, uzlaş-
tıran kaide veya prensipler mecmuası, sosyal kontrol'ün hususî bir
nev'i olarak kabul eden görüştür (37).

(32) Pound, R. : **An Introduction to the Philosophy of Law** sh. 60.
Pound, R. : **Individual Interests of Substance Promised Advan-
tages** (59 Harv. L. Rev. 1945 - 46), sh. 1213.

(33) Pound, R. : **a.g.e.**, sh. 64.

(34) Pound, R. : **a.g.e.**, sh. 66.

Pound, R. : **The Task of the Law** sh. 18.

(35) Pound, R. : **Justice According to Law** sh. 46

(Pound'a göre hukukun kuvvet mahsulü olduğunu iddia eden-
ler, hukukun, medeniyeti desteklemek ve ilerletmek husunda,
bir kudretin istimalinin sistematize ederek daha müessir kılan
bir müessese teşkil ettiğini görememekteler).

(36) Pound, R. : **a.g.e.**, Sh. 32 - 35.

Pound, R. : **An Introduction to the Philosophy of Law** sh. 68 -
69, 99.

(37) Pound, R. : **a.g.e.**, sh. 48, **A comparison of Ideals of Law** (21 Harv.
L. Rev. 1907 - 1908), sh. 1, Foreword of the «Law and Social

Bundan sonra Pound, «Hukuk» teriminin hangi manaları kapsadığını araştırır ve başlıca üç mânayı ifade etmek üzere kullandığını belirtir :

(1) Hukuk terimi evvelâ «Hukukî nizam» manasına gelmek üzere kullanılmaktadır. Yani burada hukuk, siyaseten teşkilâtlanmış cemiyetin kudretinin sistematik tatbikiyle, beşeri faaliyet ve münasebetlerin tanzim edildiği bir rejimi ifade etmektedir.

(2) Sonra, en eski ve en uzun süren ve Romalılardan beri kabul edilen mânada hukuk, siyaseten teşkilâtlanmış muayyen bir cemiyetteki hukuk kaideleri, kanunlar mecmuası olarak kabul edilmektedir ki, bu anlamda hukuk, kazaî ve idarî faaliyeti tanzim eden, rehber durumunda ve otoriter zemine müstenit teknik kaideler, prensipler, mefhumlar ve standartlar mecmuasını ifade etmektedir.

(3) Nihayet hukuk, davaların, ihtilâfların hallini tâyin eden vetireyi, Cardozo'nun tabiriyle «kazaî faaliyeti» ifade etmek üzere kullanılmaktadır. Fakat bugün «kazaî faaliyet» teriminin yanına «idarî faaliyet» teriminin de ilâvesi gerekmektedir (38).

Pound, hukuk teriminin kapsadığı bu üç geniş mânanın «sosyal kontrol» terimi başlığı altında toplanabileceğini belirttiikten (39) sonra hukukçuları, kazaî ve idarî faaliyet vasıtasıyla adaletin sağlanmasında, bilhassa ikinci mânada kullanılan «hukuk» un ilgilendirdiğini ve bunun hukuk ilminin konusunu teşkil ettiğini söyler. Pound'a göre bu ikinci mânada kullanılan hukuk, tek bir elemandan değil başlıca üç elemandan müteşekkildir. Otoriter kai-

Sciences» (H. Carns. London 1935, Kegan Paul, Trench Trubner and Co. Ltd.) sh. XIII.

(38) Pound, R. : a.g.e., sh. xiii.

Pound, R. : Justice According to Law. sh. 49 - 50.

Pound, R. : A Comparison of Ideals of Law. sh. 1 - 2.

Pound, R. : Juristic Science and Law (31 Harv. L. Rev. 1917 - 18) sh. 1047 - 1060, 1063.

Pound, R. : The Theory of Judicial Decision (36 Harv. L. Rev. 1922 - 23) sh. 641, 643 .

(39) Pound, R. : Justice According to Law. sh. 49.

Pound, R. : Foreword of the «Law and the Social Sciences» sh. xiii.

deler, teknik ve idealler (40). Şimdi bu üç elemanın Pound'a neler ifade ettiğini daha yakından görelim :

a — Otoriter Kaideler.

Pound otoriter kaideleri dört grupta mütalâa eder :

(1) *Katı kaideler* : Hukuk tarihinde eskiden beri kabul edilen hukuk tipini dar mânada, muayyen durumlar için teferruatlı şekilde tesbit edilmiş kaideler, yani kanun maddeleri teşkil etmektedir. Bu tip hukuk, Pound'a göre, daha ziyade iptidai devirlere ait bir hukuk nev'ini ifade etmektedir. İptidai kanunnâmeler bu nev'i katı ve sert kaidelerle doludur. Meselâ Hamurabi Kanunnâmesinde «hür bir adam diğer bir hür adamı darb edecek olursa on gümüş sikke (miskal) ödeyecektir. ; eski Salık kanununda «Eğer bir şahıs diğerine «tilki» diyerek hakaret ederse üç şilinle (Shilling) cezalandırılacaktır» ; On iki Levha Kanunda «Eğer bir baba oğlunu üç defa satacak olursa, oğul babanın hâkimiyetinden âzade kılınacaktır» mealinde her vakıa durumuna uygulanacak hükmü en ince teferruatına kadar tesbit eden kaidelere rastlanmaktadır.

Modern hukukta ise bu tip kaideler mülkiyet, ticaret ve ceza hukuku sahalarında kullanılmaktadır (41). Fakat, Pound, günümüzde her hususu en ince teferruatına kadar tâyin eden kaidelerin her hukuk sahasında tatbiki imkânsızlığının açıkça belirdiğini söyler. Hayatın hareketliliği, her gün değişen şartların çeşitliliği yeni keşif ve icatların vukuu (42), hukuk kaidelerinin, her durumun en ince teferruatını tâyin tanzim edemeyeceklerini göstermiştir. Bu

(40) Pound, R. : *Justice According to Law*. sh. 50.

Pound, R. : *The Theory of Judicial Decision*. sh. 645.

Pound, R. : *Hierarchy of Sources and Forms in Different Systems of Law*. (Readings in Jurisprudence) Selected, ed. and Arrang. by Jerom Hall. Indianapolis 1938, the Bobbs - Merrill Comp. sh. 76.

(41) Pound, R. : *An Introduction to the Philosophy of Law*, sh. 100 - 101.

Pound, R. : *The Task of Law*, sh. 45.

Pound, R. : *Justice According to Law*. sh. 49 - 56.

(42) Pound R. : *The Task of Law*. sh. 44 - 45.

sebeple hukukçular artık her sahadaki süratli gelişmeleri karşılayabilecek umumî rehber mahiyetinde yumuşak kaideler üzerinde çalışmak mecburiyetindedirler (43). Mamafih Pound, bu tip kaidelerin (sertlik ve katılıkları giderilmiş) günümüzün hukuk sisteminin büyük bir kısmını teşkil ettiğini belirtir (44).

(2) *Prensipler* : Vakıa durumlarının bütün teferruatını tâyin edecek kaideler yaratılmasının imkânsızlığı anlaşılnca, hukuka yeni bir eleman, hukukî muhakemeye hareket noktaları gösteren «prensipler» ilâve edilmiştir. Prensipler, kanun maddelerinin meseleyi tam ve kat'i olarak tâyin ve halledemediği durumlarda mevzu bahis olur. Mamafih prensipler kat'i vakıa durumlarını göstermezler. Meselâ mesuliyet müessesesinde «hatadan mütevellit mes'u liyet» prensibi, böyle umumî bir durumu ifade etmektedir.

Prensipler ne kanun vazılarının, ne de hâkimlerin eserleri olmayıp, doktrinal eserlerde geliştirilmişlerdir.

(3) *Mefhumlar* : Kaide, prensip ve standartların kabili tatbik oldukları genelleştirilmiş kategoriler «mefhumları» teşkil ederler. Meselâ «tesis», «satış», «kefâlet» gibi terimler böyledirler. Mefhumlar da hukuk hoca ve müellifleri tarafından meydana getirilirler, nadir ahvalde kanun vazıları tarafından formüle edilirler. ●

(4) *Standartlar* : Bunlar bilhassa davalarda muayyen, durumlara göre aranan hususları belirterek, kanunların tatbiklerinde ferdistirilmelerini sağlarlar. Meselâ «iyi bir aile reisi», standardında olduğu gibi. Standartlar daha ziyade etik hüviyet taşımaktadırlar, bu sebeple her davada tarafların hususiyet ve durumlarına göre nazarı itibare alınırlar (44).

b — Teknik :

Pound tekniğin, hukuk kaidelerinin tefsir ve tatbikine müteal-

(43) Pound, R. : *Justice According to Law*. sh. 56 - 60.

(44) Pound, R. : *Hierarchy of Sources and Forms in Different Systems of Law*. sh. 662.

(44) Pound, R. : *a. g. m.*, sh. 662 - 664.

Pound, R. : *The task of Law*. sh. 46 - 47.

lik gelenekleri ihtiva ettiğini belirtir (45). Bu geleneksel teknik iki büyük hukuk sisteminde birbirinden farklıdır. Meselâ common law sisteminde kaidelerin geliştirilmesinde, mahkeme kararlarında te-cessüm eden adlî tecrübelerden istifade edildiği halde, Roma hukukuna dayanan civil law sisteminde, analogi yoluyla teşriî kaide-lerden faydalanılmaktadır (46).

c — İdealler :

İdealler, hukukî düşüncede hukuk kaidelerinin tefsir ve tatbik-lerinde rol oynarlar ve bilhassa sosyal ve ekonomik nizamın müdil bünyesi içersinde, adetleri gittikçe artan beşerî talep, arzu ve ihtiya-çları değerlendirecek ve tercihlerini mümkün kılacak kriterleri meydana koyarlar (47). Bunlar, hukukun gayesini ve bu bakımdan hukuk kaidelerinin «nasıl olmaları» lâzım geldiğine mütedair fel-sefi, siyasî ve etik kanaatleri ifade ederler (48).

Pound, adalet tatbikatına vaki şikâyetlerin, hukuk teriminin, sadece katı ve teferruatlı kaideler olarak anlaşılmasından ileri gel-diğini belirtir (49). Halbuki hukuk, beşerî talep ve ihtiyaçları kar-şılایacak sosyal bir müessese olduğuna ve bu talep ve ihtiyaçlar da her gün değiştiğine göre, katı ve sert kaidelerin bu değişmeye ayak uyduramayacağı ve bu sebepten dolayı tatminkâr olamayacağı aşikârdır.

Pound, ideal elemanların hukuktaki rolünü kabul etmekle be-raber, bu rolü mübalagalandırmaz ; tabii hukuk telâkkisinin aksine, bu elemanların hukukun üstünde bağımsız bir mevcudiyete sahip olmadıklarına, medeniyet ve cemiyet şartlarına göre değişiklikler arzettiklerine işaret eder. İdealler, ona göre, bilhassa beşerî men-

(45) Pound, R. : *The Theory of Judicial Decision*. sh. 645.

(46) Pound, R. : *Justice According to Law*. sh. 51.

(47) Pound, R. : *a.g.e.*, sh. 54.

Pound, R. : *The task of Law*. sh. 48 - 49.

(48) Pound, R. : *The Theory of Judicial Decision*. sh. 645.

(49) Pound, R. : *Justice According to Law*. sh. 59 - 60.

faatleri değerlendirmek ve makûl olanlara müessiriyet sağlamakta hizmet ederler (50).

Bundan başka Pound, hukukun yegâne sosyal kontrol vasıtası olmadığını da açıklar. Aile, Kilise, Okul, gönüllü teşkilâtlar, meslekî birlikler, sosyal dernekler ve akraba gruplarının herbiri, dahili bir nizama sahip olup, kendi talep ve ihtiyaçlarını karşılayacak kaide-leri kendileri yaratarak hukuku desteklerler (51).

Fakat Pound, arkasında cebir bulunmayan ve siyasî bir teşkilât, yani Devlet tarafından yaratılmayan ve tatbik edilmeyen hukukun fonksiyonunu ifa edemeyeceğini kabul ederek (52), Jhering'in «devletin yarattığı hukuk» görüşünü destekler.

§ 10. HUKUKİ DÜŞÜNCENİN GELİŞME İSTİKAMETİ :

A — Hukukun Gelişme İstikameti ve Gayesi.

Pound, hukukun mahiyetini ve elemanlarını izah ettikten sonra, hukukun fonksiyonel bir zaviyeden incelenmesine geçer ki bu, hukukta «gaye» nin ne olduğu meselesini teşkil eder. Hukukun başlıca konusu, adaletin tevzi ve tatbiki olduğuna göre, bidayette karşılaşılabilecek ilk soru «adaletin ve hukukî sistem vasıtasıyla ulaşılmaya gayret edilen gayenin ne olduğu» dur.

Ancak Pound, hukukun gayesinin hukukî düşüncenin gelişmesiyle yakından alakalı olduğunu belirterek, evvelâ hukukun tarihi seyir içersindeki gelişme safhalarına işaret eder.

(50) Pound, R. : *A Comparison of Ideals of Law*. sh. 3 - 4.

(Görülüyor ki, Pound'un hukuk anlayışı idealist olduğu kadar realist bir görüş arz etmektedir.)

(51) Pound, R. : *Justice According to Law*. sh. 16. (Fakat Pound, bu grupların yarattığı kaidelerin hukukî vasıflarını göremektedir).

(52) Pound, R. : *The Task of Law*. sh. 31.

Pound, R. : *An Interoduction to the Philosophy of Law*. sh. 99
(Yalnız devletin yarattığı hukuka ittiba eimek, Pound'un sosyolojik hukuk anlayışıyla mütenakız bir durum arz etmektedir).

Pound, hukukun gelişmesinde beş safha tefrik eder : (1) İptidaî Hukuk Safhası, (2) Formalist Hukuk Safhası, (3) Nasafet ve Tabiî Hukuk Safhası, (4) Hukukun Yetkinleşmesi safhası ve (5) Hukukun Sosyalleştirilmesi Safhası.

a — İptidaî Hukuk Safhası :

Hukuk fikrinin henüz belirmediği iptidaî cemiyetlerde, hukuk, zümre içi sulh ve sükûnu muhafaza ile meşguldü (53). Bu sebeple hukuk, münazaaları sulh ve sükûn içersinde tesviye edecek katı ve sert kaideler mecmuasından ibaretti.

Pound'a göre, modern hukukun, haksızlığın tazminini hedef edinmesine mukabil, iptidaî hukuk intikam arzularının uzlaştırılması ile meşguldür. Modern Hukukun hakikatı meydana çıkaracak aklı muhakeme yollarını aramasına mukabil, iptidaî hukuk sulh ve sükûnu bozmayacak, ziddiyet yaratınyacak mekanik muhakeme usulleri peşindedir. Pound, bu safhada haksızlığa uğramış ferde zararını karşılayabilmesi için başlıca üç yolun açık olduğunu belirtir : İhkakı hak, ilâhlara baş vurma ve biraz daha mütekâmil safhalarda siyaset teşkilâta, devlete başvurma.

Birinci yolda fert bizzat veya mensup olduğu akraba teşkilâtı vasıtasıyla intikam almağa tevessül eylerdi. Fakat din, ahlâk gibi tanzim edici vasıtaların gelişmesi, genel emniyetle ilgili sosyal menfaati meydana çıkardığından, bu menfaat sebebiyle fertler bu yolda ihkakı haktan menedilmişlerdir.

Bu safhada hukuk, evvelâ ihkakı hakkı bahşetmek, daha sonra ihkakı hakkı tanzim etmek ve nihayet ihkakı hakkı bertaraf etmek üzere belirmektedir. Hukuka son hususta, akraba teşkilâtlarının zayıflaması yardım etmiştir (54).

(53) Pound, R. : The End of Law as Developed in Legal Rules and Doctrines. (27 Harv. L. Rev. 1913 - 14) sh. 198 - 199.

Pound, R. : Natural Natural Law and Positiv Natural La. (68 The Law Quart. Rev. 1954 - 55) sh. 332.

Pound, R. : The Role of the Will in Law. (68 Harv. L. Rev. 1954 - 55) sh. 1.

(54) Pound, R. : An Introduction to the Philosophy of Law. sh. 74.

- (1) Ceza hataya göre değil, uyandırdığı intikam arzusunun şiddetine göre ayarlanmakta, cezanın gayesi de bidayette, tazmine değil, intikam arzularının telifine taallük etmektedir.
- (2) Hukuk kaideleri tamamen şekli bir hüviyet taşımaktadır.
- (3) Muhakeme şekilleri akli değil, mekaniktir. Gaye, hakikatı bularak zararın tam karşılığını sağlamak değil, sulh ve sükûnu idame ettirecek çözümlere ulaşmaktır.
- (4) Hukukun ufku son derece dar olup hukuk ne prensipleri ne de umumî idealleri havidir.
- (5) Hukukun birimini fert değil, akraba grupları teşkil etmektedir.

Bu safhadaki hukukun bazı hususiyetleri, daha sonraki safhalara da (meselâ şekilcilik) sirayet etmiştir (55).

b — Formalist Hukuk Safhası :

Hukukî gelişmenin ikinci safhasını, Roma Hukukundaki *Jus Civile* temsil eder. Bu safhada hukuk, artık cemiyeti tanzim eden bir sosyal kontrol vasıtası olmak haysiyetine erişmiştir. İhkakı hak usulü hemen hemen tamamen bertaraf edilmiş olup, fertler haksızlığın tazmini için devlete müracaat etmeğe başlamışlardır.

Ancak, Devlet kudretinin mutazarırları müdafaa hususunda yanlış tatbik edilmesi korkusu ve iptidai hukukun yaşamakta devam eden şekilciliğinin tesiri, yazılı ve sert karakterli formalist bir hukukun meydana gelmesine sebebiyet vermiştir (56). Hukuk sistemi, bundan böyle hukukî olan herşeyde muayyeniyet ve kat'iyet aramağa başlamıştır.

Pound, R. : The End of Law as Developed in Legal Rules and Doctrines., sh. 199 - 201.

(55) Pound, R. : a. g. m., s. 203.

(56) Pound, R. : a. g. m., sh. 204.

Pound, R. : The Role of the Will in Law. Sh. 2.

Pound, iptidai safha hukukunun hususiyetlerini şöyle hülâsa eder :

Pound, bu devre hukukunun hususiyetlerini de şöyle hülâsa eder :

- (1) Şekilcilik.
- (2) Katılık ve sabitlik.
- (3) Had bir ferdiyetçilik.
- (4) Ahlâktan sıyrılma. (Fakat bu durum, hukukun gayrı ahlâki olması değil, ahlâk dışı telâkki edilmesini ifade eder) (57).
- (5) Her ferdin hukukî şahsiyet telâkki edilmemesi, hakların ancak hukukî şahsiyete sahip kabul edilen hür vatandaşlara hasredilmesi (bu hususiyet daha sonraki safhalara da sirayet etmiştir.)
- (6) Katı ve şekilci bir muhakeme usulünün kabul edilmesi (bu hususiyet te el'an pek çok hukuk sistemlerinde yaşamaktadır).

Bunlardan başka, hukukî hükümlerin tefsiri, tasarruf ve muamelelerin yapıış tarzları da tamamen şekilcidir. Hukuk ancak beyan edilmiş iradeye itibar eder, hakikî maksadın ne olduğunu katıyen araştırmaz. Esasen şekil, mukaddes bir mahiyet iktisap ettiğinden, şekilden inhiraf günah ve tehlikeli addedilmektedir. En mühim hukukî muameleler şekli akitlerdir ki halen pek çok hukuk sistemlerinde akitlerin hususiyetlerini teşkil etmektedir (58).

Pound, modern hukuk sistemlerinde şekilciliğin el'an yaşamasının sebebini, kısmen bu devirlerden kalan gelenek ve göreneklerde, kısmen de muamele ve iktisapla ilgili sosyal menfaatin himayesi arzusunda bulur (59).

(57) Pound, R. : a. g. m., sh. 2 - 3.

Pound, R. : The End of Law as Developed in Legal Rules and Doctrines., sh. 204.

(58) Pound, R. : a. g. m., sh. 205 - 209.

(59) Pound, R. : a. g. m., sh. 210.

c — Nasafet ve Tabîi Hukuk Safhası :

Pound'a göre ; formalist hukuk safhasından sonra, Jus Gentium ve Jus Naturale'nin temsil ettiği ve XVII. ve XVIII. yüzyıla kadar uzanan Tabîi Hukuk safhası gelir.

Bu devre hukukunda, mühim olan artık muayyeniyet değil, ahlâkilik, şuurululuk kısacası tabîi hukuktur. Evvelki devrede vahdet, şekil ve kaide üzerinde ısrar edildiği halde, şimdi ahlâkilik, adalet, vazife ve akıl üzerinde durulmaktadır.

Nasafet veya tabîi hukuk safhasının hususiyetlerini hukukun ahlâkla teşhiz ve tavsifi, ahlâki vazifelerin hukukî kaideler haline inkılâbı gayreti, adalet tatbikatında, kaide yerine akla dayanılması teşkil eder.

Pound'a göre bu devrede, hukuka üç yeni görüş hülûl etmiştir :

(1) Bütün beşerî mahlûklar, ahlâki bir birim olarak kabul edildiklerinden, artık hukuk birimini de insan teşkil etmektedir. Görülüyor ki hukuk birimi, ne iptidai devirlerde olduğu gibi grup, ne de formalist hukuk sahasında olduğu gibi keyfi bir şekilde tâyin edilen şahıslar değildir. Bu yeni telâkki neticesinde, fertlerin hak sahibi olabilmek ehliyetleriyle muamele ehliyeti son derece genişlemiştir.

(2) Hukuk artık yazılmış, dondurulmuş kaideler olarak değil, spiritüel bir varlık ; keyfi kaidelerden ziyade akılla ölçülen şeylerin neticesi olarak kabul edilmektedir. Böylece, kıstası akıl olan hukuk, evrensel bir mahiyet iktisap etmiştir.

(3) Hukuk, akıl mahsulü olduğu kadar, ahlâki bir husus olarak da kabul edildiğinden, hukukî muamelelerde hüsnüniyet ehemmiyet kazanmıştır.

(4) Nihayet, modern hukukta da kabul edilen, başkası zararına zenginleşmenin menedilmesi gereği kabul edilmiştir (60).

Pound, hukukun ahlâka raptedilmesi teşebbüsünün iki bakımdan müşkülât yarattığına işaret eder : Bir kere, etik standartları icra vasıtası haline getirmek ve hukukî vazifeleri ahlâki vazifelerden

(60) Pound, R. : a. g. m., sh. 213-217.

istihraç teşebbüsü hukukun müessiriyetini sağlamak hususunda kifayetsiz kalmaktadır. Diğer taraftan, hukuk ve ahlâkî telif teşebbüsü, kazaî faaliyet bakımından daha büyük bir güçlük yaratmaktadır. Zira hukuk, genel ve mutlak bir tatbik ihtiyacı gösterdiği halde, ahlâkî prensipler ancak, ferdin içinde bulunduğu şartlar nazarı itibare alınmak suretiyle tatbik edilebilmektedir. Böyle olunca da adalet tatbikatı, son derece şahsî ve gayri muayyen olmaktadır.

Pound'a göre bu mahzurları bertaraf etmek için insanlar evvelâ örf âdet hukukunu yazmak yoluna başvurmuşlar, fakat bir müddet sonra, kodların ahlâkî seyri takip edemediklerini görünce, hukuku ahlâkla meczetmek istemişlerdir. Bu durumda da hukukun son derece seyyâlîyet iktisap ettiğini görünce, sağlam ve emin bir yol olmak üzere teşriî faaliyete baş vurmuşlardır (61).

• *d — Hukukun Yetkinleşmesi Safhası :*

Hukukun lüzumsuz seyyaliteyi anlaşılınca, teşriî faaliyet safhası başlamıştır. Ancak, teşriî faaliyetin yarattığı yazılı hukuk, tabii hukuk ve nasafet mefhumu ile yumuşatılmış olduğundan, sert ve katı bir mahiyette değildir. Bunun neticesinde, hukukun yetkinlik safhasının parolası «eşitlik» ve «emniyet» olmuştur.

Pound, eşitlik mefhumunun kaynağını, kısmen tabii hukukun ısrarla üzerinde durduğu, her ferdin bir hukukî şahsiyet olduğu ve buna müsteniden, hukukî ehliyeteye sahip bulunduğu esasının, kısmen de yazılı hukukun, aynı vakıa durumlarına aynı şekilde tatbik edilmesi gereğinin teşkil ettiğini belirtir. Böylece eşitlik, bir taraftan hukukî muamelelerde eşitliği, diğer taraftan da, her ferdin kendi statüsünü serbestçe tâyin ve idame ettirmek hususundaki eşitliği ifade etmektedir.

Emniyet mefhumunun kaynağını da nesafet ve tabii hukukun tadil ve ıslâh ettiği, katı hukuk devrinin yazılı hukuk hakkındaki kanaatleri teşkil etmektedir. Bu mefhum da bir taraftan her ferdin menfaatlerine diğer fertlerin tecavüz etmemesini ve her ferdin, diğer fertlerin haklı iktisaplarına müdahale etmemesini ifade eder.

(61) Pound, R. : a. g. m., sh. 218 - 219.

Bu safhada hukuk emniyeti tesis hususunda bilhassa mülkiyet hakkı ve akit serbestisi üzerinde durur ki bu hususlar haklar beyan-namelerinin temelini teşkil etmiştir.

Hukukun yetkinlik safhasının hususiyetlerini de Pound şu şekilde hülâsa etmektedir. Fırsatlardan istifade hususunda hukukun, fertlere eşitliği, iktisaplarında emniyeti sağlaması ; temel olarak fer-dî hakları esas alması, adalet tatbikatında büyük ölçüde ferdî hak-ları gözetmesi ve koruması (62).

e — Hukukun Sosyalleştirilmesi Safhası :

XIX. yüzyıl sonlarında, hukukta temel fikirleri değiştiren bir cereyan başlamıştır. Bu hem tabii hukuk telâkkisine, hem de bunun neticesinde ferde hudutsuz bir selâhiyet tanınmasına karşı bir reak-siyonu ifade eder. İşte Pound, bu durumun, hukukun sosyalleştiril-mesi gereğinin idraki olduğunu belirtir. Artık hukukun sosyalleşti-rilmesi safhasında hukukçular, tabii hakların gerisindeki menfaat durumlarıyla ilgilenmeğe başlamışlardır. Bunun neticesinde tabii hukukun vazettiği tabii haklardan sosyal haklara, sosyal menfaatlere doğru bir gelişme başlamış ve pek çok modern hukuk sistemlerince benimsenmiştir (63).

Pound, XX. yüzyıldaki etik, felsefi ve siyasi kanaatlerin tesiriyle hukukun sosyalleştirilmesi faaliyetini sekiz maddede toplar :

(1) *Mülkiyet hakkının anti - sosyal istimalinin menedilmesi.*

(Mamafih Fransızların «hakların kötüye kullanılması» adını verdikleri, durumu tahdit temayülü, tabii hukuk safhasında başla-mıştır. Tabii hukukun ahlâki tahditlerine karşı; günümüzün modern hukuku, sosyal tahditler vaz etmekte, mülk sahibinin ancak makûl talep ve istimaline cevaz vermektedir. Artık suistimalin başladığı yerde, hakkın sona erdiği umumen kabul edilmektedir.)

(2) *Mukavele hürriyetine gerek teşriî gerek kazaî kuvvet tara-fından tahditler vazedilmesi.*

(62) Pound, R. : a. g. m. sh. 220 - 224.

(63) Pound, R. : a. g. m. sh. 225 - 226.

(Bu tahditler teşriî yönden iş şartlarının, saatlerinin ve asgarî ücret hadlerinin tanzimi, kazâî yönden ise sigorta hukukunun, mukavele hukuku dışında telâkki edilmesi ile vaki olmuştur. Böylece modern hukuk ekonomik bakımdan kuvvetli olanların dün durum-dakilere ekonomik baskı yapmalarını önlemiş olmaktadır.)

(3) *Mülkiyet hakkının tasarruf ve temlikine tahditler vaz edil-mesi.*

(Böylece evlilik müessesesi ve dolayısıyla evlilik müessesesiyle ilgili sosyal menfaat korunmak istenmiştir.)

(4) *Alacaklının veya mutazarrırın, zararının tazmini hususunda haiz olduğu haklara müdahale edilmesi.*

(Bu müdahale çok eski bir maziye sahip olup, Roma hukuku-nun klâsik devrine kadar uzanır. Daha o zaman, borçlunun borcunu, kendi mevcudiyetini tehlikeye sokmayacak şekilde ödemesi esas kabul edilmişti. Bu esas, XIX. yüzyıl boyunca gelişerek XX. yüzyılda gerek Kara Avrupasında gerek Anglo — Sakson hukukunda yerleşmiş bulunmaktadır.)

(5) *Sosyal adaletin gerçekleştirilmesi için kusura dayanmayan mes'uliyetin (objektif mes'uliyet) kabulü temayülünün kuvvetlen-mesi.*

(Böylece hukukta, istihdam edenin mes'uliyeti esası yerleşmiştir.)

(6) *Dünya nimetlerinden bütün cemiyetin istifadesini ve tabii kaynakların korunması ile ilgili sosyal menfaatin de himayesini sağlamak üzere «res communes» ile «res nullius» un «res publica e» ye tahvili esasının yerleşmesi.*

(7) *Zarara uğrayan fertlerin himayesi hususunda idarî mes'u-liyet hudutlarının genişletilmesi temayülünün tahakkuk etmesi.*

(Son zamanlarda vaz edilen kanunlar, ebeveynin çocukları üzerindeki haklarına müdahale ederek, çocuğun inkişafında cemi-

yetin haiz olduğu sosyal menfaati korumak vazifesini yüklenmişlerdir (64).

Böylece Pound, bu hususiyetleriyle, modern hukukun, fertlerin moral ve sosyal hayatının tanzimindeki ehemmiyete ve bu hususta meknuz sosyal menfaate müsteniden, fertleri kendi arzuları hilafına himayeye tevessül ettiğini belirtir (65).

B — Hukukta Gaye :

Pound, hukukun gelişme seyrini inceledikten sonra, hukukun yaratılması ve geliştirilmesi üzerinde müessir faktör rolü oynayan kanaatler ve nazariyeler «ki bunlar hukukun ve gayerinin ne olması lâzımgeldiğine taallük ederler» üzerinde durarak, insanlık tarihinin muhtelif merhalelerinde, hukuktan tahakkuk ettirmesi beklenen gayelerin neler olduğunu araştırır. Bu onun ifadesiyle, hukukun, hukuk felsefesi içersindeki gelişmesini gösteren bir araştırma teşkil etmektedir (66).

Pound, hukukun gayerinin ne olması lâzım geldiği hakkında hukuk tarihinde — Hukukun gelişme seyriyle muvazi olarak — umumen kabul edilmiş üç görüşün büyük bir yer kapladığını belirtir. (1) Emniyetin sağlanması, (2) Mevcut sosyal nizamın muhafazası ve (3) İradeler ahenginin sağlanması. Şimdi de bunların yanında bir dördüncü kendisini kabul ettirmeğe başlamıştır. Menfaatler ahenginin sağlanması.

a — Emniyetin Sağlanması :

İlk merhalede, hukuktan her ne pahasına olursa olsun, zümre içi sulh ve sükûnu bir kelimeyle «emniyet»i sağlaması istenmiştir. Böylece hukukî nizamın gayeri Genel emniyetle ilgili sosyal menfaati tatmin etmek oluyordu. Fakat bu durumda diğer ferdi ve

(64) Pound, R. : a. g. m. sh. 226-234.

Pound, R. : The Spirit of the Common Law. sh. 186 - 198.

(65) Pound, R. : a. g. m. sh. 229.

(66) Pound, R. : The End of Law as Developed in juristic Thought.
(27 Harv. L. Rev. 1913 - 14) sh. 605.

sosyal menfaatler bu tek gaye uğruna ihmal hattâ feda ediliyordu. Hukuk bütün gücüyle, akraba menfaatlerinin çarpışmasından ve taleplerini gözetecek bir soya malik olmıyan akrabasız ferdin mevcudiyetinden çıkabilecek ihtilâfları önlemeğe, bastırmağa çalışıyordu. Bu durum bütün ihlâl fiillerinin ve bunları karşılayacak cezalarının teker teker tedât edildiği, umumi ve takdirî prensiplerin mevcut olmadığı iptidai ve katı hukuk safhalarında görülmektedir (67).

b — Mevcut Sosyal Nizamın Muhafazası :

(1) *Yunan Hukuk Düşüncesinde* (68) : Yunan filozofları, iptidai devirde hukukun gayesini teşkil eden «emniyet» mefhumunu daha geniş mânada ele almışlar, hukukun gayesi olarak, «mevcut sosyal nizamın» ilânihaye muhafazası esasını kabul etmişlerdir.

Yunanlılar, Genel emniyeti, sosyal müesseselerin emniyeti vasıtasıyla idame ettirmek istemişler, bunun için fertleri cemiyette kabiliyet ve ehliyetlerine göre tâyin edilen mevkilerde tutarak, diğer fertlerle ihtilâfa düşmekten alıkoymak gerektiği fikrini ileri sürmüşlerdir (69).

Pound'a göre, Yunan filozofları böyle düşünmekte haksız değillerdi. Zira, her ne kadar site devleti, akrabalık teşkilâtının yerini almışsa da, akrabalık teşkilâtının tesiri altında bulunan aristok-rasi ile, akrabalık bağlarını koparmış veya kaybetmiş bir halk kit-

(67) Pound, R. : An Introduction to the Philosophy of Law. sh. 72 - 74.

Pound, R. : The Role of the Will in Law. sh. 1.

(68) Pound, modern mânada hukuk ilminin Romalılarla, fakat hukuk felsefesinin Yunanlılarla başladığını ve tesirlerinin Orta Çağ süresince devam ettiğini, hukukun gayesi hakkında ilk şuurlu araştırmaların Yunan tefekkürü ile başladığını belirtir. Bak. The End of Law, As Developed in Juristic Thought. sh. 605.

(69) Pound, R. : An Introduction to the Philosophy of Law. sh. 74 - 75.

Pound, R. : The End of Law as Developed in Juristic Thought sh. 606.

Pound, R. : The Spirit of the Common Law. sh. 85 - 86.

lesi, sosyal ve siyasî hâkimiyet için daimî bir mücadele halindeydi (70). Bu mücadele ve arada bir ortaya çıkan haris politikacıların emelleri (71) genel emniyeti sağlamakla mükellef olan fakat henüz zayıf bir durumda bulunan siyasî teşkilâtı tehdit ediyordu. İşte bu sebeple başlıca sosyal menfaati, sosyal müesseselerin emniyeti teşkil etmekteydi. Adalet te ancak sosyal «status quo» nun, muhafazası ile, yani her ferdin muayyen mevkilere yerleştirilip hukuk vasıtasıyla aynı yerde kalmağa zorlanmasıyla tahakkuk edebilecekti (72). Bundan böyle Yunan filozofları Hukuk vasıtasıyla, her ferdin lâîk olduğu sosyal mevkîye yerleştirileceği «ideal cemiyyet» plânları hazırlamağa başlamışlardır (73).

Eflâtun, «İdeal Devlet» inde, insanları sınıflandırmış ve her ferdi en uygun olduğu sınıfa yerleştirmiş ve hukuku, onları oldukları yerde muhafaza ile mükellef tutmuştur. Demek oluyor ki ferd, kendi durumunu kendi hür iradesiyle tâyin edemeyecektir, öyleki artık ayakkabıcı kaptan, çiftçi hakim olamayacak, asker hep asker olarak kalacaktır. Böylece nizalar önlenerek sosyal nizam korunacaktır (74).

Aristo da, insanın ahlâkî hüviyetinin ancak devlette tecessüm edebileceğini; adaletin de, eşitler arası daimî hakların ihlâl edilmediği bir «birlik», bir «ahenk» içersinde gerçekleşebileceğini belirterek, hukukun gayesi hakkında ki aynı görüşü benimsemiştir (75).

(2) *Roma Hukuk Düşüncesinde* : Pound, Roma Hukuk düşünürlerinin de, mevcut sosyal nizamın muhafazasını, hukukun ga-

(70) Pound, R. : An Introduction to the Philosophy of Law sh. 71.

(71) Pound, R. : Justice According to Law. sh. 5.

(72) Pound, R. : An Introduction to the Philosophy of Law. sh. 76
(Pound, Heraclitos'un «İnsanlar Kanunları için, tıpkı kale duvarlarını muhafaza için çarpıştıkları gibi çarpışmalıdırlar» mealindeki vecizesini bu mânada tefsir eder.)

(73) Pound, R. : The End of Law as Developed in Juristic Thought. sh. 606.

Pound, R. : Justice According to Law. sh. 5.

(74) Pound, R. : An Introduction to the Philosophy of Law sh. 77.

(75) Pound, R. : a. g. m. sh. 607 - 609.

Pound, R. : a. g. e. sh. 77 - 78

yesi olarak kabul ettiklerini ve zaman zaman aksayan tarafları tadil edilerek, hale intibak ettirilecek sabit bir devlet ve adalet telâkisi üzerinde durduklarını belirtir. Ona göre, bu safhada hukuk ve adalet anlayışı en iyi ifadesini «adalet, şerefli yaşamak, kimseyi incitmemek ve herkese hakkına düşeni vermek» formülünde bulmuştur. Artık hiç kimse, adaletin tâyin edilen bu hudutları dışına çıkamayacak, böylece sosyal «status quo» ilânihaye korunacaktır (76).

(3) *Ortaçağ Hukuk Düşüncesinde* : Pound'a göre, Ortaçağın başlarında, Germen hukukunun tesiriyle bir müddet, hukukun gayesinin sulh ve sükûnu idame ettirmek olduğu fikri hakim olmuş ise de, kısa bir süre sonra Roma hukukunun tetkik edilmesi neticesinde Yunan düşüncesiyle temas sağlanmış ve sosyal «status quo»-nun muhafazası fikri tekrar galip gelmiştir.

Bu anlayış, insanların sınıflandırılarak muayyen fonksiyonları icra ile mükellef tutuldukları ve birbirlerine himaye — hizmet münasebetleriyle bağlandıkları Ortaçağ cemiyetinin ihtiyaçlarına cevap verebilmekteydi (77).

Ortaçağ cemiyeti de, Yunan cemiyeti gibi istikrarlı bir düzen istemekteydi (78). Bu sebeple hukuk, bu istikrarla cemiyeti destekliyecek bir emirler sistemi olarak kabul edilmekteydi.

Fakat feodal sistemin tedricen zayıflaması, keşifler ve icatlar devrinin başlaması ve ticaretin gelişmesi, ferdin cemiyette önem kazanmasına sebep olmuştur. Bunun neticesinde, ferdin yeni faaliyet sahalarında serbestçe hareket edebilmek hususundaki talepleri, sosyal nizamın ve müesseselerin muhafazası arzusundan daha kuvvetli bir talep ve menfaat olarak belirdiğinden, artık ferdin mensup olduğu sınıfta ve görevde ilânihaye kalması fikri terk edilmiştir (79). Pound, bu hususlarla birlikte reform cereyanının neti-

(76) Pound, R. : The Spirit of the Common Law. sh. 86.

(77) Pound, R. : a. g. m. sh. 610.

(78) St. Paul, «karıların kocalarına, hizmetkârların efendilerine boyun eğmelerini, sosyal nizamın kendilerini yerleştirmiş olduğu sınıflarda, vazifelerini ifa etmelerini tavsiye etmekle, hukukun gayesi hakkındaki eski Yunan fikrini desteklemektedir. Bak. Pound : a. g. e. sh. 77.

(79) Pound, R. : An Introduction to the Philosophy of Law. sh. 81.

cesinde teolojik renginden ayrılan tabii hukuk telâkkisinin de tesiriyle, yeni çağda hukukun gayesinin yepyeni bir hüviyetle belirmeğe başladığını ifade eder (80).

c — İradeler Ahenginin Sağlanması :

XVI. yüzyılda, Yeniçağ tabii hukuk mektebinin tesiriyle, hukukun vazifesi ve gayesi, akli hüviyete sahip fertlerin iradelerini mümkün olduğu kadar serbest bir şekilde izhar edebilmeleri hususunda «tabii eşitliğin sağlanması» olarak kabul edilmeğe başlandı. XVII. ve XVIII. yüzyıllarda ise, gaye, «tabii eşitlik yerine, tabii hakları muhafaza» haline inkılâb etti. Bu andan itibaren hukukun mevcudiyet sebebi, bu tabii hakları korumak ve ferde sağlamak oluyordu. İnsan'ın hürriyet ve iradesini engelliyen yegâne mani ise, diğer insanların tabii haklarına hürmet mükellefiyetinden ibaretti (81).

XIX. yüzyıl Meta Fizik mektep mensupları (82), İngiliz Faydacıları (83), Tarihçi hukukçular (84), pozitivistler (85) ve Sosyal

(80) Pound, R. : a. g. m. sh. 610 - 612.

(81) Pound, R. : a. g. e. sh. 83 - 84.

Pound, R. : Natural Natural Laws and Positiv Natural Law. sh. 333.

(82) (Metafizik Mektep, hukukun gayesinin, ferdi hürriyeti azami genişlikte sağlamak olduğunu; dünya tarihinin, hürriyet fikrinin gelişmesi tarihi olduğunu iddia ediyorlardı.) Bak. Pound R : a. g. e. sh. 84, The End of Law as Developed in Juristic Thought. sh. 204, Justice According to Law. sh. 24 - 25.

(83) İngiliz faydacıları, saadetin esasını, ferdi serbestçe iradesini beyan edebilmesinde buluyorlardı. Bentham'ın ferdiyetçi nazariyesi, Anglo — Amerikan hukukçuları tarafından benimsenerek, büyük ölçüde bir müracaat kaynağı haline gelmiştir. Bak. Pound : a. g. m. sh. 206 - 207, An Introduction to the Philosophy of Law. sh. 84.

(84) Tarihçi Hukukçulara göre, hukuk tarihi ferdi hürriyetin tedrici elde edilişi veya tanınışı tarihinden ibaretti. Sir Henry Maine, nazariyesinde ileri sürdüğü «statüden mukaveleye geçiş» vetiresinde, bu fikrin tahakkukunu görür. Bak : Pound : a. g. m. sh. 209 - 210.

(85) Pozitivistler, adaletin tecellisini ferdi irade muhtariyetinin en

Ferdiyetçiler (86) hukukta ferdin iradesini ön plâna almışlar, ferdin serbest faaliyetini, beşer menfaatlerinin tanınması, korunması ve tahdit edilmesi hususunda yegâne kriter, yegâne kıymet ölçüsü olarak kabul etmişlerdir (87).

Pound'a göre, hukukun gayesi hakkındaki bu aşırı ferdiyetçi görüşler, kaşifler, kolonistler, tüccarlar, müteşebbisler ve endüstri kodamanları için hakikaten elverişli bir zemin teşkil ettiğinden (88), uzun müddet, hemen hemen dört asır süresince kabul edilmişlerdir (89).

İngiliz faydacıların, ferdin kendi saadet ve sefaleti hususunda hürriyet içersinde faaliyet gösterebilmeleri fikri, XIX. yüzyıl sonlarında en had safhaya ulaştığında, artık bütün kıt'aaır keşfedilmiş, keşfedilen bütün tabii kaynaklar işletilmeğe başlanmış endüstri de gelişebileceği kadar geliştirilmişti (90). İşte bu sıralarda üzerinde durulan mezkûr fikirlerin tatbikatının cemiyette ve sosyal hayatta tevlit ettiği feci neticeler şuurları uyandırmış, eski formüllerde ısrar etmenin abesliği anlaşılmış, bunun sonuncunda hukukun gayesinde bir istikamet değişikliği başlamıştır (91).

d — Menfaatler Ahenginin Sağlanması :

Pound, XIX. yüzyılın sonlarında ve XX. yüzyılın başlarında,

yüksek derecede tanınmasında görerek, devleti hukuk vasıtasıyla ferdi hürriyeti sağlamakla mükellef tutarlar. Bak. Pound : a. g. m. sh. 222 - 224.

(86) Sosyal ferdiyetçiler, ferdi hürriyeti kolektif fiillerle sağlamak isterler, bunun için de devlet kontrolünü temin etmek çarelerini ararlar. Bak. Pound. a. g. m. sh. 222 - 225.

(87) Pound, R. : A Comparison of Ideals of Law. sh. 14.

(88) Pound, R. : a. g. e. sh. 85.

(89) Pound, R. : The Role of the Will in Law sh. 4 - 5, (Pound, ferdi hürriyeti esas alan, ferdin şahsî teşebbüsünü ancak diğer fertlerin şahsî teşebbüslerine müdahale edemeyecek derecede tahdit eden, hukukta herşeyi iradeye rapteden bu düşünüş tarzının XX. yüzyılda dahi Amerikan hukukunda kuvvetli bir şekilde yaşadığını belirtir.

(90) Pound, R. : a. g. e. sh. 87.

(91) Pound, R. : Natural Natural Law and Positiv Natural Law. sh.

ferdin hür iradesinin, irade muhtariyetinin, hukukta hareket noktası teşkil edemeyeceğini idrak eden muhtelif mekteplere mensup (92) hukukçuların bundan böyle beşerî ve sosyal talep, ihtiyaç ve arzular üzerinde durduklarını, beşerî ve sosyal menfaatlerin, teşriî ve kazaî faaliyet vasıtasıyla değerlendirilmesi, korunması ve hudutlandırılması konuları ile ilgilenmeğe başladıklarını müşahade eder. Bunun neticesinde hukukun gayesi, ferdin irade muhtariyetinin değil, beşerî ve sosyal menfaatlerin asgarî fedakârlık mukabilinde, azamî hadde sağlanması olarak kabul edilmeğe başlanmıştır.

Pound, hukukun gayesini «iradeden ihtiyaca», «iradeler ahen-
ginden menfaatler ahengine» çeviren cereyan üzerinde bilhassa üç faktörün, psikoloji ve ekonomi ilimlerinin ortaya koydukları hakikat-
lerle, yeni beliren sosyal sınıfların taleplerinin, müessir olduğunu belirtir.

Gelişen psikoloji ilmi, metafizik iradeci - felsefeyi temelinden sarsmıştır. Gelişen ekonomi ilmi ise, psikolojinin yardımı ile de hukukun meydana gelişinde ekonomik vakıa ve ihtiyaçların ne de-
rece ehemmiyetli roller ifa ettiğini göstermiştir. Nihayet cemiyet bünyesindeki tahavvüller ve endüstri teşkilâtlanması neticesinde, o vakte kadar — asgarî medeniyet seviyesinin altında telâkki edil-
diğinden — hemen hiç nazarı itibare alınmayan sınıfların ta-
lepleri, irade muhtariyeti taleplerinden daha ağır basarak önem kazanmışlardır. İşte bütün bunların tesiriyle, dikkat nazarları, hu-
kukun mahiyetinden hukukun maksadına çevrilerek, hukukî kaide,
leri gayelere nazaran değerlendirilmeğe başlanmıştır (93).

Pound'a göre hukuk sahasında, geçen asır «beşerî talepleri»
«ferdî talepler» olarak kabul ettiği halde, asrımız «beşerî talepleri»

334, a. g. e. sh. 87.

(92) Pound, R. : The Role of the Will in Law. sh. 19.

(93) Pound, R. : a. g. e. sh. 89 - 91.

(Pound, bu hususta XIX. yüzyıl sosyal faydacılarının hizmet-
lerini inkâr etmez. Sosyal faydacıların tesiriyle, beşerî talep ve
menfaatlerin hukuk vasıtasıyla telif ve tahakkukunun önem
kazandığını, bunun neticesinde kanun vazının vazifesinin art-
tık «compromise»lere ulaşmak olduğunu anlaşıldığını belirtir.
Bak. Pound : a. g. e. sh. 92.

«sosyal hayatın talepleri» muvacehesinde ele almakta ; geçen asır rekabet esasına dayanan «serbest teşebbüs» idealine kıymet verdiği halde, asrımız «işbirliği» esasını desteklemektedir (94). Artık, bu günün hukuku «beşerî ihtiyaçlar bütünü» asgarî fedâkârlık mukabilinde tatminle mükellef bir «sosyal müessese» olarak kabul edilmektedir. Bu bakımdan Pound, beşerî ihtiyaçların ve bilhassa sosyal menfaatlerin gittikçe daha şümüllü bir şekilde tatmin edilmesinde ve teminata bağlanmasında, böylece dünya nimetlerinden istifade hususunda meydana çıkabilecek çatışma ve mücadelelerin asgarî hadde indirilmesinde, hukukun müessir bir rol oynadığını müşahade ederek, memnuniyet ızhâr etmektedir (95). Artık ona göre, hukuk ilmi, kanun vazının şuurlu faaliyeti neticesinde, beşer münasebet ve menfaatlerinin telifi (96) hususunda gerekli vasıtaları araştıran ve ortaya koyan bir «sosyal mühendislik» (Social engineering) ilmi haline inkılab etmiştir (97).

§ 11. MENFAATLER NAZARİYESİ :

Menfaatler nazariyesi, Pound'un sisteminin belkemiğini teşkil eder ve hakikaten orijinal bir mahiyet taşır.

Pound, XX. yüzyılda hukukun gayesini «menfaatlerin telif ve temini» nin teşkil ettiğini belirttikten sonra, «hususî menfaat - âmme menfaati» tefrikinin, artık kifayetsiz kaldığına işaret eder. Bundan başka, üzerinde durduğu «menfaat» terimini, Bentham'ın kullan-

(94) Pound, R. : A Comparison of Ideals of Law. sh. 15.

(95) Pound, R. : a. g. e. sh. 98-99.

(96) Pound, beşerî münasebet ve menfaatlerin telifinde hukukun rolünü kabul etmekle beraber, sosyal ihtiyaçların tatmini bahanesiyle, bütün insanî münasebet ve şahsî durumlara müdahale etmesine cevaz vermez. Bak. R. Pound a. g. e. sh. 97.

(97) Pound, R. : a. g. e. sh. 99.

Pound, R. : Justice According to Law. sh. 30

(Pound, R. : Law and State Jurisprudence and Politics. (57 Harv. L. Rev. 1920-21) Pound, bu makalede, modern devletin cemiyyetin müşterek gaye ve menfaatlerini hukuk vasıtasıyla gerçekleştirecek bir organ olarak kabul edildiğini belirtir. Bak. sh. 1201.

diğı basit ve iptidai mânada ele almaz. Pound, bu terimi, Jhering'in «hukuken korunan menfaatler» mefhumu ve James'in «etik mükellefiyetlerin kaynağını teşkil eden talep ve ihtiyaçlar» mefhumu ile de teşhiz ederek zenginleştirmiştir.

Pound'a göre hukuk sistemlerinde, bu menfaatler, devlet kudreti vasıtasıyla, bazı tahditler altında himaye ve tatmin edilmektedir. Fakat devletin bu menfaatlerin yaratılmasında hiç bir rolü yoktur. Çünkü cemiyetin ve devletin gelişmesi neticesinde, menfaatler, fertler, gruplar veya fertlerle gruplar arası mücadele ve rekabet neticesinde hukuktan müstakil olarak meydana gelir. İşte devlet, hukukunda, bu menfaatleri tanımak ve gene hukuk vasıtasıyla, hudutlarını tâyin, birbirleriyle telif ve himaye etmek mükellefiyetindedir (98).

Pound, bugün hukuk bakımından en ziyade mühim olan menfaatin «sosyal menfaatler» olduğunu kabul etmekle beraber, ferdin ve devletin menfaatlerini de gözetir ve hattâ bunları ayrıca sosyal menfaatler içersinde de mülâhaza eder. Pound insanların gerek ferdin, gerek grup, veya topluluklar içersinde veya birbirleriyle münasebetlerinde tatminini aradıkları arzu, taleplerin ve ihtiyaçların heyeti mecmuasını teşkil eden ve siyasi bir teşkilâta sahip cemiyet tarafından nazarı itibare alınması gereken menfaatleri (99) üç ana grupta mütalâa eder : (1) Ferdî menfaatler, (2) âmme menfaatleri, (3) sosyal menfaatler.

A'— Ferdî Menfaatler :

Ferdî menfaat, ferdî hayatın talep, arzu veya ihtiyaçlarının, ferdin hayatı namına talep ettiği hususların muhassalasıdır (100).

(98) Pound, R. : Interests of Personality (28 Harv. L. Rev. 1914 - 15) sh. 343 - 344.

Pound, R. : The Spirit of the Common Law sh. 91 - 92.

(99) Pound, R. : A Survey of Social Interests, (57 Harv. L. Rev. 1943 - 44) sh. 2.

Pound, R. : The Task of The Law. sh. 23.

(100) Pound, R. : a. g. m. sh. 1.

Muayyen bir cemiyette, ferdin bu talep, arzu ve ihtiyacları hukuk tarafından nazarı itibare alınır. Hukuk ferdi menfaate hukukî bir himaye bahşeder, onu hukukî bir hak olarak kabul eder. Böyle bir hak, hukuken himaye edilen bir «menfaat» olmaktadır (101). Bu bakımdan her menfaat hukuken himayeye salih değildir. Meselâ bir hırsızın, bir şahsın eşyasına sahip olmak hususundaki menfaati hukuken himayeye mazhar olamaz (102).

Pound, çatışma halinde bulunan ferdi menfaatlerin tanzimi zaruretini «genel emniyetle ilgili sosyal menfaatin korunması zaruretine bağlar. Çünkü bu menfaatler düzenlenmediği takdirde bizzat ihkakı hak ve ferdi muhasamat müesseseleri meydana çıkacak, bu da cemiyet düzenini ihlâl edecektir. Bu bakımdan, hukukun başta gelen vazifesi bu çarpışan menfaatleri rasyonel bir şekilde telif etmektir.

Pound, ferdi menfaatlerin «nasafet veya tabii hukuk safhası»nda farazî bir mukaveleden veya mücerred insanın vasıflarından veya hut ta adalet ve hak formüllerinden istihraç edildiklerini belirtir. Sosyolog hukukçular ise, bunlara daha sağlam ve akdî bir temel aramakla meşgullerdir (103). İptidaî safhalarda ferdi menfaatlar, grup hak ve menfaatleri içersinde mütalâa edilmekteydi. Fakat ekonomik ve ticarî gelişmeler neticesinde ferdi menfaatlar tedricen tanınmağa başladı. Ferdi menfaatlar içersinde en geç tanınanı, hususî ve şahsî haklar olup, XVIII. yüzyılda ferdi menfaatlerin âmmе menfaatlerinden tefriki sonucunda meydana çıktı. Bundan sonra hukuk, ferdin moral ve sosyal hayatının cemiyette arzettiği ehemmiyeti görerek, sosyal menfaatin sağlanması bakımından, ferdi menfaatlerle ilgilenmeğe başladı. Ancak burada ferdi menfaatlerle sos-

(101) Pound, bu tarihte, Jhering'in «Geist des römischen Rechts» adlı eserinden almıştır. Bak. Patterson : Pound's Theory of Social Interests, in «Interpretations of Modern Legal Philosophies,» Essays in Honour of Roscoe Pound. Ed. by Paul Sayre. New - York 1947. Oxford University Press. sh. 571 n

(102) Patterson, E. W. a. g. m. sh. 558.

(103) Pound, R. : A Survey of Social Interests. sh. 1 - 3.

Pound, R. : Interests of Personality. (28 Harv. L. Rev. 1914-15) sh. 344 - 346.

yal menfaatler arasında bir muvazene sağlamak değil, ferdi menfaatlerin korunmasıyla ilgili sosyal menfaatle, diğer sosyal menfaatler arasında bir muvazene tesisi mevzuu bahis olmaktadır (104).

Pound, ferdi menfaatleri üç grupta mütalâa eder : Şahsiyetle ilgili menfaatler, ailevi münasebetlerle ilgili menfaatler ve ferdin maddî varlığı ile ilgili menfaatler (105).

a — Şahsiyetle İlgili Menfaatler :

Pound, hukukun korumakla mükellef olduğu ferdin şahsiyeti ile ilgili menfaatleri «şahsiyet» vücade getiren unsurlar muvacehesinde inceler.

(1) *Fiziki şahsiyet* : Ferdin fizikî hayatı hakkındaki dilek ve talepleri en başta gelir ve ferdin vücudünün tamamiyetine, vücut sağlığının muhafazasına, baskı olmaksızın iradesini serbestçe kullanabilmesine taallük eder. Bu üç husus eskiden beri tanınmaktadır. Medeniyetin ilerlemesiyle bunlara, zihnî ve asabî sistemin vasıtalı veya vasıtasız bir şekilde işkenceden korunması da ilave edilmiştir (106).

(2) *Şeref (nam ve şöhrat)* : Şeref, ferdin spiritüel varlığını meydana getirir. Fertler hayatları için olduğu kadar şerefleri için de mücadele ederler. Bu sebeple genel emniyetle ilgili sosyal menfaat, ferdin bu sahadaki menfaatlerinin de diğer sahalarda olduğu kadar korunmasını ister. Ferdi şerefın ehemmiyeti, daha iptidai ve öncü cemiyetlerde dahi mübalağalı bir şekilde tanınmıştı. Bu sebepten, hukukun bu menfaati himaye hususunda zayıf kaldığı hallerde, vazife ferde terettüp ettiğinden, cemiyetin sulh ve nizamı ciddi bir tehlikeyle karşı karşıya kalırdı.

İptidai cemiyet şahsiyete vaki her tecavüzü, şahsın «şerefine» vaki tecavüz telâkki ederdi. Öyle ki mülkiyete müteallik menfaatler

(104) Pound, R. : a. g. m. sh. 348 - 349.

(105) Pound bu kabil sınıflamaların az çok keyfi olduğunu, kendi sınıflamasının da bu şekilde telâkki edilebileceğini kabul eder. Bak. a. g. m. sh. 349.

(106) Pound, R. : a. g. m. sh. 349 - 346.

Friedmann, W. : Legal Theory. sh. 238.

dahi şahsın şerefi zaviyesinden mütalâa edilirdi (107). Fakat zamanla fizikî şahsiyete vaki tecavüzler tefrik edilmiş, şerefe vaki tecavüzler de ferdin «itibarına», «isim ve şöhretine» ve «sosyal ve iş durumuna» vaki tecavüzler olarak sınıflandırılmıştır.

Günümüzde bu menfaat gittikçe daha müessir olarak korunmakta, mutazarrır lehine yeni yeni tazmin ve tatmin şekilleri ihdas edilmektedir (108).

(3) *İnanç ve fikir hürriyeti*: Ferdin kendi akıl ve vicdanına göre inanması ve fikirlerini hür bir şekilde ifade etmesi, fizikî şahsiyetinin menfaatleriyle olduğu kadar, sosyal gelişmeyi sağlayan siyasi ehliyetin garantisini de teşkil etmesi bakımından sosyal menfaatlerle yakından ilgilidir.

Ferdin zihni ve spiritüel faaliyeti, hayatında mühim bir yer işgal eder. Medeniyetin gelişmesi, bu sahayı gün geçtikçe daha da genişletmektedir. Artık bu sahada baskıyla karşılaşan insanın, sosyal ve manevi hayatını tam mânasiyle yaşayamayacağı anlaşılmıştır. Fakat ne yazık ki ferdin hür inanç ve fikre sahip olduğu hususu gerek hukuk gerek ahlâk sahasında pek geç olarak tanınmağa başladığından ve insanlarda dini, ekonomik ve sosyolojik hoşgörülük henüz umumileşemediğinden, bu menfaatin korunması henüz her yerde sağlanamamaktadır.

Burada mühim olan diğer bir mesele de ferdin inanç, fikir ve ifade hürriyetiyle «sosyal müesseselerin» ve «devlet şahsiyetinin korunmasıyla ilgili sosyal menfaatin» uzlaştırılması ve böylece, ferdin bu sahadaki menfaatinin, yaşayan sosyal müesseselerin yıkılmasına veya devlet kudretinin zayıflamasına sebebiyet vermesinin önüne geçilmesi gereğidir. İşte bu gerek çok defa sosyal menfaatin ferdi menfaat aleyhine korunması neticesini tevliid etmektedir (109). De-

(107) Pound, R. : a. g. m. sh. 445 - 449.

(108) Pound, R. : a. g. m. sh. 451. (Modern hukuk sistemlerinde şerefine tecavüz vaki olan mutazarrıra nakdi tazminat verildiği gibi, mütecaviz aleyhine verilen kararın yayınlanması suretiyle manevi bir tazminat da sağlanmaktadır.)

(109) Pound, R. : a. g. m. sh. 453- 455.

mek oluyor ki Pound'a göre, şahsiyet haklarının himayesi hususunda pek çok hukuk dallarının bir arada mütalâa edilmesi lâzım gelmektedir.

b — Ailevi Münasebetlerle İlgili Menfaatler :

Ailevi münasebetlerle ilgili menfaatler meşrû evliliğin himayesine, ebeveyn ile çocuklar arasındaki kanunî münasebetlere, bakım taleplerine taallûk eder. Çocuk mahkemelerinin, ebeveyn ile çocuklar arasındaki kanunî münasebetler üzerinde murakabe yetkileri, çocukların kazançları üzerinde ebeveynin kontrolü, ebeveynin tedip hakkı gibi hususlar bu menfaatler cümlesindendir (110).

c — Ferdin Maddî Varlığı ile İlgili Menfaatler :

Pound bu konuda dört grup menfaat tefrik eder. Bunlar :

(1) Maddî şeylerin kontrolü (ki ferdin kendi keşfettiği veya istifadesine tahsis ettiği, kendi emeğiyle vücutte getirdiği ve ekonomik ve sosyal nizamda cari olan usuller dairesinde elde ettiği şeylere taallûk eder).

(2) İş ve akit serbestisi.

(3) Taahhüt edilmiş menfaatler ve bu hususta lâzım gelen kanunî talepler (111).

(4) Dernek kurma ve derneklere iltihak hakkı (112).

B — Âmme Menfaatleri :

Pound'a göre hukukun korumakla mükellef olduğu ikinci büyük sınıfı teşkil eden âmme menfaatleri, siyaseten teşkilâtlanmış bir

(110) Friedmann, W. : a. g. m. sh. 453 - 455.

(111) Stone, J. : *The Province and Function of Law*. Sydney 1946, Associated General Publication PTY. Ltd. sh. 572.

(112) Dernek kurma ve derneklere iltihak hakkının bu son grup içersinde mütalâa edilmesinden ziyade, şahsiyete müteallik menfaatler içersinde mütalâa edilmesi daha doğru olurdu. Bak. Friedmann : a. g. e. sh. 239.

cemiyetin yani devletin talep ve ihtiyaclarını muhtevidir (113).

Âmme menfaatleri başlangıçta hükümrân şahsın, ferdi menfaatlere kıyasla, şahsi menfaatleri olarak kabul edilmekteydi. Ayrıca, hükümrân şahsı, sosyal menfaatlerin de koruyucusu telâkki edildiğinden, sosyal menfaatlerle devletin hükmi bir şahsiyet olarak haiz olduğu menfaatlerin birbirinden farklı olduğu hususu aydınlanmamıştı (114).

Pound, bu eski telâkkinin artık tamamen değiştiğini, devletin menfaatleri ile sosyal menfaatlerin yekdiğerinden ayrıldığını belirtir. Ancak bir karışıklığa meydan verilmemesi için, şu hususun gözönünde bulundurulması lâzımdır: Günümüzde siyasî müesseselerin ön plâna alınması sebebiyle «âmme menfaatleri», «sosyal müesseselerin emniyeti ile ilgili sosyal menfaatler»e dahil edilebilir. Fakat bu takdirde doğru bir iş yapılmış olmaz. Çünkü siyaseten teşkilâtlanmış bir cemiyetin mevcudiyeti ile ilgili talepleri kendine mahsus bir karaktere sahip olduğundan, diğer menfaat gruplarıyla karıştırılmamalı, ayrı olarak incelenmelidir.

Pound, âmme menfaatlerini iki grupta mütalâa eder: (1) Devletin bir hükmi şahsiyet, hukuki şahsiyet olarak menfaatleri, (2) Devletin, sosyal menfaatlerin muhafızı olarak menfaatleri.

a — Devletin bir Hükmi Şahsiyet Olarak Menfaatleri :

Devletin bu husustaki menfaatleri, evvelâ devletin bütünlüğü, hareket serbestisi ve devlet şahsiyetinin şeref ve itibarı ile ilgili olup, siyasî teşkilâtın emniyetini, hükümet mekanizmasının fonksiyonunu müessir bir şekilde ifa edebilmesi hususlarına şamildir. Sonra, devletin siyaseten teşkilâtlanmış cemiyetin bir korporasyonu olması hasebiyle, korporal maksatlar için iktisap ehliyetine ve ülke üzerinde bir imperium hakkına sahip olmak hususundaki taleplerine de taallük eder.

(113) Pound, R. : A Survey of Public Interests. (58 Harv. L. Rev. 1944-45) sh. 909.

(114) Pound, R. : Interests of Personalty. sh. 345.

b — Devletin «Sosyal Menfaatlerin Muhafızı» Olmas Bakımından Menfaatleri :

Pound, devletin bu sahadaki menfaatlerinin daha ziyade sosyal menfaatlerle ilgili olduğunu belirterek, şu hususlara şamil bulunduğunu söyler :

- (1) Genel emniyetin muhafaza ve desteklenmesine,
- (2) Hayır işlerinin ve hayır müesseselerinin nezaret ve tanzimine,
- (3) Mülkiyete salih olmıyan deniz kenarı, seyriyüsefere elverişli akarsular gibi tabii kaynak ve vasıtaları herkesin istifadesine tahsise ve tahsisinin tanzimine, himayesine,
- (4) Devlet memurlarının hukukî vazifelerini ifaya icbar edilmelerine,
- (5) Korporasyonların teftişine (115),
- (6) Çocukların ve aklen malûllerin himayesine, çocuk mahkemelerinin geliştirilmesine, nihayet
- (7) Âmme istifadesine yararlı faaliyetlerle meşgul işletmelere imtiyazlar verilmesine.

Pound, devletin çeşitli hizmetleri ifa hususundaki fonksiyonunun gelişmesiyle, devletin bu sahadaki hizmetlerinin daha da genişleyeceğini, böylece devletin sadece genel refahın koruyucusu değil, teşvikçisi olacağını, bunun için de idare hukukunun gelişmesi lâzım geldiğini belirtir (116).

Pound, halihazırda Devletler Umumi Hukukuna göre devletin tanınan ve himaye edilen menfaatlerini şöyle sıralar :

- (1) Nefsi müdafaa ve bağımsızlık hakkı ki, ferdin maddî tamamlığı ve şahsî hürriyeti hususundaki tabii haklarına kıyasen tanınmıştır.

(115) Pound, R. : *Visitorial Jurisdiction Over Corporations in Equity*. (49 Harv. L. Rev.) sh. 369.

(116) Pound, R. : *A Survey of Public Interests*. (58 Harv. L. Rev. 1944 - 45) sh. 928 - 929.

(2) Kendi ülkesinde teşriî ve kazaî faaliyette bulunma hakkı. Bu da ferdin kendi meselelerini kendi hür iradesine göre tanzim edebilmesi hakkından istihraç edilmiştir. Mamafih bu hak bazen yabancı tebaanın hayatının ve mülkiyetinin himayesi hususunda ihmal gösterildiği hallerde, yabancı devletlerin müdahalelerini haklı kılabilir.

(3) Elçiler için eşit hakların tanınması, yani diplomatik temsilciler gönderme ve kabul hususunda eşit muamele görmesi.

(4) Muayyen arazi, şahıs ve objeler üzerinde aynı bir üstün hakka sahip olması,

Âmme menfaatlerinden Pound'un üzerinde durduğu mühim bir mesele, devlet şahsiyetinin bütünlüğü ve itibar: ile ilgili âmme menfaati ile, ferdin serbest fikir ve kanaat sahibi olması ve bunları serbestçe ifade edebilmesi ile ilgili ferdî menfaatin nasıl telif edileceğidir. Pound, bu husustaki ferdî menfaatlerin ancak, harb gibi kritik devirlerde, o da âmme menfaatlerinin tartışılması veya siyâsî doktrinlerin müdafaasına taallûk ettiği takdirde, tahdidine taraf-tar görünmektedir (117). Bundan başka devletin, âmme menfaatını korumak üzere ferdin diğer şahıslarla gruplaşmasını, bazı hallerde menedebileceğini de kabul eder. Çünkü, devlet ülkesinde, siyasi teşkilâtın daha kuvvetli bir baskı yapabilecek teşkilâtlanmalara ve bunların gelişmelerine müsamaha gösterecek olursa, kendi kudret ve otoritesini zayıflatmış olur (118).

C — Sosyal Menfaatler :

Pound'un büyük yankılar uyandıran «sosyal menfaatler» nazariyesi ilk defa 1921 senesinde «A Theory of Social Interests» (Sos-

(117) Pound, R. : A Survey of Public Interests. sh. 911 - 914.

(118) Pound, R. : a. g. m. sh. 15 - 16. (Pound bu hususta bir misâl vererek, hiç bir devletin «kilise»nin kendi mahkeme ve kanunlariyle karşısına çıkıp kudretini sarımasına müsaade edemeyeceğini belirtir. Pound'un bu gruplaşmadan kasdı, zannımızca Gurvitch'in, üyelerinin şahsiyetini içersinde eriten « communion » rabitalarının meydana getirdiği mistik gruplaşmalardır.)

yal Menfaatler Nazariyesi) adlı makalesinde görüldü. Daha sonra Pound bu konuyu muhtelif eser ve makalelerinde işleyerek (119) nihayet 1943 de «A Survey of Social Interests» (Bir Sosyal Menfaatler Araştırması) adlı makalesinde en mükemmel haline getirmiştir.

Pound, XVII. yüzyıldan XIX. yüzyıl sonlarına kadar, hukuk nazariyatının bütün menfaatleri «ferdi tabii haklar» başlığı altında ihata etmeğe çalıştığını belirtir. Bu sebeple uzun müddet «sosyal menfaatler» ihmal edilmiştir. Fakat XIX. yüzyılın sonlarına doğru, hukuk düşüncesinin sosyal müesseselerin emniyet ve himayesi üzerinde durmağa başladığı görülmüştür. Ancak meşgul olunan sosyal müesseseler aile müessesesi, ekonomik ve siyaset müesseselerden ibarettir. Mamafih bu yeni cereyanla birlikte yavaş yavaş sosyal menfaatlerin ehemmiyeti anlaşılmaya başlamış oldu (120).

Pound, bu gün sosyal menfaatler listesinin bir hayli kabark olduğunu ve sosyal menfaatlerin en önemlilerinden birini teşkil eden «genel emniyetle ilgili sosyal menfaat»ın iptidai devirlerden beri kabul edildiğini belirtir (121). Geçen asrın hukukçuları, Pound'a göre, hukukun ancak hürriyeti desteklemek hususunda yasaklar ve tahditler koyabileceğini kabul ederek, yalnız «genel emniyetle ilgili» bir sosyal menfaatin mevcudiyetini kabul ediyorlardı. Fakat tek bir sosyal menfaatin desteklenmesiyle, adaletin tahakkuk edemeyeceği anlaşıldı. Bir taraftan diğer sosyal menfaatlerin baskısı, diğer taraftan beşer talep ve ihtiyaçlarının, birer sabite teşkil etmelerine rağmen, muhtevalarının ve tatmin şekillerinin değişmez olmadığı gerçeğinin idraki neticesinde, menfaatlerin tatmin ve telifinde ebe-

(119) Pound, R. : «A Theory of Social Interests. 1921», «The Spirit of the Common Law, 1921, sh. 91 - 93», 197 - 203», *Introduction to the Philosophy of Law*. 1922, sh. 90 - 96», *Interpretations of Legal History*. 1923, sh. 158 - 164», *Outlines on Jurisprudence*. 1940, Lec. III», «Social Control Through Law. 1942, sh. 63-69, 109 - 112», «*Outlines of Lectures on Jurisprudence*, 5 th Ed. 1943». Bak : Patterson :» *Pound's Theory of Social Interests*. sh. 571 n.

(120) Pound, R. : *A Survey of Social Interests*. sh. 7.

(121) Pound, R. : *The Task of the Law*. sh. 32.

dî ve evrensel hal çareleri aramak faaliyetine son verildi (122). Bundan böyle, cemiyetin bir kül halindeki menfaatları ele alınarak, bunların kendi değerlerine ve cemiyetin şartlarına göre tatmin ve telifi çareleri aranmağa başlandı.

Pound sosyal menfaatleri altı grupta mütalâa eder. Şimdi bunları daha yakından görelim.

a — Genel Emniyetle İlgili Sosyal Menfaatler :

Sosyal menfaatlerin başında gelen bu menfaat, medenî bir cemiyetin, sosyal hayatı nâmina beyan ettiği talep veya ihtiyaçların muhassalası olup, cemiyetin mevcudiyetini tehlikeye düşürecek fiil ve tecavüzlere karşı, korunmasını istihdaf eder. Pound, bu en mühim sosyal menfaatin çeşitli veçheler arzettiğini belirtir :

(1) İç ve dış tecavüzlere karşı emniyette olmak :

Bu menfaat hukuk nizamı tarafından tanınan ve halkın emniyeti bakımından en yüksek kanunu teşkil eden menfaattır.

(2) Sağlık Emniyeti :

Bu menfaat ancak modern cemiyette ilgilenilen bir sosyal menfaati ifade etmektedir.

(3) Sulh ve nizamla ilgili sosyal menfaat :

Hukukun en iptidaî safhalarından beri nazarı itibare alınan bu menfaat, kitlevî hareketlerin, girültü ve kargaşalıkların men'ine mütedairdir.

(4) İktisap emniyeti.

(5) Muamele emniyeti.

Nakil ve temlikin müessiriyetine mütedair olan bu son iki sosyal menfaat, XIX. yüzyılda ehemmiyet kazanmış olup, ferdin maddî varlığı ve mukavele hürriyeti ile yakından ilgilidir (123).

(122) Pound, R. : a. g. m. sh. 8 - 9.

(123) Pound, R. : a. g. m. sh. 17 - 18.

b — Sosyal Müesseselerin Emniyeti ile İlgili Sosyal Menfaatler :

Bu menfaatler medenî bir cemiyetin, temel müesseselerinin mevcudiyetini tehlikeye sokacak veya fonksiyonlarını kiyafetli bir şekilde ifa etmelerine mani olacak fiil ve tecavüzlere karşı korunması hususundaki talep, dilek veya ihtiyaçlarına mütealliktir. Pound, bu menfaata da dört grupta mütalâa eder :

(1) Ailenin himayesi ile ilgili sosyal menfaatler :

Çok uzun zamandan beri tanınmakta olan bu menfaat, ailevi münasebetleri zedeliyecek veya evlenmeği güçleştirecek fiil ve hareketlere karşı bir âmme menfaati olarak kabul edilmiştir. Günümüzde bu menfaat, boşanma hususundaki ferdî menfaata karşı daha ağır basmaktadır (124). Ayrıca ebeveynin çocuklarını tedip hakkını da büyük ölçüde tahdit etmektedir (125).

(2) Dinî müesseselerin emniyeti ile ilgili sosyal menfaatlar :

Pound, dinî teşkilâtın siyâsî teşkilâtı kontrol hususunda uzun zaman müessir bir sosyal kontrol vasıtası teşkil ettiğini belirtir. Eskiden genel emniyet ve siyâsî müesseseler din tarafından tanzim ve muhafaza edilmekteydi. Bu gün gelişen tesamüh neticesinde eski kuvvetini kaybeden din ve dinî müesseseler, umumî ahlâkla ilgili bir sosyal menfaat telâkki edilerek korunmaktadır.

(3) Siyâsî müesseselerin emniyeti ile ilgili sosyal menfaat :

Bu menfaat bilhassa XX. yüzyılda teşriî faaliyet tarafından düzenlenmekte olup devletin, devlet teşkilâtının ve politik tatbikatının yıkıcı söz ve fikir hürriyetine ve memurların irtişasına karşı korunmasına taallûk etmektedir (126).

(124) Pound, R. : A Theory of Social Interests. in «Readings in Jurisprudence». 1938, sh. 243 - 244.

(125) Pound, R. : A Survey of Social Interests. sh. 20 - 21.

Friedmann, W. : A Theory of Social Interests. sh. 239.

(126) Pound, R. : a. g. m. sh. 244.

Pound, R. : A Survey of Social Interests. sh. 24 - 25.

Patterson, E. W. : Jurisprudence. sh. 523 - 524.

(4) *Ekonomik müesseselerin emniyeti ile ilgili sosyal menfaat :*

Pound, bu menfaatin başlangıçta ticarî muamelelerin emniyeti-ne münhasır iken, günümüzde bütün endüstri müesseselerini ihata ettiğini belirtir (127).

c — *Genel Ahlâk ve Adap ile ilgili Sosyal Menfaatler.*

Fertlerin heyeti mecmuasının ahlâkî hissiyatını rencide eden fiillere karşı himayeyi istihdaf eden bu menfaat, Roma hukukunda da kabul edilmişti (boni moresin himayesi). Halen kanunlar bu menfaati : şerefsizce davranışları, hırsızlık fiillerini, genel ahlâkî sarsan davranışları, cinsî dalâletleri, müstehcen edebiyatı men veya takip ederek korumaktadırlar. Pound bu sahada kabul edilen ahlâkî standartların, sosyal ve ekonomik şartların değişmesiyle, yeni felsefî ve dinî görüşlerin belirmesiyle kendilerine zıt standartlarla karşılaşacaklarını, böyle hallerde «genel ahlâkla ilgili sosyal menfaat» ile «umumî terakki ile ilgili sosyal menfaat» arasında bir muvazene temini için son derece dikkatli bir değerlendirme yapılması gerektiğini belirtir (128).

d — *Sosyal Kaynakların Muhafazası ile ilgili Sosyal Menfaatler.*

Bir cemiyetin mevcudiyet kaynaklarının harap olmaması lâzımdır. İnsan talep ve arzuları sınırsız olduğu halde, bunları tatmin edecek tabiî vasıta ve kaynaklar mahduttur. Bu hususta herkes dileği gibi ihtiyaçlarını tatmine kalkarsa, bu durum tabiî vasıta ve kaynakların imhasına müncer olur.

Pound bu menfaatlerin,

(1) *Tabiî kaynakların muhafazasına* (tabiî kaynaklar herkesin istifadesine açık olmakla beraber tesahüp edilemeyen ormanlar, akaryakıtlar, akar sular gibi kaynaklardır),

(127) Pound, R. : a. g. m. sh. 25.

(128) Pound, R. : a. g. m. sh. 25 - 26.

Pound, R. : A Theory of Social Interests. sh. 244.

(2) *Cemiyetin beşerî kaynaklarının muhafazasına* (uzun zaman evvel common law sisteminde, kralın çocuklar ve deliler üzerinde bir himaye hakkı olduğu kabul edilirdi. Bu gün bu himaye daha da genişliyerek çocukların, delilerin, suçluların ıslah ve eğitimi, insan unsurunun korunmasını istihdaf etmektedir.) taallûk ettiğini belirtir (129).

e — Umumî Terakki ile İlgili Sosyal Menfaatler :

Bu menfaat medenî bir cemiyetin, sosyal hayatında beşerî ihtiyaçların tatmini ve tabiata hâkim olma hususunda beşer kudretinin gelişmesini istihdaf eden talep ve dileklerinin muhassalasıdır. Pound bu menfaatleri üç grupta mütalâa eder.

(1) *Ekonomik terakki ile ilgili menfaat.*

Hukukta uzun zamandan beri tanınmakta ve korunmakta olup serbest rekabeti, ticareti, icat ve ihtirai himaye ve teşviki istihdaf eder.

(2) *Siyasî terakki ile ilgili menfaat.*

Bu menfaat te uzun zamandan beri tanınmakta, haklar beyannâmeleri ile anayasalarda yer almaktadır. Devlet e'alinin ve memurlarının serbest tenkidini, serbest muhabereyi, siyasî fikirlerin hür bir şekilde ifadesini istihdaf eder.

(3) *Kültürel terakki ile ilgili menfaat.*

Henüz hukuk tarafından açıkça tanınmamış olan bu menfaat, ilim, san'at, edebiyat, serbest eğitim ve yüksek, tahsilin sağlanması ve teşvikine mütedairdir. Pound, son zamanlarda bu menfaatler grubuna estetikle ilgili menfaatlerin de dahil edildiğini söyler. Meselâ şehirlerin imar plânlarında güdülen gaye bu menfaatin sağlanmasını istihdaf eder (130).

(129) Pound, R. : a. g. m. sh. 244 - 245.

(130) Pound, R. : A. Survey of Social Interests. sh. 30 - 33.
Pound, R. : A Theory of Social Intereests. sh. 245.

f — Ferdî Hayatla İlgili Sosyal Menfaatler :

Her ferdin, cemiyetin medeniyet durumuna ve hayat standartlarına göre, beşer nev'ine lâıyk normal bir hayat yaşamağı hakkı vardır (131). Pound, ferdî hayatla ilgili sosyal menfaatin şü hususlarla ilgili olduğunu belirtir :

(1) *Ferdî inkişafı,*

Ferdin fizikî, zihnî ve iktisadî faaliyetleriyle ilgili olup, her ferdin bu hususta eşit hürriyete sahip olmasına taallük eder. Bura-ya ferdin umumî terakki ile ilgili sosyal menfaatler cümlesinden olan «serbest fikir ve kanaat sahibi olmak ve bunları hür bir şekilde ifade etmek hususundaki hakları», iradesini diğer fertlerin iradelerini ihlâl etmeyecek surette serbestçe tezahür ettirebilmesi de dahildir.

(2) *Ferdî imkân ve kaynaklarla ilgili sosyal menfaat.*

Bu menfaat ta medenî bir camiada, her ferdin siyasi, maddî, kültürel, sosyal ve ekonomik hayatını tanzim ve geliştirmek hususunda eşit imkânlarla ve serbestiye taallük eden talep ve dilekleri muhtevidir.

(3) *Ferdî hayat şartları ile ilgili sosyal Menfaat.*

Bu menfaat, fertlerin zaman ve mekân bakımından, normal medenî bir hayat yaşama hususundaki talep ve dileklerinde meknuzdur. Gerek Avrupa'da gerek Amerika'da bu menfaatin sağlanması hususunda teşriî faaliyet gün geçtikçe daha müessir olmaktadır. Aile müessesesinin himayesi ile ilgili sosyal menfaatin da tesiri ile halen normal yaşayış için zarurî olan ev eşyalarının icradan muafiyetine mütedair kanunlar vazedilmiş bulunmaktadır. Bundan başka alacaklı ve borçlu münasebetlerine de müdahale edilerek, alacaklının, alacağını tahsil hususundaki yetkisi, borçlu lehine tahdit edilmiştir. Ayrıca bunlara ilâveten iş şartlarını, asgarî ücreti, çocukların çalışmalarını düzenleyen kanunların ısdarı, bu sahadaki sosyal menfaatin tanındığına işarettir (132).

(131) Pound, R. : a. g. m. 245.

Pound, R. : A Survey of Social Interests. sh. 33.

(132) Pound, R. : a. g. m. sh. 33 - 38.

Pound, R. : A Theory of Social Interests. sh. 245.

Pound, bu altı grup sosyal menfaatin, modern hukuk sistemleri tarafından tanınmış ve tanınmakta olan menfaatleri teşkil ettiğini belirtir. Artık hukuku yapacak makamın bu çarpışma halinde bulunan menfaatleri bir bütün olarak gözönünde bulundurması, bunları tatmin ve telif ederek, ahenkli bir şekilde denkleştirmesi, bunun için de değerlerini teker teker ölçerek nazarı itibare alması, medeniyet bakımından daha ağır basanlara ön plânda yer vermesi gerekmektedir (133).

§ 12. MENFAATLERİN DEĞERLENDİRİLMESİ

Pound, menfaatlerin ve menfaat ihtilâflarının sadece müşahade edilmesinin, bunların tatmin ve halline kâfi gelmeyeceğini belirtir. Asıl mühim mesele bu menfaatleri değerlendirecek kıstasların bulunması ve bu kıstaslar muvacehesinde, çarpışan menfaatlerden hangilerinin ön plâna alınacağını kestirilmesidir. Pound bu meseleyi halletmek üzere «etik» in, «siyaset» in ve «hukuk» un bir değerlendirme vasıtası olarak ele alınması gerektiğini belirtir (134).

Pound'a göre bu hususta «hukuk felsefesi» de müessir bir vasıta teşkil eder. Hukuk felsefesi, bilhassa yıpranmış gelenekleri yıkmakta, pratik değerlerini kaybeden kaideleri zorlamakta, hukuka yeni malzeme sağlamakta, mevcut hukukî malzemeyi sistematize etmekte, gelişme devrelerinde muvaffak olan müessese ve kaideleri takviye etmekte kullanılacaktır. Fakat ona göre, hukuk felsefesinin asıl vazifesi, bir taraftan genel emniyetle ilgili sosyal menfaati himaye ederek sağlam ve sabit bir sosyal nizamı desteklemek, diğer taraftan da diğer sosyal menfaatleri genel emniyetin zaruretleriyle telif ederek, bu menfaatleri karşılayacak yeni «compromise» (kompromilere) ulaşmağı sağlamaktır (135).

(133) Pound, R. : a. g. m. sh. 245 - 246.

Pound, R. : A Survey of Social Interests. sh. 39.

Pound, R. : The Spirit of the Common Law. sh. 208 - 210.

(134) Pound, R. : An Introduction to the Philosophy of Law. sh. 26, 29.

(135) Pound, R. : a. g. e. sh. 18 - 19.

Pound, bize bir sosyal menfaatin hukuken tanımıp himayeye mazhar olabilmesi hususunda üç umumî kıstas verir. Bu kıstaslara göre, mevzuu bahis olan menfaatin evvelâ (1) ferdi menfaatleri tatmin edebilmesi, sonra (2) cemiyetin hukukî gelişmesini ve kanunlarını destekliyebilmesi ve nihayet (3) bir kül halinde cemiyetin taleplerini karşılayabilmesi gerekmektedir (136).

İşte Pound'a göre bu üç fonksiyonu ifa edebilen bir sosyal menfaat, hukukî tanımaya ve himayeye mazhar olabilir.

Fakat beşerî menfaatlerin her gün değiştiği gözönünde bulundurulursa, bunları kıymetlendirecek kıstasların bulunamayacağı hakikatı meydana çıkar. Bu sebeple nihai bir «değerler nazariyesi» tesisi imkânsızdır. Böyle bir teşebbüs Pound'a göre tamamen sübjektif bir mahiyet taşıyacaktır (137). Şu halde yapılacak iş, kanun vazının bu menfaatler kompleksini daima gözönünde bulundurarak, medeniyeti destekleyecek sosyal şart ve taleplerin en uygun ve elverişli olanlarını, otoriter bir teknikle hukuk normunda aksettirmesi olacaktır (138). Böylece, hukuk ilmi, beşerî münasebet ve menfaatleri telif edici bir «sosyal mühendislik» ilmi haline gelecek (139), hukuk vasıtasıyla, ulaşmağa çalıştığımız «insanlar arası ideal münasebet durumu» gerçekleştirebilecektir (140).

§ 13 — POUND'UN FİKİRLERİNİN DEĞERİ.

Pound'un ilk eser ve makaleleri, hukuk tarihi safhalarının incelenmesine hasredilmiştir. Bu suretle Pound, bir jenetik hukuk sosyolojisi araştırması yaparak, «hukuk sosyolojisi»ne de hizmet etmiştir (141).

(136) Pound, R. : A Survey of Social Interests. sh. 26, 39.

(137) Pound, R. : The Task of the Law. sh. 22 - 23.

(138) Pound, R. : The Spirit of the Common Law. sh. 214 - 215. (Pound, müessir bir teşriî faaliyetin lüzûmuna kanidir.)

(139) Pound, R. : Justice According to Law. sh. 30.

Pound, R. : The Spirit of the Common Law. sh. 195 - 96.

(140) Pound, R. : Justice According to Law. sh. 19.

(141) Gurvitch, G. : Sociology of Law. sh. 126. Kocourek, Pound'un iyi bir hukuk tarihçisi olduğunu söyler. Bak. Alber Kocourek : Roscoe Pound as a former Collegue Knew him. «Interpretations

Pound'un geçmiş hukuk nazariyelerini incelemesinin başlıca iki sebebi vardır : Bir kere o, konunun tam bir bilgisine ulaşılabilmesi ve bu günün ihtiyaçları bakımından kendisinden istifade edilebilmesi için geçmişini bilmek gereğine inanmıştır (142). Sonra, hukuk nazariyelerinin tecerrüd halinden kurtulup, sosyal vakıa ve sosyal ilimlerle ilgilenmeğe başlayıp sosyolojik bir hüviyet kazanışını göstermek suretiyle, kendi nazariyesine müsait bir zemin hazırlamak istemiştir.

Pound'un tetkik ve tenkit safhasındaki buluşları bakımından bazı hususlardaki iddiaları hariç - muvaffak olduğu kabul edilebilir. Çünkü hakikaten Tahlilci, Tarihçi ve Felsefi Mekteplerin hukuk sahasında, sosyal hayatla ilgisiz tutumlarının sakatlığını açıkça göstermiş, bu üç büyük mektebe karşı reaksiyonu ifade eden mekteplerin eksik ve müfrit taraflarını tenkit etmiş, buna mukabil sosyolojik temayülleri ve hukuk ilmine faydalı hizmetlerini oldukça tarafsız (143) bir surette belirtmiştir. Böylece sağlam bir hukuk ilminin, sosyal ilimlerle teşriki mesai etmesi gerektiğini gösteren Pound, kendi nazariyesinin inşa faslına geçmiştir.

Pound'un «Sosyolojik Hukuk İlmi»nin faaliyet programı olarak vazettiği hususlar, hakikaten asrımızın hayatî ehemmiyeti haiz hukukî meselelerine tâallük etmektedir. Meselâ, bu programın ilk iki maddesi, hukukta müessir olan sosyal vakıaların incelenmesi ve sosyolojik bir hukuk tarihi araştırması yapılması lüzumu ile ilgilidir (144). Diğer maddelerine gelince bunlar da sosyolojik araştır-

of Modern Legal Philosophies. Essays in Honour Roscoe Pound. Ed. by Paul Sayre. New York 1947, Oxford University Press. sh. 419. M. Franklin de Pound'un tarihi mesuliyet hissine sahip, mukayeseli bir hukuk ve hukuk nazariyesi araştırmacısı olarak temayüz ettiğini belirtir. Bak. M. Franklin : *The Legal Systems of Occupied Germany*. «Interpretations of Modern Legal Philosophies.» sh. 262.

- (142) Pound'a bu hususta Holmes'in müessir olduğu aşîkârdır.
(143) «Oldukça tarafsız» diyoruz, çünkü Pound, bu nazariyeleri daha ziyade pragmatik bir zaviyeden değerlendirmiştir.
(144) Gurvitch, G. : *Sociology of Law*. sh. 125. Bu suretle Pound, hukuku bir sosyal vakıa olarak ele almakta, gerek cemiyetteki

maların neticelerinin teşriî faaliyete tatbikine taallûk eder (145). İşte bu sebeplerden dolayı, Pound'un programı common law memleketlerinde, hukukî araştırma ve incelemeler üzerinde müessir olduğu gibi, Kara Avrupa'sı memleketlerinde de ilgiyle karşılanmıştır (146).

Pound'un hukukun mahiyet ve muhtevası hakkındaki fikirleri sosyolojik bir hüviyeti haizdir. Diğer taraftan Pound, hukukun sosyal realitesinin sosyal faydaları, sosyal ihtiyaç ve talepleri, spiritüel değerleri muhtevi bulunduğunu belirtmekle de «idealizm» ile «pragmatizm»in mükemmel bir sentezini meydana getirmiştir (147). Fakat, cemiyetteki menfaat gruplarının (aile, Kilise, birlikler v.s.) mevcudiyetini ve bunların kanun vazına tesir edecek kadar kuvvetli olduklarını kabul eden Pound'un, yalnız «devletin yarattığı hukuk» üzerinde ısrar etmekle kalmıyarak, bu grupların meydana getirdiği hukuk üzerinde de durması gerekirdi.

Bundan başka Pound'un kazaî faaliyet hakkındaki görüşleri de sosyolojik zihniyetle kolay bağdaşamayacak mahiyettedir. Çünkü Pound, bu gün bütün sosyolojik temayüllü hukukçuların kabul ettiği bir hususu, hâkimin hukuk yaratma hususundaki yetkisini kabul etmemektedir (148). Ona göre, hâkimin bir ihtilâfı halletmek hususundaki vazife ve yetkisi : (1) karara temel teşkil edecek kanunu veya kaideyi bulmak, (2) bulduğu kanun veya kaideyi tefsir etmek, (3) kararını meseleye tatbik etmekten ibarettir. Hâkim, kararını vakıa durumuna uydurabilmek için, tefsir faaliyetinde örf âdetten, mukayeseli hukuktan, etikten, ekonomiden ve sosyal ilimlerden istifade edebilecektir (149). Fakat bu tarz bir tefsirin hu-

sosyal vakıa ve çeşitli faktörlerin hukuk üzerinde, gerekse hukukun bunlar üzerinde müessir olduğunu göstermektedir.

(145) Gurvitch, G. : a. g. e. sh. 126.

(146) Stone, J. : **The Province and Function of Law.** sh. 406, 413.

(147) Gurvitch, G. : **Sociology of Law.** sh. 128.

(148) Pound, R. : **Common Law and Legislation.** (21 Harv. L. Rev. 1907 - 1908) sh. 384, 388.

(149) Pound, R. : **The Theory of Judicial Decision.** sh. 945 - 48. Llewellyn, K. N. : **On Reading and Using the Newer Jurisprudence.** (40 Harv. L. Rev.) sh. 585 - 86.

kuk yaratmak demek olduğunu Pound görememiş veya görmek istememiştir. Onun kanaatinca, teşriî yoldan kanun ısdarı, cemi-yeti teşkil eden topluluğun irade ve arzusunu ve menfaatlerini en doğru olarak aksettirecek yegâne yoldur (150). Halbuki Pound'un bizzat kendisi, cemiyetteki menfaatlerin adet ve muhteva bakımından daima değişeceğini defaatla ifade etmiştir. Hernekadar Pound ümidini, bir «sosyolojik araştırmalar laboratuvarına sahip» ve bu laboratuvarın verilerinden istifade edecek olan bir kanun vazına (151) bağlamış ise de, her gün değişiklik arzedecek menfaatleri yakinen takip ve tatmin hususunda, ağır işleyen mekanizması ile teşriî faaliyetin kıyafetsiz kalacağı aşîkârdır. Bu sebeple hayatın günlük akışını yakından takip edebilecek mevkiye bulunan hâkime, muayyen hudutlar çerçevesinde de olsa, hukuk yaratma yetkisinin tanınması en doğru ve normal yollardan birini teşkil eder kanaatindayız.

Pound'un ehemmiyet arzeden diğer bir fikri de hukukun muhtevası ile olduğu kadar, gayesi ile de ilgilenilmesi gereğine taallük etmektedir. Günümüzün müdil bünyeli cemiyetinin ihtiyaçları, hakikaten bu tarz fonksiyonel bir araştırma ve teşriî faaliyetle karşılanabilir sanıyoruz.

Pound'un hukukun gayesinin tarihte arzettiği değişikliklere müteallik müşahadeleri hakikaten ilgi çekicidir. Bu hususta, belki biraz fazla genelleme yapmış ise de, bilhassa XX. yüzyıl hukukunun gayesi hakkında vardığı neticeler bir hakikatı ifade etmektedir. Bu gün hemen bütün batı memleketlerinde menfaat grupları teşekkül etmiş, mevcudiyetlerini ve menfaatlerini tanıtmak hususunda cemiyete baskı yapmağa başlamışlardır. Bu grupların çarpışan menfaatlerinin tatmin ve telifi, modern cemiyetin en mühim meselelerinden birini teşkil etmektedir (152). Pound, cemiyette

(150) Pound, R. : *Common Law and Legislation*, sh. 406. (Pound, bu hususta kanun vazının, teşriî faaliyete konu olacak meseleleri işleyerek, bu suretle âmme efkârının taleplerini belirtecek olan basından istifade edilebileceğini belirtir.

(151) Pound, R. : *a. g. m.* sh. 406.

(152) Pierre Lepaulle, Pound'un kullandığı menfaat teriminin fertlerin veya fertlerin teşkil ettiği grupların arzu veya taleple-

hukuken tanındığını müşahade ettiği menfaatlerin tasnifinde yanılabilirliğini, böyle tasniflerin az çok keyfi olabileceğini baştan kabul eder, hattâ zaman ve mekân şartlarına göre, bu menfaatlerin daima değişeceğini belirttiğinden, en tatminkâr tasniflerin dahi zamanla kiyafetsiz kalacağını ifadeden kaçınmaz. Menfaatleri, bilhassa sosyal menfaatleri teferruatlı bir şekilde tarif ve tadât-tan çekinmesi de bu hakikatı kabul ettiğini ortaya koyar.

Pound'un başlıca gayelerinden biri de hukuken kabul edilmiş menfaatlerin yanısıra, tanınmaları ve himayeleri hususunda cemiyete baskı yapan menfaatlere, kanun vazının dikkatini celbetmek, bu menfaatlerin en kısa zamanda hukukî tanıma ve himayeye mazhar kılınmalarını sağlamaktır (153).

Pound'un menfaatler şeması bir bütün olarak göz önüne serilince onun, hukukta istikrar ile terakkiyi telif etmek istediği kolayca müşahade edilebilir. Çünkü ilk dört grup sosyal menfaat, umumî hatları itibarıyla mevcut sosyal nizamın muhafaza ve desteklenmesine, son iki grup sosyal menfaat ise hukukun gelişmesine taallûk etmektedir (154).

Pound'un menfaatler tablosununun, kazâ faaliyet bakımından, Federal Yüksek Mahkeme için başvurulacak bir kaynak teşkil etmesi düşünülebilir. Çünkü Amerika'da aşağı kademelerdeki hâkimlerin, kat'i kaide ve emsâllere bağlılık hususunda muhafazakâr

rini ifade ettiğini, fakat aktif bir sosyal kuvveti ifade edebilmeleri için bu taleplerin «şuurlu» olması gerektiğini, halbuki gerek ferdin gerek cemiyetin hayatında, dolayısıyla hukukta gayri şuuri kuvvetlerin de rol oynadıklarını belirtir. (Bak. P. Lepaulle : *The Function of Comparative Law with a Critique of Sociological Jurisprudence.*) Kanaatımızca bu tenkit haklıdır. Mamafih Pound'daki bu eksikliği, ilerde göreceğimiz veçhile, Cardozo kısmen itmam etmiştir.

(153) Bu hususta bak. Patterson : *Pound's Theory of Social Interests.* sh. 563.

(154) Patterson, E. W. : a. g. m. sh. 564.

Gurvitch, Pound'un ekstremler arasında tam ortayı (adalet ve nizam) bulmağa gayret ettiğini belirtir. Bak. Gurvitch : a. g. e. sh. 129.

(155) temayüllerinin aksine, Federal Yüksek Mahkeme hâkimleri kanunlar ve emsâller kadar sosyal ilimlerden, adalet hakkındaki ideallerden de istifade etmeğe mütemayil görünmektedirler. Müteadit misaller de bu temayülün mevcudiyetini ortaya koymaktadır.

Menfaatlerin değerlendirilmesi meselesine gelince, Pound bu değerlendirmeyi yapabilecek objektif ve nihaî kıstasların mevcut olamayacağını belirtir (156). Ancak, medeniyet seviyesine ve cemiyetin içinde bulunduğu şartlara göre muvakkat bir zaman için bazı kıstasların mevzuu bahis olabileceğine de işaret eder.

Değerlendirme meselesine temas edilmişken, burada bir nokta üzerinde durmak icap eder. Pound «sosyolojik bir hukuk ilmi» kurmuş olduğunu iddia ettiğine göre» sosyoloji ilminin değerlendirme vetiresi ile ilgisiz nazarı bir ilim olduğunu görmesi icap ederdi. Sosyoloji vakıaların tasvirine ve kanunlarının bulunmasına müteallik bir ilim olduğu veçhile, ne hareket tarzları vazeder, ne de incelediği vakıaları değerlendirir. Ayrıca olanı tarafsız bir şekilde inceleyip beyanla iktifa ettiğinden felsefe ile de ilgisizdir. Halbuki Pound nazariyesinde hareket normları, değerlendirme kıstasları vazettiği gibi felsefeden de büyük ölçüde istifade eder. Bu bakımdan «sosyolojik» terimi, nazariyesi ile pek kabili telif görünmemektedir (157).

Netice olarak diyebiliriz ki Pound'un araştırmaları fazla pratik ve fazla gai bir mahiyet taşımaktadır. Sonra hukuku yalnız devlette tahakkuk eden bir nizam nev'i olarak kabul etmektedir ki, bu sosyolojik hukuk anlayışı bakımından yanlışdır (158). Fakat ne olursa olsun, Pound'a vaki tenkitler, onun nazariyesinin değerini azaltmaktan ziyade, bu tenkidi mucip hususların kendisi veya muakipleri tarafından tashihi gibi faydalı bir netice hasıl edebilir kanaatindeyiz.

(155) Patterson, E. W. : **Jurisprudence**. sh. 527.

(156) Bu hususta bak. Friedmann : **Legal Theory**. sh. 241.

(157) Bu hususta bak. P. Lepaulle : **a. g. m.** sh. 841.

(158) Gurvitch, G. : **Sociology of Law**. sh. 130.

İKİNCİ BÖLÜM

BENJAMİN NATHAN CARDOZO (1870-1938)

§ 14 — ŞAHSİYETİ

1870 senesinde dünyaya gelen Cardozo, iyi bir eğitim görmüş, 1889 da Columbia Hukuk Fakültesinden muvaffak bir öğrenci olarak mezun olmuştur. Aynı Fakültede akademik kariyere intisap eden Cardozo, iki sene sonra avukatlığı tercih ederek pratik hayata atılmıştır. Bu sahada hakikaten başarı gösteren Cardozo 1913 de New York Temyiz Mahkemesine seçilmiş, 1932 de de Federal Yüksek Mahkeme üyeliğine tayin edilmiş ve bundan böyle ölüm tarihine tesadüf eden 1938 senesine kadar, hayatının yirmibeş senesini hâkimlik mesleğine vakfetmiştir.

Cardozo'nun bir hâkim ve hukuk âlimi olarak çalışmalarını iki devrede mütalâa edebiliriz : New York Temyiz Mahkemesi azası bulunduğu 1913 ile 1932 yılları arasındaki devre ve Federal Yüksek Mahkeme azası bulunduğu 1932 ile 1938 yılları arasındaki devre.

Sosyolojik Hukuk İlmine büyük hizmetlerde bulunduğu ilk devrede, Cardozo, yazmış olduğu üç eser ile «The Nature of the Judicial Process», «The Growth of the Law» ve «The Paradoxes of Legal Sciences» ile kazaî faaliyetin sosyolojik tahlilini yapmıştır. Bu bakımdan Cardozo, XIX. yüzyılın başlarında Kara Avrupa'sında başlayan, hukuki gelişmede mahkemelerin ve hâkimlerin rolünün ne olduğunu araştıran sosyolojik cereyanın Amerika'daki temsilcisi olmuştur.

XX. yüzyılın başlarında Pound'un hukuku çarpışan değerler ve menfaatler açısından ele aldığını ve hukuk yaratma faaliyetini, bu değerler ve menfaatler çarpışmasının hallinde bir «sosyal mühendislik» telâkki ettiğini görmüştük. İşte Cardozo, Pound'un vasıl olduğu bu neticeleri, kerdi pratik tecrübeleriyle meczederek, hukukun gelişmesinde tarihin, örf âdetin, faydacı zihniyetin ve umumen kabul edilmiş hareket tarzlarının muharrik kuvvetler olduğunu, bunların her davada mevzuu bahis bulunduğunu ; hukukta şahsî tercihlere, peşin hükümlere ve keyfe yer verilmemesi gerektiğini ve nihayet çarpışan menfaatlerin telifinde kanun vaznı kadar hâkimin de rolü bulunduğunu açık bir şekilde göstermiştir.

Cardozo'nun hayatı, Amerikan cemiyetinin ziraatten endüstriye geçiş devresine rastladığı için, o kültür değişmelerinin etik değerlerin değişmesine, bu değişen değerlerin de hukukun yaratılmasına ve tatbikatına aksettğine bizzat şahit olmuştur(1). İşte Cardozo'nun sosyolojik hukuk anlayışında, Géný'nin, Interessensjuris - prudenzen mektebi mensuplarının, Holmes ve Pound'un fikirleri kadar, cemiyette vukua gelen bu derin ve mühim değişmelerin neticeleri de rol oynamıştır.

Cardozo'nun bu devrede üzerinde durduğu mühim meselelerden biri de sosyal nizamdaki ve etik değerlerdeki tahavvüllerin neticesi olan gelişme arzusu ile, insanlardaki emniyet duygusunun talep ettiği istikrar arzusunun kazaî faaliyet vasıtasıyla, adalete uygun bir şekilde telifi zaruretidir.

Cardozo'nun Federal Yüksek Mahkeme azası bulunduğu sıralardaki çalışmalarına gelince, bu devrede onun, anayasa meseleleri hakkındaki kanaat ve fikirleriyle temayüz ettiğine şahit olmaktayız. Burada karşımıza bir hürriyet ve demokrasi âşığı olarak çıkan Cardozo, Amerika'nın büyüklüğünün, zenginliğinden ve kuvvetinden değil ; belki demokrasi ve hürriyet idealini kendi Anayasasında en mükemmel şekilde tecessüm ettirmiş olmasından ileri geldiğini ve ciz bir şekilde belirtir. Cardozo'nun Federal Yüksek Mahkeme azası

(1) Patterson E. W. : Foreword of the «Selected Writings of Benjamin Nathan Cardozo.» Ed. by Margaret E. Hall. New York 1947, Fallon Publication. sh. vii.

olarak çalışmaları (2) daha ziyade anayasa hukukunu ilgilendirdiği cihetle, üzerinde pek fazla durmayacağız.

§ 15 — KAZAİ FAALİYETİN SOSYOLOJİK TAHLİLİ

Cardozo, Sosyolojik Hukuk İlmine olan en büyük hizmetini, kazaî faaliyetin sosyolojik tahlilini yaparak, hâkimin bir mesele hakkında karar verirken nasıl bir zihnî çalışmada bulunduğunu ve bulunması gerektiğini göstermekle yapmıştır.

Cardozo, Kara Avrupa'sında Géný, Ehrlich ve Gmelin gibi müelliflerin, cemiyetin hukuk hissiyatını tefsirle mükellef olan hâkime - adaleti sağlayacak kararlar verebilmesi için - serbest ilmi araştırmalar yapmak; vakıaların arkasındaki muharrik kuvvetleri teşkil eden her çeşit sosyal elemanları arayıp bulmak yetkisinin tanınması gerektiği tezini savunduklarını belirterek, böyle bir yetkinin, emsâller içersinde boğulan Amerikan hâkimlerine de tanınmasını istemiştir.

Cardozo'ya göre, kazaî faaliyette, bir meseleyi hal hususunda hâkime düşen ilk vazife, kanunların tefsiridir. Anayasanın veya kanunların vazih olmaları halinde bu vazifenin ifası güç değildir. Fakat Anayasanın veya kanunların vazih olmamaları veya sükût etmeleri halinde tefsir güçleşmekte ve hâkime davayı halledecek yeni bir kaide yaratmak vazifesi terettüp etmektedir ki bu da bir nevî hukuk kâhinliğini gerektirmektedir (3).

Hâkimin bu kâhinlik vazifesini en iyi bir şekilde yapabilmesi için acaba nasıl hareket etmesi lâzımdır? Hâkim evvelâ önüne gelen ihtilâfı hal hususunda kanunlara, emsâl kararlarına müracaat edecektir. Fakat bu, emsallerin hukukun yegâne ve nihai kaynağını teşkil ettiği demek değildir. Hukukun asıl kaynağı, Cardozo'ya göre emsâllerin gerisindeki hukukî düşüncenin postulalarını teşkil eden temel hukukî görüşlerdir. Bu görüşlerin gerisinde de hayat itiyadları

(2) Lehman, Irving : **A Memorial. «Selected Writings of Benjamin Nathan Cardozo»**. sh. xvi.

(3) Cardozo, B. N. : **The Nature of the Judicial Process**. New Haven 1941, Yale University Press, 11th. Print. sh. 16 - 18.

ve cemiyet müesseseleri bulunur ki, bu müesseseler ve itiyadlar ile hukukî düşüncenin prensipleri arasında daimî ve karşılıklı bir tesirleşme vetiresi cereyan eder ve neticede bu görüşler kısmen hayat itiyadlarının, kısmen de cemiyet müesseselerinin değişmesinde rol oynarlar (4). Şu halde hâkimin kararında tecelli eden hükmün menşini cemiyette yaşıyan kıymetler teşkil etmektedir. Cardozo, hukukta tahakkuk eden bu kıymetleri, cemiyetin örfleri olarak alır ve bunların hukuk değillerse bile hukukun kaynağı olduklarını söyler (5). İşte hâkim, kıymet telâkkilerinin tecelli ettiği bu örfleri nazarı itibare almakla mükelleftir. Aksi takdirde kararında ne gerçek hukuku ne de adaleti tahakkuk ettirebilir. Halbuki hâkimin vereceği kararın ehemmiyeti de pek büyüktür. Çünkü bu karar veya hüküm, bu gün olduğu kadar yarının da haklı veya haksızını, doğru veya yanlışını tâyin edecektir. İşte burada, Cardozo, emsâllerin meydana geliş vetiresine işaret etmektedir. Ona göre, hâkimin her hükmü, gelecekteki ihtilâfların hallinin, aynı veya benzer tabiatla cereyanını sağlayacak, istikamet verecek bir kudreti haizdir. Öyle ki her hüküm, yeni kararların stoku vazifesini görecek, gelecekteki yeni prensip ve kaideler, emsâl teşkil edecek olan bu ilk hükümden fıkkıracaklardır. Hükümlerin veya emsâllerin muteberlik ölçüsünü de bize, sosyal hayatın tecrübeleri verecektir. Bu sebeple, her hüküm veya emsâl, hukuk laboratuvarları teşkil eden mahkemelerde daimî bir kontrole tâbi tutulmalıdır. Her yeni dava bir tecrübe olduğu cihetle, o vakte kadar kabili tatbik telâkki edilen herhangi bir hüküm veya emsâl, artık arzu edilen müsbet neticeyi istihsal edemiyor, fertler veya sınıflar arasındaki münasebetleri tanzim hususunda kifayetsiz kalıyorsa adaleti gerçekleştiremeyeceğinden red veya hale uygun surette yeniden tanzim edilmelidir (6).

Demek oluyor ki hâkimin vereceği hüküm bir taraftan o günkü adaleti, diğer taraftan da yarının adaletini tâyin edeceği cihetle, iki bakımdan ehemmiyet arz etmektedir. Fakat mutlak bir adaletin mevcut olamayacağını da hatırdâ tutmak lâzımdır. Cardozo, hukukî ger-

(4) Cardozo, B. N. : a. g. e. sh. 19.

(5) Cardozo, B. N. : *The Growth of the Law*. New Haven 1946, Yale University Press, 7th Ed. sh. 137.

(6) Cardozo, B. N. : *The Nature of the Judicial Process*. sh. 22 - 23.

çekliğin son derece seyyal olduğunu, adalet mefhumu ve idealinin muhtelif zamanlarda muhtelif zihinlere farklı şeyler ifade ettiğini; adaleti tarif ve standartlarını tâyin gayretlerinin dahi muvaffak olmadığını, bu sebeple günümüzde üzerinde hâlâ ısrar edilen Aristo'nun adalet tarifi ile iktifa edilemeyeceğini ısrarla belirtir. Ona göre, bu gün aranması icap eden adalet, kanuna göre tâyin edilen adalet değil, kanunu kendisine göre ayarlı yacağımız bir adalettir (7). Böyle bir adalet idealini de cemiyet şartları, hayatın tecrübeleri ve bunların telkin ettikleri sosyal idealler tâyin edecektir. Bütün bu şartlar ve sosyal idealler de hayatın dinamizmine tâbi olarak değişen muhtevalara sahip olacaklarından, bunların tâyin ettiği adalet ideali de daima değişikliğe uğrayacaktır.

Hukukun seyrinde hiç bir şey sabit ve mutlak olmadığı cihetle, artık hâkim, önüne gelen ihtilâfı hallerken, sabit kalıplara bağlı kalmıyarak, zamanın değişen kıymet telâkkilerini, hayat münasebetlerinin ve vakıa kombinezanlarının yeni veçhelerini bunlara göre değerlendirecek ve ancak bundan sonra kararını verecektir.

Cardozo'ya göre, bu gün kazaî faaliyette, önüne gelen ihtilâfı hal ile mükellef bulunan hâkim iki veçheli bir vazife ile karşılaşmaktadır: Evvelâ meseleyi halledecek temel bir prensip bulmak ve sonra bu prensibin hareket ve gelişme istikametini tâyin etmek (8). Şimdi hâkimin bu vazifeyi nasıl ifa edeceğini yakından görelim.

§ 16 — KAZAÎ FAALİYETTE HUKUKUN GELİŞMESİ

A — Kazaî Faaliyette Hukukun Doğuşu - Cardozo'nun Hukuk Anlayışı :

Cardozo, hukukun kanundan daha fazla bir şey olduğunu sarihaten belirtir ve kazaî yönden mahiyetini araştırır. Ona göre insanlar, hareketlerini tanzim edecek mahkeme kararları veya kanun maddeleri olmaksızın dahi (9), kendi kendilerine kabul etmiş olduk-

(7) Cardozo, B. N. : *The Growth of the Law*. sh. 86 - 87.

(8) Cardozo, B. N. : *The Nature of the Judicial Process*. sh. 28.

ları bazı hattı hareket kaidelerine, prensip ve standartlara uyarak, günlük işlerini görebilmekte, sulh ve emniyet içersinde yaşayabilmektedirler. İşte böyle bir durumda hukuk safhasına ulaşılmış demektir. Burada, bir mahkeme kararında ifadesini bulmadığı halde, bir prensip, kaide veya standardın hangi emniyet derecesinde hukuk safhasına erişeceği suali varit olabilir. Cardozo'nun bu suale cevabı şudur: İnsanlar arasında, muayyen bir kaide, prensip veya standardın bir mahkeme kararında tecelli edebileceği veya etmesi gerektiği ihtimal dahiline girdiği anda, kaide, prensip veya standard hukuk safhasına erişir (10). Demek ki mahkemelelerin, kendilerini tanımaları veya kendilerine istinaden hareket etmeleri muhtemel olan kaideler hukukun bir parçasını teşkil etmektedirler. İşte bu kanaate binaen Cardozo, Duguit'nin hukuku devletin değil, cemiyetteki sosyal vakıaların spontane bir şekilde yarattığı ve devletin ancak bu objektif hukuk kaidelerini resmen tasdik ettiği mealindeki fikirlerine iltihak eder (11). Bununla beraber Cardozo, devletin teşriî organının hukuk yaratabileceğini inkâr etmez. Fakat onun kanaatine göre, ister mahkemeler tarafından yaratılsın, ister teşriî organ tarafından yaratılsın, hukukun menşei cemiyettir ve bu «cemiyette yaşayan hukuk», resmî bir tasdike mazhar olmadan da hukuk vasfındadır (12). İşte bu mânaya gelmek üzere Cardozo «hukuk kaide ve prensiplerinin kökleri imalât-hanelerin, işçi teşekküllerinin teamülî taazzuvarlarında ve metodlarında, nısfet ve adalet hakkındaki hâkim kanaatlerde, zamanın örf-lerinin kendilerine göre şekillendirildiği inanç ve tâtbiyat komplekslerindedir. Bunların yegâne eksik tarafları, henüz resmî bir tasdike mazhar olmamalarıdır. Fakat bu bizi bir gün bu eksikliğin telâfi edileceği kanaatından vazgeçiremez» der.

(9) Amerika'da hukukun büyük ölçüde emsâl kararlarına istinad ettiği, teşriî faaliyetin hukukun yaratılmasında henüz pek yeni bir yol olarak kabul edildiğinin hatırlanması gerektir.

(10) Cardozo, B. N. : *The Growth of the Law*. sh. 34.

(11) Ehrlich, E. : *Grundlegung der Soziologie des Rechts*. sh. 368, Cardozo naklediyor : *The Nature of the Judicial Process*. sh. 5.

(12) Cardozo, B. N. : *The Paradoxes of Legal Science*. sh. 75. Cardozo, hukukun, cemiyet mensuplarının, ticaret şirketlerinin veya muhtelif grupların tecrübi, hissi, ahlâki veya ekonomik hükümlerinin muhassalası olduğunu söyler.

Cardozo, hukukun meydana gelişinde şuurlu faaliyetlerin rolünü kabul eder. Bu sebeple, Savigny'nin, hukukun halk ruhunda mücadelesiz ve gayesiz olarak doğup geliştiğine ve hukukun yaratılmayıp ancak bulunabildiğine mütedair fikirlerine itiraz eder (13). Ona göre, kazaî faaliyette hâkimin verdiği hükümler, bir dereceye kadar «keşif» ve bir dereceye kadar da «yaratma» vetiresini ifade ederler.

Şu halde Cardozo'ya göre hukuk, bir kaideler, prensipler ve standartlar sistemidir ki, bunlar yeni hadise kombinezonlarına, vakıa gruplarına tatbik edilirlerken, sınıflandırılır, seçilir, şekillenir ve bir gayeye intibak ettirilirler (14). Böylece hukuk kaideleri, bir mesele hakkında çatışan çeşitli ihtimaller arasında şüphe içinde doğarlar ve şüphe içinde gelişirler. Cardozo bu vetireyi ifade etmek üzere «Hükümler bir deneme ve yanılma vetiresi ile doğarlar. Bir deneme ve yanılma vetiresi onlara nevilerini idame hakkını verir» (15) der.

Görülüyor ki Cardozo'nun hukuk anlayışı, bu gün hukuk sosyolojisi tarafından vaz edilen hukuk anlayışıyla tetabuk etmektedir. Çünkü o, cemiyette spontane bir şekilde gelişen bir hukukun mevcudiyetini görmüş ve bunun resmî hukukun menşeyini teşkil ettiğini, resmî tasdike mazhar olmadan dahi cemiyet fertleri üzerinde müeessir bulunduğunu açıkça ifade etmiştir.

B — Kazaî Faaliyette Hukukun Gelişmesi :

Hukukun doğuşunu inceledikten sonra, Cardozo, teşriî faaliyetten müstakil olarak, hukukun kazaî faaliyette ne şekilde geliştiği meselesine geçer.

Acaba hâkim, yeni zuhur eden vakıa grupları veya hadise kombinezonları, hukuk kaide ve emsâllerinde bir değişikliği gerekli kıl-

(13) Cardozo, B. N. : *The Nature of the Judicial Process*. sh. 104.

(14) Cardozo, B. N. : *The Growth of the Law*. sh. 55.

(15) Cardozo, B. N. : *a. g. e.* sh. 55. «A process of trial and error brings judgements into being. A process of trial and error determines their right to reproduce their kind.

dığı zamanlarda, bu gereği karşılamak üzere ne şekilde hareket edecek, bu kaide ve emsâlleri nasıl geliştirecektir?

Cardozo, pratik hayata atıldığı ilk senelerde, iyi vazedilen hukuk kaidelerinin hiç bir zaman değiştirilmesine lüzûm olmadığı kanaatını taşıdığını, fakat tecrübelerin kendisine bu kanaatının yanlışlığını gösterdiğini söyler. Bunun neticesinde, hiçbir kaide ve emsâlin, ilânihaye, olduğu gibi muhafaza edilemeyeceğini, çok kere tesbit edilen formüllerin mürekkepleri kurumadan ortaya çıkan yeni bir vakıa grubunun, adalet telâkkisinin baskısının, mahkemeleri bu formülleri değiştirmeye zorladığını öğrenmiş bulunduğunu söyler. (16). Demek ki hukukda nihai kat'iyetlere varmak ümid edilemez. Esasen bir nesil için faydalı ve makbul olan hukuk kaideleri, diğer bir nesil için eksik ve faydasız olabilir (17). Zamanın ihtiyaç ve menfaatleri, hukuku daima değişmeye zorlayacağından (18), ne kadar mükemmel tesis edilirse edilsin, her hukuk kaidesi ve emsâl, zaman zaman kontrol edilmeli, gayesine el'an hizmet edip etmediği araştırılmalıdır (19).

Cardozo, hukukun, kendi gelişmesinde rol oynayan elemanları veya sevkedici kuvvetleri hâvi olduğunu hatırlatır : bunlar «felsefe veya mantık», «tarih veya tekâmülün sevkedici kuvveti», «örf âdet veya gelenek», «adalet, sosyal refah hakkındaki kanaatler ve günün kıymet telâkkileri, bir kelime ile sosyoloji»dir (20). İşte hâkimler hukuk kaidelerini geliştirirken bu yaratıcı elemanları nazarı itibare alacaklar, bu yaratıcı elemanların metodlarından istifade edeceklerdir.

Cardozo, hâkimlerin istifade edecekleri bu metodları incelerken, aynı zamanda bu metodların ait oldukları yaratıcı elemanların veya sevkedici kuvvetlerin hukukun gelişmesindeki rollerini de belirttiğinden, burada üzerinde durmayacağız.

(16) Cardozo, B. N. : a. g. e. sh. 57, 67. Cardozo bu hususta şöyle bir teşbih yapar : «Hadiselerin değişen kombinezonlarının dalgaları, eski kategorileri durmadan döverler.» Bak. a. g. e. sh. 19.

(17) Cardozo, B. N. : *The Nature of the Judicial Process*, sh. 151.

(18) Cardozo, B. N. : *The Growth of the Law*. sh. 117.

(19) Cardozo, B. N. : a. g. e. sh. 120.

(20) Cardozo, B. N. : a. g. e. sh. 62.

§ 17 — KAZAÎ FAALİYETİN METODLARI

A — Felsefi veya Mantiki Metod :

Cardozo, hukukun gelişmesinde sosyal ilimler, iktisad siyaseti, ahlâk telâkkileri ve iş âlemindeki tahavvüller kadar felsefenin de rol oynadığına kanidir. Bu bakımdan, hukukun doğuşu, gelişmesi, fonksiyonu ve gayesi meselesinin araştırılmasını, realiteden uzak, mücerred bir spekülâsyondan ibaret telâkki eden hukukçuların fikirlerine itiraz eder. Çünkü ona göre, felsefi araştırmalar hukukî düşünceye istikamet verir ve şüpheli davalarda hâkimin fikrî faaliyetine ışık tutar. Kaldı ki onun üzerinde durduğu felsefe, kültürel değerler veya nazarî menfaatlerle değil, hayatın kendisiyle ilgilenen realist ve pragmatik bir felsefedir. Hukukun temelini teşkil eden bazı ana mefhumlar da ancak böyle bir felsefe sayesinde sarahata ulaşabilirler (21).

Demek ki hukukun geliştirilmesinde hâkime yardımcı olacak felsefe, hukukun meydana gelişine kadar, gelişmesi, fonksiyonu ile de hukukî sistemin, mevzu kaide ve emsâllerin hudutları dahilinde meşgul olacaktır. Yani bu felsefe, hukukun metafizik cephesiyle değil, realist cephesiyle ilgilenecek, bu suretle kompromi imkânları verecek, pragmatik bir mahiyet arzedecektir (22).

Bu yaratıcı ve sevkedici kuvvetin başlıca metodu mantıktır. Cardozo, hukukta mantığın rolünü inkâr edenlere itiraz eder ve Holmes'in meşhur vecizesine (hukukun hayatı mantıkî değil, tecrübi olmuştur) temasla, Holmes'in bu vecize ile, tecrübenin sustuğu veya kifayetsiz kaldığı yerde, mantığın ihmal edilmesini murad etmediğini belirtir.

Cardozo'ya göre mantığın hukuk sahasında müteaddit hizmetleri vardır. Bir kere hukukta, hukuk tatbikatında ahengi ve yeknesaklığı temin eder. Çünkü cemiyette öyle ihtilâflar mevcut olabilir ki, bunların hepsi için aynı hükmün verilmesi makûl ve âdil telâkki edilir. Meselâ, bir gün evvel «davacı» olduğu dava,

(21) Cardozo, B. N. : a. g. e. sh. 23 - 27.

(22) Cardozo, B. N. : a. g. e. sh. 126 - 128.

aleyhine neticelenen şahıs, yarın «davalı» olduğu zaman da, hakkında a y n ı h ü k m ü n verilmesini pek haklı olarak umar (23).

Bundan başka mantık, bir ihtilâfta beliren muhtelif mantıkî ihtimallerden, mantıkî yollardan birinin seçiminde de rol oynar. Cardozo, böyle bir duruma New York'da cereyan eden «Riggs v. Palmer» davasını misâl verir. Bu davada, murisini öldüren musalehin vasiyetnâmeden istifade edip edemeyeceği bahis mevzuu olmuştu. Cardozo, işte burada kendi hâkimiyetini tesise çalışan iki mantıkî ihtimale, iki mantıkî prensibe işaret eder: Bu prensiplerden biri, sulh mahkemesinin, cinayetleri cezalandırmağa mezun olmadığına taallûk eder. Şu halde murisin hukuka uygun talebi ifa edilmeli ve musaleh cinayet suçunu irtikap etmiş olsa dahi, vasiyetnâmeden istifade ettirilmelidir. Diğer prensip ise evrensel değerli adalet hissine istinad etmektedir. Buna göre, hiç bir şahsın, adaleti baltalayacak hareketlerinden dolayı herhangi bir istifade temin etmesine mesâğ yoktur. Görülüyor ki her iki prensip de mantıkî bir hakikat payı taşımaktadır. Şu halde nasıl bir seçim yapılacaktır. Bu gün artık cemiyette sosyal menfaat ve taleplerin değeri anlaşılmış bulunduğundan, mantık, cemiyet hissiyatının ifadesi olan «adalet ideali»ne ittiba etmenin doğru olacağını açıkça göstermektedir. Nitekim bu davada mahkeme, adalet hissiyle de teşhiz edilen mantığın yardımıyla doğru yolu seçmiş ve musalehi vasiyetnâmeden istifade ettirmemek suretiyle sosyal menfaati da korumuştur (24).

Nihayet sosyal ilimlerin neticeleri ile teşhiz edilmiş mantık, hâkime diğer metodlardan birinin seçimi veya bir kaçının bir arada kullanılmasını sağlamak bakımından da yardım eder (25). Esasen Cardozo'ya göre, mantık muntazam bir nizâmı ve tevaliyi ifade ettiği için her metodda bulunan bir unsuru teşkil etmektedir.

Cardozo, felsefenin misâl verici bir vasıta olmaktan ziyade, hâkimleri daha iyi ihtimaller üzerinde uyaracak bir vasıta olarak kabul eder. Böyle bir felsefe, başka bir âlemin ideallerinin ifadesi

(23) Cardozo, B. N. : *The Nature of the Judicial Process*. sh. 34.

(24) Cardozo, B. N. : *a. g. e.* sh. 40 - 43.

(25) Cardozo, B. N. : *The Growth of the Law*. sh. 63.

olmaktan ziyade, cemiyetteki sosyal marazların tashihinde yardımcı olacaktır (26).

Zıddiyetlerin uzlaştırılmasında ve hukuk kaidelerindeki anormalliklerin ıslahında da hâkim, büyük ölçüde mantıkî metoddan (analoji de dahil) istifade edecektir (27). Ancak mantık muayyen bir dereceye kadar hâkime yardımcı olabileceğinden, mantığın hudutları ve imkânları iyice bilinmeli, nerede diğer metodlarla birlikte kullanılacağı tâyin edilmelidir.

B — Tarihi Metod veya Evrimi Metodu :

Cardozo, ikinci olarak, hukukun gelişmesinde rol oynayan tarih ve tarihi metod üzerinde durur. Tarihi metod, felsefi metoda zıd temayüllü bir metod olarak karşımıza çıkmakla beraber, bazen mantığı sarahata ulaştırır. Bundan başka, tarihi metod da kaidelerin menşei, gelişmesini incelerken, maziyle ilgiyi devam ettiren mantıktan istifade eder.

Hukuktaki bir çok kaide ve mefhumlar, mevcudiyetlerini tarihe borçludurlar, bu sebeple tarihi gelişmeleri nazarı itibare alınmadan anlaşılamazlar. İşte böyle kaidelerin gelişmesinde tarih mantığa tekaddüm eder. Diğer taraftan da öyle kaideler mevcuttur ki, tarihi bir gelişmeye sahip olmakla beraber, mevcudiyet ve yetkinliklerini akla, yani mantığa borçludurlar. Bu nevi kaideler de *Jus Gentium*'un bir parçasını teşkil ederler ve bunların gelişmelerinde mantık tarihe nazaran ağır basar. Cardozo, kaide veya mefhumların mantıkî gelişmelerine «hükmi şahsiyet mefhum ve müessesesi»ni misâl olarak gösterir (28).

Tarihi metod, hâkime, mazinin hukukunu öğretmekle, halin hukukuna hâkim olma hususunda yardım eder. Ancak bu metodu kullanırken, mazinin incelenmesi neticesinde halin ve hale dayanan istikbalin hukukunu felce uğratmamaya dikkat etmelidir (29).

(26) Dewey : *Reconstruction in Philosophy*. sh. 122 - 124. Cardozo naklediyor : a. g. e. sh. 130.

(27) Cardozo, B. N. : *The Nature of the Judicial Process*. sh. 50.

(28) Cardozo, B. N. : a. g. e. sh. 51 - 53.

(29) Cardozo, B. N. : a. g. e. sh. 54.

Cardozo, tarihî metodun bilhassa mülkiyet, borçlar hukuku ve temlik muamelelerinin araştırılmasında faydalı olacağını belirtir. Çünkü bu sahada «öyle kaideler mevcuttur ki, hâlâ insanları, mezarlarından idare etmektedirler» (30). Şu halde, kazaî faaliyetin bir çok meseleleri, tarihî araştırmalar neticesinde daha kolay anlaşılır bir hale gelmektedir (31).

C — Teamül veya Örf Âdet Metodu :

Cardozo, felsefî veya tarihî metodun, hukukun gelişme istikametini tâyininde hizmet edemedikleri takdirde, hâkimin teamül veya örf âdet metoduna müracaat edeceğini söyler.

Cardozo'ya göre, Anglo — Sakson hukuk âleminde, örf şümüllü bir mâna ve muhtevaya sahip olmuş ve common law'un gelişmesinde büyük rol ifa etmiştir. Fakat bu gün, örf, artık hukukun gelişmesindeki yaratıcı rolünü büyük ölçüde kaybetmiş; daha ziyade hukuk kaidelerinin nasıl tatbik edileceklerini tâyin eden standartlar haline gelmiştir (32). Eğer örf, yeni kaideler yaratmak temayülü gösteriyorsa, hukukta, gelişmeyi teşriî faaliyetin deruhte etmesi gerekiyor demektir. Meselâ, buhar, elektrik, tren, telefon ve telgraf gibi keşiflerin zuhurunda örfler, teşriî faaliyeti harekete geçirecek şekilde roller ifa etmişlerdir. Bu gün de hava hukuku sahasında teessüs eden örfler, yarının hava hukukunu yaratacak şekilde gelişmektedirler (33).

Cardozo, örf âdetin ve teamül metodunun bilhassa mahiyeti icabı, sabit kalıplar halinde dondurulması mümkün olmayan ticaret hukuku sahasında, her gün değişen ticaret hayatının ihtiyaçlarının karşılanmasında ehemmiyeti haiz olduğunu belirtir (34).

Nihayet örf âdetin diğer bir rolü de itiyadların gelişmesinde, bu itiyadları teamülî bir ahlâk kıstasına vurarak, haklı ve haksız tes-

(30) Maitland : *Equity and Forms of Action*, sh. 296. Cardozo naklediyor : a. g. e. sh. 56.

(31) Cardozo, B. N. : *Jurisprudence*, New York, State Bar Adress. «Selected Writings of Benjamin Nathan Cardozo», sh. 10.

(32) Cardozo, B. N. : *The Nature of the Judicial Process*, sh. 59 - 60.

(33) Cardozo, B. N. : a. g. e. sh. 60 - 62.

(34) Cardozo, B. N. : a. g. e. sh. 60.

bit etmesinde görülür. İşte bu noktada Cardozo, teamül metodu ile sosyolojik metod arasında bir temasın husule geldiğine dikkatı çeker. Çünkü her iki metodun kökleri aynı zemine, cemiyet içersindeki vakıalara dayanmakta ve her iki metod, cemiyet nizamı ile hareket şekilleri ve hayat ile hukuk arasındaki karşılıklı tesirleşme vetresini tebarüz ettirmektedir (35).

D — Sosyolojik Metod :

Cardozo, sosyal ihtiyaçların kuvvetle kendilerini hissettirdikleri zamanlarda felsefi, tarihi, ve teamüli metodların kifayetsiz kalacaklarını, onun için, bunların yerine, sosyolojik metodun tercih edilmesi zaruretinin doğacağını belirtir. Ona göre, modern kazaî faaliyet-te, sosyal adalet ön plâna geçmiş bulunmaktadır. Sosyal adaleti tahakkuk ettirecek en müessir vasıta da sosyoloji ve sosyolojik metoddur.

Cardozo, hukukun nihaî illet ve gayesini sosyal refahın teşkil ettiğini söyler. Bu bakımdan hukukta gaye, birinci derecede ehemmiyet kazanmıştır. Hukukun geliştirilmesinde ve şekillendirilmesinde filvaki mantık, tarih ve örf âdetten de istifade edilmektedir, fakat gaye, bu hususta hepsinden ziyade hizmet görmektedir. Hukukta gayenin ehemmiyet kazanmasıyla, hâkimler formalizmin insafsızlığından kurtulmuşlardır. Sosyolojinin faydasını açıkça ortaya koyduğu gaye, hâkimlere sosyal refahı sağlamak hususunda, kaide ve emsâllerin ne şekilde kullanılacaklarını gösteren bir rehber durumuna geçmiştir. Cardozo'ya göre hâkimlerin en mühim vazifesi, böylece, sosyal refahın unsurlarını keşfetmek olmaktadır (36).

Cardozo'ya göre, sosyolojik metod, kanun boşluklarının doldu-

(35) Cardozo, B. N. : a. g. e. sh. 64.

(36) Cardozo, B. N. : a. g. e. sh. 67.

Cardozo, sosyal refah teriminin çok şümüllü bir mânası olduğunu, bazen âmme menfaatını, kollektif heyetin hayrını; bazen cemiyetteki kıymet telâkkilerini, doğru hareket standartlarına uygun hareket etmekten hasıl olan sosyal faydayı; bazen dinî, ahlâkî ve sosyal müesseselerin himayesini, adalet hissini desteklenmesini ifade etmek üzere kullanıldığını, aslında, bütün bu hususları muhtevi bulunduğunu belirtir. a. g. e., sh. 72.

rulmasında, hâkime gerekli bilgiyi vermek hususunda en mükemmel metodu teşkil etmektedir. Bundan başka, sosyolojinin gelişmesi, hukukun her bölümündeki her kaidenin sosyal değerinin tetkiki hususunda kuvvetli bir cereyanın belirmesine yol açmıştır. Bunun neticesinde - Cardozo burada Pound'a atıfta bulunur - hukukun modern ilminde tahlilci bir tutumdan fonksiyonel bir tutuma geçiş ehemmiyet kazanmış, kaidelerin muhtevasından ziyade, gayelerini tahakkuk ettirebilmek hususundaki ehliyet ve kifayet dereceleri aranır olmuştur (37).

Cardozo, adalet duygusunun, sosyal refahın, bir kelime ile sosyolojinin ve sosyolojik metodun, hukukun hangi sahalarında ehemmiyet arzettiğini araştırır. Bu sahaların başında anayasa hukuku gelmektedir. Cardozo, burada, anayasanın vatandaşlara tanıdığı imtiyazlar üzerinde, bilhassa hürriyet üzerinde durur. Hürriyet, tarifi, sınırlandırılması ve şartlandırılması mümkün olmayan bir husus olarak belirtmektedir. Amerikan Bağımsızlık Demeci, hürriyetin mutlak ve ebedî bir anlaşılışını vazetmiş, Rousseau'nun, Locke'un ve Spencer'in siyasi felsefeleri bu mefhumu aklileştirmiş, *laissez faire* formülü de onu, hâkimlerin mutlaka ittiba etmeleri gereken bir kategori emueratif (kesin emir) haline koymuştu. Fakat Dicey'in işaret ettiği gibi, cemiyette ferdiyetçi liberalismden sistematize edilmemiş (unsystematic) kolektivizme geçişin sosyal nizamda meydana getirdiği değişiklikler, yeni bir temel hak ve vazifeler formülünün tesisi ihtiyacını tevliid etmiştir. Cardozo bu ihtiyacın, Amerikan hukukunda kendisini ancak yakın zamanlarda ve pek zayıf bir şekilde gösterdiğinden şikâyet eder, bu hususta Holmes'in bir muhalefet şerhinde (38), bir anayasanın *laissez faire* gibi ekonomik nazariyeye müteallik bir formülü vatandaş ile devletin münasebetlerine tatbik edemeyeceğini, hiç bir anayasanın hiç bir hükmünün ebedî bir değişmezliğe sahip olamayacağını, her kaide ve mefhum gibi, hürriyet mefhumu ile hürriyete müteâllik kaidelerin, halin hukuk anlayışına ve şartlarına göre tefsir edilmesi gerekeceğini belirtmiş olmasına rağmen, bu açık hakikate ittiba edilmemiş ol-

(37) Cardozo, B. N. : a. g. e. sh. 73.

(38) Lochner v. New York davası. Bak. § 5, D.

masını misâl verir (39). Cardozo'ya göre, mezkûr davada (Lochner v. New York) ve diğer bir çok davalarda olduğu gibi, mahkemelerin, kanunların veya emsâllerin hayatîyet kabiliyetleri hakkında karar verirken hataya düşmelerinin sebebi, kanun veya emsâllerin mahiyetini değil, - gerekli sosyolojik bilgiden mahrum oldukları için - vakıaların mahiyetini yanlış anlamalarından ileri gelmektedir. Buna misâl olarak, New York Temyiz Mahkemesinin 1907 de People v. Williams davasında kadınların gece çalışmalarını meneden bir kanunu keyfî addederek anayasaya aykırılığını ilân ettiğini, fakat işçilerin sosyal durumlarına müteâllik sosyolojik araştırmalarla öğrenilen bilgiler neticesinde, 1915 de (People v. Schweinler Press davasında) aynı mealdeki bir kanunu makûl ve âdil addederek anayasaya uygunluğunu beyan ettiğini gösterir (40). Böylece Cardozo, herhangi bir hukuk kaidesinin iyi işleyip işlemediğini anlayabilmek için, onun muhtevasının bilinmesinin kâfi olmadığını, kaidenin tatbiki ile hasıl olacak uzak ve yakın ekonomik, sosyal, neticelerin de araştırılması gerektiğini ısrarla beyan eder. Bu hususta hâkimin muvaffakiyet derecesini, cemiyet bünyesinin müdil şartlarına ve cemiyette hâkim kıymet telâkkilerine vukufu tâyin edecektir (41).

Cardozo'ya göre artık, mahkemeler yavaş yavaş, kanun maddelerine - yerli veya yabancı olsun, sosyal ilimlerle meşgûl olanların, ekonomistlerin, günün sosyal şartlarını nazarı itibare alarak yaptıkları araştırmalar neticesinde - ideal bir cemiyete götürecek değişken muhtevalı, mücerred prensipler olarak bakmayı öğrenmeğe başlamışlardır. Böylece bu dinamik anlayış neticesinde anayasa imtiyazlarının da sabit değil, her asır ve neslin ihtiyaçlarına göre, değişen muhtevalara sahip oldukları anlaşılmıştır. Cardozo'ya göre, anayasaların vazettiği kaideler, istikbale doğru uzanan rehber prensipler

(39) Cardozo, B. N. : a. g. e. sh. 80.

(40) Cardozo, B. N. : a. g. e. sh. 81.

(41) Cardozo, B. N. : The Growth of the Law. sh. 124.

Cardozo, burada hâkim Brandeis'in, cemiyetin sosyal, endüstriyel şartlarının mukayeseli araştırmalarına dayanan raporların ve sosyal ilimlerin neticelerinin kazaî faaliyette nasıl faydalı olacağını muhtelif davalarda gösterdiğine işaret eder. Bak : Muller v. Oregon davası, §. 4.

mahiyetinde olmak mecburiyetindedirler. Aksi takdirde seyyâliyetlerini kaybedeceklerinden, bir gün cemiyetin ihtiyaçlarına cevap veremeyecek duruma düşeceklerdir (42). Şu halde, mahkemeler her hukuk sahasında olduğu gibi, anayasa hukuku sahasında da, eski tefsirlerle bağlı kalmayacak, halin şartlarını nazarı itibare alarak yeni tefsirlere tevessül edeceklerdir (43).

Cardozo, Kara Avrupa'sında yetkinleşen bu anlayışın Amerika'da da bazı mahkeme kararlarında görülmeğe başladığını söyler. Meselâ Federal Yüksek Mahkeme, laissez faire formülünün, yani koyu bir liberalizmin hüküm sürdüğü sıralarda, teşriî organa ancak â m m e irtifak hakları mevzuu bahis olduğu hallerde iş hayatını ve teşebbüsleri kontrol yetkisini tanıdığı halde, (bak *Munn v. Illinois*, 94, V.S. 113 davası), sosyal adalet hissinin gelişmesi neticesinde, daha sonraları her türlü â m m e menfaatlerine taallûk eden hallerde iş hayatına ve teşebbüslere kontrol ve müdahale yetkisini tanımıştır (44). Kanunlardaki gelişmeye gelince, 1924 de New York'da iskân kanunu, tanzim edici hükümlerle eskiden mutlak olan mülkiyet hakkına tahditler vazetmiş ve buna rağmen itirazla karşılanmamıştır. Böylece, anayasanın dokunulmaz ve imha edilemez olarak vatandaşa bahşettiği hürriyetlerden mülkiyet hakkı, â m m e menfaat ve selâmeti gerektiğinde, hususi bir tanzime tâbi tutulmakla, artık mutlak bir imtiyaz olmaktan çıkmıştır. Bu ve buna benzer misâller neticesinde Amerika'da mahkemelerin ferdî imtiyazları, devrin ihtiyaç ve şartları icap ettirdiği nisbette ve adaleti rencide etmeyecek surette, tanzim edebilmeleri esası yerleşmeğe başlamıştır. Tabii bu durumda mahkemeler tamamen serbest olmayıp, bu tanzimi, kendi adalet ideallerine göre değil, cemiyette hâkim olan adalet idealine göre objektif bir tarzda yapacaklardır (45).

(42) Cardozo, B. N. : *The Nature of the Judicial Process*. sh. 83.

(43) Cardozo, burada, Fransız Temyiz Mahkemesi reisi M. Ballot Beaupre'nin, Code Napoléon'un hükümlerinin geliştirici tefsirle modern şartlara intibakını izah ederken kullandığı şu cümleye işaret eder : «Biz kanun vazunun yüz sene evvel ne istediğini değil, fakat halihazır şartlarımızı bilseydi ne istemiş olacağını arıyoruz.» Bak : a. g. e. sh. 84.

(44) Cardozo, B. N. : a. g. e. sh. 86.

(45) Cardozo, B. N. : a. g. e. sh. 88 - 89, 108.

Cardozo, asrımızda, gayesini tahakkuk ettirmek hususunda herhangi bir gün, mevcudiyetinin meşruiyetini isbat zorunda kalmayacak surette tesis edilmiş pek az hukuk kaidesinin mevcut olduğunu, bu sebeple hukuk kaide ve emsâllerinin sık sık sosyolojik bir görüş açısından yeniden tetkik edilmeleri ve değerlendirilmeleri gerektiğini belirtir. Böylece, eskiden kalma kalıplar - icap etikçe - hâkimlerin yaratıcı faaliyetleriyle, sosyal hayatın talep ve ihtiyaçlarına uygun yeni muhtevalara sahip olabileceklerdir (46). Bu noktada Cardozo, sosyolojik metod yardımıyla, hâkimlerin kanun koymadaki rollerini incelemeğe başlar. Ona göre artık, hukuku olgunlaşmış bir meyva gibi devşirmek imkânı kalmamıştır. Her hâkim, âmmenin hayrını ve taleplerini karşılayacak hukuku, tecrübelerine istinaden, şuurlu bir şekilde, Cardozo'nun ifadesiyle «yaratıcı bir faaliyetle» bulacaktır (47). Bunun için hâkim, hukukun temelini teşkil eden kıymet telâkkilerini ve menfaatleri cemiyette arayıp bulacak ve hükmünde ifade etmeden önce değerlendirecektir. Menfaatleri değerlendirirken de lâzım gelen bilgiyi tıpkı bir kanun vaznı gibi, hayatın kendisinden, tecrübelerden öğrenecektir. Gerek hâkim ve gerek kanun vaznı için hukukun yaratılmasında metodun seçimi, değerlerin takdiri ve gayeyi tâyin edecek prensip müsterektir. Ancak, yetkilerde bir fark mevcuttur ve hâkimin yetki hududu kanun vaznının kine nazaran daha dardır. O, ancak kanun boşluklarının mevcudiyeti halinde kaide yaratabilecektir (48). Kanun vaznı, genel durumlar için mücerred kaideler vazetme hususunda tahdit edilmediği halde, hâkimin yetkisi muayyen ve müşahhas bir dava hususunda sınırlandırılmıştır. Mafatih bu sınır içerisinde o, hükmüne temel teşkil edecek mütâları tesbit için serbest, ilmi, objektif araştırmalar yapmak yetkisine sahip bulunmaktadır (49). Burada Cardozo, hukukun yaratılması hususundaki iki müfrit görüşe temas eder. Bunlardan Coke, Hale, Blackstone gibi müelliflerin temsil ettiği görüş, hâkimin hiç bir veçhile hukuk yaratmayacağına, Gray, Jethro Brown, Austin ve Holland gibi müellif-

(46) Cardozo, B. N. : a. g. e. sh. 101.

Cardozo, B. N. : *The Growth of the Law*. sh. 135.

(47) Cardozo, B. N. : *The Nature of the Judicial Process*. sh. 104.

(48) Cardozo, B. N. : a. g. e. sh. 113.

(49) Cardozo, B. N. : a. g. e. sh. 121.

ler tarafından temsil edilen diğer görüş de, hâkimden başka hiç kim-
senin hukuk yaratamayacağına taallük etmektedir. İkinci müfrit gö-
rüşün taraftarları o kadar ileri gitmişlerdir ki, örf âdetin mahkeme-
ler tarafından tatbik edilmedikçe, kanunun da keza mahkemeler ta-
rafından bir dava hususunda tefsir edilmedikçe asla hukuk vasfını
iktisap edemeyeceklerini dahi iddia etmişlerdir (50).

Cardozo, bu iki müfrit görüşü reddederek ortalama bir yol bul-
mağa çalışır. Ona göre bu meseleyi en iyi halledecek formül, İsviç-
re Medenî Kanununun 1. maddesidir (51). Görülüyor ki Cardozo,
ne hâkimin hukukun yaratılmasında rolünü inkâr, ne de bu hususta
tamamen serbest bırakılmasını terviç etmektedir. Bu meselede Car-
dozo, Interessenjurisprudenz Mektebi mensupları ile hem fikir ola-
rak, hâkimden mümkün olduğu kadar kanunlar ve emsaller ile bağ-
lı kalmasını (52), herşeyden evvel kanun vazının maksadını araş-
tırmasını, sosyal hayatta en önde gelen nizam ihtiyacını karşılaya-
cak bir basiretle hareket etmesini istemekte, hâkimin hukuk yarat-
masında, ekseri sosyolojik temayüllü hukukçuların müdafaa ettiği
itidal tezini savunmaktadır.

§ 18 — KAZAİ FAALİYETTE ŞUURALTI ELEMANLARIN ROLÜ — SÜBJEKTİVİZM ve OBJEKTİVİZMİN TELİFİ

Cardozo, kazaî faaliyet vasıtasıyla hukukun yaratılmasında ve
geliştirilmesinde şuuraltı elemanların da bir dereceye kadar rol oy-
nadıklarını kabul eder. Bir ihtilâfın çevresinde toplanmış ilgililerde,
ister hâkim ister davalı ister davacı olsun, şuur tabakalarının derin-
lik veya satırlarında sevgi, nefret, tercihler, peşin hükümler, insi-
yakler, arzular ve kanaatler mevcuttur. İşte bunlar da şuuraltı kuv-
vetleri teşkil etmekte ve kazaî faaliyet üzerinde müessir olmakta-
dırlar.

Cardozo, insanların kazaî faaliyeti tamamen objektif ve gayrı
şahsî bir netice olarak tasavvur ve tasvir etmekten hoşlandıklarını

(50) Cardozo, B. N. : a. g. e. sh. 125.

(51) Cardozo, B. N. : a. g. e. sh. 141.

(52) Bu hususta bak. Cardozo : *The Nature of the Judicial Pro.*
Lecture IV «Adherence to Precedent». (Emsallere Bağlılık).

söyler. Halbuki bu, tam bir hakikati ifade etmekten uzaktır. İşte bunun için hâkimleri, insanların sükûnetlerini altüst eden şuuraltı temayül ve cereyanlardan haberdar kılarak, adaleti soğukkanlı, objektif ve gayrı şahsî bir surette sağlamalarını temin etmek gerektir (53).

Bundan başka, alelâde insanlarda olduğu kadar, bir çok meşhur hukuk âlim ve müelliflerinde de hukukun, beyan edildiğinden başka türlü kabul edilmesine imkân, olmadığı, bu sebeple hâkimin, bu hukuk üzerinde hiç bir suretle müessir olamayacağı kanaatı hâkimdir. Meselâ Montesquieu, meşhur «Esprit des Lois» sında, hâkimin hukukun kelimeleri beyan eden ağız olduğunu, hukukun kuvvet veya sertliğini tahfife yetkili bulunmadığını söyler. Federal Yüksek Mahkeme hâkimi Marshall da bir dava münasebetiyle (Osborne v. Bank of United States, 9 wheat 738,866), kazaî yetkinin, hâkimin iradesini değil, kanun vazının iradesini müessir kılacak şekilde istimal edilmesi gerektiğini belirtir. Bunun karşısında da diğer bir müfrit görüş, kazaî faaliyeti, hâkimin serbest ihtiyarına terkeder görünmektedir (54).

Cardozo'ya göre hukukta ne mutlak bir objektivizmin ne de mutlak bir sübjektivizmin yeri vardır. Bu iki müfrit görüş arasında orta bir yol bulunmalıdır ve kanaatına göre, hakikat, bu orta yolda başkan Roosevelt'in 8 Aralık 1903 de Kongre'ye sunduğu mesajda belirtilmiştir. Roosevelt bu mesajında, hakikî kanun vazılarının hâkimler olduğunu söyler. Çünkü hâkimler, çok kere kendi sosyal ve iktisadî felsefelerine istinaden hukuku tefsir ederek, hukuk yapanlara istikamet vermektedirler. Géný de «Methode d'interpretation et Sources en Droit privé positif» adlı eserinin ikinci cildinde, manevî ilimler sahasında sübjektif aklı tamamen berteraf edecek bir metodun mevcut olmadığını söyleyerek, hukukta hâkimin sübjektivizminin rolünü belirtmektedir (55).

(53) Cardozo, B. N. : The Nature of the Judicial Process. sh. 168.

(54) Saleilles : De la Personnalité Juridique. sh. 168.

Cardozo naklediyor : a. g. e. sh. 170.

(55) Cardozo, B. N. : a. g. e. sh. 171, 174.

Ancak Cardozo, hâkimlerin aslında, hükümlerinde kendi sübjektif kanaatlerini değil, cemiyetteki fertlerin sübjektif kanaatlerinden hasıl olan objektif bir kanaatı tecelli ettirdiklerine ve ettirmeleri gereğine inanmakta, fakat zaman zaman gerekli sosyolojik bilgilerle teçhiz edilmemiş hâkimlerin hükümlerinde kendi sempati ve peşin hükümlerine yer verdikleri hakikatını da itiraf etmektedir.

§ 19 — KAZAİ FAALİYETTE METODLARIN SEÇİMİ ve TELİFİ

Cardozo, kazaî faaliyetin, mezkûr dört sevkedici kuvvetin veya metodun değeri nazarı itibare alınmadan, fonksiyonları öğrenilmeden, hangi hallerde hangisinin tercih edileceği bilinmeden rasyonelleşemiyeceği kanaatındadır. O, hâkimden bir ihtilâf mevzuu bahis oldukta, bu dört sevkedici kuvvetin, metodların teker teker incelenmesini ve sosyal refahı, adaleti enziyade tahakkuk ettirecek olanı veya olanları kullanmasını ister. Bu hususta müşahhas bir misâl vermek için 1910 da mevzuu bahis olan bir ihtilafa hangi metod veya metodların tatbik edilebileceğini araştırır. Bu davanın konusu şu idi : 1910 da New York'da, işverenlerin, işçilerin iş esnasında uğrayacakları kazalardan mütevellit zararlarını karşılamak üzere bir sigorta fonu tesis etmelerini emreden bir kanun, «Workmen's Compensation Act» ısdar edilmişti. New York Temyiz Mahkemesi de «Ives v. The South Buffalo Railway Co.» davası münasebetiyle önüne gelen bu kanunun, işverenin bir hatası olmadığı halde mülkiyetinde bir azalmaya sebebiyet verdiğini, bunun da adalete aykırı olduğunu beyanla, anayasaya aykırılığını ilân etmişti. Cardozo bu davada hangi metodun icabı hale uygun olduğunu inceler. Mesele sırf menfaatler bakımından ele alınırsa, sosyolojik metoda tevessül etmek gerekir ; tarihi bakımından ele alınacak olursa, Amerikan Cum. huriyetini kuranların mülkiyet hakkını dokunulmaz bir hak olarak tesis ettiklerine ittiba ederek, tarihi metodu seçmek icap eder (ki New York Temyiz Mahkemesi bu metodu tercih etmiştir.) ; nihayet mesele sosyal ilimlerle desteklenen mantık zaviyesinden ele alınacak olursa, bu hususta mebdce bağlılığın abesliği meydana çıkar ve meselenin yegâne hal şeklinin sosyal adaleti karşılamağa tevessül etmek olduğu hakikatı kendini gösterir (56). Cardozo, bu sonuncu

(56) Cardozo, B. N. : *The Growth of the Law.* sh. 71 - 72.

misalle, her zaman tek bir metodu kullanmanın ihtiyaca kâfi gelmeyeceğini göstermiş olmaktadır.

Cardozo'ya göre metodun seçiminde, her şeyden evvel hukuk kaidesinin fonksiyonunun ve gayesinin ne olduğunu öğrenmek, sonra da bu hukuk kaidesi vasıtasıyla, hasıl olan ihtilâfta çarpışan menfaatleri teker teker değerlendirmek icap eder. Menfaatlerin değerlendirilmesi çok büyük ehemmiyeti haiz olup, bu hususta hâkime değerler ilmi olan «axiology» ve bir dereceye kadar da kendi sezgisi yardım edecektir (57).

Cardozo hâkim için, meseleyi tâyininde, tercih edilecek metodun hayatî ehemmiyeti haiz bulunduğunu söyler. Çünkü hâkim bu hususta hata yapacak olursa adaleti rencide etmiş, hattâ adaleti ortadan kaldırmış olur. Meselâ felsefî metoda her zaman bağlanmak doğru değildir. Zira faydadan ziyade zarar tevhit ettiği haller görülmüştür. Cardozo böyle bir duruma «Hynes v. New York Central Rail Road Co. 1921» davasını misâl verir. Bu davanın konusu şudur: Harlem nehrinde yüzen bir çocuk, nehrin karşı kıyısında davalı şirkete ait bir iskeleye tırmanır, iskelenin kenarında dururken dengesini kaybederek suya yuvarlanır. Bu esnada davalı şirketin iyi monte etmediği elektrik telleri de çocuğun üzerine düşerek ölümüne sebep olur. Bunun üzerine çocuğun annesi, şirket aleyhine tazminat davası açar, fakat mahkeme (mantıkî metoda — analojiye başvurarak) çocuğun durumunu arazi mülkiyetini ihlâl eden mütecavizin durumuna benzeterek, böyle hallerde mülk sahibinin mütecavize karşı hiçbir ihtimam mükellefiyeti olmadığına karar vererek, tazminat talebini reddeder. Fakat, New York Temyiz Mahkemesi, çocuğun nehirde yüzmeğe hukuken selâhiyetli olduğunu, elektrik tellerinin çocuğun suda iken ölümüne sebep olduğunu, bu bakımdan çocuğun durumunun, analoji yolu ile arazi mülkiyetini ihlâl eden mütecavizin durumuna benzetmenin sakatlığını görerek, şirketin ihtimam mükellefiyetini, dolayısıyla tazminat ödemesini kabul eder (58).

(57) Cardozo, B. N. : a. g. e. sh. 80, 94 - 95.

(58) Cardozo, B. N. : a. g. e. sh. 100 - 101. (New York Temyiz Mahkemesinin bu kararı vermesinde Cardozo müessir olmuştur. Bak. Patterson : Jurisprudence. sh. 534.)

Cardozo, tarihî metodun yanlış kullanılmasına misâl olarak da «Oppenheim v. Kridel» davasını gösterir : Bir kadın, kocası aleyhine zina davası açar, fakat mahkeme Lord Coke zamanından kalma bir emsâle dayanarak, kadının böyle bir davayı açma yetkisi olmadığına karar verir ve davayı reddeder. Lord Coke zamanında, kocaya karısı üzerinde bir mülkiyet hakkı tanındığı halde, kadına kocası üzerinde böyle bir hak tanınmıyordu. İşte mahkemenin dayandığı emsâl, böyle bir vakıa durumuna müstenit bulunmaktaydı. Fakat New York Temyiz Mahkemesi, felsefenin ve sosyal ilimlerin gelişmesiyle değişen zihniyetin ve hukuk reformlarının iki cins arasındaki ilkel münasebetleri değiştirdiğini ve kadını erkekle eşit seviyeye getirdiğini, bu sebeple aşağı kademede mahkemenin dayandığı emsâlin günün realitelerine uymadığını görerek karıya, kocası aleyhinde zina davası açmak hakkını tanımıştır (59).

Cardozo'nun verdiği misallerden anlaşılıyor ki adaleti sağlayacak kazâî metodların herhangi birinin seçiminde muvaffak olabilmesi için hâkimin, hayatın müdil bünyesinin tam bir bilgisine vakıf olması ve bu bilgisini daima sosyolojik araştırmaların neticeleriyle teçhiz etmesi gerekmektedir. Eğer hâkim metodun seçiminde, dolayısıyla hükmünde yanılacak olursa, o hüküm zevale mahkumdur. Fakat, hâkim seçiminde ve hükmünde doğruyu bulmuş ve ifade etmişse, o hüküm yeni bir binanın temelini teşkil edecektir. Mamafih, bu hususta hata yapılması mümkündür. Ancak bu hatanın tevali etmesinden korkmağa lüzûm yoktur. Çünkü kazâî faaliyette cereyan eden sonsuz bir kontrol ve deneme vetiresi, yaratılan kaidelerin sakat ve değersiz olanlarının terkinini, sağlam ve iyi olanların ise muhafazasını sağlayacaktır (60).

§ 20 — KAZÂİ FAALİYETTE ADALETİN GERÇEKLEŞMESİ

A — Hukukun Temel Zıddiyetleri :

Cardozo «Hukuk İlminin Paradoksları» (The Paradoxes of Legal Science) adlı eserinde daha evvelce temas etmiş olduğu (61)

(59) Cardozo, B. N. : a. g. e. sh. 105.

(60) Cardozo, B. N. : The Nature of the Judicial Process. sh. 179.

(61) Cardozo, B. N. : The Growth of the Law. sh. 1 - 2.

mühim bir meseleyi tetkik eder. Bu, hukuk sahasında istikrar ve gelişme arasındaki zıd talepleri uzlaştıracak ve böylece hukukun ilerlemesini temin edecek prensiplerin bulunmasıdır.

Cardozo, hukukun mustakar olması ve aynı zamanda günün ihtiyaçlarını karşılaması dileklerinin, her gün kendini kuvvetle hissettiren bir ihtiyaç olarak belirdiğine işaret eder. Elea mektebinden beri zihinleri meşgûl eden sükûn ve hareketlilik (ki hukukta istikrar ve gelişme olarak ifade edilmektedir) meselesi, hâkimlere adaletin tahakkuk ettirilmesi hususunda mühim bir mükellefiyet yüklemektedir. Acaba hâkim bu iki temel zıddiyeti nasıl telif edecektir? Cardozo'ya göre hâkim, meseleyi bu iki zıddiyetten birini tercih etmekle halledemez. Çünkü, hukukta daimî bir istikrarın tercihi, daimî değişimin tercihi kadar tehlike yaratır ve hukukta müsamahasız bir katılığı intaç eder. Esasen hukuk kaidelerinin bir kere vazedilmekle her zaman adaleti gerçekleştireceğini ümit etmek boş bir hayaldir. Çünkü hukukun nihai kaynağını teşkil eden ve asla katı kategorilere yerleştirilemeyecek olan hayat münasebetleri ve kıymet telâkkileri daimî bir hareketlilik ve değişme halindedir. Cardozo bu değişmeye ayak uyduramayan hukukun ya bir müstebid haline geleceğini (62) veya bir ihtilâlle yıkılacağını (63) söyler.

Şu halde Cardozo'ya göre hukukta mutlak bir muayyeniyet ve istikrara ulaşmayı düşünmek faydasızdır. Çünkü modern cemiyet her gün ortaya halli müşkül bir takım meseleler çıkarmaktadır. Bu meseleler özlerinde zıd kuvvetlerin - sükûn ve hareket, tek-

(62) Cardozo, B. N. : *The Paradoxes of Legal Science*. sh. 61.

Cardozo, mefhumlar içtihadını misâl göstererek «adaletsizliğin zürriyeti bol ebeveyni mefhumlar içtihadıdır» der.

(63) Cardozo, B. N. : *a. g. e.* sh. 62.

Cardozo, esasen tesbit edilen formüllerin mürekkebi kurumadan zuhur eden yeni bir adalet telâkkisinin veya vakıa durumunun baskısının bu formülleri değiştirmek hususunda hâkimleri zorladığını belirtir ve sanki der, hukukun derinliklerinde bitmek tükenmek bilmeyen bir itme ve çekilme, birleşme ve ayrılma vetiresine tâbi atomlar gizli bulunmaktadır. Bak. *The Growth of the Law*. sh. 67

lik ve çokluk, egoism ve diğergâmlık, hürriyet ve lüzûm, hakikat ve zevahir, kat'iyet ve rölâ-tivizm - çatışmalarını havidirler. İşte bu zıddiyetlerin ilerleme ve gelişme ile ahenkli kılınmaları lâzımdır. Onun için insanlar bir taraftan, hürriyeti eşitlikle ve her ikisini de nizama uzlaştırmak, adaleti evrensel değeri ile muhafaza etmek isterlerken, bir taraftan da onu ferdileştirmek çabası içindedirler. Gene insanlar emsâl ve kanunlara, ne kadar sert ve haşin olsalar dahi, itaat etmekte, fakat bu itaat vakasına rağmen onları akıl ve nısfet prensipleriyle ıslaha gayret etmektedirler. Şu halde cemiyette «temel zıddiyetlerin çarpışması ve yeniden telifi» mevzuu bahistir. Bu durumda kazaî faaliyet Demoque'un ifade ettiği gibi mantıkî sentezlere değil, uzlaşmalara ulaşmak mecburiyeti ile karşı karşıyadır (64).

Cardozo, hukukta istikrarla gelişme uzlaştırılmadan, adaletin tecelli edemeyeceğine kanidir. Çünkü her mevcudatta iki temel prensip mevcuttur: değişme ve muhafaza ruhu. Yalnız değişme, muhafazakârlık olmadıkça hiçten hiçe geçiştir; değişmesiz muhafazakârlık ise ilânihaye muhafazası imkânsız bir husustur (65).

Zıddiyetlerin telifiyle ulaşılacak istenen gaye «adalet» olduğuna göre, evvelâ adaletin ne olduğunu bilmek gerekmektedir.

B — Cardozo'nun Adalet Anlayışı :

Cardozo etik bir hukuk ve adalet anlayışına sahiptir. Ona göre, muayyen devir ve cemiyetlerde, tatbikat ve geleneğin, tecrübenin ve aklın, ahlâkî veya gayri ahlâkî diye vasıflandırdığı bir çok hareket şekilleri mevcuttur. İşte hukuk, cemiyet hissiyatının ahlâkî, dolayısıyla âdil olarak benimsediği hareket şekillerini nazarı itibare alır ve kaidelerinde gerçekleştirir (çünkü hukuk, bu hususta şiddetli bir sosyal baskıyla karşılaşmaktadır). Ancak hareket şekillerinin ve bunları değerlendiren ahlâkî telâkkilerin, her devir ve ce-

(64) Demoque : *Analysis of Fundamental Nations*. Vol. 7. Modern Philosophy Series. sh. 570. Cardozo naklediyor : *The Paradoxes of Legal Science*. sh. 5.

(65) Cardozo, B. N. : a. g. e. sh. 7.

miyet, hattâ bir cemiyetin grupları için dahi değişiklik arzettiği bir vaki'dir. Bu sebeple ahlâkî standardlar arasında bir değerlendirme ve bir seçim yapılması zaruridir. Fakat acaba, sosyal baskı bu ahlâk telâkkilerini ve bunların tevlit ettiği hareket şekillerini normal haline, hangi derecede ve ne zaman inkılâb ettirecektir? Hukuk hiç bir zaman bir aziz ve azizeler ahlâkının muhassalası olmadığına ve olamayacağına göre, bu hususu tâyinde cemiyet içerisinde normal tip teşkil eden insanların ahlâkî telâkki ve hareket şekilleri göz önünde bulundurulmak icap eder (66).

Diğer taraftan Cardozo, hukukun ve adaletin, ahlâkın kendisi olmadığını belirtir. Hukuk ahlâktan farklı olup, bir müeyyideyi havi bulunması bakımından ahlâktan tefrik edilir (67). Tabii bu, Jellinek'in tabiriyle «hukukta asgarî bir ahlâkın mevcudiyetinin» inkârı demek değildir. Esasen sosyal gelişmenin muayyen bir safhasında hukukta, ahlâkî talepler tamamen terkedilemez (68). Çok defa ahlâkın vazettiği belirsiz münasebetlerin, bir müddet sonra, hukuk tarafından bunlara haklar ve vazifeler raptedilmesiyle, kat'i birer hüviyet kazandıkları bir vaki'dir. Tarihe bakılacak olursa, pek çok münasebet şekillerinin ve prensiplerinin evvelâ ahlâk tarafından vazedildiği, daha sonra da hukuk tarafından benimsendiği görülür. Meselâ ekonomik rekabetin karşı tarafın mahvına müncer olmaması prensibi evvelâ ahlâk tarafından vazedilmiş, asırlar sonra, hukuk tarafından müeyyideye raptedilerek hukukî bir mahiyet kazanmıştır. Vinogradof da bu gün kabul edilen «hukukî talepler»in büyük bir ekseriyetinin, önceleri «ahlâkî haklar» olarak belirdiğini ve ikinci bir safhadan geçmek suretiyle hukukileştiklerini söyler. İkinci safha da teşkilâtlanmış cemiyetlerde, teşriî veya kazaî yönden bu ahlâkî hak ve taleplerin âdil olarak beyan edilmesini ifade eder (69).

Cardozo, adaletin ahlâkla yakın ilgisine dikkati çektikten sonra, hâkimin cemiyette hâkim olan değer ölçüleri arasından (ekono-

(66) Cardozo, B. N. : a. g. e. sh. 37.

(66) Cardozo, B. N. : a. g. e. sh. 37.

(67) Cardozo, B.N. : The Growth of the Law. sh. 49.

(68) Cardozo, B. N.: The Paradoxes of Legal Sciences, sh. 42.

(69) Cardozo, B. N. : a.g.e., sh. 48-49.

mik, kültürel v.s.) adaletin değer ölçüsünü bulup çıkarması gerektiğini belirtir. Hâkim bu değer ölçüsünü, sosyal zihniyetin tefsiriyle elde edecektir (70). Çünkü değerler, cemiyette yaşayan insanların arzularının formüllerinden ibarettir. Eğer adaleti tâyin edecek değerle çatışma halinde ise, hâkime, kültür vasıtalı olarak hizmet edecektir. İşte bu bakımdan hâkimin, kültürü yoğuran medeniyet seviyesine ayak uydurması gerekmektedir. Bu sayede çeşitli değerler ve değerleri yaratan menfaatler arasındaki derecelendirme meselesi halledileceğinden, hâkim hükmünde adaleti tecelli ettirebilecek, istikrar ile gelişme arasındaki ahengi sağlayabilecektir (71).

Cardozo, muayyen bir gelişme seviyesine ulaşmış cemiyetlerin hukuk sistemlerinde istikrarın gerekli olduğunu, fakat bu istikrarın zorakî olması halinde bedel'inin çok pahalıya mal olacağını, bu sebeple hâkimin, «hukuku» sosyal menfaatleri, sosyal adaleti ve zamanın hâkim kıymet telâkkilerini nazarı itibare almak suretiyle geliştirmesinin daha büyük bir ehemmiyet arzedeceğini daima belirtir (72).

§ 21 — HUKUK KAİDELERİNİN ISLAHI

Cardozo, Amerika'da common law'un temel prensiplerinin anlaşılmadığından, hukukî terimler üzerinde uyulmadığından, birbirine zıt hükümler ihtiva eden kanunlardan ve hâkimlerin cehaletinden şikayet eder. Bu durumun sebebini de emsâllerin çokluğuna bağlar. Amerikan hukukçularının emsâllere bağlanmayı istikrar ve emniyetin garantisi gibi gördüklerini, bunun ise yanlış bir anlayış teşkil ettiğini belirtir. Bu sebeple Amerikan hukukunun birleştirilmesi fikrini ve bu husustaki faaliyetleri destekler (73). Fakat onu asıl hukuk kaidelerinin zamanla ve hayatla aralarında hasıl olan intibaksızlığı giderecek müessir bir teşriî faaliyet ilgilendirmekte-

(70) Cardozo, B. N. : a.g.e., sh. 55.

(71) Cardozo, B. N. : a.g.e., sh. 57 - 59.

Cardozo, B. N. : Jurisprudence, New York State Bar Adress, sh. 29 - 30.

(72) Cardozo, B. N. : The Growth of the Law. sh. 2.

(73) Cardozo, B. N. : a.g.e., sh. 3 - 9.

dir. Cardozo, mahkemelerin, hayata intibak etmeyen emsâllere, hukukî istikrarı bozmamak için bağlı kaldıklarını, bunun ise adaletsizlik tevhit ettiğini söyler. Hâkimlerin doğrudan doğruya hukuk yaratmalarına muarız olduğundan, hukuk kaide ve emsâllerinde, onları hayata intibak ettirebilmek için, lâzım gelen değişikliklerin devletin idarî makamları tarafından yapılması gerektiğini savunur. Bunun için daimî ve resmî bir teşkilâtın vücade getirilmesini ister. «Adalet Bakanlığı» adı verdiği bu teşkilâta mensup yetkili ve ehil şahıslar, hukuk kaide ve emsâllerinin hayattaki tatbikatlarını, fonksiyonlarını yakinen inceliyecekler; mahkemelerin pratik bakımdan düzeltmekten aciz kaldıkları kifayetsizlik hallerini tesbit edecekler ve gerekli hal çarelerini gösteren bir kanun tasarısı hazırlıyarak, kanun vaznının ıttılana arzedeceklerdir. Cardozo, Amerika'da kanun vaznılarının daha ziyade siyasî hukuk faaliyetiyle meşgûl olduklarını, bu sebeple ancak böyle mutavassıt bir organın ikazı ile hususî hukuk sahasındaki intibaksızlıkların halledilmesi hususunda tahrik edileceklerini ve gerekli hukuk reformlarını yapacaklarını ifade eder (74). Kanun vaznı böylece, teşkilâtın çalışmalarıyla aynı zamanda, mahkemelerin ulaşmış oldukları faydalı neticelere hayatîyet ve müessiriyet kazandıracağından, hukukun hayatın değişen şartlarına uydurulabilmesi daha da kolaylaşacaktır (75).

Cardozo, bu teşkilâtın en az beş üyeden müteşekkil olmasını ve bu azalardan en az ikisinin, hukuk veya siyasî ilimler fakültelerinden, en az birinin de barodan seçilmesinin münasip olacağını belirtmektedir.

Cardozo'nun «Adalet Bakanlığı» adını verdiği, kazaî ve teşriî kuvvet arasında bir mutavassıt rolü oynayacak olan böyle bir organ, 1934 senesinde New York'da ve Cardozo'nun tavsiyelerini gerçekleştirecek şekilde teşkilâtlandırılarak kurulmuştur. «Hukuk Revizyon Komisyonu» (Law Revision Commission) adı altında gerçekleşen bu komisyon, İngiliz ve Amerikan hukuku ve kısmen

(74) Cardozo, B. N. : A. Ministry of Justice. (35 Harv. L. Rev. 1921 - 22) sh. 114 - 117.

(75) Cardozo, B. N. : The Growth of the Law. sh. 121.
Cardozo, B. N. : a.g.e., sh. 134.

de Roma medenî hukukuna âşinâ «araştırma yardımcılar» veya «müşavirleri» kullanmıştır ki bunların ekseriyetini hukuk profesörleri teşkil etmekteydi.

Bu araştırma yardımcılar veya müşavirleri, New York eyaleti dahilinde, hukuk kaide ve emsâllerinin tatbik kabiliyetleri hakkında tetkiklerde bulunduktan sonra vardıkları neticeleri, ya olduğu gibi veyahut ta gerekli tavsiyelerle birlikte bir rapor halinde Komisyona sunuyorlardı. Komisyon da bu raporlara istinaden, kanun tasarıları hazırlayarak, New York teşriî organının ıttılama arz ediyordu.

Bu suretle Komisyonun faaliyeti, New York hukukunun bilhas-sa mülkiyet ve akit hukuku sahalarında gelişmesinde değerli ve faydalı bir rol ifa etmiştir (76). Ne yazık ki Cardozo'nun böyle mutavassıt bir organ hakkındaki faydalı tavsiyeleri diğer eyaletlerde nazarı itibare alınmamıştır.

§ 22 — CARDOZO'NUN FİKİRLERİNİN DEĞERİ

Pound menfaatler katoloğunu teferruatlı bir şekilde hazırladıktan sonra geriye bu menfaatleri kıymetlendirmek ve birbirleriyle ahenkli kılmak meselesi kalıyordu. İşte Cardozo, kazâî faaliyetin sosyolojik tahlilini yaparken bu meseleyi halledecek metodları da vazetmiştir (77).

Cardozo'nun kazâî faaliyet hakkındaki görüşleri Génynin ve Almanya'da Interessenjurisprudenz Mektebinin görüşüyle tetabuk eder. Bunların hepsinde müşterek olan husus, sosyal kıymetlerin ve menfaatlerin hukuk tarafından tanınması ve kazâî faaliyetle hukukta tahakkuk ettirilmesidir. Fakat şüphesiz ki hâkimin istifade edeceği kaynakların teferruatlı bir şekilde tesbiti, onun serbestisini büyük ölçüde tahdit etmiştir.

Cardozo'nun kazâî metodlarından önce, onun hukuk anlayışı

(76) Patterson, E. W. : a.g.e., sh. 531 - 532.

Patterson, E. W. : Foreword of «Selected Writings of Benjamin Nathan Cardozo. sh. X.

(77) Friedmann, W. : Legal Theory. sh. 243.

üzerinde duralım. Cardozo'ya göre hukuk, kanun vazı veya hâkim tarafından tesbit edilmeden önce, cemiyette spontane bir şekilde mevcuttur. Hukukun meydana gelişinde müessir olan faktörler de cemiyette hâkim olan etik ve ahlâkî prensipler, kıymet telâkîleri, örfler, adalet hakkındaki kanaatler, cemiyet içersindeki iktisadî, ticarî ve menfaat gruplarının teamülî taazzufları ve bunların hasil ettikleri davranış modelleridir (78). Hukuku meydana getiren bu temel kaynaklardaki tahavvüller, gerek kanun vazınının gerek hâkimin yaptığı hukuk üzerine tesir eder (79). Fakat Cardozo, hâkimin şuurlu davranışlarının, hukuk ve dolayısıyla bu kaynaklar üzerinde müessir olacağını da açıkça belirtir (80). Hülâşaten söylemek icap ederse, Cardozo, hukuku kültür tarihinin bir parçası olarak görür (81) ve kültür ile hukuk arasında karşılıklı bir tesirleşme vetiresinin mevcudiyetini kabul eder.

Cardozo'nun burada hülâsa ettiğimiz hukuk anlayışı, hukuk sosyolojisi mensuplarının hukuk anlayışı ile tam bir intibak halindedir.

Cardozo, hâkimin kazaî faaliyette kullanacağı metodları dört başlık altında toplar. Bunlar mantık veya analoji, tarih veya evrim, örf âdet veya teamül ve nihayet sosyoloji metodlarıdır. Bu metodlar hâkim tarafından hüküm verebilmesi hususunda, hem temel prensiplerden istifade hem de prensibin kendisini geliştirmek için kullanılacaktır (82). Ancak Cardozo, bu metodlardan biri üzerinde ısrar etmenin doğru olmayacağını, mantığın daima tarihe, tarihin örf âdete ve hepsinin birden sosyal refahı temin eden sosyal menfaate istinaden ele alınmasını ister.

Şurası bir hakikattir ki Cardozo, bu dört metodun hudutlarını ve fonksiyonlarını sarahata ulaştıramamıştır. Meselâ örf âdet metodu, daha doğrusu örf âdet araştırmaları da, sosyolojinin sa-

(78) Cardozo B. N. : *The Paradoxes of Legal Science*. sh. 31, 52, 75.

(79) Cardozo, B. N. : *a.g.e.*, sh. 17 - 18.

(80) Cardozo, B. N. : *The Growth of the Law*. sh. 94.

(81) Frankfurter, F. : *Mr. Justice Cardozo and the Public Law*. (52 *Harv. L. Rev.* 1938 - 39), sh. 459.

(82) Cardozo, B. N. : *The Nature of the Judicial Process*. sh. 30.

hasına taallûk etmektedir. Bundan başka örflerin hepsini hukukun kaynağı olarak kabul etmektedir, halbuki bu gün örfler hukukî, ahlâkî, dinî v.s.⁴ diye tefrik edilmektedir. Fakat ne olursa olsun Cardozo, bu metodların sosyal menfaatlerin sağlanması hususunda kullanılmasını terviç etmekle ve hukuktaki en esaslı sosyal faydanın da hukukun tarafsız, âdil, mustakar olmasına ve zamanın ihtiyaçlarını karşılamakla mükellef bulunmasına işaretle, hayatı bir meseleye temas etmiştir. Hukuk tatbikatında asla keyfe, kapri-se, tarafgirliğe ve nizamsızlığa yer verilmeyecek (83), insanların acil ihtiyaçlarından biri olan emniyetin sağlanabilmesi için, hukukta istikrar tahakkuk ettirilecektir. Bunun için Cardozo, hâkimin faaliyetinde, common law'un rehber prensiplerine ve faydası aşikâr olan emsâllere bağlı kalmasını ister. Fakat diğer taraftan eski kaide ve emsâllerin sosyal hayatta çarpıştığı, hukukun hayatın realitelerinden uzaklaşarak skolâstik bir mahiyet taşıdığı zamanlarda, faydasızlığı aşikâr olan bu eski kaide ve emsâllerin terki gerektiğini de açıkça belirtir (84).

Cardozo, hukukta istikrarın yanı sıra, gelişmenin ve ilerlemenin belki de daha mühim olduğunu kabul eder. Çünkü ona göre hâkim için en büyük vazife, hukuk kaidelerini her gün değişen, zamanın kıymet telâkkilerine ve böylece bu kaideleri gayelerine uydurmaktır (85). Bu bakımdan Cardozo'ya göre hukuk daima olmakta olan bir şeydir. Hukuk asla bir yerde ve aynı kalamaz. Nasıl ki bir yolcu için, bir han, yolculuğun nihayeti değil, ancak bir gecelik sığınaktır, hukuk da bir yolcu gibi bulunduğu yerden yarına hazır olmalı, yani bir gelişme ve hareket prensibine malik bulunmalıdır (86). Demek oluyor ki Cardozo, hukukta istikrar kadar

(83) Cardozo, B. N. : *Law and Literature*. (52 Harv. L. Rev. 1938 - 39) sh. 475.

Cardozo, B. N. : *The Nature of the Judicial Process*. sh. 112.

(84) Cardozo, B. N. : *The Growth of the Law*. sh. 73.

Cardozo, B. N. : *The Paradoxes of Legal Science*. sh. 11.

Lehman, I. : *A Memorial. «Selected Writings of B. N. Cardozo.»* sh. XIV - XV.

(85) Cardozo, B. N. : *Jurisprudence*. New York State Bar Address. sh. 29 - 30.

(86) Cardozo B. N. : *The Growth of the Law*. sh. 20.

gelişme ve ilerlemenin gereğine inanmıştır. Ancak bu iki zıd temayülün, cemiyetin ihtiyaçlarını karşılayacak surette telif edilmesini ister ve bu telif işini hâkime en mühim ve hayati bir vazife olarak yükler.

Görülüyor ki Cardozo da Holmes gibi, hukuk kaidelerinin muhtevalarından ziyade yaşama ve tahakkuk etme kabiliyet ve şansları üzerinde durmakta ve gene Holmes gibi, aşırı pozitivistlere (kanunculara) karşı hukuk kaidelerini bir dereceye kadar mahkemelerin yaptığı - bir şey olarak kabul etmektedir.

Netice olarak diyebiliriz ki Cardozo da Holmes ve Pound gibi sosyolojiyi, klâsik hukuk metodlarının kifayetsiz kaldığı yerlerde, hukukun fonksiyonlarını araştırarak ve eksiklerini tamamlayacak ve onu geliştirecek bir metod olarak kabul etmiş ve çalışmalarını Pound'un kurmuş olduğu Sosyolojik Hukuk İlmi İstikametinde geliştirmiştir.

Fakat Cardozo, ekseri Amerikan hukukçularının hatasına düşerek «sosyal adalet» ile bizzatîh «sosyoloji»yi birbirine karıştırmış, bu ikisinin yekdiğerinden tamamen farklı hususları ifade ettiklerini görememiştir.

NETİCE

Yapmış olduğumuz araştırmalar bize, «Sosyolojik Hukuk İlmî» nin pratik gayeler peşinde koştuğunu ve tatbikî bir sosyolojik - hukuk ilmi kurmağa gayret ettiğini göstermektedir. Acaba mütad ilim anlayışı ile «tatbikî bir ilim anlayışı» kabili telif midir? Hakikatte herhangi bir ilim, vakıalar arasındaki münasebetleri tetkik ederek genellemelere ve kanunlara ulaşmağı istihdaf eder. Acaba bu suretle elde edilen nazari bilgilerden, hayatta kendilerinden istifade edilmesi safhasına «tatbiki ilim» adı verilebilir mi? Kanaatımızca ilmi, «nazari» ve «tatbiki» olarak ikiye tefrik etmek doğru değildir. Fakat tatbikatın, nazariyeyi takip ettiği ve onu tamamladığı da bir hakikatın ifadesidir (1). Bu bakımdan bilhassa XX. yüzyıl cemiyetinin sosyal sahadaki ihtiyaçlarını karşılayabilmek için, sırf nazari bilgilerle yetinmeyip, bunların hayata tatbik edilmeleriyle hangi neticelerin hasıl olacağını araştırmak, hattâ sosyal ilimleri, sosyal hayatın ihtiyaçlarını karşılamak, sosyal hayatın ak-sayan taraflarını ıslah etmek hususunda kullanmak zamanının geldiğine inanıyoruz (2). Kanaatımızca «Sosyolojik Hukuk İlmî» mensupları, işte hukuk sahasında bu yolda bir adım atmak istemişlerdir (3).

Sosyolojik Hukuk İlmî, genel olarak faydacı, fonksiyonel ve

-
- (1) Topçuoğlu, Doç. Dr. H. : **Hukuk Sosyolojisi**. sh. 168.
 - (2) Sorokin, Pitirim : **The Reconstruction of Humanity**. Boston 1948. Topçuoğlu, Doç. Dr. H. : a.g.s., § 11. Tatbiki Hukuk Sosyolojisi.
 - (3) Pound, hukukun ilmîliğinin, beşerî şart ve münasebetleri tanzim edecek bir gayeye sahip olmasından ileri geldiğini belirtir. (8 Colum. L. Rev. sh. 609 - 610). Walter B. Kenedy naklediyor : **Pragmatism as a Philosophy of Law**. «Readings in Jurisprudence.» sh. 246.

pragmatik hüviyetiyle temayüz etmektedir. Başlıca gayesini teşkil eden «beşerî menfaatleri tatmin ve telif» hususunda, sosyolojik metodu hukuka tatbik etmek ister. Mektep mensupları da hukuku, mücerret prensiplerden istihraç yoluna gitmekten kaçınırlar; hepsinin dikkat nazarları, hukukun gayesine ve fonksiyonuna, tatbikatta arzedeceği pratik neticelere çevrilmiştir (3).

Mektebin hukuk sahasında hasıl ettiği müsbet neticeler aşîkârdır ve Pound tarafından tâyin edilen programın başarıları gün geçtikçe artmaktadır. Mektebin müsbet tesirleri neticesinde, bilhassa şu konular Amerikan hukukçularının araştırmalarıyla geliştirilmiştir : akit teorisi, akdin şekli, icap ve kabulü ; akitlerin quasi contractumla (şibih akitle) münasebetleri, haksız fiillerde illet ve ihmal ; ceza hukukunda teşebbüs, ızzar, suçta methaldar olma ve suçlulara yataklık etme, Amerikan anayasa hukuku sahasında kuvvetlerin delegasyonu (delegation of powers). Mektebin faaliyet programının tesirleri İngiltere'ye de ulaşmış ve bu memlekette 1937 de tesis edilen «Modern Law Review» adlı hukuk mecmuasında, programın derpiş ettiği bazı hususlar incelenmeğe başlanmıştır (5).

Fakat umumiyetle kabul edildiği üzere, Sosyolojik Hukuk İlmi'nin Pound tarafından tâyin edilen faaliyet programının henüz büyük bir kısmı ele alınıp işlenmemiştir (6).

Hülaşa olarak diyebiliriz ki Sosyolojik Hukuk ilmi, hukukun yaratılmasında isabetli metodların bulunması ihtiyacının bir neticesidir (7). Günümüzde, Pound'un ifadesiyle hakikaten müessir bir

(4) Lepaulle, P. : a.g.m., sh. 839 - 840.

(5) Stone, J. The Province and Function of Law. sh. 413.

(6) Stone, J. : a.g.e., sh. 406.

Cohen, J. : On the Teaching of Legislation. (47 Colum. L. Rev. 1947). sh. 1306.

(7) Hırş, Sosyolojik Hukuk İlmi mensuplarının, hukuk ile içtimai hayat arasındaki sıkı münasebetlerin, hukukun vaz, tatbik ve tefsirinde haiz olduğu ehemmiyeti belirtmeğe çalıştıklarını ifade eder. Bak. Ord. Prof. Dr. E. Hırş : Hukuk Felsefesi ve Hukuk Sosyolojisi Dersleri. Ank. 1947, Güney Mat. ve Gazetecilik T.A.O., sh. 364 - 65.

«sosyal mühendisliğin» lüzumu açıkça hissedilmektedir. Ancak böyle bir «sosyal mühendisliğin» gerçekleşebilmesi ve faydalı neticeler hasıl edebilmesi için, hukuk ilmi bakımından, sosyolojik vakıa ve gerçekleri objektif bir şekilde araştırarak ve meydana koyacak bir «hukuk sosyolojisi ilmi»ne ihtiyaç vardır. Bu sebeple ancak yetkinleşmiş bir «hukuk sosyolojisi»ne istinad eden bir «Sosyolojik Hukuk İlmi» nin, bir «sosyal mühendisliğin» muvaffak olabileceği kanaatindeyiz (8).

Acaba Pound'un Anglo-Amerikan hukukçularına cemiyetin ihtiyaç ve menfaatlerini karşılamak hususunda bir tavsiyeyi ifade eden (9) «menfaatler tablosu»nun memleketimiz hukukçularına bir hizmeti dokunabilir mi?

Bu gün Türkiye'mizde hayatî ehemmiyeti haiz cemiyet ve fert meselelerinin, ihtiyaçlarının mevcut olduğu ve bunların, Devlet tarafından, Devlet hukuku vasıtasıyla hal ve tahakkuk ettirilmesinin beklendiği bir vakiadır. Bu acil ihtiyaç ve menfaatlere bir nazar attığımızda, bunların pek alâ Pound'un «sosyal menfaatler tablosu» na ithal edilebileceğini görürüz. Meselâ meşrû evlilik müessesesinin himayesi, ikinci büyük sosyal menfaatler grubu «sosyal müesseselerin emniyeti ile ilgili sosyal menfaatler» içersinde; kimsesiz çocukların himayesi «beşerî kaynakların himayesi ile ilgili sosyal menfaatler» içersinde; üzerinde ısrarla durduğumuz orman davası «tabii kaynakların himayesi ile ilgili sosyal menfaatler» içersinde mütalâa edilebilir. Nihayet en büyük memleket davamızı teşkil eden ekonomik ve kültürel kalkınma davasını da «umumî terakki ile ilgili sosyal menfaatler» grubuna dahil edebiliriz. Acaba bu durum karşısında, kanun vazımız, müteaddit talep, ihtiyaç veya menfaatlerin aralarındaki değer hiyerarşisine göre tercihi, tatmini ve birbirleriyle telifi hususlarında, Pound'un fikir ve hizmetlerinden istifade edebilir mi? Kanaatımızca bu suale «evet» cevabı verilebilir.

Bundan başka Pound, teşriî faaliyetin muvaffak olabilmesi ve bu suretle adaletin gerçekleşebilmesi için, evvelâ cemiyetin sosyal

(8) Topçuoğlu, Doç. Dr. H. : a.g.e. sh. 74.

(9) Lepaulle, P. : a.g.m. sh. 841.

şartlarının iyice bilinmesi lâzım geldiğini ; hukuk adaptasyonlarında son derece dikkatli davranılması gerektiğini, her hukuk adaptasyonunun derhal faydalı neticeler hasıl edemediğini, intibak için uzun bir devreye ihtiyaç olduğunu (10) belirtir ki, bu hususlar da memleketimiz bakımından bir hakikatı ifade etmektedir.

Diğer taraftan kazaî faaliyet sahasında muhafazakâr bir zihniyete ve dogmatik bir hukuk anlayışına sahip hâkimlerimize, Cardozo'nun hukukun hayatla intibak ettirilmesi ve geliştirilmesi hususunda ileri sürdüğü fikirleri ve sosyolojik hüviyetli metodları hizmet edebilirler mi ? Kanaatımızca bu suale de müsbet cevap verilebilir. Esasen Medenî Kanunumuzun 1. maddesindeki yetki muvacehesinde, Türk hâkimleri icap ettiği hallerde geliştirici ve yaratıcı bir hukuk faaliyetinde bulunmağa da mecburlardır.

(10) Pound, R. : *The Administration of Justice in the Modern City.*
(26 Harv. L. Rev. 1912 - 13) sh. 310 - 320, 327.

BİBLİYOGRAFYA

KİTAPLAR

- CAIRNS, Huntington : Law and the Social Sciences. London 1935, Kegan Paul, Trench Trubner and Co. Ltd.
- CARDOZO, Benjamin N. : The Growth of the Law. New Haven 1946, Yale University Press, 7 th ed.
- » » » : The Nature of the Judicial Process. New Haven 1941, Yale University Press, 11 th ed.
- » » » : The Paradoxes of Legal Science. New York 1947, Columbia University Press. 4th ed.
- COHEN, Morris R. : Reason and Law. Illinois 1950, The Free Press.
- FRIEDMANN, W. : Law in a Changing Society. Berkeley and Los Angeles 1959, University of California Press.
- » » : Legal Theory. London 1953, Stevens and Sons Ltd.
- GURVITCH, Georges : Elements de Sociologie Juridique. (Çev. Dr. H. Topçuoğlu : Hukuk Sosyolojisinin Mübeşirleri. A. H. F. D. 1950, ayrı bası.)
- » » : Sociology of Law. London 1953.
- HALL, Margaret E. : Selected Writings of Benjamin Nathan Cardozo, (Ed. by M. E. Hall). New York 1947, Fallon Publications.
- HİRŞ, Ord. Prof. Dr. E. : Hukuk Felsefesi ve Hukuk Sosyolojisi Dersleri. Ankara 1947, Güney Mat. ve Gazetecilik T. A. O.

- HOLMES, Oliver Wendell : **The Common Law.** Boston 1923, Little Brown and Comp. 3 rd ed.
- HONIG, Ord. Prof. Dr. R. : **Hukuk Felsefesi.** (Çev. Doç. Dr. Yavuz Abadan). İstanbul 1935, Burhaneddin Mat.
- JHERING, Rudolph von : **Hukuk Uğrunda Savaş.** (Çev. Rasih Yeğencil) İstanbul 1935.
- » » » : **Der Zweck im Recht.** Leipzig 1893, Druck und Verlag von Breitkopf und Härtel.
- KIRCHMANN, J. H. von : **İlim Olmak Bakımından Hukukun Değersizliği.** (Çev. Dr. Coşkun Uçok) Ankara 1949, Güney Mat. ve Gazetecilik T. A. O.
- LERNER, Max : **The Mind and Faith of Justice Holmes.** (Ed. by M. Lerner) New York 1954, The Modern Library.
- PATTERSON, Edwin W. : **Jurisprudence. Men and Ideas of Law.** Brooklyn 1953, The Foundation Press.
- FOUND Roscoe » : **An Introduction to the Philosophy of Law.** New Haven 1950, Yale University Press, 8th ed.
- » » : **Justice According to Law.** New Haven 1958, Yale University Press, 3 rd ed.
- » » : **The Spirit of the Common Law.** New Hampshire 1931, Marshall Jones Comp. 3 rd ed.
- » » : **The Task of the Law.** Lancaster 1944, Franklin and Marshall College.
- SAYRE, Paul : **Intepretations of Modern Legal Philosophies. Essays in Honour Roscoe Pound.** (Ed. by P. Sayre) New York 1947, Oxford University Press.
- SCHOCH, Magdalena M. : **The Jurisprudence of Interests.** (Trans. and ed. by M. M. Schoch) Massachussets 1948, Harvard University Press.
- SOROKİN, Pitirim : **Reconstruction of Humanity.** Boston 1948.

- STONE, Julius : The Province and Function of Law
Sydney 1946, Associated General Pub.
PTY. Ltd.
- TOPÇUOĞLU, Doç Dr. H. : Hukuk Sosyolojisi. Ankara 1960. Güzel
Sanatlar Mat.
- » » » » : XIX. yüzyıl Sosyologlarında Hukuk An-
layışı. Ankara 1961, Ajans Türk Mat-
baası.

MAKALELER :

- BINDER, Julius : Remarks on the Controversy About Le-
gal Method in the Private Law. (The
Jurisprudence of Interests. 1948)
- CARDOZO, Benjamin N. : Jurisprudence. New York State Bar Add-
ress. (Selected Writings of Benjamin
Nathan Cardozo.)
- » » » : Mr. Justice Holmes. 44 Harv. L. Rev.
- » » » : Law and Literature. 52 Harv. L. Rev.
- » » » : A Ministry of Justice. 35 Harv. L. Rev.
- COHEN, Julius : On the Teaching of Legislation. 47 Co-
lum. L. Rev.
- COHEN, Morris R. : Justice Holmes and Nature of Law 31
Column L. Rev.
- » » : The Place of Logic in Law. 29 Harv. L.
Rev.
- ÇAĞIL, Doç. O. M. : Jhering'in Hukuk Nazariyesinin Temel
Fikirleri. İ. Ü. H. F. Mecmuası 1945, C.
XI, S. 3 - 4
- FRANKFURTER, F. : The Early Writings of O. W. Holmes. 44
Har. L. Rev.
- » » : Mr. Justice Cardozo and Public Law. 52
Har. L. Rev.
- » • » : Mr. Justice Holmes. 48 Harv. L. Rev.
- FRANKLİN, M. : The Legal Systems of Occupied Ger-
many. (Interpretations of Modern Legal
Philosophies.)

- FRITZSCHE, Hans : Oskar Bülow. Encyclopedia of the Social Sciences.
- FULLER, L. : Reason and Faith in Case Law. 59 Harv. L. Rev.
- HAMILTON, W. L. : The Jurist's Art. 31 Colum. L. Rev.
- HART, H. M. Jr. : Holmes Positivism - An Addendum. 64 Har. L. Rev.
- HECK, Philipp : The Formation of Concepts and the Jurisprudence of Interests. (The Jurisprudence of Interest.)
- » » : The Jurisprudence of Interests. (The Jurisprudence of Interests.)
- HOLMES, O. W. : Agency. 44 Harv. L. Rev.
- » » » : The Black Sperheads of Change. (The Mind and Faith of Justice Holmes.)
- » » » : Codes and Arrangement of Law. 44 Harv. L. Rev.
- » » » : Law and the Court. (The Mind and Faith of Justic Holmes.)
- » » » : Law in Science and Science in Law. 12 Harv. L. Rev.
- » » » : Law and Social Reform. (The Mind and Faith of Justice Holmes.)
- » » » : Masters and Men. The Gas Stokers' Strike. (The Mind and Faith of Justice Holmes.)
- » » » : Montesequieu. (The Mind and Faith of Justice Holmes.)
- » » » : Natural Law. 32 Harv. L. Rev.
- » » » : The Path of the Law. 10 Harv. L. Rev.
- » » » : Privilege, Malice a, Intent. 8 Harv. L. Rev.
- » » » : Your Business as Thinkers. (The Mind and Faith of Justice Holmes.)

- HOWE, M. de Wolfe : The Positivism of Mr. Justice Holmes. 64 Har. L. Rev.
- HUGHES, Charles E. : Mr. Justice Brandeis. 31 Column. L. Rev.
- KENEDY, Walter B. : Pragmatism as a Philosophy of Law. (Readings in Jurisprudence.)
- KOCOUREK, Albert : Roscoe Pound as a Former Colleague Knew him. (Interpretations of Modern Legal Philosophies.)
- LEPAULLE, Pierre : The Function of Comparative Law with a Critique of Sociological Jurisprudence. 35 Harv. L. Rev.
- LLEWELLYN, K. N. : On Reading and Using the Newer Jurisprudence. 40 Harv. L. Rev.
- PATTERSON, E. W. : Foreword of the Selected Writings of Benjamin Nathan Cardozo.
- » » : Pound's Theory of Social Interests. (Interpretations of Modern Legal Philosophies.)
- » » » : Roscoe Pound on Jurisprudence. 60 Colum. L. Rev.
- PLUCKNET, T. F. T. : Holmes, The Historian. 44 Harv. L. Rev.
- POLLOCK, F. : Mr. Justice Holmes. 44 Harv. L. Rev.
- POUND, Roscoe : The Administration of Justice in Modern City. 26 Harv. L. Rev.
- » » » : The Call for a Realist Jurisprudence. 44 Harv. L. Rev.
- » » : Common Law and Legislation. 21 Harv. L. Rev.
- » » : A Comparison of Ideals of Law. 47 Harv. L. Rev.
- » » : The Economic Interpretation and the Law of Torts. 53 Harv. L. Rev.
- » » : The End of Law Developed in Juristic Thought. 27, 30 Harv. L. Rev.

- » » : The End of Law as Developed in Legal Rules and Doctrines. 27 Harv. L. Rev.
- » » : Fifty Years of Jurisprudence. 51 Harv. L. Rev.
- » » : Foreword of the «Law and the Social Sciences».
- » » : Hierarchy of Sources and Forms in Different Systems of Law. (Readings in Jurisprudence.)
- » » : Individual Interests of Substance Promised Advantages. 59 Harv. L. Rev.
- » » : Interests of Personality. 28 Harv. L. Rev.
- » » : Juristic Science and Law. 31 Harv. L. Rev.
- » » : Law and the State Jurisprudence and Politics. 57 Harv. L. Rev.
- » » : Natural Natural Law and Natural Positive Law. 68 The Law. Quart. Rev.
- » » : The Role of the Will in Law. 68 Harv. L. Rev.
- » » : Scope and Purpose of Sociological Jurisprudence. 24, 25 Harv. L. Rev.
- POUND, Roscoe : A Survey of Public Interests. 58 Harv. L. Rev.
- » » : A Survey of Social Interests. 57 Harv. L. Rev.
- » » : The Theory of Judicial Decision. 36^W Harv. L. Rev.
- » » : A Theory of Social Interests. (Readings in Jurisprudence.)
- » » : Visitorial Jurisdiction over Corporations in Equity. 49 Harv. L. Rev.
- BRADBURY, G. : Anglo-American Jurisprudence. 52 The Law. Quart. Rev.

- RUMELIN, Max** : **Developments in Legal Theory and Teaching During my Lifetime.** (The Jurisprudence of Interests.)
- STERN, Bernhard** : **William Graham Summner. The Encyclopedia of the Social Sciences.**
- WIGMORE, John H.** : **Justice Holmes and the Law of Torts. 29 Harv. L. Rev.**

