

itibarıyla mercek altına alınmaktadır. Temel ölçüt, Türkiye'nin söz konusu kriterleri ve yükümlülükleri hangi ölçüde ve hızda yerine getirdiğidir, "nasıl" ve "neden" soruları ikincil bir öneme sahiptir. Nitekim kimi durumlarda kriterleri yerine getirme tarzı ile kriterlerin kendisi (demokrasi ve hukukun üstünlüğü) çelişkiye düşebilmektedir. Bu durumda bile temel değerlendirme uyum konusunda ilerlemenin kaydedildiği şeklinde olmakta, söz konusu çelişkiler ise "düzeltmesi" kaydı düşülen ikincil problemler şeklinde ele alınmaktadır.⁸⁴

Bu çalışma ile dile getirmeye çalıştığım gözlem, tespit ve mülâhazalar çerçevesinde, fikrimce, şöyle bir sonuca varmak uygun olacaktır:

Türk Hukukunun Avrupa Birliği Hukukuna (veya "Kazanımına") uyumu, salt bir "format uyumu"nun teminat altına alınmasından çok farklı bir performanstır. Burada söz konusu olan uyum, öncelikle, özelliğini Avrupa entegrasyonunun temel değer, kavram ve ilkelerinin belirlediği bir zihniyet dönüşümünün, Türk Hukukunun etkin tüm aktörleri tarafından benimsenmesinin, tüm mekanizmaları tarafından da uygulamaya çıkarılmasının teminini zorunlu kılar. Zira "her hukuk sistemi; bir yandan hukuk kuralları gibi kolaylıkla değişebilen, diğer yandan da kavramlar, kategoriler, ilkeler ve bölümler gibi, zamanın akışı içerisinde beliren içerik değişikliklerinden pek etkilenmeyen öğelerin bileşiminden meydana gelmektedir. Şu halde belirli bir hukuk ailesinin üyesi olmanın belirleyici

nedenlerinden belki de en önemlisini, değişmeyen öğelerde ortaklık sonucunu yaratan bilimsel resepsiyon olmaktadır."⁸⁵ Bu dönüşüm (bilimsel resepsiyon) başarılıdır ki, hukuk, modern Avrupa siyasî ve ekonomik parametrelerinin Türk toplumunun genelince benimsenmesindeki rolünü etkili biçimde oynayabilsin. Yoksa salt "formatlar" açısından bakılacak olursa, Türk Hukuku ile Avrupa (Birliği) Hukuku arasında, bugün dahi, bariz bir fark yoktur. Ama "içerikler"de uyum, temel değerlerde birlikteliği, ilke ve hedeflerde ortaklığı, usul ve kurallarda benzerliği, hattâ bazen ayrılığı sağlamakta elde edilebilir.⁸⁶

Bu noktada karşımızda iki seçenek bulunmaktadır. Ya gelişen Avrupa Birliği hukuk sistemi ile uyum içinde olma çabasını göstermek ya da "egemenliği korumada son sığınak"⁸⁷ olarak Avrupa Birliği hedefinden vazgeçerek sistemden çekilmek. Herhalde Türkiye Cumhuriyeti hükümetlerinden hiçbirisi ikinci seçeneği tercih etmek cesaret ve gücünü gösteremeyecektir.

O halde diyebiliriz ki; temel değerlerde uyuma ve buna bağlı özdeşleşme başarılı olduğu takdirde, hukuk, kuşkusuz Türk toplumunun değişimi ve Avrupa Birliği'ne katılımı yolunda üzerine düşen görevi, bir kere daha etkili biçimde yerine getirebilecektir. Ancak ülkemizde son zamanlarda meydana gelen olaylar ve bunlarla ilgili olgular dikkate alındığında, bunun çok uzun bir zaman ve çaba gerektirdiği de açıkça görülmektedir.

(84) ATAUM Araştırma Grubu, "AB 2003 Yılı İlerleme Raporları ve Genişleme Stratejisi Belgesi ile İzleme Raporlarında Türkiye Dışındaki Aday Ülkelerin Durumu", Ankara Üniversitesi, Avrupa Toplulukları Araştırma ve Uygulama Merkezi (ATAUM), Aralık 2003, (http://www.diplomatikgozlem.com/index_arxiv.asp?kategori=AVRUPABİRLİĞİ)

(85) Can, s.89.

(86) Arat, s.318.

(87) Karakaş (1993), s.221.

Bentham ve Kodifiyeciler *

Charles Noble GREGORY

Çeviren: Sevda Gültekin GÖKTOLGA**

Kolonilerin temsilcileri tarafından, Fransız düşüncesinin bir havarisi tarafından kaleme alınan Bağımsızlık Bildirgemiz'in kabul edildiği yıl, Londra'da "Yönetim Üzerine bir Fragman" başlığıyla ya da bilinen adıyla "Şerhler Üzerine Bir Yorum" adlı anonim bir risale yayımlandı. Bu risale aşırı derecede ilgi gördü ve Lord Mansfield, Lord Camden veya Bay Duning ve sonrasında Lord Ashburton gibi o dönemin güzide hukukçu ve devlet adamlarına atfedildi. Risalenin gerçek yazarı varlıklı bir dava vekilinin oğlu olan ve kendisi de bir avukat olan Jeremy Bentham'dı ve bu risale Bentham için bürokratik ya da maddi bir ilerlemenin değil, büyük bir şöhretin ve büyük bir etkinin başlangıcıydı.

Söz konusu risale, mesleki geleceğin bağımsızlığının duyurusu niteliğindeydi ve Oxford'da hevesli derleyicileri tarafından lisans öğrencilerine ders olarak anlatıldığı dönemde genç Bentham tarafından isyankâr bir kalple dinlenen Blackstone Yorumları üzerine ciddi bir eleştiri şeklini aldı. Bu ünlü broşürden sık sık "modern İngiliz hukuk eleştirisi ve reformu"nun başlangıcı olarak bahsedilir. Bu genişlikte konuların bir başlangıcı ve bir sonu tabii ki

yoktur ve bu radikal ifade, en sarsıcısı Fransız Devrimi, en çok desteklenen ve başarılı olanı ise Amerikan Devrimi olan dünya çapında bir harekete dahil olan çok sayıda fenomenden sadece bir tanesidir. Bentham İngiliz ekolü yazarlarından çok Fransız Ansiklopedistlere yakın olarak addedilmiştir ve 1792'deki Brissot önergesiyle Ulusal Meclis tarafından kendisine verilen Fransız vatandaşlığını kabul etmiştir.

Bentham'ın küçük kitabı, her zaman çok kuvvetli İngiliz barosunu işaret eden ve Bentham'ın "bir avukatın insanların hukuki ihtilafın dışında kalmalarını dilemesi, bir hekimin insanların sıhhatte olmalarını dilemesi gibi imkânsız bir şeydir" demek suretiyle en düşük bireysel-çıkâr biçimlerini açıktan açığa izafe ettiği muhafazakâr ruha muhalif olarak liberalizm içerisinde yaşayan bir güç olarak algılandı ve öylece süregitti.

Bentham'ın Sir J. Bowring tarafından derlenen ve 1838'de Edinburgh'ta yayımlanan toplu eserlerinin Önsöz'ünde "Bentham'ı hayatının geri kalanını meşgul edecek sorgulamalara iten ilk dürtünün verildiği durumun, hukuk öğrenciliği yıllarında uluslararası sahada en fazla tartışılan konu olan Büyük

* Charles Noble Gregory, A.M., L.L.B.'nin Harvard Law Review Vol.XIII., No.5 (1900)'te yayımlanan "Bentham and The Codifiers" adlı makalesinin tercümesidir.

** İstanbul Üniversitesi SBE Kamu Hukuku ABD Doktora öğrencisi

(1) J. S. Mill daha insafli bir ayrımla bu muhafazakârlığı şu şekilde nitelendirmiştir: "en azından kısmen, sadece bir dizi emniyete aşına olan bir zihin son derece zorlukla toplumun muhtemelen bir diğeriyle beraber oluştuğunu tasavvur ederek duyumsar".

Britanya ve kolonileri arasındaki anlaşmazlık” olduğu belirtilmektedir. Dolayısıyla bu memleketteki bizler, filozof ile kolonilerin isyanı arasında belirgin bir ilişki olduğunu görür ve bu yeni öğretinin sonuçlarını özel bir dikkatle takip ederiz.

Bentham, bazı tereddütlerinin ardından Hume'nin eserlerinde doğruluğundan şüphe edilemeyecek temel bir ilkeyi, mümkün olan en çok sayıda insanın mümkün olan en fazla mutluluğunu desteklemekteki eğilimlerine bakmak suretiyle ahlaki kuralların ve yasal mevzuatın çözümlemesi olan fayda ilkesini keşfetti. Bu tahlile bağlı kaldı ve bu tahlili büyük bir cüretkârlıkla hatta çoğu zaman söylendiği gibi tuhaflıkla töre, hukuk ve yönetimin bütün alanlarına 1832 yılında ölümüne kadar sekiz dört yıllık uzun ömründe uyguladı.

Lord Loughborough ilkenin tehlikeli olduğunu açıkladı. Ancak bunu yazılı olarak ilk defa belirtmesinden kırk altı yıl sonra Bentham, Loughborough'un ifadesinin akılcıca ve tamamıyla doğru olduğunu belirtmiştir. Çünkü bu ilkeler doğrultusunda oluşturulacak olan bir yönetimde Lordluğu; “yıllık 15.000 pound gelirli bir başsavcılık, soyluluk unvanıyla birlikte, bütün hukuk kuralları üzerinde veto hakkına sahip olmasını sağlayan, mahiyetinde beş yüz memur çalıştıran ve yıllık kazancı 25.000 pound olan bir şansölye olamayacak”tı.

Bentham tamamen eleştirel değil aynı zamanda yapıcıydı da. Kendisini mevcut ilkelerle sınırlamadı, kısa zamanda yalnız kendi ülkesi için değil; dilleri, gelenekleri, ihtiyaçları, tarihi ve hisleri hakkında bir şey bilsin ya da bilmesin bütün ülkeler için de bu ilkelerle uyumlu bir biçimde inceden inceleme formüle edilmiş hukuk ve usul kodları

sağlamaya çalıştı. Hukukun tıpkı konserve sığır rostosu gibi bozulmadan ihraç edilmeye yatkın olduğunu ve her iklimde tüketime uygun olduğunu düşündü. “Yasaların, çıkarıldıkları ülkelerin azgın ve spontane türleri olması gerekmez”; “ön yargı ve en keskin gelenek güler yüzlü olmalı, ancak bunların yegâne karar vericiler ve kılavuzlar olmaları gerekmez” diye yazdı. Kendilerini otoritenin prangalarından kurtarmış olan yasa koyucular ön yargı pusunun üzerine çıkmayı öğrenmiş, aynı zamanda da bir ülke için veya diğer bir ülke için nasıl yasa yapılacağını öğrenmişlerdir”- namlarına çalıştıkları insanların şartlarına yönelik veriye gereksinim duyduklarını kabul etmesine rağmen.

Montesquieu “bir milletin yasalarının diğer bir milletin ihtiyaçlarına uymasının her zaman için imkânsız olduğunu” söylemek suretiyle muhalif inancını ifade etmiştir; ancak Bentham “yabancıların yasaları tasarlamakta daha ön yargısız olmaları nedeniyle daha tercih edilir olduklarını” ileri sürmüştür.

Bentham'ın uzun süre emek verdiği ve büyük oranda uzlaştığı bu tür evrensel felsefi kodifikasyon hakkında Hon. Lord McLaren daha sonraları çok haklı olarak şöyle demiştir: “Bu kod tipi daha fazla dikkate alınmamalıdır. Makul ve iyi bir yasal sistem çerçevesinde gelişmiş olan hiçbir devlet kendi öz kurumlarını yıkıp, felsefeciler tarafından tasarlanan bir sistemi kabul etmeye yanaşmaz” demiştir. Ve eklemiştir: “felsefi bir kod, tıpkı yeni bir Anayasa gibi, yazılması için harcanmış olan zaman içerisinde yazılmış olabilir: steno ve daktilo makineleri döneminde bu zaman önemsenmemelidir”².

Konuyu sona erdirirken şu vurgulanabilir ki, seçkin hukukçular tarafından

mevcut anayasaların karşılaştırmalı olarak ele alınmasının ardından hazırlanmış olan yeni bir Anayasa'nın yöneltilen itirazları paylaşması zor görünmektedir. Böyle bir Anayasa taslağı Montana'nın eyalet olması hasebiyle Henry Villard'ın ricasıyla aralarında Harvard Hukuk Fakültesinden Profesör Thayer ve New York'tan Sayın Beeman'ın da bulunduğu seçkin hukukçu bilim adamları ve uygulayıcıları tarafından hazırlanmıştı; ancak hükümlerinin küçük bir kısmı uygulamaya geçirildi.

Bentham, ya da kendisinin kullanmayı sevdiği adıyla “Hermit (Münzevi)”, Westminster'deki Queen's Square Place'teki inzivasında dünyadaki politikaları seyrederek otururken, hukukta bir değişikliğin olası veya mümkün olduğu durumlarda posta veya basın yoluyla kral veya yetkililere seslenmekten ve tartışılan bir konu hakkında tavsiyede bulunmak veya bütün bir kodu hazırlamaktan imtina etmedi. Dolayısıyla, bütün Rusya'nın imparatoru olan I. Alexander'a, İspanya halkına, Pennsylvania yöneticisi Simon Snyder'e, Fransız hemşerilerine, “sonradan Amerika Birleşik Devletleri Kongresi'nin başkanı olacak olan James Madison'a”, Mehmet Ali'ye, Albert Gallatin'e, Polonya Prensi Adam Czartoriski'ye ve sirküler bir iletişim içerisinde “Amerika Birleşik Devletleri'nin saygıdeğer yöneticilerine” ve bir dizi mektupta da “Amerika Birleşik Devletleri'nin vatandaşları”na seslendi. Hatta bizim sadece Amerika Birleşik Devletleri'nden ibaret olmadığımız ve “Anglo- Amerikan Birleşik Devletler” isminin de dolambaçlı bir söz olmasından dolayı ülkemizi “Washingtonya” olarak yeniden adlandırmamız gerektiğini söyledi” ve bize “kapılarımızı bir

musibete kapatır gibi common law'a kapatmamızı” tavsiye etti⁴.

Çoktan beri Sir Henry Maine insanoğlunun ilk düşüncelerinin kadim hukukta yansıtıldığını ve yasaların incelenmesi neticesinde “insanoğlunun bir formaliteler ve seremoniler çağından basitlik ve simetrik gelişim çağına doğru sürekli ilerlemesi”nin gözlenebileceğini öğretmekteydi. Bentham'ın felsefesinde insan bedenleri kadar insan yasaları ve töresinin gelişiminin “sürekli ilerlemenin sonucu olduğu faktörü hayal edilmiyordu ve bu onun temel hatası gibi görünmektedir.

Hak ve adaleti, tıpkı mineral kristalleri gibi bütün insanlar ve bütün zamanlar için değişmez biçime sahip soyutlalar olarak algılamış ve yasaların buna uygun olarak şekillendirilmesi gerektiğini belirtmiştir. Böyle olduğu halde, diğer milletlerin hukukunun tadil edilmesi yönündeki önerileri, daha çok eğlenceli bir şekilde, kendi ülkesinin hukukunda yer alan eksikliklere karşı bir saldırı ve karşı kampanyaydı.

Oldukça yakın bir dönemde tamamlanmış olan ve Bentham'ın, mevzuatına ısrarla hükmetmek istediği başka bir milletin devlet işleyişi üzerindeki etkisi üzerine yazılmış en öğretici araştırma, milletlere kanun koyucu olmak çabası içerisinde olan bilge kişilerin hepsinin olmasa bile büyük çoğunluğunun kederine ışık tutuyor gibi görünmektedir. 1894'te İspanyol Ahlak ve Siyaset Bilimi Kraliyet Akademisine kabul edildiğinde Don Luis Silvela tarafından sunulan “Bentham'ın İspanya'daki Avukatlar ve Siyasetçiler Üzerindeki Etkisi” adlı kapsamlı söylevde Don Luis Cortes kayıtlarının ve kendi ülkesinin tarihinin incelenmesi neticesinde, Londra

(3) Cilt 8, s.569.

(4) Cilt 3, s.304.

Münzevisi'nin hemen hemen hiçbir etkisinin olmadığını ortaya koymuştur. Bentham'ın kendisinden tavsiye istemek üzere gönderilen bir mektuba karşılık İspanyol halkına gönderdiği mektupların Cortes Başkanı Conde de Toreno tarafından korunduğuna hatta bu mektupların İspanyolcaya çevrildiğine ilişkin bilgiye ulaşamamıştır. Filozofun, Kastilyalıya niyetleri hakkında nezaketsiz fikirleri ile hitap etmiş olduğu ve kendisinin de karşılığında medeni bir biçimde ama soğuk bir tavırla cevaplandırıldığı ve nihayetinde de görmezden geldiği anlaşılmaktadır.

İspanyol yönetiminde tasarlanan Üst Meclis hakkındaki müzakeresinin İngiliz Lordlar Kamarası hakkındaki görüşlerinin tekrarından ibaret olduğu ve İspanyol kurumları veya algılayış tarzı üzerinde herhangi bir inceleme veya bilgiye dayanmadan yazılmış olduğu görülmektedir. Bentham daha sonra bu mektuplarını İngiltere'de yayımlamıştır ve Madrid'e mektupları Se_or Silvela'nın çok iyi tespit ettiği gibi "dönüş postası"na aittir ve kendi ülkesindeki soylular meclisi ile olan kavgasının bir parçası gibidir⁵.

Portekiz'de Cortes, Bentham'ın çalışmalarına bir karşılık olarak bu çalışmaların devlet tarafından tercüme edilmesini önerdi ve mektubu yasama meclislerinde yüksek sesle okundu. Tasarlanan Anayasa Bentham'ın belirttiği hatalardan arındırılarak uygulandı ve nerdeyse bir anda çöktü.

Ancak, düsturlarının uygulanmadığı dönemlerde Bentham'ın düşüncelerinin ya da düşüncelerinin büyük bir

kısımının doğru ifade edecek olursak özümlendiği açıktır. Rahatça söylenebilir ki, bu yüzyılda Bentham'ın önceden belirtip savunduğu görüşlerden etkilenmeyen önemli bir yasal reform hemen hiç yok gibidir.

Bu nedenle "Adli Tanıklığın Mantıksal Temeli"ne beş büyük cilt hasretti ve diğer birçok konu gibi çıkarın tanıklığın kabul edilebilirliğini değil güvenilirliğini etkileyeceğini ileri sürmek yoluyla çıkar saikiyle tanıklığın kabul edilmemesine ciddi biçimde karşı çıktı. Bu görüş temel olarak hem İngiltere hem de Amerika Birleşik Devletleri hukukunda etkili oldu ve uygulandı; İngiltere'de hırsızlıkla suçlanan birisinin kendi hesabına tanıklık etmesine izin veren ve İngiliz Yargıçlar Kurulu ve Barosunu ikiye bölen ve telaşlandıran bize çok aşına olan yakınlarda çıkarılan meşhur yasa, aslına Bentham'ın düşüncelerinin genişletilmesinden ibarettir.

Dini inançlardan dolayı tanıklığın reddedilmesine muhalif görüş bildirdi ve çekişme o kadar başarılı oldu ki Eyaletlerimizin çoğunluğu (benim eyaletim olan Wisconsin de dahil) temel bir yasa olarak şunu koydu: "hiç kimse din konusundaki görüşleri nedeniyle herhangi bir hukuk mahkemesinde tanıklık etmek veya tarafsızlıkta ehliyetsiz sayılamaz".

Taşınmazların tescil edilmesini savunmuştur ki bu şimdi yaygın olan bir uygulamadır. Tefeciliği yasaklayan yasalara savaş açtı ve İngiltere bu yasayı ilga etti ve bu ülkemizde de büyük oranda yumuşatıldı. Daha önce hırsızlıktan hüküm giymiş insanların tanıklığının

(5) Bkz. Courtney Kenney'in "Bentham's Spanish Influence" adlı eserinin İspanyolca baskısı, II. L.Q.R. s. 48. Ne var ki İspanya'da vatansever bir dernek olan "Anayasa Dostları"nın Bentham'ı 1820'de onursal üye kabul ettiği ve İçişleri Bakanı Don Augustin Arguelles'in Bentham'dan jüri tarafından muhakeme olunma konusunda fikrini sorduğunu ve aynı yıl Cortes'in hapisane komitesinin Bentham'ın bu panoptik görüşü lehinde görüş bildirdiği ve en az iki milletvekilinin İspanyol yasalarının şekillenmesinde kendisinden yardım istediği gözden kaçırılmamalıdır.

kabul edilmesini savundu ki bugün hem İngiltere'de hem de Amerika Birleşik Devletleri'nde tanıklıkları kabul edilmektedir. "Ölüm cezası"na şiddetle karşı çıktı, parasal olarak cezalandırılan suçların sayısı bütün medeni dünyada muazzam oranda azaldı ve özellikle de Bentham'ın yakın arkadaşı ve havarisi olan Sir Samuel Romilly tarafından teklif edilen reformlar vasıtasıyla İngiltere'de. Bizim ülkemizde de en az dört Eyaletimizde ölüm cezası tamamen kaldırılmıştır (benim eyaletim olan Wisconsin'de kırk altı yıldır bilinmez olmuştur ve adalete zararı dokunmamıştır). Hollanda, Portekiz ve İtalya'da olduğu gibi Kara Avrupası milletlerinin çoğunda ölüm cezası tamamen kaldırılmış, Belçika, Bavyera, İsveç, Danimarka gibi ülkelerde de hemen hemen hiç verilmemek suretiyle kaldırılmış gibidir ve büyük Rusya İmparatorluğu'nda bazı büyük siyasal suçlar dışında kaldırılmıştır.

Eğitimin devlet tarafından verilen ve gerekli görülen bir hizmet olması gerektiğini savundu ve bu görev bizim birçok Eyaletimiz tarafından üstlenilmiştir ve İngiltere'de de günden güne kabul görmektedir.

Malvarlığının vasiyet yoluyla miras bırakılabilmesini savundu ve bizim yasalarımız bu konuda çok büyük serbestlikler sağlamaktadır ve İngiltere'nin yasaları da sürekli aynı eğilim içerisindedir. Uzun süredir ülkemizde ve birkaç yıldır İngiltere'de kullanılan oy pusulasıyla oy kullanılmasını savundu. Bizim şu anda sahip olduğumuz Cumhuriyet Savcılığı sistemini önerdi. Burton, önce Bentham tarafından savunulan ve ardından yasa koyucu tarafından gerçekleştirilen reformlara ilişkin uzun bir liste hazırladı ve bu liste şimdi daha da genişletilebilir ve eminim ki

bundan on sene sonra hala genişletilebilir olacaktır.

Aslında, engin bilgi sahibi olanlar da dahil insanların çoğu Bentham'a karşı çıktıklarında daima haksızdılar ve zaman onun ilkelerini o kadar haklı çıkardı ki, çoğunlukla yalnızca ataletin bir sonucu olan kanaatlerimizden onun öğretileriyle tezatlık arzettiğinde rahatlıkla şüphe edebiliriz.

Sir J. Fitz J. Stephen, Ceza Hukuku Tarihi kitabında Bentham'ın yazılarını "kendi ülkesinin ve diğer birçok ülkenin mevzuatında sadece Adam Smith ve haleflerinin ticaret üzerindeki etkileriyle mukayese edilebilecek derecede pratik etkileri vardır" diye sonuçlandırmıştır.

Bentham, kendisinin de baskısıyla gerçekleşen bütün hukuki düzenlemelerin ötesinde, açık ve basit olarak kendisinin savunduğu fayda ilkesi çerçevesinde şekillenmiş kapsamlı ve tekmil etmiş bir yasalar düsturunu şiddetli bir biçimde talep etmiştir. "Arkadaşlarım ve dostlarım" diye hitap ettiği Amerika Birleşik Devletleri vatandaşlarına yönelik olarak 1817 yılında kaleme aldığı sirkülerinde şöyle demektedir: "Benim hizmetlerimi kabul edin. yoğun çabalarının en uzun yolunun sonunda şu anda yetenekli bir avukatın bilmesi mümkün olan hukuktan daha fazlasını- ancak sınırlı bir ölçüde bir liberal eğitilmiş eğer isterse bilebilir - ve çaba sarfetmeden bilir-. Öteki hususlarda eğitimsiz olsa bile -eğer kendisi isterse ancak boş zamanlarında okuyarak muhtemelen şu an avukatlar arasında en çok hukuk bilenden daha fazlasını bilebilir". Fakat bununla birlikte ya da kendisinin ima ettiği kadarıyla direnen büyük umutları yüzünden New Hampshire Eyaleti Valisi Plumer, Pennsylvania Eyaleti Valisi Snyder, Virginia Eyaleti Valisi Nicolas ve Başkan

Madison ile olan istişareleri sonuçsuz kalmış ve ihtişamlı istekleri yönelttiği kişilerce medenice ifade edilen teessüfle sonuçlanmıştı.

Romilly, Bentham'ı *en grand seigneur* olarak yaşadığı Ford Abbey'de ziyaret ettiğinde Bentham'ın otuz yıl önce olduğu gibi gününün altı saatini yasalar, mevzuat ve düstur oluşturmakla geçirip gününün geri kalanını okuma ve egzersizle ya da Bentham'ın kendi ifadesiyle "kendisini kodifikasyon görevi için hazırlamak üzere kahvaltı öncesi ve yemek sonrası yürüyüşlerle" geçiriyor olarak buldu. Bentham son günlerinde kendisinin "yaşlı bir ejder gibi" kodifiye ettiğini yazdı.

Yine de, 1815 yılında Rus İmparatoruna, Napolyon Kodu'na ilişkin olarak büyük bir çağdaş düstura karşı duyduğu görülmemiş bir aldırılmazlıkla "ne derece bir yetenekle yazılırsa yazılısın, araştırıcılığın kullanıldığını kesinlikle görmediğini" yazacaktır.

Herhangi bir yasama faaliyetinde O'nun ustalığına rastlamak kendi ülkesinde veya herhangi bir başka ülkede belki de mümkün değildir.

Bentham'dan çok önce Pepys Günlüğünde şunları belirtmiştir: "Bay Prin benimle misafirler gelinceye kadar İngiltere'nin yasaları üzerine verimli bir sohbete tutuştu; onlardaki temel hataları anlattı. Bu arada bir türün hepsini özetlemek üzere olduğu çok sayıda uzun tüzüğün açık olmaması ve eğer yaşarsa ve Parlamentolar oluşursa bunlar yürürlüğe konulmalı ve diğer tüzükler ilga edilmeli ve sonrasında bu yasayı bilmenin kestirmesi olacaktır dedi". Bay Prin ve Bentham'a rağmen hala yasayı bilmenin kısa yolunun yapıldığı söylenebilir.

Leslie Stephen kardeşi Sir James hayattayken şunu belirtmiştir: "Bentham

vaat edilmiş topraklara girmenin arifesinde ölmüş olmasına karşın, Parlamento reformuyla birlikte, hızlı ve kapsamlı değişimlerin yaşandığı bir dönem oluştu." Üzerine Bentham'ın gölgesi düşmüş olan James Mill, India House'de öncü bir pozisyona sahipti ve ustasının ölümünden bir yıl sonra 1833'te şirketinin çalışma ruhsatının yenilenmesinin ardından açıklamaları yapılan değişikliklerin şekillenmesinde önemli rol oynadı. Kendi ifadeleriyle söyleyecek olursak, Genel Yönetim Konseyi grubun çalışanı olmayan insanlar arasından seçilmelidir ve sadece yasaların şekillendirildiği toplantılara katılmalıdır. Macaulay o mevkii işgal eden ilk kişi oldu ve Hindistan Ceza Yasası taslağını hazırladı. Onun asistanlarından birisi olan Bay Cameron Bentham'ın esaslı hayranlarından birisi idi. Yasa Sir Barnes Peacock tarafından gözden geçirildiği 1860 yılına kadar Meclisten geçmemişti. Bu yasa Benthamcılar için bir zaferdi ve yirmi bir yıllık uygulanmanın ardından en büyük övgüsünü Ceza Hukuku adlı eserinde Stephen'den aldı.

Bu daha sonraki bütün Hindistan kodları için bir model teşkil etti. Yürürlüğüne başlandığı tarihten itibaren kodifiye etmenin sistematik şemasının bir parçası idi. Ölümüne kadar cesur bir Benthamcı olan Sir J. Fitz J. Stephen 1869'da Hindistan Konseyi'nin yasal bir üyesi ve Sir Henry Maine'nin halefi oldu. Kendisini detaylara ilişkin eleştirilere rağmen büyük ölçüde seçkin Hintli hukukçuların da övgüsüne mazhar olan, Hindistan için sözleşmeler, vasiyetnameler ve tanıklık gibi konularda yasalar tasarlamak veya gözden geçirmeye vakfederek 1872 yılına kadar bu görevde kaldı. İngiltere'ye dönüşünde hükümet tarafından bir delil yasası taslağı hazırlamak üzere görevlendirildi,

taslağı Şubat 1873'te tamamladı, ancak Mart'ta hükümet düştü ve dolayısıyla da taslak Meclisten geçmedi. Ancak O, Hindistan Kodu hakkındaki düşüncelerini ve metodlarını İngiltere'de kodifiye etmek amacıyla birçok İngiliz yetkilinin dikkatini çekecek biçimde gayretli ajitasyonlara dönüştürdü. Sir W. H. Rattigan'ın da belirttiği gibi günümüzde Hindistan kendi Ceza Yasası'na, bir sözleşme yasasına, kambiyo yasasına, zamaşımı yasasına, sicil yasasına, delil yasasına, irtifa hakkı yasasına ve diğerlerine sahiptir ve hala ilerideki kodifikasyonlar için taslaklar hazırlanmaktadır.

M.F.E. Montague, Anglo-Hint Kodu'nun Bentham'a borçlu olduğuna işaret etmiş ve bunun en az Justinian'ın Roma Hukuku adaptasyonunun Batı'da oynamış olduğu kadar İngiliz İmparatorluğu devam ettiği sürece Doğulu ırkları güçlü bir biçimde kontrol ederek ve tıpkı Roma Hukuku gibi kendisini düzenleyen otoritenin zayıflaması ve yıkılmasına rağmen varlığını devam ettirmesi gibi Doğu'da rol oynayabileceğini ileri sürmüştür.

Anglo-Hint Hukuku'nun da Doğu'da rol oynadığını belirtmiştir. Hindistan yasalarının İngiliz yasaması üzerinde hem model olmak suretiyle hem de Stephen gibi Hindistan'daki kodifikasyondan İngiltere'de yaşamayı şekillendirmek üzere dönmüş olan güzide İngilizler vasıtasıyla ciddi etkileri olmuştur. Hiç kimse bugün Büyük Britanya'nın büyük kısmının 1882 Kambiyo Yasası ve belki de Judicature Act gibi şimdiki neslin de kabul ettiği, bir komisyon veya güzide hukukçular tarafından hazırlanmış olan ve belirli konulardaki yasaları çıkarmak, izah etmek, tanımlamak ve onları modernize etmek üzere özenle tertip edilmiş olan parlamenter yasalarla yürütüldüğünü

keşfetmeksizin, modern İngiliz mahkemelerinin zabıtlarını okuyamaz.

David Dudley Field New York yasama meclisinde kodifikasyon hakkındaki görüşlerini anlatırken Sir J. Fitz James Stephen'in Hindistan yasaları hakkındaki aşağıdaki pasajlarını aktarma şansı bulmuştur:

"Doğal olarak bu kodifikasyon sürecinin nasıl başarılı olduğunu soracaksınız. Bu soruya şu cevabı verebilirim ki bu süreç kimsenin tahmin edemediği derecede başarılı olmuştur ve bu gerçekliğin kanıtları benim zihnimde oldukça katidir. Bunlardan birincisi konunun tamamının üniversitelerdeki yerli ve İngiliz öğrencilerce çalışılmasındaki açgözlülüktür.

"Hindistan'da karşılaştığımız bütün sivillerin Ceza Hukuku ve Usul Hukuku hakkındaki bilgileri bir İngiliz hukukçusu için oldukça şaşırtıcıdır. İngiltere'de Ceza Hukuku hakkında cüzi, belirsiz ve tahmini, kitaplarda doğru kitabı bulmalarına yarayacak kadar bilgiye ancak sahip olan insanlar; Ceza Yasası'nı ezberden bilirler ve hükümlerinin en ince detayları hakkında büyük bir ilgiyle konuşurlar. Üniversitelerdeki yerli öğrenciler için hukuk derslerinin en beğenilen dersler olduğu ve yasaları kodifiye etmenin bir eğitim aracı olarak etkisinin çok zor abartılabileceği konusunda tarafıma defalarca bilgi verilmiştir. Yerel gazetelerde Delil Yasası hakkında detaylı eleştiriler okumuşumdur mesela, yazarının en az ilgi alanındaki diğer edebi konuları çalıştığı kadar bu yasa üzerinde de çalıştığının anlaşıldığı gibi... Bir keresinde askeri bir görevliyle sabıkalılara ilişkin düzenlemeler üzerine istişare etme fırsatım oldu. Bu hayatı at sırtında geçen ve bir

oyun oynuyormuşçasına haydut ve silahlı eşkıyaları avlamakla geçmiş bir insandı. Benim yapmış olduğum bir açıklama üzerine cebinden bir not defteri gibi kaplanmış olan küçük bir Ceza Usul Yasası çıkardı, üzerinde konuşuyor olduğumuz konuya ilişkin bölümü açtı ve kusursuz bir kesinlikle işleyiş yolunu işaret etti. Yerel polislerin Polis Yasası'nın kendileri ile ilgili bölümlerini ezberden biliyor olması, Kalküta'nın tuhaf yanlarından birisidir. Çavuş, yasayı cümle cümle bağırarak okur ve mangası yasayı ezberden bilinceye kadar itaatkâr bir biçimde tekrar eder. İngilizce konuşan insanların, hukukun gerçekten dünyadaki en ilginç ve en eğitici çalışmalarından biri olduğunu bilmelerini engelleyen tek şey İngiliz hukukçuların hukuku ciddi biçimde iğrenç olarak tanımlanacak bir şekle sokmuş olmalarıdır.”

Prusya'nın 1751'de Büyük Frederick'in hükümrânlığı döneminde yürürlüğe koyduğu “Code Frederick” ya da “Landrecht” yaygın bir biçimde Avrupa'daki modern yasaların ilki olarak sınıflandırılmıştır. Bu yasanın temel amaçları arasında Büyük Frederick'in henüz genişlemiş olan krallığının birbirleriyle uyum sağlayamamış olan halkını ortak hukukla birleştirmek amacı vardı ve (askeri bir despot için uygun bir amaç olan) Giriş bölümünde azarladığı avukatların gücünü yok etmek amacı vardı. Bu tabii ki Bentham'ın çabalarından önceki bir tarihteydi.

Bir diğeri büyük İmparator'un hükümrânlığı döneminde 1804 ve 1810 yılları arasında yürürlüğe konulan ve Voltaire'nin acı bir gerçeklikle bir seyyahın atları değiştirdiği sıklıkta yasaları da değiştirmesi gerekir dediği memleket olan Fransa'nın “droit écrit et

droit coutume” şeklindeki aşırı karmaşıklığı ile tebdil edilmek üzere tasarlanmış olan “Code Napolyon” ya da Cumhuriyet döneminde söylenen adıyla “Code Civil”dir.

Savigny bitirilmesindeki bilgisizlik ve acelecilikten şikâyet ederken, Austin Savigny'nin yaklaşımını benimser ve tanımlamadaki hatalarına işaret eder, ancak yasa Saray düştükten çok daha sonralara kadar Fransa'ya egemen olmayı sürdürür ve fetih veya fethin muadili bir yapılanma suretiyle empoze edilerek İtalya, Hollanda, Belçika, Ren Eyaletleri; Polonya ve İsviçre gibi bazı ülkelerde uygulanmış ve muhafaza edilmiş, Yunanistan gibi diğer birçok ülke için de örnek teşkil etmiştir. Napolyon'un “elimdeki yasam ile gelecek nesillere erişeceğim” şeklindeki böbürlenmesi haklı çıkmıştır.

Bentham Rusya İmparatoru'na yazdığı bir mektupta, bu yasanın girişinde kendisinden alıntı yapılan ve hâlihazırda yaşayan tek insanın kendisi olduğunu ve isminin ve doktrinin Fransa'da bu büyük çalışma tamamlanmadan daha önce bilindiğini ve güçlü olduğunu büyük bir gururla belirtmiştir.

Tokyo Üniversitesi hukuk profesörlerinden olan merhum M. Appert ilk Japon yasasının Fransız “Medeni Yasa”sından esinlenerek şekillenmesinin, bu Fransız Yasası'nın Napolyon'un etkileyici ismiyle ilişkili olmasından kaynaklandığını belirtmektedir.

Orada daha sonra yapılan kodifikasyonlar Alman İmparatorluğu'nun yasa taslağı olarak görülmüş ve İngiliz bir dava vekili tarafından bir medeni usul yasası hazırlanmıştır.

Avusturya ve İspanya uzun bir süredir medeni hukuk çerçevesinde

şekillenmiş olan yasalara sahiptir, ancak Savigny'nin büyük ismi ve otoritesi olan Sir W. H. Rattigan'ın belirtmiş olduğu gibi; kodifikasyon Almanya'da yakın zamanlara kadar aksamış ve Alman İmparatorluğu'nda uzun yıllar süren bir hazırlığın ardından yasa 1898'de yürürlüğe girmiştir.

Quebec'te 1865'ten beri bir “Medeni Yasa” mevcuttu ve Kanada 1892'de bir Ceza Yasası çıkardı. Bu, bu makalenin sınırlarını aşan geniş bir yasalar listesi olarak algılanmamalı, kodifikasyon ilkesinin geniş çapta kabul gördüğünün ve bu kabul görmenin hızla arttığının iması olarak algılanmalıdır.

Bentham bu ülkede de yandaşsız değildi; Edward Livingstone, çok güçlü eserleri olan ve aynı zamanda ilk müdavimlerinden birisiydi. Washington'un açılış töreni yeminini yöneten Şansölye Livingstone'nin küçük kardeşi idi. Kendisi de altı yıl boyunca Ulusal Temsilciler Meclisinde New York Temsilcisi olarak yer aldı ve daha sonra New York Belediye Başkanlığı ve Birleşik Devletler Bölge Savcılığı görevlerini eşzamanlı olarak yürüttü. Çok güvendiği bir kâtibin sebep olduğu yüklü bir borçta Eyalet Bölge Savcısı olarak kendi hesabına düşen payı ödemiş olmasından dolayı ilk iş olarak bütün görevlerinden istifa etti. Ve kaybettiği varlığını tekrar ele geçirmeye çabalamak amacıyla Louisiana'ya yeni katılmış olan bölgeye taşındı ve orada hemen New Orleans Barosu'nun liderliğini ele aldı. Kongre'de iken, çalışmalarının bir kısmının Dumont tarafından hazırlanan Fransızca redaksiyonları dolayısıyla Bentham'ın etkisine henüz girmiş iken federal suçlar için ölüm cezasının kaldırılması için uğraştı ancak sonuç alamadı. Louisiana yasalarını, bu bölgenin tasarrufunun farklı güçlerde olmasının bir sonucu olarak, önce Fransız Hukuku

ardından da İngiliz common law'ı üzerine kurulan bir İspanyol hukukundan müteşekkil meşum bir karmaşa olarak görmekteydi. İlk olarak, yasama organı tarafından yasalaştırılan bir Usul Yasası layihası hazırladı ve daha sonra Eyalet için bir Medeni Yasa taslağı hazırlamakla görevlendirilen komisyonda başkan oldu. Bu da önemli değişiklik yapılmaksızın yasalaştı ve yürürlüğe girdi.

Şubat 1821'de Louisiana Genel Meclisinde Eyaletin ceza yasalarını yeniden düzenlemek üzere oybirliği ile seçildi. 57 yaşındaydı ve İngiliz, Roma, Fransız ve İspanyol Hukuku'nu iyi biliyordu. Öncelikle her Eyaletteki yöneticilere ve seçkin kişilere, yabancı başlıca bakanlara, yabancı ülkelerdeki birçok yayıncıya pratik bilgi vermeleri isteğiyle mektuplar yazdı. Üç yıllık emeğin ardından, baskıya verecek bir nihai taslağı tamamlayabildi, ancak bu taslak New York'taki evinde aynı gece kazara yandı. Bu yangında Bentham'ın çalışmalarının nüshaları da yandı ve New York'taki hiçbir kitapçı veya kütüphanede bu çalışmaları bulamadı. İlk iş olarak Philadelphia'daki arkadaşı Du Ponceau'ya bu kitapları kendisi için “satın alması, ödünç alması veya birilerinden rica etmesi” için mektup yazdı. Du Ponceau'nun kitapları temin ettiği ve katlandığı bu zahmetten dolayı kendisine teşekkür edildiği anlaşılmaktadır. Altmış yaşında işe baştan başladı ve iki yıl sonra bu işi bitirdi. Bu süre içerisinde Güneydeki ikametgâhını ciddi biçimde terketti ve yaşamına bu taslağın büyük bir bölümünün hazırlandığı yer olan New York'ta devam etti. Bay Livingstone Louisiana'yı 1822 yılından başlamak suretiyle üç dönem Kongre'nin alt kanadında ve iki yıl da Senato'da temsil etti. Bu süre içerisinde Bentham'la haberleşti ve çalışmalarını birbirleri ile paylaştılar. Birleşik Devletler Dışişleri

Bakanı ve Fransa orta elçisi olarak görev yapmak üzere Senato'dan ayrıldı.

Livingstone'nin uzun yokluğu sırasında konudan soğuyan Louisiana onun hazırladığı Ceza Yasası'nı hiçbir zaman uygulamadı, ancak yasa hem bizim ülkemizde hem de Avrupa'da yayımlandı ve bir gazeteci olarak yazarının ününü doruklara çıkardı. Temelde Fransız Yasası'na dayanan yasada baştan başa Bentham'ın doğrudan etkisi görülüyordu. Bundan uzun bir süre sonra Bentham'a şöyle yazmıştır: "Hâlihazırda Ceza Yasamız'ın eksikliklerinden oldukça etkilenmiş olsa bile, sizin çalışmalarınızın yakından tetkiki benim fikirlerime bir metot sağlamıştır ve yasamayı bütün birimlerine uygulanabilecek belirli ilkelerce düzenlenen bir bilim dalı olarak algılamayı bana öğretmiştir." Yasa dünya çapında sevinçle karşılanmıştır. Başkan Jefferson'dan, Rusya İmparatoru'ndan ve İsveç Kralı'ndan övgü mektupları almıştır. Victor Hugo, "Bu çağın insanlık için en iyiyi isteyen adamları arasında yer alacaksınız" diye yazmıştır ve Kent çağın kanun koyucularından daha çok iş yaptığını söylemiştir. Hollanda Kralı kendisine bir altın madalyon göndermiş, Guatemala yönetimi de Reform Yasası ve Hapishane Disiplini adlı eserlerinin tercüme edilerek kelimesi kelimesine uygulanmasını hedeflemiştir. Bentham'ın Fransız elbiseleri içerisindeki çalışmaları İspanyol Amerika'da yoğun biçimde satıldı ve cumhuriyetlerinin kurucularının fikirlerinin şekillenmesinde önemli rol oynadı. Bu hükümetlerin istikrarsız kaderleri belki de egzotik reformların tehlikelerini tasvir etmektedir.

Livingstone kodifikasyonunda netlik hakimdi ve hukukta acemi olan insanlar için hazırladıklarını okuyordu ve onların kavrama yetenekleri vasıtasıyla

kompozisyonunun mükemmelliğini test ediyordu. Anlaşılmasının zor olduğunu düşündüğü bütün terimleri içeren bir tanımlar kitabı hazırladı. Bu tanım sistemine yakın bir şey daha sonra Hint ve İngiliz kodifikasyonlarında yer almıştır. O'nun usul yasasının zorluklarını bertaraf etmekteki başarısını göstermesiyle başka bir Eyaletten genç bir avukatın Louisiana usulünü öğrenmek için ne kadar zaman gerekeceğini sorması birbiriyle bağıntılıdır. Kendisine ertesi gün saat dörtte akşam yemeği yeme sözü veren Livingstone, cevap olarak kendisine o saate kadar Louisiana usulünü öğreteceği sözünü verdiğini ve buna da muvaffak olduğunu belirtmiştir. Livingstone, Ceza Yasası'nı federal yasa için gözden geçirdi ve 3 Mart 1831'de Senato'ya sundu. Yasa ilerideki görüşmelerde kullanılmak üzere basıma sunuldu; ancak Senato tekrar toplandığında o artık Senatör değildi ve yasa bir daha görüşülmedi. Bu arada Quebec'te ölen General Montgomery'nin dul eşi olan kız kardeşinin vasiyetiyle Hudson'da iyi bir terekeye varis oldu ve evini orada kurmaya başladı ve güçten hiç düşmemiş görün-düğünde ani bir hastalıktan 72 yaşında orada öldü.

Bu Louisiana Yasaları ile New York'ta başlayıp oradan yayılan ve önemli olan kodifikasyon hareketi arasındaki bağlantıyı izlemek en azından uygulama ve usul konularında aşikâr görünmesine karşın Eyaletlerin çoğu için kolay değildir. Bu hareketin arkasındaki temel ruh; "Bentham'dan sonraki en büyük kodifiyeci" olarak adlandırılan merhum David Dudley Field'di. Field'in kodifikasyon üzerine olan çok sayıda raporu ve de konuşması da dahil çalışmalarının yayınlanmış üç cildinin indeksini inceledim ve ne Bentham, ne Livingstone ne de Louisiana Yasası isim-

lerinin bu eserlere bir kere bile girmediklerini gördüm.

Ancak, sayfaların kendilerinde Bay Field'in Bentham'ın Delil üzerine büyük yapıtına büyük bir övgüyle atıfta bulunduğunu ve Bentham'ın güzide müritlerinden olan Sir J. Fitz J. Stephen'den açıkça alıntılar yaptığını görmekteyim.

Konu üzerindeki bilgisi tartışılmaz olan J. Newton Fiero yakınlarında şöyle demiştir; "Açık, basit ve veciz bir usul talebi yönündeki hareket; yüzyılın başında Bentham'ın eleştirileriyle başlamış ve taslağını Edward Livingstone'ın hazırladığı Louisiana Muhakeme Usul Yasası'nın yürürlüğe girmesiyle ilk kez sonuçlanmıştır. Ve daha sonra 1846'da taslağı David Dudley Field tarafından hazırlanmış olan ve uygulanması yaklaşık otuz yıl devam eden New York Muhakeme Usul Yasası ile neticelenmiştir".

Denilebilir ki Bay Field'in genel kodları Kaliforniya ve Dakota'da uygulanmıştır.

Kodifikasyonların arkalarına gizlenmesine rağmen yarı saklı oldukları tüzüklerin yeniden düzenlenmesi bugün bazı Eyaletlerimizde hemen hemen evrensel hale dönüşmüştür. Hâlihazırda federal tüzüklerimizi yeniden düzenleyen komisyon değişiklikleri rapor etmeye yetkilidir ve Livingstone yasaları bu komisyonun üyelerinden en az bir tanesinin dikkatine layık olmuştur. Geçtiğimiz Ağustosta bu ülkedeki ilk toplantısını gerçekleştirmiş olan Uluslararası Hukuk Örgütü, otoritesi ve yaptırımına yasa olarak başvurulabilecek olan ve insanoğlunun düzenlemelerinin en ele geçmez ve arı düzenlemesi olan Milletler Hukuku'nun kodifikasyonu arayışı içerisinde.

Belki de Queen's Square Place'nin münzevisi; büyük editörü ve müridi olan

Mill'in "o hukuk felsefesine ulaştığında hukuk felsefesi bir kaostu ve o hukuk felsefesini bir bilim olarak devretti" şeklindeki takdirini tam anlamıyla hak etmiyordu. Hukuk felsefesi muhakkak ki hala tamamlanmış bir bilim değildir. Ancak Bentham'ın resmi kodları "insanlar ve milletler tarafından reddedilmiş ve vazgeçilmiş olsa" da bunlar olmadan İngiltere'de veya Birleşik Devletler'de veya Kıta Avrupası'nda veya Avrupa düşüncesinden en çok etkilenmiş olan büyük Asya imparatorluklarında hiç kimse kanun koymanın yönünü izleyemez. Saygısızlık etmeksizin ya da çatışmaksızın hala büyük faydacı ve kodifiyecinin ruhunun "gezmeye devam ettiği"ni söyleyebiliriz.

Ölümün kendisine yaklaştığını gördüğünde kendisine refakat eden arkadaşına şunları söylemiştir: "Şu anda öldüğümü hissediyorum; dikkatimizi acıyı en aza indirmeye yöneltmeliyiz. Hizmetçilerin hiçbirinin içeriye girmesine izin verme ve gençleri odadan uzak tut; bu durum onlar için keder verici olacaktır ve herhangi bir yararları olmayacaktır. Bununla birlikte yalnızca kalma-malıyım; sen yalnızca sen benimle birlikte kalacaksın ve böylece acıyı mümkün olan en düşük seviyeye indirmiş olacağız". Bu onun son yasa hazırlamasıydı. Kendi direktifi doğrultusunda cesedi mumyalanmış ve artık halka gösterilmese de hala bulunduğu yer olan Londra Üniversite Koleji'ne gönderilmiştir. Hapishane reformu için hazırladığı planlarının Kral'ın kişisel olarak kendisini sevmemesinden dolayı yenilgiye uğradığına tamamıyla inanmıştı ve bunun bir sonucu olarak sadece belirli bir kısmı savaşçılardan biri tarafından basılmış olan "Jeremy Bentham ve Üçüncü George Arasındaki Savaşın Tarihi" başlıklı bir eser hazırladı. Savaş sona erdi ve mezar hem egemeni hem de

tâbi olanı aynı şekilde suçladı; ancak Büyük Britanya ve daha geniş bir bölgede bilge kişinin saltanatı Kralın saltanatını sürdürmesini sağlıyor gibi görünmektedir ve Bentham'ın radikal fakat müşfik felsefesi geniş kapsamlı bir etki icra etmektedir.

Başkan Madison, bundan yaklaşık seksen üç yıl önce (1816) Birleşik Devletler için tamamlanmış bir kod

hazırlama önerilerini geri çevirmek için Bentham'a yazmış ve mektubunda bu öneriler için şunları söylemiştir: "bu önerilerden, kendi en iyi biçimleriyle yararlanmasak bile, emeklerinizin meyvelerinin bizim nezdimizde zayi olmayacağı" olasılığını gözardı etmiyorum". Konunun bu yarım kalmış yeniden incelemesi şuna işaret etmektedir ki, "Onlar bizim veya dünyanın nezdinde kaybolmamıştır".

"Freirechtsschule"*

Hayrettin ÖKÇESİZ**

I

Yargıç önüne gelen olayda bir yargıya ulaşmak zorundadır. İleri sürülen savlar arasında adil bulduğu bir çözümle yargılamayı sonlandırmak görevindedir. Anayasaya, yasaya, hukuka bakarak ve vicdanının sesine kulak vererek bir kaniya ulaşmaya çabalar.

"Yargıç" yüksek bir bilinç ve duyuncu düzeyini bize gösteren bir bilgin, bilge bir kişidir. Hukuku yapan, hukuk yaratan bir işe kendisini vermiştir.

Tartışma bu önkabullerle başlar. Yargıç yasanın altında mı, üstünde midir? Yargıç her defasında yasayı da mı yargılar? Yasayı da haksız bulma yetkisi var mıdır, hatta bu anayasa bile olsa? Yargıç özgür olmalı mıdır? Ne uğruna evet ya da hayır?

Immanuel Kant'ın önerdiği, aklın özel ve kamusal kullanım modeli¹ onun aklının ve ruhunun parçalanması demek olmayacak mıdır? Bu minvalde iki yüksek yargıçtan iki çarpıcı söz duymuştum:

İlki, "*Bağrıma taş basarım, babam olsa asarım*", İkincisi, "*Ölüm cezasına karşıyım, ama yasayı uygulamak zorundayım*", demişti. Oysa, bu denli bağlandıği yasa dahi o yargıca babasını asmak

gibi bir mecburiyeti yüklemiyordu. Ölüm gibi bir cezayı öngören bir normu uygulamak görevi, hiçbir yargıcın hiçbir bağlılık uğruna adalet ufkunda yer almamalıydı. Bugün bu cezayı aştık, ama yargıçlar aynı şeyi benzer durumlar için söylemeyi hala sürdürüyorlarsa burada ciddi bir sorun yok mudur?

Kavramlar İçtihadı'nın ve Hukuksal Pozitivizmin yargıca söylediği bu sözler karşısında, yargıcın başka sözler de söyleyebileceğini daha yirminci yüzyılın başlarında bugün için dahi ilginç ve verimli gördüğüm "*Freirechtsschule*"nin, "*Serbest Hukuk Okulu*"nun kuramcılarında öğrenebiliyoruz. Onlar şunları söylüyor:²

Hukuk uygulamasında egemen bilimsel yöntem, kavramsal-yapısal, yani yalnızca teknik bir hukuk bulmaya götürmektedir, öyle ki, kararlar sözde pozitif hukuktan çıkarsanmakta, ancak gerçekte bilerek ya da bilmeyerek, yargıcın gerçekleştirdiği yaratıcı etkinliği örtmektedir.

Bu sözleriyle Ehrlich yasadan çok, hukuk tekniğine cephe almaktadır. Bu teknik, yasayı, kapsamadığı olaylar için de uygulanabilir kılmaya çalışmaktadır.

* Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nin 17-18 Nisan 2009 tarihinde düzenlediği "Norm Koyma, Hüküm Verme" konulu sempozyumda sunulan bildirinin tam metnidir.

** Prof. Dr. , Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi

(1) Immanuel Kant, "Aydınlanma Nedir?" Sorusuna Yanıt (1784), çeviren: Nejat Bozkurt, b.y.: I. Kant, Seçilmiş Yazılar, İstanbul 1984, s.213 vd.

(2) Buradaki açıklamalar için bk. W. Krawietz, Freirechtslehre, b.y.: Historisches Wörterbuch der Philosophie, cilt 2, Darmstadt 1972