

İNGİLİZ (COMMON LAW)'UNUN GELİŞMESİ

Yazarlar :
Edward King
ve
Joseph Hawley

Çeviren :
İlhan Lütem

Çevirenin Önsözü

Tercümesini sunduğumuz bu etüd, Prof. Edward King ve Prof. Joseph Hawley'nin Ankara Hukuk Fakültesi Hukukî Araştırmalar Enstitüsünün teşebbüsü ile hazırladıkları kitabın bir bölümünü teşkil etmektedir.

Bilindiği üzere bu Enstitü 1955 yılında Ankara Üniversitesi ile New York Üniversitesi arasında o tarihte yeni tesis edilmiş olan işbirliği programını tahakkuk ettirmek üzere kurulmuştu. Enstitü 1959 yılı Haziran ayından itibaren faaliyetine son vermiştir.

Prof. King ve Hawley, Enstitü'de çalıştıkları günlerde Türk hukukçularına ve Türk Üniversitelerinin fakülte ve öğrencilerine Amerikan hukukî müesseselerinin anlaşılır bir izahını ve gerekli tarihî izahı ile birlikte Amerikan hukukunun özetini veya etüdünü sağlamak üzere bir kitap hazırlamaya başlamışlardı. Kitap tamamlanamamış olmakla beraber biri İngiliz (Common Law)'unun gelişmesine diğeri Amerikan Hükümet Sisteminin Umumî Hatlarına dair olmak üzere iki büyük bölüm elimizde bulunmaktadır.

Müelliflerin müsaadesini sağladıktan sonra bu nüshada ilk bölümün tercümesini takdim etmekteyiz. İlk bir kesimde ön mülâhazalar ve tariflere yer verilmiş; ikinci kesim (common law)'un gelişmesine tahsis edilmiştir. Her iki kesimin dip-notları tercümenin sonuna konulmuştur.

(Amerikan Hükümet Sisteminin Umumî Hatları) etüdü ise Derginin bundan sonraki nüshasında yayınlanacaktır.

İ. L.

İlk Mülâhazalar

Kesim 1 — Tarifler

1. — Giriş.

Yetiştirme ve tecrübe bakımından bir diğer büyük hukuk sisteminin terim ve geleneklerine aşina insanlar tarafından okunacağı ve inceleneceği gözönünde tutularak büyük bir hukuk sisteminin izah edildiği böyle bir çalışmada sık, sık kullanılacak olan kelime ve terimlerin mânâsının mümkün olduğu kadar açık ve anlaşılabilir şekilde belirtilmesi elzemdir. Bazı fikir ve mefhumların ve birçok an'ane ve tatbikatın onların tarihî menşei hakkında muayyen bilgi olmaksızın hiçbir zaman anlaşılıyacakları da doğrudur. Aynı mülâhazalar hukukun kendisine de racidir ve Amerikalı olsun Türk olsun, Amerika Birleşik Devletlerinin hükümeti, Federal devletin ve federe devletlerin anayasaları, mahkeme sistemi ve idarî organlar hakkında muayyen bilgi edinmeksizin Amerikan hukuku hakkında malûmat ve anlayış sahibi olamaz. Bu düşüncelerden hareket eden müellifler tariflerini, tarihçe'nin ve Amerikan hukuk sisteminin izahının ilerde bizatihi hukukun esaslı tetkiki kadar Amerikan hukukunun anlaşılmasına yardımcı bulunacağı neticesine varmışlardır.

2. — Amerikan Hukuku :

«Amerikan Hukuku» terimi «Birleşik Devletler Hukuku» terimine birçok sebepler dolayısı ile tercihan kullanılmıştır. Bu sebeplerin en mühimmi Türk hukukçularının Amerikan hukukundan bahsettiklerinde Birleşik Devletlerde tatbik olunan hukuku kasdetmeleridir. Binaenaleyh «Amerikan Hukuku» terimi bu çalışmada her kullanıldığında Birleşik Devletlerin (federal devlet ve federe devletler) hukukunu ifade edecektir, nasilki «Fransız Hukuku» terimi Fransa'nın veya «Türk Hukuku» terimi Türkiye hukukunu ifade etmekte ise. Burada kullanıldığı üzere «Amerikan Hukuku» terimi, Kanada hukukunu veya Meksika hukukunu veya Merkez veya Güney Amerikadaki cumhuriyetlerin hukukunu ihtiva etmemektedir.

3. — Hususî Hukuk :

Başlangıçta (Avrupada, İngiltere ve Amerikada) kamu hukuku ceza hukuku ve toplu olarak hususî hukuk sistemini ihtiva eden hukuk ve tatbikat'ın karşısına çıkarılan hususî hukuk arasında tefrikte bulunmak lâzımdır. Birinci gruba girenler İngilizce'de Siviller Hukuku (Law of the Civilians), Kit'a hukuku (Con-

tinental Law), Romanesk Hukuk ve Romanist sistem hukuku olarak'da bilinir. Bu Roma Hukuku değildir (1).

İşbu çalışmada medenî hukuk terimi ceza hukuku veya kamu hukukundan tefrik edildiği üzere hususî hukuk mânâsında kullanılacaktır. Başka bir deyimle Türk «hususî hukuk»unun haiz olduğu mânâyı haiz olacaktır.

Kıt'a hukuku veya Medenî Hukuk terimi Almanya, İsviçre, Fransa ve İtalya'da tatbik olunan ve Türk hukukunun islâm hukuku dışında kalan hukuk sistemini izah için kullanılacaktır.

4. — Common Law :

Amerika Birleşik Devletlerine ekseriya bir (common law) memleketi olarak atıfta bulunulur. Amerikan hukukunun kaynaklarını mütalâa ederken daha sonra görüleceği üzere bu günkü Amerikan hukuku İngiltere (common law)'undan kısmen mülhemdir. Mamafih, Amerikan hukukunun gerek şekil gerekse muhteva bakımından esasî İngiliz (common law)'udur ve bir kimsenin Amerikan hukukunu veya Amerikan müesseselerinin esasını hukuk literatüründe kullanıldığı üzere (common law)'ın değişik mânâlarına ve Amerikan hukuk müesseselerinde, ve Amerikan câri (Substantive) hukukundan bahseden bu çalışmada zikredildiği mahsus mânaya aşina olmadan anlamak imkânsız değilse bile çok güçtür. İngiliz (common law)'unun tarihi ve gelişmesini incelemeyen (common law)'un İngilterede kullanıldığı değişik mânâları tarif edeceğiz.

- (1) En yaygın anlamda (Common Law) terimi her hangi bir ülkenin mahalli tatbikin teamül ve kanunlarının zıddı olmak üzere ülkenin bütününe müşterek hukuk olarak kullanılır (2).
- (2) (Common Law) terimi umumî ve adi tatbiki haiz herhangi hukuku her hususî veya mahalli hukuk veya imtiyazlardan tefrik'de kullanılır (3).
- (3) (Common Law) aynı zamanda, otoriteleri bakımından teşriî organın herhangi sarîh ve müsbet beyanına tâbi olmayan şahısların ve malların idare ve emniyetine tatbik edilen prensipler, teamül ve hareket kaideleri olarak ta tarif edilir (4).
- (4) (Common Law) terimi bazan Roma veya Medenî Hukuk sistemleri gibi sair büyük sistemlere zıt olarak İngiltere veya Amerika Birleşik Devletlerinde cari olmuş olan hukuk sistemi veya içtihat ilmi şeklini de ifade etmektedir (5).
- (5) (Common Law) terimi bazan, teknik bakımdan hukuk mahkemeleri denilen mahkemeleri tarafından (Nisfet-equity, ekiti) veya (Canon-Law,

**kanon hukuku) kaidelerine zıt olarak tatbik edilen kaidelerin bütünü-
nü ifade eder (6).**

Yukarıdaki beş tarif hukukî yazılarda (common law) veya (Common Law) terimine izafe edilen muhtelif manaları izaha yardım edecektir.

5. — Nisfet (Equity):

Renton (7): «İngiliz hukukunda umumî mânasında nisfet-equity kelimesi önceleri bir hukuk mahkemesi (Court of Law) tarafından tatbik edilenden ayrı ve münhasıran bir Nisfet Mahkemesi (Court of Equity) tarafından tatbik edilen adaletin bir kısmını teşkil eder.

Medenî hukuk'un **jus praetorium'unda** olduğu gibi, İngiliz nisfet'i mevzuata doğrudan doğruya başvurmaksızın daha eski ve daha bükülmez bir sistemin kaidelerini tadil gayesini gütmektedir. Ancak, Praetor'un vazifeye başladığı senenin başında tatbiki düşündüğü prensipleri ilân etmesine, **Jus Praetorium'un Jus Civile'yi** tatbik eden aynı mahkemelerde tatbik edilmesine mukabil, (Chancellor) her mesele meydana çıktıkça onunla ayrı meşgul olmakta ve İngiliz nisfeti ayrı bir mahkeme tarafından tatbik edilmektedir. 1873 tarihli (Judicature Act) tesis etmiş olduğu mahkemelerin kanun ve nisfeti aynı zamanda tatbik edeceğini derpiş etmekte idi. Bu kanun ve nisfetin kaynaşması değil fakat bir mahkemenin her dâvada her ikisini birden tatbikle yetkili kılınması idi». demektedir.

6. — Sömürgeler.

4 Temmuz 1776'da ana vatana karşı bağımsızlıklarını ilân etmiş olan Amerikadaki İngiliz Sömürgeleridir. Bu sömürge'lerin ilki 1607'de Virginia'da Jameston'da tesis edilmişti. 1607 senesi İngiliz ve Amerikan hukuk tarihinde I. James'in 4. yılı olarak da anılır.

7. — İhtilâl.

(Bazan İhtilâl Harbi veya İstiklâl Harbi). Amerikan sömürgeleri ile İngiltere arasında çıkmış olan ve sonunda sömürgelerin 4 Temmuz 1776'da bağımsızlıklarını ilân ettikleri harptir. Hâdisenin Amerikan hukuk tarihindeki önemi Birleşik Devletlerin egemen ve bağımsız bir devlet olarak meydana çıkmasının başlangıcını teşkil etmesi bakımından büyüktür.

Tarifin nerede biteceği ve Amerikan Hukukunun tarih ve müessese veçhelerinin izahının nerede başlayacağına karar vermek güçtür. Mamafih, şimdiye kadar söylenenler ışığında ek tariflerde bulunmayı dip-not'larına bırakarak (Common Law)'un gelişmesinin tetkikine başlanabileceğini sanmaktayız.

Kesim II

İngiliz (Common Law)'unun Gelişmesi

1. Giriş.

Dünya hukuk sistemlerinin en önemli ve teferruatlı olanları common law sistemi (1) ile hususî hukuk (2) sistemidir.

Medenî hukuk sistemi izaha yetlenmek veya tarihçesini anlatmaya teşebbüs etmek fayda sağlamıyacaktır. Bu sistem etüdün Türk okuyucularınca malûmdur. Mamafih (common law) bakımından durum farklıdır. Sistemin tarihçesi hakkında bilgi sahibi olmak Amerikan hukukunu lâıykı veçhile anlayabilmek için lüzumludur.

2. Norman istilâsından önceki hâdiseler.

İngiltere adasında Romalıların takriben M.S. 43'de vukubulan işgallerinden önce vukubulan hâdiselerle ve garip gözükmekle beraber bizatihi Roma işgali ile meşgul olmayacağız. Artık açıkça anlaşılmıştır ki Romalılar İngiltere'de üç veya dört yüz yıl boyunca kuvvet bulundurmuş iseler de sakinlerin hukuku veya örf ve âdeti üzerinde belirli iz bırakmamışlardır (3).

Roma, İngilteredeki kuvvetlerini terkettikten veya geri çektikten sonra (ve ihtimalen M. S. 400 civarında) ada, Angles, Saxon ve Jutes'lerin istilâsına uğradı, bunlar cermen kanun ve teamüllerine sahip cermen hakları idi. Bu hareket takriben 200 yıl devam etmiş olabilir, ancak İngiltere'ye St. Augustine'nin vardığı yıl olan 597'de bu yeni ahali İngiltere'de onikiye yakın kiralık tesis etmiştir.

St. Augustine'nin meydana çıkışı ile nisbî bir aydınlanma devri ile hıristiyanlığın yayılması ve muhtelif ahali ve kiralıklar arasında kısmî bir birlik başlar. Anglo-Saxon devresi diye adlandırılan bu çağ 600 ilâ 1100 yıllarına uzar ve bu yıllar boyunca Şimal kanun ve teamüllerinin izlerini taşımakla beraber kesin surette Anglo-Saxon karakteri haiz hukukî gelişmeler vukubulur. Bütün bu devre esnasında beliren en şayanı dikkat hâdiseyi muhtemelen dokuzuncu yüzyılda Norveçlilerin ve Danimarkalıların gelişi teşkil eder. Danimarkalılar 879'dan büyük kiral Cnut (veya Canute)'nin ölüm yılı olan 1035'e kadar İngilterenin hemen bütününü işgal ve kontrolleri altında bulundurdular ve ahali üzerinde kanun ve teamüllerinin sabit izlerini bıraktılar.

Cnut'dan ve imparatorluğunun infisahından sonra (Edward the Confessor) iktidara geldi, onun zamanında Norman kanunları ile Norman kültürü İngilterede hiss olunmaya başladı. Mamafih Anglo-Sakson devresinin sonunda hâkim olan hukuk'un Pellock ve Maitland'ın belirttikleri gibi belirli İskandinav izlerini taşıyan "Şaf cermen hukuku" (4) olduğu aşikârdır. Hakikatte hukuk Avrupada hâkim olan hukuka pek benzemekte idi ve muhtemelen o hukuk kadar iptidai

idi. O devre kadar hukuk sistemleri bakımından Avrupanın bir yol, İngilterenin sair bir yol takip edeceğini gösteren herhangi bir emare yoktu.

3. Norman istilâsı.

1066'da Norman istilâsı vukubuldu, istilâ ife birlikte Norman'ların idare, teşkilât ve düzenli maliye usulleri de memlekete girdi. Norman idarecilerinin kabiliyetlerini I. William'ın son yıllarında hazırladığı ve (Domesday Book) adlı kitapta toplanmış olan inceleme pek güzel gösterir. Kontluk'lardan (x) kasabalar-da yapılan bu incelemeden William, Plucknett'in belirttiği gibi «İngiltere'yi Avrupanın en mükemmel teşkilâtlanmış feodal devleti» haline getirmekte istifade etmiştir. Yine Plucknett, William'ın eserinin «belirli surette bir sistematizasyon» eseri olduğunu söylemekte ve «bir kaç büyük reform mevcuttu, fakat William'ın eseri Norman'ların akıllıca idareleri ve düzenli hükümet şekillerinde ve onun kiralî hakları ciddi surette tatbikinde belirir. (Common law), sonradan bu temel üzerine bina edilecektir» demektedir (5).

Hernekadar common law'un gelişmesinin menşei Angles, Sakson, Jutes ve Danimarkalıların ve bahusus I. William'ın müessir bulunduğu iktidarın merkezileşmesi ev idare mekanizmasında bulunmakta ise de, bizim «common law» olarak bildiğimiz hukuk hakikatte ancak I. Henry'nin 1100 senesinde tahta çıkması ile gelişmeye başlamıştır. Bu tarihten önce» hukuk bakımından İngiltere'de vukubulan hâdiselerle Avrupada vukubulanlar arasında bir tefrikde bulunmaya pek imkân yoktur. Önemli husus İngilterede kuvvetli merkezî bir hükümetin gelişmiş olmasına mukabil Avrupa'da daha yüzyıllar boyunca gerçek teşekküllerin sürüp gitmiş olmasıdır.

Belirli ve tek bir hukuk sistemi olarak Common Law'un esasını William'ın kıt'adan beraberinde getirdiği kanunlarda veya kanun - koyucu olarak Normanların dehasında değil fakat Norman işgalinin iki veçhesinde yani Normanların güçlük ile sağladıkları şeyi istismar arzularında ve William'ın teşkilât kurma dehasında aramak gerekir.

Jenks (6) «yağma» «onların ilân ettikleri gayeleri idi» diyor ve ilâve ediyor: ancak soyguncu idilerse «akıllı ve sistematik soyguncu idiler, devamlı ve emin bir geliri delice tahrip arzularına feda etmiyecek derecede akıllı idiler» William'ın büyük bir siyasî dahi olduğu söylenir. Şüphesiz çok güç bir durumu itidal ve itina ile ve muhtemelen o devirde mutad olan zecir ve gaddarlığa başvurmaksızın idare etmiştir. Takipçileri ile birlikte kendi yanbaşında Hastings'de savaşmış olan Norman baronlarını mükâfatlandırması gerektiği aşikârdı. Kendisine karşı savaşmış İngiliz asillerinin cezalandırılması gerektiğinde de şüphe yok-

(x) County - kontluk - vilâyete tekabül eden taksim (çevirenin notu).

tu; fakat müstahsil sınıfın, hayvan yetiştiriciler, esnaf ve çiftçilerin istihsale devam etmeleri şarttı.

William bu gayeye şu yollara başvurarak erişti. İngiltere'nin bütün arazisinin fetih hakkı dolayısıyla kendisine rehin edilmiş olduğunu ileri sürdü. İngilterede toprak hukukunda muazzam önemi haiz bir prensibi; bütün topraklara kıralın sahip olduğu prensibini vaz'etti. Bir çok kıymetli arazi parçalarını kendisi için muhafaza etti. Kendi takipçileri olan Norman Fransızlarına arazinin geri kalan büyük kısmını her halde İngiliz toprak maliklerinin aleyhinde olmak üzere bahşetti, bu sonuncular büyük küçük araziye muhafaza ettilerse bunu Fransız malikin kiracısı olarak başardılar. Mamafih Fransız veya İngiliz bütün kiracılar bir üst'teki sahibe sadakat borçlu idiler, hierarşi böylece kiralaya dayanmakta idi. Ummiyetle çiftçiler ve işçiler rahatsız edilmediler. Yeni efendileri vardı fakat onlar-sız arazi bir kıymet ifade etmeyeceğinden hayvan yetiştirici esnaf ve çiftçi olarak kaldılar.

Görülüyorki, William bir ağacın kökleri gibi kraliyet'deki bütün arazi parçalarına dal budak saran tam ve sıkı feodal bir sistem kurmuştur. Her kiracının bir üstündeki malike karşı vazife ve mükellefiyetleri mevcuttu. Bunlar azından istihsalde bulunarak el emeği sarfetmek ve çoğundan hükümdar sarayında ısbatı vücut etmek, askerlik yapmak, silâh ve asker temin etmek ve ihtiyaç halinde malî yardımda bulunmakta tecelli ediyordu. Kiralî vergiler kontluk'lara, şehir ve kasabalara inen bu kollar vasıtası ile sağlanmakta idi.

Bu sistemi yürütmek, kiralî vergileri toplamak, kiralaya ifa edilmesi icabeden hizmetlerin veya ödenmesi gereken paraların doğru hesabını tutmak ve istihsal için lüzumlu olan barış şartlarını muhafaza etmek üzere William ve onun Norman halefleri, Curia Regis'i veya King's Court'u (Kraliyet Divanı) tesis ettiler, bu organ doğrudan doğruya veya şubeleri vasıtasile (Common Law)'u formüle edecektir. Kiralî'nin mutasarrıflarından tereküp eden bu organ kiralî işleri günü gününe görmekten acizdi. Günlük işler Kiralî Meclis (Royal Council) veya kısaca Meclis (Council) diyeceğimiz daha küçük bir organ tarafından görülmekte idi ki bu organ'da muhtemelen baş adli temsilciden, chancellor'dan hazinedardan, emniyet amirinden, bilgileri kiralaya bilhassa faydalı olan bazı emniyetli mutasarrıftan ve belki'de kıralın mahsus itimadını haiz ve çevresindeki kilise mensubinden tereküp etmekte idi. Meclis'in teşekkülü kat'i değildir bilinmesine de lüzum yoktur, ilk zamanlarda onun görevleri ile daha geniş olan (Curia Regis)'in görevleri arasında farklılaşma mevcut değildir.

Mamafih işbu Kiralî Meclisten hukuk ve nısfet mahkemeleri tedricen gelişecektir. Ancak, bu kiralî nazırlarının modern mânada hâkim addedilebilmeleri için çok zaman geçmesi lâzımdır (7).

Meclisin önemi üyelerinin kıralın otoritesini bütün kiralılıkta icra etmelerinin

den doğmaktadır. Bu ilk zamanlarda bütün İngiltere'ye müşterek pek az hukuk mevcuttu, fakat Kral'ın işlerini İngiltere'nin **bütününde idare eden bir teşkilât adaletini** mahallî mahkemelerde, mahallî hâkimler tarafından adiyyen tevzi edilenden farklı olarak muhtelif vesilelerle tevzi edebilecek durumda olan ve tevzi eden Kraliyet Divanı vardı (8).

4. İstilâdan önce İngiltere ve Avrupa : Bir mukayese :

Kıt'a üzerinde durum oldukça farklı idi. Von Mehren, Avrupa'daki durumu izah ve bunu İngiltere'deki gelişmeler ile mukayese etmektedir. Tekrar paahasına da olsa mukayesesini uzunca bir şekilde nakletmekte fayda vardır :

«1100 ile 1500 yılları arasındaki devrede Roma Hukuku, Corpus Juris Civilis bütün batı Avrupa'da hukuk ilminin mesnedini teşkil etmiştir. Corpus Juris tatbikata ve hususi kaide ve hal çarelerinin bulunmasına da yardımcı bulunmuştur.

Roma Hukuku'nun tesir derecesi, bilhassa bu sonuncu bakımdan kıt'anın muhtelif yerlerinde değişik olmuştur. Fransa'da, Roma tesiri memleketin yazılı hukukun hâkim olduğu cenup kısmında (pays de droit écrit) teamül hukukunun (pays de coutumes) hâkim bulunduğu şimal kısmından daha fazla olmuştur.

Almanya'da I. Maksimilyen'in 1495 de isdar ettiği bir karamame ile yeni teşkil edilmiş imparatorluk adliye divanında (Reichskammergericht) tatbik edilmek üzere İtalyan hukukçuları tarafından şerhedilmiş (Corpus Juris) i resmen kabul etti. Roma hukuku böylelikle umumî hukuk vasfını kazandı. Bölgecilik «Kasabâ Hukuku memleket hukukuna, memleket hukuku da müşterek hukuka takaddüm eder» formülünde ifadesini bulmuştu. (Reichs-Kammergericht) misali çok geçmeden muhtelif Alman eyalet, devlet ve kasabalarının yüksek mahkemeleri tarafından takip edildi. Manafih, Alman mahkemelerinde tatbik edilen hukuk hiçbir zaman tam manası ile romalılaşmadı. Bununla beraber, üniversitelerde merkezleşen Alman hukuk ilmi hemen tamamen Roma hukukuna istinadetti.

Böylelikle 1500 yılında bütününde batı Avrupa ile birlikte Fransa ve Almanya'da Roma hukuku kaynaklarına istinad eden müşterek bir hukuk ilminin esasları sağlanmıştı. İngiltere'de, her ne kadar İngiliz hukuku Avrupadaki gelişmelerin tesiri altında kalmış ise de bu Romalılaşmış hukuk ilmi hiçbir zaman kabul edilmemiştir. Yeniden canlanan Roma hukukunun gelişmekte bulunan (Common Law) üzerinde şüphesiz ki tesiri olmuştur. Vacarius, Oxford'da 1151 yılında Roma hukuku tedris ediyordu. O devrin entellektüel camiası küçüktü ve beynelmîlel vasfı haizdi. Aydınların konuşma ve yazışma dilleri olduğundan bu topluluk sık münasebet halinde idi. İngiliz hukukçularının Avrupadaki benzerlerinden aktarmalar yaptıkları ve Avrupa ilminden istifade ettikleri barizdir. Roma hukuku, (Common Law)'a önce Katolik sonra Anglikan kiliselerinin kaideleri vastası ile de tesir etmiştir. İngiltere hukuk tarihinin muhtelif devrelerinde kilise mahkeme ve hâkimleri kilise hukuku ile yetiştirilmiş hukukçularla birlikte vasiyet meselesi, aile münasebetleri ve Deniz hukukunu ilgilendiren meselelerde faal idiler. Hukukun bu şubelerinde, hıristiyan ahlâkı ile yoğrulan ve tâdil edilen Roma kavramları bugün bildiğimiz şekildeki (Common Law)'a şekil vermekte hususî önemi haiz olmuşlardır.

Kaide ve hal çarelerini tesir altında bırakmış ise de düşünce teknik veya alışkanlıkların kesin surette hiçbir zaman şekil vermemiştir. Corpus Juris'in meşhur İngiliz glossatörlerine veya şarihlerine rastlanmaz.

Corpus Juris, İngiliz hukukçuları bakımından, Avrupa hukukçuları bakımından olduğu gibi sistematik düşünme ve araştırma hareket noktası teşkil etmemiştir. Bu fark nasıl izah edilebilir? Mesele, Fransa ve Almanya'nın modern çağda hususî hukukun takinine niçin başvurdukları hususu ile ilgilidir.

İngiliz hukuku tarihinin temel hâdisesi millî, müessir ve merkezileşmiş adalet tevziinin önceden tesisidir. İngiltere'de siyasî kudret daha başlangıçta merkezileşmiş, rasyonel hale konulmuş ve müessir kılınmış olduğundan bu gelişme mümkün olmuştur. 1066 yılında Norman İstilâsı, İngiltere'ye, fetih hakkına istinaden merkezi siyasî kudret iddiasında bulunan bir (lord)un hizmetinde bulunan naktedir idarecilerin gelmesine sebep oldu) Feodalite nazariyesi gereğince İngiltere tek bir zeamet idi. Böylelikle feodal sistem, Avrupada yaptığı gibi siyasî kudreti parçalamak yerine müessir merkezi kudret organlarının gelişmesine şayanı kabul bir mesnet sağlamış oldu. Birçokları şayanı dikkat derecede muktedir ve enerjik insanlar olan ilk İngiliz kraları fırsatlardan azamî istifade sağladılar.

Daha başlangıçta merkezi hükümet otoritesinin tezyidini sağlamak gayesini güden müesseseler kurdular.

Domesday Book (1086) gerek Norman idarecilerinin kabiliyet ve çalışkanlıklarını gerekse William'ın, idare ve mülkiyet kavramları girift bir halde bulunan feodal sistemden kralî, merkezi kudreti arttırmak azmini temsil eder. (9).

5. Curia Regis'ten ayrı mahkemelerin doğması :

Bazı müelliflerin ima ettikleri üzere (10) tedricî, bazıların (11) kanatine göre ise çabuk surette (Curia Regis) veya (King's Court) adli bir organ olarak gittikçe artan otorite ve mes'uliyete sahip olmuştur. Von Mehre şöyle diyor :

William ve halefleri tarafından merkezi otoritenin muhafazası ve kuvvetlendirilmesi maksadı ile geliştirilen en önemli müesseseler arasında (King's Court) vardı. Bu devrede hükümetin icrai, teşriî ve kazalî şubeleri arasında üçlü iktidar taksimi mevcut değildir. Şuurlu mevzuat mefhumu daha gelişmemişti ve değişikliğin tedricî surette vukubulduğu bir devirde ihtiyaçlara pek cevap da veremezdi. Kralî divanlar bu taksime uğramamış, hükümet iktidarının büyük kısmını ellerinde tutmakta idiler.

On ikinci yüzyılda, I. Henry (1100-1135) nazırlarını mahallî mahkemelerde davaları rüyet etmek üzere memleket içine yollamaya başladı. Yüzyılın sonundan evvel, (King's Court) nizamî şubeleri ile birlikte memleketin en kudretli siyasî müessesesi idi. Bu divanlar eğitimden geçmiş resmî memurlardan tereküp etmekte olup muntazaman İngiltere'nin her köşesini ziyaret etmekte idiler. Ancak daima merkezleri (King's Court) idi ve merkezi millî siyasî otoriteye sadık idiler, ve kralî mahkeme İngiltere'de çok kudretli olduğundan, mücadele edeceği derebeyi adaleti hemen, hemen mevcut olmadığından, eski halk mahkemeleri zaten kuvvetten düşmüş olduğundan kraliyet hukuku bütün ülkeye müşterek tek hukuk halini almaktadır. Öyle bir hukuk ki istilâ zamanında İngiltere hukukunu sarımsı olan mahallî ve kabilevî hususiyetlerin hemen hepsini yutmaktadır. I. Henry'nin tahta çıkışı ile III. Henry'nin ölümü arasındaki devrede (1100 - 1272) bu Divan İngiltere'nin (Common Law)'unu beyan etmiştir. (Jenks, Law and Politics in the Middle Ages, 2nd. ed. 1913. PP. 36-38). Böylelikle tek bir mahkeme sisteminin müesseseseleşmesi bütün kralığa müşterek bir hukukun doğmasını intaç etti. Bükülmez bir emsal kararı ile engellenmeyen (Common Law) değişme temposunun nispeten yavaş olduğu bir devire uygun

yeni kaide ve teknikler geliştirilebilmiştir. Adaletin merkezileşmesi teşkilâta bağlı hususlar gerektirmekte idi. İngiliz barosu çok geçmeden hukuk eğitimine başlamıştır. Üniversiteler daha başlangıçta Avrupa Hukuk Eğitimiindeki belirli mevkiilerini İngiltere’de hiçbir zaman elde edememişlerdir. İngiliz mahkemelerinde tatbik edilen hukuka açıkça ilgi gösteren müstakillen teşkilâatlanmış bir baronun mevcudiyeti Roma Hukukunun İngiltere’de niçin kabul edilmediğinin esas sebebi addedilebilir. (BK. Koschaker, Europa und das römische Recht (1947) 81-82, 114-115). İngiltere böylelikle yavaş ve organik bir gelişme sayesinde hakikaten müşterek bir hukuka sahip oldu. İngiltere mahkemeleri birçok yüzyıllar boyunca yekpare bir hukuk yarattılar. Fransa ile Almanya ile olan fark şayanı dikkattir. Bu memleketlerden hiçbiri modern çağa gelinceye kadar bütün memlekete şamil müşterek bir hukuk yaratmaya muvaffak olamamışlardır. İngiltere ile Fransa ve Almanya arasındaki hukuki durumlar bakımından bu fark esasında müessesesevdir. Fransa ve Almanya İngiltere’den çok daha sonra merkezi bir adalet sistemi sahibi olmuşlardır. (12)

Zamanla bu adli vazifeler ile görevlendirilmiş nazırlar ve rahiplerin ihtisaslaşmaları ve rüyet ettikleri mahsus dava ve şikâyet nevi ile anılmaları beklenebilirdi.

Yine kaçınılmaz bir surette bu ihtisaslaşma ayrırma ve ademi merkeziyete yol açtı ve her biri yeni ve gelişmekte olan (Common Law)’un bazı veçhelerinin rüyeti ile görevli ayrı mahkemeler meydana çıkmağa başladı.

Görünüşte üç büyük (Common Law) mahkemesinin Exchequer (Maliye Mahkemesi) Common pleas (x) Hukuk Mahkemesi ve King’s Bench (Kıral Mahkemesi) nin tesiri ile nihayetlenen ayrırmanın ne sırada veya ne zaman vukubulduğu sarîh olarak belli değildir (13). (Exchequer)’in ilk taksime uğrayan organ olduğu görülmektedir ve II. Henry devrinde hazine veya maliye kıral’ın maliyesini idare eden ve bununla ilgili olarak adli otorite icra eden ayrı bir daire halini almıştı. Zamanla bu gelir dairesi bir maliye mahkemesi halini aldı, ancak münhasıran malî meseleler ile meşgul olmuyordu ve (Common Law) usulleri tatbik eden bir (Common Law) mahkemesi idi (14).

İkinci kolu (Common Pleas) mahkemesi teşkil eder ve şu şekilde geliştiği söylenir: İlk zamanlarda, Avrupada olduğu gibi İngilterede’de teamül kıralın ülkesinde mahallî memurlarının vergi toplamaları, şikâyetleri gibi faaliyetlerini kontrol üzere bir mahalden diğerine gezmesi yönünde idi. Seyahatlerinde kendisine refakat edenler arasında adli temsilcileri (Justiciar) de vardı. Bunlar, isimlerinden de anlaşılacağı üzere hâkim değil, fakat kıral’ın şahsî temsilcileri olup namına hareket etmek hususunda geniş yetkiyi haizdiler. Bir müddet sonra, Kıral, aynı zamanda her yerde olamayacağından bu temsilcileri kıralın işlerini, kıraliyet dâvalarını rüyet etmek dahil, tedbir üzere memleket dahilinde seyahate yollamaya başladı, ve bunlar, Plucknett’in dediği gibi kıral’ın sulhünü

(x) Bu mahkemelerin vazifesi tebaa arasındaki hukuk davalarına bakmaktı. Nihai olarak 1880’de ilga edilmiştir. (Çevirenin notu).

İlgilendiren her işin bir kiralîyet dâvası (Pleas of the Crown) telâkki edilebileceğini öne sürerek büyük yetki sahibi oldular. Adetleri oldukça çok olan bu temsilciler çok geçmeden hâkim kisvesine büründüler. Umumiyetle sert ve haşin davrandıklarından aleyhlerinde birçok şikâyetler öne sürüldü. Bu şikâyetler neticesinde, kiralî 1178 yılında, bu temsilcilerden ikisi Ruhban sınıfından üçü halktan olmak üzere ancak beş tane bulunabileceğini ve «kiralîyet dâvalarını rüyet ile adalet'den ayırmamakla ve halkın şikâyetlerini dinlemek üzere kiralîyet sarayını terketmemekle» (15) görevlendirildiklerine dair bir ferman çıkardı. Önceleri bu gruba «the Bench» adı verilen sonraları «The Court of Common Pleas» denilen bu grup, zamanla ve bilhassa II. Henry'nin İngiltere'de bulunmaması dolayısıyla yüzyıllar boyunca kiralîyet divanının merkezini teşkil etmiş olan Londra'da Westminster Hall'de yerleşti.

Nihâî şekil bu üç mahkemeden üçüncüsü (King's Bench) idi. Kiralın kendisini sıkı surette ilgilendiren dâva ve şikâyetleri bizzat kiralın rüyet etmesinin teamülden olduğunu öğrenmiş bulunmuyoruz. Yine bazı kiralların (I Richard ve II. Henry gibi) İngiltere'de bulunmaması dolayısıyla kendi iç işlerini ilgilendiren hususları rüyet edememeleri «kiral huzurunda dâvaları rüyet ile vazifeli hâkimlere» bu vazifelerin yüklenmesi neticesini doğurmuştur ki sonra'dan bunlar King's Bench'i meydana getirmişlerdir (16).

Böylelikle (Curia Regis) veya daha küçük bir grup olan (Council)'den hepsi kiralın çevresi ile sıkı surette münasebettar halktan ve ruhbandan terakküp eden bu gruplar geliştiler, bunlar adli görevlerle vazifelendirildiler ve bu ayırımın vukubulmasından önce dahi gezginci hâkimler ve (King's Court) memurlarının elinde esaslı bir gelişme ve standardizasyon sağlamış olan hukuk sistem ve usullerini genişletmek ve yaymağa hazır vaziyete girdiler. Plucknett: (17) «iki yüzyıl boyunca Westminster'deki kiralî mahkemeler eskiden mevcut olmayan kiralî hukuka sahip olmakla kalmadılar fakat ilâveten kiralî üstünlük ve adaletin merkeziliği fikrî o şekilde kök saldî ki kiralî mahkemelerde derebeylik mahkemelerinde veya eski halk mahkemelerinde tecelli etsin bütün kiralî kudret Tac'dan tevkiil yolu ile icra edilmekte idi» demektedir.

6. (Common law) nasıl teşekkül etmiştir.

Memlekette müsterek bir hukuk tahmil etme mekanizmasının, teşkilâtının Norman kiralları tarafından tesis edilen kuvvetli bir merkezî hükümette, (Curia Regis) veya (King's Court)'un şumullü tesirinde, kökleri en hücre köye kadar inen sıkı feodal sistemde ve nihayet kiralî adaletin muhtelif veçhelerini tevzi eden ayrı mahkemelerde mevcut olduğunu gördük.

Mamafih (common law)'un nasıl geliştiğini araştırmamız lâzımdır. Pollock ve Maitland'ın sözünü kullanırsak hak veya hukuk nasıl meydana çıkar? Kiralî hâkimlerinin mevcut bir sistem kabul edecekleri yerde yeni bir sistem yaratma-

Jarı nasıl vukubulmuştur? Pollock ve Maitland (18), William'ın İngiliz hukukunu bir kenara atıp onun yerine Norman hukukunu ikame niyetinde olmadığını emniyetle söyleyebiliriz demektedirler. Aksine, William, bütün şahısların King Edward kanununa - yani eski İngiliz hukukuna - kendisinin yaptığı bazı ilâvelerle sahip olacaklarını ve muhafaza edeceklerini emretti. Yine Pollock ve Maitland William'ın az adette kanun isdar etmiş olduğunu bunların en önemlisini kilise içtihadına İngiltere'de yer sağlayan kaideler olduğunu söylemektedirler.

Kanaatimizce, William'ın, barışının bütün insanlara şamil olduğuna dair beyanı ve bütün ülkeye müşterek bazı kanunlar isdar edip bunların mahallî kanun ve örflere takaddüm etmesi keyfiyeti de önemli bir unsur sayılmalıdır.

Jenks (19) William'ın millete kendi «kanunları»na sahip olmaları gerektiği vâdinde bulunması vâkiasına büyük önem atfetmektedir. Bu vâkıa diyor, köylüye, kendi efendisinin huzurunda dahi hernekadar bir (serf) ise de hakkı olmayan bir esir değil fakat bu efendinin tebaası bulunduğu hükümdar tarafından kendi «kanunu» temin edilmiş bir insan olduğunu iddia imkânını sağlıyordu.

Ancak bütün bunlar umumiyat olup hukukun şekillendiği bu ilk yüzyıllar boyunca kıralın, onun nazır veya hâkimlerinin karşılaştıkları namütenahi durumlarda hukuku hangi yola başvurarak tesbit ettiklerini izahtan acizdirler.

Ne vukubulduğu hakkında yazılı bilgilere malik olmadığımızdan ancak tahminde bulunabiliriz. III. Henry'nin (1216 - 1272) saltanat devresinde hukukun büyük kısmının isdar edilmemiş olup bu kısmın teamül olarak tasavvur edilmiş olduğu bunun en büyük kısmının ise «kıral sarayında câri örf» bulunduğu söylenmiştir (20). Onüçüncü yüzyıl hukukunun dâva - hukuku (case law) olduğunu veya önceki bir hükmün bağlayıcı kuvveti bulunduğunu tasavvur etmenin modern mefhumların kaynağını pek öne almak olacağı da söylenmiştir.

Anlaşıldığına göre mahallî örf ve âdeti ortadan kaldırmak için şuurlu bir arzu mevcut değildir (21) ancak bu örf ve âdet bertaraf edilmemekte beraber kontrole tâbi tutuldu. Artık Kıral Mahkemesi kendi kaidelerini yegâne adil kaideler olarak mütalâaya başlamıştı (22).

III. Henry'nin 1272'de ölümü ile sona eren ikiyüzyıllık devre esnasında yeni (common law)'u yaratan ve tatbik eden Kıral temsilcileri hukukun ne olması gerektiği hakkında neticelere vardıkları bir çok toplantılar akdetmiş olmaları icabeder. Muhakkak ki (Inns of Court), (Serjeants Inn) ve (Circuit Bar Messes) gibi teşekküller karşılıklı meselelerin münakaşa edilmesine imkân sağlamışlardır (23). Gezginci hâkimlerin kıral sarayına karşılaştıkları meseleler ile, rastladıkları İngiliz örfü ile, Norman baronunun ısrar ettiği Fransız teamülü ve baronun kâtibinin öne sürdüğü kilise veya Roma hukuku ile dönmüş olmaları muhtemeldir. Belki Kiraliyet erkânının hukukçu kafalı üyelerinin bazıları ile oturup gelecekte ve benzer şartlar tahtında şu veya bu hususun hukuku teşkil edeceği

ni kararlaştırmışlardır. Sonradan ise mahkemeler kesin surette tebeyyün edince (Exchequer), (Common Pleas) ve (King's Bench) hâkimlerinin ihtilâflarını uyuşturmak ve yeknesak usuller kabul etmek üzere aynı nevi konferanslar akdetmiş olmaları kuvvetle muhtemeldir. Belki kiralın kendisi de bir çok hallerde, kirafî yetkisini kullanarak hukuku beyan etmiştir. Önceden danışma, tahkim ve nihai anlaşma olmaksızın ayrı örf ve âdetten, ayrı görüşlerden, ayrı hukukî formasyonlardan ve Normanlar ile ilk Angevin Kıralları devrinde câri olan ayrı diller'den müşterek bir hukuk çıkabileceğini tasavvur güçtür (24).

7. Emsal teşkil etme bakımından mahkeme kararları.

Kiral mahkemeleri hâkimlerinin muayyen bir durumda hukukun ne olması gerektiğini tesbitte başvurdukları yol ne olursa olsun karar bir kere tefhim edilimi bunun tesiri hakkında pek az şüphe mevcuttur. Başlangıçta şuurlu bir şekilde mi veya ahval ve şart gerektiğinden mi veya alışkanlıkla mı bilmiyoruz fakat her dâva (common law) binasını ayakta tutan yeni bir sütun vazifesi görmüştür. Muayyen bir dâvada ilân edilen prensipler ve muayyen bir neticeyi sağlamak üzere başvuru usuller sonraki hâkim nesilleri tarafından tâdil edilerek, yöğrularak ve daha kesin hale sokularak mahkemenin teamülünü teşkil etmiştir ve Plucknett'in dediği gibi: «ilk menşesinde (common law) sadece Kirafî mahkemelerinin teamülünden ibaretti (25). Karara bağlanmış dâvalar (common law)'un hakiki özünü teşkil etmekte idiler ve Lawson'un (26) dediği gibi bu hukuk mahkemeleri tarafından rüyet edilen dâvalarda verilen kararlardan devamlı bir şekilde süzülmekte idi». Başlangıçta belki önceki bir dâvanın bağlayıcı emsal teşkil edeceği fikri mevcut değildi. Sadece bir durum meydana çıkmış ve bu muayyen bir şekilde muameleye tâbi kılınmıştı. Rehber olarak kullanılacak bir kanun veya kod mevcut olmadığından aynı durum hâkimlerin önüne geldiğinde onu aynı bir muameleye tâbi tutmak tabii ve nizami bir usul telâkki edilmekte idi. Uzun müddet gerek verilmiş olan kararlar gerekse yerleşen teamül bakımından başlıca hafızaya güvenildi. Anlaşıldığına göre nazarı dikkate arzolunan veya hâkimlerin atıfta buldukları zabıtlar yoktu ve önceleri şu veya bu prensibin muayyen bir dâvada tatbik edilmesi gerektiğinde ısrar eden hukukçular da mevcut değildi. Kiral mahkemesi gittikçe artan bir otorite sağladığından «kendi ısdar etmiş olduğu kaideleri yegâne âdil kaideler olarak mütalâa taraftarıdır» (27). Mamafih I. Edward zamanında «bütün devirlerde şahane zabıtlar serisi halinde dayanacak yazılı bir muhtıra» (28) nın meydana çıkmasını intaç edecek hâdiseler vukubulmakta idi. Bu hâdiselerden biri mahkemelerde yazılı lâyhalar kullanılmaya başlamış olması ikinci bir hâdisiye de hukuk mesleğinin ve ihtisaslaşmış muhakeme usullerinin revaç bulması fakat belli en önemlisi üçyüz yıl kadar devam eden ve (Year Books) (Yıllıklar) diye bilinen zabıtlar serisinin tutulmaya başlanmasıdır. Bunlar İngiltere ve Amerikada kullanıldığı mânada (reports) lar olmaktan ziyade Fransızca (29) yazılmış olan ve hâdiseleri, müdafaanın mülâhazalarını bazan da hâkimin tefsirlerini ihtiva eden notlardı. Muhtemelen hukuk

talebeleri veya hukukçular tarafından hazırlanmış olup başlangıç devresinde dâvaların rüyetini ilgilendiren çok sayıda bilgiyi ihtiva etmekte idi. Kanun kuvvetini haiz olmadıkları gibi emsal olarak da telâkki edilmemekte idiler. Mamafin mahkemenin teamülünün delilini teşkil ediyorlardı. Neticede ve takriben 1535 yılında (Year Books) lar inkitaa uğradı ve Dyer (1537 - 1582), Plowden (1572 - 1616) ve meşhur Coke (1572 - 1616) gibi şahıslar (reports) serisine başladılar bunlar gittikçe tekâmül ederek bugüne kadar sürmüştür. Plucknett'in (30) Coke'un raporu hakkında söylediği gibi ilk zamanlarda (report)lar «hakiki bir report, tefsir, tenkit, ilk bilgi ve muğlâk hukuk tarihinin bir halitasından» ibaret olabilir. Fertlerin hazırladıkları bu report'ların (common law)'un mevcudiyetinin ilk yazılı delili olmak bakımından büyük önemleri vardı, ancak (Law Reports) diye bilinen resmî seri 1865'de başlamıştır.

İngiliz hukukunda, muayyen bir dâvanın mahkemelerce aynı durumda müteakip dâvalarda emsal olarak takip edilmeğe ne zaman başlanıldığını bilmiyoruz. Plucknett, Year Book'lar devrinde tek bir dâvanın bağlayıcı kuvveti bulunmadığını fakat (dâvalara atıfta bulunmak suretile) yerleşmiş bir teamülün indirici kuvvetine daha fazla itibar edildiğini söylemektedir. Onyedinci yüzyıldan itibaren mahkeme kararları (Exchequer Chamber)'de bağlayıcı emsal olarak telâkki edilmeye başlanmıştır. 17 ve 18. yüzyıllar boyunca sair mahkemelerin ve Lord'lar kamarasının kararları takip edilecek kaideleri tesbit hususunda bilhassa müessirdirler fakat bir hakim bunları takibin doğru veya münasip olmıyan neticeler tevliid edeceğine inandığı takdirde kendini takiple bağlı hissetmekte idi. Mamaafih 19. yüzyılda İngiltere'nin en yüksek mahkemelerinin kararları Parlamento'nun beyanları kadar resmî ve sair mahkemelerce tâdil edilemiyen bükülmez bağlayıcı emsal teşkil ettiler (31). Aynı konuda Jackson şunları söylemektedir:

«Hükme bağlanmış dâvalardan mahkemelerimizin istifadesi zamanla değişmiştir. Basılmış kitaplar devrine kadar sıkı surette riayet edilen bir sistem mümkün değildi; bu devirden önce hâkimler tenakuz haline düşmemeğe dikkat ediyorlar ve adli usulün gidişatına işaret eden bir avukat hakimi meslekdaşlarının veya seleflerinin tatbikatını takbih etmesi gerektiğine umumiyetle ikna edebiliyordu. 16. yüzyılda basılmış (report)ların kabili tedarik olmasından sonra atıflar daha sarahat kesbettü; dâvalar adları ile zikredildi ve hâkimlerden bunları takip etmeleri beklendi. Ancak hâkim ilk kararları takiple bağlı değildi; hâkim olan eski fikir (emsalin delil teşkil ettiği, mümkün en iyi delil veya hukuk kaidesi olduğu fakat bundan fazla bir şey olmadığı ve emsalin taallük ettiği hukuk yanlış, gaynamantki veya hattâ şiddetli surette mahzurlu ise emsalin nazarı itibara alınmaması gerektiği) yönünde idi. Bu görüş son yüzyılın hemen yarısına kadar muteberdi, o devirde bir sertleşme vukubüdü ve mahkemelerimiz emsalin (kesia surette bağlayıcı) olduğu nazariyesini kabul ettiler. Modern nazariyede bir mahkemenin kararları bütün sair ast mahkemeleri bağlar. 1861'de Lord'lar kamarası kendisinin önceki kararlarını bozmayacağını kararlaştırdı, öyle ki Lordlar kamarasının üst olduğu bütün mahkemeleri bu kamaranın bir kararı bağlar. Sair kararlar, kararı vermiş olan mahkeme veya öne sürüldükleri mahkemeye göre bağlayıcı tesiri haizdirler, bunun gibi bir Yüksek Mahkeme (High Court) kararı

Kontluk Mahkemesi (County Court) bağlar, başka bir (High Court) hâkimi tarafından (nazarı itibara) alınmayabilir ve İstinaf Mahkemesi (Court of Appeal) tarafından ise bozulabilir» (32).

Gayesi bazı mahkemeler tarafından beyan edilmiş kaide veya prensiplere bir kanunun haiz olduğu kuvveti sağlamak olan bu emsal doktrini Amerika Birleşik Devletlerinde cârî değildir. Bu memlekette tatbik edilen doktrin İngiltere'de ilk zamanlarda tatbik edilen ve bir müellifin şu şekilde ifade ettiği doktrinindir. «emsal değildir, hukuk kaidelerinin mümkün en iyi delilidir ancak bundan fazla bir şey değildir; ve emsalin taallük ettiği hukuk yanlış, gayri mantikî veya hattâ şiddetli surette mahzurlu ise, emsalin nazarı itibara alınmaması gerekir» (33).

8. Başlangıçtaki (common law)'da (Chancellor)'un mevkii.

Norman - öncesi devrinde (Edward the Confessor)dan beri, Kırılın bir mühürü vardı ve resmî tasarruflarının sembolü idi, bu mühür (Chancellor)'a emanet edilmişti. Mühüre Kırالیyetin anahtarı denmiştir ve (common Law) geliştikçe hakikatte Kıral adaletinin anahtarı oldu, çünkü Kıral Mahkemesinin içtihadını belirten emirnameler - fermanlar ancak (Chancellor)'un dairesi olan (Chancery)'den isdar ediliyorlar ve büyük mühürle mühürleniyorlardı. Zamanla, (Chancery) büyük bir kitabet dairesi halini aldı, Kıralı ilgilendiren her nevi mesaj veya dokümanı tedvir etti ve geliştikçe (Chancellor) büyük nüfuz ve kudret sahibi bir insan oldu. Ondördüncü yüzyılın sonuna doğru (Chancery)'nin bir nisfet mahkemesi halini alıncaya kadar, (Chancery) bir adli mahkeme ve (Chancellor) bir hâkim değildi, belki ancak bu sıfatla King's Court'un bir üyesi olarak hazır bulunduğundan böyle telâkki edilebilirdi. Mamafih (Chancery) emirnamelerin kâime alındıkları ve (common law) un kuruluş günlerinde belki de ibda edildikleri bir büro idi, ancak Pollock ve Maitland «fermanlar isdarı işinin.. (common law) veya (Chancellor)un nisfet içtihadının menşei olduğunu» sanmamak lâzımdır demektedir (34).

9. Çareler ve Fermanlar.

Norman Kıralları insanlığın milletlerarası meselelerde hâlâ sezmesi gereken şu hakikati daha o zamandan anlamışlardı: bir camia sulh içinde yaşıyacak ise ona vücut veren üyelerin harbe başvurmak yolu ile kendi menfaatlerini tahakkuk ettirmeğe çalışmaktan vazgeçmeleri lâzımdır. Bu tutumun muhtemelen benzer bir mesnedi mevcuttu. Kasaba, köy ve çayırarda hak iddiasında bulunanlar birbirleri ile çarpıştıkları takdirde toprağın getireceği gelir azalırdı. 1. William'ın tesis etmiş olduğu feodal sistemin muvaffakiyetli surette işlemesinin ana şartı Plucknett'in dediği gibi Kırılın «toprak üzerinde sıkı bir kontrol icra etmesine» bağlı idi. Şüphesiz, dahili harplerin tamamen bertaraf edildiğini sanmamak lâzımdır, fakat daha ilk zamanlarda toprağı ilgilendiren ihtilâfların düzenli bir şekilde halledilmelerini teminen tedbirler alınmıştı.

Hakikatte, İngiliz hukuku bütün Ülkeye şamil mahiyetini ilk defa toprak dolayısıyla ihraz etmiştir; böyle olması da Kralın bizzat kendisinin toprağı ilgilediren ihtilâfların halli ile meşgul olmasıdır. Kral, İngiliz hukukunda (Writs) lâtincede **breve** denilen fermanlar veya emirler vasıtası ile hareket etti, Kral bu fermanlar ile «haksızlık işlemiş olana veya madûn bir mahkemeye muayyen surette adalet tevzi etmesini ve bunu Krala bir daha şikâyet aksetmesini önleyecek surette yapmasını» emreder ve «bu emirnameye itaatsizlik tatmin edici bir izahata bulunmadığı takdirde King's Court'da cezalandırılır». (35). Bu fermanların önemli bir veçhesi mahalli mahkeme ve mahalli lord'ları şimdikiye kadar icra etmiş oldukları kaza selâhiyetinden ekseriya mahrum kılmaktır. Bu Kral tarafından diğerlerinin, selâhiyet sahasına, ihtilâfların Kral'ın başını ve gelirlerinin toplanmasını ihtilâfların ihlâl edeceği mülâhazasında haklı kılındığını sandığımız bir tecavüzdü. Mamafih, zamanın geçmesi ile Kral'ın adaleti öncelerden hemen her nevi mahalli mahkemeler tarafından tevzi edilen adaletin yerine kım olmuştu. Bir müellifin dediği gibi «Kıralî hâkimlerin iştahları yedikçe artmıştır» (36) ve bunlar tedricen fakat emin bir surette İngilteredeki hemen bütün hukuk dâvalarını rüyet etmelerini sağlayacak yetkiler elde etmişlerdir. I. Edward (1272) zamanında Fermanlar Sicilinin beşyüze yakın şekil ihtiva ettiği söylenir.

(Common law) bakımından hernekadar bu fermanlar bizatihi kanun değilse de bu hukukun gelişmesinde fevkalâde büyük tesirleri olduğuna şüphe yoktur. Filhakika nispet içtihadının tatbikini teşkil etmişler ve uzun müddet yeni ve değişen durumlara yeni çareler bulunmasına sebep olmuşlardır (37). Adı ihtilâflarda kullanıldığı üzere bu fermanlar üç sınıfa ayrılır: dâvayı başlatan aslî fermanlar, muhakeme esnasında kullanılan ara-fermanlar ve nihaî fermanlar. Bir de fevkalâde fermanlar vardır ki sonra tetkik edilecektir (38).

Muhtelif fermanlarla açılan dâvalar da taksime uğramıştır, en önemlisi bunları ayın dâvaları ile şahıs dâvaları olarak ayırandır. Bu dâva neveleri üzerinde biraz durmak faydalı olacaktır çünkü son zamandakiler müstesna İngiliz ve Amerikan (case)lerini tetkik eden Türk hukukçusunun bunlara rastlaması hemen muhakkak gibidir.

10. Hukuk Dâva Şekilleri.

a. Ayın Dâvaları. İngiliz hukukunda **res'in** (malın) mahsus surette tazminini talep eden ve haklı ise buna mecbur eden dâvalara ayın dâvaları (real actions) denir (39).

res (mülkiyetin mahsus objesi) umumiyetle toprak idi ve toprağı taallük eden belli başlı ayın dâvaları «writ of right» ve «writs of entry» nevelerine ayrılmakta idi. Daha sonraları bu dâvalar yerine maddî bakımdan **ejectment** (istirdat) denilen yeni şekil ikame edildi ki aşağıda bahsedilecek **trespass** (fuzulî işgal - menî müdahale) dâvasının bir nevidir.

b) **Şahsi Dâvalar.** Eski şahsi dâvaların belli başlıları arasında şunlar vardır. **debt borç;** (muayyen bir para meblâğının istirdadı gayesini güden) **detinue** (müddeisleyhe emanet veya iare edilen mahsus bir menkul malın istirdadı için) **covenant;** (mühürlü bir anlaşmanın bozulmasından dolayı tazmin) **account** (ödemeye icbar); **replevin** (kabzın, meşrutiyyetini tesbit için, gaspolunan emtia ve eşyaya müteallik) ve **trespass** (dâvacının şahıs veya mülküne vukubulan fiili veya zecrî bir müdahaleden husule gelen zararı tazmin ettirmek için).

Yukarda kısaca hülâsa edilen dâva nevelerinin orta çağlar boyunca rastlanan neveler olduğu anlaşılmaktadır, ancak bunlar bir şahsın maruz kalabileceği bütün zarar ve ziyan hallerini derpiş etmekten uzaktı. Bilhassa bu nevelerden hiçbirinin ihmal, izrar veya basit bir akdin feshinden doğabilecek zarar bakımından kifayetli çareler sağlamadıkları hususunu bälirtmek lâzımdır. Mamafih zamanın geçmesi ile (trespass) dâva nevinden (trespass on the case) veya sadece (case) denilen ve eski şekillerinin kavramadığı çok adette durumlara çare sağlayan yeni bir dâva nevi meydana çıktı. Bu yeni çareler arasında ihmal, izrar veya iftira yolları ile doğrudan doğruya veya dolayısıyla zarara maruz kalmış şahısların müracaat edebilecekleri çareler mühimdi. Tatbikatta modern İngiliz (ve Amerikan) haksız fiil hukuku (case)'den neşet etmiştir. Ancak (case)'in akit şahasında da büyük tesiri olmuştur. Belirtildiği üzere eski dâva neveleri basit bir akdin (yani iki veya daha fazla şahıs arasında akdedilip mühürlenmemiş akdin) bozulması vakiasına çare göstermemekte idi. Kıral mahkemeleri kifayetli çare bulmamakla kalmamışlar özel anlaşmaları nazarı itibara dahi almamışlardır. Mamafih, tedricen, **trespass on the case**'den **assumpsit** (x) denilen bir dâva şekli doğmuş ve Slade's Case'de (40) **assumpsit**'in yalnız ödünç verilen parayı veya teslim edilen emtia'yı istirdatda değil, aynı zamanda karşılıklı anlaşmaya istinad eden icrası lâzım bir aktin bozulması neticesinde gereken tazminat içinde kullanılmasına başlanmıştır. Çok daha sonra bu aynı dâva nevi tarafların tarzı hareketlerinin delâlet ettiği akitleri de içine almıştır.

Hususi Hukuk - Ceza hukuku tefriki.

Her medeniyet geliştikçe öyle bir an gelir ki bir şahısla diğeri arasında zuhur edebilecek ihtilâfların halli için derpiş edilen çare ile Tac veya devletin hukukun ihlâli dolayısıyla ceza takdir veya tahmil etmek üzere açacağı dâva arasında bir tefrikde bulunulur. Anglo-Amerikan içtihadında birincisine hususi adalet (civil justice) ikincisine cezaî adalet (criminal justice) denir; birinci halde hususi hukuk, ikinci halde ise ceza hukuku mevzubahis olur.

Ancak, iptidai kavimlerde bu tefrik mevcut değildir. İngilterede Anglo-Sakson devrinde, ailesinin bir üyesinin öldürülmesi veya kılıcı mukabili satın al-

(x) Kelimenin lûgat mânası şudur: bir vaid üzerine edilen mukavele; vaid ve mukaveleyi hüccet ittihaz ederek vâki olan dâva ve muhasama (çevirenin notu).

miş olduğu atın kendisine teslim edilmemiş olması gibi hallerle zarara maruz bırakılmış bir şahıs bizzat kendisi intikam alır, hakkını arardı. Kendisinin, ailesi veya dostlarının adalet yerini buluncaya kadar (kan dâvası) gütmek hakkı vardı. Daha başlangıçta kan dâvası yerine bir tazminat veya ihtilâfın bir halk mahkeme veya topluluğuna devredilmesini sağlamak üzere teşebbüslerde bulunmuştu, ancak bir kaç istisna ile kan dâvasına devam veya daha düzenli bir hal çaresine başvurmak kararı zarara uğrayan şahıs veya akrabası tarafından verilmekte idi. Bu istisnalar ehemmiyetlidir. Pusuya düşürmek, eve tecavüz veya Kırılın barışının ihlâli gibi suçlar satın alınamazdı. Bunlar ölümle sakat bırakmakla veya suçluların malının Kırıla irat kaydedilmesi yolları ile cezalandırılırdı. Kırılın barışını ilgilendiren bazı suçların cezalandırılması veya irad kaydı hakkı Norman kıralları devrinde bîhassa teşmil edildi. Kırılın barışını veya kırâlî gelirleri ilgilendiren dâvalara (Pleas of the Crown) dendi. Bunlar zamanla fertlerin kendi aralarında (inter se) çıkan uyuşmazlıklara taallük eden (common pleas)'den tefrik edildiler. (Pleas of the Crown) (Tac Dâvaları) İngiliz ceza adaletini teşkil etti.

Hernekadar kilise veya Amirallik Mahkemeleri (Admiralty Courts) tarafından tevzi edilen adalete daha bağımsız bir statü sağlanması doğru olursa da (Common Pleas) (Hukuk Dâvaları) dahil olmak üzere bütün diğer ihtilâflar hususi adalet başlığı altına girer.

11. İlk İspat Metodları.

İlk zamanlarda suç üstü yakalanan bir şahıs suçu işlediği mahalde öldürüldü; fakat itham, feragat ve suç meselesinin tahkim yolu ile halledildiği veya mahkemeye tevdi edildiği durumlar vardı. Sonradan hukuk veya ceza kaza sahasına girebilecek bir mesele mevzubahis olabilir. Bir tarafın doğruyu söylemesine mukabil diğer tarafın yalan söylediğine şüphe yoktur. Mahkeme veya hâkim beklenilebileceği gibi taraflardan birinin iddiasının doğru olup olmadığını tetkiklerde bulunmak, hattı hareketini nazara almak ve hâdisenin nasıl cereyan ettiğini anlamak üzere şahit dinlemek yoluna gitmemektedir. Bu hususu dinî veya hurafelere istinad eden yollarla tesbiti tercih etmektedir. Bu hususda Allah karar verecektir. Mahkeme veya hâkim tatbik edilecek kıstas'ın, testin ne olacağını isbat yolunun ne olacağını sağlanmasını istediği neticeye göre seçmekte serbestti.

Bu imtihanlar (test'ler) veya (ordeal)'ler (x) bir çok şekiller arz ediyordu. Hukuk dâvalarında en fazla müracaat edilen bir usul «yemin yardımcıları» na (oath helper) başvurmak usulüdür. Bunda hâkimin tayin edeceği şahıslar (bunların sayısı otuzaltı; bulur) çok resmî ve teknik bir şekilde, yeminde bulunan

(x) Bir müttehimi büyük bir tehlikeye sokmak suretile onun suçlu olup olmadığını tayinini Allaha bırakma usulü (çevirenin notu).

şahsın yemininin doğru olduğuna dair yemin ederler. Yemin yardımında bulunan şahıs kendisi yemini gereği gibi ifaya muvaffak olamazsa yemini «patladı» denir ve yardım ettiği şahsın da yemininin doğru olmadığına karar verilir. Buna (Wager of Law) denmekte idi. Sık başvurulan diğer (ordeal)'ler arasında sıcak demir, kaynar su, soğuk su, lânetli lokma ve Norman İstilâsından sonra çarpışma suretile test (trial by battle) vardı. Juri'nin gelişmesi ile yeni ispat metodları meydana çıktı. Usuller daha resmîleşti. Hususi hukuk dâvaları, delilleri ilgilendiren kaidelerin gelişmemiş olması, avukatın gerek müddeiyi gerekse müddeialehyi temsil etmesi ve şahitlere serbestçe müracaat edilmesi gibi haller müstesna bugünkü şekle benzer bir şekile bürünmeye başladılar. Mamafih ceza dâvalarında kendisine cürüm isnat edilen şahsın bugün âdil bir mahkeme için elzem addedilen imtiyazlardan istifade edebilmesine daha çok zaman vardır.

Stephens, History of Criminal Law (41) adlı eserinde Kraliçe I. Elizabeth devrinde (1558 - 1603) cezaî muhakemenin ana hatlarını şu şekilde tesbit etmektedir:

1. «Mahpus yargılanıncaya kadar az veya çok gizli surette mahpus tutulur ve müdafaasını hazırlayamazdı. Sorguya çekilir ve bu tesbit edilirdi.
2. Aleyhindeki delillerden haberdar kılınmaz ve muhakeme esnasında yazılı veya sözlü deliller ortaya atıldığında kendisini elinden geldiği kadar savunmaya mecbur edilirdi. Muhakemeden önce veya dâva esnasında müdafii yoktu.
3. Muhakeme esnasında bugün anladığımız mânada delillerin tesbiti mevcut değildi. Şahitler mahpus ile karşılaştırılmaz ve tevdiî gerekli vesikaların asılları gösterilmezdi.
4. Şeriklerin yekdiğerleri aleyhine itirafları kabul edilmekle kalınmaz mukni delil de addedilirdi.
5. Mahpusun kendi lehinde şahit çağırabilmesi de şüphelidir, zaten bunun büyük ehemmiyeti yoktu çünkü hangi delili öne süreceklerini tahkik ve mahkemeye celplerini temin imkânından mahrumdu, sonraları şahitler çağırıldıkları takdirde yeminli olarak dinlenmezlerdi».

Stephen'in atıfta bulunduğu I. Elizabeth devrinin I. James devrine hemen takaddüm ettiğine ve bunun zamanında ise Amerikâda ilk devamlı İngiliz sömürgelerinin tesis edilmiş olduğuna işaret etmek lâzımdır.

Plucknett, ilk zamanlarda hıyanet veya Tac'a karşı cürümle itham edilen şahısların avukatla temsil edilmelerine müsaade olunmadığını söylemekte, ikinci halde bu yasağın 1837 yılına kadar devam ettiğini ilâve eylemektedir.

Ceza dâvalarında şahitlerin durumları da garip istihaleler geçirmiştir. İlk

zamanlarda jüri üyelerinin kendileri hâdiselere vukuffarından dolayı seçilmekte idiler. Daha sonraları bunlar şahit talep ettiler ve dinlediler, ancak şahitler mahkemeye gelmeğe icbar edilmiyordu, dâvaya fuzuli müdahale ile itham edilmekten korktuklarından ihtiyarları ile gelmekten çekinmekte idiler (42) Elizabeth devrinde (1558) Tac, şahitleri zorla getirebiliyordu fakat itham altında bir şahsın yeminli olarak kendi lehine şahadette bulunmasını teminen şahit çağırabilmesi çok sonra mümkün olmuştur. Şimdiki Amerikan tatbikatının ışığında bu durum çok garip gözükür fakat İngilterede ondokuzuncu yüzyılın başlangıcına yakın bir zamana kadar suçlular kendi muhakemeleri esnasında şahadette bulunamazlardı.

12. İtham, Büyük Jüri ve ilgili hususlar.

Anglo-Sakson devresinde suçlunun ithamı zarara uğrayan şahıs veya onun akrabaları tarafından vukubulurdu. Norman devrinin başında Tac mahallî câmialarda hangi suçun işlenmiş olduğunu ve suçu işlemiş olanların itham edilip muhakemeye çekildiklerini tesbit maksadile tetkiklerde bulunmuştur. Mamafih 12'inci yüzyılın sonundan itibaren itham şekli bir çok yüzyıllar takip edilecek ve içlerinden biri sonradan bâtil olacak iki umumi şekile tâbi kılınmıştır. İtham edilen şahıs muhakeme olunmak üzere, 1932'ye kadar İngiltere'de istimal edilen ve Amerika Birleşik Devletlerinde hâlâ faaliyette bulunan büyük jüri'nin atası (yüzler jürisi) tarafından mahkemeye sevk edilirdi. Kısa bir müddet böyle bir jüri tarafından takdim edilen şahıslar test'e (ordeal) tâbi kılınmışlar fakat 1215 de çarpışma sureti ile olan müstesna kilise testine (ordeal) tâbi kılınma müeyyidesini (Sateran Council)'in ilga etmesinden sonra bu şahıslar modern küçük jüri'nin öncüsü olan başka bir jüri tarafından yargılanmışlardır. Suçlu, zarara uğramış şahıs veya onun temsilcisi tarafından da hususî bir şekilde itham edilebilirdi ki buna (appeal of felony) denir. Bu (appeal) Norman devrinde bütün ortaçağ'da mahallî mahkemelerde istimal edilmiş, sanığın suçlu olup olmadığı ithamda bulunan ile sanık veya bunların temsilcileri (şampiyonları) arasında çarpışma suretile taayyün etmiştir.

(appeal of felony) sakit olduktan sonra dahi bilgi vermek suretile cezai usulü başlatmak mümkündü, mamafih muhakeme jüri tarafından icra ediliyordu.

Müesses usuller gereğince bir cürümlerle resmen itham edilen şahıslar suçun ıka edildiği kontluğun hapisanesine konulur orada Kral'ın tayin edeceği hâkim tarafından muhakeme edilmeyi beklerlerdi.

13. Kanun-dışılık, Melce ve Kilise Muafiyeti.

Bir suçla itham edilen şahısların tevkifi veya muhakemesi dolayısı ile söylenmiş olanlar şüphe yok ki bulunabilen ve yakalanabilen şahıslara racidir. Mamafih, bazan maznun kontluk veya Tac memurlarının elinden kaçabiliyordu. Bu gibi hallerde mahkemelerin teamülü maznunun kanun dışı ilân edilmesine

müncer olan yollara başvurmakta. Kanun-dışı ilân edilmiş olan bir şahsa (attainted) olmuş denir, mülkü Tac'a gelir kaydedilir ve bulunduğu ve yakalandığı takdirde artık suçlu olup olmadığına bakılmaksızın idam edilirdi. Ormanlarda saklanan bu kanun-dışı adamlar ortaçağ İngiliz romanında büyük yer tutar. Bir suçla zan altında tutulan bir şahıs, bir kilise veya manastırda veya kanun ve teamül yolu ile melce telâkki edilen (Westminster) veya (Palatinates) gibi sair mahallere sığınmak suretile, hiç değilse geçici olarak tevkif edilmek ve yargılanmaktan kurtulabilirdi. Kral'ın memurları bu melcelere girip tevkifte bulunmazlar ve mücrimler bazan uzun müddet muafiyetten istifade ederlerdi. (melce) (sanctuary) kelimesinin bugün dahi İngiltere'de ve Amerikada çocukların oyunlarında kullanılması ve oyuncuların birbirlerini yakalamıyacakları mahalle işaret etmesi şayanı dikkattir.

İtham edilen şahısların kralın mahkemelerinde yargılanmaktan kurtulmak için bazan müracaat ettikleri sair bir yol da kilise muafiyetinden istifadedir. Bu muafiyet, kilise mensubu olmanın fariğ hususiyetlerinden biri olan okuyabilme imkânına sahip şahıslara bir kilise mahkemesi önünde yargılanmak imtiyazını sağlardı. Bu örf kötüye kullanılmış, kilise önünde rüyet edilen dâvaların ekserisi beraatle neticelenmiş ve kilise ile Tac arasındaki en şiddetli ihtilâf konularından birini teşkil etmiştir. Âdet 1827'de ortadan kalkmakla beraber o tarihe kadar, İngiliz hukuk tarihinde büyük rol oynamıştır.

14. Jüri Sistemi.

(Common law) gelişmesinin şimdiye kadarki izahında Anglo-Amerikan hukukunda hürriyet kavramı ile ayrılmaz surette mütalâa edilen bir müessese olan ve (common law)'un en belirli ve önemli bir veçhesini teşkil eden jüri'den bahsedilmedi. Magna Charta'da hiçbir serbest adamın «hemsınıflarının kanunî bir hükmü mevcut olmadıkça» tevkif veya hapsedilemeyeceğine dair bir hüküm mevcut olduğunu biliyoruz. Umumiyetle kabul edildiği üzere bu kelimeler jüri vasıtasile muhakemenin bir teminatı telâkki edilmektedir. 1215 yılında (43) bu mânâyı ifade etmemekte ise de efsanenin kendisi jüri'nin ve Magna Charta ile hürriyetini Amerikan düşüncesinde birbirine kenetlenmiş olduğunun bir defilidir. Maitland «(Jüri) kelimesini en geniş anlamında kullandığımız takdirde jüri'nin esası şu gözükmektedir: kamu memurunun komşulardan bir grupu bazı meselelere hakiki cevabı yeminli olarak vermelerini teminen davet etmesidir» diyor (44) İngilterede jüri'nin gelişmesini tetkik etmeden önce bugün İngiltere ve Amerika Birleşik Devletlerinde kullanılan muhtelif jüri tiplerine işaret etmek faydalı olacaktır: Önce ve en az önemli olmak üzere (**Coroner's Jury**) vardır, bu civardaki bir (coroner) (x) tarafından ölümü izah edilemeyen veya bir diğer ta-

(x) Coroner: hukukçu veya hekim, ani ve şüpheli ölüm vakıalarını tahkik memuru (çevirenin notu).

rafından veya gayri kanuni vasıtalarla öldürülmüş bir şahsın cesedi üzerinde tahkikatta bulunur.

İkinci olarak, umumiyetle iyi mevki sahibi oniki ilâ yirmiüç şahıstan terek-küp eden ve câmia (umumiyetle kontluk) içinde ika edilen suçları tahkik ve muhtemel suçlular aleyhine iddianame hazırlamak maksadile bu câmia üyeleri arasından seçilen (**grand jury**) büyük jüri vardır. Büyük jüri üyelerine talimat verilerek vazifelerinin ne olduğu, bu arada şahitleri devlet adına dinleyebilecekleri, görüşmelerin gizli cereyan edeceği ve benzeri kendilerine bildirilir. Şahıslar aleyhine ithamlar ilk tahkikatı yapmış olan sulh hâkimleri, müddeiummî veya jüri üyeleri dahil herkes tarafından öne sürülebilir. Jüri, «halk namına» şahitleri dinledikten sonra maznunun muhakeme edilmesine karar verirse bir iddianame hazırlar ve maznun gereği gibi muhakeme edilir.

Üçüncü olarak, on iki kişiden terek-küp eden ve câmia (umumiyetle kontluk) tarafından davet edilen jüri üyesiği vasıfları avukat tarafından gereği gibi kontrol edilen ve muhakeme esnasında tevdi edilen deliller ışığında dâvayı yargılayan (**petit jury**) küçük jüri vardır (45). Küçük jüri, huzurunda dâvanın muhakemesi cereyan eden bir jüridir, büyük jüriden farkı bir muhakeme jürisi (**trial jury**) oimasıdır. Küçük jürinin faydaları çok methüsena edilmiştir. Hür müesseselerin temeli, hür insanların hürriyetlerinin kalesi, İngiliz anayasasının halka sağladığı en büyük lütuf olarak adlandırılmıştır. Siyasî buhran devresinde vatandaşların haklarını himaye bakımından bundan daha mükemmel bir usul tasavvur edilemeyeceği söylenmiştir. Klâsik görüş ve halen (common law) içtihadından bir çok büyük hukukçu tarafından öne sürülen görüş son zamanlarda yayınlanan bir Amerikan romanında yaşlı bir hakim tarafından pek güzel ifade edilmiştir (46). Mamafih, hukukçular ve siyaset ilmi mensupları arasında jürilerin çok sayıda dâvaya bakmaları neticesinde meydana koydukları adalet nevini şüphe ile karşılamak yönünde bir teamüi belirmiştir. Verilen kararların topluluğun kanaatini aksettirdiğinde şüphe yoktur fakat topluluk kanaatine uygun olarak verilmiş bir hükmün muhakkak surette adalete tekabül edip etmediği suali haklı olarak sorulabilir. Vazifeye başlarken ettikleri yemini ihlâl hali müstesna azledilip cezalandırılmayan hakîmlerin ve hakim tarafından verilen hükmün doğru ve âdil olması ihtimalinin en az jüri'ninki kadar olacağını düşünenler vardır. Bu bakımdan varılacak netice ne olursa olsun jüri'nin İngiliz hukukunun gelişmesi üzerinde derin ve faydalı bir tesiri olduğu inkâr edilemez. Jüri'nin menşei karanlıktır. Nazariyede onun başlangıcını Anglo-Sakson veya Danimarka teamülünde aramak ve bulmak yönünde bir temayül mevcuttur. Jüri'nin ilk modelinin Frank kırıallarının (**inquisitio**) müessesesinde olduğu kabul edilen bir nazariyedir. Gerek Plucknett (47) ve gerekse Pollock ve Maitland (48) bu görüşü benimsemektedir. Maitland jüri'yi Frank mahkemelerin test (ordeal) veya (yemin yardımcıları) yollarını kullandıkları âdi usule değil fakat Frank kırıalının kendi öz hak ve imtiyazlarını tesbit yolu olarak tahkikat yapmasına ben-

zetmektedir (49). Yine Maitland, İngiltere'nin fethi olmasa idi komşuların yeminli tahkikine müracaat yolu «çoktandır ortadan kalkmış olacaktı» demektedir (50).

Bu nazariyeyi kabul ederseniz (kabul etmek gayet mantıklı gözükmektedir) İngiltere'de I. William (1066 - 1087) devrinde bir norman ithali olarak belirlenen tahkik müessesesinin daha ziyade idari bir çare olduğunu görürüz. Bilgileri (**Domesday Book**)'da toplamakta ve kiralın hak ve imtiyazlarını ilgilendiren çok sayıda meseleleri (assizes) denilen şu veya bu şekilde icra edilen tahkikatta kullanılır. Sonradan faydaları gerek hukuk gerekse ceza dâvalarında taraf bulunan fertlere de teşmil edilmiştir, zamanla da hakları tesbit ve suç veya masuniyeti tesbitte başvurulmuş test (ordeal) veya çarpışma suretile muhakeme gibi usullerin yerini almıştır. Biri tahkik (veya presentment) jürisini teşkil eden büyük jüri diğeri muhakeme jürisi veya küçük jüri olan iki ayrı gayeli veçhaya bürünür.

Jüri her zaman popüler olmamıştır. Öyle zamanlar olmuştur ki kiral, bazı azılı mücrimleri (notorious felons) **peine forte et dure** (sert ve şiddetli ceza) denilen bir usule tâbi kılarak jüri tarafından muhakemeye zorlamıştır. Bu usulde maznun iki tahta yığını arasında yatırılır üzerine gittikçe artan ağırlık konulmak suretile «jüri tarafından yargılanmayı kabul edinceye veya canı çıkınca ya kadar» tazyikte bulunulurdu.

Jüri, İngiliz tarihinin muhtelif devrelerinde bazı şahıslar tarafından makbul addedilmemişse de, umumiyetle, yerini aldığı muhakeme usullerine nispetle o kadar büyük bir ilerleme teşkil etmiş ve o kadar iyi karşılanmıştır ki bütün (common law) memleketlerinde adaletin tevziinde kıymetli ve yegâne bir vasıta halini almıştır ve halâ da öyledir.

Yargılama jürisinin hususiyetleri şunlardır: (1) muhakemenin cereyan ettiği câmiayı temsil eder, (2) üyeleri delillere istinaden hüküm vermeğe and içenler, (3) üyeleri, neticeye tesir edebilecek her türlü lehde ve aleyhde tesirlerden münezzehtirler, ve (4) jüri vakıalar hakkında karar verir, hukuki meselelerin halli hakime aittir.

15. Hukuk mesleğinin gelişmesi.

Otorite sahibi müelliflerin eserlerinden İngiltere'de I. Edward'ın 1272'de tahta çıktığı tarihte teşkilâtlanmış bir hukuk mesleğinin mevcut olduğu ve bu tarihten sonra hızlı bir şekilde geliştiği neticesine varılmaktadır (51).

İngiliz tarihinde büyük önemi haiz olan bu hadise Trevelyan tarafından o kadar müessir bir şekilde anlatılmaktadır ki uzunca bir surette nakledilmesi faydalıdır. (Trevelyan), I. Edward'ın Saltanat devresinin İngiliz hukuku üzerindeki tesirinin önemini şöyle anlatıyor:

«I. Edward zamanından itibaren (court of chancery) ve kilise mahkemelerinden ayrılan (common law) mahkemeleri kiliseye mensup olmayan şahıslardan tereküp etmeğe başlamıştır. Papa son zamanlarda ruhban sınıfının dünyevi hukuka hizmet etmesine ve bu hukuku tedarik etmesine muarız olmuştu. Kırılın hakimleri artık Bracton gibi ruhban sınıfına mensup veya Glanville gibi asker - devlet adamları arasından seçilmemekte idi. İngilterede hukuk mesleğinde ilerlemenin normal gelişmesi artık dışardan vukubulmaktaki baro'dan mahkeme kürsüsüne geçiş başlamakta idi, buna mukabil Avrupanın bir çok memleketlerinde bugüne kadar hakim ve avukat birbirinden ayrı iki meslek sınıfına mensup bulunmuşlardır. İngiliz hukukunun mütemadi bir şekilde sıcağı sıcağına dövtüdüğü Westminster Hall'deki Kırıl mahkemelerinin mesleki atmosferinde Orta Çağların lonca zihniyeti avukat ve hakimleri şuur sahibi tek bir cemiyet haline getirmekte idi. Haricilere karşı kışkıracı ruhban sınıfına mensup hukukçulara rakip, birbirlerine (bilgin kardeş) diye hitap eden, kudretli ve yüksek derecede teşkilatlanmış bir mesleğin bütün kusurlarını haiz ve büyük entellektüel ve ahlâki an'änenin bekçileri olan bu hukukçular kendileri arasında bir (asiller sınıfı) teşkil etmekten ziyade fikir ve sanayi alemine mensup bütün İngilizlere kiliseninki kadar zengin ve itibarlı bir mesleğe erişmelerini teminen basamak sağlamakta idiler.

(Common Law) hukukçuları, bir sınıf olarak halk tabakasının ilk bilgin üyeleri idiler ve bu sıfatla milletin tekâmülünde büyük rol oynadılar. İngiliz tarihindeki mevkileri Parlâmento üyelerinin mevkisinin biraz dúnundadır. Hukukçular olmaksızın Parlâmento'nun Stuart'lara karşı röformları ve zaferleri hiç bir zaman tahakkuk edemezdi. Bununla beraber an'aneleri ve cemiyetleri Orta Çağların karakteristik bir mahsulü olup Üniversiteleri andırır.

İngiliz Üniversiteleri nasıl kolejler meydana getirmişlerse, İngiliz hukukçuları da kendileri (Inn of Court) larına vücut vermişlerdir. İlk üç Edward zamanında avlularını, kütüphanelerini ve yatakhanelerini (Templar)ların ıssız ormanları içinde veya civarında topladılar. Faaliyet sahaları iki mil daha garpte, kırıl ikametgâhının gölgesinde idi, William Rufus'un sanki (Abbey)e rekabet etmesini sağlamak üzere (Edward the Confessor)'un sarayına eklediği (Westminster Hall)'a mütantan bir şekilde yerleştirilmişlerdi. Fakat hukukçular, Londra'daki ticaret merkezi ile Westminster'deki siyasi merkez arasında bulunan ve İngiliz hukukçusunun Tac ile halk arasında mutavassıt rolünü keşfetmesine yardım edecek coğrafi mevkii haiz (Inns of Court) larda yer içer ve çalışırlardı» (52).

Trevelyan'ın bahsini ettiği bu (Inns of Court)'lar - medreseler - loncalar, yüzyıllar boyunca İngiltere'nin en büyük hukukçu ve hâkimlerini yetiştiren ve işlerinde İngiliz barosunun en mümtaz an'anelerinin geliştiği mekteplerdi. (Inn) ler (lonca)lar hiç bir bakıma bir üniversite veya üniversite'nin bir parçası değildi. Menşeleri 1292 tarihli fermanında olup, Kırıl Mahkemesi hakimleri bu fermanla, İngiltere'nin muhtelif kontluk'larından müsait hukuk talebelerini «mahkemeye devam etmek, mesailine iştirak etmek ve fakat başkaca işle meşgul olmamak» üzere seçmekle görevlendirilmişlerdi.

Bu fermanın tesiri hukuk tahsilini doğrudan doğruya hâkimlere tevdi etmek oldu, «başkaca bir işle meşgul olmamak» kelimeleri ise mahkemelerden yetişen hukukçuların hukukun tatbikinde inhisara sahip olacıklarına işaret ediyordu, bu inhisardan hukukçular yüzlerce yıl istifade etmişlerdir. Talebeler veya

çıraklar «mahkemeye devam edeceklerdi». Kral mahkemeleri (Exchequer, Common Pleas, ve King's Bench) Londrada, Westminster'de idiler ve talebeler mahkemelerin civarında bulunan muhtelif han veya otellerde yaşarlardı. İlk zamanlarda herbiri kendine has an'ane ve örfe malik bir çok lonca'lar (inns) vardı. Bu (inn) lerde talebeler yalnız hukuk değil fakat edebiyat, musiki, dans, aktörlük gibi zamanlarının sosyal ve meslekî hayatına faal olarak iştirak için lüzumlu herşeyi öğrenirlerdi. (Inn) ler yalnız hukuk mektebi değil fakat İngiliz sosyetesinin kalburüstü zevatının oğulları bakımından mümtaz eğitim merkezleri idi, İngiliz edebiyatının birçok meşhur simaları (Inns of Court) larda tahsil görmüşlerdi. Zamanla (inn) lerin adedi azaldı. Hernekadar ilk buldukları mahallerden başkasına taşınmış olmakla beraber bugüne kadar sürüp gelen en geniş ve en meşhur (inn)ler arasında (Lincolns Inn), (Gray's Inn), (the Middle Temple) ve (the Inner Temple) vardır. Önemi haiz bir husus hukuk talebelerinin (Common law) terbiyesi ile yetişmiş şahıslar tarafından eğitime tâbi kılınmaları idi; talebelere mahkeme salonunda (crib) denilen bir hücre ayrılır, talebe buradan muhakeme safahatını görür, dinler, tenkit eder ve not alırdı. Bu şekilde yetişen hukukçuların Roma hukuku'nun kabulüne itiraz etmelerine ve buna mani olmalarına şaşmamak lâzımdır. Orta çağlarda ve Roma hukukunun Avrupa hukuk sistemi üzerinde en büyük tesirini icra eylediği devirde İngiltere barosuna dahil olmanın yegâne çaresi (common law) hâkim ve hukukçularının tesiri altında bulunan (Inns of Court)'lardan geçmek suretile mümkündü. İşte İngiltere büyük hukukçularını ve hakimleri bu kaynaktan sağlamıştır.

16. Barristerler ve Solicitor'lar.

Bugünkü İngiltere'de hukuk mesleği şu iki belirli sınıfa ayrılmıştır: barrister'ler ve Solicitor'lar.

(Barrister)ler İngiltere barosunu meydana getirirler. Bunlara umumiyetle (counsel)'de denir. Anlaşıldığına göre bunlar (**narratores**)'lerin halefleridir, (narratores)ler ilk zamanlarda müşterinin (şikâyetçi veya müdafî) dâvasının neye istinat ettiğini mahkemeye anlatırlardı. **Narratores**'leri avukattan tefrik etmek lâzımdır, bunlar evrakı ve müdafaanameyi hazırlar ve umumiyetle dâvayı ilgilendiren resmî mesaili yüklenirlerdi. (Barrister)'ler başlangıçta meslekde hemen hemen yalnız idiler. Orta Çağın parlak hukukçularının eserlerinde rastlanan atıflar (attorney) lere değil fakat (barrister)leredir, (attorney)ler zamanla kilise ve amirallik mahkemelerinin müşavirleri ve (chacery)nin (solicitor)u ile birleşerek hukuk mesleğinin önemli ve mümtaz bir kısmını teşkil ettiler.

(Barrister)lik tahsili ve bu mevkie yükselmek yüzyıllar boyunca derin tahavvüller arzemiştir. Mesleğin ilk günlerinde (barrister)lerin gördükleri tahsil hakkında muhtelif (Inns of Court)'lardan birinde yaşadıkları, bu loncalarda ve mahkemelerde sıkı eğitimden geçtikleri ve İngiliz hukukunun gelişmesi üzerinde derin tesiri haiz tatbikat, örf ve adet sahibi olduklarından başka kirsay bil-

miyoruz. Onbeşinci yüzyıl başında sistem hemen hemen şöyledir: (Inn)ler (Benchers) adı verilen kıdemli üyeler tarafından idare edilmekteydi, bunlar eğitim ve sosyal faaliyete nezaret ve iştirak ediyor ve (Baroya çağrı) (call to the Bar) ya başvurarak (barrister)'leri seçiyorlardı. (Barrister)ler de (chancellor) tarafından davet edildikleri takdirde (serjeants - at - law) oluyorlardı, bu, imtiyaz, ücret ve nüfuz bakımından (barrister)'e üstün yüksek ve mümtaz bir mevki idi. (Serjeants)lar hemen daima hakimliğe terfi ederlerdi, mahkemenin dostu olarak muhakeme safhalarına iştirak ederler ve hakimlere birbirlerine «kardeş» diye hitap ederler. (Barrister)ler (Serjeants) olduktan sonra kendi (Inns of Courts) larından - loncalarından ayrılıp muhtemelen hâkimlerin de mensup oldukları (Sergeants Inn) in üyesi olurlar. Baro'nun mahkemelerin en istidatlı üyeleri arasındaki bu sıkı ittifakın gerek Baroyu gerekse adli organı kuvvetlendirdiği ve mahkemeleri hükümetin idarî ve icraî branşlarının tesirinden masun kılmaya yaradığını kolaylıkla farketmek mümkündür.

Yılların geçmesi ile (Inns of Court)lar infisaha yüz tuttular onsekizinci yüzyılın başında görevleri sırf şekli oldu. Talebeler artık başlangıçtaki disipline, ve sert eğitime tâbi kılmıyordu ve muayyen adette ziyafete veya sömestr'e iştirak etmiş olanlar otomatik olarak (Baroya çağrılıyordu). (Serjeants) ların (ligi) 1877'de feshedilmiş ve (Serjeants Inn) kapatılmıştı. Modern çağda, İngiltere'de (barrister)lerin eğitimi yeni bir usul ile vukubulmaktadır, ilgi çekici olmakla beraber işbu etüdün çerçevesi dışında kalır. Mameafih İngiliz (solicitor) ları ve müessesenin tarihi hakkında birkaç kelime söylemek lâzımdır. (Common law) mahkemelerinin daha başlangıçta (attorney) leri vardı, bunlar hâkim tarafından tayin edilip müşterilerinin ajanları veya temsilcileri idiler ve vakıaları mahkeme huzuruna tevdi için bütün vesaik ve evrakı hazırlarlardı. Avukat değildiler. Faaliyetleri münhasıran kitabî idi. Onaltıncı yüzyılda (barrister)ler tarafından (Inns of Court)'dan ihraç edilmişlerdi. Bu (common law) (attorney) lerine tekabül etmek üzere (Chancery) geliştiğinde kendi (solicitor)larına sair mahkemelerde kendi (proctor) larına sahip oldular. Zamanla bu guruplar bir araya gelerek kendi cemiyetlerini kurdular ve meslek üyeleri için (solicitor) adını benimsediler.

1903 yılında teşkilât «Hukuk Cemiyeti» (Law Society) adını aldı, bunun (Solicitor)ların eğitimi ve disiplini ile ilgili kanunî mes'uliyetleri mevcuttu.

İngiltere'de hukuk mesleğinin bu önemli branşının eğitimi şekli veya faaliyetlerini tetkike yerimiz müsait değildir. Mameafih her iki branşın birbirine yaklaşması yönünde bir temayül mevcuttur. Sınıf farkları ortadan kalkmaktadır. Halen İngiltere'de hukuki işlerin kısmı azamı (Solicitor)lar tarafından icra edil-

mektedir, mamafih (barrister)ler orta çağlarda olduğu gibi bugün de halâ muhtemelen hukuk mesleğinin parlayan mücevherleridir (x).

17. (Chancery) nin bir Nisfet Mahkemesi halini alması.

Onikinci ve onüçüncü yüzyıllarda (common law) muktedir hakimlerin durum gerektirdikçe ortaya koydukları yeni emirler ve çareler ile gittikçe olgunlaşan ve yayılan bir sistem idi. Ancak Jenks'in (53) belirttiği gibi, onüçüncü yüzyılın sonuna doğru «... hâkimlerin yaratma kabiliyetleri kurumaya başladı» yeni çareler bulunmuyordu ve (common law) değişen ve şumul kazanan hâdiselere ayak uydurmaktan acizdi. Meydana çıkan vaziyet Plucknett tarafından şöyle anlatılmaktadır (54).

«1340'dan 1350 yılına kadar olan devrede gerek mahkeme gerekse baroların tutumlarının değişmekte olduğunu gösteren emarelere rastlamaktayız. Eskiden mahkemeler takdir hakkını kullanırlarken artık bu yola gitmeyi reddetmektedirler. Usulî kaidelerini adaletin geniş taleplerine yatkın bir hale koyacakları yerde mahkemeler «eski usulleri değiştirmeyiz ve değiştirmeyeceğiz» «kanunlara harfiyen riayet edilmelidir» demişlerdir. Suçsuz bir insan ilâhiyeye hâkimlikte kalabilir veya borçlu usul kaidelerinin yatkın şekilde tatbiki ile derhale çare bulabilir, bu durumlar karşısında mahkemelerin verdiği cevap: «kanun olmaksızın birşey yapamayız» olmuştur. Kısacası, mahkemeler müstakbel hukukî rüförm mes'uliyetini Parlamento'nun üzerine yüklemeye mütemayildir. Parlamento bu iddialara inandı ve 1340'da garip bir kanun isdar ederek hâkimlerin hallini güç bulduklarından riayet'den kaçındıkları ve sürüncemede bıraktıkları dâvaları karara bağlamak yetkisini hukukçu olmayan ve (commissioners) denen şahıslara bıraktı. Adli organa bu derece açık bir itimat-sızlığın neticesi mahkemelerin daha fazla kendi içlerine çekilmeleri ve mahkeme usullerine daha fazla sarılmaları neticesini doğurabilirdi. Bundan maada (common law) mahkemesini meydana getiren beş hakim aralarında anlaşamadıkları takdirde hariçteki lord'lar meseleyi halli yüklediler, bu tarihten beridir ki lord'lar üstünlüklerini iddia etmekte ve hâkimlerle (councillors)lara kendi meclis'lerinin sadece bir yardımcısı imişler gibi bakmaktadırlar. Demek oluyor ki (common law) mahkeme ve kesin bir sahaya mahzur kalmakta, yatkınlıktan vazgeçmekte ve kendi eksiklerini bertaraf etmeğe sürüklenmeyi kabul etmektedir: bu irade artık Parlamento tarafından izhar edilecektir. Daha sonraları Parlamento'da dâvacıların ihtiyaçlarına cevap veremez olunca bu görevi (chancellors) yüklenmiştir».

(Common law) masraflı olması, işlerin sürüncemede kalması, bükülmezliği ve sertliği sebepleri ile birçok şikâyete konu oluyordu ve dâvacılar (common

(x) İngiltere'de, Yüksek Mahkeme huzuruna çıkmak hak ve imtiyazı sadece (barrister), denilen avukatlara tanınmıştır. Hâkimlerin olduğu gibi (barrister) lerin sayısı da nispeten çok azdır: bütün İngiltere'de bilfiil avukatlık yapan (barrister) lerin adedi tahminen bin geçmez. (Barrister) olabilmek için mutlaka avukat loncalarından birine mensup bulunmak lâzımdır (Inns of Court) tesmiye edilen bu loncalar dört taneden ibaret olup hepsi de Londra'dadır.

Baro nizamlarına göre bir (barrister) doğrudan doğruya halktan birisi tarafından dâvayı üzerine alamaz, (barrister)'e mutlaka bir (solicitor) tarafından tevdi edilmelidir. (Solicitor) avukatlık mesleğinin ikinci sınıfını teşkil eden hukukçudur. (Cevârenin notu).

law) mahkemelerinde hak elde edemeyince gittikçe artan bir surette, dertlerine çare bulmasını teminen Kral'a istida sunmakta idiler. Bu layiha - istidalar (bills) dan birçoğu Kralın Sekreteri sıfatı ile (Chancellor)'a tevdi edilmekte idi.

Bu istida'lar (Council-Meclis) veya (Chancellor)'un muhtemelen başkanlık ettiği (Council)'in bir komitesi tarafından kabul veya reddediliyor ve dâvanın müstenidatı mevcut ise ve hukuk mahkemeleri tarafından bir hal çaresine bağlanmamış ise mahsus ve çabuk bir çareye hükmolunuyordu.

İstidaların adetleri arttıkça ve (Council) bu ve sair işlerle bunaldıkça bu yeni adli görevin birisine tevkiil edilmesi ihtiyacı belirdi ve mes'uliyet bu işe müsait olan (Chancery)'ye tevessül etti.

Pollock ve Maitland (55) «(Chancellor)'un mevkiinin başlangıçta (Council)'in bir delegesi olduğu artık aşikârdır» diyorlar. (Chancellor)'un hakkı kazasının kendi mevkiinden veya «kral vicdanının muhafızı olmasından» doğmadığını ilâve ediyorlar. Bütün müellifler bu görüşü paylaşmazlar, fakat hâdiseler ne olursa olsun (chancery) artık (common law) mahkemelerinde sağlanamıyan bir adalet nev'ini tevzie başlamıştır. (Chancery) belki orta çağlarda İngilterede mevcut yegâne nisfet mahkemesi değildi fakat sürüp giderek İngiliz hukuk sisteminin tamamlayıcı bir cüzü olmuş ve inceliyeceğimiz yegâne nisfet mahkemesi vasfını kazanmıştır.

18. Chancery Mahkemesi - hakkı kazası ve usulü.

Plucknett (56) nisfet (equity)'nin (common law)'un üç yüzyıl önce takip etmiş olduğu tarihi gelişmeye benzer bir gelişmeden geçtiğine işaret etmektedir. (Common law) memlekette eski hukuk mahkemeleri sistemine sahip olmasına rağmen kendisine bir yer edinmişti. Müdahalesi önce siyasî ve idarî sahaya olmuş ve gayelerini ise kralın menfaatinin gözetilmesi teşkil etmiştir. Tatbik şekli, emirnameye dayanmış bunun menşei ise idarî olmuştur. Durum nisfet için de aynıdır. Mevcut (common law) sistemlerine tahmil edilmişti. (King's Council)'de bulunan menşei adli değil idarî idi ve (bill) ve (subpoena) yolu ile icrası ise (Council)'in idarî mekanizmasının bir kısmı idi.

(Chancellor)ların, şikâyetçiye yardımda bulunurken fiilen değilse bile manen kilise hukukunu takip etmiş olmaları muhtemeldir. (Chancellor) bakımından önemli olan dâvanın vakıaları, tarafların birbirlerine karşı durumları ve herhangi bir emsal kararı veya müracaatın şeklinden ziyade haksız vaziyetin tashihidir. İlk günlerde bu yardım keyfiyeti bir hak teşkil etmekten ziyade bir lütuf mahiyetinde idi. Mahkemeye bir istida tevdi suretile başlayan muhakeme safhaları (common law)'da takip edilen usulden çok farklı idi. İlk günlerde istidalar difekçeyi verenin konuştuğu dilde ve umumiyetle acıklı bir ifade ile yazılır ve mahkeme-

den elim haksızlığın tashihi rica edilirdi. Mâhkeme, istidadın müdahale gerektirecek vasfı haiz olduğuna inandığı takdirde sonraları (subpoena - davetiye) denilen bir emir çıkarılır ve şikâyet edilen yeminli surette sorguya çekilmek üzere davet edilirdi, gelmediği takdirde cezalandırılırdı. Tahkikatın şümulü emirin veya istidadın muhteviyatı ile tahdit edilmiş olmayıp (Chancellor)'un açığa çıkarılmasını arzuladığı her hususu ihtiva edebilirdi. (Common law)'da ekseriya vukubulduğu üzere şikâyetçi yanlış istida yazmış olduğundan veya iddiasında bazı hususların bulunmayışından dolayı yardımdan mahrum kılınmazdı.

Ancak dâvası (hakkaniyete - nısfete) uygun değilse yardıma hakkı olmazdı.

Yeni (Chancery) mahkemesinin bilhassa faal bulunduğu üç saha mevcuttu. Bu sahalardan birincisi ve en önemlisi intifa haklarının (uses) veya sonradan adlandırıldığı üzere (mutemetle idare - trusts) nin himayesi ve idaresi idi. Toprak sahipleri, toprak sahibi olmaya bağlı olan feodal mükellefiyetlerden bazılarından kurtulmak üzere toprağın intifaini kendi lehlerine veya başka bir şahıs veya şirket lehine ferağ etmek yolunu tutmuşlardı. Meselâ, muayyen bir arazinin sahibi olan (A) bunu (C)'nin istifadesini teminen (B)'ye ferağ edebilirdi.

İmdi, (common law) (C)'nin toprakta herhangi bir hak veya menfaati olduğunu kabul etmemekte idi. (Common law) bakımından toprak ancak (B)'ye aitti ve (common law) mahkemeleri sırf onun haklarını korurdu. Nısfet'te ise (B), (C)'nin toprak üzerindeki haklarını inkâr edemezdi ve (Chancery) Mahkemesi (B)'ye (C)'nin menfaatini tanımayı emredebilirdi. (Trusts) konusunda tanınmış bir otorite olan Profesör Scott, onaltıncı yüzyıl başında İngilteredeki arazilerin büyük kısmının intifainin tevdi edilmiş olduğunu söylemektedir ki bu (Chancery) mahkemelerinin kaza haklarının bu veçhesinin ne kadar önemli olduğunu gösterir.

(Chancery) mahkemesinin meşgul olduğu ikinci bir sahayı hile, ikrah veya itimada dayanan bir münasebetin ihlâli suretile elde edilen mülkiyeti veya mülkiyete taallük eden hakları teşkil eder. Bu gibi hallerde (Chancellor) mülkün hakiki malike iadesini emretmekle kalmaz bu şekilde sağlanan hakkın (common law) tarafından icrasını da emredebilirdi.

Nihayet (Chancellor) akitler sahasında yeni bir çığır açılmasına da sebep olmuştur. İlk zamanlarda (common law) gereğince mahkemelerin bir anlaşmayı muteber addedebilmeleri bunun yazılı ve mühürlü olması veya kısmen icra edilmesine bağlı idi; bu takdirde dahi sadece anlaşmaya veya akdin (contract) bozulması halinde tazminata hükmedilirdi. Halbuki, (Chancellor) akitlere intifa hakkı, hile ve ikrah hallerinde ettiği muameleyi tatbik etmiştir. Verilen sözden dönülmesine müsamaha etmiyor dolayısıyla sadece tarafların vâdine istinad eden

akitleri muteber addediyordu. Bundan da ileri gitmiştir. Muayyen bir dâvada müdafie mukavelesini bu mukaveledeki şartlar gereğince ifa etmesini emrederek sonradan mahsus icra (specific performance) diye adlandırılan bir hal çaresi yaratmıştır.

(Chancellor)'un hal çaresi bulunduğu bu durumlar hiçbir zaman tahdidî değildir. Mamafih bu sayılanlar nisfet (equity) adı verilen (Chancellor) adaletinin önemini göstermeğe yarayacaktır. Aynı zamanda bir nisfet mahkemesinin bir (common law) mahkemesinin hükmünün icrasını emrettiği dâvalardan doğabilecek ihtilâf sahalalarına da işaret etmektedir.

19. (Star Chamber) Mahkemesi.

Burada (equity)'nin cezaî adalete taallûk etmediğine işaret etmek lâzımdır. 1487'den 1641'e kadar ceza dâvalarında nisfeti tatbik ettiği söylenebilecek bir mahkeme mevcut olmuştur. Bu, Westminster'de adalet tevzi ettiği odaya izafeten adlandırılan meşhur (Star Chamber) mahkemesi idi. Mahkemenin İngiltere tarihinde iyi bir şöhreti yoktur. Parlatonun isdar ettiği bir kanunla (common law)'un tatbikinde vukubulan müdahaleleri önlemek gayesi ile kurulmuştu; bilhassa jüri'lere rüşvet vermek, gayrikanunî toplantılar ve benzer hal-lerle ilgilendiği anlaşılmaktadır. Mahkeme, (Chancellor), Hazine-dar (Treasurer), Mührü Has Muhafızı (Keeper of the Privy Seal), bir piskopos, (King's Council)'e mensup bir lord, ve (King's Bench) ve (Common Pleas) Baş Hâkiminden tereküp etmekte idi. Kendisine bir Tac memuru tarafından tevdi edilen bilgiler gereğince hareket eder müttehim ve şahitleri çağırır gerekirse işkenceye başvurarak dinler ve gerek vakıalar gerekse esas hakkında karar verirdi. Zamanla bu (Council)'in idarî veya siyasî veçhesi ile (Star Chamber) tarafından temsil edilen adli veçhesi arasında bir taksime sebep oldu. (Star Chamber) 1641'de lâğvedildiğinde (Council)'in İngilterenin iç işlerine taallûk eden yetkilerinin büyük kısmı da onunla birlikte ortadan kalktı.

(Star Chamber) Mahkemesi oldukça uzun süren mevcudiyeti esnasında hakkı kazasını onaltıncı yüzyıla kadar geliştirmiş ve bu (1) ticaret ve kilise hukununun birçok veçhelerini (2) Tac'î ilgilendiren cezaî meseleleri (bazıları dolayısı ile olmak üzere) bilhassa ayaklanmalar, komplo kurmak, iftira, yalan vere yemin, sahtecilik gibi (hiçbir zaman cürümleri ihtiva etmemek üzere ve (3) tarafların zaman veya masraftan kazanmak üzere mahkeme huzuruna getirebildikleri hususi mahiyetteki bazı dâvaları ihtiva etmiştir.

(Star Chamber)'den burada birkaç sebep dolayısı ile bahsetmekteyiz. Bu mahkeme, vicdanın ve iyi niyetin ilk önce mütâlâa edildiği (Chancery) mahkemesinden ziyade vakıaların tesbitinin, jüri'ye bırakıldığı (common law) mahkemelerine daha yakındır. Hernekadar cinaî meselelerde hakkaniyete istinad eden

bir hakkı kaza istimaline tevessül etmiş ise de cinayet ve suçla itham edilen ve kendi kaza sahasına giren şahıslara yardımdan ziyade zararı dokunmuştur. Amerikan hukukunun işbu hülâsası bakımından asıl önemli olan husus bu mahkemenin bir halk mahkemesi olmadığı idi şu mânada ki gerek (common law) gerekse nisfet mahkemeleri sonradan halk mahkemeleri olmuşlardır. Mahkeme bir hükümet mahkemesi idi, populer olmamış, korku tevliid etmiş ve Tac'a sıkı bir surette bağlı kalmıştır. Sonunda da inkâr edilmiştir. Bir bakıma denebilir ki ilgası ile birlikte hükümeti ilgilendiren meseleler ile fertleri ilgilendiren meseleler arasındaki hukuki usul bakımından yapılan tefrik de ortadan kalkmıştır. Belki (common law) memleketlerinin hususi hukuk anlamında (idare hukukuna) (droit administratif) sahip olmamalarının bir sebebi budur. Yine belki eskiden bir (Star Chamber) mahkemesi olduğundan halen bütün meseleler bir idareci veya idarî bir ajans yerine hukuk mahkemesi tarafından rüyet edilmektedirler.

20. Nisfet şekil değiştiriyor.

Gelişmenin ilk safhalarında zamanın ihtiyaçlarına intibak etmek her hukukun vasfını teşkil eder. Bu iyi hukuk veya kısaca hukuk olmıyabilir ama «Ceza'nın cürüme tetabuku sağlanmak» suretile önceden mevcut olmıyan bir hal çaresi yaratılmış olur.

Roma hukukunun bir zamanlar gelişen yaşayan bir hukuk olduğunu sonra ise (kod)larda dondurulduğunu biliyoruz. Belki şarihler (glossatore) vasıtası ile hayat aşlanıyordu ama, şerhin (gloss) kendisi de sonradan bükülmez bir vasıf kazanmıştır. (Common law) işinde durum aynıdır. Bir devir gelmiştir ki bu hukukun sabitliğini, bükülmezliğini, müsamahasızlığını yeni bir nisfet sistemi geliştirilerek tamir etmek gerekmiştir. Blackstone'un dediği gibi (Common law'un kusuru cihanşümülluğünden ileri gelmiştir).

Nisfet (Equity) hususi hukukun ve (common law)'ün izini takip etmiştir. Radcliffe ve Gross (57) şöyle diyor.

«Onsekizinci yıldaki nisfet onaltıncı yüzyıldaki nisfet'ten pek farklıdır. Onaltıncı yüzyıldaki nisfet ihtiyarî kaza yetkilerini istimal eden (Chancellor)ların ahlâki idealine istinat etmekte idi. Bilhassa (common law)'un sertliğini tahfif etmek dolayısı ile başvuruluyor ve tatbiki (Chancery)'yi rakip sistemle ihtilâf haline kokuyordu. Diğer taraftan onsekizinci yüzyıl nisfeti, nazariyede hâlâ bir dereceye kadar ihtiyarî olmakla beraber, kitaplara geçmiş dâvalarda ifade edilmiş prensipler gereğince meydana çıkan tanınmış kaideler sistemi haline gelmekte idi. Bundan maada (common law)'u tashihten ziyade onu tamamlayıcı bir sistem halini almıştı.»

Trevelyan da bu sözlere şunları ilâve ediyor (58).

«Daha önce değilse, I. Edward'un dostu Robert Burnell zamanından itibaren, (Lord Chancellor) Kralliyetin baş memuru idi, Kralın Büyük Mührünü haiz olan makamı bugün Maliye nezaretinde olduğu gibi devletin bütün daireleri ile temas halinde idi. (Refor-

mation) devrine kadar (Chancellor) hukukçu olabildiği kadar din adamı da idi. Ondört ve onbeşinci yüzyıllar esnasında onun (Chancery) mahkemesi (common law) mahkemelerinin suistimallerine hakkaniyet bakımından hal çaresi bulan belirli bir mahkeme halini aldı. Mahkeme, (King's Council) namına hakkı muhtel olanların dilekçelerine adil hal çareleri buldu. Parlamento artık Kırılın usulü değiştirmesine veya müsaadesiz fermanlar is-darı suretile dâva açmasına mani olduğundan ve (common law)'da Kralın iradesinden müstakillen belirli bir hukuk olarak meydana çıktığından (Chancellor)'un bu hakkaniyete dayanan ve tashih edici kaza yetkisi kırılın (common law) hukukçularının ve Parlamento üyelerinin tesirinden kurtulması için fevkalâde kıymetli bir çare teşkil etmekte idi. Mahkemenin fertlere sağladığı kolaylıklar o kadar büyüktü ki büyük itirazla karşılaşmadı. Tudor'ların tahta çıkmasından önce (Chancery Court) anayasanın tanınmış bir kısmı halini almıştı ve ilerde Kırılın (Star Chamber) mahkemesi tesisi gibi yollarla (common law)'a müdahale çareleri ile de zarara uğramadan sürüp gitti.

Onbeşinci yüzyılda, (Chancery), sair hukuk mahkemelerinin girift usullerine mukabil akdiselime müracaat usulü idi. Dört yüzyıl sonra, Eldon ve Charles Dickens devrinde ise kendi giriftliğinin esiri olmuştu ve tebaanın derdine çare araması Parlamento'ya müracaat ederek mevzuat yoluna başvurmakta kendini göstermiştir.

(Chancery) mahkemesinin bazı sahalarda ezcümle intifa hakkı ve mutemetle idare gibi (common law) tarafından kabul edilmemiş olan sahalarda «münhasır» kaza yetkisi; gerek nisfet gerekse (common law) bakımından mahiyetleri itibarile farklı olmakla beraber hal çaresi mevcut bulunan sair sahalarda «birlikte kaza yetkisi» ve nisfete müracaatın (common law)'da icra edilen bir hakka yardımda bulunması meselâ borcun tahsilinde bir tahsildar tayini gibi hallerde ise «yardımcı kaza yetkisi» vardır.

21. Mutemet ile İdare (Trusts) ve İntifa Kanunu (Statute of Uses).

Maitland (59) (trusts)'ın İngiliz hukukunun içtihat ilmine en belli başlı yardımı olduğunu söylemiştir. (Trusts)'ın başlangıçtaki tarihi (common law) ve (equity)'nin gelişmesine o derece bağlıdır ki burada üzerinde biraz durmak gerekir.

(Trust) şu şekilde meydana çıkmıştır: Feodal sistemde toprak sahiplerine muayyen paralar veya cezalar ödemek gibi ağır mükellefiyetler tahmil edilmişti. Blackstone bunlara şövalyelik vasfından ayrılmayan yedi meyve veya netice diyor ve yardımlar, vergiler, toprağa lordun malik olması, vesayet, mirasçısız ölen kimsenin emlakinin lord'a intikali, sadakat gibi hususları sayıyor. Toprağı elden çıkarma hususunda da kısıtlayıcı hükümler mevcuttu. Meselâ geniş topraklara ve şatolara malik olan baron, ölümünde, bunları seçeceği herhangi bir kimseye bırakamazdı.

Başka bir deyimle müessir bir vaziyet bulunamazdı. Toprak muayyen kaideler gereğince intikal ederdi. Bu mükellefiyetleri azaltmak ve ölüm vukuunda intikali kolaylaştırmak üzere arazi üzerindeki tam mülkiyeti (seizin) itimat edilen

bir dost veya dostlara, intifa hakiki malike ve ölümünden sonra işaret edeceği şahısa ait olmak üzere devretmek yoluna gidildi. Bunun gibi, toprağa malik olan (A) kendi hayatı boyunca kendisi sonradan işaret edeceği (C) yararına (for the use of) (B)'ye ferağda bulunurdu. Böyle bir devirden sonra (A) toprak üzerine yüklenilmiş feodal mükellefiyetlerden beri olurdu çünkü (common law) ancak hakiki maliki tanırdı. (Common law) (B)'nin (A) ve onun ölümünden sonra (C) lehine yaptığı vâdi nazara almamıştır. (B)'yi hakiki malik olarak ve bu sıfatla da, mülkiyetin menfaat ve mükellefiyetlerine sahip addetmiştir. Mamafih (Chancellor) takriben 1400 yılından başlamak üzere (B) vâdini yerine getirmiyerek toprağı yalnız hukuken değil fakat ondan istifade de sağlayacak şekilde bir iddiada bulunursa başka bir deyimle toprağın kendisinin olduğunu iddia ederse (A) veya (C)'nin haklarını teslim etmiştir.

Bu intifa'ların bir neticesi en yüksek arazi sahibi olan ve feodal vasfın mükellefiyetlerinden en büyük istifadeyi sağlayan Kralın, esaslı bir gelir menbaından mahrumiyeti olmuştur. Bir başka neticesi de (common law) mahkemelerinde bu yeni çarelerle meşgûl olan hukukçular arasında ziddiyet ve kıskançlık doğurmuştur. Bu hukukçular intifa'yı ve Chancellor'un intifayı kabul etmesi keyfiyetini (common law)'a ve kendi geçimlerine karşı tehlike addetmişlerdir. Maitland'ın izah ettiği üzere, VIII. Henry'nin 1535'de önce tehdit ettiği sonra kendi tarafına çektiği (common law) hukukçularının yardım ve tasvibi ile Parlamento'ya İntifa hakkı kanununu (the Statute of Uses) isdara ikna etmiş olması muhtemeldir. Bu kanunun gayesi intifa hakkı tesisini toprağın maliki bulunan lord'u şövalyelik sıfatının meyvelerinden mahrum kılmayacak şekilde tadil etmektir.

intifaları ve kanunu ilgilendiren hukuk güç ve giriftir, fakat takip ettiği gaye umumiyetle şu idi: Herne zamanki bir şahıs (mesela B) bir diğer şahsın (mesela ferağda bulunan (A) veya faydalanan (C) **istifadesini teminen** toprak mülkiyetine sahip olursa (B) nin bu maliklik sıfatı, kanun (statute) hükmü gereğince, vaziyete göre (A)'da veya (C)'de toplanıyordu.

Plucknett, bunu şöyle izah ediyor: (Statute of Uses) gereğince (cestui que use) (x) (mürtezika) her bakımdan kanunî malik oluyor ve (Statute) esrarlı (seisin) (60)nin (xx) faydalarını kendisine tanıyor o (seisin) ki (common law) mülkiyetinin esasını teşkil eder (61). Otoriteler incelendiği takdirde başlangıçta (seisin)nin malik olma mânasına geldiğini anlamak kolaydır. Pollock ve Maitland (vol. II. p. 31) Norman istilâsından üçyüz yıl sonraya kadar İngiliz hukukçularının mülkiyeti Romalıların **possessio** ve **possidere** mefhumlarına müracaat etmek-

(x) Hukuken malik olmamakla beraber bir mülk veya muamelelerin malik gibi faydalanan kimse; (Ç. N.).

(xx) Arazi üzerindeki tam mülkiyet (Ç. N.).

sizin anlatacak bir kelimeye sahip olmadıklarını söylemektedirler. Bu başlangıç yıllarında kelime «herşey hakkında ve eşya telâkki edilebilecek her nevi devamlı haklar» dolayısı ile meselâ bir koyun postu, beş para, bir parça arazi, bir miktar domuz pastırması vesilesi ile kullanılırdı. Ancak o zaman dahi (seisin) kelimesinde toprak'tan veya şahsın elinde bulundurduğu eşyadan istifade fikri mündemiçti. Mamafih daha sonraları ve muhtemelen onaltıncı yüzyılın ortasına doğru bir hukukçu'nun (seized) kelimesini topraktan başka bir vesile ile kullanması affedilmez olmuştur. (Statute of Uses)'ün isdar edildiği tarihte yani 1536'da dahi bu böyle idi.

(Seisin)'nin sonraki gelişmelerinin mânasını anlatmakta pek fayda yoktur. Kavramın olgunlaştığı devirde malik olmak ve istifade etmeği ifade etmiyordu çünkü tam mânası ile malik olan meşrû surette malik olmuyor ve istifade etmek hakkı olan ise tam mânası ile malik bulunmuyordu. Pollock ve Maitland eserlerinin bir yerinde toprağa tam malikiyetin zamanla bu topraktan istifadeyi tazammun ettiğini söylemektedirler, ancak bu önceki bir tarihte atıfta bulunmaktadır. (Türk okuyucu için bir faydası olmamakla beraber) fikirlerini şu şekilde özetliyorlar (vol II, p. 40) :

«Umumiyetle, hukukun (seizin of free hold) adı altında himaye ettiği toprağa malikiyetin bir kimsenin toprağı, köle olarak kiralaması, sahibin rızası neticesinde kullanması, yıllık olarak kiralaması, toprağa muhafızlık etmesi gibi haller dışında işgali vâkıasında olduğunu söyleyebiliriz. Bu işgali, kendisi, hizmetkârları, muhafızları, kölelere kiralaması, iradî olarak başkasına vermesi veya yıllık olarak kiralamak gibi yollarla devam ettirebilirdi. Mevzu en iyi şöyle hütlâsa edilebilir: toprağı işgal, serbest bir adamın tam olarak malikiyetini ifade eder ta ki muayyen yollardan birine başvurularak sağlanmış olsun. Mamafih, prensibin diğer veçhesini tetkik edecek olursak toprağa tam malik olanda bulunması istenilen (animus) bu toprağa sanki hayat boyunca kiralamak veya serbestlik vasfına istinaden malik olmak niyetinin bulunmasıdır. (Seizin)'nin mahiyeti hakkında ve bahusus işgal olarak bahsettiğimiz unsur hakkında daha söylenecek çok şey vardır ancak bu, en iyi şekilde bu (seizin)'nin tesirinden, hukuk tarafından himayesinden, mülkiyet haklarına münasebetinden bahsetmekle ifade edilebilir».

Pratik bakımdan (Statute of Uses)'den şu neticeler doğar :

- (a) (Common law) hukukçularına toprağı ferağ konusunda yeni bir metod sağlar. Toprağa malik olan (A) bunu (C)'ye ferağı arzu ediyorsa artık toprağı intifâ (C)'ye ait olmak üzere (B)'ye ferağ edebilmekte idi. (Statute) mülkiyetin (C)'ye geçmesi için derhal tatbik ediliyor ve (C) böylelikle yeni malik oluyordu.
- (b) Tipik pasif nev'iden olan bütün intifalar (Statute) gereğince mecburen (common law)'un şamil olduğu mallar kategorisine giriyordu.
- (c) İntifa artık mülkün veraset yolu ile intikali hususunda bir tedbir olmaktan çıkıyordu.

- (d) Kiral «herhangi bir engele rastlamaksızın intifalar icra edileceğinden ve kanun tarafından yaratılan mülke feodal imtiyazlar bağlı olacağından feodal resimleri tahsil edebiliyordu» (62).
- (e) (Statute of Wills - Vasiyet kanunu)'nun isdarına sebep oldu. Kanun 1540'da Kiral tarafından (Statute of Use)'ün toprağın vasiyet suretile nakline mani oluşuna şiddetle itiraz eden toprak sahibi asilzadeler bir imtiyaz olmak üzere çıkarıldı. (Statute of Wills) İngilteredeki toprak sahiplerinin çoğunluğuna toprağı vasiyette bulunmak suretile devretmek imkânını sağladı.
- (f) Mülk ferağının alenen kaydedilmesi neticesini doğurdu.
- (g) Tipik olmayan neviden bazı intifalar (Statute)'ün şümulü dışında kaldı. Aktif intifalara, menkül veya şahsî malların intifasına tesir icra etmedi. Bir intifa üzerine diğer bir intifa bina edildiği takdirde bu ikincisine tatbik edilmedi. Meselâ toprak (A) tarafından (B)'ye (C)'nin (D) lehine intifası için ferağ edilmiş ise (Statute) birinci intifaa tatbik ediliyor, maliklik sıfatı (C)'ye ait oluyor ve fakat ikinci intifa icra edilmiyor ve (C) sıfata (D) nin intifasını teminen malik oluyordu.

Girift noktaları uzun boylu izah edilmeksizin hemen anlaşılamiyacak bir mahiyet arzeden bu yüksek derecede teknik noktalar ehemmiyetsiz gözükebilir. Hadizatında temel ehemmiyeti haizdirler, çünkü emlakın intifaından ve intifa üzerine intifa tesis edilmesinden modern (trust) kavramı gelmiştir.

Intifa kanununun isdarını takip eden yıllarda hukukçular arasında (intifa - use) kelimesini kanunun tatbik edildiği münasebetlere ve (trusts) kelimesini kanun şümulüne girmeyen münasebetlere inhisar ettirmek âdetten olmuştur (63).

(Trusts) kelimesinin bir şahsın başkalarının yararına olmak üzere mülkiyete tasarruf etmede manevi bir mükellefiyet altında bulunduğu hallere tatbik edildiğine dair daha umumi bir anlamı da öne sürülmüştür (64). Modern (trust)'in şimdiki gelişmesi uzun sürmüş ve zamanla gölgelenmiştir. Mutemet olan (B)'nin kanuni malik olarak istifade eden ve nisfet gereğince malik bulunan (C) lehine tasarrufta bulunduğu intifa üzerine intifa tesis edilmesi muhtemelen ancak onsekizinci yüzyılda mümkün olmuştur. Modern (trust)'in vasıflarını haiz olarak malların aktif bir şekilde mutemete tevdiî hadisesinin daha önceki bir tarihte tatbik edilmiş olmaları da muhtemeldir. İşte (trust) denilen usul İngiliz hukukunda bu şekilde gelişmiş ve mevki kazanmıştır. İngilterede aile münasebetlerinde geniş surette tatbik edilmiştir. Meselâ bir babanın bir toprağı veya parayı mutemetlere ferağ edip bunlar tarafından kızı veya oğlu veya bunların çocukları yararına kullanmaları ve idare etmelerini teminen davranmasında olduğu gibi. (Trust) (common law) tarafından tanınan bir usul olmadığından ve mahiyet itibarile nisfete -

equity'ye ait olduğundan (Chancellor)'un kaza yetkisi dahiline girmiş ve bunun en önemlisi faaliyet sahalarından birini teşkil etmiştir.

22. Magna Charta.

Magna Charta'nın İngiliz tarihindeki mevkii kolaylıkla izah edilemez ve anlatılamaz. Bir ideal veya sembol olarak Anglo-Amerikan hukuk binasının temel taşı telâkki edilebilir. Hubert Walter ve Stephen Langton gibi büyük nazırların Kralî kudretin hukuktan ayrılmıyacağını iddia ettikleri bir devrin mahsulü olarak meydana çıkmıştır. Bu devrede gerek nazariye gerekse tatbikatta Kral veya devletin ve evleviyetle (a fortiori) kilisenin adaletin yegâne kaynaklarını teşkil etmedikleri fikrinin geliştiği de görülmüştür. Fertler: öyle imtiyazlar, haklar ve hürriyetler vardır ki cihanşümul ve Tanrı vergisi olup Kral dahi bunları ihlâl edemez demişlerdir. Langton bütün insan hukukunun ittiba eylemesi gerektiği yüksek hukuk prensiplerinden bahsetmiştir. Bu fikir ifadesini mutantan bir şekilde ve yazılı olarak Kral John'nun (1199 - 1216) 1215'de baronların ısrarı üzerine imzaladığı ve 1216, 1217 ve 1225'de tâdil edildiği şekilde Amerika Birleşik Devletleri dahil bütün (common law) memleketlerinde idarenin zalimleştiği veya müstebitleştiği zamanlarda millet haklarının sembolü addedilen (Magna Charta'da bulmuştur.

(Şart - Charter) uzundur. Ahalinin değil fakat baronların taleplerine bir cevap teşkil eder. (Common law) adaletinin büyük temel taşlarını teşkil eden Jüri'den veya (habeas corpus) emirnamesinden bahsetmez.

Altmış bölüm içindeki kelimelerin hangilerinin (Magna Charta)'nın mevcudiyet sebebini teşkil eden idealleri temsil ettiğini söylemek kolay değildir, ancak şu aşağıda belirtilen prensiplerin (common law) nizamında kiliseye, devlete ve vatandaşlara yol gösterdiklerine şüphe yoktur:

«İşbu Şart-Charter ile teyid ederiz ki İngiliz kilisesi serbest olacak ve bütün hak ve hürriyetlerinin tamamına malik olacak ve bunlara dokunulmayacaktır. Aynen kiralığımızın bütün hür insanlarına her zaman malik olmalarını teminen şu hürriyetleri vermekte ve bahsetmekteyiz.

Hiçbir serbest adam tevkif ve hapsedilemeyecek, serbest mülkiyeti zaptolunamayacak, hürriyetlerinden veya kadim teamüllerinden mahrum edilemeyecek ve kanun harici addedilemeyecek, teb'it edilemeyecek ve herhangi bir surette kötü muameleye maruz bırakılmayacaktır. Memleket kanunlarına göre hemsınıflarının kanunî bir hükmü mevcut olmadıkça bunların tevkiflerine başvurmayacağız. Hak ve adaleti hiç kimseye satmayacağımız gibi red ve talik dahi etmeyeceğiz.»

(Magna Charta)'nın yegâne olmadığı, Avrupada başka kırılların tebaalarına aynı surette haklar bahsetmiş oldukları ileri sürülmüştür. (Magna Charta)'nın kanun kuvvetini haiz bulunmadığı ve bir efsane ve sembol'den başka birşey ol-

madîği da söylenmiştir. Bu sözler pek âlâ doğru olabilir. Yine de (Magna Charta) müessir sembol olmuş ve nesiller boyunca İngilizce konuşan milletler câmiasının mukadderatına şekil veren bir efsane mahiyetini arzemiştir.

(Magna Charta)'nın ilham eylediği fikirler Amerikan ve İngiliz hukukuna ithal edilmiş olup her kelimesine bazan parlamentolar veya mevzuat, bazan kilise, bazan devlet adamları veya hukukçular veya yazarlar ve İngiliz ve Amerikalıların temel addettikleri bu haklar adil olmıyan ve zalim bir idare tarafından tehdiide maruz kaldığında ekseriya halk tarafından defalarla müracaat edilmiştir. Bu (common law) memleketlerinin haksızlık ve baskıdan azade kalmış olduklarını ifade etmez. Bu hürriyet, adalet ve kanun önünde eşitliğin (Magna Charta) devrindenberi iyi ve arzu edilir idealler olarak tanınmış olduklarını ifade eder.

23. Ticaret Hukuku (The Law Merchant).

İngiliz hukukunun toplumu içinde mevkiini tesbit etmek üzere ticaret hukuku hakkında da birkaç söz söylemek lâzımdır. Menşei kısmen Cermen milletlerinin ticari ve bahri teamüllerinde ve bahusus, Holdsworth'un ima ettiği gibi, Güney Avrupanın ticaret merkezlerinde câri olan kaidelerden neşet ettiği anlaşılmaktadır (65). Sir Alexander Wood Renton İngiliz hukukunda hangi safhalardan geçtiğini şöyle hülâsa ediyor :

-İngilterede ticaret hukukunun üç belirli safhası vardır: birincisi Coke zamanında sona erer. Bu safhada hususî mahkemelerde, kendilerine has hak ve mükellefiyetlere sahip olan hususî bir sınıfın (tüccarların-mercantile men) ihtilâflarını halletmek üzere başvuru mahsus bir hukuktur; ikincisi, Lord Mansfield devrine kadar devam eder, bu safhada şüphe halinde vakia olarak ispat edilecek örf ve âdet manzumesi olup sırf tüccarları bağlar; Lord Mansfield zamanını ve sonrasını ihtiva eden üçüncüsü ticarî veçhesi bakımından Lord Mansfield'in kararları sayesinde (common law)'a dahil olmuş tüccar olsun olmasın herkese şamil olmuştur, bahri veçhesi bakımından ise Amirallik Mahkemesinde tatbik edilmiştir ki, artık bu mahkeme Yüksek Mahkemenin bir şubesi olmuştur. (Studi in Memoria di Aldo Albertoni (Case Editrice Dott. Antonio Milani, Padova, 1938) p. 85. (66).

Plucknett, daha önce bir tarihte, aynı mealde olarak şunları söylüyor :

-Cemiciliğe, ticari muameleler ve sigorta'ya taallük eden hukuk Mansfield tarafından hemen yeniden inşa edilmiştir. (Mansfield), milletlerarası ticaretin her memleket kanununun aynı prensiplere istinat etmesi gerektiği basiretli ve şerefli tüccarların namus ve hakka-niyetinin bir tatbiki olması hususunu hiçbir zaman gözden kaçırmamıştır. Coke ticaret hukukunu (common law)'a ithal etmiş; Holt muhafaza etmiş, Mansfield ise onu resmen sistemimize mal etmiştir. (67).

Mansfield'in geliştirdiği ticaret hukuku, bizim bakımımızdan İngiliz (Common law)'unun bir parçasıdır. Hernekadar Mansfield'in verdiği kararlar 1756 ve 1788 yılları arasında kaleme alınmış iseler de tesis ettiği kaideler Amerikan devletleri tarafından kabul edildiği şekilde (common law)'un bir parçası olmuştur.

24. Vasiyet ve Veraset Hukuku (The Law of Wills and Succession).

İstilâdan az sonra I. William, dine taallük eden bütün meseleleri rüyet etmek üzere ruhani bir sistemin kilise mahkemelerinin kurulmasını emretmişti. Kral Mahkemelerinin yanı başında faaliyette bulunan bu kilise mahkemeleri Kilise hukukunu (Canon Law) tatbik ediyor ve «evlilik, vasiyet ve vasiyetname bırakmadan ölenlerin menkul mallarının idaresi» hususlarını rüyet ediyorlardı. Böylelikle, ölmüş kimse mallarının bir kısmı, yani vasiyetname intikal eden kısmı ile vasiyetname bırakmadan ölen kimsenin menkul (şahsî) malları kilise mahkemelerinin kaza yetkisi dahiline giriyordu. Menkul (şahsî) mallar vasiyetname ile intikal edebilirdi ve bu vasiyetnamenin hazırlanışı ölmek üzere bulunan şahsa kilisenin icra ettiği dinî merasimle at başı giderdi. Kilise'ye hediye verilmesi beklenirdi ve bu intizar o kadar şiddetli idi ki vasiyetname bırakmamak kilise nazarında bir cürüm telâkki edilirdi.

Mamafih, şahsî mallar hakkında vasiyette bulunulmadığı takdirde, mallar bir çok yollardan bazan hisseler halinde aileye intikal eder, bazan Kral'a veya Lord'a ir'at kaydedilirdi, bazan idareci tarafından el konulurdu, bu hal 1670'de Taksim Kanununun (Statute of Distributions) isdarına kadar devam etti. Bu kanun bir çok suistimali önledi ve esas bakımından üçde biri dula ve üçde ikileri çocuklar arasında taksim etti. Çocuk yoksa yarısı dul'a yarısı en yakın akrabaya gidiyordu; dul yoksa çocuklar hepsini alıyor; ne dul ne de çocuk varsa hepsi en yakın akrabaya kalıyordu. Toprak, çok önceki tarihtenberi intikal edemezdi yani vasiyetname yolu ile geçemezdi ve bu durum 1540'da (vasiyet kanunu - Statute of Wills) nun isdarına kadar devam etti. Bu uzun devre esnasında toprak, onun hakiki malikinin vefatı üzerine ölünün mirasçılarına tesbit edilmiş kaideler gereğince intikal ederdi (68). Ölüm vukuunda toprağın bu bükülmez veraset kaideleri gereğince intikalini önlemek üzere bazı çarelere başvurulurdu. Bu çarelerden biri (intervivos) nakilde bulunmak (meselâ küçük çocuğa) idi fakat en fazla müracaat edilen ve en müessir olduğu anlaşılan çare intifa hakkı tesisi (use) ile onun halefi mutemetle idare (trust) idi ki bunlardan önce bahsetmiş-tik. Nihayet 1540'da (Statute of Wills) isdar edildi. Bu kanun toprağın vasiyetle intikaline müsaade etti ve vasiyetnamenin yazılı olmasını derpiş etti. Sonradan (1677)'de isdar edilen (Statute of Frauds) toprak intikalini teminen hazırlanan vasiyetnameye başka şartlar ilâve etti. Bu tarihten sonra mezkûr vasiyetnameler yazılı olmalarına inzimamen vasiyette bulunan tarafından imzalanmış ve en az üç şahit tarafından da teyid edilmiştir. Sonradan çıkan bir kanunda (1837 tarihli Wills Act) toprağı veya menkul malları ilgilendiren bütün vasiyetlerin imzalanması ve şahit huzurunda hazırlanmasını emretti.

Vasiyeti ilgilendiren kanunlar, Taksim Kanunu, Veraset Kanunları, Amerikanın, vasiyesi, ve vasiyet bırakmadan ölen bir şahsın menkul ve şahsî mallarının intikaline dair kanunlarının temelini teşkil etmiştir.

25. (Common Law) Sisteminin belirli hususiyetleri.

Medeniyet, dünyaya iki büyük hukuk sistemi, hususi hukuk ile (common law) sistemlerini hediye etmiştir. Her birinin zayıf ve kuvvetli noktaları mevcuttur. Her sistemin yekdiğerine benzememekle beraber filozofların, neler oldukları hakkında daima ittifak etmedikleri bazı hususiyetleri vardır. Bu kesimde, müellifler, (common law)'u hususî hukuktan ayıran hususiyetlerin neler olduğu hakkında kendi fikirlerini belirteceklerdir. (1) (Common Law)'a kanunlarda rastlanmaz. Bu hukuk hiçbir zaman taknin edilmemiştir. Dörtüüz yıldan fazla bir devrede mahkemelerin rüyet ettikleri muazzam sayıdaki davalarda ifadesini bulmuştur. Bunların zaptedilmesi hukuk profesörlerinden ziyade hukukçular tarafından vukubulmuştur. Dâvalar, hakim, avukat ve müdafa vekillerinin nesiller boyunca müşterek olgunluklarını temsil eder. (Common Law) Lawson'un dediği üzere (kararlardan taktir edilmiştir» (69) (Common Law)'a yazılı olmayan hukuk (lex non scripta) denir. İngiliz hukukunun kendine has karakteri sistemin özünü teşkil eden doktrin her hangi resmî bir beyanda bulunmayıp büyük sayıda adli kararlarının bir araya getirilmesidir. Bu doktrin'e kanunlarda ve sair yazılı vesikalarda bulunan hukukun aksine yazılı olmayan hukuk adını veriyoruz. Bu hukuku ancak adli kararların yazılı (report) larından arayıp bulup öğrenebildiğimize göre ona yazılı olmayan hukuk dememiz biraz garip görülebilir. Ancak fark bu noktada değildir. **Esaslı olan nokta, kanun yazılı olduğunda kendileri de kanun kuvvetine haiz ve hakimler tarafından tefsir edilecek kelimelerde ifade edilmesidir....** Kelimelerin kanun olduğu söylenebilir. Diğer taraftan adli kararların içtihat mecmualarına geçirilirken kullanılan kelimeler şüphesiz kanun değildir ancak o anda hakimlerce en müsait addedilen bir şekilde hukuku belirtmeğe yararlar» (Lawson, the Rational Strength of English Law, Stephens and Sons, Ltd. London, 1951) 15; London Graving Dock Co. v. Horton (1951) v. all E.R.I. (Common Law) başka bir anlamda da yazılı hukuk değildir. Bu bilhassa sosyal kavramlar imtihandan geçtiği veya değişikliğe maruz kaldığı zaman müşahede edilir. Halktan «bir kanun lâzım» sesleri yükselir, ancak hukukçu ve hâkim umumiyetle mevzuata muarızdırlar. Karara bağlanmış dâvalar hazinesine, talep hakikaten acil ve ihtiyaç aşikâr ise müracaat etmenin kaabil olduğunu bilirler. Filhakika çaresi bulunmayan bir haksızlık ve kendisine riayet sağlanmayan bir hak hemen hemen mevcut değildir. Hakikatte, bir dâvanın vakıaları diğer birinin vakıalarına o kadar az benzer ki önceki bir karar otorite teşkil etmez. Vakıaların muayyen bir netice tevliid edecek surette içine döküleceği bir hukuk potası yoktur. Her dâva kendi neticelerinin ışığında mütalâa edilir ve muayyen bir karara yol gösterirken vakıaların hukuktan daha önemli olduğu umumiyetle öne sürülür. İşte kanaatimizce bu bakımdan hukuk yazılı değildir. Bununla beraber, (common law) teriminin adi anlamında «yazılı bir hukuktur» Mayers (70) Amerika Birleşik Devletlerinde yeni hukuk sahaları yaratmakta kanun vazının fiili iştirakini belirtmekte eski sahalara ise kanun koyucuların «mah-

kemelerin yıllar boyunca kurdukları hukuki binalara» umumiyetle dokunmadıklarının ilâve etmektedir. «Hukukumuzun bu kısımlarının kanuna değil fakat bazı hallerde yüzyıllar boyunca ve şarihlerin yazılı mütalâaları ile yıllardır gelen an'aneyle istinat etmesi» bir bakıma Avrupalı müşahidi şaşırtmaktadır diyen aynı müellif şunları ilâve ediyor:

«Bu doktrinlere bazan izafe edilen «yazılı olmayan» tâbirinin kifayetsiz olduğu aşıkârdır. Çünkü İngiliz Amerikan hukuk doktrinlerinin gelişmesini gösteren yazılı zabıtlar ke-sintisiz olarak uzun devreler boyunca devam etmiş ve herhangi sair modern hukuk sisteme nisbetle tam ve velûd bir mahiyet arzetmemişlerdir. «Yazılı olmayan» tâbiri ile ifade edilmek istenilen bu hukuk manzumesini teşkil eden doktrinlerin hiçbirinin tek bir vesika-da kanun kuvvetini haiz olacak şekilde formüle edilmemiş olmasıdır. Bizim kanuna istinat etmiyen hukukumuzun (case-dâva) hukuku olduğu da söylenmiştir. Bu terim, an'anevî hukukumuzun kaynağı olarak Şarihlerin yazılarına atfedilen önemli mevki aksettirmekten uzaktır. (Case Law) terimi mahkemelerin hukukun münhasıran teamülî bir temele istinat ettiği sahalarda ifade ettikleri doktrinlere münhasıran tatbik edilebilmekten uzaktır. Kanun isdari yoluna güvenin hukuk temelini teşkil ettiği bu sahalarda meselâ işçi tazminatı sahası geniş bir (case law) manzumesi de mevcuttur. (Yani doktrin ile adli ve idarî mahkemelerin kanun hükümlerini mahsus davalara tatbiki suretiyle geliştirdikleri tefriklerin mecmuu mevcuttur).»

(2) (Common law) hiçbir zaman statik değildir. Muhtemelen bunun böyle olduğunu belirtmek için kâfi izahat vermiş bulunuyoruz. Mamafih İngiltere'de (common law)'un gelişmesinin yavaşladığı ve belki de esas hususiyetlerinin kaybolduğu, buna mukabil bugüne ve gelişme ameliyesinin Amerika'da devam ettiğini belirtmek gerekir. İngiliz bilginlerinden naklettiğimiz şu fikirler bu hususu aydınlatacaktır, sanıyoruz:

«Teamüle başvurulması hususunda onsekizinci ve ondokuzuncu yüzyıllar arasındaki fark sayan dikkattir. Yaşayan bir teamülün yatkınlığına işaret etmiş bulunuyoruz. Lord Mansfield tacirlerin örf ve âdetlerini (common law)'a mal ettiğinde mevzu bahis teamül tüccar örfünün gelişme ve değişmesine cevap veren yaşayan ve yatkın bir teamül idi. Hâlâ da öyledir, ancak kazara bir mahkeme bu teamülün bir noktası hakkında karar verdi mi yatkınlığını ebediyen kaybeder ve mahkemenin dokunduğu noktada emsal kaidesinin tatbiki ile sabit bir hal alır. Mahkemenin kendi teamülü de aynı değişikliğe maruz bulunmakta ve (common law) teamülü eski intibak kaabiliyetini kaybetmek tehlikesi ile karşı karşıya bulunmaktadır. Adli karar bir hukuk kaynağı ise onu bu bakımdan dondurucu bir kaynak olarak tavsif etmek hatalı değildir. (Plucknett - p. 332).

«Mahkemelerimizin verdikleri kararlardan istifade zamanla değişmiştir. Tabedilmiş kitaplar devrine kadar bükülmez ve çabuk değişir bir sistem mümkün değildi: bu devirden önce hâkimler tenakuza düşmekten çekinmekte ve adli usulün bir noktasını öncüsüren bir (barrister) umumiyetle hâkimi meslekdaş veya seleflerinin yolundan gitmeğe ikna edebiliyordu. Onaltıncı yüzyılda zabıtlara müracaat kaabil olunca atıflar sarahat kaybetmiş, davalara isimlerine müracaat edilmiş mahkemelerden bunlara ittiba etmeleri beklenmiştir. Ancak hâkim önceki kararlar ile bağlı olmaya mecbur değildi, eski görüş (emsal değildi), hukuk kaidelerinin en iyi delilidir, fakat bundan başka birşey değildi ve emsalin ihtiva etmeği düşündüğü hukuk yanlış, gayrı maatiki ve şiddetli derecede uygunsuz

ise emsal nazarı itibara alınmıyabilir) merkezinde idi. Bu davranış takriben son yüzyılın ortasına kadar sürdü, o tarihte yeni bir sertleşme vukubuldu ve mahkemelerimiz emsalin (kesin surette bağlayıcı olduğu) nazariyesini benimsediler. Modern nazariyede bir mahkemenin kararları bütün ast mahkemeleri bağlar. 1861'de Lordlar Kamarası kendisinin önceden vermiş olduğu kararlara aykırı karar veremeyeceğini ilân etti, öyle ki Lordlar Kamarasının kararı kendisinin üst bulunduğu sistemimizdeki bütün mahkemeleri bağlar... Sair kararlar, hükmü vermiş olan mahkemeye veya atıfta bulunan mahkemeye göre bağlayıcıdır veya değildir. Bunun gibi bir Yüksek Mahkeme kararı, Kontluk Mahkemesini bağlar, bir diğer Yüksek Mahkeme hâkimince nazarı itibara alınmıyabilir ve İstinaf Mahkemesi tarafından ise nakzedilebilir. Bu bükülmez sistem tatbikatta görüldüğünden daha yatkındır. Bağlayıcı olan, hükmün istinat ettiği prensiptir ve sıkıcı bir emsal bazan (tefrikde bulunma - distinguishing) denilen mantık yoluna başvurularak veya «karar, mahsus hâdiselere istinaden verilmiş addedilmelidir» denilmek suretiyle bertaraf edilebilmiştir. Emsalin nazariye ve tatbikatı halen çok ihtilâflı bir konudur ve kısa bir şekilde muhtelif iddiaları belirtmeğe imkân yoktur. Bu ihtilâfların en garip tarafı bizim bugünkü tatbikatımızı müdafaa edenlerin bunu denemiş ve (common law)'un gelişmesinden mes'ul bulunan bir teknik olduğu temeline istinaden yapmalarıdır: tarihî hakikat şudur ki bizim (common law) mutlak surette bağlayıcı emsal kavramının mutlak surette namevcut olduğu eski ve çok daha liberal bir an'ane tarafından yaratılmış ve geliştirilmiştir.» (Jackson p.13)

Buna mukabil (common law) Amerika Birleşik Devletlerinde eski yatkınlığının büyük kısmını muhafaza eder görülmektedir :

•Hukukçu olmayan bir kimse, bu davaların mahkemeyi aynı vakıaları haiz bir davada emsal olarak bağhyabileceği intibamı edinebilir. Hakikatte, bir çoğu kanunları, doktrinleri veya çoktan eskimış konuları ilgilendiren bu davaların ancak cüz'î bir kısmı emsal vasfını haiz olabilir. Halen rüyet edilmekte olan davanın bir önceki davada mevzubahis edilen vakalara tıpatıp benzer vakıaları muhtevi olması ve önceki davada verilen kararın aynı halen görülmekte olan davaya tatbik edilebilmesi nadiren vukubulur. Önceki davaların zabıtları bir (emsal) deposu olarak değil de yeni davalarda fikir yürütülmesinde kıymeti haizdirler. Mahkeme rüyet etmekte olduğu dava hakkındaki (mütalâasına) hangi doktrin mesnet teşkil ettiğini ve bu doktrin in dava vakıalarında nasıl tatbik edilmesi gerektiğini ifade ederken (bu nevi mütalâaları bilhassa İstinaf Mahkemeleri yazarlar) hakikatte an'anevi bir doktrini veya bir kanun hükmünü genişleterek, tadil ederek, başka ilgili bir kaideden tefrik ederek tefsir etmekte veya şerhetmektedir. Böylelikle bizim gerek an'anevi gerekse kanunî hukuk kaidelerimiz mütemadiyen aşımına veya katılma yolu ile yeniden takdir, tadil'e maruz bırakılmaktadır. Bir kaidenin bilinen ismi uzun seneler aynı olarak kalabilir, ancak muhtevası hemen belirsiz bir şekilde değişmektedir. Böylece mahkemeler mütemadiyen ve fakat tedricen derece derece hukuk yaratmaktadır..” (Mayer p. 351).

(3) (Common law) carî olduğu topluluğun kamu efkârını temsil eder. «zaman ihtiyaçlarına hizmet eder» (71) gelişmesi bazan sıkıcı derecede yavaş vukubulur. Kamu efkârına hemen umumiyetle ayak uyduramaz, fakat zamanla camianın ahlâkî ve iktisadî standartlarına intibak eyler (72).

(4) 20'inci yüzyılın ilk kısmına kadar gelişmiş bulunan (common law)'u aşırı ferdiyetçilik karakterize eder. Tarihinin başında bu hukuk, Kiralın hukuku idi. Mamafih, zamanla ve onüçüncü yüzyılda başlamak üzere gayesi fert hakla-

rının himayesi olan ve şahsî mülkiyet üzerinde tarihte ilk defa olarak ısrar eden bir sistem halini aldı (73).

(5) (Common law) tarafların münasebetlerine ve bağlananların iradesinden müstakillen vecibelerin yaratılmasına büyük ehemmiyet atfeder (74). Bu temayül (common law)'un toprak sahibi ile kiralayan, efendi ile hizmetkâr, mutemet ile faydalanan, iki ortak, karı ile koca, borçlu ile alacaklı arasındaki münasebetlere atfettiği ehemmiyette tebarüz eder. Bütün bunlarda, haklar ve mükellefiyetler, mukaveleye veya tarafların niyetine değil, fakat münasebete bağlı hukukî hâdiselere tâbidir. Anladığımızı göre bu birçok bakımlardan hususî hukuk tutumundan farklıdır.

(6) (Common law)'un temel bir hususiyetini de hukukun üstünlüğü teşkil eder. (Common law)'un mahiyeti ve tatbikinde üstün derecede ferdi olduğunu tekrarlıyabiliriz. Başka bir söyleyişle (common law)un câri olduğu memleketlerde hükümet idarecilere değil hukuka istinat eden bir hükümdür. Onyedinci yüzyılın büyük hâkim ve şârihi ve büyük hukukçusu Coke, bu prensibin belli başlı cesur müdafiidir (75). Onun görüşü kiralın ve Parlâmentonun son söz sahibi olmaması ve her ikisinin tasarruflarının hukukun sadece beyan ettiği temel hak ve akıl prensiplerine uyması gerektiği yönünde idi (76).

(7) (Common law) sisteminin bilhassa dikkat çeken bir hususu hâkimin bu hukuk ile hususî hukuk sistemindeki durumu kararlaştırdığında meydana çıkar. Jackson bu hususiyeti şöyle hülâsa ediyor :

«Kanaatimce, (common law) ile (romanesk) sistemler arasında bir tefrik vardır ki bütün farkların anahtarı mesabesinde. Bu, hâkimin durumudur. Roma hukuku an'anesi, bir hukukçunun daha genç yaşta mahkeme huzuruna (avukat olarak çıkma) veya (hâkimlik vazifesini ifa etme) hususunda bir seçimde bulunmaya mecbur eder. Adli organ idarî hiyerarşi'nin bir parçasıdır; genç bir adam alt dereceli bir mahkemede çırak olarak başlar ve yavaş yavaş çok daha itibarlı bir adli makama yükselir. Bu onun bütün meselelerde bir hükümet dairesinin emri altında çalışan bir memur olduğunu tazammun etmez, fakat adliyenin tatbikatla uğraşan hukukçuyu içine almayan ayrı bir meslek olduğunu ifade eder. İngiliz an'anesi hukuk mesleğini muhtar bir bütün telâkki eder, hâkimler bu meslek mensuplarının olgun yaşa erişmiş olanları arasından seçilirler. Nazariye en muktedir tatbikatçıları hâkimliğe terfi ettirmektedir, bu tâyin sonunda herhangi idarî müdahaleden müstakileen çalışırlar. Bu sebeple (common law) hukukçusu hâkime bir ermiş ve kâhin nazarı ile bakar. Bizim sistemimizin, muhakemenin mahiyeti dahil, (common law)'un adli görev kavramı etrafında döner. İngiliz hukukunun mahiyetini onun maddî kaidelerinde değil, fakat adalet mekanizmasında aramamız lâzımdır" (77).

(8) Emsal doktrini - bir mahkeme kararının (ratio decidendi)'sinin bu

mahkemeyi ve ast mahkemeleri bağlayacağına dair umumi prensip - İngiltere'de oldukça sıkı surette, Amerika Birleşik Devletlerinde daha az kuvvetli bir şekilde tatbik edilen bir doktrindir. Aynı bir husus ile ilgilenmiş önceki davalardan istifade edilmesi keyfiyeti yalnız (common law)'a mahsus değildir. Bu husus az veya çok derecede hususî hukuk memleketlerinde de tatbik edilir, ancak kanaatimizce hiçbir yerde İngiltere'de bugün tatbik edildiği üzere sıkı bir tatbik mazhar olmaz.

(9) (Common law)'un hususiyeti jüri olup Jenks'in dediği üzere (78) «Parlamento'nun kendisi gibi İngilizin üzerine titrediği mâmelekenden biridir.» Pound (79) bunu adli emsal ve üstünlük doktrini ile birlikte «Anglo-Amerikan hukuk sisteminin üç belirli surette karakteristik müessesesinden biri» telâkki etmektedir. Jüri bu etüdde başka bir yerde izah edilmiştir (80).

(10) (Common law) sisteminde, bir hukukçu mahkemenin muayyen bir durumda nasıl karar vereceğini hususî hukuk sistemindeki bir hukukçudan daha iyi tahmin eder. Hukukun ne olduğunun bilinmediği bir sistemde bu tahminin şümüllü bir kanunda belirtilen kaidelere nisbetle daha sıhhatli tahminde bulunabileceğini söylemek garip gözüktür ama bu bir vâkiadır. Bu niçin böyledir?

Suali bir misalle cevaplandırabiliriz: Türk Medeni Kanunu evlât edinilmiş bir çocuğun evlât edinenden veraset hakları elde edeceğine dair bir hükmü muhtevidir. Bir Amerikan eyaletinin kanunu evlât edinilen çocuğun evlât edinenin evlilikten doğma çocuğu imiş gibi bütün bakımlardan tevarüs edeceğini derpiş eder. Gerek Türkiye gerekse Amerikan eyaletlerinde vasiyetsiz ölen şahsın malları fûrûna (per stirpes) veya temsil yolu ile intikal eder. (A)'nın (B) kardeşidir, (B), (C)'yi evlât edinir. (B) ölür. Bunu takiben (A) kıymetli mallar bırakarak vefat eder. (A)'nın en yakın akrabaları olarak kuzeni (X) vardır, onaltı derece uzaktır ve (C) vardır, üç derece uzaktır. Kim tevarüs edecektir (C) mi (X) mi?

Bu sual Türk hukukçularına sorulduğunda biri «(C), (A) ve (B)'nin ana ve babasının fûru olarak malları alır» demiştir. Bir diğeri (X) alır, çünkü profesör (Y) Miras hukuku hakkındaki kitabında bu yönde mütalâa serdetmiştir» demiştir. Bir üçüncüsü de «Temyiz Mahkemesi kararı buluruz» demiştir. Hiçbiri tam bir kesinlikle mahkemenin ne karar vereceğini tahmin edememiştir.

Bu durumu (common law)'un hâkim olduğu bir Amerikan eyaleti ile ve meselâ Colorado ile karşılaştırınız. Böyle bir mesele ile karşılaşan hukukçu notlu kanunlara müracaat eder. Burada ilgili kanun hükmünü takip ederek (In re Wilson, Coffman v. Howell, ve Russel v. Joordan) gibi birçok davalara yazılı olduğunu görecektir. Bu davaları inceleyecek ve Russel davasında Eyalet Yüksek Mahkemesinin evlâd edinilen çocuğun evlâd edinenden tevarüs etmekle beraber **onun vasıtası** ile tevarüs edemeyeceği yolunda karar verdiğini

görecektir. Bundan sonra içtihat mecmualarına bakacak, orada benzer davalarla karşılaşacaktır. Russell davasının son zamanlardaki kararlarda zikredilip edilmediğine dair bir atıf'a da bakacaktır. Doğrudan doğruya benzer bir davaya rastlamasa da (ki Colorado'da rastlamıştır) hiç değilse o kadar benzer vak'alara rastlayacaktır ki mevzubahis ihtilâf mahkemeye arzedildiği takdirde nasıl bir hâl çaresi bulunacağını hemen kat'iyetle söyleyebilecektir.

Böylelikle, (common law) sisteminde hukukçu'nun emrinde yalnız kanun hükmü değil, fakat bazıları karşılaştığı meselede derde deva olabilecek muayyen durumlara tekabül eden birçok resmî tefsirler bulunacaktır. Hususi hukuk «doğru ile yanlış» ayıran hattı metre ile, (common law) ise santimle ölçmektedir. İki sistem arasındaki fark kanun bulunmayıp da (common law) teamülünün davalar ile temsil edilmesi halinde aynı şekilde şayanı dikkattir (81).

(11) Mukayese ettiğimiz zaman iki hukuk sistemi arasındaki farkları müşahede ettikçe hayretimiz artmaktadır. Yüksek bir hususî hukuk mahkemesinin yazılı kararları ile ona tekabül eden bir (common law) mahkemesinin kararları arasında geniş fark mevcuttur.

(12) Hususi hukuk ve (common law) sistemlerinde davaların muhakemesi esnasında avukatın rolü bakımından da muazzam fark mevcuttur. Türkiye'yi hususi hukuk sisteminin câri olduğu bir memleket alırsak «avukatların şahitleri ve karşı tarafın şahitlerini sorguya çekemediklerini görürüz. Ancak hâkimin soracağı sualler hakkında temennilerde bulunabilirler. Avukatın rolü bir madûn rolüdür.» (82)

Buna mukabıl bir (common law) mahkemesinde avukat belli boşlu rolü oynar.

(13) (Common law)'un belki yegâne olmamakla beraber bâriz bir hususiyeti de şu şekilde tarif edebileceğimiz (büyük fermanlara - emirnamelere) (Great Writs) müracaat edebilme imkânının mevcut olmasıdır :

Habeas Corpus - Yüksek derecede imtiyaz sağlayan bir ferman olup eski-denberi şahıs hürriyetinin kalelerinden biri telâkki edilir. Fermanın gayesi gayrı meşrû surette tutulmuş veya hapsedilmiş şahısların derhal serbest bırakılmalarını temindir. (Ferman - emirname) umumiyetle bir mahkeme tarafından Kiral adına çıkarılır ve tevkif edilmiş şahsı tutan şahsa hitap ederek mevkufu gerekli tahkikata tevessül edilmesi ve alıkoyma veya tevkif hakkında hüküm verilmesini teminen mahkeme huzuruna getirmesi emredilir.

Mandamus - Bir mahkeme tarafından hükümdar adına çıkarılan ve bir mahkemenin, memurun, şahsın resmî mevkiinden neşet eden bir görevin ifasını emreden fermandır.

Quo Warranto - Hükümdar adına çıkarılan eski bir ferman olup herhangi bir memuriyet ve imtiyaza sahip olduğunu iddia eden veya gasıpta bulunmuş şahıstan iddiasının mesnedini sorar.

Prohibition - Yüksek bir mahkeme tarafından hükümdar adına çıkarılan ve ast bir mahkemeye ve bir davanın taraflarına davanın rüyetini men'eden bir emirnamedir.

Certiorari - Bir mahkeme tarafından hükümdar adına çıkarılan ve ast bir mahkemeye hitap ederek onun baktığı bir davayı üst mahkemenin temyiz edebilmesini teminen dosyanın tevdiini emreden bir fermanıdır.

Bununla İngiliz (common law)'unun (onun belirli hususiyetlerinden bazıları dahil olmak üzere) gelişmesinin tarihçesini tamamlamış oluyoruz.

BİRİNCİ KESİM DİP NOTLARI

(1) «Mamafih, Dean Roscoe Pound, *Spirit of the Common Law* adlı kıymetli eserinde Roma mefhumları ile bizinkiler arasındaki farklara işaret etmektedir. Ancak, hakikatte mukayesesi esasta (common law) ile Romaluların hukuku arasında değil, (common law) ile Sivil Hukuku arasındadır, dediğine göre, gelişmiş sistemin ana mefhumu iradeyi sağlamak ve icra etmektir. Romanist iradî muameleler, (common law) mensubu ise hukukî münasebetler esasından hareket eder. Ancak bu (Willenstheorie) Roma'ya ait değildir. Herhangi bir hukuk sistemi ile meşgul olmadığını açıkça belirten Kant'ın tesiri altında kalan ondokuzuncu yüzyıl Pandekcileri tarafından geliştirilmiştir. Romanist'lerin münasebetlerden ziyade iradî muameleler düşüncesi ile hareket ettikleri lehinde, Dean Pound terminolojik deliller öne sürmektedir; ancak aksi görüş bakımından da deliller bulmak güç değildir.» Buckland and Mc Nair, *Roman Law and Common Law* (Cambridge University Press, 1952) Giriş'in 1. kısmı.

(2) Bonvier, *Law Dictionary* (3rd Rev.) Terim, Roma hukukunun resepsiyonundan önce Avrupadaki durumu belirtmek üzere Von Mehren tarafından bu şekilde kullanılmıştı (Arthur T. Von Mehren, *the Civil Law System*, Prentice-Hall, Englewood Cliffs, N.J.8). Bu müellif: «Roma hukuku, ünife edilmiş bir (common law) için tek değilse bile en mükemmel ümidi teşkil etmekte idi» dedikten sonra (Von Mehren, op. cit. sayfa 9) Almanya'ya ve 1495 resepsiyonuna atıfta bulunarak: «Roma hukuku böylelikle umumî hukuk olmamıştır. Bölgecilik (Şehir hukuku ülke hukukuna, ülke hukuku common law'a takaddüm eder) formülünde ifadesini bulmuştu. 1066 yılında İngiltere'de Norman İstilası devrinde bütün memlekete müşterek bir (Common law) mevcut olmadığını görürüz. Aksine, Avrupa kıtasında olduğu gibi umumiyetle mahallî memurlar tarafından tatbik edilen birçok mahallî kanun ve teamül mevcuttu. Trevelyan, daha önceki bir devir hakkında : «Artık tek bir Kırâl mevcuttu, ancak daha birçok nesil boyunca ülkede zengin neviden teamül ve (hukuk) vardı. (Common Law) - yani bütün İngiltere'ye müşterek olan hukuk Plantagenet'ler devrinde Kırâl mahkemelerindeki mesleki hukukçular tarafından yaratılmıştı; ancak Anglo-Sakson devrinde bu nevi insanlar olmadığı gibi bütün millete şâmil ve davalardan istihraç edilen bir hukuk manzumesi de mevcut değildi» diyor (G.M. Trevelyan, *History of England*, Logmans, Green and Co. London. P. 83) aynı müellif ilâve ediyor: İstilâyı takip eden üç yüzyıl boyunca ve gayet tedricî olarak ki Kırâl Mahkemeleri çok mahsus bir kaza nevinin yerini almışlardır; İngiliz (Common law)'u ve bu hukuku Kırâl Mahkemelerinde tatbik müktedir mesleki hukukçular daha rüşeyn halinde idiler».

(Trevelyan, op. cit p. 127).

Sir Alexander Wood Renton, terimi *the Sources of the Law, with special reference to the British Empire* (Casa Editrice Dott. Antonio Milani, Padova, 1938. P. 86) adlı eserinde aynı anlamda kullanıyor ve şöyle diyor: «(Common Law) terimi en geniş anlamında İngiltere'nin her köşesine müşterek olan hukukî prensip ve teamülün bütününe ifade eder.

Encyclopedia Brittanica (1947 ed.) şöyle diyor: «(Common Law), Orta çağlarda

(Ticaret Hukuku — Law Merchant) dolayısı ile olduğu üzere muayyen bir sınıfa has olan hukuktan farklı olarak bütün kuralığa şâmil bir hukuku ifade eder. Edward I. devrinde umumen tatbik edildiği üzere terim bu anlamı haizdir.»

(3) Bu tarif (1) numaradakine pek benzer olmakla beraber tamamen aynı değildir. Tarif Pollock ve Maitland'da şu şekilde açıklanmıştır: (Pollock and Maitland, *History of English Law*, vol. 1. Second Ed. 1923, Cambridge Univ. Press. pp. 176-178):

• (Common law) — ius commune, lex communis, commun droit, commune lei — terimi bugünkü hukukçularımızın lisanında sık sık raslanan bir terim değildir. Diğer taraftan (ius commune) kanonist'lerin pek iyi bildikleri bir cümledir. Bunu universal kilisenin umumî ve hususî hukukunu şu veya bu mahallî kiliseye has kaidelerden ve dinî ihtilâflara daima sebep olan papalık (imtiyazlarından) (privilegia) tefrik etmede istimal ederler. İki misal kâfidir: Üçüncü Innosan (Innocent, III) Londra ve Ely piskoposlarına Canterbury muntkasındaki boş kiliselerin muhafızlığının (common law) ve İngiltere kilisesi umumî teamülü gereğince diyakos'a ait olduğunu söylemiştir. 1218'de papalık delegeleri Salisbury piskoposunun Malmesbury kilisesine (common law) ve papalık imtiyazlarına istinaden hak tanımış olduğunu belirtmiştir. Ancak, hakikatte cümle, kanonist'ler tarafından sık kullanılmakta ve bu istimalde bulunurlarken eski Roma metinlerine istinat etmekte idiler. Ruhaniden dünyevî mahkemelere geçişi kolay olacaktır. 1252'de bir Salisbury piskoposu Papa'ya onun temsilcisi olarak hareket ederek (common law) gereğince bir kilisenin papazı aleyhine diğer bir kilise rektörüne nasıl imtiyaz sağladığını bildirmektedir. Bahsini ettiği (common law) Katolik Kilisesinin hukukudur, ancak bu piskopos William of York'tan başkası olmayıp selâhiyetini Kralî hâkim olarak ettiği hizmetlere medyundur. İngiliz dünyevî meseleleri ile ilgili olarak (ius commune) terimini (Exchequer'in) (Dialogue) unda bulabiliriz: Kralın keyif ve iradesinin mahsulü olan Orman kanunları kiralıhğın (commun law)'undan tefrik edilmektedir. Bir yüzyıl sonra Edward I. devrinde buna daha sık rastlarız. Her ne kadar (lex communis), (commune lei) daha fazla fazla kullanılmakta ise de. Bu takdirde (common law) kralî imtiyazdan tefrik edilir; mahallî âdetten de ayrılır, kısaca mahsus, fevkalâde olan şeylerden (aliquid speciale, especialite) ayrılır. Bracton (common law) veya (common right) ten bahsettiğinde — bunu pek ender yapar — manşeleri mahsus surette ifade edilmiş bir mukavele veya hibeden bütün insanlara memleket hukuku tarafından tanınmış olan haklardan tefrik gâyesini güder. Mahallî âdetin mevkiî hukukî sistem içinde tesbit edilinceye kadar terim esash olarak kullanılmıyacaktır.»

Bu tarif *Encyclopedia Britannica*'da verilenin hemen aynıdır. Bu eserde şöyle deniyor: «Ekseriya birçok anlamlarda kullanılan terim en iyi kontrast suretiyle tarif edilmiştir. Statü hukukundan tefrik edilmiştir . . . ki Maitland'ın belirttiği üzere bu hukuk (common law) u düzelten onun eski olan bir şerh mahiyetini haizdir; bazan da hususî hukuktan kilise hukukundan veya anayasa hukukundan tefrik edilir. Yabancı hukuk sistemlerinden veya (Statute) hukukundan bu şekilde tefrik edildiğinde (equity - nisfet)'i ihtiva edecek surette istimal edilmekte ve nihai ifadesini 1873 tarihli (Judicature Act)'te bulan (common law) ve (equity) nin birleşmesi keyfiyeti neticesinde bu ikisi müştereken rüyet edilmektedir.»

(4) Bouvier. op. cit. supra. not 1. Bu 19'uncu yüzyılın ilk yıllarında Amerikalı bir Şârih olan Kent'in vermiş olduğu tariftir. Bu incelememiz bakımından pek kıymeti haiz değildir. çünkü İngiliz (common law)'unun büyük kısmı otoritesini Parlâmento'nun sarîh beyanlarından istihraç eder, Parlâmento'nun tasarrufları yıllar geçtikçe davalara istinat eden (common law) kuvvetini kazanırlar. (the Statute of Uses), (Statute of Uses),

(Statute of Wills) ve (Statute of Fraude) bu nevi kanunlardır. Amerika Birleşik Devletlerinde (common law)-un büyük kısmı bazan tadiller ile bazan da tâdilsiz (Statutory) hukuk haline ifrağ edilmiştir.

Jackson, «common law» cümlesinin vaziyete göre (statute)'ü ihtiva edecek veya hariç bırakacak şekilde kullanıldığının bunun (common law) mahkemeleri tarafından tatbik edilen bütün hukuk manzumesini veya tamamen emsale istinat eden prensip ve kaideferi müitalâa etmemize tâbî bulunduğunu söylemektedir. (Jackson H. M. The Machinery of Justice in England, Second ed. 1953. Cambridge Univ. Press. p. 15).

(5) Bouvier. op. cit. supra. Bu umumiyetle hususi hukukçunun (common law) terimini gördüğünde verdiği manadır. Mamafih, (common law) teriminin adiyen Amerika Birleşik Devletleri veya İngiltere'de kullanıldığı anlamı ifade etmez. Buradaki atfın bir (Sistem)'e olduğuna dikkat edilsin. Doğru bir istimaldir; ancak bu geniş anlamın adiyen Amerikan (Statute) lerinde, anayasalarında ve adli kararlarında kullanılan dar anlam ile karıştırılmaması gerekir.

(6) Bouvier. op. cit. supra. (common law) terimi İngiltere'de ekseriya bu anlamda kullanılır. Lewson, hususi hukuk ile (common law) arasındaki farktan bahseder ve sonuncusunun «mahkemeler tarafından karara bağlanan müazzam sayıdaki davalardan» doğduğunu söyler ve «hâkim tarafından yaratılan bu hukuk'ta (common law) ve (equity) teknik adlarını taşıyan iki kısma ayrılır» der (F. H. Lawson. The Rational Strength of English Law, Stevens and ond Ltd. London. P. 4).

(7) Renton, op. cit. supra. not 2.

2'inci KESİM DİP NOTLARI

(1) Isle of Man, Channal Islands, İskoçya, Malta, Trinidad, Cebelüttank, Seylân ve Güney Afrikanın istisnası ile Britanya Milletler Topluluğunda (British Commonwealth of Nations) ve nisbî bir derecede bazan kanunlar içinde Burma; Pakistan ve Hindistan'da ve Louisiana Eyaleti (Devleti) müstesna Amerika Birleşik Devletleri ve posessiyonlarında câridir.

(2) Türkiye, Kıt'a Avrupası, Amerika Birleşik Devletlerinde Louisiana Eyaleti, Malta, Meksika, Merkezî Amerikan Cumhuriyetleri, Porto Riko, Küba ve az veya çok derecede birçok memleket ve mahallerde câridir. Çin'de câri olmamakla beraber orada haiz olduğu nüfuz büyüktür. Kocurek (Memoirs of Albertoni p. 252) Komünist rejiminden önce yürürlükte bulunan Çin kod'u hakkında «her ne kadar Çin kod'u Kuonuntang'a istinat ettiği iddiasında ise de şekil ve muhteva bakımından Fransız, Alman ve İsviçre kodlarına şayanı dikkat bir şekilde benzemektedir» demektedir.

(3) (Müellifin Notu). Burada önemi olmamakla beraber, halen Roma duvarları ve şehirleri ile fizik şekilde karşınıza çıkan Roma işgalinin sakinlerin kültürü üzerinde bu derece az tesir icrâ etmesi tarihçileri hâlâ şaşkıntılandırmaktadır. Amerikan tarihi ile mukayese edilirse bu işgal Amerika'da ilk İngiliz sömürgelerinin tesisinden günümüze ve Türkiye tarihi bakımından ise Birinci Ahmet'ten günümüze kadar sürmüştür.

(4) I. Pollock and Maitland, XXVIII.

(5) Plucknett 13.

(6) Jenks 18.

(7) «Binaenaleyh biz, Birinci Henry'nin (M.S. 1100-1135- müellifin ilâvesi) saltanatı devrinde hukukun esasında Anglo-Sakson olduğunu ve mahallen (sheriff) ler tarafından memleketin her yerinde aynı olmayan eski örf ve âdet gereğince tatbik edildiğini görmekteyiz. Mamafih (common law) diye adlandırılabilir pek fazla şey yoktu. O tarihte sadece kiralığı; tamamen hâkimiyeti altına alma yolunda olan büyük idari bir mekanizma mevcuttu.» Plucnett, Concise History of the Common Law. 15.

(8) «Gelecekte, Kral mahkemesinin içtihadı İngiliz hukukunun en önemli unsuru olacaktır, fakat keyfiyetin Norman Kıralları devrinde böyle olduğu pek söylenemez. Esasında bu mahkeme ancak büyük adamlar ve büyük davalar için kurulmuş bir divandı.

Bu yabancı kıralların kendi kazâ yetkilerinin daha fethedilmemiş bir memlekette meydana çıkabilecek manialarla tahdit edilmesine ve kralî adaletin şünulünü bazı özel sahalara inhisar ettirmeye razı olmadıkları doğrudur. Kırliyet davalarının listesi uzun, düzensiz, yatkındı; kralî itimat ettiği bir baron veya papazı (county) mahkemelerine riyaset etmek üzere gönderebilirdi; kendi mahkemesindeki davaları refedebilirdi. Ancak bu ref emirnamelerini sağlamak için para ödemek lâzımdı ve adıyyen bu yola başvurulmazdı. Komünal ve beylerin mahallî mahkemeleri adî mahkemeler olup adî mesaili rüyet ederdi; Kırallın adaleti hâlâ fevkalâde mahiyeti haizdi ve mahkemenin müracaatı dahi büyük nisbette Şerif'ler (Sherif) tarafından kont'luk mahkemesinde rüyet edilirdi. Kırallın mahkemesi daimi olarak faaliyette bulunmazdı. İki William'ın devrinde (Curia Regis) adı dahi Kırall senede üç defa tacını giydiği zamanlar onun etrafında toplananlara verilen ad olarak belirmektedir. Kırallın adaleti bu nevi toplantılarda tevdi edilir ve şüphesiz kralî sözünü geçirirdi; yine de hüküm vermek ona ait değildi. Birinci Henry devrinde devamlı bir mahkemeye benzer bir teşekkül, bir baş adliye memurunun riyasetinde adliyecilerden mürekkep bir topluluk belirir. (Exchequer) adını alan bu grup, damah masa etrafında yılda iki defa toplanır, Kırallı vergileri toplar, Şeriflerin hesaplarını kontrol eder, bu arada arzı olarak adalet de tevzi ederdi. Zaman zaman bunun üyelerinden bazıları davaları rüyet etmek üzere kont'luklara yollanmaya başladılar ve ihtilâf halinde bulunan yüksek mevkilî şahıslar davalarını bu kudretli mahkemeye tevdi etmenin faydalı olduğunu anlamakta gecikmediler.» J Pollock and Maitland 108.

(9) Arthur Taylor Von Mehren'in müsaadesi ile nakil ve tercüme edilmiştir. (*The Civil Law System: Cases and Material*. p. 8. et. seq. copyright 1957 by Prentice-Hall, Inc. Englewood Cliffs, N.J.).

(10) Radcliffe and Cross, the English Legal System, Second Edition, 1946. p. 15. Şöyle diyor: «Conqueror ve oğullarının devrinde (Curia Regis)'in faaliyeti bilhassa Kırallın zati menfaatlerinin gelirlerin toplanması doğrudan doğruya mevzubahis olduğu meselelere tevcih edilmişti. Buna mukabil adî davalar mahallî otorite tarafından herhangi bir kontrole maruz kalmaksızın eski mahallî ve özel mahkemeler huzurunda rüyet edilmekte idi. Mamafih, ilk (Angevin) Kıralları devrinde, (Curia Regis) tedricen bir hukuk mahkemesi halini almış, bu mahkemede özel şahısların davaları rüyet edilmiş ve hukuk ve usul bakımlarından emsallerinden çok ileri olduğundan rakiplerinin aleyhine gelişme sağlamıştır.»

(11) Jenks, 11. sayfada şöyle diyor: Atılgan veya sadece gaddar bir hükümdar arada bir itihaz edeceği şiddet tedbirleri ile dik kafalı tebaasını yola getirmeyi düşünebilirdi. William ve ondan sonra gelenler (ezcümle oğlu Henry ve aynı ismi taşıyan torunu) daha fazlasını yapmışlardır. Diğer taraftan derhal kralî hakları tebaalarına karşı korumak üzere

gerek merkezi gerekse mahalli (Bench, Exchequer, eyres) gibi adalet mahkemeleri manzumesi tesis etmişlerdir. Bu mahkemeler uzun mücadeleler neticesinde yalnız (Pleas of the Crown) (Tac davaları) değil, fakat (aynı derecede ehemmiyetli olmak üzere halkın davalarına (Common pleas) da rüyet etmişlerdir. Bundan maada eski ve iptidai İngiliz müesseseleri olan — yüzler mahkemesi, (shire) ve (fyrd) veya mahalli müdafaa kuvveti gibi — müesseseleri yeniden canladırılmışlardır.

(12) Arthur Taylor Von Mehren'in *The Civil Law System: Cases and Materials* adlı eserinden müsaade istihsali ile nakledilmiş ve tercüme edilmiştir. (p.8. et seq. Copyright 1957. by Prentice-Hall, Inc., Englewood Cliffs, N.J.

(13) Bu mahkemenin hangi anda iki veya daha fazla mahkeme halini aldığı kesin olarak tesbit etmek belki imkânsızdır... Çünkü mahkeme kolaylıkla tarif edilemeyen bir terimdir, bütün yapıların devamlı bir şekilde hatırlanması bir mahkemenin özünü teşkil etmektedir. Bu hatırlama ise ifadesini devamlı olarak tutulan zabıtlarda bulur. Pollock Maitland. 190.

(14) Plucknett. p. 152.

(15) Bk. Plucknett. 140.

(16) Müellifin notu: Ancak bu ilk zamanlarda «The Bench»e yapılan atıftan (King's Bench) değil (Court of Common Pleas) anlaşılır.

(17) Plucknett 81.

(18) I Pollock and Maitland. 88.

(19) Jenks. *The Book of English Law* (John Murray, London 1935).

(20) I Pollock and Maitland 18.

(21) Pollock and Maitland. 184.

(22) Id.

(23) «Inns of Court» mesleği Londra'da teşkil etmişlerse de sair teşekküller sonradan «circuit» ler Sistemi neticesi olarak taşrada meydana çıkmışlardır. İlk defa hâkimleri Kraliyette seyahat etmeleri ve mahkemelerin muntazam oturumlarda (assizes) hukuki ve cezaî adaleti tevzi etmelerini teminen Londra'dan ilk yollayan II. Henry'dir (1154-1189). Memleket birçok (circuit)'ye taksim edilmiştir ve bunların herbirine bir veya birkaç hâkim tahsis edilmiştir, bunlar (circuit)'lerinde bir şehirden diğerine seyahat ederlerdi. Hâkimler bir mahalden diğerine yer değiştirdiklerinden grefiyeler ve baro mensupları da ya at yahut araba ile seyahat ederlerdi. Avukatlar için / bugün olduğu gibi — bir davanın sonu ile (assizes) lerin bir sonraki toplantısının başı arasında Londra'ya gelmek mevzu bahis değildi. Mesafeler çok büyük, nakliye vasıtaları çok ağırdı. Bunun neticesi baro mensuplarının her (circuit)'de kendi aralarında toplanıp (Inns of Court) hayatının bazı unsurlarını benimsemek olmuştur ve bahusus mahkeme celsesinden sonra akşamları beraber yemek yemek âdeti de böylece doğmuştur. Bu topluluklar Londra'daki (Inns of Court)'un haiz oldukları disiplin yetkilerinden hiçbirini haiz olmamakla beraber o zaman (Circuit Bar Messes) diye adlandırılmışlar, hâlâ da aynı adı taşımaktadırlar. Mamafihümme efkârının manevi kuvveti sayesinde üyeleri arasında sıkı surette riayet edilen sert meslekî davranış kaideleri idame ettirmişlerdir. William Wi Boulton. *Le Système Angais. Revue de la Commission Internationale de Juristes*, p.118).

(24) Bu önemli değişikliğin (yani common law'un oluşu: müellifin notu) nasıl meydana çıktığı İngiliz hukuk tarihinin esrarlarından birini teşkil etmektedir (eyres) sistemi veya Kural hâkimlerinin (shires) lerde zaman zaman adalet tevzi etmeleri ile sıkı surette ilgili olduğu ve II. Henry devrinde belirli bir hal aldığına şüphe yoktur. Başlangıçta hukuktan ziyade malî olan bunlar ve oniki ve onüçüncü yüzyıllarda yemimli mahalli eşhasın Kural temsilcilerine bir uyumsuzluğun sebepleri hakkında bilgi veren ve aynı resmi memurların kendilerine sordukları suallere doğru cevaplar (verdicts) sağlayan jüri sistemi Kural hâkimlerine mahalli âdetleri öğretmekte büyük rol oynadılar. Adıyın zannedildiği üzere yerli olmaktan ziyade ecnebi menşeli olan bu sistem uzun zaman İngilizler tarafından beğenilmemiş ve Kurali hâkimler tarafından son çare olarak başvuruldu. Ancak adli (eyres) lerde devamlı olarak tatbik edildiğinden bu hâkimlerin zihinlerinde tam olarak Kuraliyetin değişik mahalli âdetleri hakkında bilgi yerleşmesini sağlamıştır. Bu hâkimler, şüphesiz bu mahalli örf ve âdeti kendi bölgesinde tatbik devâm etmişlerdir, ancak bu hattı hareket idare bakımından yeknesaklık arzulayan merkezî bir hükümetin hoşuna gitmiyordu ve tamamen keşfedilemeyen bir yola başvurarak, Kural hâkimleri, (circuit)'ler arasında Londra'da Westminster'de Kuralın merkez mahkemelerinde (Bench ve Echequer) bir araya geldiklerinde muhtelif mahalli âdetleri bütün memlekette câri olabilecek müsterek veya yeknesak bir sistem halinde birleştirmeye aralarında karar vermişlerdir. Bu sistemin kaidelerine Westminster'deki mahkemelerde rüyet ettikleri davalara da tatbik başladılar ve tabiidir ki aynı kaideleri (circuit)'de Kuralın temsilci veya hâkimi sıfatı ile vazife gördüklerinde de tetkik ettiler. Böylelikle hâkim ile jüri arasındaki meşhur iş taksimi meydana çıktı — hâkim hukuku beyan eder, jüri vaktaları tesbit eder — bu iş taksimi bugüne kadar İngiltere'de adalet tevziine hâkim olmuştur.

(25) Plucknett, 324.

(26) F.H. Lawson. *The Rational Strength of English Law* (Stevens and sons. Ltd. London 1951) p. 4.

(27) Pollock and Maitland, 184.

(28) Pollock and Maitland, XI, 168.

(29) Müellifin notu: Fransızca, Norman - fransızcası, «law French». İngiltere'de 1066 senesinde Norman istilâsından hemen sonra ondördüncü yüzyılın ortasına kadar üst tabakalar arasında kullanılan lisanıdır. Bir yüzyıl daha hukuk (report) larında ve ders kitaplarında da aynı lisan kullanılmıştır. İngiliz mahkemelerinin raporları 1730'da devamlı za-bitlar tutulmaya başlandığı tarihe kadar Lâtince yazılmıştır.

(30) Plucknett, 265.

(31) Her adli karar istikbaldeki davalar bakımından bir emsal teşkil eder ve oldukça girift bir doktrin gereğince bu emsaller bir nevi hiyerarşi'ye tâbidirler, umumî kaide bir mahkeme kararının ast mahkemeleri ve bu arada kendisini bağhyacağı yönündedir.

İlk bakışta doktrin, hâkimi önceden mevcut bir otoritenin kafesine hapsettiği intibamı uyandırır da yalnız Yüksek Mahkeme ve üstünün kararlarının bağlayacağı telâkki edilmesi vâkısı bunun kuvvetini büyük nisbette azaltır.

(32) R.M. Jackson, *The Machinery of Justice in England*, (Univ. Press. Cambridge 1953) p. 13.

(33) C.K. Allen 51 st Law Quarterly Review (1935) p. 333.

(34) I Pollock and Maitland 156.

(35) Plucknett 337.

(36) Radcliffe and Cross. 73.

(37) «Curia Regis'in II. Henry devrinde yeni fermanlar yaratmak suretiyle yeni hukuk yarattığı aşikârdır, çünkü bu fermanlar münferit davalılara bahşedilen imtiyazlar değildi. İbda edilmeleri için münasip ücreti ödiyen her tebaa bunlara bihakkm sahip olabildi. Şüphesiz bazan — (assize) halinde olduğu üzere — yeni usul tam teşekküllü (Curia) nın oturumunda öne sürülmekte ve böylelikle İngiliz asilzadelerinin teminatı altına girmekte idi, fakat ekseriya Kiralî hâkimler veya (Chancellor) bu yeni usulün isdarından mes'ul idiler. İleriye doğru atılan her adımın, kaza yetkisinin her teşmilinin yeni bir ferman hazırlanması suretiyle vukubulduğunu müşahede etmek ehemmiyetlidir; çünkü kuralî emirname ferman sadece davayı ve neticelerini askıda bırakan ve her davada aynı şekilde olan bir davetname değildir. Gayesi hakkında bir beyan ihtiva ettiği gibi daha başlangıçtan itibaren kendi tesis ettiği muhakeme usulünün şümülünü de ihtiva eder; bu usul değişik dava şekillerinde maddî bakımdan farklı mahiyet arzeder. Böylelikle bazı davalar sadece (sheriff) lere müdafii celp hususunda emir veren fermanlar ile başlatılıyor, bazılarında ise ferman, müdafinin kesbi vücut eylemesi için bir teminat alınması gayesini güdüyordu. Bazı dava vekilleri işi uzatmak için birçok fırsatlar sağlıyor, diğerleri nisbeten çabuk rüyet ediliyordu: Bazılarında ispat yolları birkaç kişinin şahadetine veya çarpışma yoluna istinat ediyor, diğerlerinde mahkemenin veya jürinin tahkikatına dayanıyordu. Bir defa (emirnamenizi - fermanınızı) sağlayınca muayyen bir usul ile bağlanmış olur ve seçmiş olduğunuz yoldan dışarı çıkamazdınız. Dava nevilerinin müteaddit olması (common law)'un çok teknik bir sistem halini alması neticesini doğurmuştur, ancak yeni ahvali karşılamak üzere yeni şekiller serbestçe yaratılabildiğinden hukuk zamanın ihtiyaçlarına cevap vermekte güçlük çekmemiştir. Göreceğimiz üzere (Chancery)'nin artık bu suretle yeni dava şekilleri icat edemeyeceği bir devir gelip çatacaktır». The English Legal System, (Second Edition, Radcliffe and cross, Butterworth and Co.Ltd., London, 1946), P.p.43 and 44.

(38) Bk. bu bölümün 10. kesimi.

(39) Plucknett 356; Radcliffe and Cross 76.

(40) Slade's Case (1602) 4 Co. Rep. 92.

(41) Stephen, History of Criminal Law, 350.

(42) (Maintenance) davaya fuzuli olarak müdahale olup bir (common law) suçu teşkil eder.

(43) Plucknett, 24.

(44) I Pollock and Maitland 138.

(45) Bazı hallerde üye sayısı tarafların anlaşması üzerine altı veya hatta üçe indirilebilir, fakat (common law) jürileri oniki üyeden tereküp edip daha az veya daha fazla olamaz.

(46) Hürriyet ve otorite arasındaki eski ihtilâl. Jüri mahkemeyi himaye eder. Bu hür bir memlekette hâkimler jüri'nin kararını öğrendikleri takdirde herhangi bir adalet sistemi-

nin ne kadar yaşayacağı meselesidir. Hâkimlerin ne kadar ermiş ve tecrübeli olmalarının ehemmiyeti yoktur. Varılan neticeler halen câri olan mefhumlar veya ön fikirler ile tabuk etmediği her zaman kızgınlıklar artacaktır. Çok geçmeden câmia'nın yarısı hâkimi linç etmek arzusunu duyacaktır. Bir jüri ile ihtirak noktası yoktur. Jüri halkın kendisidir. Bu sebeple jüri: «Kanunun ne olduğu beni ilgilendirmez, bu doğru değildir ve ben bu işi yapmıyacağım» diyebilir, halbuki hâkim böyle bir beyanda bulunamaz. Böyle diyebilme hür insanların en büyük imtiyazıdır. Hür insanların bunu söyleyebilmeleri ve mu-teber kılabileneleri lâzumdur. Haksız olabilirler, yapmaları gereken bir şeyi ifadan kaçma-bilirler, ancak sadece ermişliğe erişmek ve iyi insan olabilmek hürriyeti hürriyet değildir. Halkın hukuka iştiraki için fedakârlıkta bulunuyoruz, fakat bu lüzumlu bir fedakârlıktır». James Gould Cozzens, the Just and the Unjust, (Harcourt, Brace and Co. New York, 1942) 427.

(47) Plucknett, 104 et seq.

(48) I Pollock and Maitland 140 et seq.

(49) «Babusus, Roma'nın (fiscus) usulünü taklit yolu ile de olsa kendi haklarını tal-kikat icrası yolu ile tesbit ve idame ettirmek imtiyazını kendi kendine tanımıştır. Bir bölgenin en fazla itimada şayan insanlarından mürekkep bir grupun kendisinin hangi araziye ve haklara sahip olduğu veya olması gerektiğini yeminle beyan etmelerini em-retmiştir. Bu usule birçok sebepler dolayısıyla başvurur. Önce kendisi ile ihtilâf halinde bulunulduğunda kullanır: Test yoluna veya çarpışma yolu ile muhakeme yoluna gideceği-ne komşuların verecekleri kararlara istinat eder. Madûnların kendisine nasıl hizmet ettik-lerini öğrenmede kullanır; komşular, Kırallık memurların suiüstimâlleri hakkında bütün bil-diklerini söylemekle mükelleftirler. Kendi sulhünü tehdit eden ciddi cürümleri meydanı çıkarmak için kullanır: Komşular herhangi bir cinayet veya hırsızlıktan şüphelenip şüp-helemediklerini bildirirler. Kendi haklarını sağlamak üzere başvurduğu bu usulü bir lütuf olarak başkalarına da tanyabilir.» I Pollock and Maitland 141.

(50) Ibid.

(51) «Bugünkü bildiklerimize istinaden I. Edward devrinde meslekten (narratores) ler ve (attorneys)'ler mevcut olduğunu ve bu mesleklerin III. Henry devrinde zaten var olduğunu emniyetle söyleyebiliriz.» Plucknett 206. «Önüçüncü yüzyıla sonundan önce bir hukuk mesleği, ihtilâf halinde olanların mahkemeler huzurunda temsil ve mütalâa ver-mek suretiyle temsil ederek para kazanan bir sınıf insan zaten mevcuttu — Bazı eski prensiplere dayandığından bu sınıfın tekâmülü yavaş olmuştur.»

I. Pollock and Maitland, 211.

Pollock and Maitland'ın eserinde şöyle deniyor: (Bir şahsın değerini temsil etmesi vâkiası o kadar eski değildir; davada bir tarafın mütehassus bir şahıs tarafından temsil edilirken değerinin bundan mahrum kılınması doğru addedilmiyordu. Bundan maadda taraflardan biri kendi davasını anlatamadığı takdirde cevaba hakkı yoktu.) «(common law) geliştikçe, hayatın onun tetkikine hasretmemiş bir insanın kavraması güçleşti. 1300 yılına doğru İngiltere'de teşkilâtlanmış bir hukuk mesleğinin doğmakta olduğunu görürüz. (Imms of Courts) tesis edilmişti ve krali mahkemeler hâkimlerinin hakukun en müta-taz tatbikatçıları arasından seçilmesi teamülü tedricen verleşmiştir.» Barcliffie and Cross. 90.

(52) G.M. Trevelyan, History of England (Longmans, Green and Co. London, 1948, 190 - 191.

(53) Jenks, 40.

(54) Plucknett, 150.

(55) Pollock and Maitland (Vol. 1, p.171).

(56) Plucknett 646.

(57) Radcliffe and Cross, 123.

(58) Trevelyan 199 - 200.

(59) Maitland. *The Unincorporate Bodyin* collected Papers, vol. III. 272.

(60) «Hukukumuz tarihinde (seizin) kadar önemli bir mefhum yoktur. Bugünkü hukukta dahi bu mefhum her hukukçu tarafından incelenmek gereken bir mahiyet arzeder, fakat geçmişte o kadar ehemmiyetli idi ki, toprak hukukumuzun bütün sisteminin (seizin)'i ve onun neticelerini ilgilendirdiğini söyleyebiliriz.» Pollock and Maitland. vol. II. p. 29.

(61) Plucknett, 554.

(62) Plucknett, 566.

(63) Plucknett, 566.

(64) 13.- yüzyıldan bahsederken Pollock ve Maitland şöyle diyorlar: «O zaman fertleri arasında bir zaman geldi ki bunlardan bir kısmı hür ve kanuna riayetkâr insanlar (Liberi et legales homines) alelâde ve hattâ normal diyebileceğimiz insanlar meydana çıktı, ikinci gruba ise istisnai diyebileceğimiz imtiyaz sahipleri girdi. Birinci gruptaki İngiliz hür, fakat asil değildi, reşitti, herhangi bir suç veya günah işlemek suretiyle haklarını kaybetmemişti. Bu şahıs hukukun hitap ettiği tipik şahıstır.» Pollock and Maitland I. p. 47.

(65) Holdsworth, 60.

(66) Renton. op. cit. supra. note, p. 82.

(67) Plucknett. p. 237.

(68) Glanvil (1187) veya daha önceki bir zamandan Modern Çağlara kadar, vasiyetname bırakmadan ölen bir kimsenin arazisi esas bakımından Blackstone'un şerhlerinde beyan edilmiş olduğu şekilde vârislere intikal ederdi. Bu kaideler gereğince önce vârisin hangi gruba girdiği aranacak sonra da bu grup içinde vârisin kim olduğu bulunacaktır. Aranacak ilk grup ölenin kendi fûruudur. (çocuklar, torunları, torunlarının çocukları v.s.). Bunlardan kimse yoksa ikinci grubu ölenin babası (kardeşleri, kızkardeşleri, yeğenleri v.s.) teşkil eder. Bunlar yoksa büyük baba (amcalar, teyzeler, kuzenler v.s.) aranır.

Plucknett'in dediği gibi vârisin grup içinde tesbiti daha girift bir iştir. Tatbik edilecek kaideler arasında, (1) yaşayan bir insanın kendi fûruuna takaddüm edeceği, (2) aynı derecedeki erkek ve kadınlar arasında erkeklerin tercih edileceği, (3) aynı derecedeki iki veya daha fazla erkek arasından en yaşlının yani (primogenitor) tercih edileceği, (4) aynı derecedeki kadınların eşit hisselerle sahip olacakları ve (5) yaşasa idi hak sahibi olacak bir erkeğin fûruunun onların erkek ve kızkardeşlerine takaddüm edecekleri.

Böylelikle bir şahıs bir fer bırakarak öldüğü takdirde bu fer şayet yaşıyor ise en

yaşlı erkek çocuğun civar hısımlarına takaddüm edecektir v.s.. Toprak intikaline has olan bir hal de toprağın vasiyetname bırakmadan ölenin usulüne yani herhangi dereceden baba, anne, büyükbaba veya büyükannesine intikal etmeyeceği keyfiyetidir.

(69) Lawson, The Rational Strength of English Law, p. 4.

(70) Mayers, The American Legal System. (Harper and Bros, N.Y. 1935) p. 350.

(71) Buckland and Mc Nair, Roman Law and Common Law, (second Ed. Cambridge Univ. Press. 1952.) 20.

(72) «Diğer taraftan, hukukun gelişmesi esasında teşriidir, ve mahkemelerin hukukun hakikatte yeni olduğuna dair beyanlarına nisbetle daha derin bir hakikatı ifader eder. Hukuk, temelinde teşriidir. Hâkimlerin pek ender olarak ve daima özür diliyerek öne sürdükleri müşahedeler hukukun hayatın özünden istifade ettikleri gizli kaynaklardır. Burada bahsettiğim, şüphesiz ilgili câmia'nın yararma olan müşahedelerdir. Davaların riyet edilmesi neticesinde geliştirilen her önemli prensip esasında az veya çok kat'i surette kavranan âdeme siyaseti görüşünün neticesidir; umumiyetle tatbikat ve an'anelerimiz gereğince ifadesini bulmamış insiyaki tercihlerin gayrisuuri bir neticesidir. Böyle olmakla beraber nihai tahlilde yine de âdeme siyasetine istinat ederler. Hukuk, akselimi bir silojizm'e feda etmeyecek derecede bilgili, muktedir ve tecrübeli insanlar tarafından tatbik edildiğinden bu kitapta belirtildiği ve edileceği üzere varlıklarını idame ettirecek eski kaidelere, zamanın icaplarına uyacak daha münasip sebepler ve, naklodikleri temellere nisbetle yeni bir muhteva ve yeni bir şekil bulunacağı görülecektir». Oliver Wendell Holmes, Jr., The Common Law. (Little, Brown and Co., Boston) 35.

(73) «Hususiyetini had bir *ferdiyetçilik* teşkil eder. Yabancı bir müşahit onun fariğ hususiyetinin (ferdi hürriyetin hudutsuz bir şekilde değerlendirilmesi ve ferdi mülkiyete hürmet) olduğunu söylemiştir. Yalnız sosyal adalet ile değil, ferdi haklar ile ilgilidir. En büyük sosyal önemi haiz meseleleri Ahmet ile Mehmet arasında ihtilâf imiş gibi halletmektedir. Ferde olan hürmeti hukuk ve ceza muhakeme usullerini aşın şiddetli kılmakta ve modern çağda eski niza teorisini kaidelere riayetsizliği ve müdahaleyi önleyecek bir mahkemenin yardımı ile düzenli bir münazara halinde muhafaza etmektedir. Bundan maada ferde (fair play) sağlamakta o derece ileri gitmektedir ki âdeme pek az (fair play) temin etmektedir. Hukuku icra ve hakkı temin, de ferdin teşebbüsüne dayanmaktadır. Fiziki, fikri veya iktisadi sahada ferdin hareket serbestisine tevcih edilmiş müdahaleleri reddetmektedir. Kısacası, münferit fert onun en sayan dikkat doktrinlerinin birçoğunun merkezini teşkil etmektedir.» Roscoe Pound, The Spirit of the Common Law. (Marshall Jones Co. Boston 1921) 13.

(74) «Diğer taraftan, başka bir istikamete yönelmiş sair bir unsurla da vasıflandırılır; bu temayül bağlananların iradesinden müstakil olarak vazife ve selâhiyetler yüklemek; hukuki neticelerin mesnedi olarak hukuki muamelelerden ziyade münasebetleri itibare almak ve bazı münasebetlerde fert olarak değil de bir sınıfın üyesi olarak bulunanlara selâhiyetler tanımak veya esirgemek şeklinde belirir.» Pound, op. cit. supra. 1.

(75) «Coke için terfi ve kudretten daha kıymetli tek şey vardı, o da (common law) idi. Onun için mevkiini ve kıralın gözdeliğini feda etti, mahkeme kürsüsünden inerek Meclis'te Puritan'larla ittifak kurdu, bu birlikten İngiltere'nin hürriyetleri doğmuştur.

Bir bakıma mücadele şu idi: James ve Charles, Roma hukuku taraftarları ile birlikte Hükümdarın iradesinin hukukun kaynağını teşkil ettiğini ve hâkimlerin Tac'a bağlı ve

onun getireceği şekilde hareket edecekleri iddiasında bulunmuşlardı. Halbuki Coke, İngiliz (Common Law)'unun ruhuna istinat ederek, hukukun kendine has müstakil bir varlığı olduğunu söylüyor ve onu Kral ve tabaalarının üstünde telâkki ederek, tarafsız olarak aralarındaki ihtilâfları halletmekle mükellef bulunduğunu belirtiyordu: Kanunlar ancak Parlâmentonun Yüksek Mahkemesi tarafından değiştirilebilirdi. İmtiyaz mahkemeleti (Prerogati ve Courts) Roma hukukunun resepsiyonu ve keyfi muhakeme usulleri ile, onun kanaatine yabancı bir medeniyete ait idiler.» Trevelyan - 391.

(76) «VII. Henry devrinde mahkemelerin Parlâmento'nun kanunları aleyhine bir ortaçağ mefhumu olan dünyevi ve ruhani hakkı kaza tefriğini icra ettiklerine işaret etmiştik. (Common Law)'un müdafii olan Coke, Stuart'lar ile mücadelesinde bu nevi kararların mahkemelerin selâhiyeti bakımından umumi bir doktrin tesis ettiğini, çünkü bunların hukuku icra ettikleri, hukukun ise akıl olduğunu, sade özel şahısları ve hükümetin bütün memurlarını değil, fakat hükümdarın kendisini de onun akıl hudutları dışına çıkan kanun ve emirlerini muteber addetmiyerek bu hudutlar dahilinde kalmaya icbar ettiğini iddia ediyordu. Coke, açıkça şöyle diyordu: «Bir Parlâmento kanunu hak ve akıl'a aykırı olduğunda... (Common law) hak ve akıllı kontrol eder. (Common law) onu kontrol ederek kanunun muteber olmadığını kararlaştırır.» İngiltere'de 1688 hâdiseleri Parlâmento'nun üstünlüğünü tesis etmiş ve Coke'un iddiası tahakkuk etmemiştir. Ancak, sömürge mevzuatının yazılı anayasalar ve haklar demecine uygunluğunu murakabe tecrübe-miz bizi Amerika Birleşik Devletlerinde hukukun üstünlüğünü meşrû hudutlarına götürmeye ve Coke'un, mevzuatın hak ve akıl temel prensipleri muvacehesinde, kontrolü nazariyesini kabulüne sevk etmiştir.» Pound, op. cit. supra 74.

(77) Jackson, 18.

(78) Jenks 97.

(79) Pound, the Spirit of the Common Law, op. cit. supra. p. 65.

(80) Bk. Not. kesim 14.

(81) «Her sistemdeki mahkeme kararının muhtevası normal teorinin mahkemelerden talep ettiği tahlil ve tabkik usullerindeki farkları belirtmek temayülündedir. Bir Amerikan mahkeme karar, kaideten vakıaların etraflı bir beyanı ile başlar ve emsalin dikkatli münakaşasını ihtiva eder, mütalâa serdedenin ismi ve dava toplu bir mahkemede rüyet edilmiş ise mahkemenin sair hâkimlerinin isimleri zikredilir. Muhtelif mütalâalara müsaade edilir, sık rastlanır ve zapta geçirilir. Karar emsal olarak başka bir mahkeme önüne getirildiğinde böylece hiç değilse kısmen ihtiva ettiği mütalâalar ve hâkimlerden bazılarının varolan neticelere itirazlarını ihtiva eder.

Alınan mahkeme kararları şu bakımdan farklıdır ki, önceki kararları nâdiren tahlil ederler. Bu kararların inandırıcı tesiri kabul edilmiş olsa dahi, kararlar ekseriya, davayı rüyet eden hâkimlerin adlarını zikretmezler. Mahkeme içindeki fikir ayrılıkları hiçbir zaman belirtilmez.» Arthur Taylor Von Mehren, *The Judicial Process in the United States and Germany: A Comparative Analysis in Festschrift für Ernst Babel*, (J.C.B. Mohr, Tubingen 1954) p. 78.

(82) Karlen and Arsel, *Civil Litigation in Turkey* (a Publication of the Legal Research Institute, Ankara Univ. 1957) p. 73.