

## COMMON LAW

Yazan : Fredrick Davis

New York Üniversitesinde Asistan

Common law alemi tâbiri fantazi değil, fakat muazzam bir sahayı ve yüz milyonlarca nüfusu ifade eden bir mefhumdur. İngiltere, Amerikan, Kanada, Avusturalya, Yenizelanda, Seylan, Hindistan (kısmen), Cenubi Afrika (kısmen), ve Pakistan (kısmen) gibi ehemmiyetli memleketleri içine alır. Mamafih bu memleketler Common Law hukukunun tatbik edildiği yegâne memleketler değildir. Pekçok İngiliz kolonileri meselâ Fiji, Altın sahilleri, Nigeria ve West Indies gibi yerlerde de Common Law hukuku caridir. Altın sahilleri ve West Indies, Commonwealth camiasında istiklâllerini kazanmak zorunda olmalarına rağmen bu hukuk sistemini terkedeyeceğe benzemiyor.

Her ne kadar İngiliz dilinin konuşulduğu veya hiç olmazsa İngiliz tesirinin hâkim olduğu memleketlerin pek çoğunda Common Law sistemi cari ise de bu İngilizce konuşulan her yerde mutlaka Common Law'un tatbik olunduğu manasına gelmez. İngilizcenin cari olduğu fakat Common Law sisteminin tatbik edilmediği başlıca memleketler İskoçya, Louisiana, Quebec, ve Cenubi Afrikanın Roman-Dutch hukukunun tatbik olunduğu kısımlardır. Şu ciheti kaydetmek gerekir ki Quebec, İskoçya ve Louisiana, gerek coğrafi gerek ticarî bakımdan Common Law hukukunun tatbik edildiği komşuları ile o derece sıkı münasebet halindedir ki hukukçular ve müdekkikler bu memleketlerde hakikaten medenî hukuk sisteminin cari olduğundan şüphe ederler. Common Law camiası dahilinde cari olan hukuk usullerinde büyük bir benzerlik görülmektedir. «Fiji»de veya «Seylan»da cari olan kazaî usuller «Connecticut» veya «Yorkshire» de carî olanlarından çok farklı görünmezler. Hocalar, talebeler ve hukukçular bu memleketlerde cari olan hukuk mevzuunda müşterek anlayışa kolaylıkla intibak ederler. Böylece meselâ İngilterenin kolonileri ile Amerika siyasî bakımdan ayrı ayrı varlıklar olmalarına rağmen müşterek bir lisana, müşterek bir edebiyata ve müşterek bir hukuka sahiptirler. Türkiyenin de dahil bulunduğu diğer büyük bir sahaya kontinental hukuk âlemi adı verilir. Birbirlerinden Common Law camia-

sındaki memleketlere nazaran pek çok farklar bulunan bu memleketler kanunların tedvini sistemi ve mahkemelerin davaları daha mahdut bir takdir selâhiyetine istinaden halletmeleri ve hükûmete karşı daha az istiklâllerine sahip olmak bakımından aynı esaslara maliktirler. Bu memleketlerin başlıcaları şunlardır: Türkiye, bütün Avrupa ve Latin Amerika memleketleri. Habeşistan ve Japonya son zamanlarda kontinental hukuk sistemini kabul etmiş memleketlerdir. Common Law sistemini kabul etmiş memleketlerle mukayese edildikte yazılı kanunlarla noterler ve adliye mesleği kontinental hukuk sistemi memleketlerinin mümeyyiz vasıflarını teşkil eder. Yakın zamana kadar bu iki ayrı sisteme mensup hukukçular, hâkimler ve talebeler arasındaki fikir teatisi münasebetleri son derece ehemmiyetsiz sayılabılırdi. İki sistemin herbiri kendi yolunda yürür ve herbiri üstünlük iddiasında bulunurdu. İkinci Dünya harbinden beri bu sahada bir yaklaşıma, alâka doğuşuna şahit oluyoruz. Bu sistemlerin tatbik olunduğu farklı memleketler arasında ticarî münasebetler arttıkça iki hukuk sistemi hakkında fikir edinme ihtiyacı duyanların sayısı artmaktadır. Bundan başka Common Law âlemi ile kontinental hukuk âlemi kendileri ile hiçbir müşterek noktası olmayan diğer bir sistemin tatbik edilmekte olduğu komünist alemine karşı cephe almış ve Vyshinski'nin beyanına nazaran bu sonuncular da Marxist siyasetin hukukî bir vasıtası haline getirilmiştir.

Böylece Common Law ve kontinental hukuk camiası tahminlerin fevkinde müşterek noktalara sahip bulunmakta olduklarını anlamışlardır. Her biri diğer sistem hakkında yeni şeyler öğrenmekte ve öğrenilecek, ders alınacak şeyleri olduğunu takdir etmektedirler. Kontinental hukuk sisteminin cari olduğu memleketlerden Almanya Common Law sisteminden en çok istifade etmiş bir memlekettir.

İkinci Dünya harbindenberi Almanya, icra kuvvetinin kazaî murakabeye tâbi tutulması mevzuunda en fazla gayret gösteren, Hitlerin iktidara geçmesinden önce cari olan ve kanunların tefsiri ve tatbikinde içtihat hukukuna yer veren sistemin istimaline en fazla ehemmiyet veren bir memleket olmuştur. Common Law sisteminin cari olduğu memleketlerde mevcut temaslar neticesinde A.B.D. Kontinental hukuk sisteminden en ziyade istifade etmiş bir memlekettir. Bu temasları üç bakımdan mütelâa etmek mümkündür.

- 1 — Ticarî münasebetler.
- 2 — Muhaceretler.
- 3 — Kütürel mübadele.

Son seneler zarfında kanunların tedvini sisteminin (Meselâ Usul Hukuku ve Ticaret Hukuku bahsinde) kendisini Common Law'ya kabul ettirdiğini ve ihtilâfların hakem yoluyla halledilmesi, teknik meselelerde ehli-vukuf istimali sistemleri ve Pre-trial usullerine fazla yer verilmekte olduğunu görüyoruz. Kontinental hukukun bu tekniği kendisini Common Law sistemine kabul ettirmekle kalmamış fakat onun tarafından masedilmiştir de. Tekâmül son derece iyi olmuş ve mukayeseli hukuk sisteminin kıymetini meydana çıkarmıştır.

### Common Law Nedir

Belki den en iyi şey Common Law'nun ne olmadığını tarif etmektir. O hukukcular, komisyonlar veya bu maksatla teşkil edilmiş bir gurup insan tarafından meydana getirilmiş kaideler sistemi değildir. Bazı kimselerin zannettikleri gibi bir örf ve âdet hukuku da değildir. Oldukça uygun bir tarif olmakla beraber karar veren kimseler tarafından tesis edilmiş sadece prensip ve kaidelerin heyeti mecmuası da değildir. Common Law, hâkimler tarafından vazedilmiş başlıca akide ve prensiplerin gerek cemiyet gerekse sonraki hâkimler tarafından muvafık bulunarak kabul edilmesiyle teessüs etmiştir. Fakat bu daha ziyade Common Law hukukun usul bakımından tarifidir. Hattı zatında Common Law sistemi hâkimlere dâvaları rüyet ederken bahşedilmiş, kaide vazetmek selâhiyetidir. Mamafih hâkimlerin ölmesiyle veya değişmeleri ile yaratılmış olan bu kaideler veya tefsirleri zamanla değişir ve tadile uğrar. Zaten her hâkim tahdit edilmiş olmakla beraber herhangi bir kaideye verdiği mânayı veya onun tatbikini cemiyetin değişen şartlarına uydurmak selâhiyetine sahiptir. Endüstrideki hızlı gelişme ve makina sanayiî kanunların tatbik ve tefsirlerinin değişik yapılmasını icap ettirdi. Bugünün uçak ve jet çağı yeni, yeni birçok değişiklikleri zarurî kılmaktadır. Bununla beraber Common Law kaidesinin yekden red veya terki çok nadirdir. Esasen bu değişme hareketi münferit ve uzun zamana bağlı olduğu gibi muayyen bir kaidenin tamamıyla değiştirilmesi de çok zamana mütevakıftır.

Mühim olan cihet şudur; Common Law hâkimlerin tefsiri ile mütemadi bir şekilde değişir, gelişir ve kendi kendisini yeni vaziyetlere intibak ettirir.

Fakat diyeceksiniz ki başka başka hâkimler tarafından yapılmış tefsire istinat eden hukuk nasıl muayyeniyet arzedebilir? Buna cevaben şu söylenebilir; bir kere hâkimler kendilerini seleflerinin vermiş oldukları kararlarla bağlı sayarlar ve binnetice kaide ve prensiplerde vuku bulan değişiklikler cüzi mahiyette olup muhtelif zamanlarda zuhur eden değişik vakalara tâbidir. «Hukuk mustakar olmalıdır fakat atıl kalamaz» mealindeki meşhur düstur bu paradoksu izaha kâfidir. Görülüyor ki Common Law örf, âdet ve geleneklerden ve hatta hâkimlerin vazetmiş oldukları kaidelerden de fazla bir şeydir. O haddi zatında bir milletin gelişme tarihini temsil eder ve meselâ bir matematik kitabındaki mevcut riyazî düsturlar ve kaideler gurubu olmaktan uzaktır. Muayyen ve belli bir zaman içerisinde Common Law'nun ihtiva ettiği öz, o muayyen belli zamanın normunu temsil eder. Fakat temenni edilen neticeyi istihsale vasıta olan form ve mekânizması maziye bağlıdır.

### Neden İki Sistem Gelişmiştir

Kendi kendimize soracağımız ilk sual, bugün niçin Common Law ve Civil Law adı altında iki hukuk sisteminin mevcut olduğudur. Meselâ, neden dolayı İngiltere ve A.B.D. Fransanın izinde gitmemişler ve gayri âdil, mahzurlu ve eski bir hukuk sistemini terkeden ve bunu pratik, hakiki ve kolay anlaşılır kanunlarla tabdil eden Fransız sistemini kabul etmemişlerdir. Bu enteresan sorunun cevabını tarih ve geleneklerde buluruz. Gerek İngiltere ve gerek kıta Avrupası memleketleri Roma İmparatorluğu zamanına kadar giden müşterek bir ecdada sahiptirler. Fakat bununla beraber İngiltere coğrafi vaziyeti ve halkının nevi şahsına münhasır karakteri sebebi ile daha ilk çağlarda Romadan tecerrüt etmiştir. Bundan dolayıdır ki Roma İmparatorluğunun ilk devreleri İngiltere üzerinde son devirlerine nazaran daha büyük bir tesir icra etmiştir. Buna mukabil son devir imparatorluklarının ve bilhassa Bizans devrinin tesirlerinin daha fazla olduğu kıta Avrupası memleketlerinde durum aksine cereyan etmiştir.

Bunun ehemmiyeti şuradan gelmektedir; Roma İmparatorluğunun ilk devrelerinde hâkim olan hukuk felsefesi son devirlerde cari olan hukuk felsefesinden çok farklı olmuştur. İmparatorluğun ilk devirlerinde yazılı kanun diye yazılı bir şey mevcut değildi ve hukukî ihtilâflar index adı verilen ve hukuk mesleğinde yetişmemiş kimseler marifeti ile halledilirdi; Index, Jurist konsuls adı verilen hukuk mesleğinde yetişmiş ve muhtelif hukukî meseleler hakkında mütalâa vermek işi ile vazifeli kimselerle istişare derdi.

Vermiş olduğu kararların mesuliyetini taşımakla beraber index, tatbiki gereken kanun hakkında Praetors'u istişare etmekle mükelleftir. Ne yazılı bir kanun ve ne de muayyen hukuk kaideleri mevcuttu. Praetors muayyen bir hadiseye tatbik edilecek hukuku tâyin için gelenekleri ve âmir hükümleri araştırırdı.

İngiliz hukukuna tesir icra eden ve bir bakıma Common Law'ya babalık vazifesini gören işte bu gelenektir. Buna mukabil kontinental hukuk sisteminin temel felsefesi Bizans devirlerinden neşet eder. Kanun koyucu Jüstinyenin hükümdarlığı zamanında imparatorlukta tatbik edilmekte olan Roma Hukukunun kısmı azamı tedvin edilmiş hukuk idi.

İşte o tarihten beri bu usul kıta Avrupası memleketlerinde esas ittihaz edilmiş ve bu sahada ilk büyük adım Napolyon tarafından atılmıştır. Binaenaleyh şunu söylemek doğru olurki kıta Avrupası sistemi Jüstinyen devrine dayanırken Common Law sistemi daha önceki devirlere belkide Cireço zamanına iner. İki sistem arasında mevcut ayrılıkların diğer bir sebebi daha vardır ve bunu siyasette bulmak mümkündür.

Kıta Avrupası memleketlerinde ve bilhassa Fransada hükümdarların iktidar ve tahakkümü çok eski devirlerde kendisini göstermişti. Merkezi otoritenin yerleşmesiyle hukuk kaidelerinin ve esaslarının tedvini işi gayet kolaylıkla olmuştur.

Fransada Napolyon zamanında bunun böyle olduğunu müşahede etmek mümkündür. Bu sistem Fransanın tesiriyle bütün Avrupa memleketlerine serian yayılmıştır. Halbuki İngilterede kralın hakimiyeti hiç bir zaman mutlak ve belli bir şekide tahakkuk etmemiş ve bunun neticesi olarak da kanunların tedvini mevzuunda siyasi vasıtalar rol oynayamamıştır. Kanunların tedvini işi merkezi bir otoritenin mevcudiyetine ve bu otoriteyi aksettirecek mesul durumda bir kazai sisteme bağlıdır. İngiltere için bu şartlar hiç bir zaman mevcut olmamıştır.

### Common Law Nasıl Gelişti

Normanların İngiltereyi istilâsından sonra (1066) adalet kaynağının kraldan neşet ettiği nazariyesi yerleşmiş oldu. Fakat bununla beraber kraller her türlü devlet işiyle bizzat meşgul olamayacak derecede mahmul bulduklarından kendi adlarına karar vermek selâhiyetini haiz hâkimler tâyin ederlerdi. Bu hâkimler tıpkı Praetorslar gibi çıkan ihtilâfları kendi vazettikleri kaideler ve usuller dairesinde

halleden bir grup veya sınıf teşkil ettiler. Bu usuller içerisinde en mühim olanlardan biri müzekkire-writ sistemi idi.

Mer'i olan nazariye o idi ki hukuka aykırı fiiller mahdut ve belli tipler halinde mevcuttular. Hukuku bu fiillerden her hangi biriyle tecavüze uğrayan bir kimse doğruca hâkime giderek bu müzekkirelerden bir tane satın alırdı. Bu müzekkire ona dâva mevzuu vakıaları ispat ettiği takdirde davalıdan hakkını istihsal imkânını sağlardı. Fakat şayet bir kimse hakkını yanlış bir müzekkireye istihsale kalkışacak olsa dâva mevzuu fiilen hukuka aykırılığı nekadâr aşikâr olursa olsun her hangi bir hak istihsaline imkân bulamazdı. Fakat zamanla hâkimler mevcut müzekkirelerin hukuka aykırı bütün fiilleri ihtiva etmediğini müşahede ederek vâki adaletsizliği gidermek için bazı şeyler yapmak gerektiğini anladılar. Ve her şeyden evvel elde mevcut eski müzekkirelerin hukuka aykırı yeni fiillere de şamil olabileceği nazariyesini vaz ettiler.

Fictions geliştirdi ve içtihat hukuku kısa bir zaman içerisinde en mühim bir hukuk kaynağı oldu. Bunun neticesi olarak hâkimlerin kararları temyiz olunupta tasdik edildikten sonra kanun hükmünü almaya başladı. Common Law'nun hâkimlerin vermiş oldukları kararlar ve vazetmiş oldukları prensipler yoluyla nasıl gelişmiş olduğunu gösterir pek çok misaller mevcuttur.

1400 tarihlerinde herhangi bir kimse diğer bir kimsenin fiilinden doğan bir zararın tazminini ancak o kimsenin bu fiili ve onun yaratacağı neticeyi bilerek ika etmiş olduğunu ispat etmek suretiyle karara bağlatabilirdi.

1638 tarihinde kazai içtihatlar neticesi olarak şu esas yerleşmiştir ki, başkalarına zarar iraz edici fiillerde bulunan kimseler kasdi bir maksatla hareket etmemiş olsalar dahi, bu fiillerinden doğacak neticeleri evvelden takdir etmelerinin mümkün bulunduğu hususu ispat edildiği takdirde mesuliyet altındadırlar. Böylece bizim bugün «ihmal ve teseyyüp» adını verdiğimiz müessese münhasıran hâkimlerin kararlarıyla hukuka girmiştir.

«C.L.»un ilk devirlerinde zarar ziyan talebine mevzu teşkil edebilecek pek az «mükavele» çeşidi mevcuttur. Bunlar ödünç verme ve «akit» (davalının mühürününün tatbik olduğu şekli bir vesika) gibi şeylerdi. İki taraf arasında bir para tediyesi veya yazılı bir vesika mevcut bulunması hali dışında yapılmış alelâde bir vaid hukuki netice doğurmak imkânından mahrum idi. Fakat bazı hâkimlerin davalının bir şeyi ifa etmek vaadini yerine getirmemesi netice-

sinde zarara maruz kalan davacıya zarar ziyan hakkı tanınmaları ile bu usul değişmiş oldu. Bu kararlar neticesi yerleşen kaide şu olduki şayet bir kimse diğer bir kimseye karşı bir şey yapmak vaa-dinde bulunmuş ise, o kimse diğer kimsenin bunun karşılığı olarak bir şey yapmak veya vermek şartını kabul etmesi, bu vaadini yeri-ne getirmeğe mecbur kılınabilir.

«Consideration» C.L. hukukunda çok mühim bir müessesedir.

Bugün dahi C.L. esaslarına göre taraflardan birinin şifahi ola-rak sadece bir şeyi vaad etmiş olması hukukî bir netice tevlit et-mez; meğerki diğer taraf bu vaid karşılığında bir şey yapmak veya vermek vaa-dinde bulunmuş olsun.

Böylece meselâ x adındaki bir çocuğun 21 yaşını ikmal etmesini müteakip kendisine 1000 \$ tediye edeceğime müteallik vaadim şayet x bunun karşılığı olarak bir şey vaad etmemiş ve yapmamış ise muteber değildir ve hukukî netice tevlit etmez. «Consideration»1, Kontinental hukuk sistemindeki «Causa» ile karıştırmamak lâzım-dır, zira bu bambaşka bir şeydir. Mühim olan cihet şudur ki alelâde mukavelelere infaz kaabiliyetini sağlayan sistem hukukumuzda, teş-rif meclisten geçen kanunlar veya kanunların tedvini yolu ile değil, fakat içtihatlar neticesi girmiştir. Daha doğrusu bu esas, hak ve hâkimler tarafından kabul edilmiş ve neticede Common Law'nun bir rüknü olmuştur.

En yeni gelişmeler (18 inci ve 19 uncu yüzyıllarda olmuştur) kazaî içtihatlar yolu ile (bilhassa Lord Mansfield'in gayretleriyle) Common Law'nun bir parçası haline girmiş olan ticaret hukuku ve bunun gibi şibih akit ve haksız iktisap müesseselerini ihtiva etmek-tedir.

Bundan 200 yıl evvelisine gelinceye kadar ben Dekan Osman Berki'ye, benim alacaklım olduğu zanniyle 1000 TL vermiş olsam, bu parayı, borçlu olmadığım ve kendisine yanlışlıkla ödemiş oldu-ğum sabit olsa dahi, geri alamazdım.

Bugün bu şekilde vermiş olacağım parayı ben Common Law'ya son 200 sene içerisinde kazaî içtihatlar yolu ile girmiş prensipler gereğince geri alabilirim. Bunula beraber Common Law'nun ve hâ-kimlerin cemiyet ihtiyaçlarını ve halkın arzularını henüz karşılaya-madıkları bir çok sahalarda vardır. Bu sahalarda görülen boşlukların doldurulması teşrif mevzuattan beklenmektedir. Common Law'ya göre bir işçinin iş esnasında maruz kalacağı kazalar dolayısıyla taz-minat elde etmesi mümkün değildir. İş verenin müdafaa hakkı o ka-

dar kuvvetli idi ki işçi için tazminat elde etmek şansı pek zayıftı. XX inci yüzyılın bu yeni şartlarını Common Law karşılayamadığı içindir ki bu boşluğu kanunlar doldurmuştur. Netice şu olmuştur; hemen hemen bütün Common Law memleketlerindeki işçilerin iş gördükleri sırada maruz kalacakları kazalar dolayısıyla iş verenlerden tazminat alabileceklerini hükme bağlayan kanunlar kabul edilmişti.

Bidayette Common Law, şekli ve sert bir hukuktu. Biraz evvel yalnız müzekkire seçmek suretiyle kanunî tatbikat yoluna giden davacının akibetini belirttik. Alacaklı vaziyetinde bulunan bir kimse alacağını tahsil için giriştiği takipte borçlusuna bir hakkın tecavüzüne (trespass) ait müzekkire çıkartmış olsa dahi, davasını intaç ettiremezdi. Common Law'nun usule müteallik bu gibi hususiyetlerine XIX uncu asır boyunca rastlıyoruz. Bu tarihlerde herhangi bir dâvayı bu çeşit teknik esbabı mucibeye dayanarak reddetmek mümkündü. Haksız fiilde muhtelif müzekkire çeşitleri; hakka tecavüz «trespass» ve dava «case» müzekkireleri vardı ve bunları husule gelen zararın nevine göre elde etmek mümkündü. Bunlardan birincisi kasdî ve doğrudan doğruya olan haksız fiiller, ikincisi ise gayrikasdî veya ihmâlî olanlardır. Haksız fiillerin yarattığı vaziyetler arasında kat'i bir tefrik yapmak zor olduğundan çok zaman davacı dâvasını ikame ederken yanlış müzekkire seçmiş olduğundan bir şey elde edemezdi. Hemen, hemen bütün Common Law memleketleri formalizmden kendilerini sıyırmışlardır. Bu iş mahkeme kariyle ve teşriî mevzuat ile halledilmiştir. Bugün artık vakıalar serdetmiş olmak kafidir.

Hiç kimse artık ilk zamanlarda olduğu gibi hukukî bir nazariye veya doktrine bağlı kalmak mecburiyetinde değildir.

### Kazai Bağımsızlık — Common Law'nun anahtarı

Common Law'yu sadece cevheriyle izaha kalkışmak yanıltıcı olur. Common Law, haddi zatında husule gelmiş bir neticedir ve bu hâkimlerin Common Law devrinde müstefit oldukları ananevi bağımsızlık ve itibarlarından doğmuştur. Hâkimlerin mutlak bir istiklâle sahip buldukları ve bir yerden bir yerê nakledilemeyeceklerini tanzim ve tesbit eder mahiyette belli kanunların dahi bulunmadığı memleketlerde hâkimler üzerinde tesir icra etmeye veya disiplin temin etmeye matuf teşebbüsler efkârı umumiyede o derece menfi bir cereyan yaratır ki buna teşebbüs etmiş bulunan hükümet veya parti iktidardan düşer.



Bu, bütün Common Law memleketlerince paylaşılan bir ananedir.

Bunun neticesi olarak ki hâkimler Common Law memleketlerinde büyük bir perestişe sahiptirler. saygı ve sevgi mazhardırlar ve yüksek maaş alular. Common Law memleketlerinin pek çoğunda hakimlik mesleği en ziyade itibara mazhar olan bir meslektir. Bundan dolayıdır ki topluluk içerisinde en ziyade saygıya müstahak kimseler hâkimlik mesleğine umumiyetle avukatlar arasından veya akademik meslek mensuplarından tâyin olunurlar. Türkiye'de ve «Civil Law» memleketlerinin çoğunda olduğu gibi devlet marifetiyle hâkim yetiştirme sistemi bilinmez, Pratik hayatta bilfiil hukukçu olarak çalışmış veya öğretim mevkiinde bulunmuş kimseler bu mesleğin icabettirdiği vasıfları en iyi bir şekilde haiz olan kimselerdir.

Bağımsız bir kaza ve bunu icra edecek bağımsız, müttekâmil ve mühim kararlar verebilme mevkiinde bulunan kimseler olmadan Common Law katiyen tekâmül edemezdi. Çünkü Common Law prensiplerinin pek çoğu icraî otoritelerin ve bazı hallerde parlamentoların mukavemetine rağmen tesis edilmişti. Diğer bir ifade ile eğer Common Law memleketlerinde otorite merkezleştirilmiş ve hâkimler bir Bakanın kontrolüne tabi kılınmış olsa idi, mesleğe en layık kimseler avukatlığı tercih etmiş olur ve hâkimler de Bakanın tasvip etmeyeceği kararlar vermekten çekinmek zorunda kalırlardı.

Şayet böyle bir vaziyet mevcut olmuş olsaydı hâkimler marifetiyle yerleşmiş yeni kanunlar kanun olmaz ve hukukta zaruri görülen değişikliklerin parlamento tarafında veya kararnamelerle yapılması icap ederdi. İngiltere'de hâkimler Parlamento'nun sarih iradesine karşı gelemezler. Ancak kanunları tefsir edebilirler ve muayyen bir saha dahilinde kalmak şartıyla Parlamentonun arzusu hilâfına hareket edebilirler. Bununla beraber hâkimler Parlamentonun icraatına kanunlara uygunluk yönünden itiraz edemezler. İngiliz Hâkimleri Parlamentonun yaptıklarını hukuka uygunluk bakımından murakabe edemezler, çünkü Parlamento hükümandır.

Halbuki Amerika'da hâkim Kongrenin aldığı herhangi bir kararı Anayasaya aykırı bulursa, onun gayri hukukî olduğunu söyleyerek, tatbikten içtinap edebilir. Bu, her zaman görülen bir şey olmamakla beraber tarihimizde tesadüflerle vuku bulmuştur. Bazı kimseler hatalı olarak, Kongrenin kanuna aykırı her hangi bir icraatına mahkemelerin karşı gelebileceğini zannederlerse de, hakikat böyle değildir. Mahkemeler yalnız Anayasaya aykırı kanunlara karşı durabilirler. Common Law memleketlerinde ve bilhassa Amerika'da hâkim-

ler bağımsız ve mühim kimselerdir; onlar bir kanunun Anayasaya aykırılığını ileri sürerlerse o kanun tatbik edilmez ve Kongre buna karşı bir şey yapamaz. Hâkimler, reddettikleri fikirlerle ve verdikleri kararlarla Common Law'yu cemiyetin ihtiyacına göre tekâmül ettirirler.

Eğer hâkimler; bağımsız hürmete şayan ve Eisenhower, Roosevelt çapında meşhur insanların icraatına karşı gelmek kuvvetine sahip ve son sözü söyleyecek kimseler olarak kabul edilmeselerdi bunların hiçbiri mümkün olmazdı.

### VI — Hâkimlerin Kanun Vazı Durumu :

Hatta geçen on sene zarfında Common Law'da hâkimler tarafından yapılmış mühim ve esaslı değişiklikler olmuştur. Bu değişiklikler sür'atli değil, fakat tedricî ve daah çok tekâmül mahsulü fikir ve düşünceleri temsil eder. Evvelce bir kadın kocasının ademi iktidarından mütevellit bir zararın tazminini istemek hakkına sahip değildi. Halbuki yakın bir geçmişte hâkimler bu kaideyi değiştirdiler ve birçok devletlerde kadın böyle bir zararın tazminini dahi talep edebilir duruma geldi. Common Law'da mahremiyete taallük eden bir hak mevcut değildi. Fotoğrafı, ticarî bir iş için reklâm mevzuu edilen kimseye reklâmın mahiyeti ve böyle bir hareketin doğuracağı mahcubiyet derecesi ne olursa olsun, dâva hakkı verilmiyordu. Fakat şimdi bu değişmiş bulunmaktadır ve bu değişiklik bazı devletlerde kanun, bazılarında ise mahkeme kararı ile yapılmıştır. Meselâ evvelce doğuma takaddüm eden hatalı bir hareketin tevhit ettiği zarardan müteessir olan bir çocuk buna sebebiyet veren şahsa karşı ne bir dâva ve ne de bir tazminat talebi hakkına sahipti. Yeni bir kanuna ihtiyaç olmadan mahkeme kararları ile bugün çocuk böyle bir haktan istifade ettirilmektedir. Hâkimler doktrinde mevzuubahis edilen bütün dâvaları inceleyerek, onların kabili tatbik olmadığı yerlerde yeni kanun yaptılar. Bunlar mevcut birçok misalden akla gelen bazılarıdır.

### VII — Tatbikatta kanunlar :

Common Law mahkemesinde bir avukat müvekkilini nasıl temsil eder?

Her memlekette olduğu gibi yapılacak ilk şey müvekkilden bütün hadiseyi öğrenmektir. Bazan bir avukat hadiseyi derhal değer-

lendirebilir, bazan karara varmadan evvel tatbik edilebilecek kanunu araştırmak zorunda kalır. Dâvalı ihtilâfın sulhan neticeye bağlanmasına muvafakat göstermediği hallerde avukat mahkeme hazırlığına başlar. Bu hazırlık şüphesiz hadisenin lehe uygun cephesi üzerinde kurulur ve kendi iddialarını destekliyecek prensiplerle kuvvetlendirilir ki bu da ya evvelce karara bağlanmış önemli hadiselerden dâva mevzuu duruma uygun prensipler istihracı, veya kabili tatbik kanun veya nizamname bulmakla mümkün olur. Bu ikinci kaynak o kadar ehemmiyetli değildir, çünkü birçok dâvalarda doğrudan doğruya tatbiki mümkün muayyen bir kanun yoktur.

Bir Common Law avukatı elindeki meseleye benzer hadise ve kanunları ihtiva eden daha evvelki dâvaları kolaylıkla bulmak ve tetkik etmek mevzuunda kendisine yardımcı olan birçok mükemmel usullerden ve menbaalardan istifade eder. O, elindeki dâvaya kabili tatbik olmayanları elemek, olanları bulup incelemek için yüzlerce dâva okur, leh ve aleyhe olan emsaller bulur. Bu hazırlık devresinde avukatın yapacağı iş, lehde olan emsalleri aleyhde olanlardan ayırmak ve birincilerin kendi dâvasında nasıl kabili tatbik olduğunu göstermektir. Başka bir ifade ile onun asıl vazifesi müekkilinin durumunu sağlamlaştıracak daha önce halledilmiş dâvaları bulup çıkarmaktır. Müvekkilini tam mânasile müdafaa etmek isteyen Common Law hukukçusunun, mevcut mahkeme kararlarının bütün külliyatına sahip olması ve onlardan haberdar bulunması icap eder ki mevzuattaki değişiklik ve tekâmülü takip edebilsin.

Her hukukçunun bir yılda yüzlerce dâva okuması ve diğer kimselerin gazete, mecmua okuyarak geçirdikleri boş zamanları onun neşredilmiş en son içtihat ve kararları okumakla geçirmesi tabiidir.

Benim üzerinde durmak istediğim nokta Common Law'da mahkemelerden sadır olan kararların ne mühim rol oynadığını belirtmektir. Bu kararlar hem esas hem de temeldir ve aynı zamanda Common Law hukukçusunun çalışma vasıtalarıdır. Eski kararlar mevcut sistemi kuvvetlendirmek ve onun gelişmesini temin etmek bakımından çok mühimdirler. Onlarsız sistemimiz zayıflar ve senelerin geçmesiyle kullanılamaz bir hale gelebilirdi.

### VIII — «Equity»nin Hususiyeti

Yukarda izahına çalışılan hususlar hikâyenin sadece yarısıdır. Common Law geçmişte kıymetli hâkimler tarafından verilmiş karar-

lardan çıkan ve yeni nesle intikal eden prensiplerin heyeti mecmuası olarak tarif edilir.

Fakat bu kadarla kalsa her şeyi anlamak yine kolay olurdu. Filvaki Common Law'da yeni daha pek çok şey vardır. Common Law hukukunda hakkaniyet diye isimlendirilen mefhum Civil Law hukukçusu için anlaşılması en muğlak bir mevzudur.

Çok eski zamanlarda, Common Law prensiplerinin dâvalara mutlak bir şekilde tatbikinin % 99 nun iyi netice verse bile % 1 de adaletsizlik tevlit edeceğinin anlaşılması olduğunu söylemek icabeder. Ve yine tecrübeyle sabittir ki bu % 1 dâvada, mevcut hususî haller dolayısıyla kaidenin tatbiki kanuna harfiyen uygun olsa bile adaletsizlik yaratabilir ve vicdani ölçüye göre kanunun ruhunu, hakka uygun hareket gayesini ihlâl edebilir. Bütün bu dâvalarda işte bu anlayış «equity» mefhumunu geliştirmiştir.

«Equity» prensibi sayesinde kanunun tatbikinin husule getireceği netice değiştirilebilmekteydi ve bu ancak muayyen bazı davalar için mümkündü.

Common Law'un kendi kendisini ve kendi prensiplerini tesis ettikten son bu prensiplere muhalif teorilerin gelişmesine imkân vermesi size tuhaf görünebilir. Hakikatte her Common Law hukukçusu, ne kadar dikkatli araştırmanın ve teemmülün mahsulü olursa olsun her hangi bir prensip veya kaidenin o mevzuda zuhur edecek her hadise ve duruma tatbik edilemeyeceğini bilir. Şurası bir hakikattir ki beşer zihni mutlak bir mükemmeliyete sahip değildir ve beşer faaliyetlerinin muhtelif birleşmelerinin tevlit edeceği hadiseler mücerret olarak bulunmuş olan kaidelerin tatbikinin âdil olmayacağı aşikârdır. «Equity» bu anlayış tahtında gelişmiştir, ve hâkimlere, kanunun tatbikinin haksız netice doğuracağı hallerde onu tatbikten iktinap etmek imkânı verilmiştir.

Gelişme vuku buldukça «equity» gittikçe daha az «Kanunlar Heyeti Mecmuası» ve daha çok «Hakka çare bulma vasıtası» oldu. Daha başka bir deyimle «equity» nin bugünkü bariz hususiyeti müeyyidelerinde görülür.

Müeyyide «in rem» den ziyade «in personam» mahiyette iş görür. Böylece mahkeme kararına karşı gelen bir davalı mülkiyeti bakımından haleldar olmaz, fakat mahkemenin kararına ittiba edinceye kadar hapis tazyiki altında bulunur. Çünkü bu kudret oldukça zecri, «equity» kaideleri oldukça muğlak ve kazai selâhiyet esasları da ihtimamla ayarlanmıştır.

«Equity»nin mühim rolü diğer bir etüdde izah edilecektir.